

Memorias del

IV CONGRESO LATINOAMERICANO

de estudiantes de DERECHO
ADMINISTRATIVO

El futuro de la Administración
Pública: modernización,
transformación y
accesibilidad



Universidad Católica
de Santa María



INSTITUTO
**VICTOR ANDRES
BELAUNDE
DIEZ-CANSECO**
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

DIRECTORES

JAMES FERNÁNDEZ SALGUERO

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN



Universidad Católica
de Santa María



INSTITUTO
**VÍCTOR ANDRÉS
BELAUNDE
DIEZ-CANSECO**
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Universidad Católica de Santa María

Memorias del IV CONGRESO LATINOAMERICANO DE ESTUDIANTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO

*El futuro de la Administración Pública: modernización,
transformación y accesibilidad*

Directores

JAMES FERNÁNDEZ SALGUERO
GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN

Coordinadores generales

ANDRÉS ZUÑIGA NAJARRO
KIMY SELENE PAREDES ARANDA

Coordinadores temáticos

MARGOTH VALENCIA CARRIÓN
CAMILA MANTILLA MARTÍNEZ
LUCIANA SÁNCHEZ NÚÑEZ
JUAN DIEGO RIAÑO GARZÓN
JHOSEP VIZA COLQUEHUANCA
MARIANA GONZÁLES JARA

2022



RegulaTech.pe



Udeapolis

Memorias del IV Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo. El futuro de la Administración Pública: modernización, transformación y accesibilidad.

Directores:

Gianpierre Valverde Encarnación

James Fernandez Salguero

Coordinadores generales:

Andrés Zúñiga Najarro

Kimy Paredes Aranda

Coordinadores temáticos:

Margoth Valencia Carrión

Camila Mantilla Martínez

Luciana Sánchez Núñez

Juan Diego Riaño Garzón

Jhosep Viza Colquehuanca

Mariana Gonzáles Jara

Imagen de cubierta y diagramación:

Rubí Alburqueque Palma Teléfono: 922-720496

Primera edición digital: marzo de 2023

Editado por:

Universidad Católica de Santa María

Urb. San José s/n Umacollo, Arequipa, Perú. Teléfono: 054-382038

Todos los derechos reservados. Cualquier forma de reproducción y distribución total o parcial se permitirá con el consentimiento expreso de los titulares.

Libro electrónico disponible en <https://www.ucsm.edu.pe/>

ISBN: 978-612-5031-89-1

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 202212692.

AGRADECIMIENTOS

Desde la primera edición del Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo allá por el año 2018 en la ciudad de Quito, nuestra organización tuvo siempre claro el objetivo de convertir a este evento en una plataforma de exposición académica permanente para todos los y las estudiantes de América Latina. Y hoy, cumplida la cuarta edición, podemos decir que cada vez más nos acercamos a cumplir este objetivo.

Sin embargo, esto no hubiera sido posible sin la colaboración de muchas instituciones educativas de diferentes países que confiaron en nuestra organización y apostaron por prestar su apoyo para realizar cada una de las cuatro ediciones que hemos organizado hasta el momento.

Es así que, en esta ocasión, la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo – RIJDA desea transmitir sus agradecimientos a la Universidad Católica Santa María y al Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco de la ciudad de Arequipa, con quienes formamos una alianza institucional para coorganizar esta cuarta edición que se desarrolló de forma virtual en los días 3 y 4 de diciembre del 2021.

El trabajo realizado fue arduo desde el primer día con coordinaciones constantes para realizar las invitaciones a los moderadores y también conducir la convocatoria en la que participaron estudiantes de pre y pos grado de 5 países diferentes del continente. Ello supuso un trabajo articulado de meses que finalmente culminó, con satisfacción debemos decir, el 4 de diciembre con la premiación de los dos mejores estudiantes ganadores de la categoría de ponencia María Julieta Sarmiento y Matías Villarroel; así como también de la ganadora de la categoría de comunicaciones científicas Adriana Kempe.

Asimismo, también queremos agradecer a UDEAPOLIS por sumarse a este proyecto y brindar la logística y la infraestructura del aula virtual para facilitar el acceso y el desarrollo de los dos días de ponencias. Y, por último, es necesario mencionar que nada de esto hubiera sido posible sin la participación del increíble equipo de trabajo formado por Margoth Valencia, Mariana Gonzales, Jhosep Viza, Camila Mantilla, Luciana Sánchez, Andrés Zuñiga de la Universidad Católica Santa María, Juan Diego Riaño del RIJDA y del Director del Instituto Víctor Andrés Belaúnde Diez-Canseco y Director del IV CLEDA, el Dr.

James Fernández Salguero, quien, en todo momento, nos dio el respaldo de la institución que representa.

Lima, 30 de setiembre de 2022

Gianpierre Valverde Encarnación

Presidente

RED IBEROAMERICANA JUVENIL

DE DERECHO ADMINISTRATIVO

PRESENTACIÓN

El presente texto se constituye en el corolario de un conjunto de esfuerzos puestos de manifiesto por destacados y talentosos Estudiantes Latinoamericanos del Derecho Administrativo; los mismos que, con destacable voluntad y disposición, han tenido a bien compartir generosamente sus aportes académicos elaborados a la luz de un análisis prolijo que han efectuado sobre la base de distintos temas de coyuntura y gran relevancia que han abordado indistintamente. En esa perspectiva, me complace enormemente señalar que, para la presente edición el desarrollo del Congreso ha sido cimentado sobre la base de 4 ejes temáticos de gran impacto en nuestra región, siendo estos: la transparencia y la transformación digital de la Administración Pública, las nuevas tendencias en el Arbitraje y la Contratación Pública, la Regulación y la Libre Competencia, y la Garantía de los Derechos Humanos en la Administración Pública.

No cabe duda que nos encontramos viviendo un momento histórico sin precedentes, en cuyo desarrollo el ser humano ha tenido que ponerse a prueba a sí mismo para resolver los retos que se le han presentado, aplicando para ello su capacidad y creatividad. En ese sentido, resulta indispensable aplicar criterios transversales de innovación que, a pesar de ser frecuentemente ligados de manera restrictiva al ámbito de la tecnología, terminan por irradiar también el quehacer jurídico a nivel regional y mundial.

No puede pasar desapercibido el hecho de que, uno de los principales factores que dotan de gran relevancia el presente texto, está en su autoría por parte de jóvenes estudiantes; siendo ello una muestra fehaciente del nivel de involucramiento que orienta la labor académica en la actualidad. Así las cosas, las instituciones educativas debemos redoblar esfuerzos para promover espacios de investigación y análisis que permitan que los estudiantes conozcan los principales retos que afronta la labor profesional en el ámbito del Derecho Administrativo.

En esa línea, es menester recalcar que los desafíos que afrontamos hoy por hoy en el ámbito del Derecho Administrativo se han venido complejizando a propósito del acaecimiento de la pandemia por el COVID19. En efecto, el ejercicio de la profesión del derecho ha entrado en una vorágine de dificultades, en tanto las entidades públicas y privadas se han visto en la imperiosa necesidad de acelerar sus procesos de inmersión dentro del universo de la digitalización, respondiendo así a una realidad muy distinta a la que estábamos acostumbrados. Y es que, si antes resultaba utópico pensar en la implementación de herramientas digitales, inteligencia artificial, y demás componentes afines, la realidad actual más bien nos obliga a estudiar estos

conceptos y asimilarlos como parte de una nueva era en la historia de la humanidad, en cuyo núcleo se encuentran los principales bienes jurídicos tutelados, siendo indispensable para tales fines el equiparar los avances tecnológicos al ejercicio del derecho per sé. Asimismo, en la presente edición no podían quedar exentos aquellos temas cuyo abordaje resulta de carácter neurálgico por la importancia que reviste su propia naturaleza dentro del espacio del Derecho Administrativo. En ese sentido, está presente el Arbitraje y la Contratación Pública, así como la Regulación y la Libre Competencia; temas para cuyo desarrollo se ha escogido tópicos de obligatoria referencia para la comunidad jurídica actual. Por otro lado, están los Derechos Humanos y el carácter transversal de su aplicación dentro del ámbito doméstico de los países, teniendo en consideración además la gran relevancia que implica el estudio del Sistema Interamericano, así como el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos; ingredientes fundamentales para la construcción de criterios y estándares que contribuyen permanentemente en la vigencia plena del estado constitucional de derecho dentro de los Estados.

Finalmente, habiendo destacado las bondades del presente trabajo, continente del valioso aporte de talentosos estudiantes del Derecho Administrativo, quisiera destacar también los esfuerzos desplegados desde nuestro Instituto Víctor Andrés Belaunde Diez – Canseco, perteneciente a la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, para que, de la mano de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo, se lleve a cabo esta actividad académica y se produzca el presente texto; lo que sin duda permitirá insuflar a los estudiantes de entusiasmo y disposición para que sigan participando y generando mayores contribuciones intelectuales en beneficio de la Comunidad Jurídica Latinoamericana.

Arequipa, 30 de setiembre de 2022

James Fernández Salguero

Director

INSTITUTO VÍCTOR ANDRÉS

BELAÚNDE DIEZ-CANSECO

SUMARIO

AGRADECIMIENTOS	5
PRESENTACIÓN	7
Parte I	11
TRANSPARENCIA Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	11
DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE INICIATIVAS OPEN DATA NO BRASIL: PARÂMETROS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS	12
LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA Y LA PRÁCTICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS	32
THE INCORPORATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PRACTICE OF ADMINISTRATIVE ACTS	32
ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO: RETOS DEL ESTADO PARA SU CUMPLIMIENTO	48
ANALYSIS OF THE BASIC PRINCIPLES OF ELECTRONIC GOVERNMENT: CHALLENGES OF THE STATE FOR ITS FULFILLMENT	48
DESAÍOS DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA	58
CHALLENGES OF DIGITAL TRANSFORMATION IN LATIN AMERICAN PUBLIC ADMINISTRATION	58
Parte II	71
NUEVAS TENDENCIAS EN EL ARBITRAJE Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA	71
EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CHILE ANTE LA COMPRA DE VACUNAS PARA EL COVID-19	72
CHILE'S PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM FOR THE PURCHASE OF VACCINES FOR COVID-19	72
LA EXISTENCIA DE INDICIOS GRAVES DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO IMPEDIMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL	86
THE EXISTENCE OF SERIOUS INDICATIONS OF CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT AS AN IMPEDIMENT TO THE CONSTITUTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL	86
REPENSANDO EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA: ¿SE PUEDE RENEGOCIAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE NO SE AJUSTEN A DICHSOS PRINCIPIOS?	96
RETHINKING THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AND THE PREVALENCE OF THE GENERAL INTEREST IN PUBLIC ADMINISTRATIVE CONTRACTING: CAN YOU RENEGOTIATE ADMINISTRATIVE CONTRACTS THAT DO NOT ADJUST TO THESE PRINCIPLES?	96
Parte III	103
REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA	103
ANÁLISIS DE LEGALIDAD A LA CREACIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE DE AREQUIPA: ¿ORGANISMO REGULADOR LOCAL?	104
LEGALITY ANALYSIS FOR THE CREATION OF THE INTEGRATED TRANSPORTATION SYSTEM	

OF AREQUIPA: LOCAL REGULATORY AGENCY?	104
LOS SUBSIDIOS CRUZADOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA Y SANEAMIENTO	118
CROSS SUBSIDIES IN PUBLIC WATER AND SANITATION SERVICES	118
Parte IV	134
LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	134
EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL DERECHO URBANO COLOMBIANO: ¿EL CONTENIDO JURÍDICO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA?	135
THE RIGHT TO THE CITY IN COLOMBIA FROM A LEGAL PERSPECTIVE	135
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	154
THE CONVENTIONALITY CONTROL IN THE PUBLIC ADMINISTRATION	154
LA IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS PERUANO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	169
IMPLEMENTATION OF THE PERUVIAN NATIONAL ACTION PLAN ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS 2021-2025 ACCORDING TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW	169
EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EFECTIVIZAR EL DERECHO AL TERRITORIO Y OTROS DERECHOS INTRÍNSECOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE PERÚ	179
THE CONTROL OF CONVENTIONALITY TO EFFECTIVE THE TERRITORY'S RIGHT AND OTHER INTRINSIC RIGHTS OF THE INDIGENOUS PEOPLE IN THE PUBLIC ADMINISTRATION OF PERU	179
Parte V	195
MEJOR COMUNICADORA CIENTÍFICA	195
DAS PROMESSAS À DERROCADA: ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988	196
FROM PROMISES TO NON-COMPLIANCE: ANALYSIS OF POLICIES FOR THE MATERIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS BY THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION SINCE THE 1988 CONSTITUTION	196
CONCLUSIÓN GENERAL	198
SOBRE LOS AUTORES	200

PARTE I

TRANSPARENCIA Y TRANSFORMACIÓN DIGITAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

DESAFIOS DA IMPLEMENTAÇÃO DE INICIATIVAS OPEN DATA NO BRASIL: PARÂMETROS PARA A PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS

CHALLENGES IN IMPLEMENTING OPEN DATA INITIATIVES IN BRAZIL: PARAMETERS FOR THE PROTECTION OF PERSONAL DATA

Rafaella Fácio

RESUMO

O objetivo do presente trabalho é estabelecer parâmetros de regulação para a proteção de dados pessoais nas iniciativas *open data*, de modo a um só tempo não frear o avanço de importantes inovações, mas não violar direitos fundamentais nesse processo. Para tanto, o trabalho abordou e desenvolveu os seguintes assuntos: as transformações ocorridas na Administração Pública com a adoção de TICs, avanço do governo eletrônico e digital, bem como com o surgimento de iniciativas como as *smart cities*; delimitação da noção de dados abertos ou *open data* e sua distinção em relação ao já existente paradigma da publicidade e transparência; itinerário das iniciativas de dados abertos tomadas pela Administração Pública federal; análise da efetividade dos dois instrumentos geralmente apontados como meios de proteger dados pessoais – consentimento e anonimização. A metodologia adotada foi descritiva e dedutiva, com a técnica de pesquisa de documentação indireta das referências bibliográficas e normativas. Concluiu-se que: (1) o consentimento como único parâmetro de aferição da autodeterminação informativa é insuficiente; (2) a anonimização de dados pessoais também é insuficiente nos casos em que há risco da prática de perfilação; (3) a limitação desses dois instrumentos deve ser levada em conta como parâmetro para fins de regulação de iniciativas de *open data*.

PALAVRAS-CHAVE

Governo digital; dados abertos; dados pessoais; consentimento; anonimização.

ABSTRACT

The objective of this paper is to establish regulatory parameters for the protection of personal data in open data initiatives, in order to don't stop the advance of important innovations, but also not to violate fundamental rights in this process. Therefore, the following subjects were addressed: the transformations that have taken place in Public Administration with the adoption of ICTs, advances in electronic and digital government, as well as the emergence of initiatives such as smart cities; delimitation of the notion of open data or open data and its distinction

in relation to the already existing paradigm of advertising and transparency; itinerary of open data initiatives taken by the Brazilian federal Public Administration; analysis of the effectiveness of the two instruments generally pointed out as means of protecting personal data – consent and anonymization. The methodology is descriptive and deductive, with indirect documentation research technique of bibliographic and normative references. It was concluded that: (1) consent as the only parameter for measuring informative self-determination is insufficient; (2) the anonymization of personal data is also insufficient in cases where there is a risk of profiling; (3) the limitation of these two instruments must be taken into account as a parameter for the regulation of open data initiatives.

KEYWORDS

Digital government; open data; personal data; consent; anonymization.

1. Introdução

O primeiro órgão brasileiro com competência para exercer atividades exclusivamente estatísticas, ou seja, para coletar um grande volume de dados, foi criado em 1871. Desde então, foram muitas as transformações na estrutura administrativa do Estado brasileiro que alteraram a forma como a gestão de dados é compreendida. Atualmente, num contexto de crescente emprego de tecnologias de informação e comunicação (TICs), o Estado tem uma nova perspectiva sobre o potencial gerencial, econômico e de direção das atividades públicas, e o desafio que se pauta é o de conhecer, classificar e aplicar o conjunto volumoso de informações que são geridas pelo Estado (Cristóvam & Hahn, 2020, p. 7-8).

As transformações tecnológicas vivenciadas especialmente a partir da década de 1970 foram organizadas com base na tecnologia da informação e concretizaram um novo estilo de produção, comunicação, gerenciamento e, por consequência, de vida. O informacionismo, em contraposição ao industrialismo, passa a ser o modo de desenvolvimento em ascensão (Castells, 2011, p. 45 e 51). Obviamente, a Administração Pública não ficou imune a esse processo que afetou todas as organizações e a sociedade como um todo.

É neste contexto de sociedade da informação em que os dados passam a ser valorizados, especialmente no cenário digital, no qual a transmissão de dados e informações é feita em maior escala e com maior celeridade (Miranda, 2016, p. 104). Ou seja, a importância da informação apenas aumenta na medida em que a tecnologia avança para torná-la útil, já que é a tecnologia que determina os custos para a coleta, armazenamento e tratamento de dados, bem como oferece uma nova e extensa gama de possibilidades de utilização dessas informações

(Doneda, 2018, p. 480). Como não poderia deixar de ser, os dados que são acumulados sob a custódia da Administração Pública também passam a ser extremamente valorizados, a ponto de se apontar como possibilidade, inclusive, o fornecimento de dados como contrapartida em contratos administrativos (Pinho, 2020).

Entre todos os dados que são acumulados sob o poder da Administração Pública estão os denominados dados pessoais. Dados são informações registradas em diversos tipos de suporte (escrita, imagem, som ou vídeo, por exemplo). Já os dados pessoais são as informações relacionadas a um indivíduo identificado ou identificável (Vieira, 2007, 214). Considerando o crescente fluxo de dados pessoais e a forma como eles vêm sendo tratados, fala-se, inclusive, em “digitalização da pessoa física”. As informações podem ser modificadas, transformadas e integradas de forma rápida (Navarro, 2015, p. 263), e isso faz com que os dados pessoais estejam cada vez mais vulneráveis a indevidas formas de utilização.

Os dados pessoais recebem especial proteção tendo em vista a sua importância para a proteção não apenas da privacidade das pessoas, mas também de sua dignidade, livre desenvolvimento de personalidade, liberdade, e até mesmo da democracia (Frazão, 2019). Tamanha a importância do tema, Ingo Sarlet reconhece a proteção de dados pessoais como um direito fundamental autônomo e implícito na Constituição de 1988 (Sarlet, 2020, p. 182-186) e no presente trabalho parte-se dessa premissa de jusfundamentabilidade do direito à proteção de dados pessoais. E, na condição de direito fundamental, a proteção de dados pessoais possui uma dimensão objetiva que impõe ao Estado inúmeros deveres de proteção, entre eles, o de edição de normas protetivas (Salgado & Saito, 2020, p. 121), que pode inclusive resultar em legítima restrição ao poder de disposição do particular sobre os seus próprios dados pessoais, uma vez que a renúncia ao exercício de um direito fundamental pode se dar apenas se respeitados determinados limites e deve ser sempre parcial, para que seja preservado um *conteúdo mínimo* do direito em questão, frequentemente relacionado à dignidade da pessoa humana (Duque, 2014, p. 109-110).

Há, então, uma tensão entre dois polos. Por um lado, são crescentes as iniciativas de governo digital, acompanhadas de soluções inovadoras e benéficas em diversos aspectos, entre eles, o de gerenciamento de dados. Por outro, esse processo de digitalização potencializa a violação do direito à proteção de dados pessoais, que tem peculiar proteção de acordo com a sua jusfundamentabilidade. Nesse cenário, cada vez mais os juristas são convidados a pensar em formas de acomodar as iniciativas inovadoras, de modo que que direitos tão importantes como o de proteção a dados pessoais não sejam completamente sacrificados, mas também de modo que as inovações não sejam simplesmente descartadas e se percam oportunidades importantes de desenvolvimento, pois, conforme lição de Ana Viana e Letícia Kreuz, “As tecnologias disruptivas devem ser assimiladas pela Administração, que também deve ser disruptiva.” (Viana & Kreuz, 2018, p. 59).

O objeto abordado pelo presente artigo está inserido no contexto dessa tensão e desafio. Verifica-se um acúmulo de dados decorrente do avanço da Administração Pública digital, que propicia a implementação de iniciativa de *open data*, ou dados abertos, que tem inegáveis benefícios e já vem sendo levada a cabo pela Administração Pública federal brasileira. A abertura de dados, entretanto, deve ser regulamentada¹ de modo que o direito fundamental à proteção de dados pessoais seja protegido de forma efetiva.

Sempre que a Administração Pública se propõe a aumentar o acesso à informação, a tensão com a proteção de dados pessoais se apresenta, o que já foi testemunhado pelos juristas na época em que foi editada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011) (Zancaner, 2013). Entretanto, a discussão até então travada apenas à luz da LAI se restringia à proteção da privacidade, e não de outros elementos como o do livre desenvolvimento da personalidade, por exemplo. Com o avanço das tecnologias, surgem novas iniciativas como o *open data*, e nesse caso os desafios são um tanto quanto diferentes. Os gestores e operadores jurídicos se veem diante de uma nova realidade prática e ao mesmo tempo imbuídos dos conhecimentos teóricos desenvolvidos num contexto totalmente distinto (Cristóvam & Hahn, 2020, p. 16).

Para investigar de que modo a iniciativa *open data* pode ser levada à cabo sem prejudicar o direito fundamental à proteção de dados, o presente artigo se propõe a investigar os seguintes temas: as transformações ocorridas na Administração Pública com a adoção de TICs, avanço do governo eletrônico e digital, bem como com o surgimento de iniciativas como as *smart cities*; em seguida, será abordado especificamente o tema dos dados abertos ou *open data*, com a finalidade de pontuar algumas diferenças em relação ao já existente paradigma da publicidade e transparência e de delimitar o seu conceito ou noção de forma mais precisa; em seguida, será traçado um itinerário das iniciativas de dados abertos tomadas pela Administração Pública federal, que remontam ao ano de 2011 e atualmente estão passando por uma profunda transformação que objetiva o avanço das medidas; e, por fim, é feita uma análise da efetividade dos dois instrumentos geralmente apontados como meios de proteger dados pessoais: o consentimento e a anonimização.

2. A era dos dados na Administração Pública: uma consequência das tecnologias de informação e comunicação (TICs), governo digital e *smart cities*

A utilização de tecnologias de informação e comunicação (TICs) na Administração Pública brasileira não é recente. Ela remonta à década de 1990, momento que corresponde ao processo de modernização pelo qual passou a Administração Pública, impulsionado pela reforma

1 Aqui adota-se o vocábulo em sentido amplo, no sentido de regulação por qualquer tipo de norma.

administrativa.² Num primeiro momento, o emprego das TICs tinha como principal propósito a facilitação de atividades burocráticas do Estado. Já a partir dos anos 2000, o propósito passou a ser prestar alguns serviços de forma digital e remodelar a relação entre a Administração Pública com os cidadãos e entidades da iniciativa privada em geral (Cristóvam, Saikali & Sousa, 2020, p. 214-215).

A doutrina especializada diferencia os termos *governo eletrônico* e *governo digital*. O primeiro corresponde à aquisição de novos equipamentos e softwares a fim de aprimorar processos internos de trabalho, tais como a adoção de impressoras em substituição às máquinas de escrever, adoção de sistemas eletrônicos de registro de dados. Dentro da noção estão compreendidas algumas iniciativas que impactam a relação com o cidadão, tais como a disponibilização de informações em sítios eletrônicos e recebimento de demandas do público externo. De todo modo, a sua característica é o mero aprimoramento de processos burocráticos de trabalho. O governo digital, por sua vez, incorpora os avanços do governo eletrônico, mas tem potencial aberto para apresentar uma abordagem que efetivamente viabilize um novo modo de prestação de serviços, e tem como premissa o fortalecimento da coordenação institucional e a adoção de uma estratégia de longo prazo que garanta a sua implementação de forma coordenada (Carvalho, 2020, p. 123-126).

A delimitação doutrinária a respeito da diferença conceitual entre as duas noções é teoricamente oportuna, pois facilita a compreensão e o impulsionamento de uma mudança paradigmática no que diz respeito à utilização de TICs pela Administração Pública: se num primeiro momento o propósito era apenas o de automatização de processos e rotinas, atualmente as atenções devem se voltar para os potenciais (e antes impensados) benefícios que delas podem decorrer. Muito além de apenas facilitar atividades burocráticas e tornar mais dinâmica as interações da Administração Pública, as tecnologias vêm sendo cada vez mais concebidas como

2 A reforma administrativa empreendida na década de 1990 teve como um de seus méritos deflagrar a discussão sobre a necessidade de modernização da Administração Pública, mas não efetivamente a resolução dos problemas aos quais se endereçava. Conforme lecionam Emerson Gabardo e Eneida Derisee Sagado, o gerencialismo que marcou a reforma não trouxe qualquer solução para a corrupção, clientelismo, desperdício de recursos públicos, entre outros problemas que acabaram sendo abordados de forma retórica. Pior que isso, a proposta institucional tinha como ponto de partida a demonização do Estado e seus agentes, e “Não há como se implantar um sistema de reorganização e desenvolvimento da estrutura pública a partir de um modelo cujo cerne é, por princípio, a sua depreciação.” (Gabardo & Salgado, 2013. p. 242-243).

instrumentos de implementação dos direitos sociais,³ redução das desigualdades,⁴ incremento democrático com o aumento da participação popular⁵ e otimização na concepção, implementação e avaliação de políticas públicas.⁶

Muito mais que sujeita à inevitabilidade das mudanças provocadas pelo progressivo avanço das novas tecnologias, a Administração Pública tem a obrigação de assimilá-las. Como a sua existência está vinculada à garantia de direitos fundamentais, há um dever de adaptação às novas tecnologias e o seu emprego de modo a aumentar a eficiência da gestão pública e melhorar o atendimento aos cidadãos, que deve ser feito de modo isonômico (Schiefler, Cristóvam & Sousa, 2020, p. 101 e 106). Conectividade e velocidade são dois efeitos da revolução tecnológica pela qual vem passando o mundo desde o fim do século XX, e que imprimem à sociedade a perspectiva de disponibilidade imediata e a contínua sensação de que tudo pode (e deve) ser resolvido de imediato (Carvalho, 2020, p. 117 e 119-120).

E tal adaptação vem sendo feita ao observarmos as crescentes iniciativas que vêm sendo tomadas para fins de implantação de um governo digital (para citar apenas o exemplo mais recente e importante, veja-se a Lei nº 14.129/2021, chamada Lei do Governo Digital). Além disso, os avanços em termos de Administração Pública digital foram exponenciais após o início da pandemia causada pelo vírus do Covid-19, que impôs a interrupção de expedientes presenciais. A necessidade de distanciamento impôs, então, a aceleração do processo de digitalização da Administração Pública (Schiefler, Cristóvam & Sousa, 2020, p. 105).

É importante mencionar que digitalização do ambiente público não se dá apenas por meio da prestação de serviços públicos por meios digitais. Além disso, o surgimento das chamadas *smart cities* também se insere num contexto de Administração Pública e Governo Digitais. Não

3 A proposta de emprego de novas tecnologias para efetivação de direitos sociais, na forma de disrupção com relação ao atual modelo de Governo eletrônico, é feita por: Cristóvam, Saikali e Sousa, 2020, p. 217. O assunto é tratado com referência a importantes serviços públicos voltados à efetivação de direitos sociais nos quais houve significativo avanço de utilização de TICs no período da pandemia causada pelo vírus Covid-19: o serviço de saúde, cuja forma de prestação foi modificada por iniciativas de telemedicina, e o serviço de educação, por sua prestação à distância (p. 220-221).

4 Desde que o problema da grave desigualdade social e exclusão digital no Brasil seja efetivamente endereçado e enfrentado, sob o risco de as desigualdades, na verdade, se aprofundarem na medida em que avançam os serviços públicos digitais. Nesse sentido, cf. Schiefler, Cristóvam, e Sousa, 2020.

5 A respeito do potencial proporcionado pela adoção dos recursos da convergência digital e avaliação do seu uso e as oportunidades de aplicações que podem ser desenvolvidas na construção da democracia, cf. Ferreira, 2012. p. 15-37.

6 Um exemplo de utilização de novas tecnologias para incremento na implantação de políticas públicas é o emprego de inteligência artificial no âmbito da atividade regulatória, cf. Gallo Aponte, López Valle, e Fácio, 2020. Juarez Freitas e Anderson Teixeira avaliam utilização de novas tecnologias para incremento na implantação de políticas públicas da perspectiva do advento da democracia digital, por meio da qual é possível uma avaliação continuada das políticas públicas, cf. Freitas e Teixeira, 2019.

existe um conceito jurídico do que é *smart city*, e é conveniente que assim o seja, uma vez que se trata de uma noção concebida em ambiente multidisciplinar que extrapola o alcance do Direito. Em termos amplos, pode-se afirmar que a noção equivale a um ambiente urbano no qual a tecnologia permite um relacionamento eficiente entre os dados e seus aplicativos, com o objetivo de fornecer um ambiente responsivo, resiliente e saudável (James *et al*, 2020, p. 4). Em suma, o que se busca é a melhoria dos serviços urbanos por meio do emprego de tecnologia.⁷ Para fins do presente trabalho, o que importa ressaltar é que uma *smart city* em funcionamento gera uma grande quantidade de dados, que “formarão um grande complexo que vai aumentar a quantidade de informação disponível para a Administração” (Reck & Vanin, 2020, p. 477).

A Administração Pública desde sempre acumula muitos dados, que são imprescindíveis para o seu funcionamento e para a prestação de serviços públicos aos cidadãos. Mas esse acúmulo de dados vem crescendo de forma exponencial com o avanço de iniciativas de digitalização do governo, pois nesse formato aumenta a quantidade de dados gerados. Não é qualquer exagero afirmar que “A Administração Pública como um todo, nas suas diversas esferas, é uma das maiores detentoras de dados no mundo”. (Cristóvam & Hahn, 2020, p. 4). E é um processo inevitável: na medida em que os serviços são cada vez mais prestados de forma digital, para que o cidadão deles usufrua não basta comparecer no balcão de atendimento da estrutura física do ente pública, é necessário que ele esteja inserido no mundo digital (Schiefler, Cristóvam & Sousa, 2020, p. 108). Toda essa quantidade de dados pode ficar restrita à utilização pela própria Administração, ou pode ser aberta e disponibilizada para a comunidade civil que, por sua vez, pode reutilizá-los para os mais diversos fins, conforme será abordado no tópico a seguir.

3. *Open data* ou dados abertos: distinções e delimitação da noção

O princípio da publicidade é um predicado do Estado democrático de Direito, pois é a partir dele que se torna imperiosa uma atuação pública transparente, exposta aos cidadãos e que, conseqüentemente, instrumentaliza o controle do cumprimento de inúmeros outros princípios, deveres, enfim, do ordenamento jurídico como um todo (Martins Junior, 2012, p. 233; Motta, 2012, p. 233-234). Por isso, aliás, é chamado de princípio instrumental (Marrara, 2012, p. 281).

Trata-se um princípio denso, que contém em si muitos aspectos. Thiago Marrara o compreende de forma analítica em cinco dimensões segundo suas funções: *publicidade formal*, que tem a função de validar juridicamente os atos da Administração ao cumprir o requisito

⁷ A narrativa a respeito da implantação de smart cities geralmente apela para uma abordagem supostamente despolitizada, uma vez que com a utilização de tecnologia a gestão passaria a ser supostamente mais pragmática e eficiente. Não se coaduna com tal posicionamento, uma vez que a eficiência apresentada de forma pretensamente abstrata sempre oculta atrás de si um significado político que é indissociável da própria atribuição de significado à eficiência. Nesse sentido, cf. Fernández, 2016.

de forma do ato administrativo; *publicidade educativa*, que consiste na divulgação de valores públicos para gerar conscientização social e de políticas públicas para garantir a sua execução de forma bem-sucedida; *publicidade-transparência*, que oferece informações necessárias para o exercício dos direitos do cidadão e fortalece o controle social;⁸ *publicidade participação*, que consiste na cooperação na tomada de decisões administrativas relevantes; e publicidade interna, que equivale à coordenação interna de políticas públicas, desenvolvimento de recursos humanos estatais e captação de informações estratégicas para avaliação de políticas públicas (Marrara, 2020, p. 282-299).

É possível relacionar o princípio da publicidade e a transparência à noção de *open data* ou dados abertos, na medida em que o principal aspecto do open data já está implícito nos próprios termos da expressão: dados que são públicos, transparentes. Mas a noção de *open data* vai além do princípio da publicidade e de transparência na forma como são tradicionalmente compreendidos. Ela compreende, sim, a publicidade e transparência de dados, mas não para fins de cumprimento de formalidade, aumento de participação e controle social, entre outros. *Open data* tem principal característica, função e finalidade a disponibilização de dados que possam ser reutilizados pela sociedade civil para os mais diversos fins.

Segundo a *World Wide Web Consortium (W3C)*,⁹ dados abertos governamentais são dados produzidos pelo governo e colocados à disposição das pessoas de forma a tornar possível não apenas sua leitura e acompanhamento, mas também sua reutilização em novos projetos, sítios e aplicativos; seu cruzamento com outros dados de diferentes fontes; e sua disposição em visualizações interessantes e esclarecedoras.¹⁰ De modo similar, é qualquer conteúdo, informação ou dado que pessoas são livres para usar, reutilizar e redistribuir, sem qualquer restrição de ordem legal, tecnológica ou social.¹¹

A abertura de dados para reutilização pela sociedade no geral tem inúmeros benefícios, tais como o fomento de pesquisas ou de novos modelos de negócios. Nesses últimos, os benefícios

8 Esse é o aspecto mais frequentemente destacado pela doutrina. Sobre a relação publicidade-transparência, Wallace Paiva Martins Junior esclarece que não seria correto afirmar elas se equivalem, pois enquanto a publicidade consiste basicamente na divulgação oficial dos atos do poder público, a transparência apresenta maior densidade e compreende como subprincípios a motivação e a participação popular, na medida em que viabiliza “a abertura, a visibilidade, a diafanidade e a proximidade da Administração Pública” (Martins Junior, 2012, p. 233-234).

9 Uma organização internacional composta por empresas, órgãos governamentais e organizações independentes com a finalidade de estabelecer padrões para a criação e a interpretação de conteúdos para a web. Mais informações em: <https://www.w3.org/>. Acesso em 24 set. 2021.

10 Tradução utilizada pela Administração Pública federal. Disponível em: <https://www.tesourotransparente.gov.br/sobre/o-portal/perguntas-frequentes>. Acesso em 24 set. 2021.

11 Uma organização internacional é uma organização sem fins lucrativos que promove conhecimento livre. Mais informações disponíveis em: <https://okfn.org/>. Tradução livre do conceito.

têm especial acentuação, uma vez que no contexto de dados abertos grandes empresas com poder econômico não têm qualquer preferência ou tratamento diferenciado em relação aos pequenos empresários – o acesso é idêntico a todos. É por isso que alguns países já têm certa tradição na abertura de dados, tais como os Estados Unidos e Reino Unido (Kitchin, 2014, p. 85). E recentemente, em 2020, a Comissão Europeia publicou o documento *A European strategy for data*, no qual a organização destacou que os dados gerados no âmbito do setor público devem ser disponibilizados para uso por pesquisadores, empresas e sociedades no geral (European Commission, 2020, p. 7-8). O Brasil está em condição diferente, mas, conforme será exposto a seguir, já começou a traçar um caminho similar.

4. Adoção de iniciativas e práticas de dados abertos no Governo Federal: um itinerário

Ao menos desde 2008 o Governo Federal se preocupa com um planejamento estratégico sobre o emprego de TICs no serviço público, pois foi nesse ano a publicação do primeiro documento denominado Estratégia Geral de Tecnologia de Informação (EGTI), que até hoje é editado.¹² O EGTI de 2008 equivale mais a um modelo de governo eletrônico que a um modelo de governo digital, considerando as distinções estabelecidas entre ambos no primeiro tópico do presente artigo. Para o que interessa ao presente artigo, o documento contém, apesar de incipiente, uma importante disposição sobre a gestão de dados: estabeleceu como objetivo a consolidação de Catálogo Padrão de Dados, visando à integração dos sistemas de informação de Governo. O objetivo foi repetido no EGTI 2010, acrescido da meta de publicar padrões de dados essenciais para gestão de políticas públicas.

O ano de 2011 tem importantes eventos a respeito do assunto dados abertos, e pode ser definido como o marco inicial das iniciativas a respeito do assunto. Foi editada a Lei de Acesso à Informação (Lei 12.527/2011), que até o presente momento continua sendo a norma mais importante e completa a respeito da publicação de dados governamentais na forma aberta.¹³ Foi também em 2011 que o Brasil aderiu à Parceria para Governo Aberto ou OGP (do inglês *Open Government Partnership*), uma iniciativa internacional que tem o objetivo de difundir e incentivar globalmente práticas governamentais relacionadas à transparência dos governos, ao acesso à informação pública e à participação social (Neves, 2013), e que já na sua Declaração de 2011 inseriu a menção do dever de disponibilização de dados em formatos que facilitassem a

12 A partir de 2016, o documento passou a ser denominado Estratégia de Governança digital (EGD). Todas as versões estão disponíveis em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/historico>. Acesso em 21 set. 2021.

13 O artigo 8º da LAI dispõe que as informações de interesse coletivo ou geral devem ser obrigatoriamente divulgadas pelas organizações públicas em seus sítios oficiais, os quais devem atender, entre outros, aos seguintes requisitos: acesso automatizado por sistemas externos em formatos abertos; dados estruturados e legíveis por máquina; dados acompanhados de detalhes sobre os formatos utilizados para estruturação da informação; autenticidade, integridade e atualização.

sua reutilização (União, 2021).

O EGTI 2011-2012 representa um importante avanço em relação aos seus antecessores. É o primeiro a prever a adoção de práticas relacionadas a dados abertos, ao estabelecer como um de seus objetivos a instauração da denominada Infraestrutura Nacional de Dados Abertos (INDA), que consiste no “Conjunto integrado de tecnologias; políticas; mecanismos e procedimentos de coordenação e monitoramento; padrões e acordos, necessário para facilitar o armazenamento, o acesso, o compartilhamento, a disseminação e o uso dos dados abertos do governo brasileiro” (União, 2012). Em 2012 foi criada, então, a INDA, pela Instrução Normativa nº 4, de 12 abril de 2012, da Secretaria de Logística e Tecnologia da Informação. No mesmo ano também passou a ser disponibilizado o Portal Brasileiro de Dados Abertos.¹⁴

O EGTI de 2013-2015 continuou a tratar de dados abertos, e estabeleceu como meta o aumento de número de órgãos que disponibilizam conjunto de dados no Portal de Dados Abertos. Já no ano seguinte, em 2014, foi editado o EGTI 2014-2015, que repetiu o objetivo de aumento na disponibilização de dados abertos, e acrescentou as seguintes iniciativas: realização de oficinas de alinhamento em conjunto com a Controladoria-Geral da União (CGU); construção, execução e evolução dos planos de dados abertos dos órgãos da Administração Pública Federal; e edição do Plano de Dados Abertos (PDA). E o PDA foi efetivamente instituído, por meio do Decreto nº 8.777/2016, que contém disposições compatíveis com princípios básicos de dados abertos governamentais e supriu várias lacunas anteriormente existentes na IN-SLTI/MP 4/2012 (União, 2016, p. 15).

O PDA estabelece como seus objetivos que têm maior relação com a importância e função de dados abertos: fomento de pesquisa científica de base empírica sobre a gestão pública, promoção de desenvolvimento tecnológico e a inovação nos setores público e privado, e fomento de novos negócios (artigo 1º). O conceito de dados abertos estabelecido pelo PDA é compatível com aquele estabelecido pela *Open Knowledge Foundation*, uma vez que estabelece que são dados não apenas disponibilizados ao público, mas também “em formato aberto, processáveis por máquina, referenciados na internet e disponibilizados sob licença aberta que permita sua livre utilização, consumo ou cruzamento, limitando-se a creditar a autoria ou a fonte” (artigo 2º, inc. II). A vocação do PDA voltada à publicação de dados reutilizáveis também fica evidente em seus princípios e diretrizes, que incluem o dever de informação sobre qualidade e integridade dos dados, completude e interoperabilidade, padronização de estruturas de informação e, principalmente, prestação de assistência quanto ao uso de dados (artigo 3º).

A partir de 2016, o EGTI passou a ser denominado Estratégia de Governança Digital

14 Disponível em: <https://dados.gov.br/>.

(EGD). O documento EGD 2016-2019. Segundo avaliação do Tribunal de Contas da União (TCU), é estratégico, estabelece objetivos, indicadores e metas de alto nível associados à abertura de dados, bem como define iniciativas estratégicas para esse fim. Ainda, o órgão de controle assinala que o EGD 2016-2019 foi o primeiro a definir indicadores claros para mensurar a efetividade da política de dados abertos do Poder Executivo Federal. Apesar de todos os avanços mencionados acima, o TCU constatou em 2016 que a política de dados abertos adotada até então era pouco efetiva, porque o planejamento de abertura de dados era feito por ínfima parcela das organizações que integram o Sistema (União, 2016, p. 17-19).¹⁵

A EGD 2020-2022 reconhece essa realidade e se propõe a modificá-la. Um de seus objetivos é reformular os canais de transparência e dados abertos, de modo a (i) integrar ambos com o canal de ouvidoria; (ii) ampliar a quantidade de bases de dados abertos, de forma a atingir 0,68 pontos no critério de disponibilidade de dados de índice organizado pela Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); (iii) melhorar a qualidade das bases de dados abertos, de forma a atingir 0,69 pontos no critério de acessibilidade de dados do índice organizado pela OCDE.¹⁶

Além disso, o Decreto nº 10.332/2020, que substituiu o Decreto nº 8.638/2016, determinou: (i) a instituição de Comitê de Governança Digital pelos órgãos e as entidades administração pública federal direta, autárquica e fundacional para deliberar sobre os assuntos relativos à implementação das ações de governo digital e ao uso de recursos de TICs (art. 2º); (ii) a elaboração, pelos órgãos e entidades de, entre outros documentos, Plano de Dados Abertos (art. 3º); (iii) e instituiu a Rede Nacional de Governo Digital - *Rede Gov.br*, uma organização de natureza colaborativa e adesão voluntária, voltada a todos os entes federados, com a finalidade de promover o intercâmbio de informações e a articulação de medidas conjuntas relacionadas à expansão da Estratégia de Governo Digital (art. 7º). Por fim, o art. 25 da LGPD instituiu que “Os dados deverão ser mantidos em formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas ao acesso das informações pelo público em geral.”

O itinerário traçado acima demonstra que há muito tempo a Administração Pública

15 E a inefetividade parece perdurar até os dias atuais, pois em consulta Portal de Dados Abertos verificou-se que poucos órgãos disponibilizam dados abertos e, entre os que disponibilizam, são poucas as espécies de informações prestadas. O Ministério da Saúde, por exemplo, só disponibiliza três “aplicativos”, e apenas um deles refere-se efetivamente a dados abertos: (i) o Coronavírus – SUS, que “tem o objetivo de conscientizar a população com informações sobre o novo coronavírus”; (ii) o Observatório de Oncologia, que permite o “monitoramento de dados abertos e compartilhamento de informações relevantes da área de oncologia do Brasil”; (iii) e o Aider, que “permite encontrar UBS (Unidades Básicas de Saúde) próximas de sua localização”. (Disponível em: <https://dados.gov.br/aplicativos?organization=ministerio-da-saude-ms>. Acesso em 26 set. 2021.)

16 Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020/transparente-e-aberto>. Acesso em 21 set. 2021.

federal preocupa-se em tomar iniciativas relacionadas aos dados abertos. Apesar disso, a sua efetividade foi baixa, e a EGD 2020-2022, bem como demais iniciativas recentes, demonstram a preocupação em avançar de forma efetiva no assunto e ampliar significativamente a disponibilização de dados abertos. Não há momento mais oportuno, portanto, para refletir sobre os necessários parâmetros e cuidados relacionados à proteção de dados pessoais ao avançar na implantação de ferramentas de *open data*.

5. Parâmetros de regulação para a proteção de dados pessoais nas iniciativas *open data*

A regulação de iniciativas *open data* deve se ocupar de muitos assuntos, dentre eles os aspectos técnicos, para fins de garantir que os dados sejam efetivamente fidedignos e reutilizáveis. O foco do presente artigo, entretanto, volta-se ao específico assunto da proteção de dados pessoais. Conforme mencionado anteriormente, a discussão a respeito da abertura de dados sempre é acompanhada da respectiva proteção de dados pessoais, e deve ser conduzida de forma que não prevaleça de forma absoluta nem o interesse na medida de inovação, nem o referido direito fundamental.

Em termos de proteção de dados pessoais, as duas medidas mais frequentemente apontadas como formas de protegê-los são: (i) a exigência de consentimento para o seu tratamento, de modo que ele passaria ser legítimo uma vez que o próprio titular dos dados autorizou a atividade; (ii) e as medidas de anonimização, pois se não é possível identificar o dono dos dados, não estaria em risco qualquer valor que é protegido pela preservação de dados pessoais. No presente tópico o objetivo é aprofundar a análise sobre ambas as medidas para avaliar se elas são, de fato, suficientes para fins de proteção de dados pessoais, especialmente no contexto de iniciativas de *open data*.

5.1. Insuficiência do consentimento como único parâmetro de aferição da autodeterminação informativa

A noção de autodeterminação informativa surgiu em 1983, num julgado do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha. Na oportunidade, a Corte decidiu que é incompatível com a dignidade humana e o direito ao livre desenvolvimento da personalidade que o indivíduo não seja protegido contra uma ilimitada coleta, armazenamento, aproveitamento, transferência e divulgação de seus dados pessoais (Sarlet & Marinoni, 2018, p. 495). Desde então e em cada país específico a noção assume feições mais específicas, que se traduzem em inúmeros aspectos – pode ser compreendida como o direito de conhecer como seus dados pessoais são tratados, o direito de retificação, entre outros. Como não poderia deixar de ser, no ordenamento jurídico a autodeterminação informativa tem uma posição central da disciplina de proteção de dados pessoais: é um de seus fundamentos (art. 2º, inc. II da LGPD).

O consentimento, compreendido como “*manifestação livre, informada e inequívoca pela qual o titular concorda com o tratamento de seus dados pessoais para uma finalidade determinada*” (art. 5, inc. XII da LGPD), é um fundamento legitimador básico do tratamento de dados pessoais, e está diretamente vinculado com a autodeterminação informativa, pois cada pessoa deve ter o direito de decidir sobre a sua própria informação. Conforme mencionado anteriormente, o consentimento para fins de tratamento é importante porque que essa atividade passaria a ser legítima na medida em que o próprio titular dos dados a autorizou.

A importância e centralidade do consentimento para a autodeterminação informativa e a disciplina de proteção de dados pessoais é inquestionável, mas não absoluta. Mesmo o consentimento tem limitações quanto à sua efetividade na proteção de dados pessoais por uma série de razões, que estão expostas a seguir.

(1) Em primeiro lugar, as pessoas ainda não são muito conscientes a respeito do verdadeiro alcance do tratamento de dados pessoais que autorizam (Oliver-Lalana & Muñoz Soro, 2013, p. 158). Por mais que se informe a finalidade específica do tratamento que está sendo autorizado, é comum que ainda não se tenha completa noção e dimensão sobre as eventuais consequências da atividade. E é natural que assim o seja ao menos por enquanto, pois trata-se de um assunto muito recente no âmbito da comunidade acadêmica e ainda mais escasso na sociedade como um todo. Os possíveis impactos de tratamento massivo de dados pessoais em eleições, por exemplo, só foram compreendidos de forma contundente após as eleições estadunidenses de 2016.

(2) A possibilidade de revogação da autorização é frequentemente apontada como um contraponto ao consentimento que é dado sem a devida reflexão. Entretanto, apesar de podermos exercer direitos e faculdades relacionados ao controle de dados mediante revogação de autorizações, a situação não é de fácil administração pelos titulares de dados pessoais. Há pelo menos três mecanismos psicológicos básicos que dificultam a administração das autorizações para tratamento de dados: (i) a trivialização da valorização da privacidade, da qual as pessoas passam a cada vez mais abrir mão; (ii) o apego a aspectos positivos ou tranquilizadores (mas muitas vezes não comprovados), como a confiança na política de privacidade da instituição ou agente responsável pelo tratamento de dados; (iii) ou simplesmente, para aqueles que têm uma postura inicial de valorização da privacidade, a abertura de exceções por razões pragmáticas (Oliver-Lalana & Muñoz Soro, 2013, p. 159).

Esse conjunto de fatores descrito acima resulta, então, no seguinte paradoxo: a regra do consentimento, cujo propósito era garantir o controle das pessoas sobre seus próprios dados pessoais, acaba por amparar uma renúncia à possibilidade real de controlá-los (Oliver-Lalana & Muñoz Soro, 2013, p. 160). As inferências feitas acima são realistas, porque apesar da

imposição de altos padrões de proteção de dados pelas normas e discussões atuais, a sociedade constantemente baixa sua expectativa em relação à privacidade, e tende a priorizar as vantagens mais concretas e imediatas advindas do fluxo livre dos dados pessoais e está cada vez mais convencida de que a perda da privacidade é inevitável.

Considerando o exposto, é necessário passar a refletir não apenas sobre a função positiva do consentimento em termos de autodeterminação informativa, mas também sobre suas reais limitações. Nesse sentido, seria possível, de acordo com o tema específico a ser regulado, estabelecer restrições ao consentimento como expediente legitimador. Ou seja, que determinados dados pessoais não sejam disponibilizados em plataformas de *open data* independente de seus titulares consentirem ou não.

A medida pode ser acusada de padecer de paternalismo excessivo, mas tem seu fundamento: a proteção de dados não é apenas uma questão de preferências pessoais, nem tampouco mero direito subjetivo, mas possui uma dimensão social e objetiva que poderia justificar certas restrições à sua disponibilidade. Se não forem estabelecidas limitações, ou eventualmente meios alternativos ou complementares ao consentimento, a proteção de dados dependerá apenas de “micro decisões” adotadas por pessoas para atender interesses pontuais (Oliver-Lalana & Muñoz Soro, 2013, p. 161). Nesse ponto ressalta a dimensão coletiva do direito à privacidade, que pode ser compreendida a partir da conotação política do controle sobre o indivíduo e pelo imperativo da não-discriminação de minorias, bem como a partir da interdependência da tutela privada com o livre desenvolvimento da personalidade (Doneda, 2020, p. 633). A finalidade da proteção de dados não é amparar apenas a privacidade num aspecto individualista, é também a de tutelar: (i) a pessoa de variadas formas de controle contra a discriminação, para garantir a integridade de aspectos fundamentais de sua própria liberdade pessoal; (ii) classes e grupos sociais em relação ao exercício de direitos exercidos pela coletividade; (iii) situações relacionadas à liberdade de informação e à liberdade de expressão (Doneda, 2020, p. 359-360).

(3) Por fim, oportunizar o consentimento com o tratamento de dados pessoais especificamente para fins de *open data* é prejudicial ao próprio propósito da iniciativa. Conforme visto anteriormente, o objetivo dos dados abertos é disponibilizá-los para a sociedade civil para que eles sejam reutilizados com os mais diversos objetivos, que geralmente estão relacionados com pesquisas acadêmicas e pesquisas para iniciativas comerciais. Em todo caso, é importante que os dados sejam fidedignos em relação à realidade que eles pretendem retratar. Caso as pessoas tenham a faculdade de tomar decisões individuais a respeito do uso de seus dados, a retirada deles da base pode causar distorções nas inferências que são feitas a partir apenas dos dados que estão disponibilizados.

5.2. Insuficiência da anonimização para fins de proteção de dados que geram riscos nocivos de perfilação

Outra medida frequentemente apontada como instrumento de proteção de dados pessoais é a anonimização, compreendida como a “utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis no momento do tratamento, por meio dos quais um dado perde a possibilidade de associação, direta ou indireta, a um indivíduo” (art. 5, inc. XI da LGPD). A lógica é no sentido de que se não é possível identificar o dono dos dados, não estaria em risco qualquer valor que é protegido pela preservação de dados pessoais. Por isso, a LGPD dispõe que sempre que possível os dados pessoais serão anonimizados para a realização de estudos por órgão de pesquisa (art. 7º, inc. IV e art. 61, inc. II) sobre diversos assuntos, incluindo estudos em saúde pública (art. 13), e inclusive utilizando dados sensíveis e sem o consentimento de seu titular (art. 11, inc. II, alínea ‘c’).

Conforme visto anteriormente, atualmente a proteção de dados pessoais tem função que extrapola o resguardo da privacidade. Estão em risco também o livre desenvolvimento da personalidade e outros aspectos que têm um caráter coletivo, e não mais apenas individual. Nesse sentido, Stefano Rodotà (2008, p. 23-40) aponta com precisão que o debate em curso se deslocou do indivíduo para a sociedade. Com efeito, a privacidade, hoje, compreende algo muito mais complexo do que o direito ao isolamento do indivíduo (Doneda, 2020, p. 427-428).

Enquanto a atenção estava voltada apenas à privacidade, a sua violação estava relacionada apenas à divulgação indevida de “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (art. 5º, inc. I da LGPD). Mas se a preocupação se volta também ao livre desenvolvimento da personalidade, liberdade política, liberdade de associação etc., é fácil perceber que não são apenas informações individualizadas que têm potencial de violação. A divulgação de determinados tipos de informações sobre determinados tipos grupos pode ser nociva e eles; nesse caso, não é necessário que exista uma pessoa natural identificada ou identificável para que os dados sejam utilizados para fins de perfilação.

É por meio da perfilação que uma grande quantidade de dados pode ser utilizada, por exemplo, em medidas discriminatórias não especificamente de uma pessoa, mas sim de um grupo; além disso, é latente também o risco de o desenho de produtos e serviços que visam à normalização dos comportamentos e dos pensamentos dos cidadãos, que é imposta pela tirania de um poder difuso, inexecuível e com poder sem limites caso o acesso a dados seja também sem limites. Ou seja, é o perigo de um poder difuso criar uma sociedade uniforme, de acordo com os interesses das grandes organizações (Oliver-Lalana & Muñoz Soro, 2013, p. 182 e ss.). Com razão, Stefano Rodotà (2008, p. 24) chama a atenção para a “possibilidade de indivíduos e grupos controlarem o exercício dos poderes baseados na disponibilização de informações”. Por isso, Daniel Oliver-Lalana e José Félix Muñoz Soro (2013, p. 190 e ss.) propõem que seja

reconsiderada a própria definição de dados pessoais, que hoje é limitada a aqueles que estão diretamente associados a uma pessoa física identificada ou identificável, e propõem que se deixe de assumir que os dados anonimizados não devem ser protegidos, já que coletivamente também somos vulneráveis.

Como os dados abertos formam um conjunto amplo e volumoso de dados, disponíveis para a sociedade civil em geral para fins de reutilização, é pertinente levar em conta as reflexões expostas acima para fins de decidir quais conjuntos de dados cuja disponibilização pode colocar grupos em situação de vulnerabilidade. Certamente é uma decisão que envolve reflexão sobre assuntos complexos e muita cautela, mas ela é indispensável uma vez que se assume ser a proteção de dados pessoais se volta também à proteção do livre desenvolvimento da personalidade e outros valores.

6. Conclusões

A abertura de dados é uma iniciativa que vai muito além da publicidade e da transparência. A disponibilização de plataformas *open data* não tem por objetivo o aumento do controle social ou o aumento da participação popular (muito embora sejam efeitos naturalmente decorrentes da iniciativa), mas sim tem o objetivo de disponibilizar dados de modo que eles possam ser reutilizados para as mais diversas finalidades. Esse tipo de disponibilização viabiliza incontáveis potenciais iniciativas inovadoras da sociedade civil. É evidente, portanto, que *open data* é uma inovação bem-vinda.

Toda inovação, entretanto, é acompanhada de desafios – e quando se afirma o contrário há uma grande chance de que discussões muito relevantes estão sendo omitidas. Não é diferente com o *open data*. Entre tantos aspectos que podem ser discutidos a seu respeito, a necessidade de estabelecimento de parâmetros para a proteção de dados pessoais é um deles, e é um dos mais importantes. Esse ponto de embate entre ambos (*open data* e proteção de dados pessoais) não pode resultar na prevalência absoluta de apenas um: nem a inovação deve prevalecer sobre direitos fundamentais, nem os riscos aos direitos fundamentais podem impedir o avanço de iniciativas inovadoras.

Urge, então, a reflexão a respeito de como o ordenamento jurídico pode acomodar o *open data*, sem descuidar da proteção de dados pessoais. Como o consentimento e anonimização são os instrumentos tidos como pontos de partida para fins de proteção desses dados, o presente trabalho se propôs a refletir sobre as suas limitações, mas não sobre sua completa inutilidade. Ainda são dois instrumentos importantes. O que se propõe é que eles não sejam, como tem sido frequente, tomados aprioristicamente como medidas absolutamente eficientes. Como visto acima, não o são. Caberá à comunidade jurídica, tendo em mente as limitações dos instrumentos

que foram expostas acima, decidir a respeito das espécies de dados que serão disponibilizados nas plataformas de *open data*.

7. Referências

Carvalho, L. B. de (2020). Governo digital e direito administrativo: entre a burocracia, a confiança e a inovação. *Rev. Direito Adm.*, Rio de Janeiro, v. 279, n. 3, p. 115-148.

Castells, M. (2011). *A sociedade em rede*. Vol. 1. 14. reimp. São Paulo: Paz e Terra.

Cristóvam, J. S. da S.; Hahn, T. M (2020). Administração Pública orientada por dados: governo aberto e Infraestrutura Nacional de Dados Abertos. *Rev. de Direito Administrativo e Gestão Pública*, v. 6, n. 1, pp. 1-24.

Cristóvam, J. S. da S.; Saikali, L. B.; Sousa, T. P (2020). Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. *Seqüência (Florianópolis)*, n. 84, pp. 209-242.

Doneda, D. (2020). *Da privacidade à proteção de dados pessoais*: elementos da formação da Lei Geral de Proteção de Dados. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Duque, M. S. (2014). A questão da renúncia a direitos fundamentais. In: _____. *Curso de Direitos Fundamentais: teoria e prática*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

European Commision (2020). *A European strategy for data*. Brussels.

Fernández, M. (2016). La construcción del discurso de la smart city: mitos implícitos y sus consecuencias socio-políticas. *URBS. Revista de Estudios Urbanos y Ciencias Sociales*, v. 6, n. 2, pp. 83-99.

Ferreira, M. V. A.; Santos, P. M.; Braga, M. de M.; Rover, A. J (2012). Convergência digital e e-participação. In: LASALA CALLEJA, P. (Ed.). *La administración electrónica como herramienta de inclusión digital*. Zaragoza: Prensas de la Universidad de Zaragoza, pp. 15-37.

Frazão, A. (2019). Fundamentos da proteção dos dados pessoais: noções introdutórias para a compreensão da importância da Lei Geral de Proteção de Dados. In: Tepedino, G.; Frazão, A.; Oliva, M. D. (Coords.). *Lei Geral de Proteção de Dados e suas repercussões no*

Direito Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 23-52.

Freitas, J.; Teixeira, A. V (2019). Democracia Digital e Avaliação Continuada de Políticas Públicas. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 119, pp. 227-252.

Gabardo, E.; Salgado, E. D. (2013). Administração Pública e seus fundamentos de gestão: eficiência, interesse público, direitos fundamentais e desenvolvimento. In: Bacellar Filho, R. F.; Hachem, D. W. *Direito Público no Mercosul: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, p. 242-243.

Gallo Aponte, W. I.; López Valle, V. C. L.; Fácio, R. N (2020). La utilización de inteligencia artificial en la actividad regulatoria: una propuesta en favor del desarrollo nacional sostenible. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 17, n. 39, p. 123-146.

James, P.; Astoria, R.; Castor, T.; Hudspeth, C.; Olstinske, D.; Ward, J. (2020). Smart Cities: Fundamental Concepts. In: Augusto J. (Eds.) *Handbook of Smart Cities*. Springer: Cham.

Kitchin, Rob (2014). *The data revolution: big data, open data, data infrastructures and their consequences*. California: Sage Publications.

Marrara, T. (2012). O princípio da publicidade: uma proposta de renovação. In: _____ (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

Martins Junior, W. P (2012). Princípio da Publicidade. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

Miranda, V. V. (2016). O direito à privacidade na era digital e as tutelas assecuratórias. *Revista Fórum de Direito Civil – RFDC*, Belo Horizonte, ano 5, n. 12, p. 97-121.

Motta, Fabrício (2021). O princípio constitucional da publicidade administrativa. In: MARRARA, Thiago (Org.). *Princípios de Direito Administrativo*. São Paulo: Atlas.

Navarro, S. N. (2015). *La personalidad virtual del usuario de internet: tratamiento de la información personal recogida mediante cookies y tecnología análoga*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Neves, O. M. de C. (2013). Evolução das políticas de governo aberto no Brasil. Trabalho apresentado em evento. *VI Congresso CONSAD de Gestão Pública*. Brasília, Distrito

Federal, 16, 17 e 18 de abril de 2013. Disponível em: <http://consad.org.br/wp-content/uploads/2013/05/092-EVOLU%C3%87%C3%83O-DAS-POL%C3%8DTICAS-DE-GOVERNO-ABERTO-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em 21 set. 2021.

Oliver-Lalana, D. A.; Muñoz Soro, J. F. (2013). El mito del consentimiento y el fracasso del modelo individualista de protección de datos. In: TORRIJOS, Judián Valero (Coord.). *La protección de los datos personales em internet ante la innovación tecnológica: riesgos, amenazas y respuestas desde la perspectiva jurídica*. Madrid: Aranzadi Thomson Reute

Pinho, C. A. B. (2020). A utilização de dados e informações como receitas acessórias em projeto de infraestrutura: LGPD, limites e as novas oportunidades. In: DAL POZZO, Augusto Neves; MARTINS, Ricardo Marcondes (Coords.). *LGPD e Administração Pública: uma análise ampla dos impactos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, pp. 489-505.

Reck, J. R.; Vanin, F. S. (2020). O Direito e as Cidades Inteligentes: desafio e possibilidades na construção de políticas públicas de planejamento, gestão e disciplina urbanística. *Revista de Direito da Cidade*, v. 12, n. 1, pp. 464-492.

Rodotà, S. (2008). *A vida na sociedade de vigilância: a privacidade hoje*. São Paulo: Renovar.

Salgado, E. D.; Saito, V. H. (2020). Privacidade e proteção de dados: por uma compreensão ampla do direito fundamental em face da sua multifuncionalidade. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3. p. 117-137.

Sarlet, I. W. (2020). Proteção de dados pessoais como direito fundamental na Constituição Federal brasileira de 1988: contributo para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada. *Direitos Fundamentais & Justiça*, Belo Horizonte, ano 14, n. 42, pp. 179-218.

Sarlet, I.; Marinoni, L. G.; Mitidiero, D. (2018). *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva.

Schiefler, E. A. C.; Cristóvam, J. S. da S.; Sousa, T. P. de (2020). Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116.

União (2021). Controladoria-Geral da União (CGU). *A OGP: o que é a iniciativa, como funciona e o que é governo aberto*. Disponível em: <https://www.gov.br/cgu/pt-br/governo-aberto/a-ogp>. Acesso em 21 set. 2021.

União (2012). *Estratégias Gerais de Tecnologia da Informação (IGTI)*. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/estrategia-de-governanca-digital/historico>. Acesso em 21 set. 2021.

União (2016). Tribunal de Contas da União (TCU). *Processo nº 034.896/2015-5 (Relatório de Auditoria)*. Acórdão nº 2904/2016, julgado em 16.11.2016.

Viana, A. C. A.; Kreuz, L. R. C (2018). Admirável mundo novo: a administração pública do século XXI e as tecnologias disruptivas. *Interesse Público*, Belo Horizonte, v. 20, n. 110.

Vieira, T. M. (2007). Proteção de dados pessoais na sociedade da informação. *Revista de Direito de Informática e Telecomunicações – RDIT*, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 213-235, jan./jun.

Zancaner, W. (2013). Princípios informadores da Lei de Acesso à Informação. In: BACELLAR FILHO, R. F.; HACHEM, D. W. *Direito Público no Mercosul: Intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum.

LA INCORPORACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA BRASILEÑA Y LA PRÁCTICA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

THE INCORPORATION OF ARTIFICIAL INTELLIGENCE BY THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION AND THE PRACTICE OF ADMINISTRATIVE ACTS

Bárbara Mendonça

RESUMEN

Una inteligencia artificial bien entrenada, con acceso al flujo de información, simplifica y facilita exponencialmente las actividades de una organización, pudiendo obtener resultados que serían imposibles de lograr con el cerebro humano. Algunos consideran el que desafío más complejo e indispensable de los próximos años es hacer compatible la inteligencia artificial con los derechos humanos. Particularmente, en términos de garantizar la intervención humana en las decisiones o predicciones de algoritmos inteligentes y en relación con la cantidad de dicha intervención necesaria para el resultado del proceso.

En este escenario, se necesita un marco legal para este nuevo entorno digital que permita la sostenibilidad, el desarrollo, la igualdad, el derecho al futuro, la dignidad y la no exclusión. Específicamente, sobre el uso de la IA por parte de la Administración Pública brasileña. Su incorporación es inevitable y ya está sucediendo, considerando, además, las estrategias ya trazadas por el gobierno. Desde esta perspectiva, es necesario investigar la toma de decisiones públicas a través de la IA, especialmente en lo que respecta a la práctica de los actos administrativos, sus límites y desafíos. Dentro de esto, surgen algunas preguntas, como las siguientes: ¿Puede un sistema que utiliza la IA, realizar actos administrativos de manera autónoma? En caso afirmativo, ¿qué tipo de actos? ¿solo los vinculados o también los discrecionales? ¿cuáles serían los límites de esta discreción? ¿en qué campos de decisión podría actuar la IA (organización, control, etc.)? ¿existirá la posibilidad de revisar estos actos, con posterior validación, si fuera necesario? ¿habría necesidad de supervisión o la IA tendría suficiente autonomía para actuar sola? ¿se podría utilizar el aprendizaje profundo como técnica de aprendizaje o simplemente como aprendizaje automático? ¿cómo garantizar que se respeten, promuevan y protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos en este nuevo entorno de toma de decisiones? En el caso de responsabilidad civil extracontractual, ¿la acción de devolución sería contra quién (el programador, el servidor público responsable de la máquina, un tercero)? Es en este sentido que se construye esta investigación, proponiendo reflexiones y presentando un poco de la realidad brasileña sobre la incorporación de la IA en la Administración Pública.

PALABRAS CLAVE

Inteligencia artificial; Administración Pública brasileña; actos administrativos.

ABSTRACT

A well-trained artificial intelligence, with access to the flow of information, exponentially simplifies and facilitates the activities of an organization, being able to obtain results that would be impossible to achieve with the human brain. Some consider the most complex and indispensable challenge of the coming years to be making artificial intelligence compatible with human rights-Particularly, in terms of guaranteeing human intervention in the decisions or predictions of intelligent algorithms and in relation to the amount of such intervention necessary for the outcome of the process.

In this scenario, a legal framework is needed for this new digital environment that allows for sustainability, development, equality, the right to the future, dignity and non-exclusion. Specifically on the use of AI by the Brazilian Public Administration, its incorporation is inevitable and is already happening, considering, in addition, the strategies already outlined by the government. From this perspective, it is necessary to investigate public decision making through AI, especially regarding the practice of administrative acts, its limits and challenges. Within this, some questions arise, such as the following: can a system using AI perform administrative acts autonomously? If so, what kind of acts? only bound or also discretionary ones? what would be the limits of this discretion? in which decision fields could AI act (organization, control, etc.)? will there be the possibility of reviewing these acts, with subsequent validation, if necessary? would there be a need for supervision or would AI have enough autonomy to act alone? could deep learning be used as a learning technique or simply as machine learning? how to ensure that the fundamental rights of citizens are respected, promoted and protected in this new decision-making environment? in the case of tort liability, would the action for restitution be against whom (the programmer, the public servant responsible for the machine, a third party)? It is in this sense that this research is built, proposing reflections and presenting a little of the Brazilian reality on the incorporation of AI in Public Administration.

KEYWORDS

Artificial intelligence; Brazilian Public Administration; administrative acts.

1. Introducción

Las Naciones Unidas define la administración electrónica como el fenómeno de la aplicación de las tecnologías de la información (TIC) al funcionamiento del sector público. La entidad aclara que las TIC son instrumentos que pueden promover la participación de los ciudadanos en los procesos de toma de decisiones y servir de apoyo para la reducción de las desigualdades, además de destacar su relevancia en la consecución de las directrices establecidas en la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible.¹⁷ Por ello, las plataformas deben ser accesibles y estar adaptadas a las necesidades locales.¹⁸

El Gobierno Electrónico supone un gobierno abierto e innovador que proporciona a los ciudadanos herramientas como facilitar y promover el acceso, reducir los plazos, la inclusión digital, entre otras.¹⁹ No se confunde Administración Digital.²⁰ Esto puede entenderse como la modernización de la Administración Pública, o como una nueva forma de relación entre el Estado y la sociedad, que se produce en un entorno totalmente digitalizado.

Para hacer frente a la realidad digital de una sociedad en red, es necesario que el Estado y la Administración se vuelvan flexibles, dinámicos e interactivos, y que se fomente el uso de las nuevas herramientas tecnológicas.²¹ En este sentido, la inteligencia artificial surge como un sistema que puede reproducir el pensamiento humano.²² David L. Poole y Alan K. Mackworth lo definen como el campo que estudia la síntesis y el análisis de agentes computacionales que actúan de forma inteligente.²³ Alan Turing, precursor en el estudio del tema, define la IA como una

17 United Nations. E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2016>. Consultado en: 28 nov. 2021.

18 United Nations. E-Government Survey 2018. Disponible en: http://inova.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-Government-Survey-2018_FINAL-for-web.pdf. Consultado en: 28 nov. 2021.

19 Corvalán, J. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.

20 La Administración Pública Digital es una evolución de la administración electrónica.

21 Toffoli, D. Prefácio. In: Fernandes, R.; Carvalho, A. (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. “A inovação tecnológica e o desenvolvimento econômico são temas imbricados. Entretanto, a eclosão de inovações tecnológicas não depende apenas do agente produtivo, mas de uma conjugação de fatores necessários a estabelecer um ambiente propício ao processo inovativo. Trata-se de um fenômeno sistêmico e interativo, no qual é importante a cooperação entre os agentes privados, os agentes institucionais e, sobretudo, o Estado”. Kalil, G.; Gonçalves, O. Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 17 n. 113, p. 497-520, out. 2015/jan. 2016. p. 515.

22 Haugeland, J. *Artificial Intelligence: The Very Idea*. Cambridge: MIT Press, 1985. p. 2-3.

23 Traducción gratuita. Poole, D.; Mackworth, A. *Artificial Intelligence: foundations of computational agents*. New York: Cambridge University Press, 2010. p. 3.

máquina que imita el comportamiento intelectual de un cerebro humano.²⁴ Tiene la capacidad de procesar información y resolver problemas con un enfoque en los objetivos.

En 2018 el gobierno brasileño publicó la Estrategia Brasileña de Transformación Digital (E-Digital). En ella, la inteligencia artificial (en adelante IA) se introduce como parte de una estructura productiva y como algo que requerirá capacidad de innovación institucional por parte del Estado.²⁵ En 2020, lanzó la Estrategia de Gobierno Digital para el período 2020 a 2022, que trae en el objetivo 8, iniciativa 8.2, la implementación de recursos de inteligencia artificial en al menos 12 servicios públicos federales para 2022.²⁶

Sobre esta base, es pertinente investigar la práctica de los actos administrativos por parte de la IA.

2. Cuestiones iniciales sobre la Inteligencia Artificial

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) considera que la IA es una de las diez tecnologías emergentes más prometedoras, potencialmente más disruptivas y con importantes riesgos.²⁷

Es la revolución de las revoluciones, ya que procesa eficazmente el gran volumen de datos e información que se produce (Big Data), consiguiendo igualar o incluso superar ciertas capacidades cognitivas humanas.²⁸ Se basan en los llamados algoritmos inteligentes, que son un conjunto de instrucciones o reglas utilizadas para realizar cálculos, resolver problemas y tomar decisiones. Se puede comparar con una fórmula utilizada para el cálculo.²⁹

24 Turing, A.; Copeland, B.. The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life: Plus The Secrets of Enigma. New York: Oxford University Press, 2004. p. 476.

25 Brasil. Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital). Brasília, 2018. p. 34;39.

26 Brasil. Gov.br. Estratégia de Governo Digital 2020-2022. Um Governo Inteligente. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020/inteligente>. Consultado en: 28 nov. 2021.

27 OCDE. Perspectivas de la OCDE en Ciencia, Tecnología e Innovación en América Latina 2016 (Extractos). Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264303546-es.pdf?expires=1596413358&id=id&accname=guest&checksum=2E46AC925BEC4C6C91F6E704DCB5BBD3>. Consultado en: 28 nov. 2021. p. 75.

28 Corvalán, J. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. p. 297.

29 Corvalán, J. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. p. 299.

Stuart Russell y Peter Norvig han identificado dos características principales de la IA, una relacionada con el proceso de razonamiento y motivación, y la otra asociada al comportamiento.³⁰ La diferencia de otros algoritmos es que esta es autodidacta, ya que puede acumular sus propias experiencias y extraer el aprendizaje de ellas. Este proceso de aprendizaje se denomina *machine learning*.³¹

Otro tipo de aprendizaje más profundo es el que se conoce como *deep learning*. A partir de ella podemos, a través de las cámaras de los aeropuertos, identificar y seguir a las personas (por ejemplo, sospechosos de terrorismo, etc.), rastrear su equipaje y detectar cualquier elemento sospechoso con gran rapidez; localizar minerales en zonas relativamente inexploradas de la tierra a través de imágenes de satélite; clasificar enfermedades de forma automática y cada vez más precisa, incluso ayudar a los patólogos a identificar células cancerosas a través de imágenes de los ganglios linfáticos; desarrollar los llamados coches autónomos, entre una infinidad de posibilidades.³² Los mecanismos de IA pueden tener un carácter decisorio, predictivo³³ o híbrido.

El problema a partir de este punto radica en que “con la capacidad de entrenarse y acumular experiencia, la IA puede tomar decisiones independientemente de la voluntad de su desarrollador e incluso llegar a resultados no susceptibles de ser predichos por sus programadores”.³⁴ La IA también tiende a replicar de sus programadores los estereotipos, sesgos cognitivos y prejuicios.³⁵

Otra cuestión relevante es la de la llamada “caja negra”, que no permite rastrear cómo se llegó a la decisión concreta.

Además, la adopción de la administración digital no es sólo una cuestión de elección,

30 Russel, S.; Norvig, P. Artificial Intelligence: a modern approach. 3. ed. New Jersey: Pearson Education Limited, 2010. p. 1.

31 Michie, D.; Spiegelhalter, D.; Taylor, C. Machine Learning, Neural and Statistical Classification. New Jersey: Prentice Hall, 1994. p. 2.

32 Ciência e Dados. Casos de Uso de Deep Learning. Disponible en: <http://www.cienciaedados.com/7-casos-de-uso-de-deep-learning/>. Consultado en: 28 nov. 2021.

33 “A análise preditiva visa aproveitar os dados do passado para obter informações em tempo real e prever eventos futuros”. Freitas, C.; Barddal, J. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019. p. 110.

34 Pires, T.; Silva, R. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do parlamento europeu. Revista Brasileira de Políticas Públicas, Brasília, v. 7, n. 3, p. 238-254, dez. 2017. p. 243.

35 Freitas, J. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 21, n. 114, p. 19-25, mar./abr. 2019. p. 17.

dados los principios de eficiencia,³⁶ así como el de la supremacía del interés público.³⁷

Esto es así porque las nuevas tecnologías son un factor preponderante en la independencia tecnológica y productiva; permiten a los ciudadanos ejercer libremente sus derechos a la libertad de expresión y al acceso a la información; juegan un papel relevante en el fortalecimiento democrático, la educación, la identidad cultural y el desarrollo económico, industrial y tecnológico de los pueblos; son imprescindibles a la hora de definir el proyecto estratégico de un país en el contexto de un mundo globalizado; y son consideradas como un instrumento para aumentar la productividad, crear empleo y mejorar la calidad de vida de todos.³⁸

El uso de la inteligencia artificial puede optimizar el flujo de datos e información a disposición de las Administraciones y resolver cuestiones que antes requerían varios pasos, procedimientos y fases, o no se resolvían. Por ejemplo, el Sistema Único de Salud (SUS) ha instituido el programa Connect SUS, que utiliza la IA para que los ciudadanos puedan conocer su trayectoria en el SUS a partir de una red nacional de datos que permitirá acceder a los perfiles de cualquier usuario a través de una base de datos en línea, donde estarán disponibles todos los procedimientos y recursos utilizados por esos pacientes. Con ello, se establecerán parámetros en la atención que agilizarán las colas y ayudarán a la distribución de los recursos estatales y municipales de forma más inteligente.³⁹

Una inteligencia artificial bien entrenada, con acceso al flujo de información, simplifica y facilita exponencialmente las actividades de una organización, y puede lograr resultados que serían imposibles de alcanzar con el cerebro humano.⁴⁰

36 Entendida aquí como multidimensional, abarca, además de la economía (relación coste-beneficio, optimización de los medios), la eficacia (consecución adecuada de los fines predefinidos) y la celeridad. GABARDO, Emerson. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002. p. 23 e ss. La administración eficiente es también un concepto directamente vinculado a la realización efectiva del principio de socialidad. Bitencourt, E. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 221.

37 El interés público se entiende aquí como “aquele resultante da parcela coincidente dos interesses individuais de determinada sociedade, externado pela dimensão coletiva desses interesses e fixado pelo próprio Direito positivo cuja ontologia é constitucional”. Gabardo, E.; Hachem, D. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: Bacellar, R.; Hachem, D. (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010. p. 195.

38 Corvalán, J. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017. p. 37.

39 Brasil. Ministério da Saúde. Conecte SUS avança em todo país com a implantação da rede nacional de dados em saúde. Disponible en: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46988-conecte-sus-avanca-em-todo-pais-com-a-implantacao-da-rede-nacional-de-dados-em-saude>. Consultado en: 28 nov. 2021.

40 Corvalán, J. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017. p. 58.

Algunos consideran como el reto más complejo e imprescindible de los próximos años compatibilizar la inteligencia artificial con los derechos humanos, especialmente en el aspecto relativo a la garantía de la intervención humana en las decisiones o predicciones de los algoritmos inteligentes y en el aspecto relativo a la cantidad necesaria de esta intervención para que el resultado del tratamiento de la información y de los datos sea legítimo, respetuoso y promueva la efectividad de los derechos de las personas.⁴¹

En este escenario, es necesario un régimen jurídico para este nuevo entorno digital que permita la sostenibilidad, el desarrollo, la igualdad, el derecho al futuro, la dignidad y la no exclusión. Por lo tanto, le corresponde al Derecho Administrativo entrar a fondo en esta discusión, ya que es su papel combatir el abuso de poder, la asimetría de la información, el uso de datos por parte del Estado, entre otros.⁴²

En lo que respecta específicamente al uso de la IA por parte de la Administración Pública brasileña, su incorporación es inevitable, teniendo en cuenta las estrategias ya trazadas por el gobierno. Desde esta perspectiva, surge la necesidad de investigar la toma de decisiones públicas a través de la IA, especialmente en cuanto a la práctica de los actos administrativos, sus límites y desafíos.

En este contexto, surgen algunas preguntas, como las siguientes: ¿puede un sistema que utiliza la IA realizar actos administrativos de forma autónoma? Si es así, ¿qué tipo de actos? ¿sólo los obligatorios o también los discrecionales? ¿cuáles son los límites de esta discrecionalidad? ¿en qué ámbitos de decisión podría actuar la IA (organización, control, etc.)? ¿existiría la posibilidad de revisar estos actos, con una convalidación posterior, si fuera necesario? ¿habría necesidad de supervisión o la IA tendría suficiente autonomía para actuar sola? ¿se puede utilizar el *deep learning* como técnica de aprendizaje o sólo el *machine learning*?⁴³ ¿cómo podemos garantizar que se respeten, promuevan y protejan los derechos fundamentales de los ciudadanos en este nuevo entorno de toma de decisiones? En el contexto de la responsabilidad civil extracontractual, ¿quién podría recurrir (el programador, el funcionario público responsable de la máquina, un tercero)?

Alice, Sofia, Mónica, Sapiens y Víctor son algunos de los asistentes de los organismos públicos para la toma de decisiones. Los tres primeros son utilizados por el Tribunal Federal de Cuentas y ayudan a supervisar la existencia de fraude en las licitaciones, ayudan a los auditores a redactar los textos y a controlar los contratos públicos. Son interfaces de un sistema más

41 Rodotá, S. El derecho a tener derechos. Madrid: Trotta, 2014. p. 302.

42 López, V. Lima Valle. Em curso de curta duração ministrado pela PUCPR (“Inteligência Artificial e Administração Pública”).

43 Deep learning y machine learning son procesos de aprendizaje por los que puede pasar la IA.

amplio, llamado Labcontas, que funciona como el “cerebro” de los robots y es donde obtienen la información en la que se basan sus sugerencias de 77 bases de datos.⁴⁴

Sapiens es un gestor de documentos electrónicos (GED), híbrido, utilizado por la Abogacía General de la Unión para optimizar el trabajo jurídico de los abogados. Cuenta con recursos avanzados de apoyo a la producción de contenidos jurídicos y control de flujos administrativos, enfocados a la integración con los sistemas informáticos del Poder Judicial y del Poder Ejecutivo.⁴⁵

Victor, utilizado en el Tribunal Federal Supremo, pretende aportar una mayor eficacia en el análisis de los procesos, ahorrando tiempo y recursos humanos. Realiza cuatro actividades: la conversión de imágenes en texto en el proceso digital, la separación del principio y el final de un documento (documento procesal, decisión, etc.) en todo el fondo del Tribunal, la separación y clasificación de los documentos procesales más utilizados en las actividades del STF y la identificación de las cuestiones más comunes de repercusión general.⁴⁶ Además, una encuesta realizada por la Fundación Getúlio Vargas (FGV) indica que la mitad de los tribunales de Brasil ya utilizan la IA. Hay 72 proyectos diferentes en distintas fases de ejecución.⁴⁷

El uso de la IA en los procedimientos internos de los organismos públicos permite mejorar exponencialmente la calidad de la respuesta al ciudadano, que puede reducirse de meses a días, de días a horas y de horas a segundos.⁴⁸ Es una Administración en red, ya que las cuestiones públicas globales y locales se debaten en red y de forma coordinada; es multipolar, basada en relaciones bilaterales y complejas, con presencia de múltiples intereses públicos y privados; es infraestructural, con una función de coordinación, que se desarrolla más allá de las situaciones individuales, imponiendo parámetros y condiciones para las acciones económicas y

44 Conjur. A. et al: três robôs auxiliam o trabalho do Tribunal de Contas da União. 02 de junho de 2019. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/tres-robos-auxiliam-trabalho-tribunal-contas-uniao>. Consultado en: 28 nov. 2021.

45 AGU. Sapiens – Sistema AGU de Inteligência Jurídica. Disponible en: <https://sapiens.agu.gov.br/login>. Consultado en: 28 nov. 2021.

46 Lex Magister . Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. Disponible en: http://www.lex.com.br/noticia_27695954_MINISTRA_CARMEN_LUCIA_ANUNCIA_INICIO_DE_FUNCIONAMENTO_DO_PROJETO_VICTOR_DE_INTELIGENCIA_ARTIFICIAL.aspx. Consultado en: 28 nov. 2021.

47 Freitas, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. Jota, 09 de julho de 2020. Disponible en: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020>. Consultado en: 28 nov. 2021.

48 Stringhini, A. Administración Pública Inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, Santa Fe, v. 5, n. 2, p. 199-215, jul./dic. 2018. p. 213.

sociales; es concertada, ya que es consensuada y dialógica, y eficiente.⁴⁹

Dado que la Administración Pública brasileña ha incorporado la inteligencia artificial en diferentes procesos de toma de decisiones y para la asistencia de decisiones y políticas públicas, surge la necesidad de cambiar la lógica de las organizaciones para pasar de una “burocracia digital” a una “burocracia inteligente”,⁵⁰ que utiliza la IA para facilitar, simplificar y agilizar las interacciones, las tareas, la generación de documentos, etc., basándose no sólo en la automatización, sino en la actividad predictiva (previsión). No se trata sólo de adaptar el gobierno y la Administración Pública a la digitalización, a Internet o a las redes sociales.⁵¹

Aquí surge un problema relevante, relativo al uso de técnicas de IA en las elecciones públicas. La cuestión reside en que hay elementos que impregnan esta elección pública (valores, compromisos éticos, ponderación, renuncia a favor de las generaciones futuras, etc.) que parecen insusceptibles de traducción algorítmica. “El reto parece residir en la identificación de los campos de decisión en los que la enunciación del algoritmo es una tarea factible, sin perjuicio de la calidad de la decisión”.⁵²

Es en este escenario, donde se plantea la cuestión de si la IA puede realizar actos administrativos,⁵³ de manera que sustituya al administrador y no sólo lo asista. ⁵⁴ En primer lugar, es necesario conceptualizar este instituto. Celso Antônio Bandeira de Mello la define como “una declaración del Estado (o de quien actúe en su nombre - como, por ejemplo, un concesionario de servicios públicos), en el ejercicio de prerrogativas públicas, manifestada a través de medidas

49 Bitencourt, E. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017. p. 209.

50 La burocracia digital se encarga de automatizar las elecciones anteriores. La burocracia inteligente, en cambio, se ocupa de sistemas capaces de afrontar por sí mismos una pluralidad de circunstancias, es decir, sistemas que se adaptan a circunstancias nuevas y no previstas originalmente.

51 Corvalán, J. Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de Tramitación digital completa, Editorial La Ley, Argentina, 17 de agosto de 2018. p. 1.

52 Valle, V. Inteligência artificial, administração pública e atos vinculados. 2019. Disponible en https://www.academia.edu/35946429/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_ADMINISTRA%C3%87%C3%83O_P%C3%9ABLICA_E_ATOS_VINCULADOS. Consultado en: 28 nov. 2021.

53 Sobre el tema, véase: Folloni, A. Teoria do ato administrativo. Curitiba: Juruá, 2006.

54 Es pertinente distinguir el acto electrónico tradicional, que es el acto formulado por un agente público humano que utiliza la forma electrónica para prepararlo, del acto administrativo electrónico automatizado, que es el acto que, además de la forma electrónica, es generado autónomamente por un agente inteligente (IA). Dentro de esta última aún existen dos subdivisiones: acto administrativo electrónico totalmente automatizado, como aquel que requiere una mayor discrecionalidad (actos administrativos discrecionales); y acto administrativo electrónico parcialmente automatizado, como aquel que está sujeto a parámetros preestablecidos en la legislación. Usai, A. Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti alla decisioni amministrative automatiche. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1992. Disponible en: <https://sites.google.com/site/telemm/pubblicazioni/dallinformatica-amministrativa-alla-teleamministrazione/alessandro-usai>. Consultado en: 28 nov. 2021.

legales que complementan la ley para su cumplimiento, y sujeta a control de legitimidad por un órgano judicial”.⁵⁵

La doctrina desglosa los actos administrativos en requisitos, comúnmente llamados “elementos del acto administrativo”, para facilitar su estudio e identificar los posibles defectos. A pesar de las divergencias, en general los elementos son: *sujeto, razón, objeto, finalidad y forma*.⁵⁶

El sujeto es quien posee las facultades jurídico-administrativas para la práctica del acto administrativo, el autor del acto.⁵⁷ El motivo sería el supuesto de hecho que autoriza o impone a la Administración Pública la práctica de un acto. El objeto es el contenido del acto, lo que establece. La finalidad es el objetivo del acto administrativo y la forma es relativa al modo en que se exterioriza el acto.⁵⁸

Además de los elementos, hay también presupuestos de existencia (objeto y pertinencia del acto al ejercicio de la función administrativa) y de validez (sujeto, razón, requisitos de procedimiento, finalidad, causa y formalización).

Sin los elementos, no hay acto administrativo o de otro tipo: “Sin los presupuestos de la existencia faltará lo indispensable para la producción jurídica de ese objeto constituido por los elementos, es decir, para la creación de cualquier acto jurídico (administrativo o de otro tipo, válido o inválido), o, entonces, faltará lo requerido para su calificación como acto administrativo (válido o inválido). Sin los supuestos de validez no habrá acto administrativo válido”.⁵⁹

Sobre esta base, es importante evaluar si la producción de actos administrativos por parte de AI cumple con todos esos requisitos.

3. Conclusiones

Es sabido que la práctica de los actos administrativos mediante máquinas no es nueva. La luz roja de los semáforos y los parquímetros que ponen multas son ejemplos.⁶⁰ La cuestión que plantea reflexiones en cuanto a la IA es que, debido a su proceso de autoaprendizaje, puede

55 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 389.

56 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 395.

57 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 395.

58 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 394-395.

59 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 396-397.

60 Bandeira, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 376-377.

actuar de forma no programada e inesperada. No se trataría sólo de una decisión previsible y esperada, como ocurriría en la práctica de los actos vinculados, que se caracterizan por la objetividad y la adhesión a la ley, siendo posible inferir que los mecanismos de IA pueden aportar autónomamente diversas soluciones a las demandas administrativas vinculadas.⁶¹ En los actos discrecionales ⁶² hay que hacer juicios de valor. Aquí radica el problema, en la formulación de opciones evaluativas, ya que sus bases son datos y no valores.⁶³

El primer impasse estaría en el reconocimiento de la IA como sujeto autónomo. Aquí se plantean generalmente dos posibilidades: o bien la ley contempla la IA como sujeto debidamente autorizado, sin necesidad de validación por parte de un ser humano,⁶⁴ o prevé que el programador sea el sujeto autorizado para validar los actos.⁶⁵ El segundo impasse sería el cumplimiento de los requisitos de motivo y finalidad, ya que éstos requieren abstracción y subjetividad.

En cuanto a los demás requisitos, no existen problemas importantes. Para satisfacer el objeto, el programador debe proporcionar, basándose en la ley y en ejemplos prácticos, objetos válidos para que el agente inteligente aprenda. La forma será satisfecha por la divulgación del acto según la ley.

A pesar de la relevancia del tema, aún no existe un marco regulatorio ni políticas públicas efectivas que orienten a la Administración Pública y a los ciudadanos sobre el uso de la IA. En este sentido, se están tramitando tres proyectos de ley: el PL nº 21/2020 que propone un

61 Marques, K. O ato administrativo e a inteligência artificial: uma abordagem sobre os limites e as possibilidades da utilização de inteligência artificial no contexto da administração. Natal, 2020. 56f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 37.

62 Sobre discreción: Guerra, Se. Discricionariiedade e reflexividade. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

63 “No campo dos atos vinculados, a objetividade de aplicação associada aos mecanismos de IA se apresenta (em tese) como um reforço à isonomia e impessoalidade, que devem presidir as decisões administrativas, e tem-se nisso um argumento em favor da incorporação destas mesmas novas tecnologias. Neutraliza-se, em verdade, o subjetivismo do agente a decidir, em favor da presumida objetividade cartesiana do sistema lógico parametrizado. É verdade que mesmo os algoritmos podem conter propensões ou tendências a eles transpostas pela simples programação – mas este risco pode ser minimizado com uma maior transparência em relação ao seu conteúdo e modo de construção.” Valle, V. Inteligência artificial, administração pública e atos vinculados. 2019. Disponible en: https://www.academia.edu/35946429/INTELIG%C3%8ANCIA_ARTIFICIAL_ADMINISTRA%C3%87%C3_%83O_P%C3%9ABLICA_E_ ATOS_VINCULADOS. Consultado en: 28 nov. 2021.

64 Marques, K. O ato administrativo e a inteligência artificial: uma abordagem sobre os limites e as possibilidades da utilização de inteligência artificial no contexto da administração. Natal, 2020. 56f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Programa de Pós- Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte. p. 24.

65 Filgueiras, M. Ato administrativo eletrônico e teleadministração: perspectivas de investigação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 243-264, jul./set. 2004. P. 254.

Marco Legal para la Inteligencia Artificial en Brasil, propuesto por el diputado Eduardo Bismarck (PDT-SP);⁶⁶ el PL n° 5691/2019, encargado de establecer la Política Nacional de Inteligencia Artificial⁶⁷ y el PL n° 5051/2019 encargado de establecer los principios para el uso de la Inteligencia Artificial en Brasil, ambos de autoría del senador Styvenson Valentim (PODEMOS/RN).

4. Referencias

Agu. Sapiens – Sistema AGU de Inteligência Jurídica. Disponible en: <https://sapiens.agu.gov.br/login>. Consultado en: 28 nov. 2021.

Bandeira de Mello, C. Curso de Direito Administrativo. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

Bitencourt Neto, E. Transformações do Estado e a Administração Pública no século XXI. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 4, n. 1, p. 207-225, jan./abr. 2017.

Brasil. Câmara Dos Deputados. PL n° 21/2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>. Consultado en: 28 nov. 2021.

Brasil. Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital). Brasília, 2018.

Brasil. Gov.br. Estratégia de Governo Digital 2020-2022. Um Governo Inteligente. Disponible en: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/EGD2020/inteligente>. Consultado en: 28 nov. 2021.

Brasil. Ministério da Saúde. Conecte SUS avança em todo país com a implantação da rede nacional de dados em saúde. Disponible en: <https://www.saude.gov.br/noticias/agencia-saude/46988-conecte-sus-avanca-em-todo-pais-com-a-implantacao-da-rede-nacional-de-dados-em-saude>. Consultado en: 28 nov. 2021.

66 Brasil. Câmara Dos Deputados. PL n° 21/2020. Estabelece princípios, direitos e deveres para o uso de inteligência artificial no Brasil, e dá outras providências. Disponible en: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2236340>. Consultado en: 28 nov. 2021. Apensado ao PL n° 21/2020 há o PL 240/2020, que Cria a Lei da Inteligência Artificial, e dá outras providências. El 29 de septiembre de 2021, la Cámara de Representantes la aprobó, por 413 votos a favor y 15 en contra, con el texto sustitutivo de la ponente, la diputada Luisa Canziani (PTB/PR), que consolidaba las enmiendas propuestas por otros parlamentarios. El proyecto de ley pasó entonces al Senado.

67 Brasil. Senado Federal. PL n° 5691/2019. Institui a Política Nacional de Inteligência Artificial. Disponible en: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>. Consultado en: 28 nov. 2021.

- Brasil. Senado Federal. PL nº 5051/2019. Estabelece os princípios para o uso da Inteligência Artificial no Brasil. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/138790>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- Brasil. Senado Federal. PL nº 5691/2019. Institui a Política Nacional de Inteligência Artificial. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/139586>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- Ciência e dados. Casos de Uso de Deep Learning. Disponível em: <http://www.cienciaedados.com/7-casos-de-uso-de-deep-learning/>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- Conjur. Alice, Sofia e Monica: três robôs auxiliam o trabalho do Tribunal de Contas da União. 02 de junho de 2019. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/tres-robos-auxiliam-trabalho-tribunal-contas-uniao>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- Corvalán, J. Administración Pública digital e inteligente: transformaciones en la era de la inteligencia artificial. Revista de Direito Econômico e Socioambiental, Curitiba, v. 8, n. 2, p. 26-66, maio/ago. 2017.
- Corvalán, J. Hacia una Administración Pública 4.0: digital y basada en inteligencia artificial. Decreto de Tramitación digital completa, Editorial La Ley, Argentina, 17 de agosto de 2018.
- Corvalán, J. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018.
- Filgueiras Júnior, M. Ato administrativo eletrônico e teleadministração: perspectivas de investigação. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 237, p. 243-264, jul./set. 2004.
- Folloni, A. Teoria do ato administrativo. Curitiba: Juruá, 2006.
- Freitas, C; Barddal, J. Análise preditiva e decisões judiciais: controvérsia ou realidade? Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico, Florianópolis, v. 1, n. 18, p. 107-126, 2019.
- Freitas, H. Judiciário brasileiro tem ao menos 72 projetos de inteligência artificial nos tribunais. Jota, 09 de julho de 2020. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/>

inova-e-acao/judiciario-brasileiro-tem-ao-menos-72-projetos-de-inteligencia-artificial-nos-tribunais-09072020. Consultado en: 28 nov. 2021.

Freitas, J. Direito Administrativo e Inteligência Artificial. Interesse Público, Belo Horizonte, v. 21, n. 114, p. 19-25, mar./abr. 2019.

Gabardo, E. Princípio constitucional da eficiência administrativa. São Paulo: Dialética, 2002.

Gabardo, E.; Hachem, D. O suposto caráter autoritário da supremacia do interesse público e das origens do direito administrativo: uma crítica da crítica. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). Direito administrativo e interesse público: estudos em homenagem ao Professor Celso Antônio Bandeira de Mello. Belo Horizonte: Fórum, 2010.

Guerra, S. Discricionariedade e reflexividade. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

Haugeland, J. Artificial Intelligence: The Very Idea. Cambridge: MIT Press, 1985.

Kalil, G.; Gonçalves, O. Incentivos fiscais à inovação tecnológica como estímulo ao desenvolvimento econômico: o caso das Start-ups. Revista Jurídica da Presidência, Brasília, v. 17 n. 113, p. 497-520, out. 2015/jan. 2016.

Lex Magister. Ministra Cármen Lúcia anuncia início de funcionamento do Projeto Victor, de inteligência artificial. Disponible en: http://www.lex.com.br/noticia_27695954_MINISTRA_CARMEN_LUCIA_ANUNCIA_INICIO_DE_FUNCIONAMENTO_DO_PROJETO_VICTOR_DE_INTELIGENCIA_ARTIFICIAL.aspx. Consultado en: 28 nov. 2021.

Marques, K. O ato administrativo e a inteligência artificial: uma abordagem sobre os limites e as possibilidades da utilização de inteligência artificial no contexto da administração. Natal, 2020. 56f. Monografia (Especialização em Direito Administrativo) - Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Norte.

Michie, D.; Spiegelhalter, D.; Taylor, C. Machine Learning, Neural and Statistical Classification. New Jersey: Prentice Hall, 1994.

Ocde. Perspectivas de la OCDE en Ciencia, Tecnología e Innovación en América Latina 2016 (Extractos). Disponible en: <https://www.oecd-ilibrary.org/docserver/9789264303546-es>.

- Pires, T.; Silva, R. A responsabilidade civil pelos atos autônomos da inteligência artificial: notas iniciais sobre a resolução do parlamento europeu. *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, Brasília, v. 7, n. 3, p. 238-254, dez. 2017.
- Poole, D.; Mack worth, Alan K. *Artificial Intelligence: foundations of computational agents*. New York: Cambridge University Press, 2010.
- Rodotá, S. *El derecho a tener derechos*. Madrid: Trotta, 2014.
- Russel, S.; Norvig, P. *Artificial Intelligence: a modern approach*. 3. ed. New Jersey: Pearson Education Limited, 2010.
- Stringhini, A. *Administración Pública Inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina*. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 5, n. 2, p. 199-215, jul./dic. 2018.
- Toffoli, D. Prefácio. In: FERNANDES, Ricardo Vieira de Carvalho; Carvalho, Angelo Gamba Prata de (Coord.). *Tecnologia jurídica & direito digital: II Congresso Internacional de Direito, Governo e Tecnologia – 2018*. Belo Horizonte: Fórum, 2018
- Turing, A.; Copeland, B. *The Essential Turing: Seminal Writings in Computing, Logic, Philosophy, Artificial Intelligence, and Artificial Life: Plus The Secrets of Enigma*. New York: Oxford University Press, 2004.
- United Nations. *E-government survey 2016: e-government in support of sustainable development*. Disponível em: <https://publicadministration.un.org/egovkb/en-us/Reports/UN-E-Government-Survey-2016>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- United Nations. *E-Government Survey 2018*. Disponível em: http://inova.gov.br/wp-content/uploads/2018/07/E-Government-Survey-2018_FINAL-for-web.pdf. Consultado em: 28 nov. 202
- Usai, A. *Le elaborazioni possibili delle informazioni. I limiti alla decisioni amministrative automatiche*. Roma: Istituto Poligrafico dello Stato, 1992. Disponível em: <https://sites.google.com/site/teleamm/publicazioni/dallinformatica-amministrativa-alla-teleamministrazione/alessandro-usai>. Consultado em: 28 nov. 2021.
- Valle, V. *Inteligência artificial, administração pública e atos vinculados*. 2019. Disponível

en:https://www.academia.edu/35946429/INTELIGENCIA_ARTIFICIAL_ADMINISTRATIVA_POBLICA_E_ATOS_VINCULADOS. Consultado en: 28 nov. 2021.

ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS DEL GOBIERNO ELECTRÓNICO: RETOS DEL ESTADO PARA SU CUMPLIMIENTO

ANALYSIS OF THE BASIC PRINCIPLES OF ELECTRONIC GOVERNMENT: CHALLENGES OF THE STATE FOR ITS FULFILLMENT

Josué Interiano

RESUMEN

En este trabajo nos disponemos estudiar con ojo crítico los principios que propone el gobierno digital y las existentes y/o posibles contradicciones que se podrían encontrar en el cumplimiento de estos. Temiendo a su vez, que de esas posibles controversias dentro del mismo GE (Gobierno Electrónico), se puedan tomar los caminos de corrupción, desprotección de la información y demás decisiones errantes que puedan surgir y que son tratadas en este análisis.

En primer término, indicar las controversias que pueden surgir entre el principio de economía que plantea la disminución de costos al Estado, en contraposición al principio de neutralidad, que indica el uso de plataformas basadas en estándares internacionales, y la seguridad contra las violaciones webs, hackeos y virus cibernéticos de los cuales son blancos fáciles los GE a nivel global, eventos ilegales que según un informe de la empresa de calificación de ciberseguridad (BitSight Ravindranath, 2016) , expone que los gobiernos son los que cuentan con la segunda seguridad digital más baja y la tasa de ataques más alta en todo el mundo.

En segundo término, se da a conocer aquellas contravenciones entre el principio de fidelidad, disponibilidad e inalterabilidad de la información, el principio de protección a los datos, que declaran, el primero: mantener la información de los recurrentes sin espacio a manipulación en las bases de datos, y el segundo: el uso y custodia de datos de carácter privado, analizando en la parte contraria, la información de carácter personal en manos de terceros, donde se pretende describir los riesgos de que el mismo Estado pueda tener acceso a tanta información de los recurrentes, y, contratando con empresas o demás contratistas privados, que estas tengan la información de los ciudadanos y pueda suceder algo similar al caso de Facebook con Cambridge Analytica (BBC News Mundo, 2019), juicio que sacudió el mundo entero y motivó cambios en toda la web en relación a los términos de uso, consentimiento y conservación de datos, al mismo tiempo que ocasionó la creación de leyes para penalizar y someter a empresas webs en distintos países.

De igual forma se pretende analizar:

- El Principio de Adecuación Tecnológica **VS** La Corrupción

- El Principio de Accesibilidad **VS** Fuerza Política de Voluntad
- El Principio de Buena fe, Principio de Presunción de Veracidad **VS** Cultura Legal
- El Principio de Eficacia, Verdadera Accesibilidad VS La Pobreza

De estos análisis no se intenta dar herramientas a los funcionarios para seguir con malas prácticas en el GE, sino, pretende someter al ojo público los hallazgos en cuanto a posibles violaciones o contravenciones que puedan darse en el GE.

PALABRAS CLAVE:

Gobierno Electrónico. Principios Básicos. Retos del Gobierno Electrónico.

ABSTRACT

In this work we have to study with a critical eye the principles proposed by digital government, and the existing and / or possible contradictions that could be found in the fulfillment of these. Fearing at the same time, that from these possible controversies within the same GE (Electronic Government) the paths of corruption, lack of protection of information and other errant decisions that may arise and that are dealt with in this analysis may be taken.

In the first place, indicate the controversies that may arise between the principle of economy that poses the reduction of costs to the State, as opposed to the principle of neutrality, which indicates the use of platforms based on international standards, and security against web violations, hacks and cyber viruses of which GE are easy targets globally, illegal events that according to a report by the cybersecurity rating company BitSight 1, exposes that governments are the ones with the second lowest digital security and the rate highest attack rate worldwide.

Secondly, those contraventions between the principle of fidelity, availability and inalterability of the information, the principle of data protection, which declare, the first one: to keep the information of the appellants without space for manipulation in the bases of data, and the second: the use and custody of private data, analyzing in the opposite party, the personal information in the hands of third parties, where it is intended to describe the risks that the same State may have access to so much information of the appellants, and, by contracting with companies or other private contractors, that they have the information of the citizens and something similar to the case of Facebook with Cambridge Analytica² may happen, a trial that

shook the whole world and motivated changes throughout the web in relation to the terms of use, consent and conservation of data, at the same time that it caused the creation of laws to penalize and subject companies to websites in different countries.

In the same way, it is intended to analyze:

- The Principle of Technological Adequacy VS Corruption
- The Principle of Accessibility VS Political Force of Will
- The Principle of Good Faith, Principle of Presumption of Truthfulness VS Legal Culture
- The Principle of Efficacy and True Accessibility VS Poverty

These analyzes are not intended to provide tools to officials to continue with malpractices in the GE, but rather, it intends to submit to the public eye the findings regarding possible violations or contraventions that may occur in the GE.

KEYWORDS:

Electronic Government. Basic principles. Electronic Government Challenges.

1. Introducción

En toda normativa legal se proponen los postulados que servirán de fundamento de propósito y sustento a toda una ley, dichos postulados disponen el sentido de la ley y el espíritu del legislador, y es que hacemos referencia, a los principios básicos o principios generales que podemos encontrar típicamente en cualquier normativa.

Cuando se dejan vacíos o surgen dudas al tiempo de aplicar cualquier ley, dichos principios generales pueden ayudar a resolver estas cuestiones, sirviendo de referentes para la interpretación de la ley. Son por ellos entonces, que, en muchos casos, podemos entender la viva voluntad del legislador.

Ahora bien, al fijarnos en los principios del Gobierno Electrónico, encontramos entonces aquel sentido que tendrán las leyes y reglamentos de gobiernos electrónicos, los fines y las respuestas que se les darán a las dudas que puedan surgir en aplicación de estas normativas. Pero, ¿qué puede surgir, cuando los mismo principios o referentes del GE, tiendan a mandar dos

sentidos diferentes o cuando se hallan contraposiciones que no permitan el cumplimiento de dichos principios?, será entonces de necesario análisis las posibles controversias que pueden surgir entre los principios del GE.

2. El Principio de Economía VS El Principio de Neutralidad, Seguridad contra las violaciones Webs

Probando la primera posible contradicción en la aplicación de los principios básicos del GE, tenemos el Principio de Economía, el cual pretende: el ahorro de costos en las herramientas del gobierno digital, tomando en contraposición, el Principio de Neutralidad, el cual pretende plantear como obligación de gobierno electrónico que las aplicaciones y plataformas del mismo se basen en *estándares internacionales*. Su finalidad es garantizar un verdadero funcionamiento y mantener mecanismos avalados a niveles internacionales probados de real efectividad, además de añadirle a esta contraparte, la existencia de ataques cibernéticos, que según la calificación de la empresa de ciberseguridad BitSight: los gobiernos son los que cuentan con la segunda seguridad digital más baja y la tasa de ataques más alta en todo el mundo. (BitSight Ravindranath, 2016)

Es en este punto donde se habrá que analizar qué camino de aplicación de los principios se seguirá. Si se elige poner en mayor importancia el Principio de Economía ante el Principio de Neutralidad, nos estaremos enfrentando a gobierno electrónicos económicos, pero no eficientes, a gobiernos electrónicos deficientes que no podrán estar a la altura que los estándares internacionales prevén, y por consiguiente, no se dará cumplimiento al Principio de Neutralidad.

Ahora bien, por si no fuera poco, el ahorro de capital por medio del Principio de Economía en relación a los GE, pone en peligro la dignidad de los mismos frente a cualquier clase de ataques cibernéticos o hackeos, teniendo un gobierno digital reducido en gastos. Se estima también que tendrá una seguridad baja, y considerando que los gobiernos digitales son los que enfrentan la mayor tasa de ataques cibernéticos en el mundo, es que peligrará si se toma esta decisión: la eficacia del GE, la información de todos los ciudadanos que usan el mismo y la misma credibilidad en la seguridad del gobierno.

Se entiende, por lo tanto, la necesidad de tomar en consideración las posibles decisiones de la Administración Pública en base a estas dos vías que podrían determinar si el GE es de alta calidad y mantiene una considerable protección, o si es ineficiente y pone en peligro los datos y así también: los derechos de sus administrados.

3. Principio de Fidelidad, Disponibilidad e Inalterabilidad de la Información, Principio de Protección a los Datos Personales VS La Información de Carácter Personal en Manos de Terceros

En el plano doctrinal, el primer principio prevé la conservación en el expediente electrónico de las actuaciones procesales, garantizando la fidelidad y disponibilidad de la información de los recurrentes, asegurando, además, la integridad sin *espacio a manipulación o alteración alguna*. Es decir, que plantea la conservación de dicha información por parte del Estado y que bajo ninguna forma pueda ser manipulada o alterada la misma dentro del GE. El segundo principio declara la obligación de la Administración Pública para la protección de la información de carácter privado, y el uso de la misma bajo el otorgamiento del consentimiento de los propietarios, los cuales podrían *revocar libremente en cualquier momento dicho consentimiento*.

Pero solo el hecho de que los funcionarios y empleados públicos tengan acceso a información tan privilegiada de los administrados, es un riesgo altísimo que necesita una figura de protección de los datos que se manejan. Y esto sin tomar aquellos casos en los que el Estado celebra contratos con empresas que tercericen algunos servicios de la administración pública y tengan que manejar la información de los ciudadanos. Considerando que, la información de los administrados puede valer aún más que los mismos pagos que les efectúe el Estado, y que pueden sacarle más provecho a la información que tengan en sus manos que de los contratos públicos en sí.

La confiabilidad que se debe tener en empresas que suelen manejar muchos datos personales deben ser siempre analizadas en todos sus actos, porque aún empresas como Facebook, que es la red social más preferida con miles de millones de usuarios vendió información confidencial de sus usuarios con al menos 150 compañías que la usarían para transacciones y otros servicios. (BBC News Mundo, 2019)

Es por ello que en esta nueva era debemos concluir que la información es un bien valioso al igual que un diamante, y que para el Estado esta información propia y de sus usuarios debe ser considerada como tal y mantener toda clase de mecanismos de protección de alto nivel y prestigio para el tratamiento de la misma.

De la Rosa nos hace analizar que:

“Los ciudadanos deben proporcionar constantemente información sobre sí mismos al gobierno. Con esa información se elaboran perfiles y el resultado final es que las vidas de los ciudadanos resultan transparentes para el gobierno. Por el contrario, el gobierno

no suele dar explicaciones de sus actividades a los ciudadanos y la información que éstos poseen sobre él es siempre limitada”. (De la Rosa, 2003)

4. El Principio de Adecuación Tecnológica vs. la Corrupción

Al proponerse cualquier clase de propósitos, finalidades, o en el caso de las normativas: los principios de las leyes o reglamentos, deben observarse también a largo plazo las posibles oposiciones u obstáculos que puedan surgir para que se cumpla dicho objetivo planteado.

En este apartado encontramos el Principio de Adecuación Tecnológica, que plantea el uso estandarizado de las tecnologías de la información y comunicación en la Administración Pública *para prestar un buen servicio a la ciudadanía*. Finalidad a la cual analizamos ahora con la Corrupción en contraposición.

Primero identificando que Honduras cuenta con una puntuación de 24 % de corrupción, y se asienta en el puesto 157 de 180 países, es decir, uno de los 30 países con los índices más altos de corrupción según la tabla de percepción del índice de corrupción de la Transparency Internacional del año 2020. (Transparency Internacional, 2020)Y segundo, visualizando cómo puede afectar la corrupción al cumplimiento del Principio de Adecuación Tecnológica en el GE, teniendo en consideración, que Honduras es un país donde la corrupción toma su papel en profundas ramas del Estado, aún para las contrataciones públicas que este realiza, como el caso sonado de los hospitales móviles, fraude por el cual a la fecha de abril llevaba dos ex-funcionarios procesados por la compra de siete unidades modulares para enfrentar la pandemia compradas por casi 48 millones de dólares, mismas que supuestamente fueron sobrevaloradas y tenían equipo en mal estado. (González, 2021)

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, nos enfrentamos a contrataciones que puedan necesitar al Estado en asesorías, servicios especializados o aparatos necesarios para poder darle realización al Principio de Adecuación Tecnológica. Es decir, todo aquello que el Estado va necesitar para darle una buena atención especializada y estandarizada a sus administrados por medio del GE. Pero una vez más, estos dineros públicos se ven en peligro de que no lleguen a las manos correctas, y como vemos en el caso anterior, grandes cantidades de dólares se puedan perder por la corrupción dejando sin cumplimiento a la necesaria adecuación tecnológica que se propone el legislador en el GE.

5. El Principio de Accesibilidad VS Fuerza Política de Voluntad

Seguidamente, también examinamos El Principio de Accesibilidad que contempla la

obligación de la Administración Pública para facilitar por medio de sus dependencias, **la difusión de los trámites, servicios y demás actos del GE con un lenguaje claro y comprensible, para llegar al mayor número de personas.** Planteamiento que no es más que la obligación del Estado de dar a conocer y comprender todos los actos, contratos y trámites que se podrán hacer por medio de su Gobierno Digital. Un objetivo que garantiza una buena accesibilidad del GE ante toda la ciudadanía, pero al observar las realidades de estos se pueden encontrar carencias en la aplicación y oposiciones ante el mismo.

Primero, nos encontramos en la etapa de que en Honduras contamos con un Gobierno Digital que, si bien no tiene todos los trámites de gobierno, ni todas las instituciones o dependencias de la Administración Pública figurando en él, pero este GE ya cuenta con pasos mínimos o diversos trámites que se hacían en persona, que ahora ya pueden hacerse completamente de manera electrónica. Pero la realidad es que la ciudadanía no tiene ni conocimiento de que esta existe, mucho menos encontramos una actual formación a los abogados ni a la ciudadanía de los trámites que se pueden hacer por medio de este mecanismo digital.

Segundo, en el caso que hemos planteado, en cuanto a la fuerza de política de voluntad que se mantiene en cuanto al GE es muy deficiente, pues se entiende que al tener diversos trámites en el Gobierno Digital que antes se hacían solo en persona y con la asistencia de un profesional de derecho, y ahora es posible hacer algunos aún sin asistencia de los abogados, es entonces que se encuentra ese temor en muchos profesionales de que puedan menguar sus ingresos económicos si en serio se da a conocer el GE a todos los ciudadanos, considerando que si estos pudieran hacer sus trámites sin asistencia de los profesionales del derecho, esto significara una disminución en la contratación de los servicios legales en el país.

Entonces, para alcanzar a darle cumplimiento al Principio de Accesibilidad es necesario primero, mantener una fuerte campaña de enseñanza y capacitación a los abogados y ciudadanos sobre los actos, servicios y trámites que se pueden efectuar por medio del GE. Y segundo, ver de qué forma no se considere una total amenaza la accesibilidad del Gobierno Digital a los profesionales del derecho.

6. El Principio de Buena Fe, Principio de Presunción de Veracidad VS Cultura Legal

La confianza que el Estado confía a sus Administrados puede verse como una dádiva que podría significar que se cuenta con solo ciudadanos de actuar honestos o en su mayoría por lo menos, pero no asegurar los derechos de sus administrados por contemplar esta dádiva puede ser contraproducente en muchos aspectos.

En este apartado nos encontramos con el Principio de Buena Fe, que propone la obligación de las partes, los apoderados legales y cualquier interviniente en el proceso del GE *para actuar de buena fe*. Y el Principio de Presunción de Veracidad que indica que en la tramitación del procedimiento administrativo, *se presume que los documentos y declaraciones responden con verdad*.

Ahora bien, la cultura legal de una ciudadanía puede jugar un papel importante en la aplicación de los principios planteados anteriormente. El Gobierno Digital dispone de trámites legales que son solo de beneficios y que no cambian ningún estatus personal como ser la expedición de una apostilla, pero al mismo tiempo se encuentran otros trámites que si tienen relación con cambios personales que solo deben ser ejecutados por la misma persona o por su apoderado legal cuando sea el caso.

Lo que sucede en el GE es que al revisar los estándares de seguridad que propone en cuanto a la verificación de que se es la persona que se dice ser, las exigencias se basan en saberse el nombre completo y número de la tarjeta de identidad para poder crear una cuenta, y los demás datos son otros que cualquiera pudiera poner como ser un correo electrónico y un número de teléfono. Y al tener tan pocos requisitos de verificación personal se ponen en peligro la información personal y derechos de los administrados.

Entonces, el principio de buena fe, y el principio de presunción de veracidad se pueden quedar al nivel de una obligación moral y no legal cuando se permite por la misma mano del Estado que puedan ejercerse actos fraudulentos en contra de sus administrados por medio del GE.

7. El Principio de Eficacia, Verdadera Accesibilidad VS La Pobreza

En este último apartado nos encontramos al Principio de Eficacia, que se entiende como aquella *gestión de solicitudes de los ciudadanos de manera eficaz, pronta y oportuna* por parte de la Administración Pública, libre de actuaciones superfluas. Luego, una verdadera accesibilidad que se espera para un GE, es decir, que se pueda encontrar al alcance de todos los ciudadanos sin importar su condición económica. En contraposición a la pobreza que marca una línea entre lo necesario y lo posible.

Es donde nos enfocamos en estudiar cómo se puede obtener la eficacia que propone el Gobierno Digital frente a un país en el que solo en 2020 el 16% de los estudiantes matriculados en la educación básica y media desertaron de esta por no tener internet para poder conectarse a recibir clases online. (Carrasco, 2021). Además, tomando en consideración que, según datos de finales del 2019, solo el 40% de la población de Honduras utiliza Internet, esto supone que, de

100 ciudadanos, solo 40 estarían usando estas conectividades. (Contreras, 2020)

Realidades que hacen que sea un poco más difícil aplicar con eficacia las finalidades que se propone el GE, que se de a conocer a todos sus ciudadanos qué trámites se pueden gestionar por el mismo y que además puedan tener acceso a estos trámites, porque la pobreza es un problema general, que puede marcar una línea divisoria en los que tienen acceso a internet y tendrán la posibilidad de someterse al Gobierno digital y los que sin internet, tendrán que seguir haciendo sus trámites de manera personal incurriendo así en más gastos y pérdidas de tiempo.

8. Conclusiones

El Gobierno Digital posee una serie de beneficios para toda una ciudadanía y aún para el mismo Estado. En cuanto a los ciudadanos, les ayuda en la reducción de costos en los actos, servicios o trámites que dispone, efectuando estos con una reducción de tiempo, pues haciéndolos de forma presencial se tardarían más, y para la Administración Pública. También puede ayudar a reducir el activo humano empleado y el congestionamiento de personas en las instituciones públicas. Pero habrá que analizar todas las posibles realidades y contravenciones que puedan existir o llegar a sobresalir ya en la puesta en marcha del Gobierno Digital, y así obtener tal vez no un GE sumamente perfecto, pero sí en caminos de mejoramiento en relación a todos sus retos.

Si no se toman en cuenta los retos que tiene el Estado en cuanto al cumplimiento de sus fines, de sus principios básicos del GE, nos estaremos enfrentando a un Gobierno Digital que no cumpla con la efectividad que se espera que tenga, un mecanismo inseguro en cuanto a los ataques cibernéticos mismos que pondrán en una grave situación la seguridad del Estado y la información y derechos de sus administrados.

9. Referencias

BBC News Mundo. (2019). *Cambridge Analytica: la multa récord que deberá pagar Facebook por la forma en que manejó los datos de 87 millones de usuarios*. [Publicación de blog]. <https://acortar.link/u7YlaY>

Carrasco, H. (03 de febrero del 2021). *Falta de internet condiciona a la educación en Honduras*. El Heraldó. [Publicación de blog]. <https://bit.ly/3FIPyoI>

Contreras, V. (22 de mayo del 2020). *Sólo 40% de la población de Honduras utiliza Internet*. DPL NEWS. [Publicación de blog]. <https://bit.ly/30XL92g>

De la Rosa, R. (2003). *Algunas consecuencias del desarrollo del Gobierno Electrónico*. [Publicación de blog]. <https://acortar.link/tGq2FL>

Gonzalez, M. (14 de abril del 2021). *Honduras: investigan fraude en compra de hospitales móviles*. Deutsche Welle Actualidad. [Publicación de blog]. <https://bit.ly/3lbS3It>

Ravindranath, M. (21 de septiembre de 2016). *Ransomware Attacks on Government Agencies Tripled in Past Year*. [Publicación de blog]. <https://acortar.link/BwkEFH>

Transparency Internacional. (2020). *Corruption Perceptions Index*. <https://www.transparency.org/en/cpi/2020/index/hnd>

DESAFÍOS DE LA TRANSFORMACIÓN DIGITAL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA LATINOAMERICANA

CHALLENGES OF DIGITAL TRANSFORMATION IN LATIN AMERICAN PUBLIC ADMINISTRATION

Leonardo Olivera

RESUMEN

El vehículo en que la Administración Pública llega en la era digital a la población es a través del Gobierno electrónico (GE), y es el GE la clave para lograr tener una transformación e innovación digital como una estrategia administrativa que desarrolla nuevas tecnologías de información y comunicación en el estado de un país y la vía o el acceso a ello son los medios electrónicos, digitales y el internet.

Desde la década de 1990 hasta el tiempo actual, donde decenas de iniciativas internacionales y nacionales, convenios, cartas, planes de acciones, y muchos otros mecanismos impulsan la administración pública a una era digital, en busca de la mejor efectividad, eficacia, calidad y democratización de los servicios públicos. En nuestra región contamos como ejemplo, la Carta Iberoamérica del Gobierno electrónico, que determina las base conceptuales y componentes que constituyen el gobierno electrónico, con la finalidad de aproximar a los gobiernos, sus respectivas administraciones y a los ciudadanos, a facilitar la comunicación y relación con los mismos por medios electrónicos. Este es solo un ejemplo; actualmente existe un marco más amplio que engloba diversas iniciativas por medios de organizaciones internacionales, como la ONU, CEPAL, BID, que coadyuvan a los países de la región hacia la consolidación del gobierno electrónico.

¿Cuáles son los desafíos que, según la CEPAL, el BID y otros organismos, impiden la transformación digital en la Administración Pública? ¿qué reformas implementaron según el BID países como México, Chile y Uruguay para tener una simplificación y digitalización de la Administración Pública? Según datos de la CEPAL⁶⁸ cerca de 430 millones de personas en 2019, son usuarios de internet en América Latina y el Caribe, lo que equivale a un 67% de la población, convirtiéndose en la cuarta región del mundo con mayor penetración de usuarios de internet, con datos, por zonas geográficas urbanas y rurales, la brecha del acceso al internet es más significativa.

68 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), "Datos y hechos sobre la transformación digital", Documentos de proyectos (LC/TS.2021/20), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021.

Las habilidades digitales, costos de desarrollo e implementación, la culturalización, inclusión, multilingüismo, y por supuesto las barreras legales, organizacionales y administrativas siguen siendo un desafío y reto en los países de nuestra región para la transformación digital en la administración pública.

En busca de superar estos desafíos el BID⁶⁹, se ha analizado a cuatro países, tres de ellos son latinoamericanos, en busca de enseñanzas, lecciones como el de promover un cambio de paradigma del estado hacia el ciudadano y de empoderar a las entidades del estado con las competencias y recursos suficientes para impulsar estos cambios. El BID aboga por un fuerte apoyo político como condición necesaria para el éxito de los esfuerzos de simplificación y digitalización.

PALABRAS CLAVES

Gobierno Electrónico, Gobierno Digital, Transformación Digital, Latinoamérica, Internet, CEPAL, BID, Administración Pública.

ABSTRACT

The vehicle in which the Public Administration reaches the population in the digital age is through electronic government (GE), and it is the GE the key to achieve a digital transformation and innovation as an administrative strategy that develops new information and communication technologies in the state of a country and the way or access to it are electronic means, digital and the internet.

From the 1990s to the present time where dozens of international and national initiatives, agreements, charters, action plans, and many other mechanisms drive public administration to a digital era, in search of the best effectiveness, efficiency, quality and democratization of public services. In our region we have as an example, the Ibero-American Charter of Electronic Government that determines the conceptual basis and components that constitute electronic government in order to bring governments, their respective administrations and citizens closer to facilitate communication and relationship with them by electronic means, this is just one example; currently there is a broader framework that includes various initiatives through international organizations, such as the UN, ECLAC, IDB, which contribute to the countries of the region towards the consolidation of electronic government.

69 Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). Fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital (B. R. Roseth, A. R. Reyes, & C. S. Santiso, Eds.). Sarah Schineller (A&S Information Specialists, LLC). <https://doi.org/10.18235/0001150>

What are the challenges that, according to ECLAC, the IDB and/or other organizations, prevent digital transformation in public administration? What reforms did countries such as Mexico, Chile and Uruguay implement according to the IDB to have a simplification and Digitalization of Public Administration? According to ECLAC data, about 430 million people in 2019 are internet users in Latin America and the Caribbean, which is equivalent to 67% of the population, becoming the fourth region in the world with the highest penetration of Internet users, with data, by urban and rural geographical areas, the gap in internet access is more significant.

Digital skills, development and implementation costs, culturalization, inclusion, multilingualism, and of course legal, organizational and administrative bars continue to be a challenge and challenge in the countries of our region for digital transformation in public administration.

In order to overcome these challenges, the IDB has analyzed four countries, three of them Latin American, in search of lessons, lessons such as promoting a paradigm shift from the state to the citizen and empowering state entities with sufficient skills and resources to promote these changes. The IDB advocates strong political support as a necessary condition for the success of simplification and digitalization efforts.

KEYWORDS

Electronic Government, Digital Government, Digital Transformation, Latin America, Internet, ECLAC, IDB, Public Administration.

1. Introducción

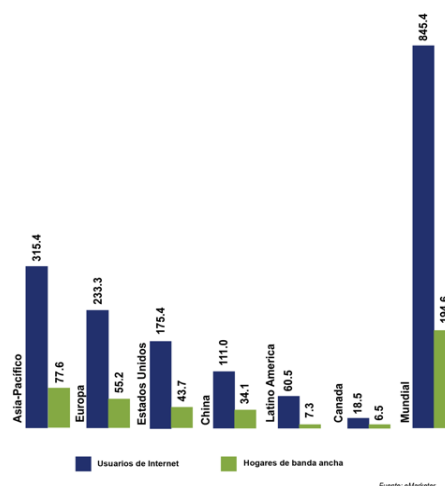
La revolución digital, también llamada la “la tercera revolución industrial”, es en la línea de tiempo comprendida desde finales del 1950 con la invención de transistor, pequeño dispositivo electrónico de entrega de señal, pasando por la creación u origen del internet en 1969, la introducción de las computadoras y consolas de videojuegos en la década de 1970, abriéndose camino en las escuelas, hogares, las empresas y la industria. Ya para la década de 1980, cajeros automáticos, robots industriales, las CGI (imágenes generadas por computadora) en cine y televisión, la música electrónico, se convirtió en la esencia y boom de la década de los ochenta, el primer teléfono analógico, la primera cámara digital, la invención de la tinta digital todo en una década, para la década de 1990 casi todos los países tenían conexión a internet, en la que se convirtió en parte del conocimiento general su utilidad por la sociedad y las empresas. Sin embargo, su mayor expansión y transformación fue hasta la década del 2000, los teléfonos

móviles y ordenadores se convirtieron en un fenómeno cultural por doquier, la era digital se convirtió verdaderamente global en esta década. Según Worldwide Online Access: 2004-2010⁷⁰, el mundo alcanzó un hito a finales de 2005, ya que el acceso a Internet estuvo disponible para mil millones de personas en todo el mundo, con aproximadamente 845 millones usándolo regularmente.

Y llegamos a nuestros tiempos en la pasada década del 2010, el boom tecnológico, y el crecimiento acelerado, uso generalizado y la interconectividad de los teléfonos móviles inteligentes, las redes sociales, las redes móviles de alta velocidad, recursos y uso de internet, se ha convertido en la comunicación digital de nuestra diario vivir, millones y millones de personas interrelacionadas a través de un pequeño dispositivo, una red social y por supuesto el internet, acortando distancias, facilitando la comunicación y volviendo casi todo fácil. “We Are Social y Hootsuite” en su informe Digital 2021

señala que el número de usuarios de internet en el mundo ha alcanzado los 4.660 millones de personas, lo que a su vez representa al 59,5% de la población, o sea 7.830 millones de personas.

Usuarios de Internet y hogares de banda ancha en países y regiones seleccionados de todo el mundo, 2005 (millones)



2. El Gobierno Electrónico y la agenda digital en América latina

El vehículo en que la Administración Pública llega en la era digital a la población es a través del Gobierno electrónico (GE), y es el GE la clave para lograr tener una transformación e innovación digital como una estrategia administrativa que desarrolla nuevas tecnologías de información y comunicación en el estado de un país y la vía o el acceso a ello son los medios electrónicos, digitales y el internet.

Según la Organización de los Estados Americanos (OEA) el gobierno electrónico puede definirse como: “El uso de las Tecnologías de la Información y la Comunicación por parte de las instituciones de gobierno para: mejorar cualitativamente los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación ciudadana” (OEA, 2006)

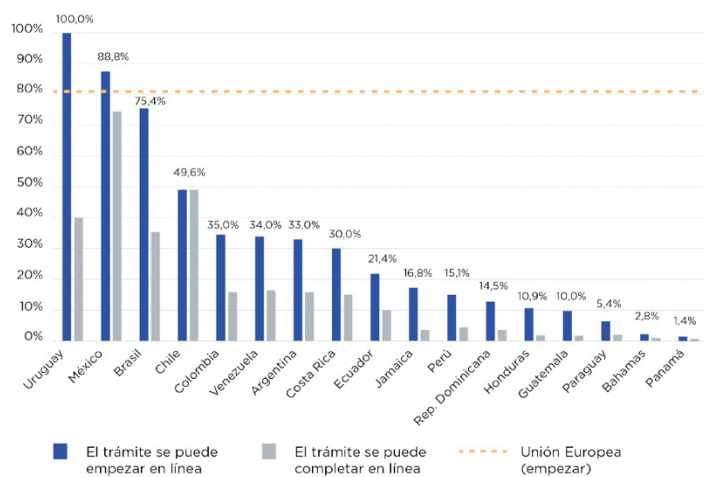
El origen de esta definición se remonta en la década de los ochenta, cuando en los procesos

70 eMarketer. (2006, mayo). One billion people online! Wayback Machine. Recuperado de: <https://web.archive.org/web/20081022105426/http://www.emarketer.com/Article.aspx?id=1003975>

de modernización estatal se empezaron a utilizar las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) para hacer más ágil y eficiente el trabajo en la gestión pública administrativa. Estados Unidos fue precursor en el 1993, en la administración del presidente Bill Clinton, inició una estrategia de gobierno electrónico, con el programa “National Performance Review” (NPR) cuya finalidad era el utilizar las TIC para transformar los procesos de la administración pública.

En la región Latinoamérica, las iniciativas de gobierno electrónico se implementaron por primera vez a finales de la década del noventa. Estas iniciativas siguieron los mismos lineamientos del gobierno electrónico que otros países a nivel mundial implementaron, que se orientan principalmente a la eficacia en la ejecución presupuestaria, la gestión aduanera e impositiva, y la administración pública financiera. De igual manera, se incorporaron el uso de las TIC para poner fin a la “cultura del expediente” típica de la región.

Según el BID⁷¹, el 73% de los países de América Latina y el Caribe cuentan con una estrategia de gobierno digital, al igual que estudios realizados muestran que en América Latina, menos del 30% de los trámites pueden hacerse enteramente en línea, y únicamente el 7% de los ciudadanos realizó en línea su último trámite con el gobierno. En otras palabras: nuestros gobiernos y nuestros ciudadanos siguen padeciendo el “síndrome del papel o el certificado”, ósea sufrir: Largas esperas y burocracia sin fin, pagar: Cuando se decide “agilizar” el trámite, tirar la toalla: Cuando el ciudadano se vuelve a casa.



Fuente: Encuesta BID-GEALC (2017), basada en la definición de “trámite” o “servicio transaccional” de cada autoridad nacional, Escola Nacional de Administração Pública (2018), y Comisión Europea (2017).

El camino a un gobierno digital debe seguir hasta que los ciudadanos y las empresas de américa latina y el caribe sigan manteniendo una relación con el gobierno basada en los

71 CDE (2016), Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017, Éditions OCDE, París. <http://dx.doi.org/9789264266391-es>

principios de eficiencia, transparencia y participación, será un indicativo de los líderes políticos han logrado saber aprovechar las posibilidades que pueden ofrecer las nuevas tecnologías para colocar el sector público al servicio de las crecientes necesidades de sus ciudadanos.

3. Desafíos de la transformación digital

La transformación digital en la administración pública se puede definir como la integración de las nuevas tecnologías en todas las áreas del estado, entidad administrativa u organismos públicos, cambiando la forma en que opera brindando servicio a la sociedad. Con la finalidad de “incrementar la calidad de los servicios y productos públicos que el Estado tiene que suministrar a los ciudadanos al mejorar la eficiencia, la eficacia y una mayor transparencia de la gestión pública, aprovechando la utilización de las TIC en el Gobierno y en la Administración Pública” que establece la Carta Iberoamérica de Gobierno Electrónico.

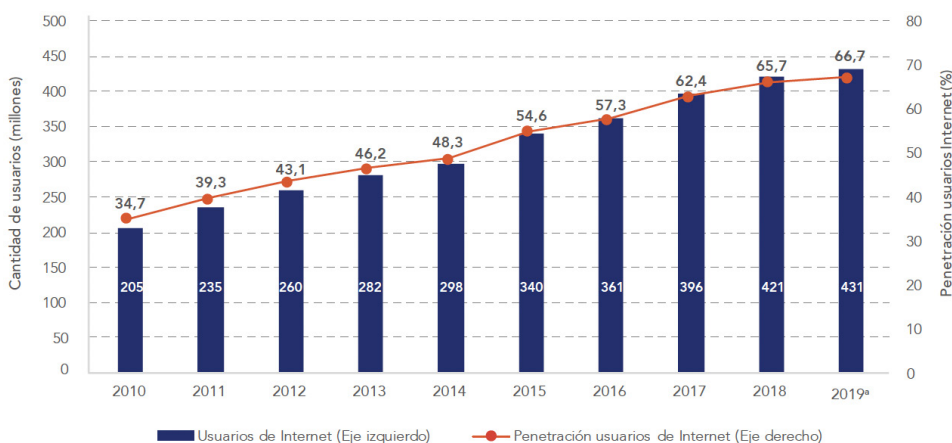
4. Infraestructura Digital

Uno de los desafíos de la transformación digital según la CEPAL⁷² es la infraestructura digital. Cerca del 70% de la población en América Latina y el Caribe son usuarios de Internet, y el crecimiento promedio anual de la penetración de Internet fue del 8% entre 2010 y 2019

430 millones de personas en 2019 son usuarias de Internet en América Latina y el Caribe (lo que equivale a un 67% de la población); a pesar de que se mantienen diferencias importantes entre los países de la región. América Latina y el Caribe son la cuarta región del mundo con mayor penetración de usuarios de Internet, después de Norteamérica (88.5%), Europa (82.5%) y los países de la Comunidad de Estados Independientes (CEI, 72.2%). En 2019 existía una brecha de 22 puntos porcentuales con Norteamérica.

72 Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), “Datos y hechos sobre la transformación digital”, Documentos de proyectos (LC/TS.2021/20), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (CEPAL), 2021.

América Latina y el Caribe, penetración y usuarios de Internet, 2010 – 2019

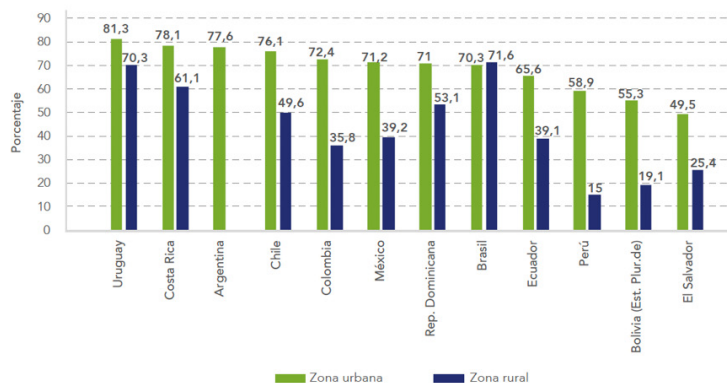


Fuente: CEPAL con base en Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), ITU World Telecommunication/ICT Indicators database, octubre 2019.
^a Estimaciones.

Las brechas de acceso a Internet por zona geográfica todavía son significativas, y el uso de internet entre los quintiles de mayor y menor ingreso en algunos países puede ser tres veces mayor. La brecha de usuarios de internet entre el área urbana y rural es significativa en la mayoría de los países. En promedio, esta diferencia alcanza los 25 puntos porcentuales, y en algunos países llega a los 40 puntos porcentuales.

Existen avances importantes en el despliegue y penetración de redes móviles, pero existen diferencias significativas con otras regiones, especialmente respecto a la calidad de acceso.

Países seleccionados de América Latina y el Caribe, usuarios de Internet por zona urbana y rural, 2018 (Porcentaje sobre el total de la población en cada zona)

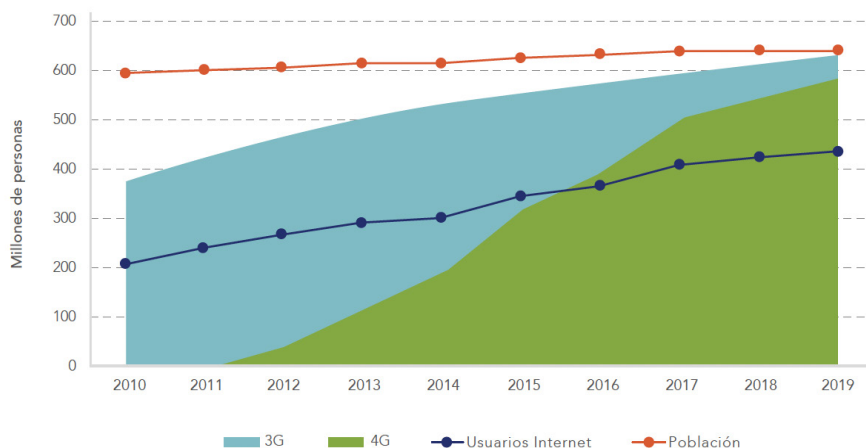


Fuente: Observatorio Regional de Banda Ancha (ORBA) de la CEPAL con base en las encuestas de hogares del Banco de Datos de Encuestas de Hogares (BADEHOG). La información de Brasil, República Dominicana y México proviene de la UIT World Telecommunications Indicators Database, 2020, y la información de Colombia proviene de la Encuesta de Calidad de Vida del DANE.

Nota: Los datos de Chile y Ecuador corresponden al año 2017.

En 2019, cerca del 95% de la población estaba cubierta por una red móvil 3G y el 88% por una red 4G. Sin embargo, cerca del 67% era usuaria de Internet y, al primer trimestre de 2020, el 32% del total de conexiones móviles usaban 3G y el 51% 4G, lo que da cuenta de la brecha de demanda en la región.

América Latina, población cubierta por redes móviles, 2010 – 2019

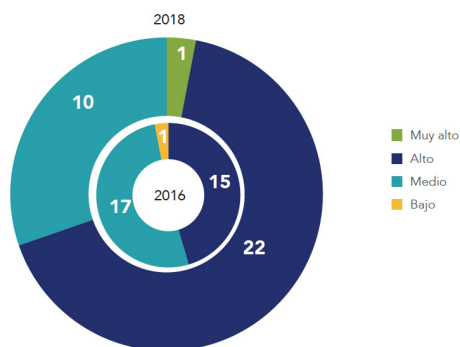


Fuente: CEPAL con base en GSMA Intelligence, 2019.

5. Gobierno digital

El despliegue de servicios de gobierno electrónico tuvo un avance significativo en la región, sin embargo, la infraestructura y el capital humano continúan afectando su evolución.

América Latina y el Caribe, índice de desarrollo del gobierno, 2016 y 2018

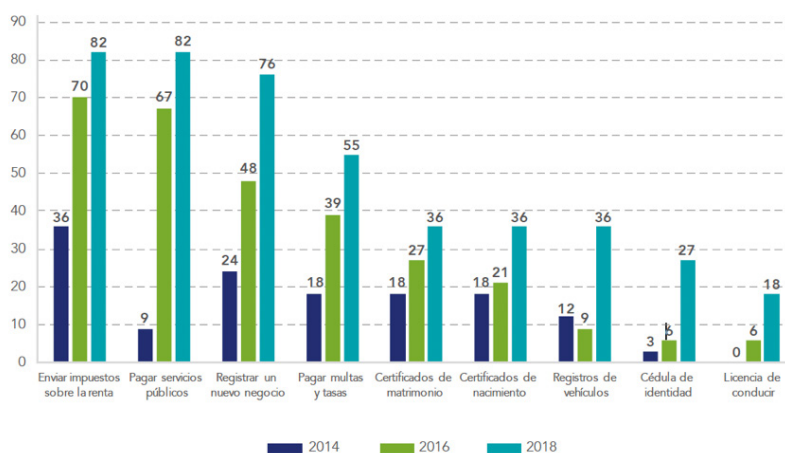


Fuente: UN, E-government survey, 2018 & 2016.

Los servicios en línea más ampliamente implementados en la región son el envío del

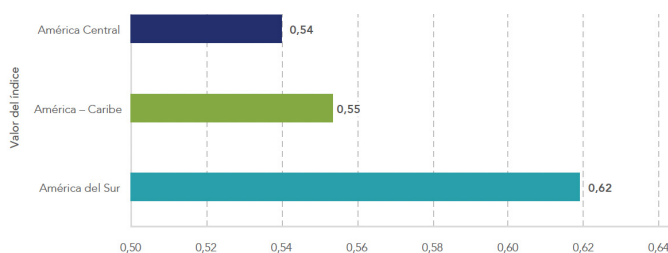
impuesto sobre la renta, el pago de servicios públicos y el registro de un nuevo negocio. **Trámites como los certificados de nacimiento o matrimonio son transaccionales en línea en menos del 40% de los países de la región**, en tanto se encuentran en mayor desventaja los trámites relacionados con la cédula de identidad y la licencia de conducir

América Latina y el Caribe (33 países), servicios transaccionales en línea por tipo, 2014 – 2018 (Porcentaje de países)



Fuente: UN, E-government survey 2014, 2016 & 2018.

Subregiones de América Latina y el Caribe: índice de desarrollo del e-gobierno, 2018



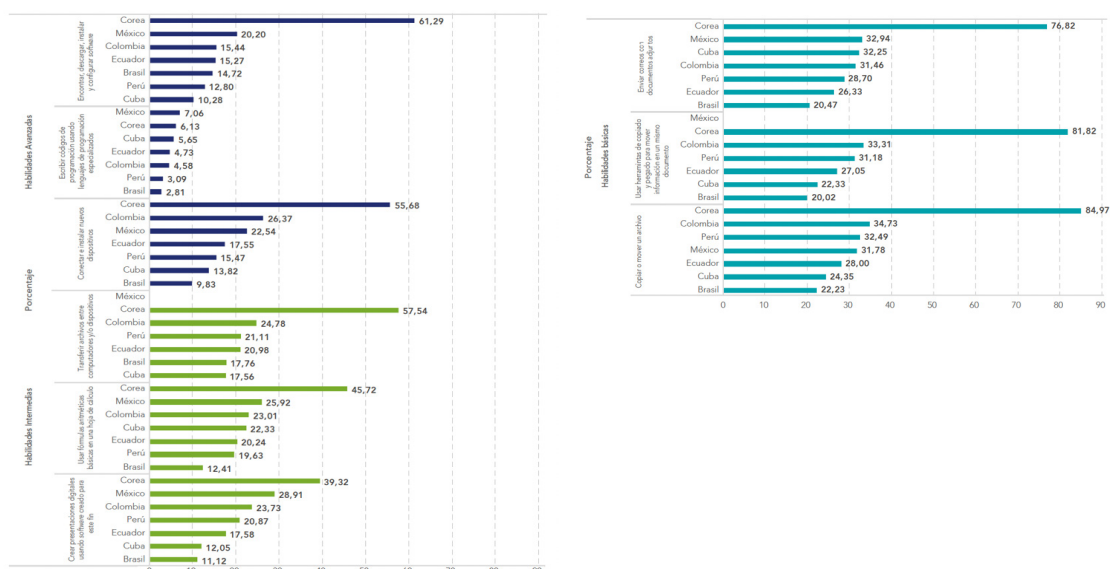
En los portales de los gobiernos nacionales, al 2018, la región en promedio alcanzó un índice de 0.594, mientras que países como Dinamarca, Finlandia y Corea alcanzaron puntajes de 1, el puntaje más alto posible. Los puntajes más altos en el índice a nivel regional los tuvieron Brasil, Colombia, México, Uruguay, Perú, Chile y Costa Rica. A nivel subregional, destaca América del Sur.

6. Habilidades digitales

Las habilidades digitales, tanto básicas como intermedias y avanzadas, siguen siendo un

reto en los países de la región. En la región, menos del 40% de la población posee conocimientos básicos de informática, como copiar un archivo o enviar un correo electrónico con un archivo. Para actividades intermedias, como el uso de fórmula aritmética básica en una hoja de cálculo; la creación de presentaciones electrónicas con software de presentación; y la transferencia de archivos entre computadores y/o dispositivos, estas proporciones son inferiores al 30%. Con respecto a habilidades informáticas más avanzadas como conectar e instalar nuevos dispositivos y encontrar, descargar e instalar software, menos del 25% de la población cuenta con este conocimiento. En todos los países considerados, menos del 7% de las personas informa haber escrito un programa informático utilizando un lenguaje de programación.

Países seleccionados, habilidades digitales, 2019



7. ¿Cómo lo hicieron? Lecciones de Chile, México y Uruguay

Implementar reformas en los servicios públicos de simplificación y digitalización administrativa no es una tarea fácil, ya, que según el BID⁷³, existen cinco factores que dificultan la adopción e implementación de estas reformas, ellas son: 1) inercia burocrática, que hace que las organizaciones se resisten al cambio; 2) poca coordinación interinstitucional; 3) un gobierno alejado del ciudadano, que ignora la experiencia, las necesidades o las demandas de los mismos; 4) alta complejidad regulatoria; y 5) complejidad técnica, ya que digitalizar requiere el uso de herramientas tecnológicas que muchas instituciones desconocen.

¿Cómo lo hicieron? ¿cómo superar estos desafíos? El BID ha analizado a otros países de

73 Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). Fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno Digital (B. R. Roseth, A. R. Reyes, & C. S. Santiso, Eds.). Sarah Schineller (A&S Information Specialists, LLC) <https://doi.org/10.18235/0001150>

nuestra región, México, Chile y Uruguay en busca de enseñanzas para superar estos desafíos. Los tres países han desarrollado estrategias, capacidades y modelos de gobernanza para lograr resultados en materia de simplificación y digitalización administrativa. Las lecciones aprendidas de estos países subyacen a todas ellas es un fuerte apoyo político, factor que se constituye como una condición necesaria para el éxito de los esfuerzos.

Lección 1: Promover un cambio de paradigma que oriente el Estado hacia el ciudadano

Para romper con el estereotipo del Estado conducido por sus necesidades burocráticas, los estados tienen que emprender una serie de acciones para orientar el gobierno hacia el ciudadano. Definir una estrategia de simplificación y digitalización transversal para todas las entidades del gobierno central, marcando un objetivo común para todas ellas. Crear y promover el uso de herramientas compartidas, fomentando la cooperación interinstitucional.

Lección 2: Empoderar a una entidad rectora con las competencias y los recursos suficientes para impulsar cambios en todo el gobierno

Los servicios públicos están distribuidos a lo largo de las distintas instituciones de gobierno, y mejorarlos suele requerir recursos tecnológicos, humanos y financieros con los cuales las entidades encargadas de los trámites no cuentan. Esta dispersión y complejidad hace necesario que haya una entidad rectora para unificar los esfuerzos de modernización.

Lección 3: Establecer un modelo de gobernanza que facilite la implementación efectiva.

Dada la transversalidad de las tareas de simplificación y digitalización de la burocracia, y la potencial resistencia al cambio de las instituciones que prestan los trámites, es vital apoyar a la institución rectora y fomentar la implementación de las reformas. Contar con la combinación de un cuerpo de gobernanza interinstitucional de nivel ejecutivo, sistemas de incentivos para motivar a los distintos actores implicados en la reforma, y la medición rigurosa y el reporte de los avances.

8. Conclusión

Para seguir en el camino de la transformación digital en Latinoamérica, organismos internacionales como la ONU, OEA, BID, BM, CEPAL u otros tienen el compromiso y la tarea de seguir coadyuvando en la consolidación de un efectivo establecimiento del gobierno digital, a través de apoyo logístico y económico, contribuyendo a que los países de nuestra región accedan en plenitud a la era digital, optimizando la implementación del gobierno electrónico, fomentando

el uso de los medios electrónicos, sensibilizando a las administraciones para que ofrezcan sus servicios públicos en múltiples canales de acceso digital.

En 2015 el presidente del gobierno español Mariano Rajoy afirmó “La administración del futuro será digital o simplemente no será”⁷⁴. Decir que esto es el ahora y el futuro de la administración digital equivale a reconocer que estamos ante un nuevo derecho universal, que es el acceso al internet y productos electrónicos, que sin estos sería imposible tener acceso a los servicios públicos; y al igual presenta una obligación al estado de garantizar ese derecho. La Administración del futuro precisa un cambio que consiste en rediseñar todos los procesos de servicios, pero al igual reconocer que el reto es la transformación, el cambio, no la tecnología, también supone un cambio *cultural*, una apuesta de futuro hacia nuevos modelos que aprovechen todo el potencial de la digitalización. Si, los años 2021 y el presente 2021, la transformación digital llegó a implementarse casi obligatoria para todos los estados en el mundo, y aquellos, renuentes al cambio digital tuvieron que dar paso al mismo, mas aquellos países con altos estándares de corrupción ya que es uno de los beneficios de contar con una administración digital, la transparencia, la administración digital llegó, y llegó para quedarse.

9. Referencias

Banco Interamericano de Desarrollo. (2018). *Fin del trámite eterno: Ciudadanos, burocracia y gobierno digital* (B. R. Roseth, A. R. Reyes, & C. S. Santiso, Eds.). Sarah Schineller (A&S Information Specialists, LLC). <https://doi.org/10.18235/0001150>

CDE (2016), *Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017*, Éditions OCDE, París. <http://dx.doi.org/9789264266391-es>

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *Datos y hechos sobre la transformación digital*, Documentos de proyectos (LC/TS.2021/20), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2021

eMarketer. (2006, mayo). *One billion people online!* Wayback Machine. Recuperado noviembre de 2021, de <https://web.archive.org/web/20081022105426/http://www.emarketer.com/Article.aspx?id=1003975>

europa press. (2015, 19 febrero). *Rajoy dice que el «uso generalizado» de la administración*

74 europa press. (2015, 19 febrero). Rajoy dice que el «uso generalizado» de la administración electrónica ahorró el año pasado 20.000 millones [...]» <https://www.europapress.es/nacional/noticia-rajoy-dice-uso-generalizado-administracion-electronica-ahorro-ano-pasado-20000-millones-pais-20150219143317.html>

electrónica ahorró el año pasado 20.000 millones. . . europapress.es. <https://www.europapress.es/nacional/noticia-rajoy-dice-uso-generalizado-administracion-electronica-ahorro-ano-pasado-20000-millones-pais-20150219143317.html>

PARTE II

NUEVAS TENDENCIAS EN EL ARBITRAJE Y LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

EL SISTEMA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA DE CHILE ANTE LA COMPRA DE VACUNAS PARA EL COVID-19

CHILE'S PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM FOR THE PURCHASE OF VACCINES FOR COVID-19

Matías Villarroel

RESUMEN

El presente artículo tiene por objeto analizar los sistemas de contratación pública de Chile ante la compra de vacunas para el COVID-19. Se plantea que, en estos procesos de compras públicas, la Administración del Estado se encuentra en una posición desventajosa respecto de los proveedores de vacunas, ya que la urgencia y el stock reducido de proveedores y vacunas, han llevado a que la posición dominante de la Administración se vea reducida, viéndose restringidas sus potestades exorbitantes y sus característicos privilegios.

PALABRAS CLAVES

Contratación pública, vacunas en contra del COVID-19, potestades exorbitantes, privilegios, posición desventajosa de la Administración

ABSTRACT

The purpose of this article is to analyze Chile's public procurement systems for the purchase of vaccines for COVID-19. It is argued that in these public procurement processes, the State Administration is in a disadvantageous position with respect to vaccine suppliers, since the urgency and the reduced stock of suppliers and vaccines have led to the reduction of the Administration's dominant position, restricting its exorbitant powers and its characteristic privileges.

KEYWORDS

Public contracting, vaccines against COVID-19, exorbitant powers, privileges, disadvantageous position of the Administration

1. Introducción

La pandemia provocada a raíz del COVID-19 ha significado un gran impacto en diversos aspectos de nuestra vida, y también en el normal andamiaje de la Administración, ocasionando la afectación del funcionamiento de los órganos y servicios públicos, a raíz de las restricciones impuestas, y la alteración de la celeridad de sus actuaciones. Estos organismos administrativos han debido adoptar medidas y decisiones de urgencia para poder dar respuesta a las nuevas necesidades generadas por el COVID-19, pero siempre teniendo en cuenta la finalidad última que debe perseguir la Administración, la satisfacción de las necesidades públicas.

Una de las instituciones que se ha visto afectada a consecuencia de la pandemia, pero que desde otra perspectiva ha sido clave para hacer frente a ella, es, sin dudas, la contratación pública. Su importancia radica en que es un motor fundamental de la economía, por cuanto el Estado realiza enormes gastos por la alta cantidad de bienes y servicios que demanda (Loo, 2021, p. 216). Pero su relevancia también se refleja en que ha permitido dotar a la Administración de los suministros esenciales para protegernos del virus, mascarillas, guantes quirúrgicos, protectores faciales, y por cierto del elemento más relevante en la lucha en contra de la pandemia, las vacunas en contra del COVID-19.

La adquisición de vacunas no ha estado exenta de polémicas, ya que pone sobre la mesa las desigualdades en cuanto a adquisición y capacidad de reacción e implementación de procesos de vacunación exitosos de los países. Así, nos encontramos con países que han podido asegurar una gran cantidad de vacunas para sus ciudadanos, denominados países acaparadores, en contraposición a los países que han tenido una menor capacidad de reacción y de poder de adquisición de vacunas, y cuyos procesos de vacunación han tenido una menor rapidez y éxito.

He allí la relevancia de analizar como el sistema de contratación pública de Chile ha logrado dar respuesta a una necesidad de urgencia a nivel global, el suministro de vacunas en contra del COVID-19, frente a su escasez y a la alta de demanda, y como todo este contexto repercute en el funcionamiento del sistema, en concreto en la posición, potestades y privilegios que la Administración normalmente ostenta en aquella área estratégica.

Partiremos por una breve reseña del marco normativo de la contratación pública en Chile, para luego describir sus sistemas. Seguiremos revisando la situación de la compra pública de vacunas para el COVID-19, y a continuación las potestades y privilegios de la Administración en el ordenamiento jurídico chileno y, particularmente, en la contratación pública. Para luego chequear la posición de la Administración Pública en estos procesos de compras, desde la perspectiva de sus potestades y privilegios, finalizando con nuestras conclusiones.

2. Marco normativo de la contratación pública en Chile

En Chile, como sucede en otras áreas del derecho administrativo, no existe una ley general de contratos públicos. La norma general y básica en la materia es el artículo 9º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575, que consagra los sistemas de contratación pública, y señala algunos de los principios que les son aplicables, el principio de libre concurrencia y el principio de igualdad ante las bases. En lo que dice relación con la tipología de los contratos administrativos, la regulación en Chile es heterogénea.

Podemos hacer mención a la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios Nº 19.886, y a su reglamento, que se contiene en el Decreto Nº 250 del 2004, del Ministerio de Hacienda. Como señala el artículo 1º de la Ley Nº 19.886, regula los contratos de suministro de bienes muebles y los contratos de prestación de servicios que, a título oneroso celebre la Administración del Estado.

Luego, cabe mencionar el Decreto Supremo Nº 75, de 2004, del Ministerio de Obras Públicas, que establece el reglamento y regula los contratos de obras públicas. Enseguida tenemos el Decreto Supremo Nº 900, de 1996, del Ministerio de Obras Públicas, y al Decreto Supremo Nº 956, de 1997, del Ministerio de Obras Públicas, que reglan el contrato de concesión de obra pública.

No podemos dejar de referirnos al Decreto Ley Nº 1939, de 1977, del Ministerio de Tierras y Colonización (título III, párrafo I), a la Ley Orgánica Constitucional sobre Gobierno y Administración Regional Nº 19.175 (artículos 36, 69 y 70), y la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695, que norman el contrato de concesión sobre un bien nacional de uso público.

Finalmente, cabe volver a mencionar la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades Nº 18.695, que dentro de su normativa refiere al contrato de concesión de servicio público en el ámbito municipal.

3. Los sistemas de contratación pública en Chile

Conforme a lo dispuesto en los incisos 1º y 3º del artículo 9º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575, en Chile existen tres grandes sistemas o mecanismos de contratación pública. El primero, y que de acuerdo al inciso 1º de la norma antes citada, constituye la regla general, es la licitación pública, que “implica un concurso abierto a todos los oferentes que cumplan ciertos requisitos objetivos”

(Valdivia, 2018, p. 302). Luego nos encontramos con los sistemas, que acorde al inciso final del artículo 9º del reglamento de la Ley Nº 19.886, proceden con carácter excepcional, la licitación privada y el trato o contratación directa.

La licitación privada procede, en su caso, previa resolución fundada que así lo disponga (inciso 2º del artículo 9º Ley Nº 18.575), he implica un concurso cerrado de la Administración, destinado a ciertos oferentes previamente determinados por esta (Valdivia, 2018, p. 302). En cambio, la procedencia del trato directo, según el inciso 3º del artículo 9º de la Ley Nº 18.575, está determinada por naturaleza de la negociación. De acuerdo a Moraga Klenner, “se trata del procedimiento administrativo excepcional por el que el Estado o ente público elige directamente al contratista sin concurrencia, puja u oposición de oferentes; sin necesidad de regular previamente un concurso ni preparar bases de licitación” (2019, p. 322).

En el caso de los contratos de suministro y prestación de servicios, siempre que se acuda a esta modalidad de contratación, la normativa exige un mínimo de 3 cotizaciones previas, a menos que concurra alguna de las causales dispuesta en las letras c), d), f) o g) del artículo 8º inciso final de la Ley Nº 19.886, es decir, una emergencia, urgencia o imprevisto, calificados mediante resolución fundada del jefe superior de la entidad contratante; que sólo exista un proveedor del bien o servicio; si se trata de servicios de naturaleza confidencial o cuya difusión pudiere afectar la seguridad o el interés nacional; y cuando, por la naturaleza de la negociación, existan circunstancias o características del contrato que hagan del todo indispensable acudir al trato o contratación directa.

Finalmente, en los contratos de suministro y de prestación de servicios regidos por la Ley Nº 19.886, cabe adicionar como mecanismo de contratación administrativa a los convenios marco (artículos 8º, 9º y 14 reglamento Ley Nº 19.886).

4. Las compras públicas de vacunas para el COVID-19 en Chile

La Administración no es acaparadora de todas las actividades que son de interés para la sociedad, por ello siempre quedan espacios de intervención para los particulares en este tipo de actividades, como la salud, la seguridad, o la educación (Moraga, 2019, p. 14). La contratación pública, ha tenido un papel protagónico en la calidad y pertinencia de la reacción estatal ante la emergencia sanitaria (Inostroza, 2020, p. 12). Esta institución, y por medio de la colaboración de los particulares, ha logrado que la Administración alcance la consecución y prestación de actividades administrativas sanitarias, permitiendo a los países dotarse de los suministros esenciales frente a la pandemia, como la vacuna en contra del COVID-19.

Chile es uno de los países de la región que se ha destacado por llevar adelante un exitoso proceso de vacunación, lo que se debe en gran parte a que ha logrado adquirir y asegurar por medio de acuerdos de compra anticipada y otros instrumentos y convenios, un gran número de dosis de vacunas. Es así como ha firmado acuerdos de compra con diversos laboratorios, como Pfizer, AstraZeneca, Sinovac, y Johnson and Johnson, y proveyéndose también por medio del acuerdo opcional COVAX impulsado por la Organización Mundial de la Salud.

Tal como se detalla en el informe del diseño, planificación y desarrollo de campaña de vacunación COVID-19 2021 en Chile⁷⁵, de la Subsecretaría de Salud Pública, al 22 de junio del 2021 los acuerdos comerciales celebrados por Chile con productores de vacunas le han permitido adquirir 18.671.476 de dosis de vacunas Sinovac, 14.100.255 dosis de vacunas Pfizer-BioNTech, 4.000.000 dosis de vacunas AstraZeneca-Oxford y 1.800.000 dosis de vacunas CanSino. Y por medio del acuerdo opcional COVAX, impulsado por la Organización Mundial de la Salud, Chile adquirió esquemas de vacunas (p. 9).

Los procesos de negociación que han permitido a Chile asegurar este stock de vacunas, se han llevado a cabo por medio del Ministerio de Relaciones Exteriores, materializándose estas negociaciones en la celebración de acuerdos de compra anticipada y de suministros con los diversos laboratorios. Pero la posterior compra de vacunas se ha realizado a través del Ministerio de Salud y los otros organismos administrativos competentes en materia de salud, por medio del sistema de trato o contratación directa⁷⁶, consagrado en los artículo 9º de la Ley Nº 18.575 y 7º de la Ley Nº 19.886, concretándose en contratos de suministro de vacunas en contra del COVID-19.

Para recurrir a este mecanismo excepcional de contratación, ha existido una habilitación expresa por parte del ordenamiento jurídico, el Decreto Supremo Nº4, de 8 de febrero de 2020, del Ministerio de Salud, que declaró la Alerta Sanitaria, faculta a los organismos implicados en las acciones de control tratamiento del virus, adoptar una gama de medidas extraordinarias (Loo, 2021, p. 226). Como indica Martín Loo, una de estas medidas, es la facultad de realizar la adquisición directa de bienes, servicios o equipamiento que sean imprescindibles para la dirección de esta urgencia, y la liberación de la exigencia de concurrir a los sistemas de licitación, de acuerdo a lo dispuesto en la letra c) del artículo 8º de la Ley Nº 19.886, atribución otorgada a los organismos de la administración sanitaria, como la Subsecretaría de Redes Asistenciales, las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud, Servicios de Salud, Instituto de Salud Pública, Fondo Nacional de Salud, y el Centro Nacional de Abastecimiento de los Servicios de Salud (2021, p.226 y 227).

75 Informe del diseño, planificación y desarrollo de campaña de vacunación COVID-19 2021 en Chile, disponible en: <https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/07/Informe-del-diseño-planificación-y-desarrollo-de-campaña-de-vacunación-COVID-19-en-Chile-2.pdf>

76 Informe del diseño, planificación y desarrollo de campaña de vacunación COVID-19 2021 en Chile. p. 12.

La adopción de estas medidas se justifica en la necesidad y urgencia de contar los elementos necesarios para afrontar la pandemia, como las vacunas, por lo que buscan “principalmente, simplificar los procedimientos de contratación y eliminar requisitos, en pos de una mayor rapidez” (Inostroza, 2020, p. 12). Conforme apunta Fabio Pascua, ante la pandemia, los organismos compradores se han visto en la necesidad de recurrir a mecanismos extraordinarios con la finalidad de eludir la licitación pública, ya está significaría una demora inasumible en el suministro de servicios necesarios (2020, p. 444)

El tratarse de una situación de emergencia, el trato directo no solo habilita al organismo comprador a eludir la licitación pública, aún más, le permite obviar la exigencia de tres cotizaciones previas, por ser uno de los supuestos del inciso final del artículo 8º de la Ley Nº 19.886.

En cualquier caso, la situación de urgencia, la necesidad de resguardar a los ciudadanos frente a la pandemia, la alta demanda y poca oferta de vacunas, los escasos proveedores existentes, la complejidad y naturaleza de la negociación, son circunstancias presentes en las compras de vacunas COVID-19, que en caso de no existir esta habilitación del Decreto Supremo Nº4, del Ministerio de Salud, de todas maneras justificarían el acudir a este mecanismo excepcional de contratación (letras c, d, f y g del artículo 8º Ley Nº 19.886).

5. Potestades exorbitantes y privilegios de la Administración en la contratación pública

5.1. Las potestades y privilegios de la Administración Pública

El ordenamiento jurídico chileno reconoce a la Administración del Estado, y a sus organismos, una serie de potestades públicas, las que están destinadas a satisfacer los intereses públicos que se encuentran bajo su amparo, y que le significan tener una posición privilegiada en el ordenamiento jurídico (Ferrada, 2007, p. 78). Dentro de las potestades administrativas podemos mencionar: la potestad ejecutiva, potestad de mando, disciplinaria, reglamentaria, discrecional y jurisdiccional (Silva Cimma, 1968, p. 33-36).

Además, nuestro ordenamiento jurídico también otorga a la Administración un conjunto de privilegios en el ejercicio de estas potestades, los que también se justifican en la finalidad que cumple de tutela de intereses públicos (Ferrada, 2007, p. 81). Como señala Ferrada, dentro de los privilegios concedidos a la Administración se encuentran, la presunción de legalidad de que gozan sus actos administrativos, la ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de dichas actuaciones, el conjunto de privilegios procesales, como lo son el *solvet et repete*, la inembargabilidad de los bienes de la administración y las vías de ejecución de las sentencias condenatorias dictadas en contra de los órganos de la Administración del Estado (Ferrada, 2007, p. 84-88).

En materia de contratación administrativa la situación es la misma, encontrándose estos contratos sujetos a un estatuto especial de Derecho Público, en donde se antepone el interés público al particular del contratista (Bermúdez Soto, 2011, p. 201). Ello en términos concretos implica que la Administración que celebra un contrato, está dotada de un conjunto de potestades y privilegios que la colocan en una posición de superioridad respecto de su contraparte. Existe, en palabras de Claudio Moraga, una desigualdad material entre los contratantes, que se produce por la preeminencia y potestades de que goza la Administración, bajo el fundamento de que a ella le compete el resguardo de los intereses generales (2019, p. 222).

Este conjunto de potestades y privilegios de que goza la Administración en materia de contratos públicos, se denominan cláusulas, prerrogativas o potestades exorbitantes, no comunes al derecho privado, y son “una serie de poderes de acción unilateral con que cuenta la administración durante la ejecución de los contratos administrativos” (Valdivia, 2018, p. 314). Dentro de las potestades exorbitantes podemos mencionar: el poder de dirección, fiscalización y control; el *ius variandi* o poder de modificación del contrato; el poder sancionador; el poder de terminación del contrato; y la potestad de sustituir al contratante, entre otras (Moraga, 2019, p. 474).

5.2. Posición desventajosa de la Administración Pública en las compras de vacunas COVID-19: Una mirada desde sus potestades exorbitantes y privilegios

Uno de nuestros objetivos fijados fue el análisis de la posición de la Administración Pública de Chile en las compras públicas de vacunas en contra del COVID-19, desde la perspectiva de sus privilegios y potestades exorbitantes. Esta labor ha sido un desafío, ya que como en otros países, en Chile ha primado la reserva y el secretismo respecto de estas compras, existiendo inclusive en algunos de los contratos, pliegos de condiciones y acuerdos de compra anticipada, cláusulas de confidencialidad⁷⁷. Lo que es un contrasentido a uno de los principios rectores de la contratación pública, y de la actividad de la administrativa, la publicidad y transparencia, consagrados en el artículo 8º de la Constitución Política.

Es así, y en la ley N°20285 sobre acceso a la Información Pública, que, en el mes de diciembre del 2020, la organización Chile Transparente presento solicitudes de acceso a la información pública ante diversos organismos administrativos⁷⁸, como la Subsecretaría de Relaciones Económicas Internacionales, con la finalidad de contar con los antecedentes de las negociaciones y compras que la Administración del Estado ha realizado para adquirir las

77 Véanse dichas cláusulas en el acuerdo de fabricación y suministro celebrado con Pfizer (cláusula 10), en el pliego de condiciones vinculantes con Pfizer, y en el acuerdo para la compra anticipada suscrito con Janssen.

78 Mecanismo contemplado en la Ley sobre Acceso a la Información Pública N° 20.285

vacunas en contra del COVID-19. Dicha Subsecretaría solo otorgó acceso a una parte menor de la información solicitada, aduciendo que concurrirían al respecto, causales de reserva o secreto consagradas en el artículo 8º inciso 2º de la Constitución Política y en el artículo 21 de la Ley Nº 20.285⁷⁹. Ante aquella decisión Chile Transparente presenta un amparo por denegación de acceso a la información ante el Consejo para la Transparencia, el que es acogido parcialmente con fecha 22 de junio de 2021⁸⁰, decisión que ha permitido conocer pliegos de condiciones vinculantes, acuerdos de fabricación y suministro, y acuerdos de compra anticipada celebrados por la Administración del Estado de Chile con los diversos proveedores de vacunas⁸¹.

De dichos documentos podemos desprender lo siguiente, en relación con las potestades exorbitantes de la Administración Pública chilena en los procesos de compra públicas de vacunas para el COVID-19:

5.2.1. Poder de dirección, fiscalización y control: Esta potestad tiene por “objetivo controlar en forma inmediata que el contratante particular de cumplimiento al contrato”. Asegurando que dicho contrato alcance el fin público previsto en la ley; velando por que se le dé cumplimiento en los términos convenidos; y favoreciendo que el contrato administrativo sea cumplido de la manera más satisfactoria a la obtención del interés público (Moraga, 2019, p. 475).

Podemos ver que dicha prerrogativa ha sido atenuada a favor del co-contratista en los procesos de compras de vacunas para el COVID-19. Tal es el caso del acuerdo de compra anticipada con Janssen⁸², que en cláusulas tales como, la de suministro y disponibilidad, establece que el laboratorio condiciona la obligación de entregar las vacunas a que se haya obtenido una autorización de comercialización u otras aprobaciones regulatorias que considere pertinente para su comercialización.

También, de la cláusula relativa a las condiciones para el suministro, que señala que la disponibilidad de la vacuna está condicionada a un desarrollo exitoso, aprobación regulatoria y a un aumento exitoso de la producción. Cuestiones similares plantea el acuerdo de fabricación

79 Entre aquellas causales, se señalaron, que la publicidad de dicha información produciría una afectación del interés nacional, de la salud pública; y de los derechos económicos y comerciales de los terceros interesados.

80 Consejo para la Transparencia. Amparo Rol Nº C-1302-21. 22 de junio del 2021, disponible en: <https://jurisprudencia.cpltr.cl/cpltr/decision.php?id=CPLT000048060>

81 Véanse dichos pliegos de condiciones, acuerdo de fabricación y suministro, y acuerdos de compra anticipada, en: <https://www.chiletransparente.cl/antecedentes-de-las-negociaciones-que-el-estado-chileno-ha-realizado-para-adquirir-vacunas-contra-la-covid-19/>

82 Acuerdo de Compra Anticipada, Gobierno de la República de Chile y Janssen Pharmaceutica NV. Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Acuerdo-compra-anticipada-JANSSEN.pdf>

y suministro con Pfizer en su cláusula 2, llamando particularmente la atención lo dispuesto en la letra d) del 2.1 de dicha cláusula, que exime de responsabilidad al laboratorio por omisiones al elaborar el producto u obtener las autorizaciones, o lo señalado en la letra h) del 2.4, que dispone que aun recibiendo a tiempo la autorización correspondiente, y si el laboratorio no está en condiciones de entregar las dosis contratadas, no estará obligada a realizar la entrega conforme al cronograma.

Para efectos del ejercicio de esta potestad, claramente cobran vital importancia las atribuciones que detenta la Administración para interpretar unilateralmente el contrato (Moraga, 2019, p. 475). En el acuerdo de fabricación y suministro con Pfizer, esta prerrogativa ha sido modificada y atenuada en beneficio del proveedor, ya que en caso de ambigüedad o duda acerca de su propósito o interpretación, va a ser interpretado como si fue redactado conjuntamente por las partes y, no habrá presunción o carga de la prueba a favor o en contra de una parte en razón de su autoría (cláusula 12.17).

5.2.2. *Ius variandi* o poder de modificación del contrato: Es una potestad que otorga a la Administración “la facultad para revisar o reacomodar ciertos elementos del contrato ya perfeccionado, de manera que éste vuelva a ser un efectivo instrumento de utilidad social” (Moraga, 2019, p. 470).

De las cláusulas antes señaladas, presentes en los acuerdos de compras anticipadas y acuerdos de suministro, queda en evidencia que dicha potestad es prácticamente inexistente a favor de la Administración, es más, incluso podría señalarse que son los productores de vacunas quienes gozan del poder modificar unilateralmente aspectos del contrato, tales como, las condiciones y el momento en que deben proceder a la entrega de las vacunas.

Debe también mencionarse la cláusula del pliego de condiciones vinculantes celebrado entre Pfizer y el Ministerio de Salud de Chile⁸³, relativa a sus efectos, y conforme a la cual todos los términos de dicho documento son vinculantes para las partes, y si por cualquier razón uno o más de dichos términos se consideran, inválidos, nulos o inaplicables, se suprimirá o revisará, y de ser posible, se sustituirá por uno que, en la medida de lo posible, logre los objetivos legítimos de ambos contratantes.

Es decir, se tiende a equiparar la capacidad negociadora del contratista y del organismo público comprador, ya que toda modificación debe tener en vista las finalidades perseguidas por ambas partes, y no preponderantemente, la finalidad pública, como ocurre normalmente en los contratos administrativos.

83 Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Pliego-de-condiciones-vinculantes-PFIZER.pdf>

5.2.3. Poder sancionatorio de la Administración: Es la consecuencia de su potestad de control, fiscalización y dirección, ya que de nada serían útiles estas atribuciones sin un medio de coacción efectivo para hacer valer al contratista que no cumple el contrato, o que afecta sus fines, utilidad y objetivo (Moraga, 2019, p. 492).

En los contratos de suministro de vacunas para el COVID-19, esta potestad es casi inexistente, ya que, en la mayoría de los acuerdos celebrados, no se establecen multas, o sanciones de cualquier otra especie, ante incumplimientos del contratista, o inclusive en algunos casos, se establece expresamente que dichos proveedores estarán exentos del pago de multas ante incumplimientos de cualquier especie.

Podemos nombrar al acuerdo de fabricación y suministro entre Pfizer y la Subsecretaría de Salud Pública⁸⁴, que en su cláusula 8.1, establece que el comprador acuerda indemnizar, defender y mantener indemne a Pfizer y a todos sus colaboradores frente a sanciones y multas de carácter contractual o de cualquier otra índole, que surjan, se deriven o estén relacionadas con la vacuna. Aquello se plantea en los mismos términos en la cláusula relativa a “Indemnización por parte del Gobierno”, del pliego de condiciones vinculantes celebrado entre Pfizer y el Ministerio de Salud de Chile, y en condiciones similares, en el Anexo C, relativo a las “Reglas de indemnización de vacunas Janssen”, del Acuerdo para la compra anticipada celebrado entre la Administración Pública de Chile y Janssen.

5.2.4. Poder de terminación unilateral o caducidad del contrato: Prerrogativa que permite a la Administración compradora poner término de forma unilateral y anticipada al contrato administrativo, ante el incumplimiento del contratista de sus obligaciones y por las causales previstas en las bases o en el contrato, o por causas de interés público.

Es la potestad que se encuentra más incólume para el organismo público comprador de vacunas, solo ha sido atenuada. De los acuerdos, el único que hace mención expresa a las circunstancias en que procede la terminación, es el de fabricación y suministro con Pfizer, que dispone, que procederá bajo las causales previstas en su cláusula 6: mutuo acuerdo de las partes (6.1); terminación con justa causa (6.2); infracción sustancial de algún término que no sea subsanado; y insolvencia del proveedor (6.4).

Además, nada obstaría a que la Administración pueda hacer uso de esta potestad exorbitante por razones de interés público, lo que tiene su sustento en el hecho de ser una contratación que sirve una finalidad pública muy concreta, la lucha contra la pandemia y el

84 Disponible en: <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Acuerdo-de-fabricacion-y-suministro-PFIZER.pdf>

resguardo de salud pública. Todo lo anterior, teniendo presente los límites reconocidos al ejercicio de esta cláusula, entre ellos, la razonabilidad, la desviación de poder, la verídica existencia de los hechos fundantes, y la legalidad (Moraga, 2019, p. 511).

Respecto de los privilegios que se reconocen a la Administración Pública, también hay elementos en los procesos de compras públicas de vacunas para el COVID-19, que nos llevan a inferir que estos se encontraría atenuados, o ciertos casos inexistentes. Es el caso de las cláusulas relativas a la renuncia a privilegios e inmunidades, resolución de controversias, y legislación aplicable, todas presentes en el acuerdo de fabricación y suministro, y en el pliego de condiciones vinculantes celebrados entre la Administración del Estado y Pfizer:

5.2.5. En relación a la renuncia a privilegios e inmunidades, la cláusula 9.4 del acuerdo de fabricación y suministro con Pfizer, señala que el comprador expresa e irrevocablemente renuncia a cualquier derecho de inmunidad, respecto al arbitramento o cualquier otro procedimiento iniciado en Chile, o cualquier otra jurisdicción. Lo que implicaría una renuncia de la Administración a sus potestades exorbitantes y a los privilegios de que goza en la contratación pública chilena.

5.2.6. Respecto a las cláusulas de solución de controversias, existen 2 cuestiones que deben mencionarse, la primera, es el establecimiento de cláusulas que introducen un arbitraje sustanciado conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional para resolver cualquier diferencia, controversia o reclamo surgido con el acuerdo o relacionados con el. Con Nueva York como sede de dicho arbitraje (cláusula 12.2 del acuerdo de fabricación y suministro con Pfizer, y cláusula “Ley Aplicable y Resolución de Controversias” del pliego de condiciones vinculantes).

También cabe citar la cláusula 9.4 del acuerdo de fabricación y suministro con Pfizer, relativa a la jurisdicción aplicable, conforme a la cual la Administración compradora, expresa e irrevocablemente se acoge a la jurisdicción de las cortes de Nueva York o cualquier otra corte de jurisdicción competente, con el fin de ejecutar una decisión arbitral, orden, o cualquier acuerdo.

En ambos casos, es decir, tanto en un procedimiento de arbitraje conforme al reglamento de la Cámara de Comercio Internacional, como en la ejecución una decisión arbitral, orden, o cualquier acuerdo, la Administración estaría desprovista de los privilegios que normalmente detenta en la legislación chilena, cobrando mayor importancia los procesales, y por tanto, se sitúa en una posición simétrica, o incluso desventajosa, respecto del proveedor de vacunas, Pfizer.

5.2.7. Existe una cláusula clave que es clave a la hora de permitirnos afirmar que en los procesos de compras públicas de vacunas para el COVID-19, la Administración Pública se encuentra en una posición desventajosa respecto de los proveedores de vacunas para el COVID-19, y que está presente tanto en el acuerdo de fabricación y suministro (cláusula 12.4), como en el pliego de condiciones vinculantes celebrados con Pfizer, y que de paso vienen a reafirmar todos los aspectos descritos anteriormente. Se trata de las cláusulas relativas a la legislación aplicable (cláusula “Ley Aplicable y Resolución de Controversias”), conforme a las cuales tanto el pliego de términos, como el acuerdo definitivo y las todas las diferencias, están sometido a las leyes del Estado de Nueva York, excluyendo la aplicación de la legislación chilena, y en consecuencias de las potestades y privilegios de toda índole que en dicha legislación se establecen en favor de la Administración chilena, incluidos los relativos a la contratación administrativa.

Finalmente, hay otros aspectos de las compras de vacunas, que, si bien no guardan relación estrecha relación con los dos elementos claves a los cuales se hizo alusión en este apartado, las potestades y privilegios de la Administración, de igual manera reflejan la posición desventajosa que esta ha tenido en dicha contratación administrativa. Las exageradas cláusulas indemnizatorias que se establecen en favor de los proveedores de vacunas, en donde la Administración Pública se compromete a indemnizar, defender y mantener indemne a los proveedores de vacunas y todos sus colaboradores, prácticamente ante cualquier situación que se ocasione en relación con la investigación, el desarrollo o la fabricación de la vacuna, y todos los juicios u reclamaciones, fundados en contrato, daños, propiedad intelectual, que sean consecuencia de la Vacuna (anexo A del pliego de condiciones vinculantes con Pfizer, y anexo C acuerdo de compra anticipada con Janssen).

6. Conclusiones

En Chile no existe una Ley general de contratos públicos, siendo la norma general y básica en la materia el artículo 9º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado Nº 18.575, que establece los sistemas de contratación pública y señala algunos de los principios que les son aplicables. La regulación de estos contratos es más bien heterogénea, cobrando especial importancia para nuestro estudio, la Ley de Bases sobre Contratos Administrativos de suministro y prestación de servicios Nº 19.886.

Son 3 los grandes sistemas o mecanismos de contratación administrativa en Chile, la licitación pública, que constituye la regla general, y los mecanismos que de acuerdo a la normativa vigente proceden con carácter excepcional, la licitación privada y el trato directo.

La contratación pública se ha transformado en una institución clave en la lucha en contra de la pandemia, ya que le ha permitido a la Administración en un contexto de urgencia, escases, alta demanda y número reducido de proveedores, otorgar prestaciones sanitarias con cierta rapidez, dotándose, con la colaboración de privados, de los suministros esenciales frente a la pandemia, como la vacuna en contra del COVID-19.

Chile ha podido desarrollar un exitoso proceso de vacunación, lo que se debe en gran parte a que logro asegurar un gran stock de vacunas, celebrando acuerdos de distinta índole con diversos proveedores de vacunas para el COVID-19. La posterior compra pública de dichas vacunas, por parte de los órganos de la administración sanitaria, se han llevado por medio del sistema de contratación directa, y se materializa en contratos de suministro de vacunas, normados por la Ley N° 19.886. Existiendo una habilitación expresa a estos organismos por parte del Decreto Supremo N°4, de 8 de febrero de 2020, del Ministerio de Salud, que declaró la Alerta Sanitaria, para en base a la situación de urgencia, y en post de una mayor rapidez para enfrentar la pandemia, recurrir a este mecanismo excepcional de contratación.

No obstante, dichas compras públicas de vacunas, han venido a alterar la clásica posición de superioridad que respecto de su contraparte detenta la Administración Pública en la contratación administrativa. Esto debido a que la urgencia, la necesidad de actuar rápidamente en post del resguardo de la salud y vida de los administrados, el stock reducido de vacunas, la alta demanda y el número de limitado de proveedores, han puesto a la Administración en una situación de tener que aceptar la introducción en estos acuerdos, pliegos, y contratos de suministro, de una serie de cláusulas que en contextos normales no serían incluidas o lo serían en términos sustancialmente diversos, y que en definitiva implican una limitación, o inclusive exclusión, de sus potestades exorbitantes y privilegios que le reconoce el ordenamiento jurídico chileno, colocando a los proveedores de vacunas en una situación de igualdad, o incluso de superioridad, respecto de la Administración compradora.

7. Referencias

Amparo Rol N° C-1302-21. (2021, 22 de junio). Consejo para la Transparencia. <https://jurisprudencia.cplt.cl/cplt/decision.php?id=CPLT000048060>

Bérmudez, J. (2011). *Derecho Administrativo General*. 2.ª ed. Legal Publishing.

Ferrada, J. (2007). Las potestades y privilegios de la Administración Pública en el régimen administrativo chileno. *Revista de derecho* (Valdivia), 20 (2), 69-94. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>

Gobierno de la República de Chile. (2020). *Hoja de acuerdo para la compra anticipada de la*

- vacuna candidata Janssen SARS-COV2*. <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Acuerdo-compra-anticipada-JANSSEN.pdf>
- Inostroza, M. (2020). Desafíos de los sistemas de compras públicas en tiempos de COVID-19. *Revista chilena de Administración del Estado*, (3), 9-33. ISSN: 2452-5421. <https://www.contraloria.cl/documents/451102/2651194/Revista+CEA+3a/ffd7eafa-8ee4-f1ef-547c-bfa5223323d1>
- Ministerio de Salud. (2021). *Informe del diseño, planificación y desarrollo de campaña de vacunación COVID-19 2021 en Chile*.
<https://www.minsal.cl/wp-content/uploads/2021/07/Informe-del-diseño-planificación-y-desarrollo-de-campaña-de-vacunación-COVID-19-en-Chile-2.pdf>
- Ministerio de Salud. (2020). *Pliego de condiciones vinculantes Pfizer inc y Ministerio de Salud de Chile*. <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Pliego-de-condiciones-vinculantes-PFIZER.pdf>
- Moraga, C. (2019). *Contratación Administrativa*. 2.ª ed. Legal Publishing.
- Loo, M. (2021). Contratación pública y medidas ante el COVID-19. En Rojas, C., Ferrada J. y Méndez, P. (Eds.). *Derecho Público y Emergencia. Respuestas ante el COVID-19* (pp. 213-234). Legal Publishing.
- Pascua, F. (2020). La contratación administrativa ante la COVID-19. *Revista de Administración Pública*, (213), 439-478. DOI: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.213.18>
- Silva, E. (1969). *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*. Tomo I. 3.ª ed. Editorial Jurídica de Chile.
- Subsecretaría de Salud Pública. (2020). *Acuerdo de fabricación y suministro Pfizer Chile S.A . y Subsecretaría de Salud Pública*. <https://www.chiletransparente.cl/wp-content/uploads/2021/07/Acuerdo-de-fabricacion-y-suministro-PFIZER.pdf>
- Valdivia, J. (2018). *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch.

LA EXISTENCIA DE INDICIOS GRAVES DE CORRUPCIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO IMPEDIMENTO PARA LA CONSTITUCIÓN DEL TRIBUNAL ARBITRAL

THE EXISTENCE OF SERIOUS INDICATIONS OF CORRUPTION IN PUBLIC PROCUREMENT AS AN IMPEDIMENT TO THE CONSTITUTION OF THE ARBITRAL TRIBUNAL

María Julieta Sarmiento

RESUMEN

Para nadie es un secreto que casi todos los países latinoamericanos se han visto afectados por la corrupción que sigue subsistiendo hoy en día por la carencia de medidas efectivas para prevenir este fenómeno. En ese sentido, la contratación pública resulta altamente atractiva para cometer actos corruptos, esto, quizás por las altas cantidades de dinero destinadas para la celebración de contratos, la facilidad de cometer sobornos aunado a la falta de cultura de muchos funcionarios públicos que se dejan sobornar, la devolución de favores o de apoyos recibidos en campañas presidenciales, las altas probabilidades de que dichas conductas queden en la impunidad, entre otras. Un ejemplo de esto es el resonado caso de la constructora Odebrecht que realizó actos repetitivos de soborno a presidentes, expresidentes y funcionarios de 12 países -dentro de los que se encuentran Colombia y Perú- para obtener de esa manera, beneficios en contrataciones públicas.

Varios de esos contratos que se celebran con agentes en el mercado, como dicha constructora, suelen incluir cláusulas compromisorias para que los eventuales litigios que se presenten en el desarrollo de esos contratos públicos sean conocidos por particulares investidos de jurisdicción independiente y transitoria. Entonces, los Estados que terminen de manera unilateral esos contratos celebrados, o que declaren la caducidad por incumplimientos graves en la ejecución de los mismos, probablemente sean sujetos de una demanda por parte de estos contratistas; situación que vive el Estado colombiano en estos momentos, ya que enfrenta dos demandas arbitrales -una en el ámbito comercial internacional y otra en el de las inversiones- relacionadas con el caso Odebrecht, y además fue condenado por un reciente laudo de arbitraje comercial nacional proferido por la Cámara de Comercio de Bogotá. De esa manera, resulta sorprendente cómo una empresa que creó uno de los sistemas más perfeccionados de corrupción transnacional, utilice los mecanismos de derecho nacional e internacional para defender su posición. Y, a pesar de que sus pretensiones no tengan gran probabilidad de éxito, igual logran desgastar al Estado que deberá preparar su defensa, e invertir tiempo y dinero en la misma.

Por esa razón, se busca que los árbitros que deban constituir el tribunal arbitral en virtud

de la cláusula compromisoria, se declaren impedidos para su constitución cuando evidencien indicios graves de corrupción que permitan dudar del buen actuar de contratistas que se vean inmersos en escándalos de gran magnitud como el de Odebrecht en Colombia o el de Lava Jato en Perú. De esa manera, los tribunales solo asumirían competencia cuando esos contratistas logren salir victoriosos por absolución en el proceso penal. Logrando con esto, en primer lugar, que los Estados no se desgasten en la defensa ante dichos tribunales, y en segundo lugar, que los contratistas investigados por corrupción se vean favorecidos por las condenas que podrían llegar a resultar por la terminación o por la declaratoria de caducidad de los contratos públicos. Lo cual, finalmente podría servir como mecanismo para prevenir la corrupción

PALABRAS CLAVES

Corrupción, Contratación pública, Arbitraje nacional, Arbitraje internacional Tribunal arbitral
Doctrina de las manos limpias

ABSTRACT

It is no secret that almost all Latin American countries have been affected by corruption, which continues to exist today due to the lack of effective measures to prevent this phenomenon. In this sense, public procurement is highly attractive to commit corrupt acts, perhaps because of the high amounts of money allocated for the conclusion of contracts, the ease of committing bribes coupled with the lack of culture of many public officials who allow themselves to be bribed, the return of favors or support received in presidential campaigns, the high likelihood that such behaviors remain unpunished, among others. An example of this is the resounding case of the construction company Odebrecht, which repeatedly bribed presidents, former presidents, and officials of 12 countries, including Colombia and Peru, to obtain benefits in public contracts.

Several of these contracts entered with market players such as this construction company, usually include compromissory clauses so that any disputes that may arise in the development of these public contracts are heard by individuals vested with independent and transitory jurisdiction. Therefore, States that unilaterally terminate these contracts, or that declare them null and void due to serious breaches in the execution thereof, will probably be subject to a lawsuit by these contractors; a situation that the Colombian State is currently experiencing, as it is facing three arbitration lawsuits related to the Odebrecht case, one in domestic commercial arbitration before the Chamber of Commerce of Bogotá, and the other two in the international commercial and investment spheres. Thus, it is surprising how a company that created one of the most sophisticated systems of transnational corruption uses the mechanisms of national and international law to defend its position. And even though its claims are unlikely to succeed, they

still manage to wear down the State, which will have to prepare its defense and invest time and money in it.

Therefore, the arbitration tribunals that must be constituted by virtue of the arbitration clause should declare that they are prevented from constituting the arbitration tribunal when there is evidence of serious indications of corruption that would cast doubt on the good performance of contractors involved in major scandals such as Odebrecht in Colombia or the Lava Jato scandal in Peru. In this way, the courts would only assume jurisdiction when these contractors manage to emerge victorious by acquittal in the criminal proceedings. In this way, firstly, the States would not have to wear themselves out in the defense before such courts, and secondly, the contractors investigated for corruption would be favored by the convictions that could result from the termination or the declaration of forfeiture of public contracts. This could finally serve as a mechanism to prevent corruption.

KEYWORDS

Corruption, Public Procurement, National Arbitration, International Arbitration Arbitral Tribunal Clean Hands Doctrine

1. Introducción

El tema de la corrupción es algo que parece de interés general, por la cantidad de recursos que de esta se pierden, y por la defraudación de la confianza de servidores públicos que se ven inmersos en escándalos de dicha índole. Además, porque se afecta la ejecución adecuada y efectiva de los recursos en el país, generando un desequilibrio social y una serie de cuestionamientos sobre la eficacia de las normas legales y morales que se encuentran inmersas en la sociedad para lograr la convivencia humana. Es así, que escenarios como la contratación pública no se salvan de ser el caldo de cultivo perfecto para el desarrollo de actos de corrupción, quizás por las cantidades de dinero destinadas al desarrollo del interés general mediante la celebración de contratos, y por los intereses políticos que suelen estar latentes en cada adjudicación.

En Colombia, las irregularidades en los procesos de contratación pública siguen siendo la principal forma de corrupción, representando, para el año 2018, el 46,4% de los hechos de ese tipo (Transparencia Colombia, 2019) y que para el año 2020 empeoró a causa de la pandemia del COVID 19 que ha tenido a la contratación directa como una de sus modalidades de contratación principal. De forma paralela, en Perú, el famoso algoritmo Funes, detectó que para el año 2019, el 40% de las contrataciones con el Estado peruano tenían riesgo de corrupción (Ojo Público, 2019).

A raíz de eso, surge la necesidad de prevenir actos y/o prácticas corruptas mediante la adopción de medidas que cumplen con la función preventiva de la pena (abstenerse de realizar los comportamientos delictivos so pena de incurrir en la imposición de sanciones -la cual en este caso sería la imposibilidad de acudir al tribunal arbitral a resolver controversias derivadas de la ejecución de los contratos-) en pro del interés general, y para cumplir con compromisos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción -UNCAC, la Convención Interamericana contra la Corrupción, la Convención anti-cohecho de la OCDE y la Convención Contra la Delincuencia Organizada transnacional de la misma organización, y otras conferencias como el Compromiso de Lima “Gobernabilidad Democrática frente a la Corrupción”- VIII Cumbre de las Américas celebrada en Lima en el año 2018.

De esa manera, se establece que la idea principal del presente texto es: (i) determinar la conveniencia y la utilidad que tendría el hecho de que los árbitros puedan decidir no constituir el tribunal arbitral, como una forma de sanción por la existencia de indicios graves de corrupción en contra de contratistas que aparte de tener un proceso penal abierto, fue necesario terminarles el contrato de forma anticipada, o declararles la caducidad del contrato o de los contratos adjudicados por presunta o evidente comisión de actos de corrupción. (ii) La aplicación de la doctrina de las manos limpias -clean hands-, perteneciente al Derecho Internacional como fundamento para negarse la constitución del tribunal arbitral en los casos en que surjan controversias contractuales entre el Estado y contratistas investigados por corrupción.

2. Contexto actual

Actualmente, en Colombia, la ley 1563 del año 2012 que regula lo relacionado con el arbitraje nacional e internacional no establece ningún impedimento relacionado con la existencia de corrupción para constituir el tribunal arbitral que decidirá sobre controversias relacionadas con la contratación estatal -incumplimientos, terminaciones anticipadas, declaratorias de caducidad de los contratos, entre otros-. En Perú, el Decreto Ley No. 1071 (Ley de arbitraje peruana), a pesar de que fue modificado por el Decreto de Urgencia No 020-2020 (a raíz del caso Odebrecht), tampoco establece ningún impedimento relacionado con dicho punto. Y es que a falta de un mecanismo o de un fundamento de derecho que permita a los árbitros abstenerse de constituir el tribunal por la existencia de indicios graves de corrupción se generan situaciones como las ocurridas en Colombia, en donde el país tuvo que afrontar un arduo proceso arbitral que duró aproximadamente cuatro años en virtud de la demanda presentada por la Sociedad Concesionaria Ruta del Sol S.A.S (grupo integrado por la brasileña Odebrecht Participações e Investimentos S.A., Constructora Norberto Odebrecht S.A., Estudios y Proyectos del Sol S.A.S. y CSS Constructores S.A.) por el supuesto incumplimiento del contrato por parte del Estado Colombiano -ANI- o por sus siglas, la Agencia Nacional de Infraestructura. (Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol, 2019). Dicho proceso implicó una costosa defensa -Colombia gasta

aproximadamente \$780.000 millones en gastos de asesoría y representación jurídica al año (Asuntos Legales, 2019) por parte del Estado, y una condena por \$211.000 millones de pesos (Tribunal Arbitral de Concesionaria Ruta del Sol, 2019). Esto, por el cumplimiento de una parte de un contrato que fue declarado nulo por parte del tribunal. Adicional, y en aras de infortunio, las obras que debían ser terminadas por parte de la Sociedad Concesionara en mención, fueron suspendidas. Solo hasta este año se volvería a abrir licitación (Revista Semana, 2021). Lo que implicó más tiempo y costos, concretamente, una inversión adicional de 3.7 billones de pesos. (Semana, 2021). Paralelamente, en ese mismo año, y ante la inexistencia de un APPRI (Acuerdo de Promoción y Protección Recíproca de las Inversiones) entre Colombia y Brasil, amparado en el APPRI celebrado entre Colombia y España (art. 10º), Odebrecht decidió demandar a Colombia (ANI) a través de su filial española Latinvest Transport Colombia S.L en Arbitraje Internacional de Inversiones para lograr el pago de 3,8 billones de pesos (1,2 millones de dólares) por supuesta expropiación ilegal de sus activos representados en el proyecto de concesión de la Ruta del Sol II (CIAR Global, 2018) . Después de eso, en el 2019, Odebrecht decidió demandar al Estado (ANI) ante la Cámara de Comercio Internacional para recuperar aquello que la Cámara de Comercio de Bogotá no le reconoció el valor de 1,8 billones de pesos. (CIAR Global, 2021).

Similar situación tendrá que vivir el Estado Peruano si el CIADI decide admitir la demanda por 1.200 millones de dólares instaurada por la filial de Odebrecht en Luxemburgo Odebrecht Latinvest en su contra por la cancelación del contrato del Gasoducto Sur Peruano (ICSID, 2020), o si Odebrecht decide demandar en arbitraje nacional al Estado Peruano en virtud de alguna cláusula compromisoria establecida en algún contrato de concesión.

Con esto se puede evidenciar que los Estados pueden resultar afectados por el simple hecho de tomar las medidas necesarias para castigar a aquellos contratistas que son investigados por haber cometido actos de corrupción para la obtención de contratos públicos, y que pueden salir premiados por su actuar en una instancia arbitral.

3. Propuesta

The Clean Hands Doctrine o Doctrina de las Manos Limpias es una doctrina perteneciente al Derecho Internacional (Corte Internacional de Justicia -caso Nicaragua vs. Estados Unidos en 1986-) que permite que un tribunal arbitral niegue la tutela arbitral al demandante “cuya conducta haya sido impropia en directa relación a la materia a arbitrase” (Suprema Corte de EE. UU, 1972). Puede decirse que esta doctrina tiene fundamento en el siguiente aforismo: “no habrá manos contaminadas que puedan tocar las puras fuentes de la justicia (Keigwing, 1910)”. Esto quiere decir que todo demandante que pretenda solicitar protección a sus inversiones o la reparación de un daño, tendrá acceso a estas siempre y cuando haya actuado de forma adecuada y transparente -con las manos limpias- (no haber cometido actos ilícitos). Evidentemente, quien

ha cometido actos de corrupción en el país receptor de las inversiones, no se verá cobijado por la protección arbitral. A este propósito, “la corrupción debe ser analizada en la etapa de jurisdicción por aplicación de la «doctrina de las manos limpias» (CREMADES, Bernardo, «Corruption and Investment Arbitration», en *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution, Liber Amicorum in honour of Robert Briner*, ICC Publication, 2005, página 216.), según la cual un sujeto no puede interponer un reclamo cuando ha cometido actos ilícitos con relación a su materia (Rahim Mooloo, *A comment on the clean hands doctrine in International Law*, 2011, p.1). En virtud de ello, se considera que el inversor que ha cometido actos de corrupción pierde el derecho a aceptar el consentimiento al arbitraje otorgado anticipadamente por el Estado: Al no poder aceptar dicho consentimiento, no hay acuerdo arbitral ni arbitraje» (Godoy, 2013). Entonces, si la inversión no se realizó conforme a la legislación del Estado anfitrión, la falta de cumplimiento de dicha condición, y por ende la comisión de actos contrarios a la ley, conllevan a que el tribunal carezca de jurisdicción para conocer de la controversia, ya que el consentimiento del Estado se limita a inversiones completamente legales.

La comisión de actos de corrupción según el tribunal en el caso EDV V Romania “tiene que probarse y es sabido que es difícil de probar, ya que habitualmente se carece de prueba o esta es escasa. La seriedad de la acusación de corrupción en este caso, considerando que implica a funcionarios del más alto nivel del gobierno rumano, exige una prueba clara y convincente. Hay un consenso generalizado entre los tribunales internacionales y la doctrina respecto de la necesidad de exigir un alto estándar de prueba de la corrupción” (CIADI, 2009, p.64). Lo del estándar alto de prueba es discutible, ya que “existen al menos tres aproximaciones a la cuestión: (i) tribunales que exigen un estándar de prueba alto y convincente, más allá de la duda razonable; (ii) tribunales que exigen un estándar de prueba medio; y, (iii) tribunales que establecen un estándar de prueba bajo, que concluye la existencia de corrupción en base a evidencia circunstancial e inferencias con fundamento en la sana crítica”. (Cervantes, 2018). Esto, tiene especial relevancia para la hipótesis de la aplicación de la presente doctrina como fundamento para evitar la constitución del tribunal arbitral nacional como se verá a continuación.

Esta doctrina, dicho sea de paso, no ha sido reconocida como principio general del derecho, tampoco ha sido rechazada como tal, pero ha sido tenida en cuenta por varios tribunales de inversiones. Igualmente, si no es reconocida como principio, lo es como doctrina y hace parte de las fuentes aplicables en el Derecho Internacional según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Ahora bien, la aplicación de esta doctrina en el arbitraje nacional, que no se daría para determinar la falta de jurisdicción por parte de los árbitros en virtud de que esta se entiende establecida en la cláusula compromisoria, empero como imposibilidad de la constitución del tribunal arbitral; parecería ser improcedente con base en los siguientes argumentos: (i) la nulidad

del contrato no afecta la validez del acuerdo arbitral, y (ii) su aplicación no respetaría el derecho a la presunción de inocencia. No obstante, dichas oposiciones quedan desvirtuadas en razón de que en primer lugar, el hecho de que los árbitros no constituyan el tribunal arbitral no quiere decir que lo hagan por la nulidad de cláusula compromisoria como consecuencia de la futura declaratoria de nulidad del contrato. Lo harían por la evidente existencia de actos de corrupción que perturban el orden público nacional, y el global. Ahora, esta decisión no implica la nulidad de la cláusula compromisoria, pues en principio no encuadraría en ninguna de las causales de nulidad establecidas en los ordenamientos jurídicos colombiano y peruano (falta de capacidad, falta de consentimiento, objeto ilícito y causa ilícita). Se dice que, en principio, porque puede llegarse a la conclusión de que en este caso, existió una causa ilícita entendida como “el propósito directo e inmediato que persigue el deudor al obligarse y que se encuentra determinado por el tipo de contrato que se celebra” (Domat, J, 1844) en la suscripción de la cláusula compromisoria. Esto, ya que lo que el contratista quería reclamar o tutelar, eran derechos adquiridos en virtud de un contrato obtenido a través de actos constitutivos de corrupción, lo cual es prohibido por la ley, contrario a las buenas costumbres y el orden público nacional y trasnacional (artículo 1524 Código Civil Colombiano- artículo 219 Código Civil Peruano).

Por otro lado, puede concluirse lo mismo respecto del objeto ilícito, entendido como “el conjunto de las disposiciones mediante las cuales los contrayentes determinan la relación contractual. El contenido del contrato indica, precisamente, aquello que las partes establecen”. (Bianca, 2000) En este caso, la cláusula compromisoria estaba determinada o más bien versaba sobre un contrato prohibido por las leyes (artículo 1523 Código Civil Colombiano- artículo 1403 Código Civil Peruano). Aunque la aplicación del objeto ilícito sería de difícil, o más bien de imposible aplicación por la falta de conocimiento del Estado sobre la ilicitud del objeto (ambas partes establecen el objeto). En cambio, la causa ilícita puede provenir de una sola de las partes.

Así, volviendo a la argumentación sobre la aplicación de la doctrina de las manos limpias, esta, inicialmente no se daría por la nulidad del contrato y por ende de la cláusula arbitral, sino por razones fácticas diferentes -protección de los intereses nacionales y trasnacionales- que tiene como fundamento: (i) el cumplimiento de la legislación interna y por ende la protección de los intereses de sus ciudadanos y por ende del orden público institucional y, (ii) el cumplimiento de los compromisos de lucha contra la corrupción adquiridos internacionalmente y en consecuencia los intereses de la comunidad internacional.

Ahora, lo que se generaría realmente con la decisión de no constituir el tribunal arbitral es una suspensión de los efectos de la cláusula, más no una imposibilidad de acudir al tribunal con posterioridad al juicio penal que determine la absolución de aquellos contratistas investigados por corrupción que no pudieron acceder a la protección arbitral de forma paralela a las investigaciones penales en su contra.

Sobre el principio de presunción de inocencia, debe destacarse que es propio del ordenamiento jurídico penal, y busca la protección de la vida y de la libertad. Evidencia de esto es la obra del Marqués de Beccaria de 1764 (sobre el *ius puniendi* del Estado), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 11, párrafo 1º: “toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia, mientras no se pruebe su culpabilidad) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 8º (2): “toda persona inculpada de delito tiene derecho que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad”), entre otros. Motivo por el cual, no deberá ser aplicado de la misma manera en el régimen contractual, ya que el origen de este es la protección de los bienes jurídicos más preciados para el ser humano. Además, el hecho de que se determine la imposibilidad de constituir el tribunal arbitral para dirimir las controversias contractuales por la presunta comisión de actos de corrupción con potencial responsabilidad penal, no afecta la dignidad, la libertad o la vida misma de las personas, ya que es un tema netamente patrimonial.

Finalmente, debe contrastarse la idea de que según dicho principio, la única forma de desvirtuarlo es mediante una decisión que declare la culpabilidad de la persona, y el análisis que del mismo se hace por parte de los árbitros en el arbitraje internacional de las inversiones a la hora de aplicar la doctrina de las manos limpias, ya que allí se exige es una serie de pruebas claras y convincentes para determinar la falta de jurisdicción del tribunal, más no una decisión judicial que declare la existencia de corrupción. A este propósito, el tribunal arbitral en el caso *Lao Holdings V. Laos* estableció que “no hay necesidad de evidencia clara y convincente de cada elemento de cada denuncia de corrupción, pero la evidencia clara y convincente que existe debe apuntar claramente a la corrupción. Por lo tanto, se debe evaluar qué elementos del presunto acto de corrupción se han establecido con evidencia clara y convincente, y qué elementos se dejan a inferencia razonable, y en general si el supuesto acto de corrupción se establece con un estándar más alto que el balance de probabilidades, pero menos que el estándar criminal de más allá de toda duda razonable, aunque, por supuesto, una prueba más allá de una duda razonable sería concluyente” (*Holdings*, 2019), que en el caso *Odebrecht* se cumple al existir evidencia manifiesta, y responsabilidades asumidas y reconocidas, ya que algunos funcionarios han confesado haber cometido una serie de sobornos a cambio de asegurar millonarios mega contratos en los países de América Latina.

4. Conclusión

Debe quedar claro que, la aplicación de la doctrina de las manos limpias en el arbitraje nacional, en términos generales, será de aplicación restrictiva y solo podrá ser aplicada ante la existencia de indicios graves de corrupción como en el caso *Odebrecht* que incluyó investigaciones y revelación de información por parte del Departamento de Justicia de los Estados Unidos, de la Policía Federal Brasileña, y confesiones por parte de los implicados en el escándalo de corrupción

más grande en la historia de América Latina, las que más que indicios terminan siendo hechos notorios.

Sin embargo, no se cierra la posibilidad de la aplicación de esta doctrina en el arbitraje nacional a escándalos de corrupción de menor magnitud, pero con un fundamento probatorio de base -no necesariamente una sentencia condenatoria- que permita suspender el derecho de los contratistas investigados por corrupción de acudir a la instancia arbitral de forma paralela a la investigación penal, en pro de la protección del interés público y del orden político, económico y social de un país, que prevalecen cuando al otro lado de la balanza se encuentran intereses netamente económicos como los de los contratistas.

5. Referencias

Bianca, M. (2000). *Il contratto* (Seconda edizione, Milano, Giuffrè Editore S.p.A.). pg 316.

CIAR, (2019), Demanda de Odebrecht Contra Colombia a través del Appri con España en el Punto de Mira, tomado de: <https://ciarglobal.com/demanda-de-odebrecht-contra-colombia-a-traves-del-appri-con-espana-en-el-punto-de-mira/>

Domat, J. (1844). *Las leyes civiles en su orden natural*. Barcelona: Imprenta de José Tauro.

Godoy, F. (2013). «BA Arbitration Review. El Tratamiento de las Denuncias de Corrupción en el Marco del Arbitraje de Inversiones Extranjeras».

Hudson (2021). «Diversion of Water from the Meuse» (n 21) en 77 (opinión individual del Juez Hudson); *S&E Contractors, Inc. vs. Estados Unidos de América*, 92 S. Ct. 1411, 1419 (Suprema Corte de EE.UU. 1972) (EE.UU.) («Patents obtained with unclean hands and contracts that are based on those patents are similarly tainted and will not be enforced»).

ICSID, (2021), Case Detail, tomado de: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/20/>

Lao Holdings N.V. v. La República Democrática Popular Lao, Caso CIADI No. ARB(DE)/12/6, Premio, 6 agosto 2019.

Ojo Público, (2020), *Proyectos y Riesgos de Corrupción en Contratos Públicos*, tomado de: <https://ojo-publico.com/1499/proyecto-funes-riesgos-de-corrupcion-en-contratos-publicos>

Revista Semana, (2021), *Inversionistas después de Odebrecht*, tomado de: <https://www.semana.com/economia/inversionistas/articulo/despues-de-odebrecht-ani-abrio-licitacion-para-los-tramos-de-ruta-del-sol-2/202150/>

Static Iris, (2019), *Laudo Final*, disponible en: <http://static.iris.net.co/dinero/upload/>

documents/180806-laudo-final-2-1.pdf

Transparencia Colombia, (2019), Informe Monitor Ciudadano de Corrupción, disponible en:
<https://transparenciacolombia.org.co/Documentos/2019/Informe-Monitor-Ciudadano-Corrupcion-18.pdf>

Lao Holdings N.V. v. La República Democrática Popular Lao, Caso CIADI No. ARB(DE)/12/6, Premio, 6 agosto 2019.

REPENSANDO EL PRINCIPIO DE SOLIDARIDAD Y LA PREVALENCIA DEL INTERÉS GENERAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA ADMINISTRATIVA: ¿SE PUEDE RENEGOCIAR CONTRATOS ADMINISTRATIVOS QUE NO SE AJUSTEN A DICHS PRINCIPIOS?

RETHINKING THE PRINCIPLE OF SOLIDARITY AND THE PREVALENCE OF THE GENERAL INTEREST IN PUBLIC ADMINISTRATIVE CONTRACTING: CAN YOU RENEGOTIATE ADMINISTRATIVE CONTRACTS THAT DO NOT ADJUST TO THESE PRINCIPLES?

Carmen Márquez

RESUMEN

El presente artículo busca brindar una aproximación a la Administración Pública para la aplicación directa del principio de solidaridad en casos en que la ejecución contractual de contratos administrativos se realice en detrimento del interés colectivo.

PALABRAS CLAVE

Principio de solidaridad, contratación administrativa, derecho y prevalencia del interés general, renegociación de contratos administrativos

ABSTRACT

This paper aims to provide an approach to Public Administration that promotes the direct application of the principle of solidarity in cases in which the contractual execution of management contracts would negatively affect the common interest.

KEYWORDS

Principle of solidarity, administrative contracting, law and prevalence of the general interest, renegotiation of administrative contracts

1. Introducción

El principio de solidaridad y la prevalencia del interés general son principios fundamentales de la organización política del Estado social de Derecho en el marco de las relaciones entre los ciudadanos con la Administración. Ninguna interpretación puede negar o anular estos principios de jerarquía constitucional. El sector al cual se avoca este trabajo es al

Derecho Administrativo, propiamente a los contratos públicos. Se pretende analizar la mutación del principio de solidaridad y prevalencia de interés general en Latinoamérica, y con ello, la potestad de la Administración Pública de renegociar los contratos administrativos que, en su ejecución, no se ajusten a dichos principios.

2. Desarrollo

Los principios económicos que rigen el sistema económico constitucional han sufrido un proceso de mutación. Las transformaciones del rol estatal en la economía ocurrieron en toda Latinoamérica, lo que también ha incidido en una transformación del derecho administrativo. No es una ajena realidad que nuestros gobiernos no siempre hayan tenido las mejores herramientas de negociación en contrataciones administrativas de impacto directo al ciudadano y que en su mayoría, dichos contratos son a largo plazo (concesiones de explotación de recursos naturales, concesiones de infraestructuras portuarias, entre otras) los cuales, en su ejecución, se alejan de lo dispuesto en los principios de solidaridad y prevalencia de interés público. En dicho contexto, se busca resolver las siguientes interrogantes: ¿qué se debe entender por el principio de solidaridad en las contrataciones públicas?, ¿qué es la prevalencia del interés social en las contrataciones administrativas?

Teniendo en consideración que la libertad de contratación debe ejercerse dentro de unos límites necesarios y proporcionales. Si bien la autonomía privada no puede asegurar relaciones justas y libres, el Estado debe intervenir y dicha intervención se basa el principio de solidaridad y la necesidad de imponer la igualdad sustancial. Por tanto, los contratos administrativos que no cumplen con dichos principios, ¿son renegociables?, ¿se puede “recuperar” los recursos naturales o infraestructura?, ¿cuál es la relación con la “nacionalización” de recursos y la “expropiación”?

2.1. Régimen económico constitucional peruano

El régimen económico de la Constitución de 1993 establece que la iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado en el cual el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción de empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura. Estas interrelaciones entre un Estado social de derecho y el régimen económico de economía social de mercado son la manifestación constitucional de que la economía no constituye un fin en sí mismo, sino que es un instrumento al servicio de la persona humana y de su dignidad.

Bajo dicho contexto, es preciso acotar que en relación al principio de solidaridad y el régimen económico de la Constitución, la economía social de mercado, que en palabras de Alfred

Müller – Armack, el núcleo de la Economía Social de Mercado es la “combinación del principio de la libertad de mercado con el principio de la equidad social”. El marco referencial es el concepto de la libertad del hombre complementada por la justicia social y que, en casos específicos, requiere compensar o corregir posibles excesos o desbalances que puede presentar el sistema económico moderno basado en mercados libre”, por tanto, se advierte que este concepto no fue pensado en una economía estática ni para perpetuar contratos que nazcan del seno de dicho régimen, más por el contrario, en la búsqueda del impulso al libre mercado (como manifiesto de la libertad del hombre) y la justicia social, se pueden perfeccionar dichas relaciones económicas a fin de evitar contrastes sociales y proteger el interés público.

Ahora bien, teniendo en mente que la economía social de mercado se basa en la participación de los beneficios obtenidos por el crecimiento económico, pero con justicia social, es pertinente desarrollar lo que se ha expuesto sobre el principio de solidaridad en la doctrina constitucional.

2.2. El principio de solidaridad en la jurisprudencia peruana

Al respecto, el profesor Beaumont junto a Landa y otros, han expresado que:

Es importante atender al interés general a fin de que el orden económico no se desarrolle al margen de las necesidades de quienes se encuentran en una situación de desventaja socioeconómica. El principio de solidaridad, derivado de la cláusula de Estado Social y Democrático de Derecho (artículo 43 de la Constitución), contribuye sin duda a lograr este objetivo, en la medida que implica el compromiso directo del Estado, así como de las personas naturales y jurídicas, con los fines sociales del mismo”. (BEAUMONT y otros, 2008, pág. 69).

En palabras de Ariño Ortiz, la solidaridad será siempre una meta, un objetivo nunca plenamente logrado, pero tal principio debe inspirar algunas de las reglas básicas de la ordenación económica social.

Por tanto, teniendo en consideración que la Economía Social es una forma de economía empresarial de naturaleza asociativa y democrática, en la que la empresa es entendida como la organización de la actividad económica con objeto de generar riqueza y permitir la obtención de excedentes. El principio de solidaridad como pilar de la economía social de mercado, busca equilibrar dicha libertad económica con el respeto por la dignidad de la persona humana que inspire la satisfacción del bien común.

El Tribunal Constitucional, nuestro máximo intérprete de la Constitución, ha señalado que “La economía social de mercado, como presupuesto consustancial del Estado Constitucional

aparece como una “tercera vía” entre el capitalismo y el socialismo[...]”⁸⁵. En dicha sentencia, se desarrolla que en la determinación solidaria y social en la que se inspira el régimen económico de la Constitución, la economía social de mercado es representativa de los valores constitucionales de la libertad y la justicia, y, por ende, es compatible con los fundamentos axiológicos y teleológicos que inspiran a un Estado Social y Democrático de Derecho.

Por tanto, citando a L. Herhård y Alfred Muller Armack, el Tribunal Constitucional concluye que los principios de libertad y promoción de la igualdad material dentro de un orden democrático garantizado por el Estado. De allí que afirmen que se trata de un orden “en donde se asegura la competencia, y al mismo tiempo, la transformación de la productividad individual en progreso social, beneficiando a todos, amén de estimular un diversificado sistema de protección social para los sectores económicamente débiles [...]”

Sin embargo, es preciso acotar que a pesar del carácter “social” del modelo económico establecido en la Constitución vigente, el Estado rige su actuación de acuerdo al principio de legalidad, si bien no puede permanecer indiferente a las actividades económicas, lo que en modo alguno supone la posibilidad de que pueda interferir de manera arbitraria e injustificadamente en el ámbito de libertad reservado a los agentes económicos.

Para ello, debe regir su actuación acorde a lo estipulado en cada contrato o en su defecto en el marco legal aplicable a la actividad económica regulada.

2.3. *Mutabilidad* de los contratos administrativos

Según Montoya, un aspecto distintivo de los contratos administrativos respecto de los contratos de derecho privado es que éstos últimos se rigen por un principio general de inmutabilidad de las obligaciones pactadas en aplicación del principio “pacta sunt servanda”; mientras que, en los contratos de derecho administrativo, por establecerse relaciones jurídicas en orden a la satisfacción de intereses públicos, los mismos se rigen por un principio de mutabilidad contractual.

En concordancia a lo expuesto, Cajarville expone que “la doctrina incluye generalmente entre las llamadas “prerrogativas” de la administración contratante, la de modificar los contratos que ha celebrado, razones de interés público de por medio”.

En rigor, en los contratos administrativos rigen tanto el principio “pacta sunt servanda” (al igual que en los contratos privados), como el “rebus sic stantibus” (o teoría de la alteración

85 Expediente N°0008-2003-AI/TC Lima. Visto en: <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

de las circunstancias). Esta afirmación, parte de la idea de que, en los contratos del Estado, se constituyen obligaciones destinadas a ser efectivamente cumplidas, toda vez que al igual que en los contratos de derecho privado, son celebrados con la finalidad de establecer relaciones de cooperación definidas entre el Estado y los particulares. Por tanto, se advierte que no existe una “mutabilidad total” en los contratos del Estado, sino que simplemente, se establece un “régimen de modificaciones o renegociaciones”, el mismo que se encuentra orientado a garantizar un equilibrio económico entre las partes.

Por tanto, este criterio de diferenciación entre el “contrato privado” y “contrato administrativo” basado en la mutabilidad de una u otra relación, quedaría desvirtuado, en tanto que la mutabilidad se aplica tanto para los contratos “privados” como para los contratos “administrativos”.

2.4. ¿Se pueden renegociar contratos amparados en el principio de solidaridad y manifiesto interés social?

Como se ha advertido el derecho a la libre iniciativa privada y la libertad económica reconocidas en la Constitución, tienen un compromiso permanente de respetar el principio de solidaridad; aun tratándose de actividades o situaciones en las que no se encuentra directamente afectado el interés público, pero donde es manifiesta una condición de debilidad jurídica que debe superarse con apoyo de la solidaridad.

Pero ¿qué entendemos por el principio de solidaridad aplicado a las contrataciones públicas? Partiendo de que la economía es un medio para la realización de la vida humana y no al revés, se debe evaluar si la actividad económica realizada a través de algún tipo de contratación pública cumple con los requisitos del estado social de derecho y la justicia social: si existe una adecuada redistribución de la rentabilidad, si existe un evidente perjuicio a algún grupo económico (entendido como afectación directa a un derecho: tal como el derecho a la salud, a su seguridad, a su manifestación cultural, etc.) y además, debe evaluarse que si como producto de la ejecución contractual administrativa, variaron significativamente las condiciones inicialmente pactadas. Eso, es lo que proponemos debe entenderse como la solidaridad aunada a justicia social y valor constitución de nuestro estado social de derecho, en las contrataciones públicas.

Otras causales para propiciar la renegociación pueden ser tales como: la emergencia, alteración de la ecuación económico financiera, interés público, etc. Se trata entonces, de una atribución general de la Administración con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación, entre otros, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los intereses de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con progresos tecnológicos, o simplemente garantizar la continuidad de la prestación.

3. Conclusiones

Las conclusiones a las que se arriban en la investigación son:

- Necesidad de repensar el concepto del principio de solidaridad y prevalencia de interés general y su aplicación directa a la contratación administrativa en nuestros ordenamientos.
- La renegociación de contratos debe considerarse como un proceso natural, necesario para corregir y perfeccionar los contratos. Contribuyen a mejorar, optimizar o modificar los contratos, en razón de que los contratos originales no pueden contemplar todos los aspectos de manera absoluta para todo el horizonte temporal de ejecución de los mismos. Permiten la continuidad de los mismos y sobre todo la continuidad de la prestación de los servicios públicos en beneficio de las poblaciones.
- Precisar la relación entre renegociar un contrato público en estos términos y su estrecha relación con la nacionalización de recursos naturales y la expropiación.
- En resumidas cuentas, cabe concluir que cumplidos determinados supuestos fácticos y jurídicos, la renegociación de los contratos administrativos puede responder a diversas situaciones, tales como emergencia, alteración de la ecuación económico-financiera, interés público, etc.
- Se trata entonces, de una atribución general de la Administración con el objeto de propender a la obtención de los fines públicos que motivaron la contratación, entre otros, aumentar los niveles de inversión y eficiencia, mayor protección de los intereses de los usuarios, compatibilizar la prestación del servicio con progresos tecnológicos, o simplemente garantizar el cumplimiento.

4. Referencias

- Beaumont, R., Haberle, P., Landa, C., Leon, J., y Montoya, V. (2008) Constitución Económica del Perú. (P. E. Especial, Ed.) Revista de Jurisprudencia y Doctrina, III (06), 149
- Bernal – Fandiño, M. (2016) El principio de solidaridad como límite a la autonomía privada. En: Revista Jurídicas13 (2) 60-70.
- Esteve, J. (2012) La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria. En: Revista de Administración Pública. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. N° 189.

Montoya, P. (2017) “La renegociación de los contratos de Asociaciones Público-Privadas”. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho, Lima.

PARTE III

REGULACIÓN Y LIBRE COMPETENCIA

ANÁLISIS DE LEGALIDAD A LA CREACIÓN DEL SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE DE AREQUIPA: ¿ORGANISMO REGULADOR LOCAL?⁸⁶

LEGALITY ANALYSIS FOR THE CREATION OF THE INTEGRATED TRANSPORTATION SYSTEM OF AREQUIPA: LOCAL REGULATORY AGENCY?

Victor Farfán

RESUMEN

Los organismos reguladores son una institución anglosajona que fue importada a nuestro país en la última década del siglo XX, estos poseen una exorbitante potestad administrativa sobre el sector regulado que les permite fijar las tarifas de dichos sectores. Estos organismos son utilizados para ejercer sus competencias en servicios públicos, *public utilities* o servicios de interés general económico, dependiendo de la tradición jurídica en donde se erijan. El transporte urbano de pasajeros ha sido un sector que ha pasado de una gestión directa por parte del Estado a una liberalización total que provocó la denominada *Guerra del Centavo*, en tal sentido, en Arequipa, se planteó la creación de un Instituto que posee facultades similares a la de un organismo regulador de la inversión privada en servicios públicos bajo la tutela de la distribución constitucional de competencias y la autonomía municipal. Asimismo, dado que el transporte urbano es un servicio público formal, la intervención económica sobre el servicio público local no sólo se encontraría justificada legalmente sino económicamente, ante las fallas de mercado que presenta el sector vinculadas a la posibilidad de determinarlo como monopolio natural y por la excesiva competencia que presentaba el transporte público urbano de pasajeros, generó la citada *Guerra del Centavo*.

PALABRAS CLAVE

Transporte urbano de pasajeros, Principio de subsidiariedad, Servicio Público, Organismo Regulador, Regulación

ABSTRACT

Regulatory agencies are an Anglo-Saxon institution that was imported to our country in the last decade of the 20th century, they have an exorbitant administrative power over the regulated firms that allows them to set the rates of said sectors. These bodies are used to

86 El presente trabajo corresponde a un avance de la tesis presentada por el autor ante la Universidad Católica de Santa María, para optar el título profesional de abogado.

exercise their powers in public services, public utilities or services of general economic interest, depending on the legal tradition in which they are erected. Urban passenger transport has been a sector that has gone from direct management by the State to a total liberalization that caused the so-called Penny War, in this sense, in Arequipa the creation of an Institute that has powers similar to those of that of a regulatory body for private investment in public services under the supervision of the constitutional distribution of powers and municipal autonomy. Likewise, given that urban transport is a formal public service, the economic intervention on the local public service would not only be justified legally but also economically due to the market failures that the sector presents linked to the possibility of determining it as a natural monopoly and by the excessive competition presented by urban public passenger transport that caused the aforementioned Penny War.

KEYWORDS

Urban passenger transport, Principle of subsidiarity, Public Service, Regulatory Body, Regulation

1. Introducción

El transporte público urbano de pasajeros es un tópico complejo que requiere nuestra máxima atención por el gran problema-oportunidad que representa y su impacto directo en el bienestar de los ciudadanos.

El Instituto del Sistema Integrado de Transporte de Arequipa (en adelante, SITRANSPORTE), fue creado mediante una ordenanza municipal por la Municipalidad Provincial de Arequipa, siendo un organismo público descentralizado con personería jurídica de derecho público interno con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica, presupuestaria y financiera. Primigeniamente, dicho organismo comprendía competencias normativas, de gestión, fiscalización y sanción. Respecto a la competencia de gestión, se desglosa la capacidad de regular los contratos de concesión. Posteriormente, se precisó que la competencia de gestión comprendía la evaluación de las rutas que integran el Sistema y evaluar y aprobar la propuesta de las tarifas y/o variaciones tarifarias del servicio público de transporte de pasajeros dentro del Sistema a solicitud sustentada de la Junta de Operadora. Siendo esta una clara intervención en dos (2) elementos fundamentales de la libertad empresarial de los concesionarios. En la misma, línea se adhiere a la competencia de supervisión la atención de quejas y reclamos de los usuarios.

Por otro lado, los organismos reguladores de la inversión privada en servicios públicos son organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM) con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. Dichos organismos comprenden funciones

supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora, sancionadora y solución de controversias y reclamos.

Por consiguiente, si el SITRANSPORTE posee un esquema organizacional similar a la de un organismo reguladores de la inversión privada en servicios públicos y este se avoca a ejercer sus competencias sobre el transporte urbano público de pasajeros, el cual fue reconocido como servicio público en el 2009, ¿nos encontramos frente un organismo regulador local?

El transporte urbano de pasajeros es un mercado complejo que históricamente ha sido sometido bajo diferentes formas de intervención, transcurriendo de una intervención pública total mediante una empresa pública hasta la liberalización total, en la última década del siglo XX. La primera genero un gasto público altísimo para erario nacional y el segundo un descontrol total que generó la denominada *Guerra del Centavo*, en la cual las unidades de transporte se disputaban cada pasajero, poniendo en riesgo la seguridad de pasajeros y transeúntes. Por consiguiente, una propuesta ecléctica que equilibra la libre iniciativa privada dado que la gestión del servicio es indirecta mediante un concesionario y una intervención económica a niveles de un organismo regulador, resulta una proposición interesante. Sin embargo, cabe hacernos la pregunta, ¿La Municipalidad Provincial de Arequipa tiene la competencia para crear un organismo regulador local?

El presente trabajo, se divide en tres partes: El primero analiza las competencias de la Municipalidad de Arequipa vinculadas al transporte urbano pasajeros, el segundo examina sí dicha la intervención económica en el transporte urbano vulnera la libre iniciativa privada y finalmente, el tercer capítulo estudia sí existe justificación suficiente para dicha intervención.

2. Desarrollo

2.1. El principio de legalidad

El artículo 45 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante, la Constitución) establece que el ejercicio del poder estatal se encuentra limitado por esta y por las leyes. En ese orden de ideas, la premisa resaltada es desarrollada en nuestro ordenamiento, mediante el principio de legalidad, el cual ha sido estipulado en el artículo IV, numeral 1.1. del Texto Único Ordenado de la Ley del Procedimiento Administrativo General (en adelante, LPAG) el cual estipula que los actos de las autoridades administrativas deben subordinarse a los parámetros establecidos en la constitución, ley y derecho y dentro de las facultades que le hubiesen sido atribuidas. Respecto a esto último, "... las competencias públicas mantienen una situación precisamente inversa, ya que, debiendo su creación y subsistencia a la ley, por ende, siempre debe contar con una norma que le señale su campo atributivo, que lógicamente no puede ser ilimitado" (Moron Urbina, 2019, pág. 78).

Por consiguiente, la actuación de la administración pública se encuentra habilitada por lo establecido por la normativa organizativa, lo cual concuerda garantiza al administrado la predictibilidad de la actuación administrativa por parte de la administración. Asimismo, elimina toda posibilidad de un uso discrecional del poder estatal, alejándose de una postura tiránica del poder como era recurrente en las monarquías absolutas.

2.2. La autonomía municipal

El artículo 194 de la Constitución establece que las municipalidades provinciales poseen autonomía política, económica y administrativa, dicha autonomía es reiterada en la Ley Orgánica de Municipalidades (en adelante LOM). En la misma línea, el juez constitucional Blume Fortini ha afirmado lo siguiente:

El Legislador Constituyente Peruano ha otorgado a las Municipalidades, además de la autonomía económica y de la autonomía administrativa, de las que ya gozaban con rango constitucional desde la Constitución de 1979, la autonomía política, en los asuntos de su competencia, atribuyendo al Concejo Municipal el papel de un correlato del Poder Legislativo a nivel local, con facultades normativas y fiscalizadores y a la Alcaldía el papel de un correlato del Poder Ejecutivo a nivel local (Blume Fortini, 1997).

Dentro de ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional ha resaltado que “El artículo 194° de la Constitución reconoce la garantía institucional de la autonomía municipal [...]. Como tales, los gobiernos locales gozan de un conjunto de competencias específicas en el artículo 195°.” (Caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad Provincial de Huarochiri, 2005, pág. 5). Sin embargo, establece límites a dicha garantía en tenor del principio de unidad del Estado bajo el siguiente esquema: “En el ejercicio de esta garantía institucional, los gobiernos locales se encuentran vinculados por el principio de unidad del Estado, que se encuentra consagrado tanto en el artículo 43° de la Constitución” (Caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad Provincial de Huarochiri, 2005).

Por consiguiente, el Tribunal Constitucional ha destacado que:

La garantía institucional de la autonomía municipal no puede contraponerse, en ningún caso, al principio de unidad del Estado, pues si bien da vida a sub ordenamientos que resultan necesarios para obtener la integración política de las comunidades locales en el Estado, estos no pueden encontrarse en contraposición con el ordenamiento general, por lo que en el ejercicio de su autonomía los gobiernos locales deben respetar el sistema de competencias establecido en la Constitución, en las leyes orgánicas y, de ser el caso, en leyes ordinarias (Caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad

Provincial de Huarochiri, 2005).

A modo de colofón, es posible señalar que la autonomía municipal comprende aquella libertad política, administrativa y económica que gozan los gobiernos locales que les permite tomar decisiones. La referida libertad es limitada por el principio de unidad del Estado y lealtad constitucional.

2.3. La competencia de las municipalidades sobre el transporte urbano de pasajeros

El artículo 195.8 de la Constitución establece que los gobiernos locales son competentes para desarrollar y regular actividades y/o servicios en materia de transporte colectivo. La Ley de Bases de la Descentralización (en adelante, LBD) mediante su artículo 13 establece tres (3) tipos de competencias, siendo que las competencias exclusivas corresponden excluyentemente a un nivel de gobierno. Por otro lado, las competencias compartidas son aquellas en las cuales intervienen sucesivamente dos (2) o más niveles de gobierno. En tal línea, el artículo 43 de la LBD establece que el transporte colectivo, circulación y tránsito urbano como una competencia compartida, toda vez que en dicho sector participan varias instituciones como el Ministerio de Transportes y Comunicaciones y la Policía Nacional del Perú.

Ahora bien, cabe resaltar que el inciso j del artículo 26 y el inciso c del artículo 42 de la LBD segmentan las competencias sobre servicios públicos, resaltando este último los servicios públicos locales.

El artículo 81 de la LOM señala que las municipalidades provinciales ostentan como función específica exclusiva: normar y regular el servicio público de transporte terrestre urbano e interurbano de su jurisdicción, de conformidad con las leyes y reglamentos nacionales sobre la materia.

2.4. La Economía Social de Mercado

La Constitución establece como regla general la libre iniciativa privada, sin embargo, esta se subordina a la justicia social, en el marco de una economía social de mercado, que permite al Estado a intervenir en derechos económicos, culturales y sociales y servicios públicos. En tal sentido, la economía social de mercado “es un *tertium genus* frente a los modelos económicos del mero imperio del mercado o del puro direccionismo estatal ...” (Caso Ibañez Salvador contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, 2011). En consecuencia, el Perú comprende un sistema económico ecléctico.

2.5. La Libertad de Empresa

La libertad de empresa es un derecho reivindicado por las revoluciones liberales de los siglos XVIII y XIX, que primigeniamente protegió los intereses de las burguesías incipientes que trataban de defenderse del poder absoluto propio del antiguo régimen, en tal sentido, la libertad de empresa “[...] actúa tanto en la entrada al mercado como en su permanencia y solidez, pues es a todo el ciclo al que se protege” (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, Derecho Constitucional Económico, 2009), comprendiendo dichas etapas la libertad de creación de empresa y acceso al mercado, de organización, de competencia y para cesar la actividad. De este modo, la libertad de creación consiste en “[...] emprender actividades económicas, en tal sentido la libre fundación de empresas y concurrencia al mercado” (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, Derecho Constitucional Económico, 2009); entendiéndose que dicha libertad comprende ciertas “[...] limitaciones al derecho de emprender [que] vienen dadas por las reservas a favor del Estado de determinada actividad” (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, Derecho Constitucional Económico, 2009). Lo cual consiste en aquellas actividades que, por su nivel de riesgo o el interés público declarado sobre ellas, soportan ciertas limitaciones que deben ser debidamente justificadas, mediando de ser posible un test de proporcionalidad.

Por su parte, la libertad de organización comprende “[...] [l]a elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o clase de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, crédito y seguros, contratación de personal, política publicitaria, etc.” (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, Derecho Constitucional Económico, 2009). De otro lado, respecto a la libertad de competencia se suele reseñar que “[l]a competencia no es solo un derecho, sino también una obligación en una economía de mercado; se le regula y protege por considerarla fundamental al sistema y beneficiosa para los empresarios, consumidores y la sociedad en su conjunto” (Kresalja Roselló & Ochoa Cardich, Derecho Constitucional Económico, 2009).

En suma, la libertad de empresa tutela el proceso de existencia de una empresa garantizando su desarrollo bajo un régimen de competencia.

2.6. El Principio de Subsidiariedad

Naturalmente, el principio de subsidiariedad implica la abstención por parte del Estado de ejercer actividad económica en sectores que son ocupados por privados. En consecuencia, en opinión de Svensson la subsidiariedad suele ser considerado como “[...] un principio de estructuración de la vida económica: contra una mentalidad asistencialista, propugna que las labores sean asumidas al nivel más local o simple que sea posible” (Svensson, 2015). Por lo que es un “[...] principio político y jurídico por el que se busca resguardar la competencia de las

comunidades menores” (Svensson, 2015). Asimismo, el principio de subsidiariedad comprende una dimensión negativa y positiva, siendo que:

“[P]or un lado una dimensión negativa, que implica el deber estatal de abstenerse de intervenir en las sociedades intermedias y menores, cuando aquellas realicen eficaz y efectivamente sus fines dentro del bien común; y por otro una dimensión positiva, que implica el deber estatal de intervenir en la situación contraria. Entonces, la subsidiariedad consiste en que el Estado debe abstenerse de actuar ahí donde los particulares satisfacen adecuadamente sus propias necesidades, y que sólo debe actuar cuando estos no pueden o no quieren realizar dicha actividad” (Faundez-Sanchez, 2016).

Por consiguiente, si bien, tradicionalmente, se entiende que el principio de subsidiariedad implica abstención estatal, dicha idea debe ser complementada por una dimensión positiva que actúa ante la ineficiencia o abstinencia de la iniciativa privada. En efecto, la dimensión positiva del principio de subsidiariedad debe ser evaluada individualmente (Ortuzar Madrid, 2015), pudiéndose utilizar herramientas como un test de proporcionalidad (Sumar Alburjar & Iñiguez Ortiz, 2017).

Finalmente, el Tribunal Constitucional se pronunció sobre el principio de subsidiariedad siendo este:

“Un límite a la actividad estatal, pues no puede participar libremente en la actividad económica, sino que sólo lo puede hacer sujeto a la subsidiariedad, que debe ser entendida como una función supervisora y correctiva o reguladora del mercado; y, de otro, reconoce que hay ámbitos que no pueden regularse única y exclusivamente a partir del mercado, lo cual justifica la función de regulación y protección con que cuenta el Estado” (Caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2006)

En tal contexto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que:

El Estado puede intervenir de manera excepcional en la vida económica de los particulares—cuando la colectividad y los grupos sociales, a quienes corresponde, en primer término, la labor de intervención, no están en condiciones de hacerlo-, a fin de garantizar otros bienes constitucionales [...] ante las imperfecciones del mercado y respecto de los cuales existe un mandato constitucional directo de promoción, en tanto actividad, y de protección, en cuanto a la sociedad en general se refiere” (Caso Empresa de Transportes Regional Andrés Avelino Cáceres S.R.L. contra la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, 2007).

Asimismo, dicho Tribunal en tenor al transporte y tránsito terrestre, agrega:

No debe perderse de vista, pues, que la actividad del Estado en materia de transporte y tránsito terrestre se orienta a la satisfacción de las necesidades e intereses de los usuarios y procura el resguardo y cuidado de las condiciones de seguridad y la vida misma” (Caso Empresa de Transportes Regional Andrés Avelino Cáceres S.R.L. contra la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, 2007).

Finalmente, en referido Tribunal indica que “[...] [l]a función reguladora del Estado se encuentra prevista en el artículo 58º de la Constitución. [...] Dicha disposición se convierte en una finalidad constitucional expresa que se fundamenta en los principios de una economía social de mercado” (Caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomina S.A.C. contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, 2007) y (Caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L. contra la Segunda sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junin, 2006).

2.7. Los Servicios Públicos

El término servicio público es un término de abierto debate, siendo estudiado por diversas corrientes. Tal es la amplitud de dicho concepto que Kresalja de manera irónica ha reseñado “[...] el hecho de que el servicio público estuviera asociado desde su inicio a las ideas de utilidad pública, necesidad pública o interés general, servirá más tarde para englobar paulatinamente, como “cajón de sastre”” (Kresalja Roselló, El rol de Estado y la gestión de los servicios públicos, 1999), ello en referencia a la amplitud de sectores que han sido incluidos bajo dicho término, influenciados por la doctrina francesa que encontró en el servicio público una justificación a la existencia del Estado.

En atención a la doctrina consultada, se plantea que la teoría del servicio público francés planteaba “tres elementos constitutivos; son el componente orgánico de la persona pública (a); el elemento funcional de interés general (b); y, el elemento material de régimen jurídico derogatorio del derecho privado o exorbitante (c).” (Zegarra Valdivia, 2005).

Ahora bien, La doctrina francesa ha desarrollado ciertas reglas fundamentales que ordenan la organización y funcionamiento de los servicios públicos, denominadas lois de Rolland o leyes de Rolland que son en opinión de Zegarra Valdivia la continuidad, igualdad y mutabilidad. A su vez, dicha doctrina ha sido replicada en España.

Sobre la continuidad, se considera que es “[...] la exigencia del funcionamiento ininterrumpido del servicio en las condiciones adecuadas a las necesidades de la población” (Bazex, 1996). Por otro lado, respecto a la igualdad se “[...] obliga a quienes los tengan a su

cargo, a tratar de la misma manera a las personas que se encuentran en una misma situación de derecho o hecho, salvo que existan exigencias de interés general relacionadas con la explotación del servicio” (Bazex, 1996). Por su parte, Albi sostiene que el citado principio “[...] inadmite la exclusión de éstos y la discriminación de condiciones o precios en su utilización” (Albi Cholvi, 1960). Finalmente, sobre la mutabilidad se señala que “[...] impone el poder de cambiar las condiciones de intervención del servicio en base a las nuevas necesidades de interés general, justificando de esta manera el ejercicio de la autoridad administrativa, de los poderes – unilaterales – de ejecución de los contratos administrativos” (Bazex, 1996). En tal sentido, Albi considera que “[...] el predominio del interés público sobre el privado implica que la organización y funcionamiento de un servicio público es susceptible en cualquier momento de modificación por los gobernantes, [...] Es lo que se denomina la “ley de cambio de Buttgembach” (Albi Cholvi, 1960).

El artículo 58 de la Constitución reconoce que modelo económico nacional es el de la economía social de mercado. En tal sentido, la libre competencia es la regla y la intervención estatal es la excepción a la misma. El citado artículo, señala los sectores en los que subsidiariamente el Estado debe intervenir a efecto de garantizar dichos servicios establece que actúa principalmente en las áreas de servicios públicos.

Finalmente, la primera disposición complementaria de la referida ley declara al servicio de transporte terrestre de personas en todos sus ámbitos y modalidades como servicio público; por lo tanto, el Parlamento ha ejercido la facultad legislativa de publicatio,

2.8. Los Organismos Reguladores

A la vista de lo expuesto, en Europa Continental la gran mayoría de servicios públicos han transicionado de una gestión directa por parte de la Administración Estatal a una gestión indirecta dirigida por empresas concesionarias, las cuales son responsables de la prestación de dichos servicios bajo las condiciones establecidas por cada gobierno. En contraste, la experiencia norteamericana de los *public utilities* se fundaba “[...] en una experiencia en la cual históricamente todas las actividades económicas han estado fundamentalmente en manos privadas (aún inclusive los grandes monopolios prestadores de servicios públicos) y sujetas a control “regulatorio” por parte del Estado” (Huapaya Tapia, 2010); por consiguiente, la regulación nos remite a “[...] una acción deliberada del Estado utilizando mecanismos de Derecho Público, dirigida a influir sobre las actividades económicas realizadas en los mercados para conseguir objetivos de interés público, normando, supervisando, vigilando, sancionando y eventualmente resolviendo controversias entre los sujetos regulados” (Huapaya Tapia, 2010). Las *Regulatory*

*Commissions*⁸⁷ toman esa tarea en los Estados Unidos de América que intervienen en los sectores de interés general; dicho mecanismo se trasladó a nuestra legislación mediante los Organismos Reguladores de la Inversión Privada en Servicios Públicos. En ese marco, dichas agencias “[...] ejercían unas potestades particularmente intensas entre las que tradicionalmente se destacan tres: *a*) la potestad autorizadora; *b*) la potestad para fijar precios y tarifas, y *c*) la potestad para controlar y corregir las prácticas de los operadores” (Esteve Pardo, 2021).

La Ley Marco de los Organismos Reguladores de Inversión Privada en los Servicios Públicos (en adelante, LMOR) se configuran como organismos públicos descentralizados adscritos a la Presidencia del Consejo de Ministros (en adelante, PCM), con personería de derecho público interno y con autonomía administrativa, funcional, técnica, económica y financiera. En el modelo peruano se optó por regular mediante el referido mecanismo a los servicios energía, gas natural prestado mediante una red, telecomunicaciones, agua y saneamiento e infraestructura de transporte de uso público; esta última comprende aeropuertos, puertos, vías férreas, carreteras e hidrovías.

A los mencionados organismos se les dotó de seis (6) funciones que son las funciones supervisora, reguladora, normativa, fiscalizadora y sancionadora, de solución de controversias y de solución de reclamos de los usuarios; siendo la más atípica la función reguladora dado que contrapone la libertad de empresa, sin embargo, se soporta en el principio de subsidiariedad y en la relevancia de los servicios públicos, que de acuerdo a su propia definición comprende la facultad de fijar las tarifas. Desde mi humilde punto de vista, la función reguladora es una característica única que diferencia a los organismos reguladores de otras instituciones estatales toda vez que la intervención económica en los precios contraviene uno de los pilares de la libre competencia.

La Ley Orgánica del Poder Ejecutivo (en adelante, LOPE) adhiere a los organismos reguladores dentro del grupo de los Organismos Públicos Especializados, a los cuales se les reconoce su independencia. En tal sentido, la referida ley sostiene que los Organismos Reguladores se crean para actuar en ámbitos especializados de regulación de mercados o para garantizar el adecuado funcionamiento de mercados no regulados, asegurando cobertura de atención en todo el territorio nacional y que se crean, adscribiéndose a la Presidencia del Consejo de Ministros. Por consiguiente, desde la orientación de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo, no se admiten organismos reguladores locales.

87 Dentro de las cuales tenemos: Federal Communications Commission (FCC), Federal Energy Regulatory Commission (FERC), Federal Highway Administration (FHWA, USDOT), Federal Trade Commission (FTC), National Telecommunications and Information Administration (NTIA), National Transportation Safety Board (NTSB), Nuclear Regulatory Commission (NRC), Pipeline and Hazardous Materials Safety Administration, Postal Regulatory Commission (PRC), Rural Utilities Service, Securities and Exchange Commission (SEC) y Surface Transportation Board (STB).

En este punto, cabe preguntarnos si los organismos reguladores son exclusivos de aquellos servicios público que trascienden las barreras espaciales políticas al transitar por varias jurisdicciones territoriales o si es posible ejercer regulación económica mediante organismos descentralizados. En atención a la doctrina consultada, se considera que, en España, “[...] en el ámbito de las Comunidades Autónomas, es perfectamente posible encontrar autoridades independientes reguladoras si tienen reconocida su independencia, por encontrarse fuera de la órbita de la Administración de la Comunidad Autónoma dirigida por el gobierno respectivo.” (Esteve Pardo, 2021). En la misma línea, dicha doctrina agrega: “Algo mismo puede decirse en el ámbito local. Es perfectamente posible ahí la existencia de organismos (obviamente en grandes municipios o en entes locales complejos) que desarrollen una actividad de regulación [...]” (Esteve Pardo, 2021).

2.9. Monopolio Natural

El monopolio natural “[...] es la situación donde lo más eficiente es que haya un solo productor porque el costo marginal de producir un bien es decreciente (los costos hundidos son altos)” (Sumar Albújar, 2018, pág. 16). En tal sentido, las políticas públicas “[...] para corregir las deficiencias del monopolio consisten [...] en regular el precio que cobra el monopolista... Los monopolios naturales, tales como los servicios públicos, constituyen un ejemplo; se permite que esos monopolios existan, pero el gobierno regula sus precios” (Cooter & Ulen, 2016). Asimismo, sobre el particular Ruiz Palazuelos considera que “[...] la existencia del monopolio merece, según esta teoría, un control externo por parte del Estado, que vigile que el monopolista no abuse de su situación y respete las exigencias del interés público.” (Ruiz Palazuelos, 2018).

En síntesis, los monopolios naturales comprenden industrias con inmensos costos fijo y hundidos y que los costos variables son drásticamente menores; los costos hundidos son aquellas inversiones que no pueden ser revertidas fácilmente como la construcción de torres de alta tensión o tuberías de distribución de agua potable dado que dicha infraestructura no puede ser reutilizada o vendida a terceros con facilidad.

En tal sentido, la doctrina económica recomienda que “[...] en caso de monopolios naturales, donde la competencia es más costosa, [se debe] utilizar mecanismos de regulación estableciendo precios, calidad y nivel de producción” (Leyva Flores & Paredes Cruz, 2021, pág. 36). La citada posición, es respaldada por la doctrina económica, que sugiere que el mercado del transporte urbano de pasajeros presenta características de monopolio natural (Hensher, 1993) (De Palma & Monardo, 2019).

3. Conclusiones

- El artículo 81 de la LOM establece como competencia específica exclusiva de las municipalidades provinciales el normar y regular el transporte urbano terrestre, en tal sentido, los términos normar y regular pueden entenderse redundantes o triviales, sin embargo, a la luz de la terminología empleada en el LMOR, el término regular puede interpretarse como una habilitación a la intervención económica.
- El Congreso de la República ha reconocido al transporte urbano de pasajeros como un servicio público.
- La regulación económica de servicios públicos implica una intervención estatal de un servicio prestado por privados que comprenden un gran interés afirmado mediante una *publicatio* y dicho mercado comprende un monopolio natural.
- La restricción planteada en la LOPE no es aplicable a los niveles de gobierno subnacionales, en tal sentido, la experiencia internacional ha demostrado la posibilidad de crear organismos reguladores locales, siendo dicha posición respaldada en atención al principio de subsidiariedad y los indicios de monopolio natural que comprende el mercado de transporte urbano de pasajeros.

4. Referencias

- Albi, F. (1960). *Tratado de los modos de gestión de las corporaciones locales*. Madrid: Editorial Aguilar.
- Bazex, M. (1996). Le concept de service public en Droit National Française. En L. Gard, J. Vandamme, & v. d. Mesnbrugge, *Vers un service public européen*. París: Ed. Aspe.
- Blume, E. (1997). Introducción. En E. Blume Fortini, A. Delgado Silva, F. Fernández Segado, C. Landa Arroyo, C. Ochoa Cardich, & J. F. Palomino Manchego, *El Rango de Ley de las Ordenanzas Municipales en la Constitución de 1993 (colisión normativa entre Ley del Congreso y Ordenanza Municipal)*. Lima: Stampa Gráfica G&O S.A.
- Caso Asociación de Comerciantes Heroes Alto de la Alianza vs. Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República, STS N° 00135-96-AA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 10 de junio de 1998).

Caso Empresa de Transportes Expreso Internacional Palomina S.A.C. contra la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. N° 4637-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 18 de abril de 2007).

Caso Empresa de Transportes Pool E.I.R.L. contra la Segunda sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, Exp. N° 5259-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 14 de agosto de 2006).

Caso Empresa de Transportes Regional Andrés Avelino Cáceres S.R.L. contra la Primera Sala Mixta de la Corte Superior de Justicia de Junín, Exp. 8152-2006-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 15 de noviembre de 2007).

Caso Empresa de Transportes y Turismo Pullman Corona Real S.R.L. contra la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, Exp. 7320-2005-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 23 de febrero de 2006).

Caso Ibañez Salvador contra la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. 00228-2009-AA (Tribunal Constitucional del Perú 4 de abril de 2011).

Caso Municipalidad Metropolitana de Lima contra la Municipalidad Provincial de Huarochiri, Expediente N° 0054-2004-PI-TC (Tribunal Constitucional del Perú 13 de abril de 2005).

Caso Nesta Brero y 5728 ciudadanos contra el artículo 4° del Decreto de Urgencia N° 140-2001, Exp. 0008-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional del Perú 11 de noviembre de 2003).

Esteve, J. (2021). *Principios de Derecho Regulatorio. Servicios Económicos de Interés General y Regulación de Riesgos*. Madrid: Marical Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A.

Faundez-Sanchez, E. (2016). Propuesta de reinterpretación y extensión del principio de subsidiariedad económica hacia la cooperación público-privada en Chile. *Revista digital de Derecho Administrativo* (15), 207-231.

Huapaya, R. (2010). Algunos apuntes sobre las relaciones entre el Derecho Administrativo Económico y el concepto anglosajón de la "Regulación". *Revista Ius et Veritas* (40), 302-344.

Kresalja, B. (1999). El rol de Estado y la gestión de los servicios públicos. *Themis Revista de Derecho* (39), 39-98.

- Kresalja, B., & Ochoa Cardich, C. (2009). *Derecho Constitucional Económico*. Lima: Fondo Editorial del a Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Moron, J. C. (2019). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General Nuevo Texto Único Ordenadno de la Ley N° 27444* (Décimo cuarta edición ed., Vol. I). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Ortuzar, P. (2015). Prólogo. En P. Ortuzar Madrid, C. Alvarado, E. Galaz, D. Briebea, H. Eduardo Herrera, G. Letelier W., A. Mascareño, *Subsidiariedad más alla del Estado y del Mercado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Sumar, O., & Iñiguez Ortiz, E. (2017). *Economía y Constitución. Las libertades económicas en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Themis.
- Svensson, M. (2015). Subsidiariedad y ordopluralismo. En P. Ortuzar Madrid, C. Alvarado, E. Galaz, D. Briebea, H. Eduardo Herrera, G. Letelier W., . . . A. Mascareño, *Subsidiariedad más alla del Estado y del MErcado*. Santiago: Instituto de Estudios de la Sociedad.
- Zegarra, D. (2005). *El Servicio Público. Fundamentos* (Primera ed.). Lima: Palestra Editores S.A.C.

LOS SUBSIDIOS CRUZADOS EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS DE AGUA Y SANEAMIENTO

CROSS SUBSIDIES IN PUBLIC WATER AND SANITATION SERVICES

Ruth Cacñahuaray

RESUMEN

En el artículo se presenta la política de los subsidios cruzados focalizados en los servicios públicos de agua y saneamiento y el proceso de su implementación en el Perú. La primera experiencia se dio en el año 2017 en la empresa Sedapal S.A, con el objetivo de atender a las familias más necesitadas, sin embargo, al momento de su incorporación se identificaron diversas limitantes. La pandemia originada por la Covid-19, ha acentuado dichas limitantes y ha originado otras que impiden la aplicación de los subsidios en las demás empresas prestadoras de saneamiento. Se reportó el incremento de la pobreza, la baja rentabilidad de las empresas prestadoras de saneamiento y retrasos en la implementación de los subsidios cruzados en las regiones con índices altos de pobreza y extrema pobreza. Frente a ello, se presentan propuestas alternativas que permitan garantizar a las personas de escasos recursos acceder a los servicios de agua y saneamiento.

PALABRAS CLAVE

Subsidio cruzado focalizado-servicios públicos de agua y saneamiento-empresas prestadoras de saneamiento-Covid-19-Poblaciones en pobreza y extrema pobreza.

ABSTRACT

In the article, are presented the policy of cross subsidies focused on public water and sanitation services and the process of its implementation in Peru. The first experience dated in 2017 in the company Sedapal S.A, with the aim of serving the most needy families, however, at the time of its incorporation, various limitations were identified. The pandemic caused by Covid-19 has accentuated these limitations and has created others that prevent the application of subsidies in the other provider companies. The increase in poverty, the low profitability of the provider companies and delays in the implementation of cross-subsidies in regions with high rates of poverty and extreme poverty were reported. Faced with this, alternative proposals are presented to ensure that low-income people can access water and sanitation services.

KEYWORDS

Cross-targeted subsidy-public water and sanitation services-sanitation providers-Covid-19-Populations in poverty and extreme poverty

1. Introducción

Los subsidios cruzados en los servicios de agua y saneamiento forman parte políticas que tienen por objetivo favorecer el acceso a dichos servicios de las familias de bajos ingresos, e implican cobrar tarifas por debajo de los costos a un grupo de usuarios y tarifas por encima del costo a otros.

En el Perú, anteriormente, la estructura tarifaria permitía que el esquema de subsidios cruzados beneficiara a los usuarios de menor consumo. Sin embargo, este sistema por niveles de consumo no incorporaba la situación económica de los usuarios que sí lo requerían, llevando a errores de inclusión y exclusión en la identificación de los beneficiarios.

En este contexto, en el 2011, a través de la Resolución de Consejo Directivo N° 030-2011-SUNASS-CD, se incorporan los “Lineamientos del Sistema de Subsidios Cruzados sobre la base del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH)”. Dicha Resolución señala que este nuevo sistema de subsidios tiene como objetivo permitir a los usuarios domésticos en situación de pobreza el acceso a un consumo de subsistencia o volumen de agua potable mínimo.

La primera experiencia se dio en el año 2017 en la empresa Sedapal S.A, con el objetivo de atender a las familias más necesitadas, no obstante, al momento de su incorporación se identificaron diversas limitantes. La pandemia originada por la Covid-19, ha acentuado dichas limitantes y ha originado otras que impiden la aplicación de los subsidios en las demás empresas prestadoras, dificultando que se beneficie a las familias que se encuentran en situación de pobreza y extrema pobreza.

En este artículo se expondrán los siguientes items: el proceso de implementación de los subsidios cruzados focalizados en las empresas prestadoras de saneamiento, las limitantes que fueron identificadas, y de cómo la pandemia originada por la Covid-19 ha impactado mucho más en ellas. Además, se presentarán algunas propuestas alternativas a los subsidios cruzados focalizado, las cuales permitirían favorecer el acceso al servicio de agua a la población que más lo necesita.

Así lo indicado, el objetivo del presente artículo es incidir en el cierre de la brecha de

agua y saneamiento en el Perú, para que más pobladores puedan acceder a dichos servicios y al mismo tiempo velar por la sostenibilidad de los mismos.

2. Los subsidios cruzados en los servicios públicos de agua y saneamiento

La prestación de los servicios de agua y saneamiento exige al usuario el pago de una tarifa. Esta tarifa constituye la contraprestación que paga el consumidor o usuario por la provisión del servicio (Ariño, 2004, p.594). En términos prácticos, esta tarifa es el resultado del consumo efectivamente realizado, empero, dicha premisa se relativiza en la aplicación de los subsidios cruzados.

Los subsidios cruzados implican cobrar tarifas por debajo de los costos a un grupo de usuarios y tarifas por encima del costo a otros. Ello implica que un grupo de consumidores pague un conjunto de cargos por encima del coste asociado a la provisión de los servicios, mientras que otros pagan muy por debajo de dicho coste (Yepes, 2003, p.1). Los subsidios cruzados forman parte de políticas que tienen por objetivo favorecer el acceso a los servicios de las familias de bajos ingresos.

En los servicios de agua y saneamiento, los subsidios pueden ser clasificados de acuerdo con el objeto del estudio: a la oferta y a la demanda. Los subsidios a la oferta se dirigen a cubrir los déficits presupuestarios de las empresas prestadoras. Por su parte, los subsidios a la demanda se clasifican a su vez en su destino. Pueden estar diseñados para subsidiar el consumo o el acceso a los servicios (Bonifaz, 2012, p.245).

En cuanto a su naturaleza, los subsidios cruzados tienen naturaleza de tarifa regulada, pues son financiados por usuarios del servicio que reciben el financiamiento y su acreedor es la empresa operadora del servicio público, al tratarse de tarifas reguladas, la estructuración de los subsidios cruzados se encuentra en manos de las autoridades reguladoras de tarifas (Quintana, 2012, p.83).

La instrumentación de los subsidios cruzados se realiza a través de una amplia gama de modalidades aún dentro de un mismo país. Estas modalidades pueden clasificarse en dos grupos principales: en un primero, la *discriminación de precios está basada en las características socioeconómicas de los usuarios domésticos* o la actividad económica de los usuarios no domésticos; en el segundo, *la discriminación de precios está basada en los niveles de consumo*. En la práctica, estas dos modalidades no son excluyentes y por lo general se aplican en forma simultánea (Yepes, 2003, p.4).

En el Perú, la estructura tarifaria en la mayoría de las Empresas Prestadoras de Servicios de Saneamiento (EPS) presentaban un esquema de precios escalonados por cada categoría de consumo (se pagaba mayor precio por m³ adicionales). Dicha estructura se denominaba bloques crecientes y su aplicación tenía 2 objetivos fundamentales: i) racionalizar el consumo; y, ii) establecer un esquema de subsidios cruzados donde los usuarios con altos consumos subsidiaban a los de menor consumo. El objetivo de este esquema de subsidios cruzados estaba dirigido a los de menor consumo (Bonifaz, 2012, p. 246).

Así, el anexo N°01 del Reglamento de Tarifas, aprobado por la Resolución N° 009-2007-SUNASS-CD, indicaba que el sistema de subsidios cruzados estaba diseñado para subsidiar el consumo (tarifas menores a los costos para ciertos rangos de consumo) y utilizaba un método de focalización indirecta de los beneficiarios, basada en criterios de nivel de consumo (tarifas crecientes por bloques). Sin embargo, este sistema de subsidios cruzados por niveles de consumo llevaba a errores de inclusión y exclusión en la identificación de los beneficiarios que sí lo requerían.

En este contexto, a través de la Resolución de Consejo Directivo N°030-2011-SUNASS-CD, se incorpora el numeral 3 denominado “Lineamientos del Sistema de Subsidios Cruzados sobre la base del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH)” en el Anexo N°1 “Lineamientos para el Reordenamiento de Estructuras Tarifarias” del Reglamento General de Tarifas.

Dicha resolución señala que este nuevo sistema de subsidios tiene como objetivo permitir a los usuarios domésticos en situación de pobreza - con prioridad en las zonas con concentración de pobreza - el acceso a un consumo de subsistencia o volumen de agua potable mínimo, para que los ocupantes de una vivienda puedan cubrir sus necesidades básicas mediante una tarifa subsidiada accesible a su capacidad de pago, tanto para el servicio de agua potable como el de alcantarillado, en caso de contar con este último. De esta forma, se incorpora el mecanismo de los subsidios cruzados focalizados (SFC) que favorece a los usuarios de la categoría doméstica⁸⁸.

Asimismo, la referida resolución dispone que un sistema de subsidios cruzados sobre la base del Sistema de Focalización de Hogares (SISFOH) combina el volumen consumido con otras variables socioeconómicas como: el ingreso familiar, distrito o lugar de residencia, estructura de la vivienda, entre otras variables que son definidas en la Ficha Socioeconómica Única (FSU) del SISFOH, con el objeto de mejorar la focalización del subsidio. Indica además que dichas variables permitirían evaluar el impacto de las tarifas subsidiadas de una forma más eficiente, de manera

88 Se encuentran dentro de esta categoría, las casas y apartamentos destinados exclusivamente a la habitación, en forma permanente y sin fines de lucro. En estos casos, el uso del agua potable es para satisfacer las necesidades domésticas de las familias, conforme lo señala el Reglamento de Calidad de la prestación de los servicios de saneamiento, aprobado por Resolución N° 011-2007-SUNASS-CD.

que estas no afecten la capacidad de pago de los usuarios en situación de pobreza.

En esta misma línea, la Superintendencia Nacional de los Servicios de Saneamiento (Sunass) indica que, para ubicar a las familias más vulnerables, utiliza los Planos Estratificados del Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI) y, complementariamente, la Clasificación Socioeconómica (CSE) del SISFOH del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis). Así, en la estructura tarifaria de una empresa prestadora se establece la cantidad de usuarios con SCF y el factor de ajuste que corresponde para tener una tarifa menor al costo medio, (SUNASS, 2021, p.6).

Ahora bien, las EPS vienen incorporando en sus Planes Maestros Optimizados (PMO), la aplicación de los SCF. A setiembre de 2021, la Sunass ha incorporado el SCF en la estructura tarifaria de 20 de las 50 EPS del país. Según lo detallado por el regulador, con ello se estaría beneficiando a una población estimada de 3,4 millones de personas (857,289 unidades de uso focalizadas) que representan el 19.7% del total de población con unidades domésticas a nivel nacional. Asimismo, representan, en promedio, el 29% población con unidades de uso domésticas dentro de las 20 EPS que aplican el SCF. (SUNASS, 2021, p.6).

Gráfico N°01: Empresas prestadoras que han implementado los SFC

N°	Nombre de empresa	Número de unidades de uso domésticos con subsidio cruzado focalizado (SCF)	Población estimada con subsidio cruzado focalizado**	Porcentaje de unidades de uso domésticas con SCF respecto del total de unidades de uso domésticas en cada EPS
1	SEDAPAL*	650,320	2,601,280	30%
2	SEDAPAR S.A.	82,923	331,692	28%
3	EPS TACNA S.A.	29,038	116,152	40%
4	EPS SEDACUSCO SA	14,420	57,680	19%
5	EMAPA SAN MARTIN S.A.	11,375	45,500	28%
6	SEDACAJ S.A.	8,668	34,672	28%
7	EMAPA CAÑETE S.A.	8,586	34,344	38%
8	EPS MOQUEGUA S.A.	8,018	32,072	43%
9	EMAPACOP S.A.	7,473	29,892	40%
10	EPS ILO S.A.	7,125	28,500	32%
11	EMAPA HUARAL S.A.	4,862	19,448	34%
12	SEMAPA BARRANCA S.A.	4,423	17,692	30%
13	EMAPA PASCO S.A.	3,232	12,928	39%
14	EPS AGUA DE LIMA NORTE	3,097	12,388	13%
15	EMAPA HUANCVELICA S.A.	2,904	11,616	37%
16	EMUSAP ABANCAY	2,831	11,324	27%
17	EMAPAVIGS S.A.	2,808	11,232	45%
18	MOYOBAMBA S.A.	2,166	8,662	18%
19	EPS EMAQSRL	1,528	6,112	35%
20	EMUSAP S.A.	1,492	5,968	18%
Total		857,289	3,429,155	29%

* Correspondiente al quinquenio 2015-2020

** La población se estimó considerando que en cada unidad de uso habitan 4 personas.

Fuente: Estudios Tarifarios EPS

Activar
Ve a Conf

La primera experiencia de los SFC, se aprobó para el tercer año del periodo regulatorio 2015-2020 de Sedapal S.A., es decir para el año 2017. Esta estructura tarifaria contempla un sistema de subsidios cruzados sobre la base del SISFOH, aplicando así un nuevo esquema basado en el criterio de capacidad de pago de los usuarios, que resulta más acorde al principio de equidad social.

Sin embargo, cuando se evaluó su implementación se identificaron tres limitantes: (i) la cobertura del Padrón General de Hogares era solo del 63% de la población de Lima Metropolitana y 43% de la base comercial de la empresa prestadora, (ii) la vigencia de la CSE para el 86% de los hogares de Lima Metropolitana y el 94% para el Callao vencían en el año 2019, y (iii) la identificación de las unidades de uso asociadas a un suministro clasificado como pobre y no pobre, debido a que un inmueble podía contar con varios hogares y suministros⁸⁹.

Estas limitantes han sido una constante en las demás EPS, y la pandemia originada por la Covid-19, las ha acentuado, originando además otras que impiden la aplicación de los SFC

En la siguiente sección se realizará una breve descripción de estas nuevas limitantes y de cómo estas inciden en la aplicación de los referidos subsidios.

2.1. Incremento de la pobreza

La pandemia ha afectado diversos aspectos en la sociedad, entre estos, las condiciones económicas de muchas familias. Un reciente informe del Instituto Peruano de Economía refiere que la pandemia del coronavirus, durante el 2020, elevó la pobreza en la zona sur a 31%. Es decir, que medio millón de personas pasaron bajo este umbral de necesidad⁹⁰. Estas cifras indican que el nivel de pobreza se incrementó en 10% a nivel nacional, con ello se rompió un descenso que había empezado el 2004 (IPE, 2021).

Además, es preciso indicar que, conforme al referido informe, la carencia en pandemia creció más en zonas urbanas, pues las áreas rurales siguieron sus actividades productivas, pese a ello, el campo sigue concentrando el mayor nivel de pobreza. Al respecto, es importante recordar que el ámbito de prestación de las empresas prestadoras es el área urbana⁹¹, por lo que se infiere que el incremento de los que deberían ser beneficiados por los SFC ha crecido significativamente.

Así pues, estos datos dan cuenta que el sector para el que está destinado este tipo de beneficios se ha incrementado, por lo que es imprescindible que el padrón socioeconómico sea actualizado y se permita identificar adecuada y oportunamente a esta población.

89 Estas limitantes fueron expuestas en la Resolución de Consejo Directivo N° 021-2017-SUNASS-CD, Resolución que aprueba uso de Planos Estratificados de Lima Metropolitana a nivel de Manzanas 2016 a fin de aplicar el sistema de subsidios cruzados en la estructura tarifaria de Sedapal S.A.

90 El cálculo se hizo en base a la Encuesta Nacional de Hogares (Enaho), en las regiones de Puno, Apurímac, Cusco, Tacna, Moquegua y Arequipa.

91 Conforme al artículo 11 del Decreto Legislativo N° 1280, Ley Marco de la gestión y prestación de los servicios de Saneamiento.

En esta misma línea, aun cuando los beneficios de los SCF alcanzan a la población que tiene acceso a la red pública de agua potable, es preciso recordar que un porcentaje de las poblaciones en estado de pobreza y extrema pobreza y que no tienen acceso a la red pública, terminan pagando un mayor precio por el agua.

El impacto de la pandemia originada por la Covid-19, ha impactado de forma global, y el área urbana ha sido una de las más afectadas. La población que tiene acceso a la red pública de agua potable y que se encuentra en condiciones de pobreza y extrema pobreza ha incrementado, y este incremento también se ha producido en la población que se encuentra en estas mismas condiciones y no tiene acceso a estos servicios, razón por la cual es preciso que como medida inmediata se sigan avanzando en soluciones alternativas y temporales que atiendan tanto a la población con acceso a la red pública, como a las que lo carecen, garantizando su provisión en tanto se adopten medidas definitivas para su atención.

En ese sentido, es importante cerrar la brecha de acceso, brindando el acceso al servicio de agua y saneamiento a todas las poblaciones, con el concurso de diversas instituciones para trabajar en el acceso universal, como el Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento (MVCS), el Organismo Técnico de la Administración de los Servicios de Saneamiento, gobiernos regionales, locales, entre otros.

2.2. Heterogeneidad económica y técnica de las empresas prestadoras de saneamiento

Para garantizar el acceso universal a los servicios de saneamiento, las EPS deben contar con los ingresos necesarios que les permita cubrir los costos de operación, el mantenimiento de los sistemas con que brinda los servicios y las amortizaciones de las inversiones de ampliación y reposición de la infraestructura en saneamiento, así como la remuneración al capital.

Desde antaño, la mayoría de las EPS no reflejan estados financieros óptimos. Según la Sunass, esto se debe principalmente a su deficiente gestión y a la escasa rentabilidad. Esta situación se vio agravada por la pandemia originada por la Covid-19, pues conforme a la información presentada por el organismo regulador, sobre los indicadores que utiliza para determinar la sostenibilidad financiera de las empresas prestadoras, el 2020 un porcentaje importante de las empresas registró bajas recaudaciones y recurrió a costos adicionales (SUNASS, 2021, p.26).

Este escenario, indubitavelmente determina que cada EPS implemente el mecanismo de los SFC conforme a su capacidad económica-financiera. Siendo además que ello se encuentra vinculado con el tamaño de cada empresa (Sedapal, EP Grande-1, EP-Grande 2, EP Medianas, EP

Pequeñas)⁹².

De otro lado, es importante hacer incidencia en el ámbito de prestación de las empresas prestadoras, pues mucho influye el lugar de la ubicación de la vivienda para saber el costo del agua.

Si bien el régimen tarifario del sector saneamiento se caracteriza por ser el único para todas las EPS, el establecimiento de la estructura tarifaria para cada una de ellas tiene en cuenta los siguientes criterios: 1) Las características particulares de cada uno de los sistemas a través de los cuales se presta el servicio de saneamiento, 2) Las características propias de la prestación de los servicios de saneamiento. 3) Las características propias de la prestación de los servicios de saneamiento y de los usuarios del área potencial en la que podría brindarse el servicio eficientemente determinada por el Área de Prestación de Servicios. 4) Los compromisos y las obligaciones legales con entidades del sector público. 5) El tipo de uso al cual se destina el agua potable. 6) La capacidad de pago y valoración de los servicios de saneamiento por parte de los usuarios. 7) La capacidad de la empresa prestadora para afrontar sus obligaciones y mejorar la calidad de la prestación de los servicios de saneamiento. 8) La disponibilidad de información, ello conforme a lo previsto en el artículo 4 del Reglamento General de Tarifas, aprobado por la Resolución de Consejo Directivo N° 028-2021-SUNASS-CD.

Así pues, cada región realiza un pago distinto por el servicio de agua, conforme a la estructura tarifaria cada empresa prestadora, lo cual se traslada en el monto de los beneficios de los SFC. Es importante mencionar que, en los últimos años todas las regiones vienen experimentando aumentos progresivos en las tarifas del agua, pues la tarifa guarda estrecha relación con la sostenibilidad de las empresas.

Como una medida a mediano plazo, y en la misma línea de lo señalado en el punto anterior, con la participación de las instituciones involucradas, esta situación exige que se brinde una mayor asistencia técnica y financiera a las empresas que tiene una rentabilidad baja⁹³, a fin de que puedan atender a su población que se encuentra en situación de pobreza y extrema pobreza, y se pueda realizar una implementación progresiva y sostenible del referido mecanismo.

92 Sunass, indica que, los grupos de empresas prestadoras (EP) se clasifican en función al número de conexiones totales de agua potable administradas, tal es así que se tienen los siguientes grupos (SEDAPAL S.A., con más de 1 millón de conexiones totales de agua potable; EP Grandes 1, con más de 100,000 hasta 999,999 conexiones totales de agua potable; EP Grandes 2, con más de 40,000 hasta 99,999 conexiones totales de agua potable; EP Medianas, con más de 15,000 hasta 39,999 conexiones totales de agua potable y EP Pequeñas, con menos de 15,000 conexiones totales de agua potable).

93 Si bien a través del Régimen de Apoyo Transitorio, se tiene por objeto mejorar la eficiencia de las empresas prestadoras públicas de accionariado municipal y sus condiciones al momento de prestar los servicios de saneamiento, es importante que se brinde asistencia técnica y financiera exclusivamente para la implementación de los SFC.

2.3. Dificultad en la implementación de los subsidios cruzados en las regiones con índices altos de pobreza y extrema pobreza

A los puntos mencionados, se suman las condiciones socioeconómicas de los usuarios de cada empresa prestadora, pues ello impacta en la determinación de la estructura tarifaria y la tarifa a pagarse por el servicio. Dicho esto, en las regiones en las que los niveles de pobreza y extrema pobreza son altas es apremiante la aplicación de los SFC.

Conforme al INEI, en el año 2020, se conformaron cinco grupos de departamentos con niveles de pobreza y extrema de pobreza estadísticamente semejantes, tal como a continuación se detallan (INEI, 2020).

Gráfico N° 02: Regiones con tasas de pobreza estadísticamente semejantes

Grupos	Regiones con tasas de pobreza	% de tasas de pobreza
Grupo 1	Ayacucho, Cajamarca, Huanavelica, Huánuco, Pasco y Puno	Entre el 41,4% y 45.9%
Grupo 2	Amazonas, Áncash, Apurímac, Cusco, Junín, La Libertad, Loreto, Piura, Provincia Constitucional del Callao y Tumbes	Entre 31.3% y 34,6%
Grupo 3	Lima Metropolitana1/, Lima Metropolitana2/ San Martín, Tacna y Ucayali	Entre 23.9% y 28.6%
Grupo 4	Arequipa, Lambayeque y Moquegua	Entre 15.1% y 19,5%
Grupo 5	Ica y Madre de Dios	Entre 6,6% y 11,3%

Gráfico N° 03: Regiones con tasas de pobreza extrema estadísticamente semejantes

Grupos	Regiones con tasas de pobreza extrema	% de tasas de pobreza extrema
Grupo 1	Ayacucho, Cajamarca, Huanavelica, Húanuco Pasco	Entre el 11,2% y 14%7
Grupo 2	Amazonas, Apurímac, Cusco, Junín, La Libertad, Loreto y Puno	Entre 6,3% y 8,3%

Grupo 3	Áncash, Arequipa, Lima2/, Lima Metropolitana1/, Madre de Dios, Moquegua, Piura, Provincia Constitucional del Callao, San Martín, Tacna, Tumbes y Ucayali	Entre 2,4% y 3,7%
Grupo 4	Ica y Lambayeque.	Entre 0,1% y 1,0%

Ahora bien, en el siguiente cuadro y conforme al gráfico N° 01 se presentan las regiones con los más altos niveles de pobreza y extrema pobreza y el estado de la implementación de los SFC de las EPS que se encuentran dentro de ellas.

Gráfico N° 04: Regiones con tasas de pobreza y pobreza extrema e implementación de los SFC

Región	Pobreza	Pobreza extrema	Empresa prestadora de saneamiento	Cuenta con subsidio cruzado focalizado
Ayacucho	X	X	Seda Ayacucho	NO
Cajamarca	X	X	EPS Marañón S.R. Ltda	NO
			Sedacaj S.A.	SI
Huancavelica	X	X	Emapa Huancavelica S.A.C.	SI
Huánuco	X	X	Seda Huánuco S.A.	NO
Pasco	X	X	Emapa Pasco S.A.	SI
Puno	X		Emapa Y S.R.Ltda.	NO
			EPS Nor Puno S.A.	NO
			EPS Emsapuno S.A.	NO
			EPS Aguas del Altiplano S.R.L.	NO
			Sedajuliaca S.A.	NO

Fuente: Datos del INEI y de la SUNASS

Elaboración: Propia

Como se puede observar, de las 6 regiones que presentan los mayores porcentajes de pobreza y en las cuales se encuentran un total de 11 EPS, solo 3 de ellas han incorporado el mecanismo de SFC. De la misma forma, de las 5 regiones que presentan los mayores porcentajes de extrema pobreza, solo 3 EPS han incorporado el mecanismo en referencia.

Y es de llamar la atención que, en estas mismas regiones donde es impostergable la

aplicación de los SFC, estas 11 empresas son consideradas medianas y pequeñas empresas y reportan indicadores bajos de rentabilidad, lo cual imposibilita la atención de la población objetivo de este tipo de subsidios.

Si bien el SFC está en proceso de implementación en las diversas EPS en todo el país, es impostergable que se brinde atención a su implementación en las regiones cuyos índices de extrema pobreza y pobreza son los más altos a nivel nacional.

Como una medida a mediano plazo, y en la misma línea de lo señalado en el punto anterior, esta situación exige que se brinde una mayor asistencia técnica y financiera a estas empresas que se encuentran en las regiones que registran indicadores altos de extrema pobreza y pobreza, y de esta manera se pueda realizar una implementación progresiva y sostenible del referido mecanismo.

2.4. Propuestas alternativas a los Subsidios Cruzados Focalizados

Como parte de las acciones de acceso al agua potable, y principalmente, de las personas de recursos más escasos, es necesario que se fortalezcan las medidas existentes de fomento, tales como el mecanismo de SFC. Sin embargo, y a partir de las diversas limitantes identificadas, de forma enunciativa se presentan algunas propuestas alternativas que permitan favorecer a la población que más lo necesita:

2.4.1. Implementación de los subsidios directos a los usuarios

Una alternativa al mecanismo de subsidios cruzados focalizados, es el establecimiento de un subsidio directo financiado y administrado por el Estado y dirigido a los usuarios más pobres para ayudarles a cubrir una parte del costo de los servicios. Como lo han señalado algunos autores (Yepes, 2003, p.13) la gran ventaja de este sistema es que el subsidio es transparente, explícito y minimiza las señales equivocadas que afectan el comportamiento de las empresas prestadoras, siendo además que puede ser de apoyo de las personas que no tienen acceso a una red pública y no se encuentran dentro del ámbito de EPS.

Chile fue el primer país de la región en diseñar un sistema de subsidio financiado y administrado por fuera de los ingresos de los servicios. En el sistema chileno, todos los usuarios pagan una tarifa igual para niveles iguales de consumo. El Estado contribuye al pago de los servicios prestados a las familias más pobres, con un subsidio explícito y limitado por familia que se maneja a través del municipio y de la empresa de saneamiento. Se indica que, como resultado, la empresa recibe, para volúmenes de consumo igual, un pago igual de parte de

cualquier usuario y por lo tanto tiene el mismo incentivo de servir a todos los usuarios por cuanto el monto cobrado no depende de su clasificación. (Yepes, 2003, p.13).

Este mecanismo, tal como se puede advertir, no está exento de dificultades, pues para su implementación, conlleva la tarea de una selección seria de las familias beneficiarias del subsidio y del monto del subsidio, y que el fondo a utilizarse en este subsidio sea administrado por el estado de forma eficiente.

Asimismo, tal como lo han señalado, diversos investigadores (Foster, 2000), la implementación de este tipo de subsidios debe tener en cuenta las siguientes directrices: Primera, el servicio no debe ser gratis y debería cubrir sólo un servicio básico. Además, debe estar condicionado a que las familias paguen oportunamente la parte que les corresponde. Segunda, la necesidad del subsidio debe evaluarse y no suponerse. Un análisis de las necesidades y nivel de ingreso de las familias pobres podría indicar que el subsidio no es necesario. Las encuestas de disposición a pagar y la estimación de los costos en que incurren estas familias por un servicio alternativo de mala calidad dan pautas para evaluar este aspecto. Tercera, el subsidio debe considerar tanto el acceso a la conexión como un consumo básico. El costo de la conexión con frecuencia representa el obstáculo más grande que puede tener una familia pobre a los servicios como se anotó anteriormente. Cuarta, el costo de administrar el subsidio debe ser evaluado, en cuyo caso podría no justificarse el subsidio directo que se quiere otorgar.

2.4.2. Fortalecer los mecanismos de SFC entre las empresas prestadoras

El artículo 77 del Decreto Legislativo N° 1280, Ley Marco de la Gestión y Prestación de los servicios de saneamiento, y el artículo 182 de su reglamento, aprobado por el Decreto Supremo N° 019-2017-VIVIENDA facultan a la Sunass a mejorar el sistema de subsidios cruzados, sin afectar el equilibrio económico financiero del prestador, aplicables a usuarios en situación de pobreza y extrema pobreza.

A su vez, el referido reglamento en el mismo artículo, reconoce que la aplicación de estos subsidios puede ser entre usuarios de la misma empresa prestadora o entre usuarios de distintas empresas prestadoras, en concordancia con el principio de equidad social.

Así pues, esta disposición no solo permite que la aplicación del subsidio cruzado se realice a los usuarios dentro de una empresa, sino, además, abre la posibilidad de que una empresa pueda subsidiar a otra, ello en concordancia con la política de promoción de acceso universal a los servicios de saneamiento.

De esta forma, aun cuando existan debilidades por la rentabilidad deficiente de la mayoría de las EPS, es posible que este subsidio entre empresas sea incorporado a beneficio de las empresas más pequeñas y que registren dificultades para brindar el subsidio a sus usuarios en condiciones de pobreza y extrema pobreza.

Sin duda, la aplicación de un subsidio directo y la implementación y fortalecimiento de los mecanismos de subsidios cruzados entre EPS, requiere de la dación de instrumentos normativos que permitan su implementación y efectividad. El papel que desempeñará el Ministerio de Vivienda, Construcción y saneamiento será crucial.

3. Conclusiones

La prestación de los servicios de agua y saneamiento- como en los otros servicios públicos- exige al usuario el pago de una tarifa, lo que equivale a que se pague por el consumo efectivamente realizado. No obstante, dicha premisa se relativiza en la aplicación de los subsidios cruzados.

Los subsidios cruzados implican cobrar tarifas por debajo de los costos a un grupo de usuarios y tarifas por encima del costo a otros y forman parte políticas que tienen por objetivo favorecer el acceso a los servicios de las familias de bajos ingresos.

En el Perú, anteriormente, los subsidios cruzados estaban dirigidos a los usuarios de menor consumo, sin embargo, este sistema no incorporaba con todo rigor la situación económica de los usuarios que sí lo requerían. En el 2011, se produjo un cambio normativo que tuvo como objetivo permitir a los usuarios domésticos en situación de pobreza el acceso a un consumo de subsistencia o volumen de agua potable mínimo. Con ello se estableció el mecanismo del Subsidio Cruzado (SCF).

La primera experiencia de la implementación del SCF se dio en Sedapal S.A. A setiembre de 2021, la Sunass incorporó el SCF en la estructura tarifaria de 20 de las 50 EPS del país. Según lo detallado por el regulador, con ello se estaría beneficiando a una población estimada de 3,4 millones de personas que representan el 19.7% del total de población con unidades domésticas a nivel nacional. Asimismo, representan, en promedio, el 29% población con unidades de uso domésticas dentro de las 20 EPS que aplican el SCF.

Sin embargo, la aplicación del SFC ha encontrado en el camino diversas limitantes que, debido a factores como la pandemia, se ha acentuado e impiden que estos subsidios puedan atender a las familias que más lo necesitan. Entre estas tenemos: el incremento de la pobreza,

heterogeneidad económica y técnica de las empresas prestadoras de saneamiento y dificultad en la implementación de los subsidios cruzados en las regiones con índices altos de pobreza y extrema pobreza.

Debido a la pandemia, el incremento de la pobreza se ha dado en un 10%, siendo el nivel urbano el más afectado. Dado que el ámbito de prestación de las empresas prestadoras es el área urbana, se infiere que el incremento de los beneficiarios de los subsidios cruzados ha crecido significativamente. Debido a ello, es imprescindible que el padrón socioeconómico sea actualizado y se permita identificar adecuada y oportunamente a esta población.

De otro lado, desde antaño, la mayoría de las empresas prestadoras no presentaban una rentabilidad óptima. Esta situación también se vio agravada por la pandemia, pues en el 2020 un porcentaje importante de las empresas registraron bajas recaudaciones y tuvieron que recurrir a costos adicionales. De la misma forma, existen dificultades en la implementación de los subsidios cruzados en las regiones con índices altos de pobreza y extrema pobreza: De las 6 regiones que presentan los mayores porcentajes de pobreza y en las cuales se encuentran un total de 11 empresas prestadoras, solo 3 de ellas han incorporado el mecanismo de subsidio cruzado focalizado, y de las 5 regiones que presentan los mayores porcentajes de extrema pobreza, solo 3 EPS han incorporado el mecanismo en referencia, siendo además que las EPS que se encuentran en las regiones con niveles altos de pobreza y extrema pobreza, son consideradas medianas y pequeñas y reportan indicadores bajos de rentabilidad, lo cual imposibilita la atención de la población objetivo de este tipo de subsidios.

Aun cuando estas limitantes puedan ser superadas con diversas medidas, se considera que, a partir de lo observado en la experiencia de aplicación de los SFC, se deben evaluar propuestas alternativas que permitan favorecer el acceso al servicio de agua a la población que más lo necesita. Entre estas tenemos: implementación de los subsidios directos a los usuarios e implementación y fortalecimiento los mecanismos de SFC entre las empresas prestadoras de saneamiento.

Los subsidios directos a los usuarios permiten el establecimiento de un subsidio directo financiado y administrado por el Estado y dirigido a los usuarios más pobres para ayudarles a cubrir una parte del costo de los servicios. La gran ventaja de este sistema es que el subsidio es transparente, explícito y minimiza las señales equivocadas que afectan el comportamiento de las empresas prestadoras. Este tipo de subsidio también serviría para el apoyo de las personas que no tienen acceso a una red pública y no se encuentran dentro del ámbito de EPS.

Por su parte, los mecanismos de SFC entre las empresas es un medio que se encuentra recogido en la normativa peruana, y abre la posibilidad de que una empresa pueda subsidiar

a otra, ello en concordancia con la política de promoción de acceso universal a los servicios de saneamiento. De esta forma, aun cuando existan dificultades por la rentabilidad deficiente de la mayoría de las empresas prestadoras, es posible que este mecanismo sea incorporado a beneficio de las empresas más pequeñas y que registren dificultades para brindar el subsidio a sus usuarios en condiciones de pobreza y extrema pobreza.

Sin duda, la aplicación de un subsidio directo y la implementación y fortalecimiento los mecanismos de subsidios cruzados focalizados, requiere la dación de instrumentos normativos que permitan efectivizarlos. El papel que desempeñará el Ministerio de Vivienda, Construcción y saneamiento será crucial.

4. Referencias

Ariño, G. (2004). Principios del Derecho Público Económico.

Bonifaz, J. (2012). Nuevo esquema de subsidios cruzados en el Sector Saneamiento en el Perú: el caso de SEDAPAL. *Revista de Círculo de Derecho Administrativo*.

Foster, V. A.-L. (2000). *Designing Direct Subsidies for Water and Sanitation Services. Panama: A case Study*. (W. Bank, Ed.) Panamá.

INEI. (2020). *Evolución de la pobreza monetaria 2009-2020. Informe Técnico 2009-2020*. INEI. Obtenido de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/pobreza2020/Pobreza2020.pdf

IPE. (05 de Junio de 2021). Pobreza creció a 31% en las regiones del sur por la pandemia. Obtenido de <https://www.ipe.org.pe/portal/pobreza-crecio-a-31-en-las-regiones-del-sur-por-la-pandemia/>

Quintana, E. (2012). Naturaleza y efectos de los subsidios en Servicios Públicos. *Revista del Círculo de Derecho Administrativo*.

SUNASS. (2021). *Benchmarking Regulatorio 2021 de las Empresas Prestadoras*. SUNASS. INFORME N°0698-2021-SUNASS-DF-F. Obtenido de <https://www.sunass.gob.pe/wp-content/uploads/2021/08/INFORME-N%C2%B00698-2021-SUNASS-DF-F-1.pdf>

SUNASS. (2021). *Boletín Estadístico. Sunass en cifras. Informe especial y data trimestral del desempeño de los servicios de saneamiento. Julio-setiembre 2021*. Obtenido de <https://>

www.sunass.gob.pe/sunass-en-cifras-3/

Yepes, G. (2003). Los subsidios cruzados en los servicios de agua potable y saneamiento. (B. I. Sostenible, Ed.) Obtenido de <https://publications.iadb.org/es/los-subsidios-cruzados-en-los-servicios-de-agua-potable-y-saneamiento>

PARTE IV

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

EL DERECHO A LA CIUDAD EN EL DERECHO URBANO COLOMBIANO: ¿EL CONTENIDO JURÍDICO DE UNA POLÍTICA PÚBLICA?

THE RIGHT TO THE CITY IN COLOMBIA FROM A LEGAL PERSPECTIVE

Nicolás Cabezas

RESUMEN

La postulación del derecho a la ciudad como una categoría analítica de debate político y social (Carrion Mena & Dammert Guardia, 2019, pág. 9), ha conllevado a preguntarse sobre el contenido y naturaleza jurídica de este supuesto derecho de los ciudadanos a construir, decidir y crear la ciudad planificada, incluyente y acorde con las necesidades propias de la comunidad (Molano, 2016, pág. 3). Si bien se reconoce la amplia difusión que ha tenido la idea del derecho a la ciudad, se coincide con parte de la doctrina la afirmar que se trata de una categoría amplia y polisémica (Carrion Mena & Dammert Guardia, 2019, pág. 9), que requiere de una delimitación precisa.

De esta manera, se habrá de destacar el enfoque actual del derecho administrativo que, bajo la consagración internacional de un derecho a la ciudad, exige de la administración una visión omnicomprensiva del hecho urbano. Sin perjuicio de los aportes teóricos, políticos y sociales, la ausencia de una regulación suficiente de este derecho tanto a nivel internacional, como a nivel nacional impide definir jurídicamente al derecho a la ciudad en el ordenamiento colombiano.

No obstante, atendiendo a esa naturaleza amplia del derecho a la ciudad y partiendo de una identificación esencial de las principales premisas de esta categoría política, se podrá evidenciar que, en derecho positivo nacional, el diseño constitucional vigente reconoce también el derecho de los administrados a desenvolverse en una ciudad con determinadas características jurídicas, sociales, económicas y culturales. Son estos parámetros, plenamente exigibles, los que dotarán de contenido jurídico al derecho a la ciudad en el contexto colombiano, en la medida de que evidenciarán cómo el discurso del derecho a la ciudad se encuentra vigente en la administración pública local.

En desarrollo de lo anterior, resulta necesario acudir a la teoría del institucionalismo discursivo de la ciencia política, con la finalidad reconocer a la administración pública como una institución política que, en esa medida, se compone de diferentes organizaciones, por medio de las cuales orienta las acciones de los individuos, a la vez que aplica consecuencias de hecho negativas

o sanciones a aquello que no se acoplen a las normas de la institución (Peters, 2016, pág. 58).

De ahí que las organizaciones que la componen -entidades desconcentradas y descentralizadas en los diferentes niveles de la administración pública- participen en el proceso de creación de políticas *-policy-making-* defendiendo sus propios valores e intereses (Peters, 2016, pág. 58), los cuales, desde una perspectiva jurídica, se encuentran en buena parte definidos por el marco funcional de la entidad, así como en las competencias de los servidores públicos. Lo anterior no desconoce influencias internas definidas, por ejemplo, por la mejor opción posible para el individuo que compone la institución *-rational choice institutionalism* (Peters, 2016, pág. 60)-, únicamente resalta el componente jurídico existente e identificable en los intereses de las organizaciones que integran a la administración pública como institución.

En ese sentido, estos los valores e intereses referidos dentro de las organizaciones administrativas definen la forma en cómo estas participan en el desarrollo de políticas públicas, lo cual, a su vez, puede determinar el diseño y estabilidad -o necesidad de cambio- en la institución (Peters, 2016, pág. 66).

De esta forma, en el presente escrito, se resaltarán que las organizaciones de la administración pública operan siguiendo las ideas, principios y valores contenidos en los discursos institucionales, como la garantía de los derechos fundamentales y el cumplimiento del principio de juridicidad, que determina su diseño y marco competencial.

Esta focalización en las ideas y su “potencial explicativo” (Garcé, 2015, págs. 212-215), evidencia la manera en cómo las organizaciones, en seguimiento de estos discursos institucionales, se han permeado por los principios y valores de discursos globales -como el derecho a la ciudad-, los cuales definen su participación en el desarrollo de políticas de políticas públicas.

En este orden de ideas, partiendo de la teoría de institucionalismo discursivo, se evidenciará la materialización del discurso del derecho a la ciudad en la administración pública municipal, por medio de figuras de derecho administrativo que definirán el contenido jurídico del derecho a la ciudad en el ordenamiento colombiano. En ese sentido, se reconoce a la administración local como una institución vinculada directamente con el discurso de protección de los derechos fundamentales en la ciudad y de cumplimiento de sus competencias, la cual constituye un centro de gobierno multisectorial -en la medida de que integra en su funcionamiento a públicos y privados- y multifuncional -por la diversidad de funciones: planeación, gestión, desarrollo, inspección, sanción, etc.- (Araral & Mulya, 2016, pág. 82).

Con ello, si bien el análisis se centrará en las organizaciones y el discurso institucional, no se dejará de lado el papel del individuo en las instituciones (Peters, 2016, pág. 70), el cual será indirectamente resaltado al denotar la influencia de un discurso político -como puede considerarse actualmente al derecho a la ciudad por la ausencia de positivización precisa- en el funcionamiento de la institución.

PALABRAS CLAVE

Derecho a la Ciudad, Derecho Urbano, Política Pública, Ciudades Incluyentes, Propiedad Urbana

ABSTRACT

The Right to the City, as a topic for political and social discussion, has raised many questions about the legal nature of this supposed “right” of citizens to build, decide, and create the planned city, which meets the needs of the community. Although the wide diffusion the Right to the City has had is recognized, we coincide with part of the doctrine in affirming this “right” is a polysemous category, which requires a precise delimitation.

In this way, it will be necessary to highlight the current approach of administrative law that, under the international consecration of a Right to the City, requires the administration to have a multidisciplinary vision of the City. Without prejudice to the theoretical, political, and social contributions, the absence of regulation of this “right” prevents its legal classification in the Colombian legal system.

However, considering the broad nature of the Right to the City, we have identified the main premises of this political category, to verify that in national positive law the current constitutional design also recognizes the “right” of citizens to require a city with certain legal, social, economic, and cultural characteristics. These parameters will provide legal substance to the Right to the City in the Colombian legal system.

Thus, this paper will show, not only how the discourse on the Right to the City has an impact in public administration -as a political institution-, but also how this influence implies a redefinition of the traditional conception of urban law, linked primarily to urban property.

KEYWORDS

Right to the City, Urban Law, Public Policy, Inclusive Cities, Urban Property

1. Contornos del derecho a la ciudad: premisas esenciales del concepto

El derecho a la ciudad surge del postulado de Henri Lefebvre, en su libro “el derecho a la ciudad”, en el cual hace una crítica al sistema de crecimiento urbano fomentado por el capitalismo y la industrialización. Así, esta premisa política se formula como el “derecho a la vida urbana”, entendido este como un replanteamiento de los procesos de planeación y crecimiento de las ciudades, que han normalizado la exclusión política, la segregación de la clase obrera, generando un a “miseria generalizada” (Lefebvre, 1969, págs. 138-139).

De acuerdo con esta concepción, el derecho a la ciudad se origina como un mecanismo de inclusión geográfica, económica y social de la clase obrera y de pocos recursos, por medio del cual se garantiza la participación de estos sectores en el diseño y construcción de la ciudad (Molano Camargo, 2016, pág. 6).

Así, el derecho a la ciudad se postula como una crítica al sistema capitalista, que usa a las ciudades para expandirse, privatizando el tiempo, el espacio y el trabajo en la generación excedentes que se destinan para su expansión (Miranda, 2018, pág. 11). Por tanto, responde a la sociedad de consumo de mercancías y espacio mercantilizado, que propugna por dinámicas de segregación y falta de participación de la clase obrera, por medio de la uniformización del espacio *-isopías-* (Molano Camargo, 2016, págs. 7-8).

Si bien los anteriores planteamientos dieron origen al derecho a la ciudad, lo cierto es que son los fenómenos sociales, económicos y políticos de segregación y ausencia de participación los que le han dado impulso a esta premisa, referida, por tanto, a “las luchas que siguen desarrollándose sobre quienes deben configurar las cualidades de la vida urbana cotidiana” (Harvey, 2013, pág. 9). En esa medida, como se desarrollará más adelante, el derecho a la ciudad cuenta con una relación directa con las necesidades propias del territorio y la comunidad, que definirán su enfoque y contenido concreto.

Ha de resaltarse que el derecho a la ciudad parte del concepto de ciudadanía, en el cual se reconocen los derechos fundamentales del individuo como un miembro de una colectividad. En esa medida, se entiende que la ciudadanía concretiza el contexto en que se desenvuelven los derechos humanos / fundamentales, en la medida de que el “ciudadano” solo puede reivindicar su dignidad humana en tanto es miembro de una comunidad, que reconoce la legitimidad de sus pretensiones y su condición de humano (Bovero, 2002, págs. 21-22).

De esta manera, siguiendo un planteamiento hegeliano, se parte de una premisa en la cual lo particular no se contrapone de lo universal, de manera que el individuo (como abstracto

universal) solo puede explicarse y desenvolverse en la sociedad civil de un ámbito territorial específico (particular), en el cual se llega al “verdadero singular concreto constituido por el ciudadano del estado de derecho” (Díaz, 2003, pág. 265).

Como se puede notar, el derecho a la ciudad no refiere a conceptos abstractos definidos por “fascinaciones” o “modas intelectuales”, sino que surge de las necesidades sociales y políticas de determinado territorio, es decir, “de las calles, de los barrios, como un grito de socorro de gente oprimida en tiempos desesperados” (Harvey, 2013, pág. 10).

En este orden de ideas, tomando como punto de partida la CMDC -complementada con la doctrina reciente-, se han identificado los siguientes siete elementos esenciales del derecho a la ciudad como categoría política, los cuales serán debidamente contrastados con las figuras de derecho administrativo vigentes en el ordenamiento colombiano.

2. Igualdad, inclusión y participación democrática de la ciudadanía en la planificación y gestión de los asuntos referidos a la ciudad⁹⁴

La reclamación del derecho a la ciudad se encuentra directamente vinculada con la reivindicación de algún tipo de “poder configurador del proceso de urbanización” (Harvey, 2013, pág. 21). De esta manera, el derecho a la ciudad se plantea como un reclamo de los sectores vulnerables para “hacer ciudad”, es decir, participar en el diseño de una ciudad acorde a sus valores e intereses (L’Huillier & Ouviaña, 2016, pág. 61). Como se nota, un elemento esencial del derecho a la ciudad refiere justamente a esa posibilidad de que los ciudadanos se apoderen sus espacios y vidas urbanas, mediante la reivindicación de su facultad para participar en el diseño de la vida de la ciudad (Costes, 2011, pág. 97).

Como se puede notar, el componente de participación en la gestión de la ciudad se encuentra estrechamente vinculado con la inclusión social y económica de la población. En efecto, como una premisa basada también en la buena administración, se concibe que las políticas públicas -en este caso relacionadas con la planificación y gestión de la ciudad- necesariamente deben contar con la participación ciudadana, como mecanismo para focalizar a la administración pública en las aspiraciones, necesidades, problemas e ilusiones propias de la ciudadanía (Rodríguez-Arana, 2012, págs. 28-29).

Si bien resulta claro que el principio / derecho a la igualdad o el derecho a la participación

94 Numerales 1 y 2 del artículo I (referentes a una ciudad equitativa y sin discriminaciones), numerales 1, 3 y 4 del artículo II (Ejercicio pleno de la ciudadanía y gestión democrática de la ciudad, igualdad y no discriminación, y protección de grupos vulnerables), artículo III (planificación y gestión de la ciudad), artículo VI (derecho a la información pública), artículo VIII (participación política) de la CMDC.

no es una novedad del derecho a la ciudad, lo cierto es que esta categoría política, como ya se mencionado antes, hace una labor de síntesis de estas garantías fundamentales en determinado contexto geográfico, político, económico y social.

Así, en el caso del ordenamiento colombiano, resulta claro que tanto la participación democrática⁹⁵, como la igualdad⁹⁶, son premisas esenciales del Estado y, por ende, de la administración pública (Santofimio, 2017, pág. 191 y 194). Específicamente en el contexto urbano, se puede notar que las organizaciones de la institución -administración pública local- se encuentran evidentemente permeadas por la premisa del derecho a la ciudad analizada.

De esta manera, por parte de la participación, se evidencia que la formulación de los planes de ordenamiento territorial -POT-, como principal política pública de diseño y estructuración de la ciudad, en la medida de que anticipa el modelo de ciudad a futuro y define la forma e intensidad de afectación de derechos individuales y colectivos en el proceso de urbanización (Rincón Córdoba, 2012, págs. 72-73); requiere imperantemente de la participación ciudadana tanto en su etapa de formulación, como en la de adopción normativa.

Como bien define la ley colombiana 388 de 1997, el proyecto de POT debe someterse a consulta de la ciudadanía en general (art. 24#4), lo cual deberá ser ratificada por las mayorías del concejo municipal, electo democráticamente (art. 25).

Como complemento de esto, se prevé incluso que dentro de la discusión democrática del proyecto de POT por parte del concejo se debe permitir la participación ciudadana por medio de la figura del “cabildo abierto”, (Consejo de Estado, sección primera, sentencia de 19 de agosto de 2019, exp. 63001-23-31-000-2010-00336-02). Ha de resaltarse que cada una de las propuestas o solicitudes que formule la ciudadanía deberán ser debidamente respondida por escrito por parte de la administración pública (Art. 87 de la ley colombiana 134 de 1994).

Tal y como se puede evidenciar, el accionar de las organizaciones administrativas en la planificación del territorio se encuentra condicionado a la participación efectiva de los ciudadanos. Asimismo, la ciudadanía puede valerse de los mecanismos de participación democrática para orientar el diseño de la ciudad de acuerdo con sus intereses políticos, sociales y económicos, ya sea mediante la aprobación o derogación de una norma -mediante referendo, consagrado en los artículos 3 y 4 de la ley colombiana 134 de 1994-, o por medio de la discusión de un asunto trascendente para el territorio -por medio de la consulta popular del artículo 8 de la ley 134 colombiana de 1994-.

95 Artículo 1 y 270 de la constitución colombiana. Asimismo, artículo 31 de la constitución peruana.

96 Artículo 13 de la constitución colombiana. Asimismo, artículo 2 de la constitución peruana.

De igual manera, en el caso de los planes parciales también es necesario someter la decisión administrativa a la participación de los propietarios y residentes del área objeto del plan (art. 27#4, de la ley 388 colombiana de 1997).

A semejanza de lo anterior, por parte de la igualdad, como un mecanismo de inclusión de las poblaciones vulnerables, el ordenamiento colombiano, atendiendo a obligaciones internacionales (convenio 169 de la OIT), consagra del derecho a la consulta previa. Esta garantía refiere derecho de las poblaciones indígenas y comunidades étnicas minoritarias de participar en la expedición de decisiones -administrativas o legales- que puedan afectarles, como una medida de protección de la pervivencia, integridad y diversidad de estas poblaciones vulnerables (Rivera Drago, 2020).

Debe aclararse que este derecho debe reconocerse ante actuaciones del Estado que afecten de manera específica a las poblaciones étnicas (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-215 de 2015). Así, si bien el POT cuenta, en principio, con un nivel demasiado alto de abstracción como para afectar directamente a una población étnica urbana, lo mismo no puede predicarse de instrumentos de planeación intermedia como los planes parciales, los cuales, al tener una naturaleza de acto administrativo general, con vocación plena para afectar situaciones particulares (Cabezas Manosalva, 2020, pág. 665), deben ser sometidos a consulta previa de la comunidad afectada (Consejo de Estado colombiano, sección quinta, sentencia de 4 de agosto de 2016, exp. 25000-23-41-000-2015-00873-01).

Otro desarrollo de la igualdad de puede evidenciar como respuesta a los fenómenos económicos y sociales de Latinoamérica, que han generado la segregación geográfica y el desarrollo de asentamientos informales en las ciudades, es decir, de procesos de urbanización ilegal que suelen caracterizarse por la ausencia de servicios públicos y por ubicarse inmuebles públicos o zonas de riesgo ecológico (Fernandes, 2011, pág. 2)

Considerando que en las grandes ciudades latinoamericanas entre un décimo o un tercio de las viviendas urbanas corresponde a asentamientos informales (Fernandes, 2011, pág. 2), no resulta extraño que las organizaciones administrativas determinen su comportamiento y diseño de políticas públicas en la solución de estas problemáticas.

Así, la regularización de estos asentamientos ha sido una de las formas en como la administración pública ha pretendido cumplir con los requerimientos de vivienda digna, y acceso a la ciudad y a los servicios públicos de esta -derecho a la vida urbana-.

En el caso del Perú, esto se ha realizado por medio de la legalización del título la propiedad

en posesiones informales y asentamientos irregulares (Ley peruana 28687). La aplicación de esto generó un impacto cuantitativo considerable -casi 1.600.000 títulos de propiedad entre 1996 y 2006 (Fernandes, 2011, pág. 30)-. Pese a algunas críticas generadas respecto del poco impacto que tuvo en el acceso al crédito, se fomentó la inversión en vivienda y se benefició la erradicación de la pobreza -sin dejar de lado que esta requiere no solo de la titulación, sino también de inversiones constantes en bienes públicos e infraestructura de servicios públicos- (Fernandes, 2011, págs. 32-33).

En el ordenamiento colombiano, resulta evidente que las ciudades han seguido un patrón desequilibrado de crecimiento, lo cual, de acuerdo con el departamento nacional de planeación de Colombia, ha conllevado a la generación de asentamientos informales precarios en las periferias -cerca del 16% de los hogares urbanos en 2004- (DNP, 2004, pág. 4). En el caso de Bogotá, se encuentra que para 2015 el 3% de la población residía en asentamientos informales, de los cuales el 43% presentaba una conexión irregular a servicios públicos y el 13% no contaba con ningún acceso a servicios públicos domiciliarios (Techo, 2015)

De ahí que en el componente urbano de los POT se deba prever una estrategia de mediano plazo para el desarrollo de programas de vivienda de interés social, en la que se incluya, no solo el mejoramiento integral de los asentamientos informales, sino también la localización de los nuevos suelos de expansión urbana y las estrategias para evitar su nueva ocupación irregular del espacio. Igualmente, en los artículos 2.2.6.5.1.1 y ss. del decreto único reglamentario colombiano 1077 de 2015 se regula el procedimiento de regularización de los asentamientos informales.

En el nivel del distrito capital de Bogotá, en el POT actualmente vigente -decreto 190 de 2004- se consagra el tratamiento urbanístico de mejoramiento integral para la regularización de asentamientos informales y su inclusión en la estructura de la ciudad (art. 385). Asimismo, se crea el subprograma de mejoramiento integral, que cuenta con el objetivo de orientar el reordenamiento y adecuación de los asentamientos informales (art. 295) y se regula lo referente a la legalización y regularización de estos (arts. 458 y 459.).

Como desarrollo de lo anterior, mediante el decreto distrital 476 de 2015 se definen las acciones de prevención, control y legalización de los asentamientos informales, entre las cuales se incluye la generación de espacio público y equipamientos colectivos (art. 22) y acciones concretas de mejoramientos que deben ser incluidas en la resolución de legalización (art. 35).

En contraste con la obligación de legalización de asentamientos informales (Consejo de Estado colombiano, sección primera, sentencia de 5 de octubre de 2009, exp. 66001-23-31-000-2004-00746-01), jurídico también se reconoce una protección especial de la población de estos asentamientos contra los desalojos, como una forma de garantizar la vivienda digna de la

población vulnerable (Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-417 de 2015).

Atendiendo a los anteriores casos, se puede evidenciar como el discurso institucional de las organizaciones administrativas locales en la planificación de la ciudad está condicionado por el principio de igualdad y participación democrática, los cuales se constituyen como elementos definitorios del derecho a la ciudad.

3. Promoción y gestión sostenible del espacio público y los bienes públicos de la ciudad⁹⁷

Resulta evidente que el espacio público es un elemento definitorio de la existencia de la ciudad en su dimensión política, urbanística y cultural, en el cual el ciudadano puede desarrollarse social y políticamente, particularmente en el contexto latinoamericano. En contraposición de lo anterior, la degradación de este espacio público perjudica la calidad de vida de los ciudadanos, fomenta la degradación social (Borja, Ciudad y planificación: la urbanística para ciudades de Latinoamérica, 2003, pág. 93) y conlleva a reducción de la seguridad ciudadana -como lo han evidenciado capitales latinoamericanas como Ciudad de México o Bogotá- (Borja, Ciudad y planificación: la urbanística para ciudades de Latinoamérica, 2003, pág. 98).

De esta manera, el espacio público se reconoce como un medio para lograr un fin superior, referido al mejoramiento de la seguridad urbana, la resiliencia ambiental, la preservación los bienes históricos y culturales, el acceso a los servicios básicos y, por ende, hacer que la ciudad sea más inclusiva (UN - Habitat, 2015).

Por lo tanto, se coincide en reconocer al espacio público -y las infraestructuras públicas que lo componen- como una herramienta para redistribución y la integración social, en el cual se expresa la diversidad de la ciudad (Borja & Muxi, El espacio público, ciudad y ciudadanía, 2003, págs. 87-88).

En el contexto colombiano, el espacio público es un derecho colectivo de acuerdo con el artículo 82 de la constitución y la ley 472 de 1998. Esta garantía se manifiesta como una serie de deberes impuestos la administración pública local, referentes a la obligación de preservar la integridad de este, garantizar su destinación común en la que prevalezca el interés general sobre el particular y regular su utilización (Corte Constitucional colombiana, sentencia C-062 de 2021).

En contraste con lo anterior, para algunos ciudadanos colombianos el espacio público ha sido también su mecanismo de subsistencia y obtención de recursos económicos, por medio de las ventas informales. Esto ha conllevado a que la jurisprudencia constitucional reconozca una

⁹⁷ Artículo IX (Derecho de asociación, reunión, manifestación y uso democrático del espacio público urbano) de la CMDC.

protección especial a esta población vulnerable, obligando a la administración municipal a incluir en sus medidas de recuperación del espacio público “políticas públicas que ofrezcan alternativas económicas adecuadas a quienes resulten afectados en los procesos de recuperación del espacio público” (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-090 de 2020).

De ahí que en la ley colombiana 1988 de 2019 se haya consagrado la obligación para las administraciones locales de diseñar una política pública para los vendedores ambulantes, en la que se incluyan acciones de capacitación y cualificación laboral, fomento de proyectos productivos, registro de los vendedores informales, entre otras (art. 4).

Resulta interesante cómo el clamor popular, junto con la realidad social y económica del territorio, han generado un impacto en la teoría de la confianza legítima derecho administrativo colombiano.

En efecto, en la doctrina colombiana, al igual en que la española, el principio de confianza legítima solo aplica en situaciones en las que el administrado cumple a cabalidad con la legalidad y, por tanto, cuenta con la expectativa legítima de que su situación cobijada por la ley no va a cambiar abruptamente. De manera que la “sola inactividad” o “una omisión constante por parte de la administración no basta para poner en acción el principio de confianza legítima” (Cleves Viana, 2007, pág. 216).

Sin embargo, ante la necesidad de una gestión inclusiva del espacio público y responsiva con contexto colombiano, se ha dejado de lado a la legitimidad de la expectativa como un elemento de la teoría de la confianza legítima en derecho administrativo, para brindar protección a situaciones irregulares que se fundamentan en la mera omisión por parte de la administración (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-701 de 2017).

4. Función social de la propiedad urbana⁹⁸

La función social de la propiedad es uno de los pilares sobre los que se fundamenta el reconocimiento de la propiedad privada en un estado social de derecho, en el cual se supedita el reconocimiento de los beneficios de la propiedad al cumplimiento de las correspondientes cargas, de manera que se establezca un equilibrio equitativo en el derecho subjetivo (Santaella, 2010, pág. 736).

En el caso de la propiedad urbana, la función social de la propiedad se determina, no solo por la planificación abstracta de la ciudad, sino también -y principalmente- por el principio de

98 Numeral 2 del artículo II (función social de la propiedad urbana) de la CMDC.

distribución equitativa de las cargas y beneficios (arts. 2 y 36 de la ley colombiana 388 de 1997). Este mandato de optimización exige que, en la medida de lo que sea fáctica y jurídicamente posible, se deba propender por la equidad en el sistema reparto de cargas y beneficios de todo desarrollo urbanístico (Hernández Herrera, 2019, pág. 52), por medio de herramientas como la plusvalía, compensación y la transferencia de derechos de construcción, las unidades de actuación urbanísticas, entre otras (art. 38 de la ley colombiana 388 de 1997).

4.1. Prestación eficiente y sostenible de los servicios públicos en la ciudad (Ziccardi, 2019, pág. 88)⁹⁹

La prestación de los servicios públicos se muestra como un elemento medular de la actividad de la administración pública contemporánea, que la vincula con la prestación directa o indirecta de una actividad económica en beneficio de un interés colectivo (Reyna Alfaro & Ventura Saavedra, 2008, págs. 593-594).

Como se nota, la concepción de servicio público tiene una relación directa con la materialización del interés general, en la medida de que se entienden inherentes a la finalidad social del Estado, siendo, por tanto, “una importante herramienta de justicia social que, por llevar implícita la búsqueda del interés general, continúa siendo, desde una perspectiva jurídica, objeto de tratamiento y estudio de su parte pública y, más concretamente, administrativa (Montaña Plata, 2005, pág. 163).

El desarrollo de la premisa del derecho a la ciudad analizada implica necesariamente que las organizaciones de la administración pública local tengan un enfoque garantista, en cuanto a los derechos de los ciudadanos y las necesidades específicas del contexto social y geográfico. Así, los servicios públicos se vinculan directamente con la libertad e igualdad material de los ciudadanos, a la vez que se implantan en la estructura y funcionamiento de la administración pública local.

En el caso del ordenamiento colombiano, se puede encontrar con claridad que la ley 142 de 1994 -ley que establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios- reconoce al municipio como el responsable directo de asegurar la prestación eficiente de los servicios de acueducto, alcantarillado, aseo, energía eléctrica, y telefonía pública básica conmutada (art. 5). En caso de que no existan empresas que puedan prestar el servicio público, se prevé que será el municipio la entidad que deberá prestarlos directamente en su territorio (art. 6).

De ahí que en la garantía de servicios públicos como el del agua potable se defina que,

99 Artículos XII (Derecho al agua, al acceso y suministro de servicios públicos domiciliarios y urbanos) y XIII (Derecho al transporte público y la movilidad urbana) de la CMDC

pese a que las empresas de servicios públicos domiciliarios -organizaciones de la administración local- no tengan la obligación de instalar el servicio en viviendas que no cumplan con los requisitos normativos; no por ello pueden excluirse de la prestación efectiva del servicio de agua (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-641 de 2015). Razón que ha obligado a estas organizaciones de la institución -administración pública local- a suministrar el mínimo de agua potable por día, mediante la utilización de carro tanques, pilas públicas, entre otros mecanismos transitorios (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-974 de 2012).

Debe necesariamente resaltarse respecto de los servicios públicos de la ciudad, que se ha identificado al servicio de transporte urbano como un problema común a las metrópolis latinoamericanas, generado por los precarios sistemas de organización y gestión del transporte colectivo, los cuales no han sido reformados debido a la reducida capacidad de intervención y la falta de evolución de los gremios “artesanales” de transporte (Montezuma, 2003, pág. 186).

Si bien en Colombia se han implementado sistema de transporte masivo -SITM- que han respondido a las particularidades de cada ciudad, en términos generales, estos sistemas resultan insostenibles, en la medida de que cuentan con altos costos de operación y bajos niveles de recaudo (Fedesarrollo, 2013, pág. 11). De ahí que en el artículo 97 de la ley colombiana 1955 de 2019 se autorizaran nuevas fuentes de financiación de los SITM, reemplazando la intención de que estos fueran auto sostenibles, por la de que sean sostenibles al menos (Pabón Almanza, 2020, pág. 1164).

4.2. Integración del sector privado en el desarrollo urbano¹⁰⁰

Una premisa de la nueva agenda urbana se fundamenta justamente sobre el reconocimiento del importante papel del sector privado en el desarrollo urbano, para lo cual resulta necesario fortalecer los mecanismos de regulación y planificación, por medio de los cuales la administración puede orientar el proceso de urbanización hacia el interés público (UN - Habitat, 2015).

De esta manera, como bien se definió en el diálogo temático referente a los servicios básicos del séptimo foro urbano mundial, la participación del sector privado ayuda a desarrollar sistemas de prestación de servicios públicos, los cuales deben rendir cuentas transparentes a una ciudadanía empoderada (UN - Habitat, 2015).

La participación de la iniciativa privada en la configuración de la ciudad se puede evidenciar en el contexto colombiano en el marco de los planes parciales, como fue objeto de

100 Numeral 5 del artículo II (compromiso social con el sector privado) de la CMDC.

desarrollo en una investigación anterior, por se considera oportuno reiterar que, es en este escenario que se encauza el interés privado en la generación de una ciudad respetuosa del interés general (Cabezas Manosalva, 2020, pág. 708). En el caso específico de Bogotá, se puede notar que la discrecionalidad del distrito como entidad territorial, ha creado una clara predilección de los planes parciales a los tratamientos urbanísticos de desarrollo y renovación urbana -decreto 080 de 2016-, por lo que será este la principal oportunidad de participación del interés privado en el desarrollo de la ciudad (Cabezas Manosalva, 2020, pág. 709).

4.3. Visión omnicomprensiva de la ciudad e integración armónica del campo y la ciudad¹⁰¹

En el contenido esencial del derecho a la ciudad, se puede encontrar la premisa de integración armónica de la ciudad y el campo, a partir de la cual se supere la visión antagónica de estos conceptos, beneficio de la protección ambiental y el bienestar general (Limonad & Montemor, 2021, págs. 10-11). De esta forma, el desarrollo de una urbanización sostenible reconoce los vínculos económicos y ecológicos de la ciudad con el campo (UN-Habitat, 2002, pág. 43).

En el caso colombiano, se puede evidenciar que los POT cuentan con un componente rural, en el cual, entre otras cosas, se debe definir las condiciones de protección, conservación y mejoramiento de las zonas de producción agropecuaria, forestal o minera; así como las que refieren a recursos paisajísticos, de protección de recursos naturales y de gestión de riesgos naturales (artículo 14 de la ley colombiana 388 de 1997).

4.4. Garantía los derechos económicos, sociales y culturales por medio del diseño e implementación de políticas públicas de desarrollo sostenible y equitativo¹⁰²:

La garantía de derechos fundamentales en la ciudad se muestra como un elemento definitorio y transversal al derecho a la ciudad, que ubica la materialización de los derechos fundamentales en un contexto territorial, cultural y económico determinado.

En esa medida, con la inclusión del discurso del desarrollo sostenible, se generó una nueva concepción de procesos de urbanización, en la medida de que se incluye el factor ambiental en la planificación y organización de la ciudad (ODS # 11).

En consecuencia, la urbanización deberá observar la sostenibilidad en una escala

101 Numeral 4 del artículo 1 (definición física y política de la ciudad) de la CMDC.

102 Numeral 6 del artículo I (responsabilidad de las ciudades), numeral 6 del artículo II (Impulso de la economía solidaria y políticas impositivas progresivas), artículo IV (Producción social del habitat) y artículo V (Desarrollo urbano equitativo y sustentable), artículo VII (libertad e integridad), artículo X (Derecho a la justicia), artículo XIV (Derecho a la vivienda), artículo XV (derecho al trabajo), XVI (derecho al medio ambiente sano) de la CMDC.

ambiental -en la que se protejan los ecosistemas y recursos naturales, de manera que no se comprometa el medio ambiente a futuro-; en una escala social y económica -en la cual se responda a las necesidades de desarrollo y bienestar de los ciudadanos, y se distribuya de manera más equitativa los recursos e ingresos urbanos-; y en una escala urbana y espacial -en la cual se reconoce a la ciudad dentro de un sistema de relaciones con la áreas rurales, las regiones, las demás ciudades y el medio ambiente, de manera que no se trasladen externalidades o problemas ambientales a otras localidades, ciudades, regiones o países sin una compensación- (Burgess, 2003, págs. 200-210).

Como se puede notar, esta premisa del derecho a la ciudad plantea el desarrollo sistemático de los derechos fundamentales de la persona en determinado territorio y contexto social, económico y político que, en otras palabras, implica una síntesis de estas garantías en la realidad. De esta manera, se coincide con Ávila Orive, al reconocer que el derecho a la ciudad encuentra similitud con el desarrollo sostenible, mostrándose como un vehículo para la inclusión social y el acceso igualitario a los beneficios de la ciudad (Ávila Orive, 2018, pág. 203).

En desarrollo de esto, el derecho a la vivienda se muestra como una de las principales garantías -mas no la única- que debe garantizarse en el diseño de la ciudad, en particular, al considerar que la urbanización informal y la demanda por el acceso al suelo urbano han sido una problemática característica del contexto latinoamericano (Zárate, 2016, págs. 3-4).

En el contexto colombiano, siguiendo al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se reconoce a la vivienda digna como un derecho fundamental, que implica por parte de la administración la obligación de procurar las condiciones de vivienda digna a todos los ciudadanos, por lo cual el estado:

“debe implementar medidas como la promoción de planes de vivienda de interés social, sistemas de financiación y formas para la ejecución de tales programas, tal como lo ordena la carta fundamental” (Corte Constitucional colombiana, sentencia T-417 de 2015).

Como se pudo notar en la anterior exposición, pese a que el derecho a la ciudad no figura como una garantía con un contenido jurídico claramente determinado en el ordenamiento colombiano, ello no obsta para que, como categoría política, esté presente en el funcionamiento de la administración pública local.

Así, partiendo del institucionalismo discursivo, se ha podido evidenciar cómo las premisas definitorias del derecho a la ciudad se encuentran vigentes en el ordenamiento jurídico

colombiano. Con ello, se mostró que la determinación del discurso institucional de protección de los derechos fundamentales y cumplimiento de la legalidad influye directamente en la participación de las organizaciones de la institución analizada en la formulación de políticas públicas referentes a la ciudad.

Esta presencia de un discurso político en bien podría augurar la efectiva positivización de esta garantía colectiva en el ordenamiento colombiano, como quedará consagrado en el caso del nuevo POT de Bogotá. En efecto, en el proyecto de nuevo POT, no solo se reconoce a este derecho como un principio rector del ordenamiento territorial (art. 4), sino que también se establece una estructura funcional y de cuidado (art. 88), como garante de este derecho.

Si bien la consagración positiva de esta garantía beneficiará la aplicación y delimitación jurídica de este derecho, ello no obsta, como se mostró, para que el derecho a la ciudad ya se encuentre vigente en diferentes escenarios de funcionamiento de la administración y, por ende, sea exigible por parte de los ciudadanos, atendiendo a las condiciones específicas sociales y territoriales específicas de la ciudad.

De igual manera, el desarrollo de lo anterior evidenciará la redefinición actual del concepto tradicional del derecho urbano (Carceller, 1981, pág. 17 y ss.), debido a que su noción tradicional ligada a la propiedad privada urbana se muestra insuficiente para integrar el conjunto de garantías que pretenden definir el contenido jurídico del derecho a la ciudad.

La presencia de las premisas esenciales de categoría política “derecho a la ciudad” en las organizaciones de la administración pública local colombiana nos ha mostrado cómo la planificación y gestión de las ciudades no tiene por objeto principal la legalidad y la función social propiedad privada -como se ha concebido tradicionalmente (Rincón Córdoba, 2012, pág. 1)-; sino que se enfoca en la generación de condiciones de igualdad, participación ciudadana en la planificación y desarrollo sostenible de la ciudad; la promoción del espacio público y bienes públicos de la ciudad; la prestación eficiente de los servicios públicos; la participación del sector privado en el desarrollo de la ciudad; la integración del campo y la ciudad; la garantía de derechos fundamentales en la ciudad y, sumado a esto, en la función social de la propiedad urbana. Las anteriores premisas, aunque representan intereses diferenciables con figuras jurídicas propias para su protección, sintetizan esa garantía participación incluyente en los asuntos de la ciudad y acceso equitativo a los servicios públicos y beneficios urbanos. De esta manera, se entiende al derecho urbano como la disciplina del derecho administrativo -parte especial- encargada de organizar, habilitar, garantizar y, eventualmente, prestar los medios y servicios requeridos para el

desarrollo de la vida en la urbe, desde una visión sistemática y planificada¹⁰³.

En consecuencia, la aproximación teórica que se haga al derecho urbano necesariamente deberá tomar consideración de esta visión omnicomprendiva del territorio, en la cual el territorio se muestra como un espacio de síntesis de las garantías constitucionales, por medio de una identificación sistemática de las necesidades sociales, políticas, económicas y geográficas del individuo, como miembro de la comunidad urbana.

5. Referencias

Araral, E., & Mulya, A. (2016). Institutions and the Policy Process 2.0: Implications of the IAD Framework. En B. G. (editors), *Contemporary Approaches to Public Policy Theories, Controversies and Perspectives* (pág. 82). Pittsburgh: Palgrave Macmillan.

Ávila, J. (2018). *Ciudadanía urbana, desarrollo sostenible y derecho a la ciudad*. Valencia: Tirant lo blanch.

Borja, J. (2003). Ciudad y planificación: la urbanística para ciudades de Latinoamérica. En M. Balbo, R. Jordán, & D. S. (Compiladores), *Ciudad Inclusiva* (pág. 93). Santiago de Chile: CEPAL.

Borja, J., & Muxi, Z. (2003). *El espacio público, ciudad y ciudadanía*. Barcelona: Electa.

Bovero, M. (2002). Ciudadanía y derechos fundamentales. *Boletín Mexicano de derecho comparado*, Vol. XXXV, N° 103, 21-22.

Burgess, R. (2003). Ciudad y sostenibilidad: Desarrollo urbano sostenible. En M. Balbo, R. Jordán, & D. S. (Compiladores), *Ciudad y planificación: la urbanística para ciudades de Latinoamérica* (págs. 200-210). Santiago de Chile: CEPAL.

Cabezas Manosalva, N. (2020). Los planes parciales: entre la discrecionalidad de las entidades territoriales y la autonomía privada en la ordenación de la ciudad. En J. I. Rincón Córdoba, & N. (. Cabezas Manosalva, *Ordenación del Territorio, ciudad y derecho urbano* (pág. 665). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

103 Se parte de la visión sistemática del derecho administrativo de Schmidt-Assmann, según la cual hay una parte general y una parte especial del derecho administrativo, las cuales se nutren en una relación recíproca. Cfr. (Schmidt-Assmann, 2003, pág. 10). En ese sentido, el derecho urbano como una parte especial se nutre en los aspectos no regulados por la teoría general de derecho administrativo, lo cual no va a obstar, como se mostrará, para que las particularidades propias del interés general protegido por ese sector muestren, no solo formulas innovadoras, sino también replicables a otros sectores de referencia.

- Carceller, A. (1981). *Instituciones de derecho urbanístico*. Madrid: Montercorvo.
- Carrion, F., & Dammert, M. (2019). "El Derecho a la Ciudad: una aproximación". En F. D.-G. M., *Derecho a la ciudad una evocación de las transformaciones urbanas en américa latina* (pág. 9). Quito: Flacso.
- Cleves, M. (2007). *El principio de confianza legítima en el derecho administrativo colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Consejo de Estado colombiano. (2019). Sección primera, sentencia de 19 de agosto de 2019, exp. 63001-23-31-000-2010-00336-02.
- Costes, L. (2011). Del 'derecho a la ciudad' de Henri Lefebvre a la universalidad de la urbanización moderna. *Urban (2)*, 97.
- Díaz, J. (2003). La crítica de Hegel a Kant. En L. E. (editor), *Lecciones de filosofía* (pág. 265). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia - Universidad Externado de Colombia.
- DNP. (2004). *Documento CONPES 3305*.
- Fedesarrollo. (2013). *La integración de los sistemas de transporte urbano en Colombia. Una reforma en transición*. Bogotá: Fedesarrollo.
- Fernandes, E. (2011). *Regularización de asentamientos informales en América Latina*. Cambridge: Lincoln Institute of Land Policy.
- Garcé, A. (2015). El institucionalismo discursivo como oportunidad: La ciencia política latinoamericana y el estado del arte en la literatura sobre el poder político de las ideas. *Política y gobierno*, 212-215.
- Harvey, D. (2013). *Ciudades rebeldes Del derecho de la ciudad a la revolución urbana*. Madrid: Ediciones Akal.
- Hernández, C. (2019). *El contexto jurídico de las cargas urbanísticas y el principio de reparto equitativo*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Lefebvre, H. (1969). *El derecho a la ciudad*. Barcelona: Ediciones península.

- L'Huillier, F., & Ouviaña, H. (2016). Del Indoamericano a la Carpa Villera. Derecho a la ciudad y luchas por la urbanización de las villas (2010-2016). *Revista del área de estudios urbanos*, 16(6), 61.
- Limonad, E., & Monte-mor, R. (2021). Por el derecho a la ciudad, entre lo rural y lo urbano. *Scripta Nova: revista electrónica de geografía y ciencias sociales*, Vol. 16, 10-11.
- Miranda, F. (2018). Derecho a al vivienda y derecho a ciudad: los campamentos tradicionales y los "otros" campamentos de nuestras ciudades. *Revista CIS*, N° 24, 11.
- Molano, F. (2016). El derecho a la ciudad: de Henri Lefebvre a los análisis sobre la ciudad capitalista contemporánea. *FOLIOS*, N° 44, 3.
- Montaña Plata, A. (2005). *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montezuma, R. (2003). Ciudad y transporte: la movilidad urbana. En M. Balbo, R. Jordán, & D. S. (Compiladores), *Ciudad y planificación: la urbanística para ciudades de Latinoamérica* (pág. 186). Santiago de Chile: CEPAL.
- Pabón, C. (2020). Tiempo, espacio y seguridades: trinomio que afecta la cohesión social. En J. I. Rincón Córdoba, & N. (. Cabezas Manosalva, *Ordenamiento del Territorio, ciudad y derecho urbano* (pág. 1164). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Peters, B. (2016). Institutionalism and Public Policy. En B. G. Peters, & P. Zittoun, *Contemporary Approaches to Public Policy: Theories, controversies and perspectives* (pág. 58). Pittsburgh: Palgrave Macmillan - University of Pittsburgh.
- Reyna, L., & Ventura Saavedra, K. (2008). Los servicios públicos en Perú: visión preliminar. *Actualidad de los servicios públicos en Iberoamérica*, 593-594.
- Rincón, J. (2012). *Planes de Ordenamiento territorial, propiedad y medio ambiente*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rivera, D. (2020). *La consulta previa: daño inmaterial y reparación*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Rodríguez-Arana, J. (2012). *El ciudadano y el poder público: el principio y derecho al buen*

gobierno y a la buena administración. Madrid: Reus.

Santaella, H. (2010). *El Régimen Constitucional De La Propiedad Privada Y Su Garantía En Colombia.* Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.

Santofimio, J. (2017). *Compendio de derecho administrativo.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Schmidt-Assmann, E. (2003). *Teoría general del derecho administrativo como sistema.* Madrid: Marcial Pons.

Techo. (2015). *Derecho a Bogotá: investigación de asentamientos informales.* Bogotá: Techo.

UN-Habitat. (2002). *World Urban Forum 1.* Nairobi: UN.

UN - Habitat. (2015). *World Urban Forum 7, Report.* Nairobi: United Nations Human Settlements Programme.

Zárate, L. (2016). Derecho a la ciudad y buen vivir. *Revista América Latina en movimiento* (519), 3-4.

Ziccardi, A. (2019). Las nuevas políticas urbanas y el derecho a la ciudad. En F. C. Mena, & M. D.-G. (editores), *Derecho a la ciudad: una evocación de las transformaciones urbanas en Latinoamérica* (pág. 88). Lima: CLACSO.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA¹⁰⁴

THE CONVENTIONALITY CONTROL IN THE PUBLIC ADMINISTRATION

María Emilia Corral

RESUMEN

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha ampliado las barreras de la doctrina del control de convencionalidad, requiriendo su ejercicio no sólo a los órganos del Poder Judicial sino a cualquier autoridad pública de los Estados. Sin embargo, al no encontrarse precisado el parámetro, la modalidad y demás presupuestos que deben observar los órganos públicos estatales en su ejercicio, el control de convencionalidad ha generado numerosas polémicas y constituye hoy un desafío para los distintos niveles de la Administración Pública. El presente estudio indaga los fundamentos, las consecuencias y los límites del control de convencionalidad por parte de los agentes públicos, como así también su posible vinculación con la doctrina de margen de apreciación nacional.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad, Administración Pública, margen de apreciación nacional, Corte Interamericana de Derechos Humanos

ABSTRACT

The Inter-American Court of Human Rights has expanded the scope of the conventionality control theory, by requiring its exercise not only by domestic judges but also by all state authorities. However, as it is not specified the parameter, modality and other requirements that the public authority must observe in its exercise, the conventionality control has generated numerous polemics and constitutes a current challenge to the different levels of the public administration. The present study investigates the legal foundations, consequences and limits of the conventionality control done by the public authorities, as well as its possible connection with the national margin of appreciation doctrine.

104 Esta ponencia del IV Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo se encuentra publicado en la Revista El Derecho. Puede consultarlo en <https://www.elderecho.com.ar/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=433&idedicion=7583>.

KEYWORDS

Control of conventionality, Public Administration, national margin of appreciation, Inter-American Court of Human Rights

1. Introducción

El Derecho Administrativo es caracterizado por las transformaciones en sus instituciones y el surgimiento de nuevos principios y reglas jurídicas compatibles con los fines que persigue el cambio o la adaptación del sistema jurídico (Cassagne, 2021, p. 105). El Sistema Interamericano de Derechos Humanos y el denominado *corpus iuris internacional* impacta y atraviesa de modo transversal a la mencionada rama del derecho público, en sus aspectos sustantivos, procedimentales y procesales (Alianak, 2015, p. 30). Ejemplo de ello es el instituto del control interno de convencionalidad, el cual se ha convertido en una hermenéutica proclive a asumir en la labor de la Administración Pública (Gatti, 2016, p. 23).

El control de convencionalidad consiste en un análisis de compatibilidad entre los actos y normas domésticas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la jurisprudencia de que de la misma ha efectuado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) (Ferrer Mac-Gregor, 2012, p. 340).

Sin perjuicio de que el concepto ya había sido expresado en el ámbito interamericano por el entonces juez Sergio García Ramírez en sus votos razonados de los casos *Myrna Mack Chang vs. Guatemala* y *Tibi vs. Ecuador*, la Corte IDH introdujo el control de convencionalidad en la sentencia *Almonacid Arellano vs. Chile* al expresar que “el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de convencionalidad’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos”, quien luego agrega que se “debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana” (2006, párr. 124).

Dos meses después, el Tribunal Interamericano elimina la referencia “una especie de”, afirmando categóricamente el concepto “control de convencionalidad”, y especifica que debe ser realizado *ex officio* y en el marco de las respectivas competencias y regulaciones procesales correspondientes (Corte IDH, 2006, párr. 128).

Del primer desarrollo jurisprudencial, surge que el ejercicio del control de convencionalidad constituye una tarea ineludible del Poder Judicial; sin embargo, la Corte IDH

avanza y agrega que “cuando un Estado es parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel” (Corte IDH, 2010, párr. 225). Este precedente instauró un primer interrogante sobre el alcance que debía darse a la expresión “todos sus órganos”: si el mismo debía ser analizado como órgano interno sin diferenciar el poder al que pertenecen o si debía interpretarse únicamente los órganos de la administración de justicia.

La amplitud de las fronteras de operatividad del examen convencional queda expresamente confirmada en el Caso Gelman vs. Uruguay al aludir que ello es “función y tarea de cualquier autoridad pública y no sólo del Poder Judicial” (Corte IDH, 2011, párr. 239), zanjando las dudas suscitadas e incluyendo de esta manera a todas las autoridades y órganos estatales en la obligación de ejercer el control de convencionalidad.

Como corolario, se concluye que el control de convencionalidad es un deber de los agentes de la Administración Pública -sin distinción de niveles-, en el espacio de su competencia y bajo el marco de las reglas procesales vigentes. Ello implica que todo decreto, reglamento, ordenanza, instrucción, circular o acto administrativo debe ser confrontado con el parámetro de convencionalidad, por parte de la autoridad estatal que deba dictarlo y/o aplicarlo.

Sin embargo, el ejercicio del control de convencionalidad en sede administrativa presenta particularidades que lo distinguen fuertemente de aquel que se realiza en sede judicial. Lejos de ser una materia acabada, resta aún por definir varios aspectos respecto a su operación jurídica, su alcance, efectos en el ordenamiento jurídico interno y demás presupuestos que deben observar los órganos públicos estatales ajenos a la función judicial en esta tarea; constituyendo hoy un fuerte desafío en las Administraciones Públicas de los Estados.

2. Fundamento de su obligatoriedad

La esencia y fin del ejercicio del control de convencionalidad reside en el contenido de los arts. 1 y 2 de la Convención Americana, es decir en la obligación general de los Estados de respetar el libre y pleno ejercicio de los derechos establecidos en el texto del tratado y en el deber de adoptar las disposiciones legislativas, jurisdiccionales, administrativas y de cualquier otro carácter para garantizar los derechos allí consagrados. Bajo la premisa del *effect utile*, la Corte IDH ha sido clara en resaltar que quien lleve a cabo el control de convencionalidad:

(...) Debe velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, de manera que no quede mermado o anulado por la aplicación de normas o prácticas internas contrarias al

objeto y fin del instrumento internacional o del estándar internacional de protección de los derechos humanos. (Corte IDH, 2008, párr. 180).

Asimismo, el control se basa en el principio de buena fe y de *pacta sunt servanda*, en concordancia con el art. 27 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, pues ordena a los Estados que no es posible alegar disposiciones de derecho interno para incumplir sus obligaciones internacionales. El ejercicio del control de convencionalidad posee como guía orientativa el principio *pro homine*, el cual impone al intérprete el deber de adoptar la norma o práctica más favorable para el efecto del goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona (Camarillo Govea y Rosas Rábago, 2016, p. 132).

En síntesis, el control de convencionalidad se fundamenta en normativa y principios vigentes con anterioridad a que se haya introducido el presente concepto, debiendo ser el Estado, en todos sus niveles, la primera barrera de protección de los derechos humanos.

3. Principales aspectos

Si bien la Corte IDH ha afirmado que “la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad” (2014, párr. 124), de sus fallos jurisprudenciales pueden destacarse los siguientes aspectos: el parámetro de convencionalidad, la modalidad de aplicación y el límite brindado por la competencia del órgano y las reglas procedimentales del ordenamiento jurídico interno.

3.1. Parámetro de convencionalidad:

Para comenzar es preciso definir cuál es el parámetro de convencionalidad que se exige, por un lado, respecto a las normas jurídicas internas que deben ser sometidas al control y, por el otro, respecto a las normas interamericanas que debe buscarse la compatibilización.

Desde el primer aspecto, el deber general del Estado de ‘adecuación’ de las reglas domésticas previsto en el Art. 1.1 y 2 ha sido interpretado de manera amplia por la Corte IDH, abarcando aquellas reglas internas de esencia legislativa, administrativa o de cualquier otro carácter. En el mismo sentido, el Tribunal Interamericano no ha delimitado los preceptos locales que deben ser objeto del control, empleando indistintamente la terminología de “ley”, “leyes internas”, o “normas jurídicas internas” (Hitters, 2009, p. 120-121).

Por ello, se concluye que el control de convencionalidad puede ejercerse sobre cualquier regla de alcance general y particular ya sea una ley, decreto (Corte IDH, 2010, párrs. 236-237),

actuaciones administrativas (Corte IDH, 2011, párr. 228), e incluso constituciones provinciales y nacionales.

Desde un segundo aspecto, el control de convencionalidad de la normativa interna debe realizarse respecto a la Convención Americana, el Protocolo de San Salvador, el Protocolo Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte y demás tratados interamericanos de igual naturaleza, integrantes del denominado *corpus juris interamericano*, como la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura, y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Corte IDH, 2012, p. 262).

Además, el examen de compatibilidad también incluye la interpretación que de los tratados mencionados ha realizado la Corte IDH, en su condición de intérprete final de la Convención y de los tratados interamericanos mencionados. Ello ha sido denominado por la doctrina como “interpretación mutativa por adición”, en razón de que el Tribunal agrega algo al contenido inicial formal del Pacto, aunque el texto de este no ha variado (Sagüés, 2010, p. 449).

Por último, ha surgido el interrogante respecto a la expansión del control de convencionalidad a las opiniones consultivas emitidas por la Corte IDH. Si bien en una primera etapa la Corte IDH mantuvo un criterio estable sobre el carácter “no vinculante” de sus opiniones consultivas, recientemente en la Opinión Consultiva Nº 24 manifestó que los Estados deben realizar un control de convencionalidad “sobre la base de lo que señale en ejercicio de su competencia no contenciosa o consultiva, la que innegablemente comparte con su competencia contenciosa, el propósito del sistema interamericano de derechos humanos” (Corte IDH, 2018, párr. 26).

3.2. Modalidad de aplicación:

Al no encontrarse delimitado el alcance y la modalidad de aplicación por la Corte IDH, ello ha quedado librado a cada ordenamiento jurídico interno de cada Estado parte, circunstancia que puede dar lugar a distintas respuestas jurídicas según el país y el tipo de proceso donde se practique (Sagüés, 2010, p. 456).

No obstante, ello la Corte IDH sí ha establecido que las autoridades públicas deben ejercer el control de convencionalidad de manera inmediata y espontánea, es decir, oficiosa y “en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes” (Corte IDH, 2009, párr. 128).

También, se ha señalado que la interpretación administrativa debe adecuarse, con base al control de convencionalidad, a los principios establecidos en la jurisprudencia interamericana (Corte IDH, 2011, párr. 228). Paralelamente, las autoridades administrativas en el ejercicio de funciones de carácter jurisdiccional deben cumplir con aquellas garantías destinadas a asegurar que la decisión no sea arbitraria (Corte IDH, 2011, párr. 119).

La Corte IDH, a su vez, ha interpretado que la mencionada adecuación de los preceptos domésticos debe realizarse en dos vertientes:

3.2.1. La supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención o que desconozcan los derechos allí reconocidos u obstaculicen su ejercicio

3.2.2. La expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. (Corte IDH, 2008, párr. 180)

Por último, resulta menester identificar la oportunidad procesal de la aplicación del control de convencionalidad en el procedimiento administrativo. Se considera que el mismo debe ser llevado a cabo por los servicios jurídicos permanentes de la Administración Pública en su función consultiva y dentro de la etapa de elaboración del dictamen jurídico previo a la emisión de actos de la administración. En este punto es necesario resaltar la importancia de la capacitación permanente de los agentes estatales y el encaminamiento razonable preciso y sistemático del examen de convencionalidad, evitando así ensayos de control que no obedezcan a un conocimiento profundo sobre los derechos humanos, los tratados interamericanos y los estándares de protección establecidos por la Corte IDH.

4. El límite brindado por la competencia y las reglas procedimentales:

Específicamente, respecto a las autoridades públicas que realizan funciones administrativas, el ejercicio del control de convencionalidad deberá especialmente adecuarse a las reglas de competencia y procedimentales que rigen en los ordenamientos jurídicos internos, en tanto ésta es quien predetermina, articula y delimita a la función administrativa que desarrollan los órganos estatales.

La competencia de los órganos administrativos consiste en un “elenco específico de poder asignado por el ordenamiento normativo a los órganos y entes que despliegan la función administrativa para la satisfacción adecuada de los fines de interés público queridos por la Constitución, los tratados, las leyes y los reglamentos” (Sammartino, 2007, p. 263). La

competencia no se presume y debe estar otorgada en forma expresa o razonablemente implícita por una norma jurídica para que pueda reputársela legalmente existente; rigiendo el principio de *nulla competentia sine norma*. (Farrando, 2019, p. 91).

Por ello, no se debe alterar ni crear competencias que no corresponden bajo el pretexto de que ello constituye una obligación derivada de la Convención Americana; debiendo siempre enmarcarse en la competencia otorgada por ley y las regulaciones procesales domésticas correspondientes.

5. Control de convencionalidad constructivo y represivo:

Según la operación jurídica a realizar, se puede dividir al control de convencionalidad en dos facetas: constructiva y represiva. La primera, instaurada en la Causa Radilla Pacheco vs. México (Corte IDH, 2009, párr. 338), busca la interpretación del derecho doméstico en forma armonizante y adaptativa a la Convención y demás tratados interamericanos y su respectiva interpretación realizada por la Corte IDH. Íntimamente relacionado con la doctrina de la interpretación conforme, su ejercicio implica que las autoridades administrativas escojan entre las diversas interpretaciones jurídicas válidas de una norma nacional aquella que sea compatible con los estándares interamericanos y, en caso de ser necesario, construyan aquella interpretación adecuada para lograr dicha compatibilidad para lograr su mayor eficacia y protección (Ferrer Mac-Gregor, 2011, p. 535).

Sagüés (2014) ha propuesto las siguientes operaciones jurídicas a realizar respecto a la faceta constructiva del control de convencionalidad: selección de interpretaciones compatibles con la CADH y jurisprudencia de la Corte; y de construcción de interpretaciones, mediante interpretaciones del derecho nacional mutativas por adición, agregándole compatibilidad al precepto normativo local; mutativas por sustracción, quitándole contenido para compatibilizarlo; o mutativas mixtas por adición y sustracción (p. 15).

El ejercicio de esta faceta constructiva por parte de las autoridades públicas consiste específicamente en armonizar y, en su caso, aplicar los contenidos de la Convención Americana y demás tratados interamericanos, en la organización y dirección de la política y administración; en el diseño e implementación de políticas públicas y demás actos de gobierno que tengan como finalidad la protección de cualquier derecho humano (Castilla Juárez, 2016, p. 118).

La restante faceta del control de convencionalidad, denominada de tipo represivo o destructivo, exige al órgano local descartar o inaplicar las normas internas opuestas o incongruentes a los instrumentos interamericanos mencionados y a las interpretaciones que ha realizado la Corte IDH. Su ejercicio es el que mayores problemáticas y obstáculos presenta en el

marco de su aplicación por parte de la Administración Pública, en virtud de los aspectos que se detallarán a continuación.

En primer lugar, el Poder Ejecutivo no puede derogar ni declarar la inconstitucionalidad de las leyes, siendo ello una atribución propia del Poder Judicial (Sagüés, 2002, p. 223). En este sentido, se ha pronunciado el máximo Tribunal de la Rca. Argentina en más de un precedente, al entender que no corresponde al Poder Ejecutivo ejercer el control de constitucionalidad de una norma, cuya actividad es propia del Poder Judicial, y que cualquier declaración de inconstitucionalidad que se realice en el seno de la Administración constituye una “indebida asunción de facultades judiciales” (CSJN, 1988).

Ergo, surge el siguiente interrogante: si se reserva el control de constitucionalidad a los jueces y se le impide al Poder Ejecutivo, ¿podría o incluso debería una autoridad pública declarar inconvenientes ciertas normas que sin embargo no puede declarar inconstitucionales? Cabe destacar que dicha operación jurídica llevaría a una consecuencia similar que la declaración de inconstitucionalidad, es decir su no aplicación en el caso concreto.

En segundo lugar, el principio de la legalidad administrativa exige que todo acto de las autoridades públicas, que actúan en ejercicio de tal función administrativa, debe emitirse sobre la base de una habilitación otorgada previamente por la ley en un sentido amplio (Cassagne, p. 239). Ello supone que tanto en la expedición como en la ejecución de actos administrativos se actúe con apego a la competencia otorgada y las normas jurídicas preexistentes, lo que genera que los actos administrativos se presuman válidos y productores de su natural eficacia jurídica (Brewer Carías, 1964, 131).

Al no existir una disposición en el ordenamiento jurídico que le atribuya competencia expresa para ejercer el control represivo de convencionalidad, la Administración Pública no tendría competencia para inaplicar una norma cuya compatibilidad convencional se encuentre cuestionada, so pena de dictar un acto de nulidad absoluta e incurrir en usurpación de funciones.

Por otro lado, el ejercicio del control represivo de convencionalidad por parte de la autoridad pública conllevaría a un problema adicional, el cual puede resumirse en que los destinatarios de la decisión desconocerían las razones por las que, existiendo una ley o normas aplicables a su asunto, no fueron consideradas o tenidas en cuenta para solucionar el caso planteado.

Se concluye que, a pesar que la Corte IDH no se ha pronunciado expresamente al respecto, las autoridades públicas no podrían ejecutar un control represivo de constitucionalidad

y, por ende, inaplicar o dejar sin efecto una norma interna.

Ahora bien, ¿qué remedio procesal puede utilizar la autoridad administrativa al enfrentarse ante una norma doméstica aplicable a un caso concreto palmariamente inconvencional y dar cumplimiento así con sus obligaciones internacionales de garantía y protección de los derechos humanos?

Como bien se mencionó, no podría resolver el asunto como si la norma local no existiera, ignorándola o absteniéndose de su aplicación. Esta vía resultaría sin duda altamente compleja y peligrosa, en tanto habilitaría a toda autoridad pública a efectuar un juicio de valor sobre las normas que considera convencionales y aquellas que no, en cuyo caso procedería a ignorarlas o abstenerse de aplicarlas en la resolución de los asuntos legalmente atribuidos. Ante el temor de que, si se le permitiese tal cosa, la Administración Pública podría evadirse de cuanta ley no le gustase.

En congruencia con el principio de división de poderes y del respeto de las competencias constitucionalmente atribuidas al Poder Judicial, se considera que la Administración Pública frente a una disposición que no supere el examen de convencionalidad debería plantear el incidente ante los órganos judiciales competentes y, en su caso, suspender el respectivo procedimiento administrativo hasta tanto se resuelva en sede judicial; todo ello de conformidad a las reglas procesales imperantes en cada Estado parte. No obstante ello, al no encontrarse delimitado, su instrumentación depende de la creatividad de los operadores jurídicos y de las reglas procedimentales del ordenamiento jurídico interno.

Para concluir, un extracto de un fallo reciente de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Mendoza de Argentina (2016) representa una loable conclusión respecto al accionar de las autoridades públicas en el ejercicio de las dos facetas del control de convencionalidad:

En nuestro sistema jurídico sólo los jueces poseen el poder de declarar inconstitucionalidades en los casos que se le plantean, ello no obsta al ejercicio del control de convencionalidad genérico que corresponde no sólo a los jueces sino también a todas las autoridades del Estado (...) no ya para declarar inaplicable una norma sino como fundamento de actitud de gestión que conduzca a maximizar los derechos reconocidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos. (fs. 151)

6. Margen de apreciación nacional:

La actividad de las autoridades administrativas debe ser sometida al control constructivo

de convencionalidad; sin embargo, no debe ser una aplicación automática ni extrema, en tanto ello puede finalizar pulverizando la capacidad de la Administración Pública de captar particularidades contextuales.

A través de la doctrina del margen de apreciación nacional, habiéndose reconocido la existencia de una diversidad de interpretaciones en materia de derechos fundamentales, se permite un poder de deferencia de los tribunales regionales hacia los Estados frente a circunstancias en las cuales no existe ningún tipo de consenso interestatal (Barbosa Delgado, 2011, p. 109). La misma debe ser comprendida como un reducto o criterio de interpretación y aplicación de los derechos humanos, atribuido al Estado por parte de los tribunales regionales (García Roca, 2010, p. 337).

La doctrina tiene su origen en el derecho administrativo francés, al utilizar el Consejo de Estado francés el término *marge d'appréciation* para designar la discrecionalidad administrativa con la que cuenta el Estado para realizar determinados actos, y determinar el alcance que podrá tener la revisión judicial respecto de éstos (Macdonald, 1987, p. 187). Luego fue desarrollada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, quien, en su tarea de intérprete último del Convenio Europeo de Derechos Humanos, halla su justificación en lograr equilibrios institucionales y garantías para la legitimidad de cada uno de los órganos y ordenamientos jurídicos comprometidos (Núñez Poblete, 2012, p. 6)

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, si bien se recepcionó al inicio de la jurisprudencia de la Corte IDH, luego no se ha utilizado mayormente (Santiago y Bellocchio, 2019, p. 580); siendo incluso rechazada por entonces integrantes del Tribunal Interamericano (Cañado Trindade, 2001, p. 386).

No obstante ello, compartimos el criterio de García Ramírez en tanto el control interno de convencionalidad supone cierto margen nacional de apreciación, quien expresa:

No es conveniente ni realista pretender que todo el orden jurídico sea producto de una sola fuente internacional, con operación puramente endogámica, ciega y sorda a las incitaciones que surgen de las fuentes nacionales de reflexión y decisión. En el mismo sistema interamericano se cuenta con ejemplos -cada vez más numerosos y aleccionadores- sobre la racionalidad y los beneficios del diálogo jurisprudencial. (2011, p. 108)

Así, los fundamentos del margen de apreciación nacional son conciliables en la función de la administración, en virtud de que las políticas públicas y las decisiones adoptadas en

sede administrativa suponen un contacto más cercano con el administrado y se encuentran empapadas, ideológica y políticamente, por la impronta local.

Lo expuesto se encuentra íntimamente vinculado con el principio estructural de subsidiariedad, debiéndose evitar usurpar las competencias de los Estados partes en su labor como los principales responsables de la protección de derechos humanos en su jurisdicción (Corte IDH, 2012, párr. 142). En este orden de ideas, la exigencia del control de convencionalidad debe tener como finalidad coadyuvar a los Estados en su labor, no reemplazarlo en sus atribuciones.

Por ello, la Administración Pública debe otorgar la debida y correspondiente atención a los destinatarios de los actos estatales, quienes no son idénticos a aquellos actos destinados a habitantes de cualquier otro Estado, ni quizás a los sujetos considerados en los precedentes de la Corte IDH. En este propósito, no debe ejercer el control constructivo de convencionalidad de manera irreflexiva y ciega; por el contrario, las posibilidades de que dicha compatibilización no se alcance en la totalidad de las hipótesis son infinitas. Empero, ello no significa reconocer una discrecionalidad absoluta en los actos de la administración, al contrario, el principio *pro homine* debe imperar como criterio interpretativo final armonizador entre las normas internacionales y nacionales.

Por tanto, la operación jurídica del control de convencionalidad en las actuaciones administrativas debe ser ejercida teniendo en cuenta la realidad histórica, económica, jurídica, cultural y sociológica de los destinatarios, encontrándose encauzada en la mayor promoción y protección de los derechos humanos.

7. Conclusiones

A lo largo del desarrollo jurisprudencial de la Corte IDH, el control de convencionalidad ha sido objeto de varios interrogantes y controversias respecto a su modalidad de aplicación, su alcance, sus consecuencias, generando que su efectivo y adecuado ejercicio por parte de los órganos internos de los Estados continúe siendo un desafío.

Entendido en un primer momento como una tarea ineludible del Poder Judicial, la Corte IDH amplía las barreras de su ejercicio involucrando así a todas las autoridades estatales. Debiendo ser realizado *ex officio* y en el marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales previstas en el ordenamiento jurídico interno, la Administración Pública se encuentra obligada a ejercitar el control de convencionalidad, fundamentado principalmente en el Art. 1 y 2 de la Convención Americana, Art. 27 de la Convención de Viena de los Tratados y en los principios *pro homine*, *pacta sunt servanda* y de buena fe.

La aplicación del control constructivo de convencionalidad por parte de las autoridades administrativas garantizará que los actos de la administración y las políticas públicas a implementar sean conforme a un ordenamiento jurídico ligado al derecho, con base constitucional y convencional. Ello permitirá proyectar la actividad y el procedimiento administrativo con base al cumplimiento de los máximos estándares de protección de los derechos humanos.

Su ejercicio debe ser encauzado, no debiendo ser aplicado de forma automática ni irrestricta, existiendo un margen de apreciación nacional a favor de la Administración Pública en tanto ésta es quien se encuentra, en principio, en mejor posición para elaborar e implementar políticas públicas y demás actuaciones administrativas. La autoridad pública debe analizar y compatibilizar en el caso concreto su posible aplicación, no debiendo nunca culminar en siembra de injusticia ni de inseguridad general o particular, ni tampoco descuidar las urgencias de la realidad propia de los administrados.

El ejercicio del control represivo de convencionalidad por parte de la Administración Pública se encuentra con un obstáculo infranqueable, en tanto las autoridades públicas no tienen competencia para derogar ni dejar sin efecto una ley, siendo ello una atribución propia del Poder Judicial. En el hipotético caso que se permitiera este nivel de examen de convencionalidad, se abrirían las puertas a un mal mayor que es la violación del equilibrio entre los diversos poderes del Estado y la suma de una potestad de dejar sin efecto la norma aplicable en el caso concreto, que constituye la última ratio del ordenamiento jurídico y la más delicada de las funciones en un Estado de Derecho.

En conclusión, las autoridades públicas deben tomar una actitud activa en la protección y promoción de los derechos humanos de los administrados; la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno de los Estados (Corte IDH, 2006, párr. 11). Un adecuado ejercicio del control de convencionalidad compatibilizador de la normativa interna con el *corpus juris interamericano* constituye una herramienta insoslayable para la efectiva protección de los derechos humanos.

8. Referencias

- Alianak, R. (2015). El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad. *A&C-Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, 15(59) 59, 29-46.
- Barbosa, F. (2011). Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales. *Revista Derecho del Estado*, (26), 107-135.

- Brewer, A. (1964). *Las Instituciones Fundamentales del Derecho Administrativo y la Jurisprudencia Venezolana*. Universidad Central de Venezuela.
- Camarillo, L. A. Y Rosas E. (2016). El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 64, 127-159.
- Cançado, A. (2001). *El acceso directo del individuo a los tribunales internacionales de Derechos Humanos*. Universidad de Deusto.
- Cassagne, J. (2021). *Los grandes principios del derecho público: constitucional y administrativo* (2.ª ed.) Rubinzal-Culzoni.
- Castilla, K. (2016). Control de convencionalidad interamericano: Una propuesta de orden ante diez años de incertidumbre. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, 64, 87-125.
- Corte IDH. Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- Corte IDH. Caso Trabajadores Cesados del Congreso ('Aguado Alfaro y otros') vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C No. 158
- Corte IDH. Caso Heliodoro Portugal vs. Panamá. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186.
- Corte IDH. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de agosto del 2010. Serie C No. 214.
- Corte IDH. Caso Masacre de Santo Domingo vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo y reparaciones. Sentencia del 30 de noviembre de 2012. Serie C No. 239.
- Corte IDH. Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Gelman vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 220.

Corte IDH. Caso López Mendoza vs. Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 01 de septiembre de 2011. Serie C No. 233.

Corte IDH. Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 13 de octubre de 2011. Serie C No. 234.

Corte IDH. Caso Masacre de Río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de septiembre de 2012. Serie C No. 250.

Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Corte IDH. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Obligaciones estatales en relación con el cambio de nombre, la identidad de género, y los derechos derivados de un vínculo entre parejas del mismo sexo (interpretación y alcance de los artículos 1.1, 3, 7, 11.2, 13, 17, 18 y 24, en relación con el artículo 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.

Corte Suprema de Justicia de la Nación (1988, 12 de abril). Sentencia Bruno, Raúl Osvaldo s/ amparo. JA 1988-III-119. Fallos 311:460.

Farrando, I. (2019). *Ley de Procedimiento Administrativo de Mendoza: ley n° 9.003*. Editorial ASC.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*. Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política.

Ferrer Mac-Gregor, E. (2011). Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano. *Estudios constitucionales*, 9(2), 531-622.

García, S. (2011). El control judicial interno de convencionalidad. *Revista ius*, 5(28), 123-159.

García, J. (2010). *El margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de derechos humanos: soberanía e integración*. Thomson Reuters-Civitas.

- Gatti, F. (2016). La doctrina del 'margen de apreciación nacional' y la Administración Pública: horizontes y limitaciones del control de convencionalidad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 3(1), 19-32.
- Hitters, J. (2009). Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación (Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos). *Estudios constitucionales*, 7(2), 109-128.
- Macdonald R. (1987). The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights. En R. Ago. *Diritto internazionale al tempo della sua codificazione*. (p. 187-208). Giuffrè.
- Núñez, M. (2012) *Sobre la doctrina del margen de apreciación nacional: La experiencia latinoamericana confrontada al thelos constitucional de una técnica de adjudicación del derecho internacional de los derechos humanos*. Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Sagüés, N. (2010). El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano. En A. Von Bogdandi, E. Ferrer Mac- Gregor y M. Morales Antoniazzi (coord). *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿Hacia un lus constitutionale Commune en América Latina?* UNAM – Max Planck Institute.
- Sagüés, N. (2014). Derechos constitucionales y derechos humanos. De la Constitución nacional a la 'constitución convencionalizada'. En H. Nogueira Alcalá (coord.). *La protección de los derechos humanos y fundamentales de acuerdo a la Constitución y el derecho internacional de los derechos humanos*. Librotecnia - Centro de Estudios Constitucionales de Chile.
- Sagüés, N. (2002) *Derecho Procesal Constitucional. Recurso Extraordinario* (4.ª ed.) Editorial Astrea.
- Suprema Corte de Justicia de Mendoza (2016, 11 de mayo). Causa Nº 113.919, caratulada "Salomón, Elena c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza (poder judicial) A.P.A.".
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos (1976, 25 de enero). Caso Irlanda c. Reino Unido.

LA IMPLEMENTACIÓN DEL PLAN NACIONAL DE ACCIÓN SOBRE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS PERUANO A LA LUZ DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

IMPLEMENTATION OF THE PERUVIAN NATIONAL ACTION PLAN ON BUSINESS AND HUMAN RIGHTS 2021-2025 ACCORDING TO INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS LAW

Diana Manrique

RESUMEN

En el presente artículo se resaltaré la importancia de considerar a las empresas privadas como actores que pueden violar derechos humanos dentro de los Estados. Con ello, se busca superar la visión de que son los Estados los únicos actores encargados del respeto y garantía de derechos humanos, y en su lugar, adoptar un paradigma acorde a la realidad actual del mundo interdependiente y globalizado en que las empresas juegan un rol fundamental. Se resalta la importancia del Plan Nacional de Acción Sobre Empresas y Derechos Humanos, y también la necesidad de regular a las plataformas intermediarias.

PALABRAS CLAVE

Administración Pública, Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Empresas Privadas, Protección de Datos Personales.

ABSTRACT

This article will highlight the importance of considering private companies as actors that can violate human rights within the States. We should overcome the idea that States are the only actors in charge of respecting and guaranteeing human rights, but rather adopt a vision in accordance with the current reality of the interdependent and globalized world in which companies play a fundamental role. The importance of the National Action Plan on Business and Human Rights is highlighted, as well as the need to regulate intermediary platforms.

KEYWORDS

Public Administration, International Human Rights Law, Private Companies, Personal Data Protection

1. Introducción:

Los derechos humanos se fundan en la idea de que todas las personas deben ser tratadas con dignidad y sin discriminación. Para garantizar esto, los Estados han adoptado tanto a nivel nacional como internacional, diferentes instrumentos mediante los cuales se comprometieron a realizar acciones conducentes a fomentar el respeto y garantía de derechos humanos, y también a abstenerse a realizar actos que pongan en peligro el disfrute de dichos derechos.

Actualmente existe cierto consenso en que no son únicamente los Estados los llamados a respetar derechos humanos, sino todos los actores que operan en la vida diaria. No obstante, la regulación sobre las obligaciones de actores no estatales aún es escasa en la región, y más aún en el Perú. Dicha regulación no cuenta con un soporte convencional como un tratado, sino que está plasmada en diferentes instrumentos de *soft law*, los cuales, si bien no son vinculantes, proponen un marco de garantías mínimas que los Estados pueden y deben incorporar a su ordenamiento interno con la finalidad de generar obligaciones para agentes no estatales.

Por ello, a continuación, se abordará, en primer lugar, la relación entre empresas y derechos humanos que ha desarrollado tanto el Sistema Universal, como el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. En segundo lugar, se analizará si los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas han sido recogidos adecuadamente en el Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021-2025 (PNA); y en tercer lugar, se desarrollará el desafío que representan las plataformas intermediarias para el derecho a la protección de la honra y dignidad personal.

2. Las empresas privadas como actores que pueden violar derechos humanos: una idea contrapuesta a la concepción inicial de la protección de derechos humanos

El *corpus iuris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos inicialmente contemplaba obligaciones solo para los Estados. Sin embargo, posteriormente se le atribuyó responsabilidad a la Naciones Unidas por haber violado derechos humanos. Esto ocurrió mediante el reconocimiento de personalidad internacional a la ONU por parte de la Corte Internacional de Justicia en su opinión consultiva del 11 de abril de 1949 titulada «Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas».¹⁰⁵

Desde las últimas décadas, se han ido conociendo más casos en los que las empresas son los principales transgresores de derechos humanos en el marco del desarrollo de sus

105 CIJ, Opinión Consultiva: «Reparación por daños sufridos al servicio de las Naciones Unidas», 11 de abril de 1949. Disponible en: <https://www.dipublico.org/cij/doc/4.pdf> fecha de consulta 15 de febrero de 2021

actividades, lo cual despertó el interés por diferentes actores internacionales.¹⁰⁶ Varios sectores de la Doctrina, como Salmón, han señalado que “Inicialmente, el derecho internacional de los derechos humanos, centrado en las relaciones de los particulares con el Estado, no se había ocupado de regular la relación entre empresas multinacionales y los derechos humanos. Esto ha variado en los últimos cuarenta años”.¹⁰⁷

Evidencia de estas vulneraciones es la reiterada jurisprudencia que ha desarrollado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como en los *casos Empleados de la fábrica de fuegos de San Antonio vs Brazil y Buzos miskitos vs Honduras* en los cuales se ha reconocido que las empresas violaron derechos humanos, y consecuentemente se declaró la responsabilidad del Estado por su falta de garantías.

Cabe señalar también la relevancia del artículo 30 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que señala que “ni los Estados, grupo o persona puede realizar actos que supriman derechos humanos”. Asimismo, el Informe sobre Empresas y Derechos Humanos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que “si bien las obligaciones en materia de derechos humanos son primordialmente estatales, la evolución del derecho internacional de los derechos humanos ha demostrado que otros actores pueden tener obligaciones en tal régimen”.

Es así como el 7 de abril de 2008, durante su segundo mandato, el Profesor John Ruggie presentó su informe «Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos».¹⁰⁸ Este marco hacía referencia a tres pilares: a. El deber de los Estados de proteger a los derechos humanos, incluso frente actores no estatales; b. La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos; y c. El acceso a mecanismos para reparar violaciones a derechos humanos debido a actividades empresariales. Estos se constituirían en los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos (PREDH).

El Profesor Ruggie hacía referencia a que dichos principios son el inicio, el punto de arranque en la materia.¹⁰⁹ Es decir, estos principios son relevantes la materia e incluso han marcado la pauta para que la responsabilidad de las empresas en materia de derechos humanos

106 SHERMAN, John. *Beyond CSR: The Story of the UN Guiding Principles on Business and Human Rights*, Estados Unidos de América, Harvard Kennedy School, 2020, pág. 5.

107 Salmón, E et al. *La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos*. Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pág. 64.

108 Naciones Unidas, Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales, John Ruggie, *Proteger, respetar y remediar: un marco para las actividades empresariales y los derechos humanos*, 7 de abril de 2008, fecha de consulta: 28 de enero de 2021, disponible en: <https://observatoriorsc.org/la-empresa-y-los-derechos-humanos-la-puesta-en-practica-del-marco- proteger-respetar-y-remediar/>

109 Bilchitz, D. *El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de derechos humanos de las empresas?* Revista SUR, vol. 7, Argentina, 2010, pág. 227-229.

y la debida diligencia en la materia sean temas de discusión tanto en los Estados como en las instancias internacionales.¹¹⁰

A pesar de que los PREDH no son vinculantes, se basan en normas que sí lo son. Es decir, no son un instrumento internacional que los Estados puedan ratificar, y en ellos tampoco se crean obligaciones jurídicas nuevas; no obstante, tienen su base en los instrumentos convencionales y coinciden con las obligaciones de garantizar y respetar los derechos humanos que actualmente tienen los Estados.

3. El Plan Nacional de Acción a la luz de los Principios Rectores de Empresas y Derechos Humanos

Recientemente, el 11 de junio de este año se aprobó el primer Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos 2021 al 2025 mediante el Decreto Supremo No. 009-2021-JUS. Este fue el tercer plan de acción de la región, solo después de Colombia y Chile. No obstante, cabe acotar que en Europa ya hay al menos 17 planes de acción de esta naturaleza. Su finalidad es articular las prioridades y acciones que adoptará un Estado para apoyar la implementación de compromisos internacionales, regionales o nacionales en el ámbito de empresas y derechos humanos.

Este documento se compone de 5 lineamientos estratégicos, 13 objetivos estratégicos y 97 acciones, que contienen unos 150 indicadores, y que involucran en su proceso de implementación a unas 21 entidades públicas¹¹¹.

Es por ello que, es una oportunidad ideal para que los Estados analicen cuánta protección proveen para la vigencia de derechos humanos en un contexto en que las actividades empresariales tienen alto protagonismo. La finalidad también es identificar cuánto se ha avanzado en esta protección, pero, sobre todo, definir cuáles son las acciones pendientes por parte de la Administración Pública.

El PNA, además, se enmarca dentro de la necesaria articulación con el quinto lineamiento estratégico del Plan Nacional de Derechos Humanos (PNDDHH) 2018-2021, y se integrará como parte de la política de derechos humanos 2022-2030. Así, desde el 2018 en adelante, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos ha venido impulsando diversas acciones y coordinaciones con

110 Salmón, E. et al. La progresiva incorporación de las empresas multinacionales en la lógica de los derechos humanos. Perú, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012, pág. 71

111 Decreto Supremo No. 009-2021-JUS, publicado en el Diario El Peruano el 11 de junio de 2020: <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1940812/Plan%20Nacional%20de%20Acci%C3%B3n%20sobre%20Empresas%20y%20Derechos%20Humanos%202021-2025.pdf>

el objetivo de acoger las recomendaciones del Grupo de Trabajo sobre Empresas y Derechos Humanos de Naciones Unidas en relación con los contenidos y metodología que se debe utilizar para la construcción de dicho instrumento de política.¹¹²

En este plan existen varias propuestas innovadoras con relación a la protección de los derechos humanos de poblaciones en situación de vulnerabilidad, tales como el fortalecimiento de la protección para personas LGTBI y personas migrantes; y también sobre la promoción de acciones de debida diligencia empresarial en las relaciones de consumo, y en mecanismos de seguridad y salud en el trabajo; la importancia de la ratificación e implementación de ciertos tratados como los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT); o la protección frente a acciones de discriminación de grupos de especial protección en publicidad y medios de comunicación.

Dichas acciones, aunque importantes, no son suficientes para que el Estado cumpla con sus obligaciones internacionales con relación a los derechos humanos que, a saber, son dos obligaciones generales: respetar y garantizar derechos humanos. Cabe señalar que las obligaciones de garantía se componen a su vez de cuatro obligaciones específicas: prevenir, investigar, juzgar y sancionar eventuales violaciones de derechos humanos¹¹³.

Teniendo ello en cuenta, como señala Barnaby, en el PNA se advierte que la mayoría de las obligaciones que se crean para las empresas son predominantemente ligadas a capacitación. Esto demuestra que en PNA no contempla mecanismos vinculantes para las empresas en determinados temas de suma relevancia, como la obligación de adoptar una debida diligencia acorde con los mandatos de Naciones Unidas, la OCDE o la OIT.¹¹⁴

Sobre esto último, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado en su Informe Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos Relatoría Especial sobre Derechos Económicos Sociales Culturales y Ambientales, elaborados por su Relatoría Especial de Derechos Económicos Sociales, Culturales y Ambientales ha desarrollado el concepto de “Debida diligencia”.

Este concepto no sólo se refiere a las acciones exigidas al Estado ampliamente desarrolladas por los órganos del sistema interamericano con objeto de garantizar los derechos

112 Barnaby, B (2021, 18 de junio). Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. IDEHPUCP.https://idehpucp.pucp.edu.pe/idehpucp_medios/rpp-bruce-barnaby-plan-nacional-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/

113 Salmón, Elizabeth (2019). Introducción al Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Pp. 52-69.

114 Barnaby, B (2021, 18 de junio). Plan Nacional de Acción sobre Empresas y Derechos Humanos. IDEHPUCP.https://idehpucp.pucp.edu.pe/idehpucp_medios/rpp-bruce-barnaby-plan-nacional-de-accion-sobre-empresas-y-derechos-humanos/

humanos y proteger a las personas de violaciones a sus derechos. Sino que también comprende la debida diligencia en materia de derechos humanos que los Estados deben exigir a las empresas en el ámbito interno, la cual constituye un proceso continuo de gestión que una empresa debe llevar a cabo “a la luz de sus circunstancias (como el sector en el que opera, el contexto en que realiza su actividad, su tamaño y otros factores) para hacer frente a su responsabilidad de respetar los derechos humanos”.¹¹⁵

En ese sentido, la debida diligencia en materia de derechos humanos se ubica en la raíz del establecimiento de sistemas y procesos de derechos humanos efectivos, para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas por los daños que causan, a los cuales contribuyen o con los cuales las empresas y los Estados están relacionados. Esto, evidentemente, requiere de la participación adecuada y efectiva de la Administración.¹¹⁶

Como señala el mismo PNA “tanto por parte del Estado como del sector empresarial, se ha advertido un firme compromiso para incorporar en sus actividades los postulados de los Principios Rectores y demás instrumentos que promueve la CER a través de la debida diligencia. Sin embargo, aún falta que estos avances, principalmente en el ámbito normativo, se vean reflejados con claridad en la práctica, lo que está asociado a problemáticas transversales de diversa índole”. Es precisamente la aplicación en la práctica lo que supone el verdadero desafío en la implementación del PNA.

A pesar de la falta de mecanismos vinculantes para las empresas, es importante reconocer el valor que en sí mismo tiene el PNA. La labor del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos refleja la adecuación del ordenamiento interno del Estado a los estándares internacionales de derechos humanos. Es loable también la armonización de intereses de diferentes sectores muchas veces contrapuestos en la sociedad, como la participación de gremios empresariales, comunidades indígenas, defensores de derechos humanos, y demás actores de la sociedad civil que mediante su compromiso han podido promover la ansiada aprobación del PNA, con miras a una sociedad más respetuosa de los derechos humanos.

4. El desafío que representan las plataformas intermediarias para el derecho a la protección de la honra y dignidad personal

La protección de datos personales forma parte del derecho a la protección de la honra y dignidad personal que se encuentra consagrada en el artículo 11 de la Convención Americana

115 OACNUDH. La Responsabilidad de las empresas para respetar los derechos humanos: Guía para la Interpretación (2012), pág. 7.

116 CIDH. REDESCA.INF.1/19. Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el 1 de noviembre de 2019

de Derechos Humanos. Dado el reciente desarrollo y constante evolución del internet y el Big Data, la protección de la honra y dignidad no se limita a espacios físicos o medios tradicionales de comunicaciones, sino que involucra ahora la participación de nuevos actores, como redes sociales, plataformas virtuales, o internet en general.

Es particularmente relevante el papel que juegan las redes sociales en el respeto y garantía de la protección de la honra y dignidad, toda vez que, por su propia naturaleza, el contenido que circula en estos espacios es poco regulado, y goza de un nivel de difusión sumamente alto. Es por ello, que la protección de este derecho representa hoy un desafío ante el cual la Administración Pública debe estar preparada para garantizar el respeto y garantía de derechos humanos. Se puede pensar, por ejemplo, en el caso de una persona cuyo video personal es publicado sin su consentimiento a una red social. Este es un caso paradigmático sobre la protección de la honra y dignidad personal por ser tan frecuente y mal abordado en la región, pero ante el cual la Administración Pública debe estar dotada de herramientas adecuadas para garantizar la protección de los derechos de las personas cuya privacidad es violentada de esta manera.

Las redes sociales, en palabras de la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, son parte de lo que se conoce como “intermediarios”. Estos actores brindan servicios como el acceso y la interconexión; la transmisión, procesamiento y encaminamiento del tráfico; el alojamiento de material publicado por terceros y el acceso a este, la referencia a contenidos o la búsqueda de materiales en la red, entre otros. Asimismo, “existe una gran cantidad de intermediarios y distintas maneras de clasificarlos; entre los más relevantes se incluyen a los proveedores de servicios de Internet (PSI), los proveedores de alojamiento de sitios Web, las plataformas de redes sociales y los motores de búsqueda.”¹¹⁷

Y es que, la circulación de informaciones e ideas en Internet no sería posible sin estos actores, porque cumplen un rol esencial para el ejercicio del derecho de buscar y recibir información en línea, potenciando la dimensión social de la libertad de expresión en los términos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.¹¹⁸

117 a Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). define a los intermediarios como los entes que “dan acceso, alojamiento, transmisión e indexación a contenidos, productos y servicios en Internet, que se originan en terceros o bien proveen servicios de Internet a terceros”. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). abril de 2010. The Economic and Social Role of Internet Intermediaries. Pág. 9

118 Corte IDH. La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. Párr. 32; Naciones Unidas. Asamblea General. Informe del Relator Especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, Frank La Rue. A/HRC/17/27. 16 de mayo de 2011. Párr. 38. Disponible para consulta en: http://ap.ohchr.org/documents/dpage_s.aspx?m=85

Teniendo ello en cuenta, como se señaló previamente, el deber del Estado frente a este derecho es de, en primer lugar, respeto, lo que implica que el mismo Estado mediante sus funcionarios públicos no pueden realizar acciones que supongan injerencias ilegales o arbitrarias en la intimidad de las personas. En segundo lugar, el deber de los Estados frente a este derecho es de garantía, lo que supone que el Perú, prevea posibles violaciones de derechos humanos de la identidad y acorde a esa anticipación establezca un marco regulatorio adecuado. En el contexto de las nuevas tecnologías y el auge de las redes sociales, es fundamental que la Administración Pública adopte una regulación especializada y técnica conducente a la identificación adecuada para la prevención de casos en donde se viole el derecho a la honra y dignidad.

Del mismo modo, es necesario que ante la presunta violación de derechos humanos cometida en plataformas intermediarias se investigue, juzgue y sancione a los responsables de dicha contravención. Pero es importante señalar que ya la Relatoría Especial para la Libertad de Expresión resaltó la importancia que los intermediarios tienen para la circulación de información en internet. Por ese motivo, se ha dispuesto de antemano que las violaciones cometidas en plataformas intermediarias, como redes sociales, no puede atribuirse a las plataformas en sí mismas, toda vez que estas no son autoras reales de la expresión ofensiva.

Es aquí en donde adquieren relevancia los llamados “Principios de Manila”, que son una Iniciativa global de la sociedad civil. Sobre estos, la Comisión en su informe Estándares para una Internet Libre, Abierta e Incluyente, ha reconocido que los Principios de Manila proponen un marco de buenas prácticas para los Estados en materia de responsabilidad de intermediarios sobre la base de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Lo que en líneas generales proponen, es que los Estados deben actuar en virtud del “principio de mera transmisión” que dispone que la responsabilidad por la violación de derechos humanos generada debe ser impuesta por el Estado solamente a los autores de la expresión ofensiva después de haber determinado mediante un procedimiento judicial y con evidencia suficiente, que el contenido en cuestión es ilícito.

Este principio guarda estrecha relación con la Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet, según la cual “ninguna persona que ofrezca únicamente servicios técnicos de Internet como acceso, búsquedas o conservación de información en la memoria caché deberá ser responsable por contenidos generados por terceros y que se difundan a través de estos servicios, siempre que no intervenga específicamente en dichos contenidos ni se niegue a

cumplir una orden judicial que exija su eliminación cuando esté en condiciones de hacerlo”¹¹⁹.

Si bien es cierto que las empresas cuyas actividades puedan generar impactos negativos en la protección de la honra y dignidad personal, es el deber prioritario de los Estados el establecer un marco regulatorio adecuado que responda a los estándares internacionales sobre atribución de responsabilidad. Ello, con la finalidad de, al mismo tiempo que garantizar los derechos humanos de los ciudadanos, cumplir las obligaciones internacionales del Estado sobre investigar, sancionar y reparar violaciones contra estos.

A la luz de este análisis, llama la atención que el PNA no proponga una regulación de plataformas intermediarias en estos términos. Más aún, que sea escaso el desarrollo de la protección de derechos como la honra y dignidad a pesar de que las circunstancias actuales requieren del establecimiento de lineamientos claros, adecuados y efectivos que vinculen a empresas intermediarias a la protección de este derecho.

5. Conclusiones

En primer lugar, es imperativo reconocer que actores no estatales como las empresas privadas pueden violar derechos humanos en el desarrollo de sus actividades. Por ello, se debe establecer un marco regulatorio desde la Administración Pública mediante el cual se respeten, prevean, investiguen y sancionen dichas violaciones.

El PNA es un buen inicio para lograr dicho objetivo, puesto que, aunque posee ciertas deficiencias relacionadas a la vinculatoriedad de las empresas y debida diligencia, reconoce la importancia de proteger con especial interés a las poblaciones en situación de vulnerabilidad. Además, es destacable que sea el tercer Plan de Acción Nacional de la región, solo después de Chile y Colombia.

Finalmente, dado que nos encontramos en un creciente desarrollo y evolución del internet y Big Data, es fundamental que la Administración Pública desarrolle una regulación adecuada y eficaz para el respeto y garantía del derecho a la protección de la honra y dignidad consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y demás instrumentos internacionales a los que el Perú está obligado.

119 La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). define a los intermediarios como los entes que “dan acceso, alojamiento, transmisión e indexación a contenidos, productos y servicios en Internet, que se originan en terceros o bien proveen servicios de Internet a terceros”. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). abril de 2010. The Economic and Social Role of Internet Intermediaries. Pág. 9

6. Referencias

- IDEHPUCP. (2018). Rutas para la implementación del Plan Nacional de Acción de Empresas y Derechos Humanos en el Perú. Memoria del conversatorio. Lima: PUCP.
- OEA. (2019) Informe sobre Empresas y Derechos Humanos: Estándares Interamericanos. Aprobado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- OEA. (2019) Inter-American Commission on Human Rights. Office of the Special Rapporteur for Freedom of Expression. Libertad de expresión e Internet = Freedom of expression and the Internet.
- ONU. (2014) Consejo de Derechos Humanos. Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. A/HRC/RES/26/22. 27 de junio.
- ONU. (2020) Grupo de Trabajo sobre la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas. Relación entre la cuestión de las empresas y los derechos humanos y las actividades de lucha contra la corrupción. A/HRC/44/43. 17 de junio, párr. 58-60.
- ONU (2011) Informe del Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas, John Ruggie. A/HRC/17/31. 21 de marzo.

EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD PARA EFECTIVIZAR EL DERECHO AL TERRITORIO Y OTROS DERECHOS INTRÍNSECOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE PERÚ

THE CONTROL OF CONVENTIONALITY TO EFFECTIVE THE TERRITORY'S RIGHT AND OTHER INTRINSIC RIGHTS OF THE INDIGENOUS PEOPLE IN THE PUBLIC ADMINISTRATION OF PERU

Sofía Rodríguez

RESUMEN

El presente artículo busca desarrollar la aplicación del control de convencionalidad para efectivizar el derecho al territorio de los pueblos indígenas en la administración pública del Perú. En particular, se expone la situación actual del procedimiento de titulación del territorio en el caso de comunidades y se analiza la problemática en el caso de pueblos indígenas en la región de Loreto. Y, se explica que el marco jurídico internacional establece un mandato que es compatible con la finalidad de la administración pública y la gestión pública. Así el principio de legalidad debe ser entendido a la luz de los derechos humanos para efectivizar otros derechos intrínsecos en el caso de pueblos indígenas.

PALABRAS CLAVE

Control de convencionalidad, comunidades nativas, pueblos indígenas, derecho al territorio, administración pública

ABSTRACT

This essay seeks to develop the application of conventionality control to make the territory's right of indigenous people can be effective in the public administration of Peru. In particular, the current situation of the territory titling procedure in the case of communities is exposed and the problem in the case of indigenous peoples in the Loreto region is analyzed. And, it is explained that the international legal framework establishes a mandate that is compatible with the purpose of public administration and public management. Thus, the principle of legality must be understood from a human rights perspective to make other intrinsic rights effective in the case of indigenous people.

KEYWORDS

Control of conventionality, native community, indigenous people, territory right, public administration

1. Introducción

El control de convencionalidad es un mecanismo que debe ser empleado por todos los órganos estatales de un Estado parte de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH). Así lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) en su jurisprudencia, la misma que integra además el corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. No obstante, en nuestro contexto, no se ha establecido cómo debe aplicarse el control de convencionalidad, en este caso, para efectivizar los derechos de pueblos indígenas.

Este tema es trascendental, a fin de cumplir con las obligaciones del Estado Peruano, como Estado parte de la CADH, desde sus órganos administrativos. Así el presente artículo busca ser un aporte para la aplicación del control de convencionalidad a fin de efectivizar los derechos en el caso de pueblos indígenas. El debate sobre este tema es complejo e implica varias perspectivas, pero, dada la extensión del trabajo, no se podrá desarrollar de forma detallada cada una de ellas; no obstante, se espera dar a conocer un marco general y alcances que puedan contribuir a su aplicación para efectivizar los derechos de pueblos indígenas.

Para ello, a través de las siguientes líneas, se expone la situación que atraviesan las comunidades nativas para titular su territorio. Así, nos referiremos al proceso y otros aspectos relevantes. Luego nos referimos al derecho al territorio en el caso de pueblos indígenas que debe efectivizarse a través del control de convencionalidad, que coadyuva a la efectivización de otros derechos. Finalmente, luego de exponer todo este contexto, se explica en qué consiste la aplicación del control de convencionalidad en la administración pública y otros aspectos relevantes.

2. Breve aproximación a la situación actual de la titulación por comunidades nativas y campesinas en el Perú.

En primer lugar, es importante entender de donde proviene esta diferente denominación (comunidades indígenas o comunidades nativas y campesinas o pueblos indígenas). Para ello, se realiza un pequeño recuento histórico para que se comprenda mejor nuestra propuesta. Desde la Constitución de 1920 en su artículo 80, se reconoce, por primera vez, la existencia legal de

las comunidades indígenas y precisa que la ley declarará los derechos que les correspondan. Así también lo señaló en la Constitución de 1933¹²⁰. En esta línea, en el año 1974, con el gobierno de Juan Velasco Alvarado, se emitió el Decreto Ley N° 20653, Ley de Comunidades Nativas y de la Promoción Agropecuaria de Regiones de Selva y Ceja de Selva, sucedida por el Decreto Ley N° 22175, Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva en el año 1978 (vigente hasta la fecha), durante el gobierno de Francisco Morales Bermúdez.

Siguiendo con este breve recuento, en la Constitución de 1979, se cambió el término de comunidades indígenas por el de comunidades campesinas y nativas¹²¹. Finalmente, en la Constitución vigente en la actualidad del año de 1993 que, en el marco del constitucionalismo pluralista (S. XX y XXI)¹²², esta encuentra en un horizonte pluricultural que se desarrolló en la región entre 1989 y 2005. En ella, se reconoce el derecho al territorio de las comunidades indígenas, mediante los artículos 88° y 89° de la Constitución Política del Perú. Durante este mismo periodo, también se ratificó el Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo¹²³.

Entonces, para efectivizar este mandato constitucional, a la fecha, existe un marco normativo amplio, disperso y diferenciado para la titulación del territorio¹²⁴ en el caso de comunidades nativas y comunidades campesinas. La rectoría de este procedimiento se encuentra a cargo del Ministerio de Agricultura y Riego (en adelante, MIDAGRI)¹²⁵. Asimismo, tienen funciones específicas en la materia el Ministerio de Cultura (en adelante, MINCUL)¹²⁶; y

120 En su inciso 10 del artículo 193° se señaló "(...)proteger a las comunidades de indígenas; levantar el censo y formar el catastro de las mismas y otorgarles, conforme a la ley, a las que no los tengan, los títulos de propiedad que soliciten"

121 En el Capítulo VIII donde se establece en su artículo 161°: "las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y personería jurídica. Son autónomas en su organización, trabajo comunal y uso de la tierra, así como en lo económico y administrativo dentro del marco que la ley establece"; y, en su artículo 163°: "Las tierras de las Comunidades Campesinas y Nativas son inembargables e imprescriptibles. También son inalienables, salvo ley fundada en el interés de la Comunidad, y solicitada por una mayoría de los dos tercios de los miembros calificados de ésta, o en caso de expropiación por necesidad y utilidad públicas. En ambos casos con pago previo en dinero. Queda prohibido el acaparamiento de tierras dentro de la Comunidad."

122 De acuerdo a la teoría planteada por la profesora Raquel Yrigoyen (2011) "El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización". En: El derecho en América Latina: un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI, coordinado por César Rodríguez Garavito - 1ª ed. -Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2011

123 Este Convenio fue ratificado por el Estado Peruano, mediante Resolución Legislativa No. 26253 del 05 de diciembre de 1993. Así el Estado Peruano hizo el depósito internacional el 02 de febrero de 1994 y su entrada en vigencia fue un año posterior a esta fecha, esto es el 02 de febrero de 1995.

124 Véase el texto de Yrigoyen Raquel (2006) HITOS DEL RECONOCIMIENTO DEL PLURALISMO JURÍDICO Y EL DERECHO INDIGENA EN LAS POLÍTICAS INDIGENISTAS Y EL CONSTITUCIONALISMO ANDINO Publicado en: Berraondo, Mikel (coordinador): Pueblos Indígenas y derechos humanos. Bilbao: Universidad de Deusto, 2006. (pp. 537-567).

125 De conformidad con el artículo 1° del Decreto Supremo N° 001-2013-AG.

126 De acuerdo al Decreto Supremo N° 005-2013-MC.

el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (en adelante, MINJUS)¹²⁷. No obstante, la función principal consistente en “*promover, gestionar y administrar el proceso titulación de la propiedad de las comunidades*” está a cargo de los Gobiernos Regionales¹²⁸.

Sin embargo, en la actualidad, para que una comunidad obtenga la titulación de su territorio debe seguir cumplir con una serie de requisitos y varias etapas que se extienden, aproximadamente, unos 20 años. Así, de acuerdo al Informe de Adjuntía N° 002-2018-DP-AMASPPI-PPI, no se está cumpliendo con efectivizar los derechos de las comunidades, como se señala a continuación:

“La demora en la tramitación de los procedimientos de reconocimiento y titulación, al ocasionar incertidumbre en el ejercicio de los derechos de comunidades campesinas y nativas, en algunos casos, ha propiciado que otros actores accedan, en plazos menores, al otorgamiento de derechos para la realización de actividades en tierras comunales -incluso contraviniendo dispositivos legales- que ocasiona la paralización de estos procedimientos hasta que se resuelvan estas controversias” (Defensoría del Pueblo, 2018, p. 94).

En efecto, esta demora en la titulación de comunidades tiene graves consecuencias como el otorgamiento de licencias forestales, concesiones mineras u otros derechos sobre su territorio sin que se lleve a cabo la consulta previa, libre e informada al no tener certeza de cuáles son los límites y que área abarca su territorio. Ante esta grave omisión, las comunidades, posteriormente, accionan judicialmente para salvaguardar sus derechos y que se declare la nulidad de estos actos inconsultos. Por ello, es importante establecer mecanismos eficientes y eficaces que no contravengan los derechos humanos de comunidades nativas, campesinas y/o pueblos indígenas.

Otro aspecto sobre el procedimiento de titulación de comunidades es que este procedimiento no se realiza con pertinencia cultural; es decir, no se aplica el enfoque intercultural¹²⁹. No se lleva a cabo el procedimiento en su idioma, no se considera su autoorganización ni su contexto. Esto también se ve reflejado en que no se les otorga la totalidad de su territorio ancestral en propiedad, sino que, en el caso de comunidades nativas, se les entrega el área forestal en cesión en uso¹³⁰. Así se puede concluir que este procedimiento no garantiza los

127 De acuerdo a la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 122-2013-SUNARP/SN.

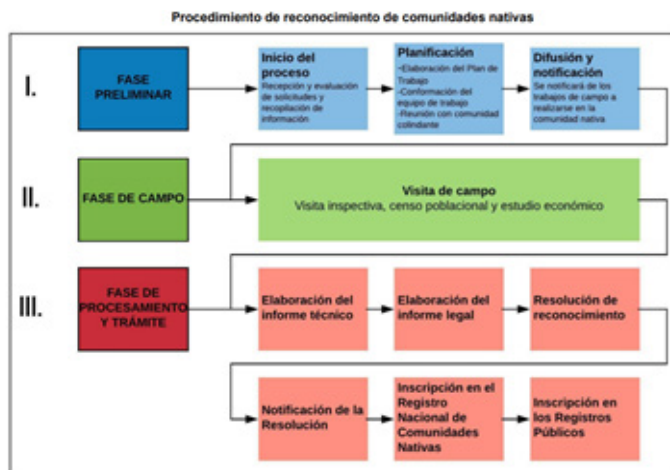
128 Artículo 51 inciso n) de la Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, Ley N° 27867.

129 Información de acuerdo a la Defensoría del Pueblo (2018). “Informe de Adjuntía N° 002-2018-DP-AMASPPI-PPI: El largo camino hacia la titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas”, p.104.

130 De acuerdo al artículo 11° Ley de Comunidades Nativas y de Desarrollo Agrario de la Selva y Ceja de Selva, Decreto Ley N° 22175.

derechos de las comunidades. Incluso, un paso previo es que cuenten con personalidad jurídica inscrita en la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (en adelante, SUNARP), lo que sumaría más años de espera.

Gráfico N°1



Fuente: El largo camino hacia la titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas. 2018.

En síntesis, la complejidad o burocratización de este procedimiento termina afectando el ejercicio de derechos de las comunidades nativas o campesinas. Es necesaria una reevaluación de este procedimiento a fin de que este se efectivo y eficiente. También debe contemplar, indefectiblemente, el enfoque intercultural garantizando los derechos de las comunidades.

3. El derecho al territorio de los pueblos indígenas de Loreto

La situación de las comunidades nativas que deciden de acuerdo a sus derechos de autoorganización y autogobierno que se fundan en su libre determinación, reconocidos por el “Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales En Países Independientes” (en adelante, Convenio 169 OIT), conformar un pueblo indígena, es aún más complicada al no existir un procedimiento, en estricto, para la titulación del territorio en el caso de pueblos indígenas. La situación de las comunidades nativas que deciden de acuerdo a sus derechos de autoorganización y autogobierno que se fundan en su libre determinación, reconocidos por el “Convenio N° 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes” (en adelante, Convenio 169 OIT). En el caso de las comunidades que conforman un pueblo indígena y quieren titularse como pueblo indígena u originario, tienen una situación más complicada. Ello, en la medida que no existe un procedimiento establecido para la titulación de territorios en el caso de pueblos indígenas. Otro problema es que no se considera su cosmovisión o relación espiritual con su territorio para garantizar sus derechos en este procedimiento. Así en las líneas

siguientes se abordan estos puntos. Otro problema es que no se considera su cosmovisión sobre su territorio para garantizar sus derechos en este procedimiento. Así en las líneas siguientes se abordan estos puntos centrales.

En primer lugar, los pueblos indígenas se refieren a la titulación de su territorio integral, que implica su territorio ocupado ancestralmente que abarca su hábitat, compuesta por la flora y fauna. Así lo manifiestan diversos pueblos indígenas que forman parte de la Coordinadora Regional de Pueblos Indígenas (en adelante, CORPI), una de las organizaciones que ha impulsado la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio. Por ejemplo, para el Pueblo Awujun, conforme su cosmovisión “el territorio es un espacio continuo de la tierra, el agua y el cielo, que nos da significado a la vida, y a los seres humanos y no humanos. No es solo un espacio que brinda los recursos para nuestra subsistencia alimentaria, sino que es un espacio de encuentro y relación entre la gente o aents, entre los aents con otros seres, y de todos con la naturaleza” (Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica, 2018, p. 25).

Para efectos de este artículo, es importante exponer, brevemente, el caso del Pueblo Achuar del Pastaza, representado por la Federación de la Nacionalidad Achuar del Perú - FENAP¹³¹, conformado por 49 comunidades, quien desde el 2011¹³² solicitó al GOREL la titulación de su territorio integral. Al no haber una norma específica, el GOREL se ha negado a acceder a su solicitud, a pesar de los estándares internacionales como son la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), el Convenio 169 OIT, la jurisprudencia de la Corte IDH, entre otros Tratados de Derechos Humanos.

Ante esta situación, acudieron al ente rector del procedimiento de saneamiento físico legal a fin de que emita algún lineamiento para la titulación de su territorio como pueblo indígena, en observancia de los estándares internacionales mencionados, siendo la respuesta negativa de parte del MIDAGRI¹³³. Esta entidad, en resumen, señala que, en nuestro contexto, los pueblos indígenas están expresados en Comunidades Campesinas y Nativas, así niega toda posibilidad para que se aplique la titulación por pueblos indígenas, pues la legislación vigente se refiere a comunidades, negando lo que ocurre en la realidad respecto de las comunidades que, en virtud de sus derechos deciden, conforman un pueblo indígena y deciden titular su territorio como tal.

Esta postura que adoptó el MIDAGRI es ineficiente e ineficaz, al no permitir que las comunidades que deciden, conforme a sus derechos, establecerse como pueblo indígena.

131 El Pueblo Achuar del Pastaza - FENAP con asesoría legal del Instituto Internacional de Derecho y Sociedad - IIDS solicitaron la titulación integral de su territorio en el marco Derecho Internacional y plantearon como estrategia también la aplicación del control de convencionalidad.

132 Véase: <https://www.servindi.org/actualidad/115781>

133 Véase: <https://www.midagri.gob.pe/portal/resoluciones-ministeriales/rm-2015/12528-resolucion-ministerial-n-0168-2015-minagri>

Además, en este caso, no sería necesario titular independientemente a cada comunidad, lo que implica también economización y celeridad en el procedimiento que caracteriza a la Nueva Gestión Pública, como se señala en lo siguiente:

“(…) a la administración ya no solo se le exige que haga cosas, si no que, además, las haga de manera que consiga realmente sus objetivos, economizando los medios utilizados para eso, demostrando en definitiva que su intervención es útil y necesaria socialmente. La legitimidad administrativa, entonces, reside ya no solo en el qué o en el cuánto, sino también en cómo se hacen las cosas. Surgen, así, las exigencias de eficacia, eficiencia y economía en la actuación administrativa, conectadas a una legitimidad por rendimiento y a una gestión orientada a resultados, elementos básicos de una Nueva Gestión Pública” (Ponce, 2014, p. 105)

En esta línea, precisamente, la nueva gestión pública debe garantizar los derechos humanos desde las decisiones de la administración. Como se ha expuesto cumple además con los objetivos que persigue la administración pública. Por ello, con el control de convencionalidad, debe titularse el territorio de pueblos indígenas a la luz del corpus iuris del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que comprende lo expuesto en el cuadro siguiente:

Instrumento Internacional	Breve referencia
Convención Americana de Derechos Humanos	<p>Artículo 21¹ Derecho a la Propiedad Privada</p> <p>1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. (...)</p>
	<p>Artículo 26 Desarrollo Progresivo</p> <p>Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias (...) especialmente económica y técnica para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas (...) por vía legislativa u otros medios apropiados.</p>
Convenio 169 de la OIT	<p>Artículo 7</p> <p>1. Derecho de decidir sus propias prioridades de desarrollo sobre sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan (...).</p>
	<p>Artículo 13</p> <p>2. La utilización del término tierras (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat.</p>
	<p>Artículo 14</p> <p>1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. (...)</p> <p>2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. (...)</p>
	<p>Artículo 15</p> <p>1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. (...)</p>
	<p>Artículo 18</p> <p>La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las</p> <p>tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones.</p>

1 Interpretado por la Corte IDH en su jurisprudencia para el caso de pueblos indígenas.

<p>Jurisprudencia de la Corte IDH</p>	<p>Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. (Stc 31/08/ 2001)</p> <p>148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal(...)</p> <p>149. (...) Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad.</p>
<p>Jurisprudencia de la Corte IDH</p>	<p>Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. (Stc 28/11/2007)</p> <p>176. (...) En especial, la Corte ha sostenido que, para garantizar el derecho a la propiedad comunal de los integrantes de los pueblos indígenas, los Estados deben establecer “un recurso efectivo con las garantías de debido proceso [...] que les permita reivindicar sus tierras tradicionales”</p> <p>(iii) De acuerdo con los Considerandos de esta Resolución, el Estado no ha cumplido con las siguientes obligaciones establecidas en la Sentencia:</p> <p>a) delimitar, demarcar y otorgar título colectivo del territorio de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con su derecho consuetudinario, y a través de consultas previas, efectivas y plenamente informadas con el pueblo Saramaka, sin perjuicio de otras comunidades indígenas y tribales.</p> <p>Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. (17/06/ 2005)</p> <p>131. Haciendo uso de los criterios señalados, este Tribunal ha resaltado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de su cultura, vida espiritual, integridad, supervivencia económica y su preservación y transmisión a las generaciones futuras.</p> <p>137. En consecuencia, la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana.</p>

Jurisprudencia de la Corte IDH	<p>Caso Comunidad Garífuna de Punta Piedra y sus Miembros Vs. Honduras. (Stc 08/10/2015)</p> <p>105. (...) la Corte ha sostenido que no se trata de un privilegio para usar la tierra, el cual puede ser despojado por el Estado u opacado por derechos a la propiedad de terceros, sino de un derecho de los integrantes de pueblos indígenas y tribales para obtener la titulación de su territorio a fin de garantizar el uso y goce permanente de dicha tierra.</p> <p>(...) el Estado tenía ya el deber irrevocable de sanear el territorio titulado, a fin de garantizar el uso y goce efectivo de la propiedad colectiva de la Comunidad de Punta Piedra. (,,,) </p>
	<p>Caso Comunidades Indígenas Miembros De La Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) Vs. Argentina (Stc 06/02/2020)</p> <p>186. 201. La Corte advierte que este es el primer caso contencioso en el que debe pronunciarse sobre los derechos a un medio ambiente sano, a la alimentación adecuada, al agua y a participar en la vida cultural a partir del artículo 26 de la Convención. Por ello, considera útil realizar algunas consideraciones respecto a tales derechos, así como sobre su implicancia y particularidades respecto a pueblos indígenas.</p>

Fuente: Elaboración propia.

Este marco jurídico internacional es parte del bloque de convencionalidad pertinente para el caso de pueblos indígenas en lo que se refiere a su derecho al territorio y derechos intrínsecos que se garantizan con el mismo. Así, el derecho de los pueblos indígenas a su territorio integral debe efectivizarse, pues les permite proteger su territorio para futuras generaciones. Si bien la titulación es declarativa, es sumamente necesaria para que puedan efectivizar otros derechos como son el medio ambiente sano y equilibrado, soberanía alimentaria, la consulta y el consentimiento previo, libre e informado, entre otros. Así, aplicando el control de convencionalidad desde la administración pública, en concreto, el Gobierno Regional de Loreto, quien tiene esta competencia, sería una actuación importante para enfrentar una problemática que afecta a los Pueblos Indígenas, como manifiesta la profesora Urteaga: “la vulnerabilidad de los pueblos indígenas se manifiesta particularmente en la falta de protección de su territorio, situación que no se ha presentado únicamente en algunos períodos de gobierno sino que más bien es un problema histórico que el Estado peruano no enfrenta con decisión” (Urteaga, 2015, p. s/n).

Por eso, es importante la titulación del territorio integral de los pueblos indígenas a fin de que puedan proteger su hábitat (flora y fauna), respetando su cosmovisión y demás derechos. Esto conlleva al cumplimiento de parte del Estado peruano de los estándares internacionales de

Derechos Humanos sobre pueblos indígenas y a una idónea gestión de parte de la administración pública. Para ello, debe aplicarse el control de convencionalidad a fin de que se efectivice el derecho al territorio y que permitiría garantizar otros derechos intrínsecos de los pueblos indígenas.

4. El control de convencionalidad como herramienta para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas en la administración pública

Para efectivizar los derechos de los pueblos indígenas en la administración pública en el contexto peruano, los funcionarios deben aplicar el control de convencionalidad. En esta línea, es necesario especificar qué implica el control de convencionalidad. Asimismo, exponer cuál es la base para que los órganos administrativos la lleven a cabo y de qué manera aplicarlo sin que contravenga uno de los principios que rigen la administración pública como el principio de legalidad. De esta manera, de acuerdo al profesor Sages, “[E]l “control de convencionalidad” se perfila como una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos por el Pacto. Concomitantemente, también es un instrumento de sumo interés para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales” (Sagües, 2010, p. 118)

En efecto, el control de convencionalidad, como se ha adelantado en líneas anteriores, es un mecanismo que permite efectivizar y garantizar los derechos de la CADH, de acuerdo al *corpus iuris* internacional de los derechos humanos de pueblos indígenas en este caso. En este sentido, el Estado del Perú al haber ratificado la CADH¹³⁴ y la Competencia Contenciosa de la Corte IDH¹³⁵ debe cumplir con sus obligaciones internacionales. Por ello, esta aplicación en la administración pública tiene como base la Convención de Viena en sus artículos 26¹³⁶ y 27¹³⁷; los

134 El Estado peruano ratificó la CADH en la fecha de 12/07/1978.

135 El Estado peruano aceptó la competencia contenciosa de la Corte IDH el 21/01/1981.

136 26. “*Pacta sunt servanda*”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

137 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

artículos 1.1¹³⁸, 2¹³⁹ y 29. b¹⁴⁰ de la misma CADH y la jurisprudencia de la Corte IDH. Y por su parte, una de las primeras sentencias que se refirió a este tema fue Cabrera García y Montiel Flores vs México en el agosto del año 2010, que en su fundamento 311, estableció que *todos los órganos de un estado parte de la CADH están sometidos a la misma y deben velar porque sus efectos no sean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin.*

Es importante hacer referencia a que esta no fue la única sentencia de la Corte IDH sobre la aplicación del control de convencionalidad también en distintos órganos del Estado. En este sentido, una de las sentencias donde se desarrolló más este tema fue en febrero del 2011 en el caso “Gelman vs Uruguay”. En su fundamento 239, expresa claramente que “debe primar un “control de convencionalidad”, que es función de cualquier autoridad pública y no solo del poder Judicial”. En consecuencia, la Corte IDH amplía su criterio, ya que, en anteriores sentencias como “Almonacid Arellano vs Chile, 2006” y “Trabajadores cesados del Congreso vs Perú, 2006”, solo le había atribuido esta facultad a los jueces, además de la misma Corte IDH. Ello, ha sido reafirmado por la sentencia agosto del 2014 en el “caso Personas Dominicanas Y Haitianas Expulsadas vs. República Dominicana”, donde la Corte IDH, en su fundamento 471, recuerda que “todas las autoridades y órganos de un Estado Parte en la Convención tienen la obligación de ejercer un ‘control de convencionalidad’.

Con estas sentencias de la Corte IDH, incluso algunos autores aseguran que debería cambiarse la forma organizativa de la administración, ya que habría un cambio de paradigma con el fin de cumplir la CADH y efectivizar derechos, como se explica en lo siguiente:

“Podríamos entonces afirmar que hay un cambio de paradigmas en la relación de jerarquía y en los principios de la organización administrativa, en punto a los derechos humanos y al corpus iuris internacional de los derechos humanos, pues ya no habrá sólo verticalidad en el control, sino horizontalidad (todos en cada función deben hacer ese control). Y ello

138 Artículo 1 Obligación de Respetar los Derechos
1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

139 Artículo 2 Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno
Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades

140 Artículo 29 Normas de Interpretación
Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:
(...) b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados (...)

así, a partir del deber estatal de adoptar y/o eliminar y/o adecuar interpretativamente el derecho interno hasta la última disposición o norma administrativa, de modo de asegurar la inexistencia de vulneración a derechos y garantías asegurados convencionalmente” (Alianak, 2015, p. 43)

Entonces es un tema que requiere de bastante análisis, por lo que, en este punto, es necesario referirnos que se considera que la aplicación del control de convencionalidad es compatible con la norma que la rige como es el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444. Como hemos mencionado, uno de los principios más importantes es el principio de legalidad, pero conforme establece el artículo IV del Título Preliminar¹⁴¹, los principios establecidos no son taxativos; por tanto, debe haber una apertura a considerar los principios de derechos humanos para la actuación de la administración pública. Para este fin, es concerniente la aplicación de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos sobre Pueblos Indígenas como refiere el artículo V en su numeral 2.2¹⁴². Además, es importante se establezca el enfoque intercultural en el procedimiento de titulación conforme el artículo 47¹⁴³ de la misma norma.

A pesar de lo expuesto, es preciso mencionar que la aplicación del control de convencionalidad presenta algunas críticas, pues existen opiniones contrarias que sostienen que su aplicación afecta la predictibilidad y seguridad jurídica. No obstante, no se trata de que la administración tome decisiones arbitrarias; por el contrario, efectivizando el derecho al territorio de los pueblos indígenas se garantizan el ejercicio de otros derechos como la consulta, pues se tendría certeza del territorio que se afectaría en el supuesto de alguna actividad. De esta manera, no se otorgarían derechos a terceros que pueden verse afectados, posteriormente, al haber incumplido; por ejemplo, con la consulta y consentimiento previo,

141 Artículo IV. Principios del procedimiento administrativo

1. El procedimiento administrativo se sustenta fundamentalmente en los siguientes principios, sin perjuicio de la vigencia de otros principios generales del Derecho Administrativo: (...)

2. Los principios señalados servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento, como parámetros para la generación de otras disposiciones administrativas de carácter general, y para suplir los vacíos en el ordenamiento administrativo.

La relación de principios anteriormente enunciados no tiene carácter taxativo.

142 Artículo V.- Fuentes del procedimiento administrativo

1. El ordenamiento jurídico administrativo integra un sistema orgánico que tiene autonomía respecto de otras ramas del Derecho.

2. Son fuentes del procedimiento administrativo: (...)

2.2. Los tratados y convenios internacionales incorporados al Ordenamiento Jurídico Nacional(...)

143 Artículo 47.- Enfoque intercultural

Las autoridades administrativas deben actuar aplicando un enfoque intercultural, coadyuvando a la generación de un servicio con pertinencia cultural, lo que implica la adaptación de los procesos que sean necesarios en función a las características geográficas, ambientales, socioeconómicas, lingüísticas y culturales de los administrados a quienes se destina dicho servicio.

libre e informado ante la ausencia de la misma por responsabilidad del Estado. Por ello, compartimos la precisión siguiente: “La seguridad jurídica no puede ser interpretada como un valor estanco en el ordenamiento jurídico, sino que se debe ver matizado con los otros valores democráticos y jurídicos que con-forman el Estado Constitucional de Derecho, tales como intentar garantizar en mejor manera la pro-tección de los derechos fundamentales” (Loayza y Casma, 2020, p.158).

Entonces, estos alcances demuestran que es preciso la aplicación del control de convencionalidad en la administración pública para efectivizar y garantizar derechos. Si bien no se ha profundizado sobre el tema de la buena administración y gobernanza, consideramos que el objetivo de que se titule la propiedad de pueblos indígenas es acorde con los conceptos de la misma. Como se observa a continuación:

“El derecho y las obligaciones jurídicas de buena administración abren nuevas sendas epistemológicas y metodológicas para el derecho público, con una mayor preocupación por el papel del mismo en la buena gestión pública, por su interacción con otras ciencias sociales (que a su vez, no pueden ni deben prescindir de él) y por el abandono de perspectivas positivistas formalistas que descuiden el impacto real del derecho en la sociedad su cumplimiento o incumplimiento y su incidencia social” (Ponce, 2015, p.119).

Y, precisamente, es relevante resaltar lo anterior, porque no se pueden negar los derechos de las comunidades nativas deciden autoorganizarse, si deciden titularse como pueblos. Así se debe tener presente que la finalidad del procedimiento administrativo es la garantía los derechos de los administrados de conformidad con sus derechos. Además, se trata de derechos reconocidos hace 200 años y sobre los cuales existe una obligación del Estado ante el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Por ello, es importante la aplicación del control de convencionalidad en la administración pública.

5. Conclusiones

A modo de conclusión, en este breve artículo, se ha planteado un tema complejo que es necesario debatir en distintos espacios para que así se establezca una mejor aplicación del control de convencionalidad por los órganos administrativos. Ello, con el fin de que se efectivice los derechos humanos de pueblos indígenas en la administración pública.

En primer lugar, de forma general, se expuso de forma sucinta el reconocimiento de las comunidades desde una perspectiva histórica, para así referirnos a las normas concretas que

buscan efectivizar sus derechos. Las mismas que, lamentablemente, no han sido ni eficiente ni eficaces; por lo que, se realiza una crítica a la excesiva dilación del procedimiento de titulación de las comunidades que les permiten ejercer sus derechos intrínsecos al no contar con su título de propiedad. Por ello, se sostiene que debe reevaluarse este procedimiento para que se garanticen los derechos de las comunidades en todo el procedimiento.

Así se ha expuesto la situación de la titulación del territorio de las comunidades y, de forma general, se abordó la situación de las comunidades que deciden titularse como pueblo indígena. De esta manera, un caso ilustrativo que nos permite analizar la importancia de la titulación de su territorio integral de los pueblos indígenas a fin de que se garanticen otros derechos como la soberanía alimentaria, medio ambiente, entre otros. De esta manera, el control de convencionalidad que contempla el corpus iuris del derecho internacional de los derechos humanos, en este caso sobre pueblos indígenas, conllevaría que el Estado peruano cumpla con los estándares internacionales de Derechos Humanos sobre pueblos indígenas, así como una idónea gestión de parte de la administración pública.

Finalmente, se ha expuesto que es fundamental que los órganos administrativos del Estado consideren la aplicación del control de convencionalidad, que es una herramienta para efectivizar y garantizar derechos humanos. Así, existe el marco jurídico internacional y la jurisprudencia de la Corte IDH que tienen como mandato que esta herramienta sea empleada también por la administración pública; y, además esta es compatible y coadyuva a cumplir con la finalidad del procedimiento administrativo es la garantía de los derechos de los administrados de conformidad con sus derechos, como en el caso de pueblos indígenas. Evidentemente, no está exento de críticas, pero se considera que son superables, ya que, por el contrario, la predictibilidad y seguridad jurídica estaría presente al otorgarle derechos a los pueblos indígenas sobre sus territorios para que así no se otorguen derechos a terceros sin garantizar primero derechos sobre su territorio ancestral.

6. Referencias

Alianak, R. (2015). *El renovado Derecho Administrativo, a la luz del control de convencionalidad*. Belo Horizonte: Revista de Direito Administrativo & Constitucional.

Centro Amazónico de Antropología y Aplicación Práctica. (2018). *Territorio Integral Tajimat Awajún. Fundamentos legales, antropológicos y políticos*. Lima: CAAAP.

Defensoría del Pueblo. (2018). *Informe de Adjuntía N° 002-2018-DP-AMASPPI-PPI: El largo camino hacia la titulación de las Comunidades Campesinas y Nativas*. Lima: Defensoría del Pueblo.

Loayza, F. y Casma, J. (2020). *El Control de Convencionalidad en sede administrativa: un mecanismo para la defensa de los contribuyentes*. Lima: Themis.

Ponce, J. (2014). *El derecho a la buena administración y la calidad de las decisiones administrativas*. Lima: IDEHPUCP.

Urteaga, P. (2015). *Los Pueblos Indígenas y su derecho al territorio: Una lucha que no termina*. Lima: Enfoque Derecho.

Yrigoyen, R. (2011). *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores.

PARTE V

PREMIO

COMUNICACIÓN CIENTÍFICA

DAS PROMESSAS À DERROCADA: ANÁLISE DAS POLÍTICAS DE EFETIVAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA DESDE A CONSTITUIÇÃO DE 1988

FROM PROMISES TO NON-COMPLIANCE: ANALYSIS OF POLICIES FOR THE MATERIALIZATION OF SOCIAL RIGHTS BY THE BRAZILIAN PUBLIC ADMINISTRATION SINCE THE 1988 CONSTITUTION

Adriana Kempe

Passados séculos desde a ascensão do regime econômico do capitalismo e de seu modelo de exploração-predação, produção e consumo dos recursos humanos e materiais pautado em uma lógica acumulativa de crescimento pelo crescimento, a manutenção do sistema revelou-se inviável. Essa percepção conduziu à formulação obrigatória de uma nova mentalidade, pautada na solidariedade intergeracional e na sustentabilidade multidimensional. Disso emergiu um novo conceito: o do desenvolvimento sustentável. Incorporado pela comunidade internacional, o novo paradigma foi, também, internalizado pelo ordenamento jurídico brasileiro, que em sua Constituição Federal de 1988 o elegeu como um dos objetivos da República. Um dos efeitos dessa adoção, aliado ao movimento de constitucionalização do Direito Administrativo, é, sem dúvidas, o vínculo obrigatório que se estabeleceu entre a Administração Pública brasileira e a consecução desse modelo de desenvolvimento justo, ambientalmente correto e solidário. É a partir desse contexto que se desenvolveu este trabalho, que pretendeu demonstrar a trajetória percorrida pelo Estado brasileiro desde 1988 nos pontos relativos à obrigatoriedade de a Administração Pública brasileira realizar os direitos fundamentais sociais como forma de cumprimento de um dos objetivos da República – que se revela, ao mesmo tempo, um compromisso global e intergeracional –. Para tanto, analisou-se o contexto socioeconômico brasileiro, principalmente em relação à pobreza e à desigualdade de renda, e, após, o caminho percorrido pelo Estado brasileiro em matéria de políticas públicas e desenvolvimento sustentável desde a promulgação da Constituição de 1988. Para cumprir com tal escopo, utilizou-se do método dedutivo, com emprego das técnicas de pesquisa bibliográfica, fichamento e análise de dados disponibilizados, anteriormente, por distintas entidades integrantes dos quadros estatais e da sociedade civil. Inevitavelmente, na análise da trajetória percorrida pelo Estado-Administrador brasileiro, foram submetidas à análise as escolhas realizadas pelos grupos políticos que passaram pela cúpula da Administração Pública, bem como as implicações que afastaram ou aproximaram o Estado do cumprimento dos objetivos do desenvolvimento sustentável. Destacam-se as mais recentes, que se coincidem com a fragilização dos direitos fundamentais sociais no Brasil. Tratam-se, sobretudo, das políticas incorporadas a partir do ano de 2016, no âmbito federal, em que se identificam traços de um modelo de Estado que não se coaduna com os postulados constitucionais, nem tampouco com o que emana do desenvolvimento sustentável. O que a pesquisa revelou é que escolhas políticas recentes têm intensificado o afastamento do Estado brasileiro da concretização

do desenvolvimento sustentável e da redução das iniquidades que historicamente o maculam, ainda que outrora tenham sido alcançados importantes avanços nesses campos. A despeito disso, os resultados permitem a insistente conclusão de que o paradigma inaugurado desde o advento da Constituição de 1988 e da incorporação do desenvolvimento sustentável ao ordenamento interno exprime, ainda, o melhor caminho para erradicar as desigualdades e fazer da sociedade brasileira livre, justa e solidária.

PALAVRAS-CHAVE

Desenvolvimento sustentável; direitos humanos; direitos fundamentais sociais; políticas públicas; atuação administrativa

CONCLUSIÓN GENERAL

La cuarta edición del Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo trajo consigo importantes reflexiones traídas por los participantes, quienes tuvieron la oportunidad de presentar y debatir las conclusiones de las investigaciones que había o venían realizando sobre diferentes ámbitos del Derecho Administrativo.

Con dos conclusiones nos queremos quedar a partir de las dos jornadas de ponencia desarrolladas en diciembre del año pasado. La primera conclusión que ocupa nuestra atención es la demostración de que el Derecho Administrativo es una de las ramas más transversal que existe en el Derecho por los múltiples puntos de conexión que puede construir con otras disciplinas como la Sociología, Economía, Ingeniería, Informática, Ciencias Políticas, etc.

En cada una de las cuatro categorías se presentaron trabajos innovadores que abordaron aspectos no estudiados por la doctrina y que merecían un análisis fresco y panorámico. Justamente esto último, posibilitó que resalté como aspecto común y vinculante la maleabilidad del Derecho Administrativo para ser utilizado como instrumento de implementación jurídica o conceptual.

La segunda conclusión que nos dejó esta edición fue la aparición de nuevas áreas de investigación del Derecho Administrativo que están rompiendo las antiguas clasificaciones y demandan, por ello, una revisión constante de las reglas impuestas por la tradición doctrinaria. Nosotros mismos hemos testigo de este avance pletórico cuando hemos clasificado las ponencias dentro de las categorías que habíamos dictado. Nos queda, por ello, el desafío y la responsabilidad de mirar cada vez más estas innovaciones doctrinarias que han llegado para revolucionar el clásico esquema clasificatorio de temas del Derecho Administrativo.

En general, las ponencias presentadas en esta cuarta edición han colmado ampliamente las expectativas. Los trabajos tienen un rigor académico que ha sido verificado por árbitros internacionales, quienes dan fe de la información y, sobre todo, dan reconocimiento al valor aportado por cada ponencia que este libro ha recopilado a modo de Memorias del IV Congreso

Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo.

Gianpierre Valverde Encarnación

James Fernández Salguero

DIRECTORES

**IV CONGRESO LATINOAMERICANO DE
ESTUDIANTES DE DERECHO ADMINISTRATIVO**

SOBRE LOS AUTORES

Facio, Rafaella

Estudiante de posgrado (Maestría) también en la UFPR y estudiante de posgrado (especialización) en el Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar (Curitiba, Paraná, Brasil).

Mendonça, Bárbara

Estudiante de doctorado por la Pontificia Universidad Católica do Paraná (Curitiba, Paraná- Brasil).

Interiano, Josué

Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras en el Valle de Sula.

Olivera, Leonardo

Estudiante e investigador de Derecho Administrativo de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de Honduras en el Valle de Sula.

Villarroel, Matías

Abogado por la Universidad Central de Chile. Miembro de la Asociación de Derecho Administrativo de Chile y de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo.

Sarmiento, María Julieta

Abogada por la Universidad Externado de Colombia.

Márquez, Carmen

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú con especialización del Programa de Derecho Administrativo de la Escuela de Posgrado por la misma casa de estudios.

Farfán, Víctor

Bachiller en Derecho por la Universidad Católica de Santa María y egresado del Curso de Extensión Universitaria organizado por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería (Osinergmin) y el Organismo Supervisor de la Inversión en Infraestructura de Transporte de Uso Público (Ositran).

Cacñahuaray, Ruth

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú (2018), con estudios en el Programa de Segunda Especialidad en Derecho Administrativo (PUCP). Miembro Adscrita de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA).

Cabezas, Nicolás

Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Investigador en temas de Derecho Administrativo y Derecho Urbano.

Corral, María Emilia

Abogada por la Universidad Nacional de Cuyo y Doctora en Derecho en Derecho Internacional por la misma casa de estudios.

Manrique, Diana

Estudiante de pregrado de la carrera de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rodríguez, Sofía

Abogada por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Con Segunda Especialidad en Derechos Fundamentales y Constitucionalismo en América Latina por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Kempe, Adriana

É advogada, graduada em Direito pela Universidade Positivo e especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar, ambos no Estado do Paraná, Brasil.

Se terminó de diagramar en los talleres gráficos de:

Calle 51 Bellavista - Callao

Correo: rubi.vap@gmail.com

Celular: +51 922720496

Noviembre - 2022

Lima - Perú

Con el surgimiento de la emergencia sanitaria, ha resultado imprescindible que el Derecho Administrativo manifieste propuestas innovadoras que permitan que la Administración Pública logre hacer frente a los nuevos desafíos que afrontamos en la actualidad. Ante tales circunstancias, se presenta este libro que reúne las ponencias presentadas en el IV Congreso Latinoamericano de Estudiantes de Derecho Administrativo; obra que presenta nuevos enfoques en cuatro áreas de conocimiento como son la Transparencia y Transformación digital de la Administración Pública, Nuevas Tendencias en el Arbitraje y Contratación Pública, Regulación y la Libre Competencia y la Garantía de los Derechos Humanos en la Administración Pública. Con ello, se busca fortalecer el rol del Derecho Administrativo y su aporte en la sociedad.

COORDINADORES GENERALES

ANDRÉS ZUÑIGA NAJARRO

KIMY SELENE PAREDES ARANDA

COORDINADORES TEMÁTICOS

MARGOTH VALENCIA CARRIÓN

CAMILA MANTILLA MARTÍNEZ

LUCIANA SÁNCHEZ NÚÑEZ

JUAN DIEGO RIAÑO GARZÓN

JHOSEP VIZA COLQUEHUANCA

MARIANA GONZÁLES JARA