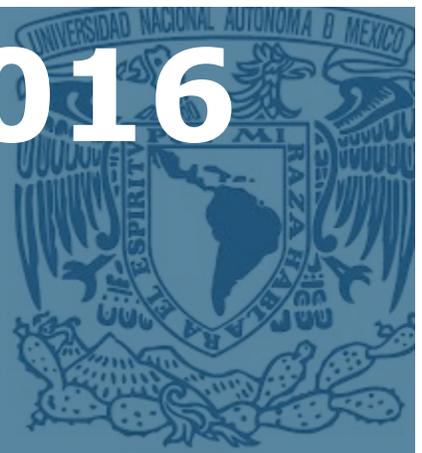


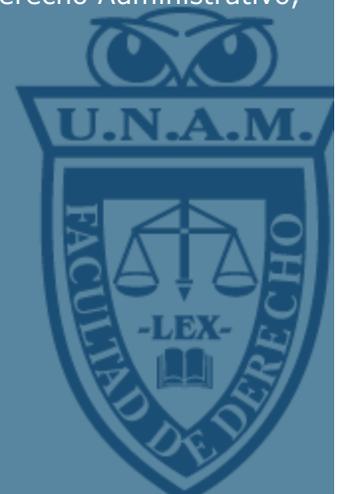
2016



Memorias del II
Congreso Internacional
Estudiantil de Derecho
Administrativo



Seminario de Derecho Administrativo,
turno matutino



AGRADECIMIENTOS

El Seminario de Derecho Administrativo, en su turno matutino, y el Comité Organizador del II Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, agradecen al señor Director de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Doctor Raúl Contreras Bustamante, todas las facilidades institucionales brindadas para la organización y desarrollo de este ambicioso proyecto.

Asimismo, vaya nuestro agradecimiento a los profesores: Doctor Ángel Zarazúa Martínez, y Doctor Gustavo Rendón Huerta, por las espléndidas conferencias magistrales que tuvieron a bien impartirnos en la celebración del Congreso.

ÍNDICE

PRÓLOGO.....Pág. 5

INTRODUCCIÓN..... Pág. 6

BRASIL

PRISCILA BEPLER SANTOS..... Pág. 8

RAFAELA NÁTALY FÁCIO..... Pág. 26

RAFAELLA BALBINOTTE WINCARD..... Pág. 42

COLOMBIA

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE..... Pág. 61

ECUADOR

ANDREA CAROLINA GAVILANES ORTÍZ..... Pág. 89

LISA MICHELLE ABCARIUS RACINES..... Pág. 108

MÉXICO

ALFONSO MENDOZA JUÁREZ..... Pág. 127

GUILLERMO RÍOS GUERRERO..... Pág. 146

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ..... Pág. 163

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA..... Pág. 180

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME..... Pág. 199

PERÚ

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN..... Pág. 220

PRÓLOGO

DIRECTOR DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DR. RAÚL CONTRERAS BUSTAMANTE

INTRODUCCIÓN

En el vasto espectro de quehaceres del Estado, en el que confluyen las actividades y formas de organización de los diversos entes públicos, los servicios públicos, las relaciones jurídicas generadas en la *hiperkinesis* estatal, la función administrativa y su constante búsqueda de la satisfacción de necesidades públicas en aras de alcanzar los fines del Estado, emerge la figura del derecho administrativo como la rama más robusta del Derecho, para estructurar a través de sus normas y principios, los ejes y mecanismos de la actuación del Estado.

Lo anterior no constituye un panorama completo de la suma total de actividades del Estado, es apenas un esbozo de la misma, faltaría mencionar, entre otras muchas, situaciones adversas o las anómalas que se viven al interior del Estado, y que también tienen que ver con esta rama del derecho, lo que sin duda entraña un vasto sistema dinámico y cambiante de normas e instituciones en movimiento.

En ocasión del Segundo Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, celebrado en la Ciudad de México, los días 3 y 4 de noviembre de 2016, en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, se dieron cita varios estudiantes provenientes de diversos países para tratar temas variados del Derecho Administrativo. Jóvenes de distintas universidades de Brasil, Colombia, Ecuador, Perú, así como de distintas universidades públicas del interior de la República Mexicana asistieron y participaron con sus respectivos trabajos de investigación. Llama la atención que lo que los convocó fue el estudio y análisis de temas y problemáticas propias del Derecho Administrativo, que en ocasiones, les eran comunes a varios de los países participantes; producto de dicho Congreso, se escribieron estas Memorias, para recopilar y dar testimonio de los temas que en él se abordaron, tales como transparencia en la administración pública, medidas de anticorrupción, servidores públicos, poder sancionador del Estado, así como diversos aspectos del contencioso administrativo, entre otros.

No omito mencionar que la particularidad del evento radicó en que los ponentes eran estudiantes de la licenciatura en Derecho, que bajo la asesoría de un profesor de sus respectivas universidades de procedencia, y bajo el cobijo del Seminario de Derecho Administrativo, turno matutino, de la Facultad de Derecho de la UNAM, participaron en este ejercicio académico, con resultados altamente satisfactorios, pues además del intercambio de ideas allí generado, se produjo una red de estudiantes que han quedado a la espera del próximo Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, atrayendo a nuevos participantes, tanto de universidades nacionales como extranjeras, lo que sin lugar a dudas lleva a pensar, que este evento académico ha dado la pauta para la formación de nuevos investigadores en la ciencia jurídica, concretamente del Derecho Administrativo, lo cual no es cosa menor.

Dra. María Guadalupe Fernández Ruiz
Directora del Seminario de Derecho Administrativo
Turno Matutino

BRASIL

PRISCILA BEPLER SANTOS

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO

RAFAELE BALBINOTTE WINCARD



DEBER-PODER SANCIONADOR CON LÍMITES PARA LAS MICRO EMPRESAS Y PEQUEÑAS EMPRESAS EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS¹

SANCTIONING DUTY-POWER WITH LIMITS FOR MICRO-ENTERPRISES AND SMALL ENTERPRISES IN ADMINISTRATIVE CONTRACTS

PRISCILA BEPPLER SANTOS²

Resumen. El presente artículo tiene por propósito disertar sobre la imposición de límites al ejercicio del deber-poder sancionador de la Administración Pública, en especial para micro y pequeñas empresas. El trabajo analiza el ejercicio del deber-poder sancionador, verifica y confirma, además, la posibilidad de una mayor moderación en la eventual imposición de sanciones administrativas, con vistas a la mantención de la actividad empresarial, con el fin de garantizar la promoción del desarrollo nacional sostenible.

Abstract. This article has the purpose to expound on imposing limits to the exercise of the Public Administration's duty-power of sanctioning, particularly for micro and small enterprises. This work analyzes the public authority's exercise of the duty-power to impose a sanction, verifying and confirming, moreover, the ability to sustain a greater restraint on the possible imposition of administrative sanctions, in order to maintain the business activity to ensure the promotion of sustainable national development.

Sumario. I. Introducción; II. La relevancia de la actividad micro empresarial y de la realización de la función social de la empresa; III. El deber-poder sancionador; IV. Límites a la imposición de sanciones administrativas en depreciación de las micro y pequeñas empresas; V. Conclusión; VI. Bibliografía.

Palabras clave. Sanciones administrativas; desarrollo nacional sostenible; Micro y pequeñas empresas; función social de la empresa; razonabilidad y proporcionalidad.

Keywords. Administrative sanction; sustainable national development; micro entrepreneurship; enterprise social function; reasonability and proportionality.

¹ El presente artículo fue escrito originalmente en portugués y traducido por el autor.

² Estudiante de Derecho de Unicuritiba, Brasil. Becaria del CNPQ (2015-2016) por el Proyecto de Iniciación Científica: "Deber-Poder Sancionador con límites para las Micro y pequeñas empresas en los contratos administrativos". [pribeppler@gmail.com]

I. Introducción

El presente artículo tiene por objetivo disertar sobre el deber-poder sancionador, considerando el escenario sobresaliente de desigualdades en el Brasil. En ese contexto, será realizado un estudio acerca de la importancia económica y social de la actividad económica empresarial, especialmente con relación a las micro y pequeñas empresas. Ese estudio será realizado partiendo de la generación de empleos, de la participación en la generación de riqueza y de la distribución de renta.

Al examinar el sentido, contenido y alcance de los principios de la proporcionalidad y de la razonabilidad en el ejercicio del deber-poder sancionador, se confirmará si (al menos en el área de las licitaciones y de los contratos administrativos) se puede defender la necesidad-posibilidad de una mayor moderación en la estipulación previa y/o en la aplicación de multas y en los efectos temporales de la imposición de otras sanciones, teniendo en vista la función social de las empresas.

Para cumplir ese propósito, la investigación se centrará en el Derecho, pero aun así se muestra interdisciplinaria, puesto que presenta una visión integrada, sistémica y crítico-reflexiva de esa realidad guiada por el método bibliográfico, es decir, por el examen de artículos y libros sobre todo jurídicos y económicos.

Este trabajo está íntimamente ligado a la actividad empresarial, en los tiempos de crisis económica, con vistas a la realización del interés público y, más particularmente, a la concretización de la sociedad como solidaria y del orden económico como fundado en la valorización del trabajo humano y en la libre iniciativa. En ese contexto, el Estado y la Administración Pública son llamados a intervenir, ya sea previniendo, cohibiendo o sancionando comportamientos cuando inoportunos e inconvenientes, o ya sea estimulándolos, cuando colectivamente deseados.

Así, se enfatizará la importancia de programas de acción del Estado y del gobierno que atenten para la no aplicación de sanciones exageradas, desmedidas o inconsistentes con el desarrollo nacional sostenible que clama por la generación y manutención de empleos y por la mejor distribución de renta y riqueza, lo que fácilmente se vislumbra como resultado de la actividad empresarial.

De esa forma, asumir una deliberada y previa intención normativa de evitar solucionar la continuidad de la actividad empresarial, simultáneamente, atender a los reclamos de la seguridad jurídica, de la razonabilidad y de la proporcionalidad, teniendo en vista la finalidad de las sanciones administrativas, en un escenario económico difícil.

El tema abordado surge de la necesidad de profundizar en el estudio del principio de la función social de la empresa, particularmente en relación a las micro y pequeñas.

En el actual escenario de renovada crisis económica, la importancia de las micro y pequeñas empresas para el Estado, para el mercado y para la sociedad brasileña, merece reexamen. Esto es, con la escasez de los recursos públicos y privados y, además, con la derivada imposibilidad de ampliación y aun de manutención del número de empleos, se hace necesario examinar si hay y cuáles son las alternativas de actuación estatal en el sentido de buscar mantener la promoción del desarrollo nacional sostenible, no apenas por la vía de la prestación de los servicios públicos y de fomento a ciertas actividades empresarias asumidas como relevantes para la colectividad, sino también por el comedido ejercicio del poder-deber sancionador.

II. La relevancia de la actividad micro empresarial y de la realización de la función social de la empresa

El orden económico nacional, por sus fundamentos y principios del artículo 170 de la Constitución Federal Brasileña, garantiza la libre iniciativa, la libre competencia, la valorización del trabajo humano, la soberanía nacional, la propiedad privada, la función social de la propiedad, la defensa del consumidor, la defensa del medio ambiente, la reducción de las desigualdades regionales y sociales, la búsqueda del pleno empleo y el tratamiento diferenciado para las empresas de pequeño porte, con el fin de asegurar a todos una existencia digna.

Estos principios se aplican directamente en la propiedad de los bienes de producción de la empresa, de modo que se cohíban abusos. De esta forma, el Estado y el Derecho no son un fin en sí mismo, sino que se encargan de la garantía, tutela y promoción de los valores de él derivados

Así, un punto de fundamental importancia es la necesidad de que las empresas sean manejadas de modo que puedan hacer frente a su función social. Ese principio surge como efecto de una sociedad que trasciende los intereses individuales, alcanzando a los colectivos. A decir:

Función social, por consiguiente, puede ser entendida como el resultado que se pretende obtener con determinada actividad del hombre o de sus organizaciones, teniendo en vista intereses que sobrepujan a los del agente. Poco importa traducir esa actividad ejercicio de derecho, deber, poder o competencia. Relevantes serán, para el concepto de función, las consecuencias que ella acarrea para la convivencia social. El modo de operar, así, no define la función, la califica.³

Se sabe que las actividades económicas apuntan al lucro, sin embargo, el principio de la función social de la empresa refuerza la idea de que no se puede considerar solamente la productividad de la actividad, debiéndose

³ PASSOS, JOSÉ JOAQUIM CALMON DE, *Função social do processo*, Jus Navigandi, 2002. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/3198/funcao-social-do-processo/2>> [09-mar-2016].

concomitantemente a ella, ser respetadas las condiciones inherentes a la función social, es decir, con las palabras de Luiz Antônio Ramalho Zanoti “el lucro contabilizado por la empresa solamente es legitimado, si esta atiende al mandamiento legal que se resume al cumplimiento de su función social (...)”.⁴

De modo que, ante las exigencias de la sociedad, se busca mantener la empresa en el mercado, teniendo en vista que es en torno a la actividad empresarial que están las diversas expectativas sociales, tales como la generación de empleos, tributación, desarrollo económico, producción de bienes y mercancías, prestación de servicios, entre otros.

Se parte de la premisa de que todos los empresarios deben actuar con ética y dignidad, dando la debida importancia a la minimización de las desigualdades sociales y regionales, a la busca del pleno empleo, en fin, auxiliando a realizar el desarrollo nacional sostenible. En ese mismo sentido, Luiz Antônio Ramalho Zanoti señala que:

A rigor, toda empresa es ética porque se presupone que ella actúa en conformidad con los principios morales y con las reglas tenidas como de buena conducta por la colectividad; solidaria, humana a punto de preocuparse con el prójimo, en la busca de interés común. Por lo tanto, si la conducta de la empresa no se encuadra en esos dictámenes básicos, no se puede decir que es una auténtica empresa porque a medida que se aleja de principios tenidos como éticos por la comunidad, se aleja también de esta misma comunidad.⁵

Sobre la dignidad empresarial, sigue la lección de Jusara Suzi Assis Borges Nasser Ferreira:

La dignidad empresarial se expresa a través del ejercicio de la actividad económica de forma equilibrada, sin abusos, cumpliendo con las funciones económica y social, de forma adecuada a los preceptos constitucionales, delimitados por el abuso del poder económico, la competencia y la protección al derecho del consumidor. La ética empresarial, también se observa cuando la empresa incluye en la relación costo X beneficio, la dimensión del beneficio social.⁶

Al cumplir su función social, aun se mantiene la posibilidad de que la empresa pueda desenvolver una actividad lucrativa. Esencialmente, la empresa

⁴ ZANOTI, LUIZ ANTÔNIO RAMALHO, *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana, s/e, s/a*, p. 214. Disponible en: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>> [04-jun-2016].

⁵ ZANOTI, LUIZ ANTÔNIO RAMALHO, *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*, Curitiba, Juruá, 2009, p.184.

⁶ FERREIRA, JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER, “Função social e função ética da empresa”, en *Revista Jurídica da Unifil*, Londrina, año II, núm. 2, 2005, p. 78. Disponible en: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf> [07-jun-2016].

puede proseguir una finalidad económica, desde que cumpla con las responsabilidades a ella asignadas, las cuales harán que su actividad sea contributiva a la sociedad, resultando en mayor desarrollo social y económico.

En este sentido, el enfoque de este trabajo es la protección y el favorecimiento de las microempresas y empresas de pequeño porte, porque, debido al importante papel que ellas desempeñan en la sociedad brasileña, se debe reflexionar acerca de la creación de políticas de favorecimiento jurídico.

Se asegura a las microempresas y a las empresas de pequeño porte un tratamiento diferenciado con el objetivo de “incentivar tales empresas, creando condiciones para su desarrollo”⁷, como se puede verificar en el artículo 179 CF.⁸

Esos tratamientos privilegiados son establecidos en el Estatuto Nacional de la Micro empresa y Pequeña empresa (Ley Complementar 123 de 2006) y consisten en la simplificación de sus obligaciones en los campos administrativos, tributario, de seguridad y crediticio, “pudiendo la Ley incluso reducir o eliminar tales obligaciones”.⁹

Esto se debe a la hiposuficiencia de los micro y pequeños empresarios en relación con las empresas de mayor porte, es decir, debido al hecho de que las microempresas no ostentan los mismos atributos empresariales que las grandes empresas, se busca la *isonomía*.

La Constitución Federal Brasileña de 1988 establece un orden económico capitalista pautado en la libre iniciativa y en el régimen de la propiedad privada.¹⁰ Por lo tanto debe permanecer asegurado el principio de la función social, es decir, microempresas también deberán cumplir su función social.

También se hace importante resaltar la gran importancia de las micro y pequeñas empresas, en el escenario nacional brasileño, por la función social que ellas representan y por su cuantificación expresiva. Ellas están inseridas en todos los niveles sociales y se extienden por todo el Brasil. Son responsables por una importante parcela de los puestos de trabajo, tienen elevado número de exportaciones, recaudan tributos, así contribuyendo significativamente para el medio social y económico brasileño.

De ese modo, el Estatuto Nacional de la Micro empresa y Pequeña empresa colabora con el orden económico y social brasileño, propiciando en ambas el ejercicio de su función social, con vistas a la promoción de la justicia

⁷ COELHO, FABIO ULHOA, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, São Paulo, Saraiva, 2008, p.54.

⁸ Cfr. Art. 179, CF, dice textualmente: A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios dispensarão às microempresas e às empresas de pequeno porte, assim definidas em lei, tratamento jurídico diferenciado, visando a incentivá-las pela simplificação de suas obrigações administrativas, tributárias, previdenciárias e creditícias, ou pela eliminação ou redução destas por meio de lei.⁸

⁹ COELHO, *Op. Cit.*, 2008, p.54.

¹⁰ BERTOLDI, MARCELO M.; RIBEIRO, MARCIA CARLA PEREIRA, *Curso avançado de direito comercial*, 5.ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009, p.133.

social y al bien común, viabilizando la construcción de una sociedad más libre y justa.

Según la pesquisa realizada por el Servicio Brasileiro de Apoio las Micro y Pequenas Empresas (SEBRAE), en febrero de 2015 existían en el Brasil más de 9,5 millones de micro y pequeñas empresas. La importancia de la participación de esas empresas en la economía brasileña es significativa y viene creciendo: son grandes responsables por la generación de empleos en el país. En esa pesquisa, se constató que la mayor parte de las MPE está localizada en la actividad de comercio (48,5%) y en las de servicio (38,3%), y apenas 13,1% se localizan en las industrias.¹¹

Queda demostrada, así, la relevancia de las micro y pequeñas empresas en el país y que su función social no es ejercida solamente en torno de su actividad empresarial o de su finalidad lucrativa, sino también en la búsqueda de la justicia social, de la reducción de desigualdades regionales y sociales, de la dignidad de la persona humana, de la libre iniciativa, de la valorización del trabajo humano y del bien común, con el fin de alcanzar un desarrollo nacional sostenible. Así defiende André Silva Spínola que:

Es imperativo que haya un ambiente propicio de crecimiento para las micro y pequeñas empresas, que envuelva política tributaria y crediticia, entre otras formas de incentivo. Hay que adoptar una política de tratamiento realmente eficaz, permanente y uniforme, que pueda contemplar tanto las micro como las pequeñas empresas.¹²

Mejor diciendo, la microempresa y la empresa de pequeño porte cumplen su función social, posibilitando, además de la ganancia económica, una ganancia social, al emplear medios de sostenibilidad económica, ambiental y social, que visan la existencia digna de todos, la justicia social y al desarrollo económico sostenible.

Se resalta que las micro y pequeñas empresas operan de forma significativa en todo el país, actuando para realizar los principios del orden económico, de la percepción de medios de sostenibilidad económica, ambiental y social, en el compromiso con la reducción de desigualdades regionales y sociales, así como promover el desarrollo nacional sostenible. De este modo, se sostiene que sean implementadas políticas públicas que posibiliten a las microempresas y

¹¹ SEBRAE, *Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira: relatório executivo*, p.19. Disponible en: <observatorio.sebraego.com.br/midias/downloads/01042015153936.pdf> [20-mar-2016].

¹² SPÍNOLA, ANDRÉ SILVA, "O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e a empresa de pequeno porte: princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva", en *Jus Navigandi*, 2003, p.01. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/3724/o-tratamento-diferenciado-simplificado-e-favorecido-concedido-a-microempresa-e-a-empresa-de-pequeno-porte>> [12-mar-2016].

las empresas de pequeño porte realizar la actividad empresarial sin mayores dificultades.

La función social está directamente ligada a la premisa de que actividad empresarial debe respetar y promover prerrogativas sociales y éticas no solamente en torno de su finalidad lucrativa, sino también de las necesidades de la sociedad brasileña. De modo que, si esas prerrogativas no son cumplidas, el Estado y la Administración Pública deben interferir, en regla, sancionando.

III. El deber-poder sancionador

La Constitución de la República Brasileña en el artículo 174 determina que compete al Estado como agente normativo y regulador de la actividad económica, ejercer, en la forma que determina la Ley, las funciones de fiscalización, incentivo y planificación, siendo determinante para el sector público e indicativo para el sector privado.

Aunque pese a la gran relevancia de la actividad empresarial para la sociedad brasileña, el Estado es responsable de su regulación. En un escenario donde la regulación no cumple su propósito, en regla, se aplicaría el deber-poder sancionador.

Así, se conceptualiza en la doctrina la infracción administrativa como “el incumplimiento voluntario de una norma administrativa para el cual se prevé una sanción cuya imposición es decidida por una autoridad en el ejercicio de la función administrativa”.¹³

Es importante resaltar que la actividad punitiva estatal debe siempre observar principios y reglas garantizadoras de derechos de los administrados y ciudadanos, porque sin esa observancia se tornará ilegítima y arbitraria.¹⁴

Se resalta, además, que la sanción tendrá naturaleza administrativa si es aplicada en el ejercicio de esta función, ya que si tiene que ser aplicada por un Estado-juez no será más administrativa sino fruto del ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha.¹⁵

En esa línea de razonamiento, la sanción punitiva comprende una reacción inmediata y restrictiva, consecuencia jurídica desfavorable al comportamiento de un sujeto por el hecho de estar en inconformidad con el ordenamiento jurídico.¹⁶

¹³ BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, 32. ed. São Paulo, Malheiros, 2015, p.871.

¹⁴ MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO; GARCIA, FLÁVIO AMARAL, “A principiologia no direito administrativo sancionador”, en *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Salvador, n.28, nov/dez/jan, 2012*, p.01. Disponible en: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-28-novembro-2011-diogo-figueiredo-flavio-garcia.pdf>> [02-ago-2016].

¹⁵ FERREIRA, DANIEL, *Sanções administrativas*, São Paulo, Malheiros, 2001, p.32.

¹⁶ FERREIRA, DANIEL, “Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal”, en *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, jul/dez, 2012, p. 175. Disponible en:

Es importante resaltar que la aplicación de una sanción no consiste en una facultad, sino en un deber.¹⁷ En otras palabras, la sanción es una consecuencia obligatoria de la práctica de un ilícito administrativo. En una visión general, la aplicación de sanciones deriva, en regla, de comportamientos que resulten en infracciones administrativas, siendo que éstos tienen un carácter preventivo, educativo y represivo.

De esta forma, como bien se ve, la finalidad primordial es prevenir, es decir, desestimular toda y cualquier conducta administrativamente reprobable, con el fin de preservar los preceptos administrativos. Y es exactamente por eso que se debe revolver la función social de la empresa para bien comprender que la actividad sancionadora no puede serle indiferente.

En otro sentido, Bobbio destaca la existencia de las llamadas sanciones positivas (premios, incentivos o recompensas), que visan la inducción de comportamientos y realizaciones benéficas a la sociedad, esas entendidas como sanción premial.

Así, queda claro que la sanción negativa deriva de la violación de la norma, de modo que una sanción premial se le concede como estímulo para su observancia. La sanción de carácter punitivo tiene la pretensión de desestimular las conductas que no armonizan con el ordenamiento jurídico y, en caso de que sea violado, tendrá una función reparadora, buscando providenciar su restauración hasta el límite de sus responsabilidades. Ya la sanción positiva busca incentivar los comportamientos conformes, o aun inducirlos, con el objetivo de recompensarlos por el esfuerzo o promover un bien común a la sociedad.¹⁸

Luego, es el Derecho el que reclama su observancia mediante estimulación o desestimulación de conductas, mediante la conminación de repuesta sancionadora, sea ella premial o punitiva, respectivamente.

En ese contexto se hace necesario evidenciar la importancia de los principios de la razonabilidad y proporcionalidad en el Derecho Administrativo, de modo que sean considerados principios orientadores de la aplicación de las sanciones administrativas.¹⁹ Acompañando a ese planteamiento:

Se consideran también los principios de la razonabilidad y proporcionalidad en la aplicación de las sanciones administrativas como verdaderas guías para dosimetría de la sanción, con el fin de evitarse un eventual desvío de finalidad del

<<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280>> [14-maio-2016].

¹⁷ FERREIRA, DANIEL, *Sanções administrativas*, Op. Cit., p.40.

¹⁸ BENEVIDES FILHO, MAURICIO, «O que é sanção» *En Revista da Faculdade de Direito*, Ceará, n.1, v.34, 2013, p. 368/369. Disponible en: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/37>> [03-jun-2016].

¹⁹ VIEIRA, VANDERSON ROBERTO, «Infrações e sanções administrativas nas licitações e contratos administrativos» *En Revista Processus, Brasília*, 2011. Disponível em: <http://institutoprocessus.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/5_edicao1.pdf> [03-ago-2016].

acto sancionador, siendo así, una vez más, imprescindible la motivación para la validez del acto.²⁰

La sanción administrativa tiene límites de razonabilidad y proporcionalidad, incluso la sanción premial, o sea, que ni siquiera el fomento puede llegar a un resultado inoportuno. En ese sentido discurre José Roberto Pimenta Oliveira:

En la actividad promocional, con el fin de preservar la nota de indisponibilidad y consecuente relatividad de las prerrogativas administrativas en ella establecidas, la razonabilidad y la proporcionalidad imponen límites axiológicos en la propia configuración normativa de la actividad de fomento, que deberá revelarse adecuada, necesaria y ponderada, en consonancia con la axiología constitucional.²¹

Sobre el tema, resaltan Diogo de Figueiredo Moreira Neto y Flávio Amaral Garcia:

La proporcionalidad/razonabilidad es un principio que introduce en cualquier ramo del Derecho una premisa de justicia, puesto que es en ello que deben ser encontradas las balizas y los métodos ecuanímenes y uniformes, destinados justamente a evitar distorsiones, excesos e incongruencias en la aplicación de las normas, en especial en aquellas del Derecho Administrativo Sancionador.²²

En el actual escenario de crisis se debe dar especial atención a la razonabilidad y proporcionalidad, porque la realización de medidas inoportunas puede llevar a la incapacitación de las empresas, fulminando su función social.

Entonces, los principios de la razonabilidad y proporcionalidad están directamente ligados a la realización del interés público, en la medida en que la empresa debe ser preservada no solamente para el interés individual de los involucrados, como también a favor del interés de la propia sociedad. Así:

No hay adecuada persecución del interés público sin el necesario coeficiente de razonabilidad. Solamente con la observancia del principio es que el sistema jurídico valida el ejercicio de la actividad administrativa. En la propia delimitación legislativa de aquel interés y de las prerrogativas que le son instrumentales para su fiel persecución, la razonabilidad ya opera su fuerza normativa legitimadora. Solamente después del cribo de lo razonable, es posible estimar el grado válido de supremacía que el interés público debe recibir en la norma legislativa y debe

²⁰ VERZOLA, MAYSA ABRAHÃO TAVARES, *Sanção no direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2011, p.160.

²¹ OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO PIMENTA, *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2006, p.525.

²² MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO; GARCIA, FLÁVIO AMARAL, *Op. Cit.*, p.09.

reproducir concretamente frente a los demás intereses, bienes, valores y derechos involucrados en el caso, a ser ampliamente demostrado en la justificación de los actos administrativos.²³

La relación entre los principios de la razonabilidad y de la proporcionalidad con la realización al interés público se define con amplitud por José Roberto Pimenta Oliveira:

La razonabilidad (y, por consiguiente, la proporcionalidad) mantienen relación estrecha o umbilical con la definición substancial del interés público. Se muestra como referencia fundamental para la configuración del bien o valor que legitima la acción estatal, ante cada situación enfrentada, porque implica para el administrador el deber de, desde de la Constitución Brasileña y demás normas infraconstitucionales, analizar detalladamente todo el cuadro normativo regulativo de la actividad, las circunstancias específicas y los respectivos intereses jurídicos relevantes de cada caso puesto a la apreciación, posibilitando jurídicamente componer, de forma óptima, los términos y la exacta medida del interés público que debe perseguir la Administración y de las medidas por él demandas.²⁴

En el artículo 2º, párrafo único, inciso VI de la Ley del Proceso Administrativo (Ley nº 9784/1999)²⁵ queda demostrado que es de interés público el cumplimiento de la Ley y del Derecho, así como reconocer de antemano los efectos de ese cumplimiento, o sea, el interés público reclama la sanción, pero también reclama la manutención de la empresa en la sociedad, teniendo en vista su función social y el desarrollo nacional sostenible.

Por fin, la sanción garante el retorno al estado de legalidad, pero no podrá ser indiferente a la función social y al desarrollo nacional sostenible.

Se refuerza que la actividad empresarial no puede ser orientada solamente para el lucro porque debe también atender prerrogativas sociales y éticas de la sociedad brasileña, prerrogativas esas muchas veces garantizadas por la propia Constitución. De modo que, cuando esas prerrogativas no son cumplidas, la sanción es, en regla, la medida que se plantea para la reintegración del orden jurídico violado.

Se dice como regla, que debe ocurrir un análisis en el caso concreto con relación a la aplicación o no de determinada sanción prevista, porque no siempre

²³ OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO PIMENTA, *Op. Cit.*, p.239.

²⁴ *Ibidem*, p. 238.

²⁵ Art. 2º dice textualmente: "A Administração Pública obedecerá, dentre outros, aos princípios da legalidade, finalidade, motivação, razoabilidade, proporcionalidade, moralidade, ampla defesa, contraditório, segurança jurídica, interesse público e eficiência."

Parágrafo único. "Nos processos administrativos serão observados, entre outros, os critérios de: (...) VI - adequação entre meios e fins, vedada a imposição de obrigações, restrições e sanções em medida superior àquelas estritamente necessárias ao atendimento do interesse público."

la sanción se muestra como la vía más adecuada para realizar la reintegración del patrimonio jurídico.

Mejor diciendo, con la intención de garantizar el desarrollo nacional sostenible y la función social de la empresa, la actividad sancionadora debe ser razonable y proporcional, atendiendo a su dupla finalidad: desestimular y evitar el gravamen innecesario.

IV. Límites a la imposición de sanciones en depreciación de las micro y pequeñas empresas

Como fue ya presentado, “dado lo ilícito debe haber sanción, como regla”,²⁶ a menos que la Ley establezca en contrario. En el escenario actual de agravada crisis económica se evidencia la necesidad de una mayor moderación en la eventual aplicación de sanciones administrativas, con vistas a la preservación de la actividad empresarial en la perspectiva desarrollista.

Esto es, la medida desestimuladora no puede ser tan grave a punto de poner en riesgo el desarrollo de la Nación. Así, el deber-poder sancionador debe ser manejado con respeto y, siempre que posible, promover ese objetivo fundamental de la República Federativa de Brasil.

Se resalta que para realizar el principio de la isonomía se deben tratar los iguales igualmente y los desiguales en la medida de su desigualdad, verificando “si hay justificación racional para, ante el trazo desigualador adoptado, asignar el específico tratamiento jurídico construido en función de la desigualdad afirmada”.²⁷

Es importante observar que en el artículo 38-B de la Ley complementaria 123/2006, las multas ya están siendo mitigadas, lo que llama la atención para el reconocimiento del legislador en relación a menor reprobabilidad de las micro y pequeñas empresas. Esa mitigación no consiste en sanción premial, sino en una mayor moderación de la sanción punitiva, dada la vulnerabilidad de las mencionadas.

Se resalta que se debe considerar el desarrollo hasta en el momento de punir, porque si se aplica una multa con valores muy elevados puede llevar al cierre de la empresa, lo que genera diversos perjuicios para toda la sociedad.

La comprensión del desarrollo denota significativa importancia en este período de escasez y de cierre de empresas, porque se acentúa la necesidad de la preservación de la actividad empresarial productiva.

En suma, se convierte en objetivo primordial permitir que la empresa continúe ejerciendo su actividad, a favor del provecho de los dueños, de los empleados, de los socios y de toda la sociedad.

²⁶ FERREIRA, DANIEL, “Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal”, *Op. Cit.*, p.169.

²⁷ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993, p.38.

Siendo así, al posibilitar que la empresa se mantenga funcionando y cumpliendo con sus obligaciones, estará atendiendo a su función social. Es decir, el cumplimiento de la función social es verificado cuando la empresa asegura derechos colectivos e individuales, sin privarse de su finalidad lucrativa. Como bien explica Luciane Wambier:

La empresa no estará renunciando a su finalidad lucrativa al volverse hacia su función social. Una nueva orden jurídica, consagrada por la Constitución de 1988, impone al intérprete visitar la visión clásica del Derecho. Así, la percepción actual abarca el efecto multiplicador del bienestar social, de la construcción de una sociedad más justa y solidaria, plenamente de acuerdo con su potencial competitivo. Por tratarse de actividad con constante interface social, comprende fuerte potencial de modificación social, inclusive de estructuras originalmente puestas y de la forma de interpretarlas.²⁸

En el escenario actual no se puede ser indiferente a la repercusión social de la empresa en tiempos de crisis, es decir, no se debe medir esfuerzos para mantener la actividad empresarial, levando en consideración la mayor valía que la empresa genera para la sociedad.

Es importante considerar que se está viviendo una realidad de cierre de empresas, industrias y tiendas, de reducción de inversiones. Lo que tiene como consecuencia directa un aumento considerable en la tasa de desempleo. Para hablar de manutención y generación de empleo se hace necesario primero entender el desarrollo y cómo éste se manifiesta, porque la crisis económica impacta exactamente esta realidad y cada vez que cierra una empresa, se genera un perjuicio para el desarrollo como un todo.

Se resalta la importancia de la preservación de la empresa tanto para el interés individual de los socios, como para el interés colectivo de todos los individuos que componen la sociedad.

Sobre el asunto concluye Fabio Ulhoa Coelho:

El principio de la preservación de la empresa reconoce que, en torno del funcionamiento regular y desarrollo de cada empresa, no gravitan apenas los intereses individuales de los empresarios y emprendedores, sino también los meta individuales de trabajadores, consumidores y otras personas; son estos últimos

²⁸ WAMBIER, LUCIANE, "A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista" en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região*, n. 42, 2013, p.166. Disponible en: <http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1402934/Rev.42_art.9/8e98c931-a6ee-477c-8464-5f1507fbd86e> [09-jun-2016].

intereses que deben ser considerados y protegidos en la aplicación de cualquier norma de derecho comercial.²⁹

La actividad empresarial es de extrema importancia en cualquier sociedad alrededor del mundo, así, no se pueden despreciar las repercusiones derivadas del cierre de esas actividades productivas. La coyuntura de crisis que la sociedad brasileña viene enfrentando evidentemente la necesidad de una mayor precaución en la preservación de la empresa, debido a la mayor necesidad de la manutención de la generación de empleos, de riquezas y de la distribución de renta en todo el país.

Así, en estos tiempos de crisis, se justifica que haya mayor incentivo estatal y una efectiva implementación de políticas públicas que posibilite a las microempresas y a las empresas de pequeño porte, para la realización de su función social, frente a su gran importancia en el desarrollo social y económico.

El crecimiento es condición esencial para el desarrollo, pero no es lo suficiente; sin duda la libertad humana es el principal fin y el principal medio para lograrlo. En las palabras de Daniel Ferreira:

Hoy, parece de razonable consenso que el crecimiento económico está directamente ligado al PIB (Producto Interno Bruto) o al PNB (Producto Nacional Bruto) – que representa la suma de todos los bienes y servicios finales producidos en determinado espacio geográfico y de tiempo. Creciendo el PIB (y pues, la disponibilidad objetiva de esos bienes y servicios finales) hay crecimiento de la economía.

Sin embargo, eso no revela, necesariamente, mejora subjetiva, cualitativa, de las condiciones de vida de la población en general. Hay que considerar, por lo tanto y como mínimo, la mejor o la peor distribución de riqueza derivada y, además, los impactos generados al medio ambiente.³⁰

Es importante puntuar, todavía, que el desarrollo nacional sostenible como proceso de transformación social se realiza juntamente con los otros objetivos de la República que constan de su artículo 3º: construir una sociedad libre, justa y solidaria; erradicar la pobreza y la marginalización y reducir las desigualdades sociales y regionales; promover el bien de todos, sin prejuicios de origen, raza, sexo, color, edad y cualquier otra forma de discriminación.

De ese modo, el desarrollo puede ser comprendido como un proceso intencional y autodirigido de transformación y gestión de estructuras socioeconómicas, dirigido

²⁹ COELHO, FABIO ULHOA, *Curso de direito comercial: direito de empresa*, 17ª ed, São Paulo, Saraiva, 2013, p.80.

³⁰ FERREIRA, DANIEL, “Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal”, *Op Cit.*, p.48.

en el sentido de asegurar a todas las personas una oportunidad de llevar una vida plena y gratificante, proveyéndolas de medios de subsistencia decentes y perfeccionando continuamente su bienestar. No importa cuál sea el contenido concreto asignado a esas metas por diferentes sociedades en diferentes momentos históricos.³¹

Debido la insuficiencia de recursos públicos y privados, la medida de mitigación de las sanciones se presenta como opción menos costosa a ser implementada para la promoción del desarrollo nacional sostenible porque la falta de recursos no puede ser utilizada como argumento para justificar el retroceso. En las palabras de José Joaquim Gomes Canotilho:

El principio de la prohibición de retroceso social puede formular: el núcleo esencial de los derechos sociales ya realizado y que se efectúa a través de medidas legislativas debe considerarse constitucionalmente garantizado, siendo inconstitucionales cualesquiera medidas estatales que, sin la creación de otros esquemas alternativos o compensatorios, se traducen en la práctica, en una 'anulación', 'revocación' o 'aniquilación' pura y simples de ese núcleo esencial.³²

Tiene sentido, así, comprender que las sanciones realmente se prestan a recomponer el orden jurídico violado. Sin embargo, en la actual situación de crisis, se hace necesario intensificar la preocupación del Derecho con el desarrollo nacional y con la función social de la empresa en la aplicación de las sanciones, en especial a las micro y pequeñas empresas, debido a su relevancia en un escenario empresarial nacional y por no ostentar los mismos atributos que las empresas de mayor porte.

De modo que la garantía constitucional para la protección de la función social de las empresas también puede ser considerada una limitadora significativa de la extensión y de la intensidad de las sanciones por ventura aplicadas a los empresarios actuantes en Brasil.

Por consiguiente, se hace necesario ponderar las sanciones, considerando los principios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en vista la finalidad y analizando el caso concreto, debiendo analizar la posibilidad de mitigarlas, en especial en casos en que involucren micro y pequeñas empresas.

A las mencionadas, como ya se ha visto anteriormente, se les garantiza constitucionalmente un tratamiento diferenciado y favorecido, así son beneficiadas por la implementación de un régimen simplificado, la opción de mitigación de multas, como también por medidas afirmativas en el ámbito de las licitaciones.

³¹ SACHS, IGNACY, *Rumo a ecossocioeconomia: teoria prática e desenvolvimento*, São Paulo, Cortez, 2007, p.293.

³² CANOTILHO, JOAQUIM GOMES, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Portugal, Almedina, 2011, p.339.

La legislación, al conceder esos beneficios, reconoce la situación de hiposuficiencia y de menor reprobabilidad de las micro y pequeñas empresas, de modo que si se les garantiza tratamiento diferenciado en diversas áreas no se puede ser indiferente a su situación en el momento de punir, es decir, la garantía constitucional de tratamiento diferenciado y favorecido a esas empresas justifica un tratamiento diferenciado en la aplicación de sanciones administrativas.

Se resalta que lo que se pune con la sanción es el comportamiento y no el hecho, es decir, el resultado es jurídicamente relevante, pero no es él el que proporciona reprobación, sino el comportamiento que conduce al resultado. Luego, debido al hecho de que los micro y pequeños emprendedores no ostentan los mismos atributos empresariales que las grandes empresas y cumplen su función social, carecen de un juicio de reprobación menor.

Es plausible imaginar que una gran empresa y una empresa de pequeño porte deben tener un régimen sancionador distinto, porque muda significativamente el juicio de reprobabilidad del comportamiento y la medida de reprobación. Pronto, la actividad sancionadora punitiva debe ser razonable y proporcional en la perspectiva del error, es decir, la sanción debe ser graduada en la medida de la reprobabilidad.

Así, micro y pequeñas empresas son más vulnerables y no tienen los mismos mecanismos de información y defensa que las empresas de mayor porte. Lo que justifica el factor de discriminación basado en la reprobabilidad del comportamiento.

Un error excusable en el ejercicio de la actividad empresarial no puede generar retirada de la empresa del mercado, porque es una oposición a la finalidad partiendo de la premisa que el Estado debe promover el desarrollo por la actividad empresarial.

En suma, la medida que se sustenta, poder y deber ser aplicada, es el ejercicio del deber-poder sancionador con mayor moderación, en especial para micro y pequeñas empresas. Esa medida protectora tiene el *intuito* de mitigar los resultados nocivos a la sociedad brasileña, con especial consideración de la utilidad colectiva de la sanción.

La medida presentada viabiliza un mejor funcionamiento del Estado brasileño, reafirmando derechos y garantías fundamentales, con un especial respaldo en la realización del interés público, en el desarrollo nacional sostenible y en la función social de la empresa.

V. Conclusión

En la Constitución Federal Brasileña de 1988 se garantiza la realización de diversos principios en el ámbito de la actividad empresarial, a su vez, la actividad empresarial no puede ser orientada solamente a la obtención de lucro porque

debe también atender prerrogativas sociales y éticas de la sociedad brasileña, garantizadas por la propia constitución brasileña.

De ese modo, considerando que la función social de la empresa es un instituto indispensable para la construcción de una sociedad libre y justa y solidaria, y la importancia de las Micro empresas y Pequeñas empresas en la realización de ese principio, se justifica el esfuerzo en el sentido de conferir a esas empresas mejores condiciones porque ellas todavía carecen de un mejor apoyo complementario, de modo a hacer efectivo los dispositivos del Estatuto Nacional de las Micro y Pequeñas Empresas.

Se prueba, además, que las Micro y Pequeñas empresas son de extrema importancia para el contexto socioeconómico del Brasil y merecen una especial atención del estado. Adelante de la extrema importancia de las micro y pequeñas empresas para el contexto socioeconómico del Brasil, deben ser implementadas medidas de protección a esas empresas, de modo a minimizar los impactos de la crisis económica en la sociedad.

En ese contexto, dada la influencia que las microempresas y las empresas de pequeño porte muestran en la economía brasileña y por no ostentar los mismos atributos que las empresas de mayor porte, se verifica la posibilidad una mayor moderación en la eventual imposición de las sanciones administrativas, con vistas a la mantención de la actividad empresarial, de modo a garantizar la promoción del desarrollo nacional sostenible.

Se concluye que deben ser implementadas medidas para la mantención de la actividad empresarial, de modo a minimizar los impactos de la crisis económica en la sociedad. Así, ante lo presentado, la medida que se sugiere consiste en la mitigación de la sanción, analizando su utilidad colectiva. Para cumplir con ese propósito se aplican directamente los principios de la razonabilidad y proporcionalidad teniendo en vista la finalidad.

VI. Bibliografía

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *Curso de direito administrativo*, 32ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015.

BANDEIRA DE MELLO, CELSO ANTÔNIO, *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 1993.

BENEVIDES FILHO, MAURICIO, "O que é sanção", en *Revista da Faculdade de Direito, Ceará*, núm. 1, vol. 34, 2013. Disponible en: <<http://www.revistadireito.ufc.br/index.php/revdir/article/view/37>> [03-jun-2016].

BERTOLDI, MARCELO M.; RIBEIRO, MARCIA CARLA PEREIRA, *Curso avançado de direito comercial*, 5ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 2009.

CANOTILHO, JOAQUIM GOMES, *Direito constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., Portugal, Almedina, 2011.

COELHO, FABIO ULHOA, *Curso de direito comercial: direito de empresa*. 17.ed. São Paulo, Saraiva, 2013.

COELHO, FABIO ULHOA, *Manual de direito comercial: direito de empresa*, São Paulo, Saraiva, 2008.

FERREIRA, DANIEL, *Sanções administrativas*, São Paulo, Malheiros, 2001.

FERREIRA, DANIEL, “Sanções administrativas: entre direitos fundamentais e democratização da ação estatal”, em *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, jul-dic, 2012. Disponível em: <<http://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/download/309/280>> [14-maio-2016].

FERREIRA, JUSSARA SUZI ASSIS BORGES NASSER, “Função social e função ética da empresa”, em *Revista Jurídica da Unifil*, Londrina, año II, núm. 2, 2005. Disponível em: <http://web.unifil.br/docs/juridica/02/Revista%20Juridica_02-4.pdf> [07-jun-2016].

MOREIRA NETO, DIOGO DE FIGUEIREDO; GARCIA, FLÁVIO AMARAL. “A principiologia no direito administrativo sancionador”, em *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico*, Salvador, núm. 28, nov/dic/ene, 2012. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/redae-28-novembro-2011-diogo-figueiredo-flavio-garcia.pdf>> [02-ago-2016].

OLIVEIRA, JOSÉ ROBERTO PIMENTA, *Os Princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, São Paulo, Malheiros, 2006.

SEBRAE, *Participação das micro e pequenas empresas na economia brasileira: relatório executivo*. Disponível em: <observatorio.sebraego.com.br/midias/downloads/01042015153936.pdf> [20-mar-2016].

SPÍNOLA, ANDRÉ SILVA, “O tratamento diferenciado, simplificado e favorecido concedido à microempresa e a empresa de pequeno porte: princípios constitucionais da isonomia e da capacidade contributiva”, em *Jus Navigandi*, 2003. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/3724/o-tratamento-diferenciado-simplificado-e-favorecido-concedido-a-microempresa-e-a-empresa-de-pequeno-porte>> [12-mar-2016].

VERZOLA, MAYSÁ ABRAHÃO TAVARES, *Sanção no direito administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2011.

VIEIRA, VANDERSON ROBERTO, “Infrações e sanções administrativas nas licitações e contratos administrativos”, em *Revista Processus*, Brasília, 2011. Disponível em: <http://institutoprocesso.com.br/2012/wp-content/uploads/2011/12/5_edicao1.pdf> [03-ago-2016].

SACHS, IGNACY, *Rumo a ecossocioeconomia: teoria prática e desenvolvimento*, São Paulo, Cortez, 2007.

WAMBIER, LUCIANE, “A função social da empresa e o princípio da solidariedade: instrumentos de cristalização dos valores sociais na estrutura jurídico-trabalhista”,

en *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15a Região*, núm. 42, 2013.
Disponível en:

<http://portal.trt15.jus.br/documents/124965/1402934/Rev.42_art.9/8e98c931-a6ee-477c-8464-5f1507fbd86e> [09-jun-2016].

ZANOTI, LUIZ ANTÔNIO RAMALHO, *A função social da empresa como forma de valorização da dignidade da pessoa humana*. Disponível en: <<http://www.unimar.br/pos/trabalhos/arquivos/e8922b8638926d9e888105b1db9a3c3c.pdf>> [04-jun-2016].

ZANOTI, LUIZ ANTÔNIO RAMALHO, *Empresa na ordem econômica: princípios e função social*, Curitiba, Juruá, 2009.

ASPECTOS CONTROVERTIDOS DE LA LEY ANTICORRUPCIÓN
EMPRESARIAL BRASILEÑA: LA OCURRENCIA DEL “*BIS IN IDEM*” EN SU
APLICACIÓN³³

*CONTROVERTED ASPECTS OF THE BRAZILIAN BUSINESS ANTICORRUPTION
LAW: THE OCCURRENCE OF "BIS IN IDEM" IN ITS APPLICATION*

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO³⁴

Resumen. En los últimos años, la población brasileña ha exigido cada vez más de sus gobernantes una conducta proba y medidas de combate contra la corrupción. Entre las últimas decisiones tomadas, se destaca la llamada "Ley Anticorrupción", que dispone sobre la responsabilidad objetiva de las personas jurídicas de derecho privado. En el presente trabajo, se propone investigar la ocurrencia de la doble penalización al aplicar de forma concomitante las penalidades previstas en la Ley Anticorrupción y en las demás leyes que inciden sobre la misma hipótesis.

Abstract. In recent years, the Brazilian population has increasingly demanded from its leaders, probative behavior and anti-corruption measures. Among the latest measures taken, there is the so-called "Anti-Corruption Law", which allows the objective accountability of private companies. Notwithstanding the importance of this law in the fight against corruption, this work investigates whether there is an unlawful double penalty when applying penalties provided by the Anti-Corruption Law and other laws that apply to the same penalties for these conducts.

Sumario. I. Notas introductorias. II. Derecho Administrativo Sancionador: naturaleza de los ilícitos y de las sanciones. III. Derecho Administrativo Sancionador: aplicabilidad del principio constitucional de proporcionalidad y "*bis in idem*". IV. Conclusiones. V. Bibliografía.

Palabras Clave. Derecho Administrativo Sancionador; *Bis in idem*; Doble penalidades; Principio de proporcionalidad.

Keywords. Administrative Law Sanctioning; *Bis in idem*; Double Penalty. Proportionality Principle.

³³ El presente artículo fue escrito originalmente en portugués y traducido por el autor.

³⁴ Estudiante de Derecho del Estado en la Universidad Federal de Paraná, Curitiba, Brasil. Labora en "Pironti Advogados". Miembro fundador y secretaria ejecutiva de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. [rafaellafacio@gmail.com].

I. Notas introductorias

La corrupción es un fenómeno social y mundial relacionado con la falta de respeto y celo con la cosa pública mediante la superposición de intereses privados en relación con el interés público. Este fenómeno es realmente nocivo al carácter democrático y republicano de los Estados, además de impactar de forma negativa en el crecimiento y desarrollo económico, sobre todo de países emergentes como los países de América Latina.

El impacto en el desarrollo económico y también social fue muy bien descrito por José Luis Said en el siguiente trecho:

Aunque es un fenómeno generalizado que afecta a los países desarrollados y en desarrollo por igual, sus implicancias en las naciones periféricas son de mayor gravedad. En estos, intereses espurios condicionan indebidamente una amplia gama de actividades tanto del sector público como del ámbito privado. Los efectos distorsivos de las políticas públicas y del destino de los recursos representan un serio obstáculo para el crecimiento económico. Las condiciones de vida de los sectores más pobres de la población se ven agravadas por la interferencia de la corrupción en la entrega de ayuda y asistencia. Los recursos públicos se asignan ineficientemente y son derivados a bolsillos de funcionarios corruptos o empresarios amigos de los funcionarios. La ayuda exterior disminuye y los proyectos quedan inconclusos o se retardan en demasía. La inversión extranjera se retrae frente a los altos costos que la falta de honestidad de los funcionarios recarga en el los proyectos.³⁵

Además de ser perjudicial para el carácter democrático y republicano del Estado y también para el desarrollo económico y social, el jurista argentino Juan Carlos Cassagne destaca su nocividad a la convivencia social y la confianza pública:

³⁵ SAID, José Luis, Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos, en: *Revista de Direito administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte: Fórum, año 13, núm. 51, enero-marzo, 2013, p. 23.

Combatir la corrupción resulta imprescindible para afirmar la confianza pública y la convivencia social, sin descartar con ello otros valores y principios. Por otra parte, si no se elimina a tiempo la corrupción, el daño social que ella causa produce un efecto de rebote sobre los gobernantes, que quizá no acierten a explicarse las causas de su caída o descrédito político.³⁶

Ante un contexto de deterioro de valores en razón de prácticas corruptivas, en los últimos años ocurrieron en Brasil innumerables manifestaciones de la sociedad en el sentido de reivindicar medidas de combate a la corrupción y mecanismos de castigo por su práctica. Entre las manifestaciones populares con este objetivo, se destacan aquellas sin carácter partidista ocurridas en 2013.

Una de las respuestas a los anhelos populares fue la edición de la Ley 12.846/2013, la Ley Anticorrupción, cuya mayor innovación no consiste genéricamente en la edición de normas de combate a las prácticas corruptivas, sino en la posibilidad de responsabilizar de forma objetiva - es decir, sin la necesidad de comprobación de dolo o culpa - las personas jurídicas de derecho privado.

Es la posibilidad de responsabilizar a personas jurídicas de derecho privado de forma objetiva a la mayor innovación de la Ley Anticorrupción, y no al combate a la corrupción en sí porque ésta no es la primera ley brasileña volcada al combate de prácticas corruptivas, y como ejemplo podemos citar la Ley (Ley n° 8.429/1992), que dispuso sobre las sanciones aplicables a los agentes públicos por la práctica de actos de improbidad administrativa, cuya tipificación está descrita en la ley. Otra ejemplo es la Ley de Licitación y Contratos Administrativos (Ley 8.666/1993), que contiene la tipificación de delitos relacionados con la contratación con la Administración Pública.

Ante la coexistencia de normas sancionadoras que tratan del mismo tema o tutelan el mismo bien jurídico, es necesario verificar si la eventual aplicación

³⁶ CASSAGNE, Juan Carlos, *Fragments de Derecho administrativo*, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, p. 110.

concomitante de las sanciones previstas en diferentes leyes no ocasionaría ofensa al principio del *non bis in idem*.³⁷

El objeto de análisis del presente artículo es una breve investigación sobre la ocurrencia de *bis in idem* en la aplicación concomitante de las sanciones penales previstas en la Ley Anticorrupción y las sanciones de naturaleza administrativa previstas en la Ley de Licitaciones y Contratos. Entre los ilícitos y sanciones previstos en las dos legislaciones, se destacan por su semejanza los siguientes artículos:

Ley 12.846/2013, artículo 5º, inciso IV, 'a' - Frustrar o cometer fraude, mediante ajuste, combinación o cualquier otro expediente, el carácter competitivo de procedimiento licitatorio público.³⁸

Ley 8.666/1993, artículo 90 - Frustrar o cometer fraude, mediante ajuste, combinación o cualquier otro expediente, el carácter competitivo de procedimiento licitatorio público, con el fin de obtener, para sí o para otro, una ventaja derivada de la adjudicación del objeto de la licitación.³⁹

Es notable la identidad entre las dos conductas descritas por ambas leyes, pero no sólo eso. Además de que la conducta ilícita es idéntica en las dos legislaciones, la pena también lo es, pues ambas combinan la aplicación de multas pecuniarias. Dada tal semejanza entre la tipificación de las dos normas y de sus sanciones, es de suma importancia la investigación de posible ocurrencia del llamado *bis in idem*.

Esta preocupación está relacionada con la efectividad de la garantía constitucional al debido proceso a todos los litigantes - ya sea en proceso administrativo o en proceso judicial (penal o civil). El proceso administrativo, en su función garantista, tiene como objetivo la garantía jurídica de los administrados de

³⁷ El *non bis in idem* es un corolario del principio de proporcionalidad, y consiste en la prohibición de sancionar por dos o más veces por un mismo hecho, pues la acumulación de sanciones ultrapasa la medida reputada adecuada y se considera excesiva.

³⁸ Lei 12.846/2013, artigo 5º, inciso IV, alínea 'a' - Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público.

³⁹ Lei 8.666/1993, artigo 90: Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação.

que la actividad administrativa sancionadora se dará de acuerdo con parámetros determinados.⁴⁰

La referida garantía está prevista en el inciso LV del artículo 5 de la Constitución Federal Brasileña de 1988:

Art. 5º Todos son iguales ante la ley, sin distinción de cualquier naturaleza, garantizando a los brasileños y a los extranjeros residentes en el país la inviolabilidad del derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad ya la propiedad, en los siguientes términos:

LV - a los litigantes, en proceso judicial o administrativo, y a los acusados en general se aseguran el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes;⁴¹

La fijación de reglas para el modo de actuar de la Administración ante la sociedad es condición indispensable para la concreción de la democracia, pues sin la fijación de reglas del procedimiento administrativo no hay relación estable entre Administración Pública y ciudadanos⁴². La fundamentalidad del proceso administrativo como garantía se evidencia aún más en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador, una vez que la esfera jurídica del administrado es afectada con un castigo.

La importancia de fijar reglas para el actuar de la Administración Pública en el ámbito sancionador es así subrayada por Quiroga Muñoz:

[...] en el Derecho Administrativo Sancionador, donde se aplican normas elaboradas en tiempos distintos y que obedecen a mentalidades diferentes, en las que junto a intereses generales se han defendido intereses sectoriales, el único medio de dar cohesión al ordenamiento es la aplicación de principios

⁴⁰ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015, p. 201.

⁴¹ Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

⁴² BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, *“Processo Administrativo Disciplinar”*, São Paulo: Max Limonad, 2003, p. 128.

permanentes, cuya vigencia se refuerza al ser incardinados en los preceptos constitucionales.⁴³

Las observaciones en el mismo sentido, relacionándolas con el paradigma del Estado de Derecho Democrático, son hechas por los juristas brasileños Diogo de Figueiredo Moreira Neto y Flavio Amaral García:

Como se sabe, con el advenimiento del Estado de Derecho, las normas de Derecho Público explicitaron su doble función: la de limitar y controlar el poder del Estado, de modo a cohibir los excesos y desviaciones practicadas en el ejercicio del poder político en contra de los administrados.

Se completó, en el plano teórico, la tarea histórica de la superación del albedrío del poder por el poder del derecho, con la sustitución de la voluntad del soberano por la voluntad de la ley, de lo que resultó la sujeción del propio Estado a los límites y controles impuestos por la legítima expresión De la voluntad del pueblo.

Como resultado de la feliz confluencia de sucesivas etapas históricas del perfeccionamiento convergente de la noción original de Estado de Derecho, se avanzó contemporáneamente hacia el concepto de Estado Democrático de Derecho, que, al agregar el olvido elemento de la legitimidad, subordinó la acción estatal a la atención del Estado, Interés público, así como la inexorable observancia de valores, que pasaron a ser expresados como derechos fundamentales de los ciudadanos.

Estas premisas -de contención de albedrío del poder -que revelan la esencia combinada del moderno Estado de Derecho y del posmoderno Estado Democrático de Derecho, son especialmente importantes cuando se debe examinar la esencia y los límites del poder punitivo estatal, sea De la aplicación de sanciones por la propia Administración (sanciones administrativas), sea consecuencia de la aplicación directa por el Poder Judicial (sanciones penales).⁴⁴

⁴³ MUÑOZ QUIROGA, A. “*El principio non bis in ídem*”, Revista Española de Derecho Administrativo, n.45, p.132, 1985.

⁴⁴ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. “A principiologia no direito administrativo sancionador”, en: *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, noviembre-enero, 2011/2012, p. 2.

Las reglas y principios que inciden sobre el Derecho Administrativo Sancionador están siendo violados por la propia Administración Pública o por el propio Estado. Los ciudadanos, titulares de derechos, deben poder oponerse al propio Estado, siendo ésta (la oposición de derechos ante el Estado), una de las principales características del Estado de Derecho Democrático moderno⁴⁵.

II. Derecho Administrativo Sancionador: naturaleza de los ilícitos y de las sanciones

Para que pueda concluirse si existe o no el llamado *bis in idem* al aplicar concomitantemente una sanción de carácter administrativo y una penal, es necesario (i) verificar lo que las hace diferentes y (ii) si tal diferencia implicaría el rechazo a la tesis de que podría ocurrir la prohibida doble penalización. Para la primera tarea se presentará un concepto.

La sanción puede ser definida como la consecuencia negativa que el ordenamiento jurídico atribuye para la ocurrencia de un ilícito o el incumplimiento de un deber, o sea, es un concepto lógico-jurídico. No hay, por lo tanto, diferencia ontológica entre el ilícito civil, penal o administrativo.⁴⁶

La identidad ontológica entre los ilícitos penal, administrativo y civil, se diferencian entre sí y la consecuencia jurídica de esta distinción es la identificación del régimen jurídico aplicable, lo que es de suma importancia para poder realizar algunas conclusiones más adelante.

Hay tres corrientes doctrinales que propugnaron criterios diferenciadores entre los referidos ilícitos. Dos corrientes -la cualitativa y cuantitativa- sostienen un criterio material.

Según la corriente cualitativa, cuyo principal autor es Fuerbach, los crímenes serían ilícitos si alcanzaran intereses caros a toda sociedad, mientras que las infracciones administrativas serían ilícitas si alcanzaran intereses menores,

⁴⁵ BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, "O controle da administração pública", en: *Control de la administración pública. Segundo Congresso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Cidade do México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 33.

⁴⁶ MELLO, Rafael Munhoz de, "*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*", São Paulo, Malheiros, 2007, p. 42-43.

muchas veces confundidos con los intereses de la propia Administración Pública. Los adeptos de la corriente cuantitativa también adoptan un criterio material según el cual las conductas más graves serían apenadas con sanción penal y conductas menos graves con sanción administrativa.⁴⁷

Las dos corrientes son sustantivas y, por lo tanto, se diferencian de la corriente que utiliza el criterio formal de distinción. Según el criterio formal de distinción de los ilícitos, lo que determina su naturaleza jurídica es el régimen jurídico pertinente a la sanción concertada.⁴⁸

Este es el posicionamiento del jurista Celso Antônio Bandeira de Mello, quien postula que la naturaleza de una infracción está determinada por la naturaleza de la sanción que, a su vez, está determinada por la autoridad que la aplica.⁴⁹ De igual forma se posiciona el jurista Rafael Munhoz de Mello, que afirma que las dos corrientes sustantivas cometen el mismo error al intentar diferenciar el ilícito penal del ilícito administrativo de acuerdo con criterios metajurídicos.⁵⁰

Compartimos el posicionamiento de los juristas citados arriba, pues la dificultad en establecer criterios no es adecuado a la seguridad jurídica necesaria para el marco normativo sancionador y, además, debemos deferencia a la atribución del Poder Legislativo en decidir lo que es ilícito penal y lo que es ilícito administrativo (o, siempre que se ajusten a la Constitución Federal).

Una vez conceptuados el ilícito administrativo y la sanción administrativa de acuerdo con el criterio formal, es decir, sin llevar en referencia la proximidad sustancial con el ilícito penal y la sanción penal, nos queda investigar si al adoptar este posicionamiento es posible sostener la ocurrencia del *bis in idem* mediante la aplicación de sanciones de naturalezas distintas, ya sea administrativa y/o penal.

El jurista Rafael Munhoz de Mello, teniendo en cuenta el criterio de distinción formal, rechaza de plano la tesis de que la acumulación de sanción administrativa con sanción penal puede dar lugar al vedado *bis in idem*. Esta afirmación se basa en la independencia de las instancias sancionadoras.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 54.

⁴⁸ *Idem*, pp. 60-61.

⁴⁹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.* p. 845.

⁵⁰ MELLO, Rafael Munhoz de, *op. cit.*, p. 55.

La independencia de las instancias sancionadoras administrativa y penal es defendida con el fundamento en el artículo 125 de la Ley 8.112 / 1990 y, en el caso específico de aplicación de la Ley Anticorrupción, el artículo 30 de dicha norma:

Ley 8.112/90, art. 125. Sanciones civiles, penales y administrativas pueden ser acumulativas, siendo independientes entre sí.⁵¹

Ley 12.846/2013, art. 30. La aplicación de las sanciones previstas en la presente Ley no afecta a los procesos de responsabilidad y la aplicación de las penalizaciones por:

I - acto de improbidad administrativa en los términos de la Ley no 8.429, de 2 de junio de 1992; y

II - actos ilícitos alcanzado por la Ley 8.666, de 21 de junio de 1993 (...)⁵².

No se niega la independencia entre las instancias administrativas y penal en el derecho brasileño, sobre todo ante lo dispuesto en el artículo 125 de la Ley 8.112/1990. Sin embargo, según la conclusión adoptada en este trabajo y que a continuación será detallada, este argumento no es apto para apartar la ocurrencia del *bis in idem* en determinadas situaciones porque los dos regímenes jurídicos - penal y administrativo- están sujetos al principio constitucional de la proporcionalidad.

III. Derecho Administrativo Sancionador: Aplicabilidad del principio constitucional de la proporcionalidad y el prohibido "*bis in idem*"

Algunos autores defienden la aplicabilidad de principios constitucionales, típicamente empleados en el derecho penal, al derecho administrativo sancionador porque habría una aproximación sustancial de los ilícitos y de la aplicación de las sanciones por el Estado. Es precisamente este el posicionamiento del jurista

⁵¹ Lei 8.112/1990, art. 125. As sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si.

⁵² Lei 12.846/2013, art. 30. La aplicación de las sanciones previstas en la presente Ley no afecta a los procesos de responsabilidad y la aplicación de las penalizaciones por:
I - acto de improbidad administrativa en los términos de la Ley no 8.429, de 2 de junio de 1992; y
II - actos ilícitos alcanzado por la Ley 8.666, de 21 de junio de 1993 (...).

Cerezo Mir, quien defiende la aplicación de algunos principios fundamentales de Derecho Penal, como el *non bis in idem*, a las infracciones administrativas aplicadas a las infracciones administrativas.⁵³

Es notoria la contribución del entendimiento expuesto arriba para el desarrollo de un derecho administrativo sancionador de conformidad con las garantías constitucionales. Sin embargo, al adoptar el criterio formal como aquel que distingue las infracciones penales de las infracciones administrativas, no es posible defender la aplicabilidad del principio del *non bis in idem* transportándolo del Derecho Penal, sino a partir de los presupuestos comunes al Derecho Penal y Al Derecho Administrativo, tales como los principios y garantías constitucionales.

Aunque las sanciones administrativas y penales se diferencian sólo de acuerdo con un criterio formal, es decir, de acuerdo con el régimen jurídico que incide sobre ellas, es cierto que todo el ordenamiento jurídico se sujeta a la Constitución Federal y, por lo tanto, al Principio constitucional de proporcionalidad.

Debido a que la Constitución Federal brasileña es rígida y es la ley fundamental del Estado brasileño, todas las normas que integran el ordenamiento jurídico nacional sólo serán válidas si están de acuerdo con las normas constitucionales, so pena de padecer de inconstitucionalidad.⁵⁴

El principio de proporcionalidad es reconocido por los constitucionalistas brasileños como un principio implícito en la Constitución Federal de 1988, pero también está previsto de forma expresa en el ordenamiento jurídico en el artículo 2 de la Ley Federal de Proceso Administrativo (Ley 9.784 / 1999) y en algunas Constituciones Estatales.

Sobre el historial de dichos principios, le enseña José Joaquim Canotilho:

El principio de proporcionalidad se refería primordialmente al problema de la limitación del poder ejecutivo, siendo considerado como medida para las restricciones administrativas de la libertad individual. Es con ese sentido que la teoría del estado lo considera, ya en el siglo XVIII, como máxima supra-positiva, y

⁵³ CEREZO MIR, José, "Sanções penais e administrativas no direito espanhol", en: *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, año 1, núm. 2, abril/junio, 1993, pp. 32-33.

⁵⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 46.

que fue introducido en el siglo XIX en el derecho administrativo como principio del derecho de policía. Posteriormente, el principio de proporcionalidad en sentido amplio, también conocido como principio de la prohibición de exceso (Übermassverbot), fue erigido a la dignidad de principio constitucional.⁵⁵

Este principio pretende establecer una adecuada relación entre el fin y el medio, confrontando la finalidad y el fundamento de una intervención del Estado, para que sea posible controlar cualquier exceso práctico por el Estado.⁵⁶ En otras palabras, “El principio de proporcionalidad / razonabilidad exige que exista adecuación de sentido entre las circunstancias de hecho (motivo), que propiciaron la creación de determinada norma sancionadora por el Poder Público, y sus respectivos medios y fines aparejados.”⁵⁷

Son tres los elementos parciales o subprincipios del principio de proporcionalidad: (i) la pertinencia o la aptitud; (ii) la necesidad; Y (iii) proporcionalidad en sentido estricto. El primer elemento se refiere a la verificación de si el medio empleado es adecuado o es apto para alcanzar el fin deseado. El segundo elemento impone que la medida o los medios empleados no extrañen los límites indispensables para el logro del fin deseado. Por último, la proporcionalidad en sentido estricto.

El subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto, en el campo del derecho sancionador, impide que la utilización excesiva o desproporcionada del Estado tenga especial importancia y sea una verdadera garantía en el Derecho Administrativo Sancionador, pues prohíbe la aplicación de sanciones excesivas.⁵⁸

En este sentido, el *non bis in idem* es un colorario del principio constitucional de la proporcionalidad, y consiste en la prohibición a la aplicación de sanción dos

⁵⁵ CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, *Direito constitucional e teoria da constituição*, Coimbra, Almedina, 1998, p. 259.

⁵⁶ BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, São Paulo, Malheiros, 2010, p. 393.

⁵⁷ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. “*A principiologia no direito administrativo sancionador*”, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 28, novembro/dezembro/janeiro, 2011/2012, p. 8.

⁵⁸ ENTERRÍA, Eduardo García de Enterría; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014, p. 204.

o más veces por el mismo hecho, porque la acumulación de sanciones sobrepasa la medida reputada como adecuada y se caracteriza como excesiva⁵⁹.

El jurista Rafael Munhoz de Mello también reconoce la incidencia del principio de proporcionalidad y de la vedación al *bis in idem* en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador sin partir del supuesto de aproximación sustancial del derecho penal. Sobre el asunto así discurre el autor:

El principio del non *bis in idem* impide a la Administración Pública imponer una segunda sanción administrativa a la que ya impuso, por la práctica de la misma conducta, una primera. Es decir, una vez impuesta la sanción administrativa, se agota la competencia punitiva atribuida a la Administración Pública, no siendo lícita la imposición de nueva sanción por el mismo hecho. [...]

El principio del non *bis in idem*, por otro lado, no deja al legislador la posibilidad de atribuir más de una sanción administrativa a una misma conducta. [...] Si establece la ley formal varias sanciones para una misma conducta, son las sanciones adecuadas y proporcionadas, no siendo su aplicación ofensiva al *bis in idem*.

Esto no significa que el legislador tenga poderes ilimitados para crear sanciones administrativas. El principio de la prohibición del exceso, colorario del principio fundamental del Estado de Derecho, se aplica a todas las manifestaciones de función estatal, incluso a la función legislativa.⁶⁰

Es importante notar que el autor reconoce la incidencia del principio de proporcionalidad en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador con dos salvedades: (i) no siempre la acumulación de sanciones administrativas dará lugar a la presencia de *bis in idem*; (ii) y la acumulación de sanción administrativa y sanción penal jamás dará lugar a *bis in idem*.

Parece acertada la primera reserva, ya que es recurrente la acumulación de sanciones administrativas distintas sin que haya ofensa al principio de proporcionalidad. Sin embargo, no se puede decir lo mismo acerca de la segunda puntuación del autor.

⁵⁹ MELLO, Rafael Munhoz de, *op. cit.*, pp. 182-183.

⁶⁰ MELLO, Rafael Munhoz de, *Op. cit.*, pp. 210-212.

Después de sostener que el ilícito penal se distingue del ilícito administrativo por un criterio formal (régimen jurídico correspondiente); y que el principio de proporcionalidad y sus subprincipios, al igual que el del vedado al *bis in idem*, son aplicables a todos los regímenes jurídicos del ordenamiento brasileño, no es posible concluir que la proporcionalidad ni siquiera pueda medirse cuando la acumulación de sanción administrativa y sanción Penal. Adoptar este entendimiento sería lo mismo que mitigar la aplicabilidad de un principio constitucional de acuerdo con una limitación formal de nivel infraconstitucional, lo que sería inaceptable en el ordenamiento jurídico brasileño teniendo en vista la Supremacía de la Constitución Federal en relación a las demás normas.

Por otro lado, no es prudente sostener que la eventual falta de proporcionalidad puede medirse en la acumulación de normas penales y normas administrativas sin sugerir algún criterio orientador, so pena de desprestigio de la seguridad jurídica. Ante esta reserva, indicamos cuál sería el criterio sugerido en el presente trabajo.

IV. Conclusiones

En cuanto al alcance del presente trabajo, se concluye que hay ocurrencia del *bis in idem* en la aplicación simultánea del artículo 5, inciso IV, letra a de la Ley 12.846 / 2013 y del artículo 90 Ley 8.666 / 1993, porque ambas inciden sobre La misma conducta a la pena de penas idénticas - multa pecuniaria - es desproporcionada, aunque una tenga naturaleza administrativa y la otra tenga naturaleza penal.

Así se concluye ya que la independencia de las instancias sancionadoras administrativa y penal no es obvia para la incidencia del principio de proporcionalidad, pues la aplicación de dos sanciones idénticas en razón del mismo hecho, tal como ocurre en la aplicación concomitante de la Ley Anticorrupción y de la Ley de Licitaciones y Contratos Administrativos, caracteriza al *bis in idem*, que está prohibido en el ordenamiento jurídico brasileño en virtud del principio constitucional de la proporcionalidad.

Sin embargo, se señala que la vinculación de una sanción penal y otra administrativa no implica, por sí sola, en ofensa al principio de proporcionalidad estricta y al sellado del *bis in idem*. Tal ofensa ocurrirá únicamente cuando se concluya que la aplicación concomitante de las sanciones conlleva penalización excesiva y desproporcionada.

Por ejemplo, si un conductor es condenado por conducir un vehículo automotor bajo la influencia del alcohol y a él se impone la reclusión (sanción penal) y el pago de multa (sanción administrativa), no parece que estemos ante una comisión desproporcionada de penalidades. Lo mismo ocurre cuando una empresa - persona jurídica de derecho privado - es condenada por frustrar un procedimiento licitatorio y ella se impone el pago de multa (sanción penal) y queda impedida de celebrar contratos con la Administración Pública (sanción administrativa), y así en adelante.

¿Cuál sería, por lo tanto, la particularidad de las normas analizadas en el presente artículo (Ley 12.846 / 2013, artículo 5, inciso IV, letra a) y Ley 8.666 / 1993, artículo 90) que conducirían a la conclusión de que su aplicación concomitante suponía una violación Prohibición del *bis in idem*? Es que ambas, además de describir la misma conducta, combinan la misma sanción para su práctica, cuál sea la multa pecuniaria.

Admitir que una sanción idéntica fuera aplicada por la práctica de una sola conducta descrita en dos legislaciones -aunque de distinta naturaleza- sería vaciar el contenido del principio del vedado al *bis in idem* y mitigar una de las principales garantías en el ámbito del derecho sancionador aseguradas en la Constitución Federal de 1988.

Ahora bien, no puede el legislador comisionar varias veces una sanción idéntica para la práctica de una sola conducta utilizando el subterfugio de preverlas en legislación administrativa, ya en legislación penal, pues habría flagrante violación al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Además, específicamente en cuanto al reprobable exceso en la aplicación de sanciones pecuniarias, el jurista brasileño Celso Antônio de Mello ya advirtió que la falta de proporcionalidad en su aplicación podría conducir a un carácter

confiscatorio de la multa, lo que es jurídicamente inadmisibles⁶¹, o sea, inconstitucional.

Ante lo expuesto, se concluye que al buscar los necesarios mecanismos de combate a la corrupción, además de atender contra eventuales lesiones a derechos y garantías, debemos recordar también que la aplicación de sanciones no es el único camino a recorrer para alcanzar el objetivo, porque, como bien ha enseñado el jurista Juan Cassagne “*no se puede confiar exclusivamente en que los actos de corrupción serán erradicados a través del aumento de las sanciones o de las denuncias que efectúen los particulares. El castigo suele venir, en cambio, por el lado de la sociedad*”.⁶²

V. Bibliografía

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe, “O controle da administração pública”, en: *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, Ciudad de México, 2007.

_____, “*Processo Administrativo Disciplinar*”, São Paulo: Max Limonad, 2003.

BONAVIDES, Paulo, “*Curso de Direito Constitucional*”, São Paulo, Malheiros, 2010.

CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes, “*Direito constitucional e teoria da constituição*”, Coimbra, Almedina, 1998.

CASSAGNE, Juan Carlos, “*Fragments de Derecho Administrativo*”, Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

CEREZO MIR, José, “Sanções penais e administrativas no direito espanhol”, en: *Revista Brasileira de Ciências Criminales*”, São Paulo, año 1, n.2, abr./jun. 1993.

ENTERRÍA, Eduardo García de Enterría; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. “*Curso de Direito Administrativo*”, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2014.

⁶¹ MELLO, Celso Antônio Bandeira de, *op. cit.*, p. 857.

⁶² CASSAGNE, Juan Carlos, *op. cit.*, p. 111.

MEDAUAR, Odete, "*Direito Administrativo Moderno*", São Paulo, Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de, "*Curso de Direito Administrativo*", São Paulo, Malheiros, 2010.

MELLO, Rafael Munhoz de, "*Princípios Constitucionais de Direito Administrativo Sancionador*", São Paulo, Malheiros, 2007.

MUÑOZ QUIROGA, A. "El principio non bis in ídem", en: *Revista Española de Derecho Administrativo*, n.45, 1985.

NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. GARCIA, Flavio Amaral. "A principiologia no direito administrativo sancionador", en: *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Económico (REDAE)*, Salvador, nº. 28, 2011/2012.

SAID, José Luis, "Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos", en: *Revista de Derecho Administrativo y Constitucional*, Belo Horizonte, año 13, n. 51, jan/mar 2013.

SILVA, José Afonso da, "*Curso de Direito Constitucional Positivo*", São Paulo, Malheiros, 2010.

TRANSPARENCIA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA LEGISLACIÓN
EN LA LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN: UN ESTUDIO COMPARATIVO ENTRE
BRASIL Y MÉXICO

*TRANSPARENCY IN PUBLIC ADMINISTRATION AND LEGISLATION IN THE FIGHT
AGAINST CORRUPTION: A COMPARATIVE STUDY BETWEEN BRAZIL AND MEXICO*

RAFAELE BALBINOTTE WINCARDT⁶³

Resumen. Por orden constitucional en el Derecho brasileño todos los actos realizados por la Administración deben estar subordinados a los principios administrativos. Sin embargo, poder y control económico suelen ser conferidos mediante recursos ilícitos y ventaja, pareciendo insuficiente el principio de publicidad. Así, es necesaria la transparencia, pues la opacidad en las decisiones socava la eficiencia y moralidad administrativa, y nutren marcos sistemáticos de corrupción. A partir de un breve análisis de los instrumentos normativos brasileños, se pretende comparar para identificar y sugerir posibles medidas.

Abstract. By constitutional imposition in Brazilian law all acts practiced by the Administration must be subordinated to administrative principles. However, economic power and control use to come from gaining advantage and illicit resources, seeming to be insufficient the advertising principle. In that way, it is necessary to talk about transparency, because the opacity of decisions compromises efficiency and administrative morality, helping to ensure frameworks of corruption. Based on a brief analysis of the normative instruments adopted by Brazil, this paper pretends to carry out a comparative study in order to identify and suggest possible measures.

Sumario. I. El acto administrativo en el Derecho brasileño; II. Principios administrativos; III. El papel del principio de transparencia para combatir prácticas corruptas; IV. La realidad brasileña: un marco sistémico de la corrupción; V. Iniciativas legislativas y prácticas contra la corrupción; VI. Innovaciones legislativas mexicanas y futuras perspectivas; VII. Conclusión; VIII. Referencias.

Palabras clave. Administración Pública; transparencia; corrupción; lucha contra la corrupción; Brasil.

Keywords. Public Administration; transparency; corruption; anti-corruption measures; Brazil.

⁶³ Estudiante de Derecho en la Universidad Federal de Paraná, en Curitiba, estado de Paraná, Brasil. Actualmente, trabaja como pasante en el Tribunal de cuentas del estado de Paraná, en la oficina de la oficina de la Procuraduría General de la Fiscalía. [rafawincardt@gmail.com]

I. El acto administrativo en el Derecho brasileño

El acto administrativo es un tema fundamental en el derecho administrativo. Se diferencia de otros actos jurídicos ya que tiene particularidades con respecto a su producción y eficiencia.⁶⁴ El concepto en sentido amplio cubre uno general y abstracto, pues a menudo los actos no importan a este estudio, en la medida en que son simples actos de la administración, como enseña Oswaldo Aranha Bandeira Mello.⁶⁵

Por esta razón, es apropiado distinguir entre actos administrativos en sentido estricto. Entre los criterios existentes en la doctrina brasileña, merece destacar el criterio objetivo, material o funcional, en que considera acto administrativo sólo el ejercicio efectivo de la función administrativa, incluso si se edita dentro de lo administrativo, judicial o legislativo.⁶⁶

En palabras de Celso Antonio Bandeira de Mello, el acto administrativo de declaración de un estado, es decir, ley de demostración, lleva a efecto, como son “sin duda, crear, extinguir, transferir, afirmar o modificar derechos u obligaciones”.⁶⁷ En el sentido estricto, son las características de concreción y el unilateralismo, como se practica por el gobierno.

Además, hay que destacar los tres pilares que soportan la creación del acto administrativo: perfección, validez y eficacia. El acto se considera perfecto cuando se haya completado todo el proceso de su formación, válido de conformidad con el ordenamiento jurídico, y eficaz para producir sus efectos típicos.⁶⁸

Considerando que el acto administrativo es de ley, tiene también sus propias prerrogativas frente al particular. De esta manera, los actos administrativos gozan de legitimidad, imperatividad y capacidad de *self-executory*.

Se habla, en un comienzo, de presunción de legitimidad y veracidad, aunque algunos autores tratan las dos expresiones como similares, observando que pueden implicar diversos progresos. La presunción de legitimidad se refiere a la

⁶⁴ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010, p. 371.

⁶⁵ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de, *Princípios gerais do direito administrativo*, 3.ed., Vol I, São Paulo: Malheiros, 2007, p. 475.

⁶⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella, *Direito administrativo*, 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015, p. 236.

⁶⁷ MELLO, Celso Antonio Bandeira de, *Op. Cit.*, p. 386.

⁶⁸ *Ibidem*, pp. 387-388.

adecuación de la ley, como expresión de la soberanía estatal. Ya la presunción de veracidad, presente en todos los actos realizados por la administración, en general, se relaciona con los hechos derivados de la acción administrativa, que se presume cierta, distinguiéndolos de los actos privados,⁶⁹ según enseña Cassagne:

La presunción de legitimidad es un principio del acto administrativo que se basa en la presunción de validez que acompaña todos los actos estatales, principio en que se basa, a su vez, el deber de la administración para cumplir con el acto administrativo.⁷⁰

En cuanto a la inalterabilidad, consiste en la posibilidad de que el gobierno tiene obligaciones a terceros sin requerir el consentimiento correspondiente. También es un rasgo peculiar del acto administrativo. Y, por último, puesto que no existe disposición legal o necesidad de aplicabilidad inmediata, la ley puede ser 'auto ejecutada' por la administración, pues no es necesaria actuación del poder judicial, de tal manera que, si la conducta no se toma, puede provocar lesiones al interés público. Cumple con señalar, sin embargo, que el atributo de la capacidad *self-executory* no será obstáculo para una posible revisión judicial, *a posteriori*.⁷¹

Sin embargo, en la doctrina de Mary Sylvia Di Pietro se habla de otro atributo: la tipicidad. Según este autor, es debido a uno de los principios máximos del Derecho Administrativo: el principio de legalidad.

Este atributo representa una garantía para el administrado, ya que evita la práctica de que la administración actúa con imperatividad y oponibilidad, a la particular unilateralmente, sin cualquier disposición legal; también se mantiene alejado de la posibilidad de ser practicado de forma completamente discrecional porque la ley, al prever la norma, define los límites dentro de los cuales se puede ejercer la discreción.⁷²

⁶⁹ DI PIETRO, M. S. Z, 2015, pp. 240-242.

⁷⁰ CASSAGNE, Juan Carlos, *apud* Maria Sylvia Zanella Di Pietro, 2000, p. 183.

⁷¹ DI PIETRO, *op. cit.*, p. 243.

⁷² *Ibidem*, p. 245.

En este sentido, todos los poderes ejercidos por el gobierno están marcados por el ordenamiento jurídico, para cumplir con los principios establecidos constitucionalmente y evaluar sus acciones, Creando un derecho subjetivo del administrado en exigir la concreción de determinados actos.⁷³

De acuerdo con el Estado democrático de Derecho, el poder de "decir el Derecho", está limitado por un marco legal que se materializa en el principio de legalidad. Además, como enseña Paulo Bonavides, la ley está conformada, aún, por los derechos fundamentales⁷⁴. Sin estos poderes, no sería posible alcanzar sus objetivos o proteger el interés público. Sin embargo, en la medida en que hay apropiación de poderes más allá de lo que la ley permite o sin la motivación adecuada, el acto administrativo ya no es discrecional, sino arbitrario. Y es en este punto donde radica gran parte del problema.

II. Principios administrativos: publicidad y transparencia

La Constitución de la República de 1988, con la redacción de la enmienda constitucional N° 19 del 4 de junio de 1998, consagra en su artículo 37 algunos principios que la Administración Pública directa e indirecta debe mantener: "Artículo. 37: La administración pública directa e indirecta de cualquiera de los poderes de la Unión, los Estados, el Distrito Federal y los municipios deberá acatar los principios de legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia [...]".⁷⁵

Como la doctrina de la mayoría de autores administrativistas, los principios son tratados positivamente, como la razonabilidad, supremacía del interés público, proporcionalidad, finalidad y motivación. Expresamente en otras leyes infraconstitucionales, como la Ley N° 9.784, de 29 de enero de 1999 (Ley de procedimiento administrativo) o de manera implícita, como en la Ley N° 12.527, de 18 de noviembre de 2011 (Ley de transparencia).

⁷³ *Ibidem*, p. 255.

⁷⁴ BONAVIDES, Paulo, *Curso de Direito Constitucional*, 13ª ed., revista e atualizada, São Paulo, Malheiros Editores, 2003, p. 394.

⁷⁵ BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, Promulgada em 5 de outubro de 1988, Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> [10-10-2016].

Entre las bases dispuestas constitucionalmente actúa el principio de publicidad que, a su vez, tiene su campo natural de aplicación en las administraciones públicas y trae importancia singular en el contexto de la divulgación de actos administrativos, que abarca tanto al Estado como a la conducta individual de sus agentes. En este sentido, dice José Afonso da Silva:

Publicidad siempre ha sido considerada como un principio administrativo, porque entendemos que el gobierno, es público, debe actuar con la mayor transparencia posible a fin de que el administrado tenga, en todo momento, conocimiento de lo que están haciendo los administradores.⁷⁶

Por lo tanto, se necesita más publicidad para resaltar la necesidad de transparencia en la Administración Pública, ya que la opacidad en las decisiones que se tomaron en todos los otros principios, esencialmente desprestigia la eficiencia y moralidad del sistema como un todo. La no visibilidad de tales actos implica el debilitamiento de la llamada democracia administrativa.⁷⁷ Como dos elementos que se complementan entre sí, la idea de la publicidad debe ser necesariamente ligada al concepto de transparencia en el siguiente orden: (i) difusión de información al público, (ii) el uso de un lenguaje accesible e (iii) información útil para el progreso de la administración.

Debe ser accesible a toda la comunidad, por lo tanto cognoscible y comprensible, como un poder ejercido por el administrador en cualquier momento y en relación con los actos de toma de decisiones. En este sentido, el hijo de Marçal afirma que la publicidad es un “instrumento de transparencia y verificación de la suavidad de los actos acusados”.⁷⁸

Sólo el conocimiento de tales actos no atiende a la administración transparente. Es necesario, en este sentido, que la información sea de calidad, para que la comunidad participe de sus representantes y las instituciones

⁷⁶ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2000, p. 653.

⁷⁷ MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 139.

⁷⁸ MARÇAL FILHO, Justen, *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005, p. 14-15.

estatales, ejerciendo así la democracia para opinar y supervisar el gasto público y los actos administrativos,⁷⁹ pues hoy existen varios sectores en los que la gestión pública segrega el acceso a la información pública para crear oportunidades y conocimientos, en cierta medida, comportamientos fraudulentos, que contribuyen a llevar a cabo las sospechas que propician los marcos sistémicos de la corrupción.

III. El papel del principio de transparencia para combatir prácticas corruptas

Llegamos así al punto central de esta ponencia. Transparencia trasciende su naturaleza de principio implícita y, a continuación, se convierte en publicidad, después de todo, un instrumento de control. Así, según el significado dado por la ley, es la calidad que se requiere del administrador público para expresar el alcance deseado en cada una de sus acciones gubernamentales.⁸⁰

No hay espacio para la arbitrariedad, con cada acto motivado, legal, con amplia difusión y sensibilización de la comunidad, las prácticas corruptas se convierten en 'poco prácticas'. Al revés, si no hay respeto efectivo de los principios constitucionales establecidos y una apropiada exposición de cada acto, no hay democracia, no hay Estado de Derecho y no hay probidad institucional.

Desde 1996, actos de corrupción flagrantes y continuados condujeron a una serie de discusiones regionales e internacionales sobre el tema, por lo que varios países firmaron acuerdos para combatir dichas prácticas. Como iniciativa global para la prevención y la lucha contra todas las formas de corrupción, fue establecida la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 31 de octubre de 2003.

En resumen, el instrumento internacional establece que los Estados parten para aplicar políticas públicas contra la corrupción, con resultados eficaces, promoviendo la participación de la sociedad. El texto de los principios rectores

⁷⁹ FIGUEIREDO, Vanuza Da Silva; SANTOS, Waldir Jorge Ladeira dos, "Transparência e controle social na administração pública". Disponible en: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/vanuza-da-silva-figueiredo.pdf>> [30-10-2016].

⁸⁰ GUERRA, Evandro Martins, *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, 2003, p. 91.

honra el Estado democrático de Derecho, con especial atención a la integridad, transparencia y *rendición de cuentas*.

Se recomienda, incluyendo a los países que ratifiquen el Convenio, la adopción de medidas concretas para ampliar y desarrollar la transparencia en la financiación de campañas políticas. Dirige la creación de códigos de conducta que favorezcan las denuncias de corrupción por funcionarios públicos y desalentar las prácticas de corrupción de concusión o pasivo. Además, indica la necesidad de acceso a las cuentas públicas de los ciudadanos y alienta una constante supervisión de la comunidad, con miras a frenar el lavado de dinero, consignando la importancia del papel de la judicatura y el fiscal para lograr el propósito deseado.

La Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción establece en su artículo 10:

Teniendo en cuenta la necesidad de combatir la corrupción, cada Estado parte, con arreglo a los principios fundamentales de su legislación nacional adoptará las medidas necesarias para aumentar la transparencia en su administración pública.⁸¹

Por lo tanto, está claro que la aplicación de medidas para garantizar la transparencia en el marco administrativo apoya el combate y la prevención de prácticas corruptas. Sin embargo, destaca que el primer paso es la creación de la norma que regula el tema. A pesar de ello, no es suficiente. Como lo determina la Convención, es esencial para el funcionamiento de los tribunales, a través de métodos de investigación y control, así como el desarrollo de un plan práctico para luchar contra la corrupción.

IV. La realidad brasileña: un marco sistémico de la corrupción

⁸¹ BRASIL, *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 1 fev., 2006. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm> [30-10-2016].

Un marco sistémico implica la totalidad de un sistema. No hay casos individuales, es como un alambre que la sigue y termina en una monstruosa estructura de corrupción. La administración padece de vicios en todos los niveles institucionales que dañan la imagen y el honor del estado ante la comunidad internacional y traicionan la confianza de su propio pueblo.

El 9 de diciembre de 2003 se firmó la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción y se promulgó mediante el Decreto N° 5.687 el 31 de enero de 2006. Brasil tomó parte dentro de esta convención, sin embargo, el contexto político y económico ha turbado su aplicación, debido a las revelaciones de las prácticas de corrupción que siguieron a éste.

Según el informe anual emitido por *Transparency International* en 2014⁸², Brasil ocupaba la posición no. 69 en la lista de los 186 países más corruptos, entre una gama con 186 países. Más adelante, a raíz de los escándalos de Petrobras, objetivo de la operación (que se explicará a continuación), en 2015⁸³ pasó a ocupar el puesto 76. Por lo tanto, en una escala puntuación de 0 (altamente corrupto) a 100 (muy transparente), el país quedó con 38 puntos (una caída de cinco puntos en comparación con el año anterior).⁸⁴

Sin embargo, lo que ha generado mayor discusión y ha movido a la sociedad a exigir de forma pública transparencia y una investigación al respecto fue el advenimiento de la ley de lucha contra la corrupción. Inspirada en ejemplos extranjeros como la ley de prácticas de corrupción extranjera FCPA, los Estados Unidos y el BA (por sus siglas en inglés, Bribery Act) de Gran Bretaña, fue promulgada en Brasil la Ley n° 12.846, el 1 de agosto de 2013.

Acerca de la responsabilidad administrativa y civil objetiva, en el artículo 2 y 5 que sus empresas, en general, se hace responsable de actos perjudiciales a la administración nacional o extranjera que atenta “contra el patrimonio público

⁸² TRANSPARENCY INTERNATIONAL, «*Corruption Perceptions Index 2014*». s.e. Disponible em: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>> [30-10-2016]

⁸³ TRANSPARENCY INTERNATIONAL, «*Corruption Perceptions Index 2015*». s.e. Disponible em: <<https://www.transparency.org/cpi2015/>> [30-10-2016]

⁸⁴ TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, «Escândalo da Petrobras faz Brasil piorar em ranking mundial de corrupção». *El País*, São Paulo, 27 jan. 2016. s.e. Disponible em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/27/internacional/1453882221_604111.html> [30-10-2016]

contra principios de la administración pública nacional o extranjera o compromisos internacionales asumidos por Brasil".⁸⁵

A pesar de representar un importante paso legislativo, no fue lo suficientemente capaz de refrenar el mecanismo, a través de sus disposiciones, las prácticas corruptas en el país. Sin embargo, su ineficacia fue justificada por las barreras legales, procesales y burocráticas que han surgido en el curso de su aplicación, como el retraso en el proceso, prescripciones y la consecuente impunidad.

Sin embargo, es innegable la influencia de un plan legislativo para combatir la corrupción y transparencia en la concientización, politización y reclamo de la comunidad.

El año 2015 fue marcado históricamente por una serie de protestas nacionales contra la corrupción. Al lado de la ley de transparencia, alentó al Estado y ministerios públicos federales a fomentar el medio eficaz de conformidad con la ley, así como medidas para prevenir las prácticas corruptas.

V. Iniciativas legislativas y prácticas anticorrupción

En este contexto, se llevó a cabo por el Ministerio Público Federal (MPF) en colaboración con la Asociación Latinoamericana de Ministerios Públicos (AIAMP), la campaña "La corrupción" fue la primera gran iniciativa a nivel internacional que el Brasil adoptó y que generó resultados. Dicha iniciativa se estableció en el año 2015, con el objetivo de unir a 21 países en la lucha, denuncia y prevención de la corrupción, participando con la sociedad, y especialmente con los jóvenes, además para mejorar el desempeño de ministerios públicos en la lucha contra este tipo de delitos, tanto en los ámbitos administrativos, civiles y penales. De esta

⁸⁵ BRASIL, *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial da república Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm> [30-10-2016]

manera, la campaña fue una iniciativa de Rodrigo Janot, Procurador General de la República, en la gestión como presidente de la AIAMP.⁸⁶

Frente a un panorama de lucha popular, descontento político y la inestabilidad del poder legislativo y ejecutivo, se propuso, por el Ministerio Público Federal, el programa "10 medidas contra la corrupción". Con más de 2.2 millones de firmas, las propuestas se adaptan a los tratados y leyes internacionales para el sistema brasileño y fueron sometidas al Congreso Nacional en forma de iniciativa popular.

En resumen, las medidas propuestas para mejorar la prevención y la lucha contra la corrupción y la impunidad tienen como objetivos cuatro pilares: (i) transparencia, (ii) prevención, (iii) y (iv) eficiencia eficacia. A continuación se destacan los principales resultados:

1. Evitar la ocurrencia de corrupción (vía rendición de cuentas, pruebas de formación y de Morales, conciencia de marketing y protección que denuncia la corrupción);
2. Tipificar como delito el enriquecimiento ilícito;
3. Aumentar las penas de la corrupción y hacer hedionda aquella de altos valores;
4. Agilizar el procedimiento penal y el procedimiento civil de crímenes y actos de mala conducta;
5. Cerrar lagunas de la ley donde los delincuentes escapan (mediante reforma de los sistemas de prescripción y nulidades);
6. Tipificar como delito la caja dos y electoral;
7. Permitir la punición objetiva de partidos políticos por corrupción en conductas futuras;
8. Hacer la prisión para evitar que el dinero malversado desaparezca
9. Optimizar el seguimiento del dinero de los contribuyentes;
10. Cerrar lagunas de la ley donde se escapa el dinero malversado (a través de la acción de extinción y la confiscación ampliada).⁸⁷

Siguiendo el estudio provocado por ese trabajo, hay que resaltar el carácter pragmático del primer punto arriba mencionado. La inversión en formación de

⁸⁶ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «MPF lança campanha internacional de combate à corrupção». Corrupção, Não! s.e. Disponível em: <http://corrupcaonao.mpf.mp.br/noticias/copy_of_noticia-1> [28-10-2016]

⁸⁷ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «Objetivo geral das propostas». Dez medidas contra a corrupção. s.e. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/objetivo-geral-das-propostas>> [28-10-2016].

agentes, alentando denuncias y resultado de la rendición de cuentas en propuestas que, aparte de la mera representación popular, son un reflejo de la acción participativa de la comunidad para combatir la corrupción.

Otro punto por considerar se relaciona con el carácter preventivo de dichas medidas. No son sanciones meramente penales y administrativas, sino que también cuentan con un “Derecho administrativo sancionador”⁸⁸ punitivo, pero que, al recibir la fuerza normativa, tienen aplicabilidad práctica, proactiva e inmediata.

No hay que olvidar la gran influencia provocada por la llegada de las dos campañas en el desarrollo y la difusión de la mayor operación de lucha contra la corrupción celebrada en Brasil: la operación “Lava Jato”. Aún así, la investigación de la Policía Federal, en conjunto con la Fiscalía Federal y los tribunales, ganaron una dimensión sorprendente y un efecto internacional.

La operación “Lava Jato” estableció cerca de 1.397 procedimientos, 654 búsquedas y aprehensiones, 174 conducciones coercitivas, 77 prisiones preventivas, 92 prisiones temporales y 06 en flagrante. Ha establecido, hasta ahora, más de 70 acuerdos de colaboración premiada, 52 acusaciones penales contra 245 personas, con sentencia en 23 casos, condenando por los crímenes de corrupción, tráfico transnacional de drogas, formación de organización criminal, lavado de activo, entre otros. En cuanto a los valores, fueron 07 acusaciones de improbidad administrativa, exigiendo la devolución de 12.100 millones de reales. El valor total de resarcimiento alcanza los 38 mil millones de reales.⁸⁹

Tan grandes son los números como el marco sistemático de la corrupción en el país. En una entrevista con un programa de televisión, el jurista Carvalhosa, enseñó que la enfermedad que padece el gobierno brasileño es la impunidad frente a funcionarios públicos corruptos y no lucha contra la corrupción en sí.

⁸⁸ OSÓRIO, Fábio Medina, *Corrupción y mala gestión de la 'res publica': el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño*. Revista de Administración Pública, vol. 149, 1999, pp. 487-522.

⁸⁹ MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «A lava jato em números» Caso Lava Jato. s.e. Disponible en: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>> [30-10-2016]

El periodista Augusto Nunes reproduce el contenido de la entrevista, que exalta la operación:

Pensar lo contrario es culpar al remedio por estragos provocados por la enfermedad. La operación 'Lava Jato' es una solución, no un problema. No puede terminar antes de que sea devastada la última catacumba, no puede ser interrumpida antes de que sean identificados todos los integrantes de la cuadrilla formada por bandidos de estimación de cualquier gobierno.⁹⁰

En la gran apuesta de "Diez medidas contra la corrupción", la operación fue ampliamente difundida (con excepción de la información que requiere discreción) en medios electrónicos, medios de comunicación y el desarrollo de acciones contra los actos corruptos, corroborando la transparencia institucional y el acceso de la población a la información veraz.

Aunque llevan muchas críticas y legalmente constituyen polos de discusiones sin fin, el éxito de las propuestas de la Fiscalía Federal y la operación "Lava Jato" es ya notable, un resultado de la actuación de las entidades, agentes y servidores participantes y se justifica por el apoyo popular y la conciencia social.

VI. Situación mexicana: innovaciones legislativas y futuras perspectivas

En América Latina, México ha promovido recientemente una reforma en la lucha contra la corrupción. Es un marco jurídico innovador, teniendo en cuenta que, el entonces presidente de México, Vicente Fox Quesada, fue anfitrión, y primer Jefe de Estado en firmar el documento de la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción.⁹¹

Se reitera que dicho tratado internacional exige a los Estados Partes la tipificación como delito de: soborno de funcionarios públicos, corrupción activa de funcionarios extranjeros, fraude y malversación de fondos, lavado de dinero y

⁹⁰ NUNES, Augusto, «Doença é a corrupção. A Lava Jato é o remédio» *Revista Veja*, Veja Online, São Paulo: Abril, 30 out. 2016. Disponible en: <<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/direto-ao-ponto/doenca-e-a-corrupcao-a-lava-jato-e-o-remedio/>> [30-10-2016]

⁹¹ PRESSE, France, «Países assinam convenção da ONU contra corrupção» *Folha de S. Paulo*, Folha Online, 10 dez. 2003. Disponible en: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66505.shtml>> [30-10-2016].

obstrucción a la justicia. También, como puede verse, se tipifican las tuberías sobre corrupción pasiva de funcionarios extranjeros, tráfico de influencias, abuso de poder, enriquecimiento ilícito, soborno en el sector privado y las variaciones de recursos en el sector privado.

Observando tales fundamentos, el ex Sistema Nacional de lucha contra la corrupción se convirtió, en 18 de julio de 2016, en la Ley General del Sistema Nacional de lucha contra la corrupción y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, para determinar las sanciones administrativas y multas para las empresas privadas que participan en actividades de corrupción, además de la lucha contra el uso indebido de la función y mala praxis financiera, el enriquecimiento ilícito y obstrucción de justicia.

El abogado Dan Fridman, el banquero blanco del caso de Miami, con respecto a las investigaciones de casos de corrupción en América Latina, dijo que el fortalecimiento de las leyes contra la corrupción es un signo del fortalecimiento en la lucha contra la corrupción, con Brasil como un ejemplo. De esta manera, dice que “las prisiones de ejecutivos prominentes de las grandes empresas en Brasil pueden repetirse en varios países de América Latina, como sus poblaciones comienzan a exigir leyes de lucha contra la corrupción las reformas en toda la región”.⁹²

De manera específica, la reforma contra la corrupción planea los siguientes cambios:

1. Crear el Sistema Nacional de Lucha Contra la Corrupción como una función coordinada entre las autoridades de todos los niveles de gobierno competentes en la prevención, detección y enjuiciamiento de responsabilidad administrativa para la corrupción, así como la supervisión y control de los recursos públicos;
2. Ampliar los poderes de la Auditoría Superior de la Federación (ASF);
3. Establecer el Tribunal Federal de Justicia Administrativa;

⁹² MELO, João Ozorio De. «México se inspira no Brasil para fortalecer combate à corrupção» *Revista Consultor Jurídico*, Medidas Legislativas, 25 jul. 2016. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/mexico-inspira-brasil-fortalecer-combate-corrupcao>> [30-10-2016]

4. Que los Estados establezcan tribunales administrativos de justicia;
5. Establecer nuevas normas relacionadas con responsabilidades específicas para los funcionarios;
6. establece sanciones específicas;
7. Exigir la declaración de bienes y las ganancias por los funcionarios públicos;
8. Aumentar la prescripción de improbidades administrativas graves de tres a siete años;
9. Conceder nuevos poderes a los órganos legislativos federales; y
10. Sanciona personas jurídicas con disolución e intervención en la gestión.⁹³

Como se indica en la guía de los once países más corruptos en el mundo por *Business Insider*, México ocupa la primera posición⁹⁴ con la peor puntuación que demuestra una preocupante situación y un entorno listo para recibir prácticas de combate contra la corrupción. En este sentido, la reforma constitucional y el cambio legislativo son espacios críticos para implementar medidas de investigación y el intercambio de experiencias entre los dos Estados.

VII. Conclusión

Por lo tanto existe la necesidad de hablar de politización en el control del gasto público, de controles y equilibrios en las esferas de poder. Es en esta dirección que se debe ajustar la transparencia de la administración. La corrupción es un crimen de quién paga y de quién recibe. Y es perjudicial para la institución que practica, reflejando negativamente en la sociedad.

México ha alcanzado importantes medidas legislativas. Brasil, por su tiempo, permanece en constante lucha. El "derecho administrativo punitivo" dispone y, de hecho, tiene los instrumentos y una satisfactoria experiencia para una lucha global

⁹³ SERRA, Diego, «Dez aspectos-chave do Novo Sistema Nacional Anticorrupção do México» (SNA), *FCPA Américas*, Ciudad de México, 20 mai. 2015. Disponible en: <<http://fcpamericas.com/portuguese/dez-aspectos-chave-novo-sistema-nacional-anticorruptao-mexico-sna/>> [30-10-2016].

⁹⁴ COLSON, Thomas, «These are the 11 most corrupt countries in the developed world». *Business Insider*. Finance. UK, 29 set. 2016. Disponible en: <<http://uk.businessinsider.com/wef-corruption-index-the-most-corrupt-countries-in-the-oecd-2016-9/#11-slovenia-1>> [30-10-2016].

contra la corrupción. Los Estados deben permanecer atentos a las prácticas de prevención, así como implementar soluciones que han logrado éxito en otras regiones, adaptándolas a su propio sistema. Como el expresidente de los Estados Unidos de América, Theodore Roosevelt, en su discurso en 1903 dijo:

No hay ningún delito más grave que la corrupción [...]. La exposición y el castigo de la corrupción pública representan un honor para la Nación, no una desgracia. La vergüenza reside en la tolerancia, no en la corrección. Si fallamos en dar todo lo que tenemos para expulsar la corrupción, no podremos escapar de nuestra parte de la responsabilidad que encontraremos en la culpa.⁹⁵

Sin lugar a dudas, la polarización de las discusiones de este tema contemporáneo, simbolizan una gran oportunidad para crear e implementar mecanismos de prevención de la corrupción y para optimizar el rendimiento de la Administración Pública a nivel nacional e internacional.

VIII. Referencias Bibliográficas

BRASIL, *Constituição Federal de 1988*, Promulgada em 05 de outubro de 1988. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. [10-10-2016]

BRASIL. *Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006*, Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Diário Oficial da União, Brasília, DF, 01 fev. 2006. Disponible en: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2004-2006/2006/Decreto/D5687.htm>. [30-10-2016]

BRASIL, *Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013*, Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dão outras providências, Diário Oficial da república Federativa do Brasil, Brasília, DF, 02 ago. 2013. Disponible en:

⁹⁵ RIBEIRO, Pedro, «Moro cita discurso de Roosevelt de 1903: “Não existe crime mais sério do que a corrupção”» *Paraná Portal*, Sintonia Fina, s.e. 30 out. 2016. Disponible en: <<http://paranaportal.uol.com.br/colunas-sintonia-fina/moro-cita-discurso-de-roosevelt-de-1903-nao-existe-crime-mais-serio-do-que-a-corrupcao/>> [01-11-2016]

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>. [30-10-2016]

BONAVIDES, PAULO, *Curso de Direito Constitucional*, 13 ed., revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

CASSAGNE, JUAN CARLOS, *El acto administrativo*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, S.A.

COLSON, THOMAS, «These are the 11 most corrupt countries in the developed world». *Business Insider*, Finance, Londres, 29 set. 2016. Disponible en: <<http://uk.businessinsider.com/wef-corruption-index-the-most-corrupt-countries-in-the-oecd-2016-9/#11-slovenia-1>>. [30-10-2016]

DI PIETRO, MARIA SYLVIA ZANELLA, *Direito administrativo*, 28 ed., São Paulo: Atlas, 2015.

FIGUEIREDO, VANUZA DA SILVA e Waldir Jorge Ladeira dos Santos, «Transparência e controle social na administração pública». Disponible en: <<http://www.fclar.unesp.br/Home/Departamentos/AdministracaoPublica/RevistaTemasdeAdministracaoPublica/vanuza-da-silva-figueiredo.pdf>>. [30-10-2016]

GUERRA, EVANDRO MARTINS, *Os Controles Externo e Interno da Administração Pública e os Tribunais de Contas*, Belo Horizonte: Fórum, 2003.

MARÇAL FILHO, JUSTEN, *Curso de direito administrativo*, São Paulo: Saraiva, 2005.

MEDAUAR, ODETE, *Direito Administrativo Moderno*, 2ª ed., revista e atualizada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

MELLO, CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE, *Curso de direito administrativo*, 27ª ed., São Paulo: Malheiros, 2010.

MELLO, OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE, *Princípios gerais do direito administrativo*, 3.ed., Vol I, São Paulo: Malheiros, 2007.

MELO, JOÃO OZORIO DE, «México se inspira no Brasil para fortalecer combate à corrupção» *Revista Consultor Jurídico*, Medidas Legislativas, 25 jul. 2016. Disponible en: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-25/mexico-inspira-brasil-fortalecer-combate-corrupcao>>. [30-10-2016]

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «*A lava jato em números. Caso Lava Jato*». s.e. Disponível em: <<http://lavajato.mpf.mp.br/atuacao-na-1a-instancia/resultados/a-lava-jato-em-numeros-1>>. [30-10-2016]

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «*MPF lança campanha internacional de combate à corrupção*». Corrupção, Não! s.e. Disponível em: <http://corrupcaonao.mpf.mp.br/noticias/copy_of_noticia-1>. [28-10-2016]

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, «*Objetivo geral das propostas*». Dez medidas contra a corrupção. s.e. Disponível em: <<http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/apresentacao/objetivo-geral-das-propostas>>. [28-10-2016]

NUNES, AUGUSTO, «Doença é a corrupção. A Lava Jato é o remédio». *Revista Veja*, Veja Online, São Paulo: Abril, 30 out. 2016. Disponível em: <<http://veja.abril.com.br/blog/augusto-nunes/direto-ao-ponto/doenca-e-a-corrupcao-a-lava-jato-e-o-remedio/>>. [30-10-2016]

OSÓRIO, FÁBIO MEDINA, *Corrupción y mala gestión de la 'res publica': el problema de la improbidad administrativa y su tratamiento en el derecho administrativo sancionador brasileño*. Revista de Administración Pública, vol. 149, 1999.

PRESSE, FRANCE, «Países assinam convenção da ONU contra corrupção» *Folha de S. Paulo*, Folha Online, 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/mundo/ult94u66505.shtml>>. [30-10-2016]

RIBEIRO, PEDRO, «Moro cita discurso de Roosevelt de 1903: “Não existe crime mais sério do que a corrupção”». *Paraná Portal*, Sintonia Fina. s.e. 30 out. 2016. Disponível em: <<http://paranaportal.uol.com.br/colunas-sintonia-fina/moro-cita-discurso-de-roosevelt-de-1903-nao-existe-crime-mais-serio-do-que-a-corrupcao/>> [01-11-2016]

SERRA, DIEGO, «Dez aspectos-chave do Novo Sistema Nacional Anticorrupção do México (SNA)». *FCPA Américas*, Ciudad de México, 20 mai. 2015. Disponível em: <<http://fcpamericas.com/portuguese/dez-aspectos-chave-novo-sistema-nacional-anticorrupcao-mexico-sna/>>.]30-10-2016]

SILVA, JOSÉ AFONSO DA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 18 ed. revista e atualizada, São Paulo: Malheiros Editores, 2000.

TRANSPARÊNCIA INTERNACIONAL, «Escândalo da Petrobras faz Brasil piorar em ranking mundial de corrupção» *El País*, São Paulo, 27 jan. 2016. s.e. Disponible en: <http://brasil.elpais.com/brasil/2016/01/27/internacional/1453882221_604111.html> [30-10-2016]

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, «*Corruption Perceptions Index 2014*» s.e. Disponible en: <<https://www.transparency.org/cpi2014/results>> [30-10-2016]

TRANSPARENCY INTERNATIONAL, «*Corruption Perceptions Index 2015*». S.e. Disponible en: <<https://www.transparency.org/cpi2015/>> [30-10-2016].

COLOMBIA

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE



EL DAÑO MORAL POR LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IRREGULAR DEL
ESTADO: UN ANÁLISIS COMPARADO ENTRE MÉXICO Y COLOMBIA
*THE MORAL DAMAGE FOR THE IRREGULAR STATE ADMINISTRATIVE
ACTIVITY: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN MEXICO AND COLOMBIA*

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE⁹⁶

Resumen. La reparación del daño moral por la irregularidad del Estado supone tradicionalmente un reconocimiento pecuniario a título compensatorio; sin embargo, la influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos propone un modelo integral, desde su contenido hasta su titularidad. El reto para cada ordenamiento consiste en tomar estos postulados y adaptarlos al orden jurídico interno, bien sea como un criterio principal o uno meramente subsidiario a la compensación. Por lo anterior, será necesario trazar un estudio desde el régimen de responsabilidad, el análisis de las formas de reparación y sus aspectos procesales; de esta manera, permitir un ejercicio no solo esmerado y cuidadoso, sino también humano por parte del juez.

Abstract. The moral damage reparation for the behaviour of the State, supposes traditionally a monetary compensation. However, influence of the inter-american Human Rights System proposes a more comprehensive solution, from its contents it's to the entitlement. The challenge for each legal system consists in taking these parameters and adapting them to their legal system as a primary rule or an auxiliary rule to the monetary compensation. Therefore there is a need for a comparative study of the different ways of reparation and its procedures, this way will offer a more conscientious, sensible and humane trial.

Sumario. I. Introducción; II. El daño moral en el derecho Mexicano y Colombiano; III. Régimen de responsabilidad civil del Estado; IV. Reparación del daño moral; A. Reparación General; B. Reparación Integral; C. La acción de reparación y su titularidad; V. Influencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; VI. Conclusiones; VII. Fuentes de información.

Palabras claves. Daño, Derecho Administrativo, moral, responsabilidad civil, reparación, indemnización, Derechos Humanos, responsabilidad del Estado, tribunal administrativo.

Keywords. Damage, administrative law, moral, civil responsibility, reparation, compensation, human rights, State responsibility.

⁹⁶ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia. [william.gallo@est.uexternado.edu.co; williamg.aponte@gmail.com]

I. Introducción

El reconocimiento del daño moral en dos sistemas jurídicos que comparten una misma tradición jurídica continental, pero que difieren en la forma del Estado, es un asunto que conlleva el hondo y necesario estudio dada su trascendencia y novedad. Así pues, para poder darle desarrollo a este tema, lo primero a considerar, es que a diferencia de lo que ocurre en el derecho mexicano, en el ordenamiento jurídico colombiano no hay referente legal que defina este perjuicio. En consecuencia, el entendimiento de este concepto se limita a los criterios de unificación jurisprudencial⁹⁷ proferidos por su máximo tribunal contencioso administrativo, el Consejo de Estado.

Por lo anterior, el interés que presenta este estudio comparado, tiene como base fundamental el último eslabón de los elementos de la responsabilidad civil extracontractual del Estado, esto es, entender *¿Cómo se repara el daño moral derivado de la actividad administrativa irregular en México y Colombia?*

Para dar respuesta a lo anterior, se deben considerar una serie de aspectos tales como: las diferencias que presenta el régimen de responsabilidad del Estado en ambos sistemas, los aspectos generales e integrales de la reparación del perjuicio inmaterial, la acción de reparación y su titularidad, así como la influencia del sistema interamericano de Derechos humanos, que a guisa de ejemplo en Colombia, conllevó a replantear la forma principal de reparación en función de los fines esenciales del Estado.⁹⁸

II. El daño moral en el derecho mexicano y colombiano

Los artículos 1916 y 1916 bis del Código Civil Federal mexicano consagran la figura del daño moral. Éste es definido como la “afectación que una persona sufre en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación, vida privada,

⁹⁷ La tarea de proferir sentencias de extensión y unificación de jurisprudencia por parte del Consejo de Estado, es una figura propia del *Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)* Ley 1437 de 2011, por la importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de fijar precedente.

⁹⁸ Entiéndase principalmente, “*garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales así como la protección a todas las personas, en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares*”, según lo consagra la Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 2°.

configuración y aspectos físicos, o bien en la consideración que de sí misma tienen los demás”. Sobre esto, lo primero que hay que aclarar es que se compone de una clasificación de bienes jurídicos de la personalidad expuesta en una lista meramente enunciativa y genérica, más no limitativa⁹⁹, que admite presunción. Esta definición se enmarca dentro de una sola categoría de perjuicio extrapatrimonial que ha sido aplicada y reiterada en la legislación y jurisprudencia mexicana.

Por otro lado, en Colombia, desde 1922 con el fallo Villaveces¹⁰⁰ se empezó a trazar el precedente jurisprudencial que brinda reconocimiento al daño moral. Concepto que es definido por la jurisprudencia como una afectación a los derechos de la personalidad, “compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo”.¹⁰¹

Sin embargo, se ha dicho que esta no es la única forma de perjuicio inmaterial aceptada: la Sección Tercera del Consejo de Estado reconoció, además del daño moral, un perjuicio fisiológico o biológico derivado de una lesión corporal o psicofísica enmarcado en la categoría del daño a la salud y un daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados.

⁹⁹ OCHOA OLVERA, Salvador, *La demanda por daño moral: Derecho y legislación comparado, jurisprudencia nacional actualizada jurisprudencia extranjera, casos prototípicos formularios*, 2da.ed, México, Montecarlo, 1999, p. 44.

¹⁰⁰ Corte Suprema de Justicia col., Sala Civil, 21 de Julio de 1922, M.P.: Dr. T. Nannetti, G.J., T. XXIX, No. 1515, p. 219. Caso en el cual, el municipio de Bogotá (a través de los servidores públicos del cementerio) desocupó sin consentimiento, una bóveda arrendada al señor León Villaveces donde estaban los restos de su esposa que fueron luego depositados en una fosa común. El señor demanda para que se le reintegren los restos de su esposa, la lápida de mármol traída desde Europa y el ataúd, además de todos los daños y perjuicios sufridos, materializados en la tristeza que conlleva a la enfermedad del señor Villaveces. La Corte en casación, ordenó reparar el daño moral a través de la indemnización valorada por peritos, así como la construcción de un monumento artístico con el fin de “colmarle el vacío que produjo el quebranto moral del demandante” cuyo costo debe ponderar la cultura del señor y la magnitud del pesar causado.

¹⁰¹ VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mérida, *et.al, Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*, Bogotá D.C, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 2014, p. 5.

No obstante, a pesar de que todas estas formas constituyen categorías autónomas de daño inmaterial; respecto de las dos últimas mencionadas no ofrece definición alguna más allá que, en el caso del daño a la salud, una consideración por parte del juez sobre las consecuencias de la enfermedad o accidente que alteran el desempeño y nivel de comportamiento de las personas. Por otro lado, respecto del daño a los derechos fundamentales, compartimos la conclusión de la profesora M'CAUSLAND, al indicar que no se trataría de reconocer una categoría autónoma de perjuicio, sino una forma de reparación adicional para el daño moral y el daño a la salud, teniendo en cuenta que ambos provinieron de la lesión de un derecho fundamental.¹⁰²

III. Régimen de responsabilidad civil del Estado

La importancia de analizar el régimen de responsabilidad en ambos países, radica en la determinación del fundamento del deber de reparar por parte de la administración pública. Por consiguiente, mientras en el derecho mexicano la responsabilidad extracontractual a cargo del Estado es objetiva y directa,¹⁰³ en Colombia, por interpretación constitucional¹⁰⁴ además del régimen objetivo admite uno subjetivo que se fundamenta en el dolo o la culpa.

Esto es, concretamente para el orden jurídico mexicano, el carácter objetivo de la responsabilidad a cargo del Estado se fundamenta en que el particular no tiene el deber de soportar los daños patrimoniales causados por su actividad irregular, entendida ésta como los actos de la administración realizados de

¹⁰² M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 60.

¹⁰³ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, 2004, artículo 1º.

¹⁰⁴ Constitución Política de Colombia de 1991, artículo 90. Dispone lo siguiente: "*El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.*

En el evento de ser condenado el Estado a la reparación patrimonial de uno de tales daños, que haya sido consecuencia de la conducta dolosa o gravemente culposa de un agente suyo, aquél deberá repetir contra este".

manera ilegal o anormal, es decir, sin atender a las condiciones normativas o a los parámetros creados por la propia administración.^{105 y 106}

Por otro lado, la atribución de “directa” significa que, cuando el Estado en ejercicio de sus funciones “genere daños a los particulares en sus bienes o derechos, éstos podrán demandarla directamente, demostrando únicamente la irregularidad de la actuación y sin tener que demandar previamente a dicho servidor.”¹⁰⁷

Para el caso colombiano, la atribución de responsabilidad se consagra por primera vez en una cláusula general expresa en la Constitución Política de 1991.¹⁰⁸

De ahí, en su artículo 90, comprende aquellos factores con cuyo fundamento el Estado responde por los daños que cause de manera directa, en nexo con el servicio, bien como consecuencia de una falla¹⁰⁹ que le corresponde cumplir por dolo o culpa (régimen subjetivo de responsabilidad), “bien en ejercicio de una acción legítima (daño especial), en la medida en que se rompa el principio de igualdad frente a las cargas públicas, o por los daños que constituyan la materialización de riesgos creados por el mismo Estado (riesgo especial)”.¹¹⁰

Dicho de otro modo, tanto México como Colombia adopta un fundamento objetivo y directo de responsabilidad patrimonial a cargo del Estado, bien sea como un deber que no deben soportar los particulares por la actividad

¹⁰⁵ Tesis P./J. 42/2008, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 722.

¹⁰⁶ Tesis P./J. 43/2008 (constitucional), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008, p. 719.

¹⁰⁷ Tesis P./J. 42/2008, *op.cit.*, p. 722. En: Castrejón García, Gabino E, “Requisitos de procedibilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado”, *IV Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo*, México, 2011, p. 4.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 3.

¹⁰⁹ Entiéndase la falla del servicio, por la extralimitación de las funciones, un retardo o defecto en el cumplimiento de las obligaciones a cargo del Estado, o simplemente por su incumplimiento por parte del Estado.

¹¹⁰ CORREA PALACIO, Ruth Stella, “Límites jurisprudenciales a la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Ospina Garzón Andrés F. *et al.* (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 847-848.

administrativa irregular o por un desequilibrio no justificado de las cargas públicas que deben soportar las personas por el hecho de vivir en la sociedad.

Entonces, surge la siguiente cuestión: los particulares al ser parte del contrato social ¿deben soportar o no las irregularidades de la Administración Pública que generan hechos dañinos? Más allá de discusiones profundas que merece su respuesta y no corresponden al objeto principal de este estudio, bastará inducir que en uno y en otro, sea la atribución excepcional o no, el Estado debe reparar daño causado objetivamente.

En resumidas cuentas, podría decirse que el derecho mexicano no se aparta en definitiva de atribuir responsabilidad a título subjetivo, puesto que, como se infiere de la tesis jurisprudencial referida anteriormente, la reparación deviene de actos propios de la administración realizados de manera anormal e ilegal, verbigracia, la falla del servicio, título subjetivo de responsabilidad por excelencia, corresponde a la violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública¹¹¹ generalmente determinado por la ley. De esta manera, podríamos atrevernos a considerar, con todas las objeciones válidas, que ambos ordenamientos aplican los dos regímenes.

VI. Reparación del daño moral

Bajo la premisa de que todo daño antijurídico causado por la actividad administrativa irregular del Estado debe ser reparado mientras no se alegue y pruebe causal que lo exima; en lo atinente al daño moral, tanto en México como en Colombia se otorga un reconocimiento pecuniario a título compensatorio bajo la regla del *arbitrium iudicium*. Sin embargo, será su particular tratamiento el que resulta interesante estudiar en ambos sistemas, para verificar la necesidad e idoneidad de sus requisitos así como el entendimiento que se le ha dado a los mismos desde una perspectiva general e integral.

¹¹¹ HENAO PÉREZ, Juan Carlos, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, *Estudios de Derecho Civil: obligaciones y contratos Libro homenaje a Fernando Hinestrosa 40 Años De Rectoría 1963-2003*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 57.

A) Reparación general

En el derecho mexicano, siguiendo la regla del artículo 1915 del Código Civil Federal, la reparación del daño debe consistir a elección del ofendido en el restablecimiento al estado anterior, cuando ello sea posible (*in natura*), o en el pago de daños y perjuicios (*reparación por equivalente*). No obstante, la disposición inmediatamente siguiente en el inciso segundo, determina que tratándose del daño moral, el responsable de su comisión u omisión “tendrá la obligación de repararlo mediante una indemnización en dinero, con independencia de que se haya causado daño material”.

De acuerdo con lo anterior, podría inferirse que respecto de la tipología de perjuicio estudiada, la reparación se limita exclusivamente a una compensación por equivalente en una suma líquida que cumple una función satisfactoria ya que es imposible evaluar su naturaleza extrapatrimonial¹¹² pues como lo indica Ripert, “sería profundamente inmoral”¹¹³.

En vista de esto, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en su artículo cuarto, determina que, el daño moral que lesione el patrimonio¹¹⁴, ha de ser real y evaluable en dinero. Asimismo, el monto de su indemnización se calculará “de acuerdo con los criterios establecidos en el Código Civil Federal, debiendo tomar en consideración los dictámenes periciales ofrecidos por el reclamante, sin que exceda el equivalente a 20.000 veces el salario mínimo general diario vigente en el Distrito Federal, por cada reclamante afectado.”¹¹⁵

Lo que implica que, de acuerdo con la legislación civil¹¹⁶, se deben tomar en cuenta los siguientes requisitos:

Respecto de la *víctima*; los derechos lesionados y su situación económica. Se toma en consideración los derechos de la personalidad afectados. Para el caso del honor, decoro, consideración o reputación, el juez tomará medidas conducentes a una reparación integral, que se tratará más adelante. Mientras

¹¹² OCHOA OLVERA, Salvador, *op.cit.*, p. 70.

¹¹³ RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed., L.G.D.J., 1949, pp. 106 y 107. Obra citada en, Kobets, Yacov, *Reparación del Daño moral*, México, Porrúa, 2007, p. 7.

¹¹⁴ Entendiendo patrimonio como un género, no limitado al contenido pecuniario.

¹¹⁵ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *op.cit.*, artículo 14, inciso segundo.

¹¹⁶ Código Civil Federal, artículo 1916, inciso cuarto.

que, si la afectación estriba en la muerte, el grado de compensación se determinará atendiendo a lo dispuesto por la Ley Federal del Trabajo, según la remisión directa que hace el inciso tercero del artículo 14 de la LFRPE a la disposición 1915 del Código Civil Federal.

En relación con la situación económica de la víctima, según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, no debe tomarse en cuenta como un factor para acreditar la existencia o del daño moral o para cuantificar su monto indemnizatorio. Más bien, como resultado de la declaratoria de lesividad que acarrea perjuicios patrimoniales, esto es, que tal situación constituye una herramienta necesaria para fijar el pago respectivo por los derechos patrimoniales pecuniarios lesionados.¹¹⁷ y ¹¹⁸

Por otro lado, en relación con el *responsable* o *victimario*, los requisitos son, el grado de responsabilidad y la situación económica de éste. Respecto del primero se infiere una referencia a la consideración que realiza la autoridad administrativa o jurisdiccional para ponderar la implicación del daño y las consecuencias que genera en la víctima, pues a diferencia del derecho colombiano, como se verá, el mexicano sólo determina un límite más no una clasificación porcentual de la lesión y/o afectación, que brindaría mayor facilidad en la determinación del grado de responsabilidad.

Paralelamente, en lo referente a la situación económica del victimario, se explica básicamente en el principio *ultra posse nemo obligatur*.

Finalmente, cuando se refiere a las “demás circunstancias del caso”, se entendería que corresponde a una categoría abstracta, no por esto menos útil; pues permite a la autoridad que debe cuantificar y valorar el perjuicio tomar elementos que considere necesarios para llegar a una “justa reparación”.

¹¹⁷ Tesis 2ª. LII/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 19, junio de 2015, p. 1079.

¹¹⁸ Por ejemplo, una persona precavida atraviesa en su bicicleta un puente que se encontraba en estado de deterioro y tras su paso se hunden las ruedas del vehículo, causándole una grave lesión en su rostro por la caída. A su juicio, se ocasionó un perjuicio a la consideración que los demás tenían de ella, pues era una reputada modelo para productos faciales. Sin duda alguna, el hecho generó un perjuicio moral a cargo del Estado, pues éste tiene a su cargo el mantenimiento de las vías públicas. De ahí que, la reparación debe tomar en consideración la situación económica de la víctima, entendida como el reconocimiento del pago de tratamientos y terapias que permitan a la modelo curar las lesiones de su rostro.

En vista de lo anterior, con relación al ordenamiento jurídico mexicano, se concluiría que los requisitos anteriores en conjunto deben tener como límite las disposiciones legales. Sin embargo, es importante tener como referencia una reciente decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que pone en tela de juicio los límites legales al disponer lo siguiente:

Ciertamente en nuestro derecho se ha evolucionado de aquella que imponía en la reparación del daño límites bien tasados o establecidos a través de fórmulas fijas, a la necesidad de su reparación justa e integral. Así, puede afirmarse que el régimen de ponderación del quantum compensatorio depende de la conceptualización del derecho a una justa indemnización [...].¹¹⁹

En el mismo sentido, pero particularmente respecto de la responsabilidad estatal se ha dicho que:

El tope máximo previsto por el precepto legal examinado es una medida no suficientemente ajustada a los fines que pretende conseguir que en algunos casos pueda ocasionar limitaciones irrazonables al derecho a ser indemnizado. Además, el mismo contraviene a las obligaciones internacionales suscritas por el Estado mexicano y podría plantear problemas para cumplir con lo dispuesto por la **Corte Interamericana** y con las recomendaciones de la Comisión Interamericana en materia de reparación del daño.¹²⁰

Más allá de todo lo anterior, se debe tener en cuenta que no se impongan cargas presupuestarias desmedidas e injustificadas al erario público, para el particular se ha dicho respecto de los parámetros que:

¹¹⁹ Tesis 1a. CCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014, p. 159. La anterior tesis aislada es producto de la responsabilidad atribuida al hotel Mayan Palace en Acapulco por negligencia de este, pues frente a la situación de la muerte de un joven electrocutado, el hotel no contaba con personal calificado para atender la emergencia ni con las óptimas condiciones de sus instalaciones; razón por la cual, los padres frente a la grave afectación a sus sentimientos e integridad psíquica, por la pérdida de su único hijo demandaron al hotel, al cual se le fijó una indemnización de gran valor.

¹²⁰ Tesis 1a. CLIV/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009, p. 454.

[...] En tanto son indicativos de que la naturaleza y los fines del daño moral no permiten una cuantificación absolutamente libre, reservada al subjetivismo del juzgador y, por ende, toda condena indemnizatoria por **daño moral** debe tomar en cuenta los parámetros referidos, así como el principio de reparación integral del daño que el legislador instituyó en el procedimiento de **responsabilidad patrimonial del Estado**, a fin de que, por una parte, se otorgue a la víctima una reparación íntegra por el **daño moral** causado por la actividad administrativa irregular y, por otra, no se impongan cargas presupuestarias desmedidas e injustificadas al erario público.¹²¹

Con todo, será conveniente esperar un nuevo criterio para entender de manera clara el manejo de los límites compensatorios a la reparación del daño, en específico del daño moral.

Por otro lado, en el derecho colombiano, la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, máximo Tribunal Contencioso administrativo, ha fijado tarifas porcentuales con base en el afecto y la intensidad del dolor sufrido por las víctimas. Así pues, la misma corporación ha elaborado un documento que reúne todos los referentes para la reparación de perjuicios inmateriales, entre ellos el daño moral.

De acuerdo con éste¹²², la reparación del daño moral se expresa en tres formas: En caso de muerte, en caso de lesiones personales y en caso de privación injusta de la libertad. Estos parámetros a su vez se adecuan en cinco niveles diferentes.

Asimismo, como se indicó, se han fijado tarifas porcentuales; de esa manera, el primer nivel corresponde al 100%, el segundo nivel al 50%, el tercero al 35%, el cuarto al 25% y el último al 15%. Todos estos, equivalente a la misma cifra en salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Con relación a la muerte, en estricto sentido, la jurisprudencia además establece que “en los niveles primero y segundo se requerirá la prueba del estado

¹²¹ Tesis 2ª. LIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 19, junio de 2015, p. 1080.

¹²² VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mérida, *et.al.*, *op. cit.*, pp. 5-9.

civil o de la convivencia de los compañeros; para los niveles tercero y cuarto, además, la prueba de la relación afectiva; y para el nivel quinto; solo ésta”.¹²³

Por otro lado, cuando se trata de lesiones personales que tienen su fundamento en el dolor o padecimiento que se causa a la víctima directa, familiares y demás personas allegadas, se determina la reparación según la gravedad de la lesión; es decir, ya no se otorgará la totalidad del porcentaje asignado a los diferentes niveles por el sólo hecho de causarse la lesión, sino que se fijará y motivará de conformidad con lo probado en el proceso de acuerdo con la gravedad de la lesión.

En el mismo sentido, en el caso de privación injusta de la libertad, la reparación del daño moral será proporcional al término o tiempo expresado en meses en que estuvo la persona privada de la libertad. Así, se otorga el máximo porcentaje de acuerdo con el nivel, a quien hubiese estado 18 meses o más privado de la libertad, y va disminuyendo proporcionalmente al tiempo real en que se encontraba la persona privada de su libertad. Eso sí, como en todos los casos, la proporción asignada equivale al salario mínimo mensual legal.¹²⁴

Por otra parte, con base en el análisis de la doctrina en torno al documento elaborado por el alto tribunal, se puede indicar que, parece omitir un porcentaje o nivel a otro tipo de situaciones o formas que no sean exclusivamente las estudiadas anteriormente.¹²⁵ Por ejemplo, el miedo, la zozobra, la angustia, el temor, la tristeza que dan lugar a daño moral.^{126 y 127}

Asimismo, para el primer presupuesto, es decir, en *caso de muerte*, como lo indica M’Causland; en principio parece infundada la exigencia de la prueba del

¹²³ M’CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *op. cit.*, p. 74.

¹²⁴ VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mérida, *et.al.*, *op. cit.*, pp. 5-9.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 73.

¹²⁶ Por ejemplo, el evento al que estuvieron sometidas la personas liberadas de la toma del Palacio de Justicia el 6 y 7 de Noviembre de 1985.

¹²⁷ HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparado de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998, p. 240. Haciendo referencia a; Consejo de Estado col, Sección Tercera, 4 de abril de 1997, C.P: Dr. Carrillo Ballesteros: “La sala encuentra ajustada a la realidad procesal probatoria la indemnización que por concepto de perjuicios morales reconoció el tribunal al Doctor Buitrago, por cuanto se observa en el informativo que con los hechos el Palacio de Justicia, el actor sufrió aflicción moral en la medida en que estuvo sometido al miedo, a la desolación, zozobra, y tristeza mientras se produjo su liberación”.

parentesco porque se está frente a un escenario de libertad probatoria. No obstante, “la revisión de algunos fallos de unificación permiten concluir que lo expresado en el documento citado sobre la necesidad de la prueba del parentesco no tiene el carácter definitivo”.¹²⁸

Aunado a lo anterior, respecto del quinto nivel, el de las relaciones afectivas, se toma en consideración, a nuestro juicio, un fundamento garantista que valora el dolor y el sufrimiento independientemente del vínculo familiar.

Y es correcto, pues no en pocos casos, son terceros, en principio ajenos, pero por el grado de afectividad y de estrecha comunidad con el causante que sufren de manera relevante el daño.

Sin embargo, tal inclusión del vínculo afectivo no familiar, no es del todo idóneo, pues el porcentaje otorgado, es desproporcional con relación a las personas que se encuentran en el primer nivel, lo que conllevaría a injusticias. Por ejemplo, si el causante vivía solo, pero compartía la mayor parte de su tiempo con una amiga.

Con relación a la segunda forma de reparación del perjuicio, *las lesiones personales*, la proporción resultaría odiosa, no tanto desde la víctima directa sino desde las personas unidas en vínculo familiar o afectivo, pues “padecen afectaciones del ánimo por el hecho de ver a un ser querido en circunstancias que le generan pesares, dolores, dificultades”.^{129 y 130}

Paralelamente, el documento citado, propone “reglas de excepción para todos los casos de daños morales”, las cuales corresponden a una distinción cuando el perjuicio se produce por graves violaciones a los derechos humanos, donde se puede otorgar “una indemnización mayor a la señalada en todos los

¹²⁸ M^lCAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *op. cit.*, pp. 74-76.

¹²⁹ *Ibidem*, p. 78.

¹³⁰ Adaptando el ejemplo anterior, supongamos que como consecuencia del daño, producto de la actividad administrativa irregular del Estado, la persona no murió sino que quedó en estado de coma profundo. En este caso, su amiga quien cuida de él, indirectamente sufre el daño. Sin embargo, la reparación para la persona que lo acompañaba, no es la más justa con los presupuestos regonados por el Consejo de Estado.

Así también ocurre respecto de las personas privadas de la libertad, y más aún en Colombia, donde, para demostrar en un ejemplo con cifras reales, en la región noreste del país el hacinamiento carcelario es del 95,4% a diferencia de la zona central donde es del 31%. (Datos tomados del Informe estadístico No. 1, elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a enero de 2016).

eventos anteriores”.¹³¹ En todo caso, no puede superar el triple de los montos indemnizatorios correspondientes a las formas estudiadas.

En síntesis, el tratamiento del daño moral por parte de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa colombiana presenta particularidades diversas. A nuestro parecer, la necesaria regulación de la reparación de este perjuicio inmaterial conllevó al alto tribunal a omitir aspectos socio-afectivos; pues bien, a pesar de que se intenta avanzar en la extensión de las formas de reparación en cuanto su titularidad, aún es escasa.

De esta manera, es necesario replantear los esquemas de compensación para la reparación del daño moral, adecuándolos a una verdadera reparación integral, justa y equilibrada. Pues, aunque son necesarios, será el caso concreto el que determine el nivel de reparación de las víctimas.

A pesar de lo planteado, así como de lo tradicional que resulta la reparación con el débito secundario cuando por lo general es imposible un restablecimiento de las cosas a su estado anterior, no compartimos la idea del profesor Yacov Kobets, pues, si bien advierte no parecer banal y materialista al hablar de la reparación del daño moral, dice que “cuando nos encontramos ante un bien afectado, mismo que es de difícil cuantificación, la única manera de hacer “sentir bien” a la víctima es proporcionándole una suma de dinero que atenúe su sufrimiento”.¹³²

Con lo anterior, consideramos que la restitución por equivalente no es la única manera de reparar el daño, es solo una forma, y esto lo han entendido ambos ordenamientos jurídicos de manera distinta a propósito de la reparación integral del daño. Más bien, lo adecuado sería para la reparación general, tomar el subrogado pecuniario para calcular los perjuicios patrimoniales derivados del daño moral y la expectativa que altera el acaecimiento del daño, sin rebosar la disponibilidad presupuestal del Estado.

Sobre lo último, es decir, tomar el subrogado pecuniario para tener en consideración la alteración de las expectativas de las víctimas, corresponderá con

¹³¹ VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mérida, *et.al., op. cit.*, p. 9.

¹³² KOBETS, YACOV, *Reparación del daño moral*, México, Porrúa, 2007, p. 8.

un deber del operador judicial de valorar las condiciones habituales de la vida alteradas, que en adelante, de seguro se verán limitadas o coartadas.

Como sustento a lo anteriormente propuesto, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha sentado una reciente tesis inaugurada en el dos mil trece, respecto de la reparación pecuniaria para las “expectativas legítimas” defraudadas por el Estado. En este sentido, la reparación dependerá de que la administración “haya tolerado de modo cierto, pacífico e ininterrumpido situaciones que en principio no están cubiertas por el derecho positivo, pero que el Estado hizo nacer la expectativa justificada en los asociados de que las situaciones de hecho no serían modificadas intempestivamente”.¹³³

B) Reparación integral

El concepto de reparación integral representa “la búsqueda de la justicia a través del derecho”.¹³⁴ Tal apreciación aunque general y abstracta, es pertinente, pues permite apartarse de las tradicionales formas de reparación del daño, para involucrar un principio que transforma el “derecho hacia una visión ampliada en la cual los intereses del hombre en toda su integridad adquiere relevancia, concentrándose ahora con más ahínco el centro de atención en las víctimas, que poco a poco comienzan a imponer a los jueces un nuevo pensamiento dentro del esquema de la responsabilidad”.¹³⁵

De esta manera, tanto el derecho mexicano como el colombiano reconocen la reparación integral para el daño derivado de la actividad administrativa

¹³³ Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 31 de agosto de 2015, C.P.: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, actor: TV 13 Ltda. contra la Nación, exp. 22637: Donde para el caso en concreto, se endilgo la responsabilidad al Estado legislador por daños ocasionados al Instituto Nacional de Radio y Televisión –INRAVISIÓN- quien celebraba contratos de concesión de espacios de televisión, los cuales serían prorrogables cuando se cumplieran ciertas condiciones. Una vez se adjudicaron contratos, tiempo después se expidió ley que prohibía la prórroga de contratos de concesión y las disposiciones que consagraban el beneficio fueron declaradas inexequibles por la Corte Constitucional lo relativo a la improrrogabilidad e inexequibles lo relativo a los parámetros para la declaratoria de caducidad de los contratos.

¹³⁴ SANDOVAL GARRIDO, Diego A, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2013, No. 25, junio-diciembre de 2013, p. 242.

¹³⁵ *Ibidem*, p. 239.

irregular, sin embargo, su entendimiento y tratamiento es distinto y vale la pena estudiarlo.

En primer lugar, en México, la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado en su artículo 12 dispone que, “las indemnizaciones corresponderán a la reparación integral del daño, y en su caso, por el daño personal y moral”. De entrada, se podría decir que por analogía a las demás disposiciones de la Ley, “indemnizar” es un concepto que se traduce en un subrogado pecuniario. Por citar algunos ejemplos; “los pagos de las indemnizaciones”¹³⁶, “la indemnización (...) deberá pagarse”¹³⁷, “del pago de la indemnización procederá la actualización”¹³⁸, entre otros.

En vista de lo anterior, la SCJN se ha pronunciado en varias oportunidades con el objetivo de precisar el alcance del principio de la reparación integral. Así, el alto tribunal, en tesis ya citada, indica que el derecho mexicano ha evolucionado de una reparación del daño moral bajo límites tasados a través de fórmulas físicas, a la necesidad de su reparación justa e integral. Con esto, puede afirmarse que el régimen de ponderación del quantum compensatorio depende de la conceptualización del derecho a una **justa indemnización**.¹³⁹

Sin embargo, en una primera apreciación, de acuerdo con lo anterior, la reparación integral se equipara con una justa indemnización, cuestión que resultaría insuficiente, pues a pesar de querer involucrar el principio, sigue predominando la forma de reparación general del daño.

Lo anterior se fortalece cuando la Suprema Corte indica que el estándar de “reparación integral” podrá alcanzarse mediante una indemnización, siempre y cuando no pueda restablecerse a la persona afectada a la situación en que se encontraba antes de la violación y la medida indemnizatoria o compensatoria sea suficiente para considerarla ‘justa’”.¹⁴⁰

¹³⁶ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *op.cit.*, artículo 5, inciso 2o.

¹³⁷ *Ibidem*, artículo 11.

¹³⁸ *Ídem*.

¹³⁹ Tesis 1a. CCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014, *ídem*.

¹⁴⁰ Tesis 1a. CLXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014, p. 802.

De ahí que, de entrada se evidencia una apreciación errónea del concepto, pues a nuestro parecer, por más necesario que resulte el dinero, individualmente considerado no puede ser lo más justo; más aún, cuando lo precede un concepto de reparación integral ampliamente desarrollada por la jurisprudencia y los tratados transnacionales que involucra también formas de rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición.

No obstante, no se puede negar de manera absoluta el reconocimiento de formas de reparación distintas a la restitución por equivalente pecuniario en el derecho mexicano, pues se ha dicho por el máximo tribunal de justicia que “si la indemnización fuera insuficiente para alcanzar el estándar de “reparación integral”, las autoridades competentes deben garantizar medidas adicionales – como lo son las de satisfacción, rehabilitación o las garantías de no repetición-”.¹⁴¹

Lo anterior supone una consideración importante, sobre la base de que por un lado, la “justa indemnización” a través de subrogado pecuniario hace parte del conjunto de formas de reparación integral. Por otro lado, que las medidas de satisfacción, rehabilitación o las garantías de no repetición serán subsidiarias cuando mediante el débito secundario no fue suficiente reparar el daño moral causado.

De modo similar, el artículo 1916 del Código Civil Federal en su inciso quinto, dispone entre otras cosas, que cuando el daño moral haya afectado a la víctima en su decoro, honor, reputación o consideración, se ordenará la publicación de un extracto de la sentencia de la forma que considere conveniente. En vista de lo anterior, la legislación civil mexicana reconoce una forma de reparación simbólica cuando se afectan algunos bienes jurídicos de la personalidad.¹⁴²

La reparación integral del daño moral en el derecho colombiano es un imperativo legal.¹⁴³ De ahí que, de manera afortunada, se definió cada una de las acciones

¹⁴¹ *Ídem.*

¹⁴² De esta manera, se podría interpretar de manera generosa, que no solo cuando la causa del daño derive de la afectación a los derechos humanos se admitan formas alternativas de reparación de manera principal, pero esto no se puede limitar a la publicación del extracto de la sentencia con la relevancia del caso concreto así como tampoco a determinados bienes jurídicos. Debe optarse por un catálogo más amplio de situaciones.

encaminadas por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción, medidas de reparación simbólica individual o colectiva y las garantías de no repetición.

Según esto, las acciones diferentes a la restitución *in natura* y a la indemnización como equivalente pecuniario también se destinan a la recuperación del trauma sufrido por el daño pues promueven la verdad, la defensa de los derechos humanos y, entre otras cosas, pretenden mantener viva la memoria de las víctimas a través del reconocimiento social.¹⁴⁴

En vista de lo anterior, está claro que en Colombia se reconocen medidas de reparación alternativas. Sin embargo, al principio de este estudio resaltábamos que en Colombia se reconocen otras tipologías de perjuicios inmateriales, en concreto, la afectación o vulneración a derechos convencional y constitucionalmente protegidos.

De ahí, se compartió la idea de que esta tipología de perjuicio debería ser considerada más bien como una forma de reparación del daño moral, pues para su reparación se opta por medidas de reparación integral no pecuniarias a favor de la víctima directa y a su núcleo familiar más cercano de acuerdo con el caso concreto.

Por esta cuestión, a diferencia del orden jurídico mexicano, que a falta de justa indemnización procede las medidas no pecuniarias, en Colombia, en casos excepcionales, “cuando las medidas de satisfacción no sean suficientes o posible para consolidar la reparación integral podrá otorgarse una indemnización”.¹⁴⁵

¹⁴³ Por ejemplo, la **Ley 446 de 1998** en su artículo 16 consagra que “dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de justicia, la valoración de los daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales”. Por otro lado, la **Ley 975 de 2005**, por la cual se dictan disposiciones relativas a la reincorporación de grupos armados al margen de la ley, en su artículo 8 consagra el “derecho a la reparación” con base en los parámetros integrales propuestos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

¹⁴⁴ Por ejemplo, la declaratoria de responsabilidad del Estado “por las violaciones graves a los derechos humanos que significó el homicidio del periodista y humorista Jaime Garzón Forero”¹⁴⁴ conllevó al máximo tribunal administrativo a reconocer además de medidas pecuniarias, unas de carácter integral, entre otras, que el Comandante General del Ejército Nacional y otros realicen un acto solemne de presentación de excusas públicas a los familiares de la víctima reconociendo expresamente su responsabilidad, evento en el cual se deben citar a los distintos medios de comunicación. Asimismo, copia de la sentencia al Centro de Memoria Histórica.

¹⁴⁵ VALLE DE LA HOZ, Olga Mérida, *et.al.*, *op. cit.*, p. 10.

Bajo este sentido, entendiendo la afectación o vulneración relevante de bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados como una forma de reparación del daño moral, pues en últimas, la afectación de los derechos de la personalidad también aqueja derechos constitucionales o convencionales protegidos. Se preguntaría si ¿las medidas no pecuniarias deben ser reconocidas de manera principal, subsidiaria o concomitante con las pecuniarias?

Para dar una respuesta que busque la efectiva tutela de la persona mediante la armonización del principio de “reparación integral” en el ámbito interno¹⁴⁶ ya que resulta ser el medio más idóneo; se debe atender que, en primer lugar, existe una similitud entre reparación “*in natura*” (débito primario), restitución, rehabilitación y restablecimiento, pues en todas se impone al responsable obligaciones de hacer o de no hacer garantizando a la víctima una justa reparación por fuera del subrogado pecuniario (débito secundario).¹⁴⁷

En segundo lugar, que no toda reparación “*in natura*” o semejante tiene subrogado pecuniario ni que siempre el débito primario deba convertirse en dinero mediante valor monetario.

Bajo lo anterior se advierte que, desde un punto de vista *ius privatista*, como lo resalta el profesor Henao citando al maestro Hinestroza; “la prestación puede ser directamente monetaria y, no siéndolo, su patrimonialidad o su posibilidad de conversión en dinero, que son expresamente sinónimas, quiere decir, simplemente, que, así sea con dificultad, es factible tasar pecuniariamente el bien o el servicio en cuestión, esto es, establecer el equivalente pecuniario de la prestación”.¹⁴⁸

Sin embargo, a su juicio, estos argumentos no son aplicables en derecho administrativo donde “el funcionario no actúa como persona sino como servidor

¹⁴⁶ KOTEICH KHATIB, Milagros, *la reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2012, p. 291.

¹⁴⁷ HENAO PÉREZ, Juan C, “Las formas de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015, No. 28, enero a junio de 2015, p. 313.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 317: Citando la obra del Dr. Fernando Hinestroza, *Tratado de Obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2002, p. 286.

público encargado de funciones precisas y determinadas, razón por la cual su libertad no está en juego”¹⁴⁹ y por esta razón, “no se considera contraria a la regla *Nemo potest praecis cogi ad factum*, que prohíbe el ejercicio de la presión física directa sobre el deudor o los derechos fundamentales de la persona”.¹⁵⁰

En efecto, “en derecho administrativo existen hipótesis en las cuales el crédito primario debido por el Estado no puede trastocarse en equivalente pecuniario en el nivel de su ejecución”.¹⁵¹ Es decir, “si es posible llevar al caballo a la fuente pero no hacerle beber el agua”, al Estado si se le puede hacer beber, pues “el no cumplimiento de una orden de hacer o de no hacer sin contenido pecuniario supondría el resquebrajamiento del Estado de Derecho”.¹⁵²

En suma, de manera novedosa e interesante el orden jurídico colombiano admite la posibilidad de reparar el daño moral y otros como los perjuicios materiales a través de medidas no pecuniarias de manera principal, pues, sin desvirtuar la importancia del subrogado pecuniario; en conjunto, componen la reparación integral que permite adecuar el actuar judicial y administrativo para la salvaguarda de las garantías sociales.

C) La acción de reparación y su titularidad

En principio, tanto en México como en Colombia, la acción de reparación puede ser autónoma, es decir, procede independientemente de si se causa o no un daño patrimonial.¹⁵³ Sin embargo, con relación a su titularidad hay posturas diferentes que merecen especial atención; a propósito de esto, la influencia de los criterios orientadores del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁴⁹ *Ibidem*, p. 318.

¹⁵⁰ *Ídem*. Haciendo referencia a; C. Bloch, *La cessation de l'illícite. Recherche sur une fonction inconnue en responsabilité civile extracontractuelle*, tesis, Université Paul Cézanne-Aix-Marseille III, sustentada el 22 de noviembre de 2006, no publicada, p. 503.

¹⁵¹ *Ídem*.

¹⁵² *Ibidem*, p. 319.

¹⁵³ Véase para el caso Mexicano, Tesis 1a. CCXXXIV/2014 (10a.) (aislada civil), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 7, junio de 2014, p. 446. Y para el caso Colombiano: Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en su artículo 140, el cual dispone que “la persona interesada podrá demandar directamente la reparación del daño antijurídico producido por la acción u omisión de los agentes del Estado”. Se entendería cualquier daño antijurídico.

Por lo anterior, para el caso mexicano, la interpretación de la SCJN al 1916 del Código Civil, permite que la titularidad de la acción se pueda transmitir a los herederos (víctimas) así el causante no haya intentado la acción en vida. Sin embargo, prohíbe la transmisión a terceros.¹⁵⁴

La acción de reclamación se presentará ante la dependencia o entidad presuntamente responsable¹⁵⁵ y prescribirá dos años a partir del día en que se hubiese producido la lesión o cesen sus efectos lesivos (si son de carácter continuo), puesto que, tratándose del daño moral afecta el carácter físico o psíquico de las personas.¹⁵⁶

Por su parte, en Colombia, la titularidad no sólo es de los herederos sino también de los terceros que logren demostrar una estrecha relación de afectividad con el *de cuius*, quien debió haberlo sufrido realmente.

Y, respecto de la acción, será mediante reparación directa como medio de control ante la jurisdicción contenciosa administrativa, la cual caduca en dos años “contados a partir del día siguiente de la ocurrencia de la acción u omisión causante del daño”¹⁵⁷ o “a partir de la fecha en que aparezca la víctima o en su defecto desde la ejecutoria del fallo penal”¹⁵⁸ cuando se derive de la desaparición forzada.

V. Influencia del sistema interamericano de derechos humanos

La relevancia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en las formas de reparación del daño, en particular del daño moral, para los sistemas jurídicos internos de ambos ordenamientos; representa “un desafío histórico a nivel institucional en respuesta a los derechos de las víctimas por la violación a los

¹⁵⁴ Tesis I.7o.C.7 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 2, libro VIII, mayo de 2012, p. 1835.

¹⁵⁵ Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, *op.cit.*, artículo 18 y 17.

¹⁵⁶ **LFRP**, artículo 25. Por ejemplo, el impacto que le produjo la muerte o la violación a un hecho dañino.

¹⁵⁷ Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA) en su artículo 164, Literal i.

¹⁵⁸ *Ídem*.

derechos humanos”.¹⁵⁹ Pues, de entrada, propone un modelo de reparación integral que deberán atender las autoridades administrativas y jurisdiccionales.

De esta manera, en México, no solo se hicieron recientes reformas a la Constitución Política; sino que también la SCJN dispuso que las sentencias de la Corte Interamericana son obligatorias y su jurisprudencia orientadora a nivel interno;¹⁶⁰ suponiendo un cambio en la concepción de la reparación del daño.¹⁶¹

De acuerdo con lo anterior, la legislación consagra un imperativo legal para todas las autoridades públicas de velar por la protección de las víctimas así como proporcionar ayuda, asistencia o reparación integral. Esta última, comprende medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y garantías de no repetición.¹⁶²

Lo interesante, es que la aplicación de estas formas alternativas deberá “realizarse de manera armónica, eficaz y eficiente entendiéndose siempre como complementarias y no excluyentes”.¹⁶³ Sin embargo, delimita el objeto de su aplicación a las afrentas provenientes de un delito o violaciones a los derechos humanos.¹⁶⁴ Así también lo reitera las tesis del alto tribunal, en el sentido de que, hablando de la reparación integral, las medidas alternativas al subrogado pecuniario solo se aplican cuando la justa indemnización no resulta suficiente.¹⁶⁵

¹⁵⁹ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F, “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, pp. 145-219, (<<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/11.pdf>>)

¹⁶⁰ CALDERÓN GAMBOA, Jorge F, *op.cit.*, p. 149: Mediante la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (en adelante SCJN o “Suprema Corte”) en expediente 912/2010 del 14 de julio de 2011.

¹⁶¹ Por ejemplo, La **LFRP** en su artículo segundo consagra que las disposiciones concernientes a la indemnización serán aplicables, en lo conducente, para cumplir los fallos, actuar las recomendaciones de los organismos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

¹⁶² La *Ley General de Víctimas*, consagra en su título quinto un capítulo destinado a cada una de las modalidades de reparación integral. Por ejemplo, en el artículo 64, al referirse a las medidas de compensación para los perjuicios, sufrimientos y pérdidas económicamente evaluables consecuencia, entre otros, de la violación de derechos humanos; indica que debe incluir como mínimo la reparación del daño moral.

¹⁶³ *Ibidem*, artículo 5. Al referirse al principio de complementariedad.

¹⁶⁴ *Ibidem*, artículo 4. Definición del concepto de víctima.

¹⁶⁵ Tesis 1a. CLXII/2014 (10a.), *op. cit.*

En otro orden de cosas, para el caso colombiano, podría tomarse como referencia práctica de la real aplicación de los presupuestos del Sistema Interamericano, el factor de violencia generalizada. Pues corresponde a una circunstancia que permea en todas las actuaciones de las diferentes ramas del poder público.¹⁶⁶

De esta manera, cuando la legislación se refiere a la “reparación individual por vía administrativa”, corresponde también, a un conjunto de medidas diferentes a la restitución por equivalente, que el Estado reconozca a las víctimas de violaciones a sus derechos fundamentales, por las acciones de organizaciones al margen de la ley, pero que en virtud del principio de solidaridad, es responsable el Estado.¹⁶⁷

La influencia de los estándares del sistema ha permeado también la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano, pues el patrón de reparación que ordena las sentencias de la Corte Interamericana en las que se condena al Estado, se proyectan en las decisiones internas.¹⁶⁸

En síntesis, tanto México como Colombia han adecuado las formas de reparación teniendo en cuenta los criterios fijados por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Sin embargo, se evidencia una aplicación casi de manera exclusiva a las graves violaciones y afrentas a los Derechos Humanos. Bastará indicar que tal agravio trastoca la dignidad de la persona como lo hacen otros perjuicios, por ende, será necesario extender la reparación integral a situaciones diferentes a las violaciones de derechos humanos en el derecho interno de ambos ordenamientos.

¹⁶⁶ Véase por ejemplo, la **Ley 976 de 2005**, referida a propósito de la reparación integral del daño moral en Colombia, por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dicten otras disposiciones para acuerdos humanitarios. Así mismo, el el **Decreto 1290 de 2008**, por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizados al Margen de la Ley.

¹⁶⁷ Decreto 1290 de 2008, artículo 3.

¹⁶⁸ ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina M. *Et al.*, “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 9, No. 2, 2011, p.176. (<<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art05.pdf>>).

Por ejemplo, en sentencia del 18 de Febrero de 2010 sobre la responsabilidad del Estado por el desplazamiento forzado de la población campesina como consecuencia del paramilitarismo. El juez administrativo ordeno reparaciones bajo un modelo “justicia restaurativa”, tomando como referencia las sentencias de las Masacres de Ituango y Mapiripán contra Colombia de la CIDH.

Ibidem, p. 177. Haciendo referencia a: Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 18 de febrero de 2010, C.P.: Dr. Mauricio Fajardo, exp. 18436.

VI. Conclusiones

Como se evidenció a lo largo del escrito, se fueron haciendo las conclusiones pertinentes a los puntos objeto de desarrollo. Sin embargo, cabe resaltar una serie de argumentos generales que fortalecen el estudio.

En primer lugar, compartimos lo planteado por Koteich Khatib, en el entendido que, en materia de daños extrapatrimoniales, debe entenderse que el *arbitrium iudicium* “se extiende desde la determinación de la cuantía de la eventual indemnización en dinero, hasta la discrecionalidad para establecer cuál entre varias formas de reparación es la más adecuada para el caso en concreto.”¹⁶⁹

Así mismo, que los fundamentos de la responsabilidad del Estado, “dan herramientas suficientes para arribar a una reparación ‘integral’ del daño causado, concepto este último que nunca ha significado en forma exclusiva y precluyente indemnización en dinero”.¹⁷⁰

En el mismo sentido, se denota que no debe excluirse la reparación de los perjuicios inmateriales cuando la lesión se irroga a un derecho distinto de aquellos calificados como “humanos”¹⁷¹. La cuestión está, en que, particularmente el Derecho Mexicano debe optar por atreverse a tomar los medios alternativos de reparación del daño para toda tipología de daño, patrimoniales y extrapatrimoniales, de manera principal y no subsidiario cómo lo presenta hoy día. Por otra parte, consideramos que los límites impuestos al valor del subrogado pecuniario son válidos, pues en principio no se puede desbordar la disponibilidad presupuestal del Estado, ni se debe caer en un enriquecimiento injustificado.

De esa manera, debe aportarse al juez el material probatorio que sustente el perjuicio. Sin embargo, frente a un daño no patrimonial cuya prueba se dificulte, el juez tendrá que hacer “un ejercicio esmerado y cuidadoso de su función esencial en la sociedad, la garantía de la justicia, y su arma para lograrlo será, sin duda, la equidad, de cuyo uso correcto dependerá la bondad del resultado”¹⁷²; lo que

¹⁶⁹ KOTEICH KHATIB, Milagros, *op.cit.*, p. 298.

¹⁷⁰ *Ídem*.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 296.

¹⁷² M'CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *op. cit.*, p. 96.

correspondería con el adagio latino *suum cuique tribuere*, es decir, dar a cada uno lo suyo.

VII. Fuentes de información

CALDERÓN GAMBOA, Jorge F, “La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Fundación Konrad Adenauer, 2013, t. I, <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3567/11.pdf>>.

CASTREJÓN GARCÍA, Gabino E, “Requisitos de procedibilidad en la responsabilidad patrimonial del Estado”, *IV Congreso Internacional y V Congreso Mexicano de Derecho Administrativo*, México, 2011. <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/GabinoCastrejon.pdf> [02-octubre-2016].

CORREA PALACIO, Ruth Stella, “Límites jurisprudenciales a la responsabilidad patrimonial del Estado”, en Ospina Garzón Andrés F. *et al.* (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado XVI Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina M. *Et al.*, “La influencia de los estándares interamericanos de reparación en la jurisprudencia del Consejo de Estado colombiano”, *Estudios Constitucionales*, Santiago de Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, año 9, No. 2, 2011. <<http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v9n2/art05.pdf>>.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparado de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho colombiano y francés*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1998.

HENAO PÉREZ, Juan Carlos, “La noción de falla del servicio como violación de un contenido obligacional a cargo de una persona pública en el derecho colombiano y el derecho francés”, *Estudios de Derecho Civil. obligaciones y contratos. Libro*

homenaje a Fernando Hinestrosa. 40 Años De Rectoría 1963-2003, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2003.

HENAO PÉREZ, Juan C, “Las formas de reparación en la responsabilidad extracontractual del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015, No. 28, enero a junio de 2015.

HERNÁNDEZ BECERRA, Augusto, *et al.*, *Las Sentencias de Unificación Jurisprudencial y el mecanismo de Extensión de la Jurisprudencia*, Bogotá D.C, Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado y Ministerio de Justicia y del Derecho, 2014.

KOBETS, Yacov, *Reparación del daño moral*, México, Porrúa, 2007.

KOTEICH KHATIB, Milagros, *la reparación del daño como mecanismo de tutela de la persona. Del daño a la salud a los nuevos daños extrapatrimoniales*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2012.

MENDOZA MARTÍNEZ, Lucía A, *La acción civil del daño moral*, México, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, <<http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/8/3636/1.pdf>> [03-octubre-2016].

M´CAUSLAND SÁNCHEZ, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia. Comentarios críticos sobre la jurisprudencia reciente*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2015.

OCHOA OLVERA, Salvador, *La demanda por daño moral. Derecho y legislación comparado, jurisprudencia nacional actualizada jurisprudencia extranjera, casos prototípicos formularios*, 2da.ed., México, Montecarlo, 1999.

RIPERT, Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, 4ª ed., L.G.D.J, 1949, pp. 106 y 107. Obra citada en, Kobets, Yacov, *Reparación del Daño moral*, México, Porrúa, 2007.

SANDOVAL GARRIDO, Diego A, “Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de los derechos de las víctimas”, *Revista de Derecho Privado*, Bogotá D.C, Universidad Externado de Colombia, 2013, No. 25, junio-diciembre de 2013.

TRUCHET, Didier, “La evolución reciente de la responsabilidad administrativa en el derecho francés”, trad. de Andrés Fernando Ospina Garzón, en OSPINA GARZÓN, Andrés F. *Et al.* (coords.), *La responsabilidad extracontractual del Estado: ¿qué? ¿por qué? ¿hasta dónde?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

VALLE DE DE LA HOZ, Olga Mélida, *et.al.*, *Documento final aprobado mediante acta del 28 de agosto de 2014 referentes para la reparación de perjuicios inmateriales*, Bogotá D.C, Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, 2014.

JURISPRUDENCIA Y TESIS AISLADAS

COLOMBIA

Corte Suprema de Justicia col., Sala Civil, 21 de Julio de 1922, M.P.: Dr. T. Nannetti, *G.J.*, T. XXIX, No. 1515.

Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 31 de agosto de 2015, C.P.: Dr. Ramiro de Jesús Pazos Guerrero, actor: TV 13 Ltda. contra la Nación, exp. 22637.

Consejo de Estado colombiano, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2016, C.P.: Dr. Hernán Andrade Rincón, actor: Ana Daisy Forero de Garzón, exp. 34349.

MÉXICO

Tesis P./J. 42/2008, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008.

Tesis P./J. 43/2008 (constitucional), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXVII, junio de 2008.

Tesis 1a. CLIV/2009, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. XXX, septiembre de 2009.

Tesis I.7o.C.7 C (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. 2, libro VIII, mayo de 2012.

Tesis 1a. CLXII/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 5, abril de 2014.

Tesis 1a. CCXXXIV/2014 (10a.) (aislada civil), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 7, junio de 2014.

Tesis 1a. CCLIV/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, libro 8, julio de 2014.

Tesis 2ª. LII/2015 (10ª), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.I, Libro 19, junio de 2015.

Tesis 2ª. LIV/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, Libro 19, junio de 2015.

LEGISLACIÓN

COLOMBIA

Constitución Política de Colombia de 1991.

Ley 1437 de 2011.

Decreto 1290 de 2008,

MÉXICO

Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado del 2004

Código Civil Federal

Ley General de Víctimas

INFORMES PARTICULARES

Informe estadístico No. 1, elaborado por el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario (INPEC) a enero de 2016.

Centro de Documentación y análisis, archivos y compilaciones de Leyes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:
<<http://www2.scjn.gob.mx/red/constitucion/inicio.html>>

ECUADOR

ANDREA CAROLINA GAVILANES ORTIZ

LISA MICHELLE ABCARIUS RACINES



LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN CIRCUNSTANCIAS
ANÁLOGAS DEL ESTADO EN EL DERECHO CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO
*EXTRA CONTRACTUAL LIABILITY IN STATUTORY CIRCUMSTANCES OF THE
STATE IN ADMINISTRATIVE LAW*

ANDREA CAROLINA GAVILANES ORTIZ ¹⁷³

Resumen. La responsabilidad del Estado obliga a éste y consecuentemente a los servidores públicos a intervenir conforme el ordenamiento jurídico en el ámbito de la administración pública. Así el Derecho Público como elemento de solución ante las divergencias entre el Estado y los ciudadanos generaría el pilar de los nuevos principios del Derecho Administrativo. El justificativo de la responsabilidad estatal, compone un trabajo en donde la realidad socio política ecuatoriana juega un papel fundamental propia para el desarrollo jurídico – estatal – social.

Abstract. The responsibility of the State forces this and consequently the public servants to intervene according to the legal order in the field of public administration. Thus Public Law as an element of solution to the differences between the State and citizens would generate the pillar of the new principles of Administrative Law. The justification of the state responsibility, composes a work in which the socio-political reality of Ecuador plays a fundamental role for the legal-state-social development.

Sumario. I. Introducción. II. Responsabilidad extracontractual del Estado. III. Responsabilidad objetiva y subjetiva en el ámbito administrativo IV. La responsabilidad extracontractual distinta de la responsabilidad contractual. V. La responsabilidad extracontractual en circunstancias análogas. VI. Elementos de la Responsabilidad Extracontractual. VII. La necesidad de una justicia administrativa especializada en el Ecuador. VIII. Procedimientos de reclamación. IX. Caso Ecuatoriano X. Conclusiones. XI. Bibliografía.

Palabras claves. Responsabilidad extracontractual; orden jurídico; interés público; carga de la prueba invertida.

Keywords. Extracontractual liability; Public Administration; public servants; legal order; public interest; burden of inverted testing.

¹⁷³ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas, Quito, Ecuador. [acgavilanez@udlanet.ec]

I. Introducción

¿Es el Estado responsable de los actos realizados en su nombre? Precisamente durante mucho tiempo atrás, cierta parte de la doctrina sostuvo la posición de que el poder público no debía ser responsabilizado de sus actos, obligándole al Estado actuar ante la justicia como la parte demandada y por ende se llega a la premisa de que no debe responder por indemnizaciones de aquellos daños y perjuicios causados.

El argumento principal que encontró la doctrina es que tanto la soberanía como la responsabilidad las cuales no eran coincidentes ni tampoco guardaban armonía entre sí. Aquello en lo que la doctrina se fundamentaba hoy en día a encontrado cabida en una transformación tanto de perspectivas doctrinarias, así como también de la propia normativa y de aquellos derechos y garantías fundamentales las cuales deben ser reconocidas sin perjuicio de los administrados.

Cabe aducir que uno de los principios jurídicos que afecta a la responsabilidad, es el principio de irresponsabilidad, en el ámbito del derecho privado esto suele ser muy común; sin embargo cuando hablamos de la administración pública está ligado al derecho público y como tal en este ámbito, la irresponsabilidad no es admisible o al menos no en la misma prolongación, es decir que cuando el administrado o inclusive una comunidad tienen derecho a una indemnización existe solo excepcionalmente respecto al Estado o aquella institución respectivamente.

Por ende la irresponsabilidad es una regla en la que considerando al Estado aquel poder público aplica extracontractualmente, como por ejemplo en los casos de una seguridad nacional cuando haya una sublevación que amenace el orden institucional del Estado y la policía nacional deba actuar al respecto en nombre del poder público, sin embargo en aquellos casos como una expropiación a una comunidad el Estado no puede actuar bajo este principio ni por poder público, ya que está constriñendo derechos fundamentales de los ciudadanos y por lo cual también está actuando con arbitrariedad.

El principio de irresponsabilidad fue cambiando a lo largo del tiempo con la Declaración Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 el cual manifiesta: “La sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a todo agente público”¹⁷⁴ con ello ya se pretendía buscar la responsabilidad del poder público o del Estado como tal, ya que la normativa plasmaba límites los cuales debía seguir la función pública y los servidores públicos.

Ahora bien, empezando como un punto básico de partida ¿Qué es la responsabilidad administrativa propiamente dicha? Partiendo de que la responsabilidad del Estado es un deber y obligación primordial que tiene tanto el Estado como las personas físicas morales que son los servidores públicos en actuar conforme a lo estipulado en el ordenamiento jurídico que implica el cumplimiento de sus deberes en el ámbito de la Administración pública.

Cabe referirse que “la responsabilidad del Estado recientemente ingresó en la conciencia jurídica del hombre civilizado, y que varias de las leyes positivas, incluso las avanzadas, todavía son muy limitadas ante su aplicación en el contexto jurídico- social”.¹⁷⁵

Así, hoy en día dentro del sistema jurídico nacional no ha sido abordada dicha figura con la intensidad y preocupación que requiere la misma; quizá por la falta de una cultura jurídica de reclamo ante un presunto derecho vulnerado o debido al limitado debate jurídico que ha imperado en el actual sistema ecuatoriano.

La responsabilidad que asume la Administración puede darse desde distintas ópticas; por un lado, tenemos el deber e interés público, lo cual significa que debe velar por el cumplimiento de lo que establece la normativa constitucional, los reglamentos y obrar con probidad de manera que se garantice un servicio idóneo a los administrados.

Desde la óptica del incumplimiento y las consecuencias que consigo trae, es aquella en la que los servidores deben de manera civil, penal o

¹⁷⁴ Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, Resolución 217, 10 de diciembre de 1948. Disponible en <<http://www.temoa.info/es/node/19618>>. [02 de diciembre del 2016.]

¹⁷⁵ MARIENHOFF, M., *Responsabilidad del Estado*, Atlas ediciones, Buenos Aires, 2012, p. 45.

administrativamente por los actos, hechos u omisiones cometidas en el ámbito de sus funciones y en contra del ordenamiento jurídico que uno de sus valores más altos es el de administrar justicia.

La responsabilidad extracontractual del Estado es un imperativo, por el hecho de que en el ámbito de la Administración Pública el Estado debe buscar la reparación o el resarcimiento de los daños que han causado injusticias y por consecuencia de ello han lesionado derechos.

Por tanto, dentro de esta esfera del poder público, los ciudadanos tienen derechos y garantías oponibles a los actos de poder ya sea esté en el ámbito administrativo, legislativo, fiscal; puesto que la Constitución está sobre la ley misma; y es por ello que si la ley transgrede derechos y garantías ella puede impugnarse judicialmente por inconstitucionales y en ultimo termino por recurso extraordinario.

La responsabilidad extracontractual del Estado está enfocada en “la indagación de soluciones hacia los ciudadanos con base de una adecuada protección legal, frente a los daños sufridos en su persona o propiedad; provenientes de la actividad jurídica y material de la Administración y del Estado en general”.¹⁷⁶

Por lo cual, y dentro de la presente investigación se define el presente cuestionamiento: ¿Por qué el daño ocasionado se ha convertido en una situación frecuente de perjuicios? Así, ante dicha pregunta la jurisprudencia ha buscado una solución en conformidad con la historia y cultura y sólo se ha establecido un responsable, el Estado; sea este por su esencia, fundamento o fin propio como sujeto activo. Donde, el Estado debe reflexionar sobre los alcances de los daños que pueda causar, por medio de un análisis previo que permita precisar sobre cuales daños se pueden jurídicamente enmarcar en la actividad del Estado y cuáles, en cambio, son ajenos y/o impredecibles en el marco del actuar del Estado.

Por tanto, la ajenez o imputabilidad de efectos dañosos a este especial sujeto, como es el Estado es una cuestión histórica y, por tanto, relativa a la

¹⁷⁶ POZO, M., *La responsabilidad extracontractual del Estado*, Lex ediciones académicas, Ecuador, 2013, p. 92.

evolución de lo jurídico en la sociedad en la que el Estado en una cuestión incierta ante la aplicación de la ley, más no ante su emisión. Esta evolución histórica, claramente liga a la cultura generando diferentes tensiones tanto a nivel público como en los interés individuales y comunes de la sociedad, quienes bajo múltiples ópticas garantistas de sus derechos ciudadanos, buscan reducir las tensiones histórico- culturales donde el Estado es un sistema dogmático vinculado a la infalibilidad y al absolutismo del poder y, más modernamente, vinculado a la supuesta inmunidad jurisdiccional total.

Así, el empleo del Derecho Público como elemento de solución ante las divergencias entre el Estado y los ciudadanos generaría el pilar de los nuevos principios del Derecho Administrativo. El justificativo de la responsabilidad estatal, así como sus bases, compone un trabajo en donde la realidad socio- política ecuatoriana juega un papel fundamental, debiendo para ello manejar una visión etnocéntrica de la sociedad para encontrar estos conceptos con una visión propia y sus implicaciones dentro del desarrollo jurídico – estatal – social.

Con lo expuesto anteriormente la presente investigación refiere la responsabilidad extracontractual del Estado, como un instrumento que trata el concepto jurídico desde la institucionalización que dio origen al Derecho Administrativo moderno. Donde, dentro de este ensayo se podrá referenciar cómo debe ser entendida esta institución y cómo llevarla a la práctica por medio de un proceso de concienciación en donde el ciudadano pueda acudir al ente público y exigir reparaciones por un presunto derecho vulnerado por éste de tal manera que su afectación no sea tratada en circunstancias análogas simplemente; respaldándose como factor histórico – investigativo, en casos previos a nivel ecuatoriano y en los cuerpos legales pertinentes.

II. Responsabilidad extracontractual del Estado

La responsabilidad extracontractual del Estado en la última década alcanzó una mayor importancia en varias legislaciones estatales, fruto del amplio desarrollo de la humanidad y su evolución productiva hacia nuevas energías explotadas, donde

el Estado paso de ser el ente generador y dueño de los recursos a explotador o asignador de contratos para la realización de dicha tarea.

Sin embargo, dicho progreso tuvo un costo mayormente social generando perjuicios hacia la sociedad que requiere reparación no solo personal sino también ambiental. Puesto que en la misma década el daño ambiental tuvo una trascendencia mucho mayor y fue transgresor de la naturaleza; hoy por hoy gracias a legislaciones y jurisprudencia emitida tanto a nivel de Cortes Internacionales como a nivel de Latino América han permitido que no se constriña los derechos de los ciudadanos y lo que es aún más llamativo que se reconozcan derechos, viéndolo como un sujeto y no como un objeto al medio ambiente como tal.

Con base a este fenómeno, al hablar de la responsabilidad extracontractual del Estado, menciona:

(...) toda actividad que genere el Estado es una fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde una base teórica, dado que en cada una de sus gestiones es posible ocasionar perjuicios a los asociados de una sociedad. Sin embargo, cuando se habla de esta responsabilidad, la predisposición tradicional ha sido vinculada con la función administrativa porque en comparación con la legislativa y judicial, es la principal fuente de la obligación indemnizatoria.¹⁷⁷

Por ello, cabe establecer los fundamentos de la responsabilidad extracontractual para un mejor análisis y perspectiva que se da entre los organismos públicos, el Estado y los particulares, los cuales se sintetiza en de la siguiente manera:

- Debe existir la presencia de un riesgo o perjuicio, el cual tenga como consecuencia un daño en las personas o en la colectividad como tal, este daño también puede hacerse presente en los bienes de los individuos, estableciendo cargas las cuales las personas no están obligadas a soportar.

¹⁷⁷ BUSTAMANTE, Álvaro, *Las responsabilidades jurídicas del Estado*, Ágora ediciones, Ecuador, 2013, p. 58.

- La existencia imputable del perjuicio a un individuo, procedente de la Administración Pública, por ende, de los servidores públicos en el ámbito de sus funciones, es decir una subsistencia de una relación causa-efecto entre la actividad que cumple la administración y el perjuicio ocasionado en el particular.
- La existencia del acto ilícito que ha sido ejecutado por causa del incumplimiento normativo o de aquellos preceptos que debieron respetarse.

“El Estado, delegado, representante y toda persona que actúe en potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funciones durante el desempeño de sus cargos”.¹⁷⁸

Es así como en la legislación ecuatoriana en el articulado artículo 11, número 9, segundo inciso se pone en manifiesto lo siguiente:

[...] El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos [...].¹⁷⁹

Por lo antedicho, se parte del hecho por el que el Estado no tiene voluntad ni conciencia para dinamizar los actos, debido a que es una persona física-moral, y se encuentra representando en sus actuaciones por personas naturales que al actuar ejecutan su voluntad y la presunta del órgano administrativo del cual son los títrifales.

Existen criterios los cuales plasman la diferenciación entre la falta personal del funcionario y la falla propiamente en el servicio. Por lo cual podría aludirse que hay falla en el servicio cuando el hecho perjudicial revela un acto impersonal y a

¹¹⁵ PARDO, José, *Tratado de Derecho Administrativo*, Promedial ediciones, Chile, 2013, p. 71.

¹⁷⁹ CASTRO, Carlos, *Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008*, Ministerio de Justicia, Ecuador, 2008, pp. 111-132.

un administrador más o menos sujeto al error, que exista falta personal, cuando el acto perjudicial revela al individuo con sus debilidades, su imprudencia.

La falta personal, tiene como consecuencia la responsabilidad civil del funcionario público transgresor de la ley, ya sea ante el Estado o terceros, por ello cuando suceden dichos casos los servidores responderán ante la justicia ordinaria o ya sea por un acto de repetición del Estado contra estos.

La responsabilidad extracontractual maneja una particularidad que la hace muy distinta a la responsabilidad contractual, y según se refiere “a la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir dicho vínculo, el daño que sufre la víctima no procede de la relación anterior sino de otra circunstancia”,¹⁸⁰ por tanto según “el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes”.¹⁸¹

Muchas de las veces cuando el individuo acude ante la institución u órgano administrativo, existen funcionarios que tal vez por la falta de preparación o simplemente por el desconocimiento de dicha figura, aluden que no tienen responsabilidad de sus actos puesto que no hay un vínculo jurídico previo con el administrado. Por ello, el vínculo jurídico solo constriñe a las partes que previamente tienen una relación contractual y por ello se han transgredido derechos y obligación *interpartes*. Lo mismo no ocurre en la figura extracontractual ya que solo basta la negligencia, omisión o ilicitud del acto que afecte a un ciudadano.

III. Responsabilidad objetiva y subjetiva en el ámbito administrativo

Es importante puntualizar que la responsabilidad extracontractual es “una obligación de asumir las consecuencias de un hecho dañoso”,¹⁸² pero en dicha definición no hace referencia al hecho de que las partes de la relación dañosa tengan un vínculo jurídico anterior, inclusive se considera que este tipo de

¹⁸⁰ VALLES, Carlos, *Obligaciones del Estado*, México, Quetzalt ediciones, 2013, p. 178.

¹⁸¹ *Ibíd*em, p. 183.

¹⁸² GUEVARA, Alberto, *La responsabilidad civil extracontractual en Colombia*, Atenea ediciones, Colombia, 2013, p. 174.

responsabilidad “nace para la persona que ha cometido un daño en el patrimonio de otra y con la cual no la liga ningún nexo contractual”.¹⁸³ Así, plantea que la responsabilidad extracontractual del Estado implica un tratamiento especial.

Respecto al párrafo que precede, se alude una distinción muy importante la cual es en un primer lugar la responsabilidad subjetiva; en la cual el sujeto produce el daño, se puede decir que esta responsabilidad nace de un hecho no solo ilícito sino también culpable, es decir, que aquella produce el daño tuvo que haber actuado con negligencia o culpa. De ahí que este tipo de responsabilidad tiene su fundamento en criterios de voluntariedad del acto en donde el resultado se produce con un conocimiento anterior a la realización de su carácter ilícito.

Por otro lado, la responsabilidad objetiva que es la más trascendental cuando hablamos del Estado, por lo que la obligación de indemnizar basta con que cumpla los requisitos de daño y acción, sin la necesidad de imputar una actuación dolosa al culpable, de tal manera se pretende proteger a los administrados perjudicados por aquellas actividades que implican un riesgo propiamente dicho en el que el Estado no haya previsto los cuidados suficientes para impedir el daño causado.

IV. La responsabilidad extracontractual distinta de la responsabilidad contractual

La responsabilidad extracontractual maneja una particularidad que la hace muy distinta a la responsabilidad contractual, refiere “a la inexistencia de un vínculo anterior entre autor del daño y la víctima; o de existir dicho vínculo, el daño que sufre la víctima no procede de la relación anterior sino de otra circunstancia”¹⁸⁴, por tanto “el autor del daño está obligado a indemnizar a la víctima de un perjuicio que no proviene de un vínculo jurídico previo entre las partes”.¹⁸⁵

Muchas de las veces cuando el individuo acude ante la institución u órgano administrativo, existen funcionarios que tal vez por la falta de preparación o simplemente por el desconocimiento de dicha figura, aluden que no tienen responsabilidad de sus actos puesto que no hay un vínculo jurídico previo con el

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 175.

¹⁸⁴ VALLES, Carlos, *Op. Cit.*, p. 178.

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 183.

administrado. Por ello, el vínculo jurídico solo constriñe a las partes que previamente tienen una relación contractual y por ello se han transgredido derechos y obligación *interpartes*. Lo mismo no ocurre en la figura extracontractual ya que solo basta la negligencia, omisión o ilicitud del acto que afecte a un ciudadano.

V. La responsabilidad extracontractual en circunstancias análogas

Es imprescindible recalcar, que en un estado constitucional de derechos y justicia como lo es el estado ecuatoriano y en un estado de derecho como lo es México; es evidente que la responsabilidad de los poderes públicos, es una consecuencia ineludible de su esencia, pues tiene en la justicia a uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, en donde el Estado a través de sus organismos debe actuar consiente y sensatamente de los actos administrativos expedidos.

Recordemos que el fundamento de la responsabilidad del Estado radica en la justicia y en la seguridad jurídica, por lo que existe una obligación indemnizatoria corolario y que por principio de reparación integral constituye todas aquellas medidas que procuren restablecer a la víctima a su estado anterior, como por ejemplo en los actos judiciales la posible responsabilidad del Estado en una persona que es condenada en primera instancia y absuelta en última instancia, siendo luego sobreseída definitivamente. En estos casos puede tratarse tanto de una conducta judicial ilegítima, culpable o no, pues en la generalidad de estos casos el daño y la responsabilidad consecuente emergen de una conducta legítima y no culpable.

Mientras que en los casos de conducta administrativa que son los sustancialmente más importantes desde el punto de vista práctico por ser cuantitativamente la causa más frecuente de daños. Se plantean problemas de distinta índole.

Por un lado, existen varios autores los cuales manifiestan que el estado no puede actuar con culpa ya que es una persona jurídica. No obstante, considero inadmisibles esta postura ya que el estado actúa por medio de aquellas instituciones que de forma expresa o implícita están establecidas por la

constitución para salvaguardar los derechos constitucionales y que son desempeñados por personas físicas-morales como lo ha sido mencionado en párrafos precedentes; cuya intensión se configura dentro del ámbito de sus funciones. Razón por la cual, se le imputa al estado considerándose como suya propia. Así pues, el estado puede actuar culposamente a través de la conducta de sus órganos.

En consecuencia y por lo expuesto, se define el presente cuestionamiento ¿por qué el daño ocasionado por los organismos del estado debe ser desarrollado en sus individualidades y fundamentos, y no seguir con los criterios de la responsabilidad que afecta a otros sujetos en circunstancias análogas?

Pues bien, la temática no es tan sencilla como aparenta; si bien es cierto la doctrina y a nivel de jurisprudencia se han emitidos criterios como resoluciones en las cuales se ha puesto en manifiesto, que se puede resolver en cualquier materia menos en el ámbito penal, decisiones en circunstancias análogas. No obstante, en circunstancias administrativas análogas, por más semejantes o parecidos que sean los casos, no puede aplicarse los elementos de responsabilidad de la misma manera, puesto que cada circunstancia objeto de responsabilidad extracontractual presupone elementos esencialmente indivisibles que deben ser analizados por separado.

Solamente en aquellos casos que no estén previstos y no se encuentren normalizados por leyes administrativas, se podría dar un trato de aplicabilidad análoga.

VI. Elementos de la responsabilidad extracontractual

La función que cumple el campo de responsabilidad objetiva es distinta en uno y otro campo, y para ello es menester destacar los siguientes elementos.

En cuanto al elemento de daño materia pecuniariamente apreciable, vine siendo una acción sucesoria que ha mermado el patrimonio material de la víctima directa del daño; por ejemplo, que se pretenda desalojar a un grupo de personas de su vivienda sin que medie un proceso de expropiación de la misma.

De igual manera el estado deberá responder por toda actuación u omisión que haya incurrido por el solo hecho de haberle causado un daño a un ciudadano, daño que este no deberá soportar, y no solo debe responder en los casos en que quede probada la conducta antijurídica ya sea por culpa, dolo en donde se desarrolle la falla del servicio; por ejemplo, en aquellos actos administrativos que han sido expedidos de manera tardía.

Por lo antedicho se colige y es primordial que lo asuman, que la aplicación analógica puede abarcar tanto en una norma como en un bloque de determinadas materias que no estén reguladas, o plasmadas en los códigos pertinentes.

VII. La necesidad de una justicia administrativa especializada en el Ecuador

En el Ecuador no se ha implementado un Código Orgánico Administrativo, ni siquiera un Código Administrativo. En la Asamblea nacional de Ecuador se ha presentado un proyecto de un Código Orgánico Administrativo que se encuentra en debate.

Dentro del proyecto del Código Orgánico Administrativo, en el libro IV se hace referencia a la Responsabilidad Extracontractual del Estado, que es esencialmente objetiva en ciertas disposiciones. Dentro de las diez primeras normas se trata de los aspectos sustantivos y los trece restantes de los aspectos de carácter procedimental, es decir de la forma en cómo el administrado debe acudir a la administración para hacer efectivo sus derechos.

En el articulado 305 del proyecto, señala que las instituciones públicas responden de un daño proveniente de actuaciones u omisiones incluso cuando se trate de actuaciones lícitas; por consiguiente, en el articulado 308, se manifiesta que el Estado responde objetivamente por el daño calificado, de ahí que el elemento central de esta institución sea el daño calificado que el sujeto de derecho privado no se haya encontrado en la obligación jurídica de soportar tal perjuicio.¹⁸⁶

¹⁸⁶ DELGADO, María Antonieta, Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia Septiembre – Octubre. Quito, Ecuador: Departamento de Relaciones Publicas, 2016, p. 8.

Plasmare lo más relevante del proyecto, de tal manera que se pueda concebir un mejor análisis con lo expuesto anteriormente con el fin de llegar a un mejor entendimiento de la falta de justicia administrativa en el Ecuador.

En el Ecuador dentro del proyecto se han plasmado requisitos de responsabilidad, los cuales tienen mucha relación con lo manifestado en líneas anteriores.

Requisitos de responsabilidad objetiva artículo 306

- Falta o deficiencia de la provisión de un servicio
- Acción u omisión de un servidor público en el desempeño de sus cargos
- El daño que deberá ser calificado
- La existencia de un nexo causal entre daño y conducta de la administración.

Tal proyecto de ley, no se enfoca en la culpa, negligencia, descuido o impericia de los funcionarios públicos, por lo cual habrá circunstancias en las que se llegue a lagunas axiológicas por falta de prever dicha configuración en el ámbito de la función del servidor público.

De acuerdo a lo que se plasma en el proyecto, basta y es suficiente con que el sujeto perjudicado no tenga la obligación de soportar el daño.

Eximentes de Responsabilidad

Dentro del proyecto de ley se ha configurado eximentes de responsabilidad los cuales se nombran a continuación:

- Caso fortuito
- Fuerza mayor
- La culpa de la víctima o el hecho de un tercero

Intervención de varias Instituciones Públicas

Es importante que quede claro, que en el daño calificado puede intervenir no solamente una sino varias administraciones públicas, por lo cual deberán

responder solidariamente; por lo que, se fijaría que grado de responsabilidad correspondería a cada Administración, atendiendo tres criterios:

- En cuanto a la competencia
- En cuanto al interés público
- En cuanto a la intensidad de la intervención

VIII. Procedimientos de reclamación

Cabe destacar cuatro normas que se relacionan con los siguientes aspectos:

- Oportunidad de la presentación dentro de los 90 días
- El procedimiento administrativo que se deberá aplicar, en la evaluación económica de la responsabilidad dentro de los requisitos formales del reclamo.

La ausencia de un sistema especializado en la justicia tiene un particular impacto en materia contencioso-administrativa, que es en la que principalmente corresponde en el actuar de la justicia. Así, asuntos de Derecho Público son afrontados por el juez común, bajo la perspectiva del Derecho Civil, desconociéndose los avances que en estas materias han logrado el Derecho Público y Administrativo modernos. La carencia de tribunales contencioso - administrativos desentona con la realidad de otros países, donde existen tribunales especializados referentes a la propia Administración, que buscan llegar a la jurisdicción ordinaria.

En el campo del Derecho Administrativo, (...) debe considerarse que el Consejo de Defensa del Estado representa al mismo en la defensa de su actividad administrativa, identificada tradicionalmente por la actividad de servicio público reglamentada en función de los derechos particulares”.¹⁸⁷

Esta última se ha desarrollado en la función en que ha disminuido la primera y tiene por objeto principal a través de la reglamentación, la regulación del ejercicio de las garantías fundamentales, sin atender contra ellas, sino organizándolas, dentro de un referente democrático y liberal en la estructura social, para integrar la actividad individual en la vida colectiva, posibilitando, el

¹⁸⁷ CEIJAS, Ángel, *Derecho Administrativo*, Yarle ediciones, Chile, 2014, p. 93.

ejercicio de las garantías al resto de los individuos, en paz y orden dentro de una sinergia Estado-sociedad . Es por ello que la defensa de la actividad administrativa cobra una singular importancia ante los casos de responsabilidad extracontractual del Estado.

Por lo manifestado, impera considerar; a pesar de que en Ecuador hace falta una justicia administrativa especializada a diferencia de México que cuenta con un código administrativo, en Ecuador a través de una gran magnitud de jurisprudencia y casos dados en este territorio, la experiencia ha permitido coadyuvar en la resolución de casos, uno de ellos se presenta a continuación.

IX. Caso ecuatoriano

El ordenamiento jurídico ecuatoriano, a pesar de los múltiples cambios que en la última década se ha dado, en materia administrativa necesita de profundización y fortalecimiento en varias instituciones; entre ellas la responsabilidad extracontractual del Estado. Dentro de este tema, se analiza en forma breve el fallo que la Corte Suprema de Justicia pronunció en la causa seguida por el barrio Delfina Torres Vda. de Concha contra Petroecuador:

El 22 de octubre de 2001 con sentencia dictada por la Sala Única de la Honorable Corte Superior de Justicia de Esmeraldas, dentro del juicio ordinario por indemnización de daños y perjuicios en contra del Presidente Ejecutivo y representante legal de Petroecuador por daños a la comunidad, basado en un incendio cuya generación se atribuye a la petrolera estatal, generado por la permanente contaminación ambiental por la operación de dicha institución. Para lo cual, el demandante establece el recurso en dos aspectos; la vulneración de varios preceptos contenidos en los artículos 23 número 15, 71 número 4, 83, 273, 277, 278, 279, 280 y 284 de la Constitución de 1998; el segundo atañe a la “errónea interpretación” de dichos preceptos constitucionales.

La sala con base de su razonamiento jurídico proclama que, para la existencia de la responsabilidad civil extracontractual, deben establecerse tres elementos: un daño o perjuicio, material o moral; una culpa, demostrada o preexistente; y, un vínculo, de causalidad entre uno y otro. Por ello, la forma para

resarcir dicho daño ocasionado exige la indemnización como medida para proporcionar un equilibrio al damnificado y que aun así por medio de este daño ocasionado no se puede llegar a restaurar el perjuicio suscitado.

Según la Sala Única de la Honorable Corte Superior de Justicia de Esmeraldas correspondía, a su vez a los demandados demostrar: a) que los hechos que causaron los daños se debieron a fuerza mayor o caso fortuito b) que los daños fueron causados por culpa exclusiva de las propias víctimas; y, c) que los daños producidos fueron reparados por pago realizado por Petroecuador.

Así, dentro del presente caso se planteó que los desechos de la Refinería Estatal de Esmeraldas se vierten en las alcantarillas de desagües que desembocan en los ríos Teaone y Esmeraldas, los cuales contienen cantidades altamente tóxicos que alteran el equilibrio natural de las aguas y son fuertemente inflamables.

Para lo cual, la Corte Suprema de Justicia posterior a las apreciaciones de todos los hechos considera que tanto los daños causados al barrio Delfina Torres viuda de Concha, como el deterioro en la salud de sus ciudadanos es producto del incendio ocasionado por la refinería estatal, como también atribuibles al permanente vertido de los desechos que dicha institución produce en el río Teaone, provocando así un perjuicio a los derechos de primera y tercera generación.

Por lo tanto, la Sala Única de la Honorable Corte Superior de Justicia de Esmeraldas mantiene que quien incurre en responsabilidad civil extracontractual debe indemnizar a la víctima que ha sufrido el daño, y para ello estableció dos formas resarcitorias: 1) reparación "*in nature*" de las cosas al estado anterior; y, 2) indemnización pecuniaria como una forma de compensación por el menoscabo patrimonial sufrido por el individuo.

Como se ha probado en el caso analizado, el tema de la responsabilidad extracontractual dentro de la jurisprudencial ha sido abordado en su momento por la Primera Sala de lo Civil y Mercantil de la Corte Suprema de Justicia del Ecuador, que determinó que no corresponde a la víctima probar el daño, sino en

este caso al Estado demostrar que ha actuado diligentemente cumpliendo a cabalidad los controles para evitar los posibles perjuicios.

En el pequeño fragmento de este caso, el cual fue controversial a nivel nacional. Podemos darnos cuenta que en el proyecto de ley que fue mencionado en parágrafos precedentes, al no prever la figura de la negligencia y culpa, podría darse una inadecuada interpretación de la norma dando origen a una laguna axiológica y a una anomia.

X. Conclusiones

En función del entorno jurídico social ecuatoriano, la sociedad hoy en día se encuentra en desarrollo de su cumplimiento. Así, la concientización jurídica de los ciudadanos por el cumplimiento efectivo o la reivindicación de un derecho por medio de la utilización de una institución jurídica es cada vez más relevante y necesita ser considerada en su importancia por las instituciones pertinentes para que el lazo acogedor del Derecho, no sólo sea un sistema de impartición legal sino una necesidad satisfecha entre los ecuatorianos.

Dentro de la cultura socio-política ecuatoriana se ha desarrollado una mala figura hacia el Estado respecto a la responsabilidad extracontractual de éste, debido a diversos ámbitos públicos sobre variados casos de irresponsabilidad pública.

Una opción fiable para viabilizar la figura de la responsabilidad extracontractual del Estado es generar un ordenamiento jurídico ecuatoriano que establezca una estructura normativa que permita articular principios y conceptos bajo la Constitución ecuatoriana en torno a esta temática, lo cual garantizará un mecanismo eficaz que permita llevar a la práctica dicha figura. Donde, se llevaría al Estado a cumplir las obligaciones procedidas de su accionar.

El recurso administrativo es un mecanismo legal que imparte en forma igualitaria una defensa a quien lo suscita y una oportunidad de rectificación para el que lo solventa. Así, el agotamiento en dicha instancia administrativa establece una oportunidad legal y práctica en donde la propia administración, pueda inspeccionar, deliberar y edificar sus decisiones, en base al derecho y al interés

público que las sitúa. Además, se debe considerar que el recurso administrativo es una oportunidad que tienen los ciudadanos para impugnar los actos o resoluciones contrarias ante la estructura jurídica, constituyéndose en un importante mecanismo por medio del cual el administrado puede exigir de la Administración Pública el respeto a las garantías y derechos individuales fundamentales.

Es relevante considerar que, para operar dentro del elemento contencioso - administrativo, no es necesario agotar la vía administrativa sino formularla dentro de sus bases jurídicas.

XI. Bibliografía

BARRERA, G. Contratos estatales y sus implicaciones. México D.F.: Lex ediciones. 2012.

BUSTAMANTE, ÁLVARO, Las responsabilidades jurídicas del Estado. Quito - Ecuador: Ágora ediciones. 2013.

CEIJAS, Ángel, Derecho Administrativo. Santiago de Chile: Yardle ediciones. 2014.

GUEVARA, Alberto La responsabilidad civil extracontractual en Colombia. Bogotá - Colombia: Atenea ediciones. 2013.

MARIENHOFF, M. Responsabilidad del Estado. Buenos Aires - Argentina: Atlas ediciones. 2012.

PARDO, José. Tratado de Derecho Administrativo. Santiago de Chile: Promedial ediciones. 2013.

POZO, M. La responsabilidad extracontractual del Estado. Guayaquil - Ecuador: Lex ediciones académicas. 2013.

VALLES, Carlos, Obligaciones del Estado. México D.F.: Quetzalt ediciones, 2013.

CASTRO, Carlos, Valoración jurídico-política de la Constitución del 2008. Quito: Ministerio de Justicia 2008.

DELGADO, María Antonieta, Boletín Institucional de la Corte Nacional de Justicia Septiembre – octubre. Quito-Ecuador: Departamento de Relaciones Publicas. 2016.

Organización de las Naciones Unidas, Declaración Universal de los Derechos Humanos, Paris, Resolución 217, 10 de diciembre de 1948. Disponible en <<http://www.temoa.info/es/node/19618>>. [02 de diciembre del 2016.]

Corte Superior de Justicia, Comité Delfina Torres Vda., De Concha En Contra De PETROECUADOR, PETROCOMERCIAL, PETROPRODUCCIÓN Y PETROINDUSTRIAL, Esmeraldas -Ecuador, Resolución No.026-ADHN-DPE-2015. Disponible en <<http://doc0.corteconstitucional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/81796c10-a36c-4e9a-bae5-feb0a5c032ef/0921-09-EP-sa.pdf?guest=true>>. [03 de diciembre del 2016].

EL CAMBIO NORMATIVO EN ECUADOR EN MATERIA CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA

THE REGULATORY CHANGE AT ECUADOR IN ADMINISTRATIVE LITIGATION

LISA MICHELLE ABCARIUS RACINES¹⁸⁸

Resumen. El 22 mayo de 2016, en Ecuador, entró en vigencia el Código Orgánico General de Procesos, cuerpo normativo que reformó la mayoría del derecho adjetivo del país, incluyendo al derecho contencioso administrativo. Este cambio produjo una innovadora transición de un sistema de litigación obsoleto, como lo era el procedimiento inquisitivo escrito, a un procedimiento prometedor basado en la oralidad y el debido proceso, con la salvedad de que, en materia contencioso – administrativa, las altas autoridades gubernamentales han sido impedidas por ley de testificar en audiencia, trasgrediendo el derecho de contradicción de las partes.

Abstract. On May 22 of 2016, the General, Organic, Procedural Code of Ecuador, law code that reformed most of adjective law in its country, including administrative processes. This change produced an innovative transition from an obsolete litigation system, as the inquisitive written system, into a promising procedure based on orality and due process of law, with the exception that, in administrative processes, law forbade high government authorities to testify during trial hearing, infringing the right of contradiction that parties own.

Sumario. I. Primera noción del Código Orgánico General de Procesos. II. De los tipos de Procedimiento en el Código Orgánico General de Procesos. III. Del debido proceso y la oralidad. IV. De la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. V. Del procedimiento en materia Contencioso Administrativa bajo el Código Orgánico General de Procesos. VI. De la prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo. VII. Limitación de las máximas autoridades Estatales de testificar. VIII. Conclusión. IX. Bibliografía.

Palabras Clave. Código Orgánico General de Procesos; intermediación; oralidad; audiencia de juicio; contradicción; debido proceso.

Keywords. General Organic Procedural Cod; immediacy; orality; trial hearing; contradiction; due process of Law.

¹⁸⁸ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas en Quito, Ecuador. Trabaja en el Área de Litigio y Solución de Conflictos en Fabara & Compañía Abogados C.L. [labcarius@fabara.ec]

I. Primera noción del Código Orgánico General de Procesos

El 22 de mayo de 2016, entró en vigencia en Ecuador, en su totalidad, el cuerpo normativo denominado “Código Orgánico General de Procesos”, el cual reformó de manera significativa la forma de litigar de los sujetos procesales en varias materias, incluyendo al derecho contencioso – administrativo.

El Código Orgánico General de Procesos fue publicado el 22 de mayo de 2015 mediante Suplemento No. 506 del Registro Oficial ecuatoriano, organismo que se asemeja al Diario Oficial de la Federación de México, por el que se difunden los contenidos normativos de manera legítima; no obstante, su entrada en vigencia fue paulatina, tomando un año para que sea aplicado en su totalidad.

Ahora bien, la entrada en vigencia de este cuerpo normativo fue trascendental, dado que logró unificar más de 80 tipos de procedimientos en únicamente cuatro, conforme lo manifestado en el pronunciamiento emitido por el Consejo Nacional de la Judicatura, órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial¹⁸⁹ ecuatoriana,. Sin embargo, después de la difusión del Código Orgánico General de Procesos, se evidenciaron cinco tipos de procedimiento, los cuales se explicarán más adelante.

Este proceso de unificación procesal no vino de manera separada. Es decir, que, para que esto sucediera fue necesario que se derogaran cuatro cuerpos normativos en su totalidad: Código de Procedimiento Civil, Ley de Casación, Ley para el Juzgamiento de la Colusión, y Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa. A su vez, la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos implicó la reforma de aproximadamente veinte cuerpos normativos tanto sustantivos como adjetivos.

El cambio que introdujo el Código Orgánico General de Procesos eliminó por completo el procedimiento inquisitivo escrito, el cual se venía llevando en el Ecuador hasta 22 de mayo de 2016. Este cambio no solo se dio de manera normativa, sino cultural, dado que los sujetos de derecho se han visto obligados a adaptarse a un sistema donde el poder de la retórica sobrepasa al poder de lo

¹⁸⁹ GALLEGOS, Diego, *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, en *El Ciudadano*, Quito, Ecuador, 21 de enero de 2014.

escrito, implicando la necesidad de desarrollo de habilidades distintas a las que se requerían anteriormente. Este es el factor que más ha afectado a los profesionales del derecho: «En la actualidad, los abogados no se encuentran lo suficientemente preparados para la oralidad, no fueron formados bajo este ambiente, están acostumbrados a escribir largo, profuso, confuso y difuso»¹⁹⁰.

En tal virtud, toda vez que se ha manifestado el cambio normativo que se dio en el Ecuador, producto de la expedición y entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, cabe analizar su ámbito de aplicación, el cual se encuentra expresado en su primer artículo de la siguiente manera: «Art. 1.- Ámbito. Este Código regula la actividad procesal en todas las materias, excepto la constitucional, electoral y penal, con estricta observancia del debido proceso»¹⁹¹.

De este primer artículo se obtienen ciertos elementos de interesante análisis: En primer lugar, unifica a varias materias, las cuales por muchos años se han normados mediante cuerpos normativos distintos. En segundo lugar, menciona la predominancia del principio de debido proceso, cuya implicación se analizará de manera posterior.

Un tipo de procedimiento que este cuerpo normativo no abarca, y del cual no hace mención el artículo citado previamente es el procedimiento en materia de defensa del consumidor, el cual, a pesar de ser de naturaleza civil, recae en competencia de los jueces de contravenciones, en primera instancia y en caso de apelación ante los jueces de lo penal, conforme se establece en el artículo 84 de la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor: «Art. 84.- Juzgamiento de Infracciones.- Son competentes para conocer y resolver sobre las infracciones a las normas contenidas en la presente Ley, en primera instancia, el Juez de Contravenciones de la respectiva jurisdicción, y, en caso de apelación, el Juez de lo Penal de la respectiva jurisdicción»¹⁹²»

¹⁹⁰ DÍAZ, Gabriela, *La Aplicación del Sistema Oral establecido en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), vulnera el Principio de Oralidad en materia civil en el Distrito Metropolitano de Quito, año 2016*, Quito, 2016, Tesis, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

¹⁹¹ Código Orgánico General de Procesos, Quito, 2016.

¹⁹² Ley Orgánica de Defensa del Consumidor, Quito, 2015.

Al ser el ámbito de aplicación del Código Orgánico General de Procesos, de naturaleza excluyente, entonces, de manera ineludible se puede afirmar que, regula los procedimientos en materia contencioso – administrativa.

II. De los tipos de procedimiento en el Código Orgánico General de Procesos

Conforme se expresó en el título precedente, para entrar en el análisis del procedimiento en materia contencioso – administrativa es importante conocer de manera breve los cinco tipos de procedimientos constantes en el Código Orgánico General de Procesos, divididos en dos categorías:

En primer lugar, están los procedimientos de conocimiento, divididos en 3 clases: procedimiento ordinario, normado entre los artículos 289 al 298 del Código Orgánico General de Procesos; procedimiento sumario, normado entre los artículos 332 y 333 del mismo cuerpo normativo; y, el procedimiento voluntario, normado entre los artículos 334 al 346, *ibídem*.

Los procedimientos de conocimiento comprenden lo siguiente: «En todos ellos el juez regula un conflicto singular de intereses, y determina quién tiene el derecho, es decir, el juez es quien *ius dicit*. Son procesos de juzgamiento o conocimiento o declarativos genéricos»¹⁹³.

En segundo lugar, se encuentran los procedimientos ejecutivos que se dividen en dos: procedimiento ejecutivo como tal, normado entre los artículos 347 al 355 del Código Orgánico General de Procesos; y el procedimiento monitorio, normado entre los artículos 356 al 361 del mismo cuerpo normativo.

Esta clase de procedimiento, al contrario de los procedimientos de conocimiento, busca únicamente el reconocimiento de una obligación ligada a un título que la contiene, con la finalidad de cobrarla. Sin embargo, no conciernen al presente análisis.

Todos los procedimientos se encuentran regulados por principios y normas generales, pero siempre alineados al principio del debido proceso, el cual se analizará a continuación.

¹⁹³ ECHANDÍA, Devis, *Teoría General de la Prueba*, Universitaria, Buenos Aires, 2002, p. 165.

III. Del debido proceso y la oralidad

Como se analizó con antelación, dentro del ámbito de aplicación del Código Orgánico General de Procesos se establece al debido proceso como su base. Este principio podría catalogarse como la piedra angular del código analizado, primando en cada uno de los tipos de procedimiento analizados.

El debido proceso es un derecho fundamental contenido de principios y garantías que son indispensables observar en diversos procedimientos, para que se obtenga una solución sustancialmente justa, requerida siempre dentro del marco del Estado social, democrático y de derecho. Es un derecho de toda persona a participar en un procedimiento dirigido por unos sujetos con unas cualidades y funciones concretas, desarrollado de conformidad con las normas preestablecidas en el ordenamiento jurídico, en los que se debe decidir conforme al derecho sustancial preexistente, siempre y cuando se dé la oportunidad de oír o escuchar a todos los sujetos que puedan ser afectados con las resoluciones que allí se adopten.¹⁹⁴

Del concepto citado con antelación se puede observar que, dentro de las características del debido proceso se encuentra la oportunidad de los sujetos procesales para ser escuchados. Es decir, el principio del debido proceso no se encuentra aislado, sino que incorpora en sí mismo una serie de principios como lo son el de inmediación, contradicción, concentración, publicidad y el principal, la oralidad.

De hecho, el principal cambio normativo que introduce el Código Orgánico General de Procesos es el principio de oralidad, expresado en su cuarto artículo:

Art. 4.- Proceso oral por audiencias. La sustanciación de los procesos en todas las instancias, fases y diligencias se desarrollarán mediante el sistema oral, salvo los actos procesales que deban realizarse por escrito. Las audiencias podrán realizarse por videoconferencia u otros medios de comunicación de similar tecnología, cuando la comparecencia personal no sea posible¹⁹⁵.

¹⁹⁴ AGUDELO, Martín. *El debido proceso*, Rio Grande, Ámbito Jurídico, 2005.

¹⁹⁵ Código Orgánico General de Procesos.

Es decir, todo procedimiento se encuentra compuesto por un sistema de audiencias, que permiten el desarrollo del principio del debido proceso y de los principios derivados del mismo, especialmente, al principio de oralidad.

Otro de los principios que definen a todo procedimiento normado por el Código Orgánico General de Procesos y que comprende el debido proceso, es el principio de contradicción, consagrado en su artículo 165: «Art. 165.- Derecho de contradicción de la prueba. Las partes tienen derecho a conocer oportunamente las pruebas que se van a practicar, oponerse de manera fundamentada y contradecirla»¹⁹⁶.

En síntesis, el Código Orgánico General de Procesos comprende un innovador sistema de litigación adversarial, que busca cumplir y hacer cumplir, en forma directa e inmediata, las garantías procesales, que, entre otras, incluyen la inmediación, la oralidad, la celeridad, la concentración, la contradicción, todas estas incorporadas en el acceso al debido proceso.

Con este análisis preliminar, se puede adentrar a la presente materia de estudio, el derecho contencioso – administrativo.

IV. De la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa

Para analizar cómo se ha concebido y normado el procedimiento en materia contencioso – administrativa bajo el nuevo sistema normativo, es importante realizar un estudio comparativo de la forma en la que operaba este tipo de procedimiento bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, derogada por el Código Orgánico General de Procesos, estableciendo que este tipo de procedimiento tiene como objeto: «el control de la legalidad de la actividad administrativa»¹⁹⁷

En cuanto a la derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, cuerpo normativo publicado en el Registro Oficial ecuatoriano, con número de suplemento 338, de 18 de marzo de 1968, se podría afirmar que tuvo una vida útil de 48 años y que continúa produciendo efectos hasta la presente fecha. Esto se

¹⁹⁶ *Ídem.*

¹⁹⁷ DURÁN, Elena. *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

debe a que, de acuerdo a la primera disposición transitoria del Código Orgánico General de Procesos, todo proceso iniciado bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa debe culminar bajo su normativa de inicio, salvo en disposiciones relativas a citaciones, término para la declaratoria de abandono de la causa, copias certificadas y remates.

Para conocer las ventajas de la inserción de la normativa referente a materia contenciosa – administrativa en el Código Orgánico General de Procesos, cabe realizar un breve resumen de las fases del procedimiento acorde la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa.:

En primer lugar, la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa denominaba a todo procedimiento como «juicio» y en su mayoría, su trámite se llevaba a cabo por escrito y era de lenta prosecución. Un juicio bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa iniciaba con la presentación de la demanda ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo. A esta demanda se le debía aparejar lo siguiente:

- a) Los documentos justificativos de la personería cuando no se actúe en nombre propio, a menos que se haya reconocido dicha personería en la instancia administrativa.
- b) La copia autorizada de la resolución o disposición impugnada, con la razón de la fecha de su notificación al interesado, o, en su defecto, la relación circunstanciada del acto administrativo que fuere impugnado.
- c) Los documentos que justifiquen haber agotado la vía administrativa y que el reclamo ha sido negado en ésta.¹⁹⁸

De manera posterior, el Tribunal a quien recaiga su competencia calificaba la demanda y si la encontraba oscura o incompleta, solicitaba que esta sea completada. Sin embargo, en caso de que se encontrara clara y completa, continuaba con su tramitación. En tal virtud, ordenaba la citación de los demandados.

¹⁹⁸ Artículo 31, Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, Quito, 1968.

Toda vez que los demandados eran citados, debían comparecer al juicio y contestar la demanda en un término de quince días y la entidad que expidió el acto administrativo impugnado debía remitirla al tribunal en el mismo término.

De manera posterior, se abría la causa prueba por un término de diez días, mediante el cual las partes solicitaban al Tribunal, por escrito, la práctica de diligencias probatorias, sin límite alguno, y a su vez, las partes aparejaban cierta prueba a la que tenían acceso.

Dentro de la prueba que se podía presentar, existía la confesión judicial, mecanismo probatorio que podía ser solicitado únicamente por parte de la administración y por escrito: «La Confesión Judicial consiste en la declaración que se realiza contra sí mismo de la verdad de un hecho o de la existencia de un derecho, debemos entender a la declaración como “Exponer ante el juez u otra autoridad lo que se sabe sobre un asunto”»¹⁹⁹. Es decir, a través de confesión judicial se conminaba al administrado, a través de un pliego de preguntas presentado comúnmente a sobre cerrado, a declarar en contra de sí mismo, lo que agravia totalmente al principio del debido proceso y al de contradicción de las partes, a pesar de que el tribunal calificara las preguntas antes de formularlas al confesante.

Finalmente, después de evacuadas todas las diligencias probatorias, se dictaba sentencia.

Concluido el término de prueba, el Tribunal dictará sentencia, dentro de los doce días. En el tiempo que decurre desde la conclusión del término de prueba, el tribunal dictará sentencia, dentro de doce días. En el tiempo que decurre desde la conclusión del término de prueba hasta la expedición de la sentencia, podrán las partes presentar informes en derecho o solicitar audiencia en estrados verbalmente. En los informes de derecho o en la audiencia en estrados no podrán plantearse cuestiones extrañas a los asuntos materia de la litis. (Art. 41 L.J.C.A). Analicemos las expresiones de las citadas disposiciones.

¹⁹⁹ LÓPEZ, María Cristina, *Incidencia de la Confesión Judicial como Medio de Prueba y Acto Preparatorio en el ámbito Constitucional Ecuatoriano*, Quito, 2014, Tesis, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

Los informes en derecho se refieren a los ALEGATOS que pueden presentar las partes. El alegato es una exposición ordenada, metódica, que hacen el actor o el demandado, argumentando, esto es, utilizando razonamientos de hecho y de derecho, basados en la ley, en la cita de disposiciones legales, en la doctrina y jurisprudencia, en los méritos del proceso, en las pruebas aportadas, ya para defender la demanda, ora para refutar, contradecir, desvanecer los argumentos de la otra parte. De ahí que para elaborar un alegato el abogado debe proceder a un análisis exhaustivo y del juicio, de las pruebas presentadas a su favor y al examen de las mismas que hayan sido evacuadas por la parte contraria.

La audiencia es el acto mediante el cual el juez, el tribunal escuchan a las partes que exponen, que reclaman lo solicitan algo referente a la causa; y, cuando decimos AUDIENCIA DE ESTRADOS, si quiere indicar que dicha audiencia se realiza ante un estado, esto es, ante una sala del juzgado o tribunal donde se realiza dicho acto en el que los jueces o vocales de los mismos, escuchan a los litigantes²⁰⁰

Del texto citado se desprende lo siguiente: (i) El único momento procesal en el cual las partes podían ser escuchas verbalmente era en Audiencia en Estrados. (ii) La Audiencia en Estrados era opcional, se llevaba a cabo exclusivamente si una de las partes la solicitaba. (iii) El Tribunal podía resolver sin escuchar a las partes, o incluso si ellas no presentaban su informe en derecho o alegato.

A estos factores se les debe sumar uno fundamental, el factor tiempo. En la práctica, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo no cumplía con los términos que la Ley otorgaba.

Por ejemplo, los señores Manuel Gregorio Vincés Solórzano y Héctor Nemesio Mendoza Pita, en calidad de parte actora, formularon una demanda ante el Tribunal Contencioso Administrativo No. 4, de Portoviejo, ciudad perteneciente a la Región Costa del Ecuador, en el año 2005, en virtud de una resolución administrativa expedida en 2004, de la cual aducían su ilegalidad. Según data del Fallo de Casación No. 131-2010, de 26 de abril de 2016, expedido por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador; la

²⁰⁰ LUCERO, Holger, Doctrina y Práctica de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, Ambato, PIO XII, s.f.

sentencia de instancia única, emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo No. 4, de Portoviejo fue del año 2008. Es decir, que desde que se expidió el acto administrativo que presuntamente vulneró los derechos de la parte actora, hasta la sentencia de instancia única transcurrieron cuatro años. Finalmente, tras el recurso de casación presentado, transcurrieron dos años más, hasta obtener una resolución en firme.²⁰¹

Este ejemplo denota la vulneración al principio de celeridad y por ende al debido proceso al que se incurría bajo la Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa de manera consuetudinaria.

De hecho, el tiempo que transcurría desde que el Tribunal finalmente escuchaba a las partes en Audiencia en Estrados, hasta que dictaba sentencia era exorbitante, podían pasar inclusive años. Para entonces, el Tribunal ya no necesariamente recordaba lo que las partes expusieron, o se pudieron dar cambios en su conformación, lo que restringía totalmente el derecho de inmediación y debido proceso de las partes.

La Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa afortunadamente está quedando en el pasado, siendo próximamente declarada por completo obsoleta.

En tal virtud, es necesario afirmar que, conceptualmente, el Código Orgánico General de Procesos se encargó de reformar lo expuesto con antelación, conforme se explicará en el siguiente título.

V. Del Procedimiento en Materia Contencioso Administrativa Bajo el Código Orgánico General de Procesos

En el Código Orgánico General de Procesos, se ubica al procedimiento en materia contencioso – administrativa en el segundo capítulo de su cuarto libro, denominado “Procedimientos Contencioso Tributario y Contencioso Administrativo”.

De este título se infiere que se han mezclado dos materias totalmente incompatibles en un solo capítulo, sin embargo, éste contiene disposiciones

²⁰¹ *Impugnación de Reglamento (pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias)*, Corte Nacional de Justicia, Quito, 04-2010, p. 1, No. 131-2010. Disponible en: «<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/#>»

comunes para ambas, así como disposiciones específicas para cada una, divididas en secciones.

Cuando se analizaban los tipos de procedimiento hallados en el Código Orgánico General de Procesos, de manera precedente, no se incluyó al procedimiento en materia contencioso – administrativa. Esto se debe, a que la Ley estableció que la mayoría de controversias de la materia se deberán ventilar a través de procedimiento ordinario: «Art. 327.- Todas las acciones contencioso administrativas se tramitarán en procedimiento ordinario, salvo las acciones relativas al silencio administrativo positivo y las de pago por consignación que se tramitarán en procedimiento sumario»

Para el presente estudio, resulta pertinente hacer una breve reseña de las etapas del procedimiento ordinario con el fin palpar el cambio normativo de una manera óptima.

En primer lugar, cabe mencionar, que, el Código Orgánico General de Procesos ha eliminado la palabra «juicio» de su contenido, por cuanto a lo largo del presente texto se ha evitado emplear su uso, y se lo ha sustituido por «procedimiento».

En segundo lugar, es lógico afirmar que todo procedimiento inicia con la presentación del libelo de demanda. Sin embargo, el artículo 142 del Código Orgánico General de Procesos incorpora una novedad. Al libelo de demanda debe aparejarse toda la prueba a ser practicada más adelante, conforme cito a continuación:

Art. 142.- Contenido de la demanda. La demanda se presentará por escrito y contendrá: [...] 7. El anuncio de los medios de prueba que se ofrece para acreditar los hechos. Se acompañarán la nómina de testigos con indicación de los hechos sobre los cuales declararán y la especificación de los objetos sobre los que versarán las diligencias, tales como la inspección judicial, la exhibición, los informes de peritos y otras similares. Si no tiene acceso a las pruebas documentales o periciales, se describirá su contenido, con indicaciones precisas sobre el lugar en que se encuentran y la solicitud de medidas pertinentes para su práctica. 8. La solicitud de acceso judicial a la prueba debidamente fundamentada, si es del caso.

Es decir, si existe prueba de libre acceso para la parte demandante, deberá adjuntarla a su libelo caso contrario, ésta no será debidamente proveída. Siguiendo el esquema procesal que brinda la innovadora normativa ecuatoriana, de manera posterior a la presentación de la demanda, viene la calificación por parte del Tribunal de lo Contencioso Administrativo. En caso de que faltare algún elemento en la demanda, éste mandará a completarla, caso contrario ordenará las correspondientes citaciones.

Toda vez que se ha citado a las partes (a la entidad del estado demandada se la puede citar en su dependencia más cercana), la parte demandada debe contestar la demanda. Para el efecto, contará con un término de treinta días. Si bien es un término amplio, su razonamiento deviene de la disposición respecto a la anunciación y aparejamiento de los medios probatorios que se practicarán más adelante.

Con la contestación a la demanda, que también debe ser calificada, se corre traslado a la parte actora, quien tendrá el término de diez días a fin de anunciar nueva prueba referente a hechos nuevos enunciados en la contestación a la demanda.

En caso de reconvenición, el actor tendrá el término de treinta días para contestarla.

Lo expuesto permite un ejercicio efectivo del principio de contradicción, ya que desde el inicio ambas partes conocen la prueba de su adversario y ellas, pueden impugnarla o contrarrestarla. A su vez, el Tribunal puede comenzar a forjar su teoría del caso.

Toda vez que se ha cumplido con lo manifestado con antelación comienza a operar con plenitud el principio de oralidad concebido por el Código Orgánico General de Procesos, así como los principios de celeridad, inmediación y concentración que comprende el debido proceso:

Por mandato legal, el Tribunal se encuentra conminado a convocar a las partes a Audiencia Preliminar, que se desarrollará acorde a las reglas que se sintetizan a continuación: 1. Las partes tienen la obligación de comparecer

personalmente a la audiencia, o mediante videoconferencia, o por intermedio de procurador judicial. 2. Durante la audiencia se tratará y resolverá acerca de las excepciones previas, expresadas de manera taxativa en su el artículo 153 del Código Orgánico General de Procesos. 3. Las partes deberán exponer verbalmente los fundamentos de su demanda y contestación respectivamente. 4. Se abrirá un espacio a la conciliación. 5. De no existir vicios en el procedimiento, las partes deberán anunciar nuevamente su prueba. 6. El Tribunal evacúa la prueba solicitada judicialmente. 7. Finalmente, se pueden llegar a acuerdos probatorios.

En definitiva, la audiencia preliminar tiene como finalidad el saneamiento del proceso, y el despacho de prueba, a manera de preparación para la Audiencia de Juicio.

El saneamiento del proceso, previene posibles declaratorias de nulidad en etapas avanzadas del proceso, brindándole mayor celeridad.

Finalmente, viene la Audiencia de Juicio, en la cual se concentran una serie de actos procesales, los cuales se llevan a cabo de manera oral:

La Audiencia de Juicio inicia con una breve lectura de la audiencia preliminar. Como primer paso, las partes deberán presentar ante el Tribunal, su alegato de apertura. En segundo lugar, las partes deberán practicar su prueba de manera oral. Inmediatamente, se formulan los alegatos de cierre y el Tribunal dictar sentencia en la Audiencia, la cual deberá motivar dentro de los diez días posteriores.

VI. De la Prueba en el Procedimiento Contencioso Administrativo

Como fue mencionado en el título anterior, es necesario analizar por cuerda separada a la prueba de acuerdo al Código Orgánico General de Procesos.

La prueba se divide en documental, testimonial y pericial. Dado que la prueba documental se apareja con la demanda o contestación y se reproduce en su parte pertinente en la Audiencia de Juicio, el tipo de prueba que servirá para el presente análisis es la testimonial y pericial.

En cuanto a la prueba testimonial, de manera preliminar se la debe anunciar y fundamentar en el libelo inicial presentado por la parte que corresponde. Finalmente, en la Audiencia de Juicio se practica, en base a las preguntas formuladas de manera oral. Las preguntas no son calificadas por el Tribunal, sin embargo, pueden ser objetadas por la contraparte.

En cuanto a las objeciones permitidas por la ley, se halla lo siguiente:

Art. 176.- Objeciones a los testimonios. Las partes podrán objetar de manera motivada cualquier pregunta, en particular las que acarreen responsabilidad penal a la o el declarante, sean capciosas, sugestivas, compuestas, vagas, confusas, impertinentes o hipotéticas por opiniones o conclusiones. Se exceptúan las preguntas hipotéticas en el caso de los peritos dentro de su área de experticia. Podrán objetarse las respuestas de las o los declarantes que van más allá, no tienen relación con las preguntas formuladas o son parcializadas. Una vez realizada la objeción, la o el juzgador se pronunciará aceptándola o negándola.²⁰²

Si bien se incluye a la objeción a preguntas sugestivas, ésta opera exclusivamente en examen o interrogatorio, más no contraexamen o contrainterrogatorio.

Para definir cuando se trata de un examen o contraexamen es importante conocer los tipos de testigo existentes: 1. Testigo de parte. 2. Testigo hostil. 3. Testigo per sé.

El testigo de parte es el accionante o accionado, es decir, los sujetos procesales, quienes brindan su versión de los hechos. Si se pide el testimonio de la otra parte se trata automáticamente de un contra examen y el uso de preguntas sugestivas «preguntas que de antemano, el abogado conozca la respuesta de forma anticipada, ya que no se puede correr riesgo»²⁰³, está permitido.

²⁰² Código Orgánico General de Procesos.

²⁰³ YÉPEZ, Diego, *Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil*, Quito, 2015, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Programa de Maestría en Derecho Procesal.

El testigo hostil debe ser declarado por el Tribunal y a pesar de que la ley no es clara acerca de esta figura, la doctrina determina que es: un testigo, cuya mente revela un sesgo hostil a la parte que lo examina.²⁰⁴

El testigo *per sé*, es aquel que de cierta manera percibió a través de sus sentidos los hechos controvertidos y dependerá de su declaratoria de testigo hostil, para poder ser contra examinado, pues el contrainterrogatorio cumple con una finalidad: «Su objetivo básico es quitar o socavar la credibilidad del testigo, mediante la refutación»²⁰⁵

Cabe recalcar que debido a la importancia de la oralidad en el cuerpo normativo de análisis los testigos han tomado un rol fundamental para respaldar a las partes y es un complemento de calidad a la prueba documental, pese a tener una salvedad, la cual será discutida de manera posterior.

Como tercer medio probatorio se encuentra la prueba pericial. Este tipo de prueba permite que los peritos «personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de determinado oficio»²⁰⁶, de manera oral en la Audiencia de Juicio pueden exponer al Tribunal el contenido de su informe, con la posibilidad de que la contraparte lo contra interrogue y lo intente desacreditar. Es decir, que en la actualidad los peritajes se realizan previo a la presentación de la demanda, y son solicitados por la parte que los requiere con el único requisito de que el experto interviniente se encuentre inscrito en el Registro del Consejo de la Judicatura.

En virtud de lo expuesto, constituye una ventaja que la práctica de prueba se dé en una sola audiencia, permitiendo concentrar la mayor cantidad de actos procesales en la misma, de modo que, el Tribunal puede tener un claro panorama antes de resolver, sin esos saltos de tiempo injustificados que traía la ya derogada Ley de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa.

VII. Limitación de las Máximas Autoridades Estatales de Testificar

²⁰⁴ CAMPBELL, Henry, *Dictionary of Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 1991.

²⁰⁵ LEÓN, Víctor, *El Interrogatorio Penal Bajo una Pragmática Oral*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2008.

²⁰⁶ DUCE, Mauricio, *La Prueba Pericial*, Buenos Aires, Didot, 2015.

Es importante mencionar que las autoridades que conforman la potestad pública tienen una obligación para con los ciudadanos, pues: «La potestad pública es sinónimo de poder público no político, pues mientras este se caracteriza por su absoluta libertad jurídica y sólo obedece a la razón, a la oportunidad y a la fuerza»²⁰⁷

Como punto final, resulta necesario comentar acerca de la salvedad que tienen las máximas autoridades del Estado para comparecer a la Audiencia de Juicio y rendir testimonio, según se evidencia del inciso nueve del artículo 177 del Código Orgánico General de Procesos:

La o el Presidente de la República, la o el Vicepresidente de la República, las o los asambleístas, las o los ministros de Estado, la o el Secretario General de la Administración Pública y los demás Secretarios con rango de ministro, la o el Fiscal General del Estado, la o el Defensor del Pueblo, la o el Defensor Público, las o los jueces de la Corte Constitucional, las o los jueces de la Corte Nacional de Justicia, las o los vocales del Consejo de la Judicatura, las o los consejeros del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, las o los consejeros del Consejo Nacional Electoral, las o los jueces del Tribunal Contencioso Electoral, la o el Procurador General del Estado, la o el Contralor General del Estado, las o los Superintendentes, las o los alcaldes, las o los prefectos, las o los gobernadores regionales, las máximas autoridades de las instituciones del Estado y las o los agentes diplomáticos que deban rendir declaración de parte, emitirán informe con juramento sobre los hechos con respecto a los cuales se les haya solicitado.²⁰⁸

Esta norma transgrede el principio de contradicción de las partes, ya que se imposibilita a los ciudadanos a preguntar a sus autoridades los motivos que los encaminaron a emitir cierta resolución que vulneró sus derechos, así como le resta a la administración la opción de defenderse con las mismas herramientas que acceden sus administrados, ya que solo pueden emitir un informe motivado.

²⁰⁷ ZAVALA, Jorge, *El Derecho Fundamental al Debido Procedimiento Administrativo*, Universidad Espíritu Santo, 2015. Disponible en <http://uees.me/wp-content/uploads/2016/05/MEMORIAS-CONGRESO-COGEP.pdf>

²⁰⁸ Código Orgánico General de Procesos.

A pesar de que no existe prohibición alguna para que funcionarios de mandos medios testifiquen en la práctica no se puede conocer cómo se esté llevando a cabo, dado que hasta la presente fecha no existe jurisprudencia de soporte.

Es decir, esta prohibición favorece a la administración, en contraposición al principio de in dubio pro administrado, el cual sirve como base para la resolución de casos.

VIII. Conclusión

El Código Orgánico General de Procesos cambió por completo el sistema de litigación que mantenía el Ecuador hasta 22 de mayo de 2016. Este cambio implicó la inserción de la oralidad como principio derivado del debido proceso, piedra angular de los procedimientos bajo esta nueva normativa. En materia contencioso – administrativa se simplificó por completo el procedimiento, pasando de juicios que tardaban años, en donde la intermediación, la oralidad y la celeridad eran una mera expectativa, a procedimientos expeditos, encasillados dentro de los procedimientos de conocimiento, los cuales en su mayoría se ventilan en vía ordinaria, adquiriendo un sistema dispositivo adversarial, donde la prueba testimonial cumple un rol fundamental. La única salvedad que tiene este cambio normativo es la prohibición que tienen las máximas autoridades estatales para testificar en audiencia.

IX. Bibliografía

AGUDELO, Martín. *El debido proceso*, Rio Grande, Ámbito Jurídico, 2005.

CAMPBELL, Henry, *Dictionary of Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange Ltd., 1991.

Código Orgánico General de Procesos, Quito, 2016.

DÍAZ, Gabriela, *La Aplicación del Sistema Oral establecido en el Código Orgánico General de Procesos (COGEP), vulnera el Principio de Oralidad en materia civil en el Distrito Metropolitano de Quito, año 2016*, Quito, 2016, Tesis, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

DUCE, Mauricio, *La Prueba Pericial*, Buenos Aires, Didot, 2015.

DURÁN, Elena. *Los recursos contencioso administrativos en el Ecuador*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar, 2010.

ECHANDÍA, Devis, *Teoría General de la Prueba*, Buenos Aires, Universitaria, 2002.

GALLEGOS, Diego, *Proyecto de Código Orgánico General de Procesos*, en *El Ciudadano*, Ecuador, Quito, 21 de enero de 2014.

Impugnación de Reglamento (pago de viáticos, movilizaciones y subsistencias), Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa, Quito, 1968.

LEÓN, Víctor, *El Interrogatorio Penal Bajo una Pragmática Oral*, Bogotá, ECOE Ediciones, 2008.

LÓPEZ, María Cristina, *Incidencia de la Confesión Judicial como Medio de Prueba y Acto Preparatorio en el ámbito Constitucional Ecuatoriano*, Quito, 2014, Tesis, Universidad Central del Ecuador, Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales.

LUCERO, Holger, *Doctrina y Práctica de la Jurisdicción Contencioso – Administrativa*, Ambato, PIO XII, s.f.

Corte Nacional de Justicia, Quito, 04-2010, p. 1, No. 131-2010. *Disponible en:* «<http://app.funcionjudicial.gob.ec/sipjur/#>»

YÉPEZ, Diego, *Trasplante de la práctica de prueba testimonial civil*, Quito, 2015, Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Programa de Maestría en Derecho Procesal.

ZAVALA, Jorge, *El Derecho Fundamental al Debido Procedimiento Administrativo*, Universidad Espíritu Santo, 2015. *Disponible en* <http://uees.me/wp-content/uploads/2016/05/MEMORIAS-CONGRESO-COGEP.pdf>

MÉXICO

***ALFONSO MENDOZA JUÁREZ
GUILLERMO RÍOS GUERRERO
MARIO MOLINA HERNÁNDEZ
RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA
XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME***



LA PROBLEMÁTICA DEL CONTROL CONSTITUCIONAL POR PARTE DE
AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS

*THE PROBLEM OF CONSTITUTIONAL CONTROL BY ADMINISTRATIVE
AUTHORITIES*

ALFONSO MENDOZA JUÁREZ*

Resumen. El presente trabajo fue presentado durante el 2° Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la UNAM realizado los días 1 y 2 de noviembre de 2016. El objetivo principal es analizar los problemas del control constitucional que surge a partir de la reforma constitucional de 2011 sobre derechos humanos, el debate de facultar a autoridades administrativas a inaplicar normas contrarias a la constitución federal o tratados internacionales, y la forma en que deben protegerse los derechos humanos por las mismas.

Abstract. This paper was presented during the 2nd International Student Congress of Administrative Law at the Faculty of Law of the UNAM held on November 1st and 2nd 2016. The main objective is to analyze the problems of constitutional control arising from the constitutional reform of 2011 on human rights, the debate of empowering the administrative authorities to the rules inapplicable norms to the federal constitution or international treaties, and the way in which human rights are protected by them.

Sumario. I. Introducción, II. Administración pública, III. El nuevo control constitucional en el caso mexicano, IV. Problemática de su aplicación, V. Conclusiones, VI. Bibliografía.

Palabras clave. Control constitucional; reforma constitucional; autoridades administrativas; inaplicación de normas; derechos humanos.

Keywords. Constitutional control; Constitutional reform; Administrative authorities; Rules not applicable; Human Rights.

* Estudiante de la Facultad de Derecho de la UNAM, asistente de investigación del Sistema Nacional de Investigadores bajo la dirección del doctor Edgar Corzo Sosa.
mendozajuarezalfonso@gmail.com

I. Introducción

El “nuevo paradigma constitucional”²⁰⁹, derivado de la reforma constitucional de junio de 2011, busca la mayor protección de los derechos de la persona, sin importar si se encuentra en un instrumento nacional o internacional. Este paradigma, sin embargo, ha generado una gran variedad de cambios en el sistema jurídico mexicano, así como en sus operadores jurídicos involucrados, es decir, juzgadores, litigantes, investigadores, catedráticos, estudiantes y cualquier otra autoridad en general.

Los planteamientos actuales requieren que las instituciones y el personal sea capacitado para enfrentar dichos cambios, pero su introducción puede resultar un poco compleja al momento de su aplicación.

Cinco años han pasado desde la implantación de este paradigma y aunque parece bastante tiempo, puede aún resultar insuficiente. Términos como derechos humanos, dignidad humana, protección más amplia, control de convencionalidad, principio pro persona son utilizados indiscriminadamente. Gran cantidad de libros, artículos, seminarios y cursos existen para actualizar a la comunidad jurídica, pero siempre existen nuevas interrogantes sobre el alcance y sentido de la reforma.

Los operadores jurídicos se han enfrentado con ciertas dificultades a este cambio, debido a que el llamado principio pro persona consagrado en el segundo párrafo del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (o CPEUM), busca dar la mayor protección a la persona, por ser un principio transversal, es decir, permea en todas las áreas y se debe aplicar independientemente de la materia civil, penal, laboral o administrativa, sin importar si hablamos de un orden jurídico federal, local o municipal, o bien se trate de autoridades judiciales, legislativas o administrativas.

II. Administración pública

²⁰⁹ SORIANO FLORES, José Jesús, “El nuevo paradigma de los derechos humanos en México y la importancia de la especificidad de la interpretación constitucional” en *Ciencia Jurídica*, Año 3, número 6, Universidad de Guanajuato, México, 2014, pp. 114 y ss.

Hablar de administración pública es hablar de una inmensidad de actos, funciones y autoridades, sin duda alguna su campo de actuación ocupa por mucho un espectro mayor en comparación a la actividad legislativa o judicial.

Para comprender la administración pública es necesario remontarnos al tradicional principio de división de poderes, llamado también por algunos autores como división de funciones²¹⁰, el cual ha sido inmerso en el constitucionalismo, principalmente a partir de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América en 1787 y la declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, con la finalidad de evitar el absolutismo y la arbitrariedad por parte de las autoridades.

Este principio implica la separación de los órganos del Estado en tres grupos distintos e independientes²¹¹, estableciéndose un Poder Legislativo encargado de la función legislativa (emisión de leyes), un Poder Judicial encargado de la función judicial (dirimir controversias) y el Poder Ejecutivo encargado de la función administrativa (ejecutar las leyes). Además de los tres Poderes anteriores hoy día el constitucionalismo reconoce la existencia de organismos constitucionales autónomos con finalidades, competencias y facultades específicas que son reconocidos dentro de la norma constitucional²¹².

Dentro de la CPEUM encontramos que la administración pública a nivel federal, desde el punto de vista formal se deposita en el Presidente de la República artículo 80, y sus principales facultades las encontramos en el artículo 89 como son la facultad reglamentaria, nombramiento de diversos servidores públicos, la declaración de guerra o celebrar tratados internacionales. Igualmente encontramos que la administración pública federal puede ser centralizada en donde se encuentran los órganos que dependen directamente del ejecutivo y

²¹⁰ CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La división de poderes y la función jurisdiccional*, IJ-UNAM, Revista Latinoamericana de Derecho, número 7-8, p. 176.

²¹¹ Artículo 49 de la Constitución federal: El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión [...].

²¹² ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Pleno, Novena Época. Apéndice 1917-septiembre 2011. Tomo I. Constitucional 2, p. 522.

paraestatal o descentralizada en la cual los órganos que no dependen directamente del ejecutivo.

En las entidades federativas, por su parte el Poder Ejecutivo se deposita en el Gobernador artículo 116, fracción I, CPEUM, y Jefe de Gobierno en el caso de la Ciudad de México artículo 122, fracción III, CPEUM, contemplando a su vez al interior de cada entidad federativa la administración pública centralizada y paraestatal. Lo mismo sucede en los Municipios de cada Estado artículo 115 CPEUM, y las Alcaldías en la Ciudad de México artículo 122, fracción VI CPEUM que son los órganos político-administrativos a quienes corresponde la administración de una demarcación territorial específica dentro de las entidades federativas con facultades y competencias exclusivas.

Ahora bien, una vez analizado las autoridades encargadas de la administración pública es menester recordar que con la reforma constitucional de junio de 2011 se establece la obligación de toda autoridad, incluyendo las administrativas, de respetar, proteger, promover y reparar los derechos humanos en el ámbito de sus competencias. El problema es dilucidar dicho ámbito y que debemos entender por ello.

III. El nuevo control constitucional en el caso mexicano

Pese a existir una reforma constitucional en materia de derechos humanos, el constituyente permanente y el Congreso de la Unión fueron omisos en explicar qué debe entenderse por los diversos elementos que integran el nuevo control constitucional, delegando en la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) establecer y esclarecer el sentido y alcance de ello.

Los primeros elementos que han marcado el rumbo de esta nueva idea en el sistema jurídico mexicano son el caso Radilla Pacheco vs. el Estado Mexicano²¹³, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) que es el primer precedente para su integración, el expediente varios 912/2010, la contradicción de tesis 293/2011 y en el año 2014 la contradicción de tesis

²¹³ Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Corte Interamericana de Derechos Humanos Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

299/2013, todos resueltos por el Pleno de la SCJN, marcan las pautas a seguir en la integración del nuevo control constitucional y a todos ellos podemos sumar la tesis aislada derivada del amparo en revisión 1640/2014 resuelto por la Segunda Sala de la SCJN.

El asunto Radilla Pacheco establece la obligación de generar un “control de convencionalidad *ex officio*”²¹⁴ por parte del poder judicial mexicano. La Corte IDH impuso la obligación pero omitió la forma en que ésta debería realizarse y, por ello, compete al poder judicial de la federación y más aún al alto Tribunal, la tarea de establecer las condiciones y pautas a seguir para su generación.

En consecuencia, el presidente de la SCJN atendiendo a dicha obligación ordenó la formación y registro del “expediente varios”, que tras un primer desechamiento del proyecto por parte del pleno, se remite a un nuevo ministro para su formulación.²¹⁵ En él se establece la forma en que debemos de realizar el control de convencionalidad²¹⁶ derivado de la obligación impuesta por la Corte IDH en el asunto Radilla Pacheco.

Dando aproximaciones a esta idea consideremos al llamado Control de convencionalidad como a) verificar la compatibilidad de las normas y demás prácticas internas con la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana), la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado mexicano sea parte; b) es una obligación que corresponde a toda autoridad pública en el ámbito de sus competencias; c) para efectos de determinar la compatibilidad con la Convención Americana, no

²¹⁴ *Ibidem*, párr. 339 “cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad *ex officio*’ entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes (...).

²¹⁵ SCJN, expediente varios 912/2010.

²¹⁶ (...) si bien la Corte reconoce la importancia de estos órganos como protectores de los mandatos constitucionales y los derechos fundamentales, la Convención Americana no impone un modelo específico para realizar un control de constitucionalidad y convencionalidad. En este sentido, la Corte recuerda que la obligación de ejercer un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana le compete a todos los órganos del Estado, incluidos sus jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles. Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014, párrafo 124.

sólo se debe tomar en consideración el tratado, sino que también la jurisprudencia de la Corte IDH y los demás tratados interamericanos de los cuales el Estado sea parte; d) es un control que debe ser realizado *ex officio* por toda autoridad pública; y e) su ejecución puede implicar la supresión de normas contrarias a la Convención Americana o bien su interpretación conforme a la Convención, dependiendo de las facultades de cada autoridad pública²¹⁷.

La SCJN establece el parámetro del nuevo control constitucional *ex officio* el cual debe realizarse en un modelo de control difuso de constitucionalidad por parte de los jueces mexicanos, integrándose de la siguiente manera:

- Todos los derechos fundamentales contenidos en la Constitución Federal (con fundamento en los artículos 1º y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación.
- Todos los derechos fundamentales contenidos en tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
- Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos establecidos en las sentencias en las cuales el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes cuando el Estado mexicano no haya sido parte.

De la misma forma, señala los tres pasos a seguir de esta interpretación²¹⁸, siendo una clara complementación a lo manifestado por la Corte IDH en diversas ocasiones, la cual señala que el artículo 29 de la Convención Americana, referente a la interpretación de la misma, posee dos principios fundamentales, el principio por persona y el principio evolutivo:

- A) Interpretación de conforme en sentido amplio, significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y de conformidad a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales

²¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Control de Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7, <<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>>

²¹⁸ SCJN, expediente varios 912/2010, p. 34.

en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.

B) Interpretación de conforme en sentido estricto, significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquélla que hace a la ley acorde a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

De lo anterior debemos precisar que debemos entender como interpretación conforme la que se realiza entre una ley y la constitución federal para salvar la contradicción entre ambos textos jurídicos, mientras que la interpretación de conformidad parte de una aplicación doble en la cual deberá prevalecer aquella más beneficiosa a la persona²¹⁹.

Ahora bien, en una interpretación sistemática reitera la SCJN que los artículos 1° y 133 constitucionales, señalan que todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar la normativa correspondiente haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr una protección más amplia.

La contradicción suscitada entre los criterios sostenidos por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y del Trabajo del Primer Circuito y los sostenidos por el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer

²¹⁹ En CORZO SOSA, Edgar, *La interpretación conforme y la interpretación de conformidad*, México, Revista amparo fiscal y administrativo, junio 2013, disponible en: <http://www.edgarcorzo.com/wp-content/uploads/2013/05/revista_amparo.jpg>, [05 de diciembre de 2016]

Circuito, generó la contradicción de tesis 293/2010 en la cual la SCJN resuelve dos cuestiones sumamente relevantes:

- I. La posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución.
- II. El valor de la Jurisprudencia emitida por la Corte IDH

Respecto a la primera, la SCJN decidió, de conformidad con la interpretación realizada entre los artículos 1° y 133, que se debe siempre preferir la interpretación más favorable a la persona sin importar si se encuentra en la Constitución o en un Tratado Internacional, pero al existir una restricción expresa en el texto constitucional se estará a lo dispuesto por ésta²²⁰.

En relación con el segundo planteamiento se concluyó que en virtud de que el Estado mexicano es parte de un tratado internacional, éste debe de cumplir sus obligaciones de buena fe, siendo obligatorias las sentencias en las cuales México sea parte y aquellos casos en los que no sea parte, se debe armonizar con la jurisprudencia nacional aplicando el criterio más favorable²²¹.

En sesiones públicas del 13 y 14 de octubre del año 2014, el Pleno resolvió una nueva contradicción de tesis. En esta ocasión la controversia a resolver versaba sobre determinar si la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación puede ser objeto de control de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio* a cargo de los jueces nacionales, inaplicando la misma cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho fundamental contenido en la CPEUM o en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Como consecuencia, el Pleno de la Corte con una votación de siete votos a favor, incluyendo los dos votos concurrentes, y dos en contra del proyecto²²², en

²²⁰ DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL, Jurisprudencia, P./J. 20/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I.

²²¹ JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA, Jurisprudencia, Tesis: P./J. 21/2014 (10a.), Décima Época, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, abril de 2014, Tomo I.

²²² A favor votaron los Ministros Jorge Mario Pardo Rebolledo (ponente), Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, Luis María Aguilar Morales, Alberto Pérez Dayán, Margarita Beatriz Luna Ramos, Olga

ausencia de dos ministros, determinó que la jurisprudencia no puede ser objeto de inaplicación al efectuarse un control de convencionalidad o constitucionalidad por jueces inferiores, toda vez que la Ley de Amparo la cual regula su obligatoriedad en el numeral 217, también prevé un mecanismo para la modificación del criterio²²³.

Como último elemento, el 14 de agosto de 2014 derivado del amparo en revisión 1640/2014 la Segunda Sala de la SCJN emitió una tesis aislada con el rubro CONTROL CONSTITUCIONAL CONCENTRADO O DIFUSO. LAS AUTORIDADES ADMINISTRATIVAS NO ESTÁN FACULTADAS PARA REALIZARLO²²⁴, en el cual reitera que las autoridades administrativas se encuentran imposibilitadas para inaplicar alguna norma por considerarla contraria a la constitución, incluso bajo un argumento de reparación a derechos humanos en virtud de que generaría incertidumbre jurídica vulnerando el principio de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica.

IV. Problemática de la aplicación

Sánchez Cordero de García Villegas y Fernando Franco González Salas; en contra José Ramón Cossío Díaz y el presidente en su momento Juan N. Silva Meza; ausentes Sergio A. Valls Hernández y Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

²²³ Sobre la restricción de los jueces de inaplicar una jurisprudencia de la Suprema Corte véase: COSSIO DÍAZ, José Ramón y Roberto Lara Chagoyan, *¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?*, México, Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 32, enero-junio, 2015. En este artículo los autores manifiestan que la resolución del Pleno es contraria al artículo 1° y 133 lo que imposibilita por parte de las autoridades jurisdiccionales realizar una completa impartición de justicia.

²²⁴ El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben cumplir con una serie de obligaciones en materia de derechos humanos. Sin embargo, en términos de la tesis P. LXIX/2011 (9a.) (*), del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las autoridades administrativas no están facultadas para realizar algún tipo de control constitucional, sea concentrado o difuso; es decir, no pueden declarar la invalidez de un determinado precepto e inaplicarlo, ni siquiera bajo el argumento de una reparación de derechos humanos, ya que ello implicaría desatender los requisitos de procedencia señalados por las leyes para interponer un medio de defensa, y que deben cumplirse de manera previa a un pronunciamiento de fondo del asunto. En todo caso, han de interpretar las disposiciones jurídicas en el sentido más favorable a las personas, pero sin que ello llegue a descuidar las facultades y funciones que deben desempeñar en atención a sus ámbitos competenciales. Aceptar lo contrario, generaría incertidumbre jurídica en franca contravención a otros derechos humanos como los de legalidad, debido proceso y seguridad jurídica, previstos en los artículos 14 y 16 constitucionales.

Décima Época, Registro: 2007573, Segunda Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 11, Octubre de 2014, Tomo I, Tesis: 2a. CIV/2014 (10a.), p. 1097.

La primera problemática de aplicación del control constitucional por parte de las autoridades administrativas la encontramos en los tipos de actos que ejercen las autoridades administrativas, es decir, las facultades tienen. Si bien es cierto que las autoridades administrativas en principio solo se avocan en ejecutar las leyes emitidas por el legislativo, también es cierto que ejerce otro tipo de funciones que corresponden a las funciones legislativas o judiciales.

Como se comentó anteriormente existe el principio de división de poderes, sin embargo, dicha separación no es rígida y un mismo Poder puede ejercer funciones de naturaleza diferente, por ejemplo la facultad reglamentaria del ejecutivo federal artículo 89, fracción I, CPEUM, por lo que desde un aspecto orgánico las funciones son formalmente administrativas, legislativas o judiciales, según el Poder al que este atribuida. Además, partiendo de un criterio material de la función las funciones son materialmente legislativas, administrativas o judiciales.²²⁵

Por tanto, existen autoridades formalmente administrativas pero que ejercen actos materialmente jurisdiccionales, como el caso de tribunales agrarios, tribunales del trabajo y los tribunales contenciosos administrativos.

Estas autoridades que ejercen actos jurisdiccionales, de conformidad con lo resuelto en el expediente varios²²⁶, están obligados a realizar una interpretación dentro de los procesos sometidos a su conocimiento de las normas optando siempre por la que más favorezca a la persona y en caso de existir una restricción elegir la menos restrictiva. En caso de no existir posibilidad de armonizar prevalecerán las disposiciones de la Constitución o la Convención Americana, con las excepciones de existir una restricción expresa en la Constitución o bien una jurisprudencia.

Es fácil entender la forma en que debe realizarse el control constitucional por parte de autoridades materialmente jurisdiccionales, pues se encuentran facultadas para seguir el modelo propuesto por la SCJN, pero lo complicado es

²²⁵ FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, México, Porrúa, 40ª edición, 1934, p. 29.

²²⁶ SCJN, expediente varios 912/2010, pp. 32 a 36.

dilucidar la realización del control por autoridades que ejercen actos fuera materialmente administrativos.

De los precedentes antes señalados podemos comprender que este tipo de autoridades no tienen la facultad para inaplicar una norma por considerarla contraria a la constitución o a los tratados internacionales suscritos por México, pero es posible realizar una interpretación de conformidad en sentido amplio y en sentido restrictivo. De lo anterior incluso cabría la pena mencionar si dicha restricción es aplicable a los organismos constitucionales autónomos como los organismos protectores de derechos humanos, los cuales “son algo más que autoridades administrativas” y por tanto se encuentran vinculados a la defensa constitucional.²²⁷

Pero no toda autoridad administrativa tiene los conocimientos jurídicos necesarios para entender el sentido y alcance de la constitución, los precedentes previamente señalados y realizar una adecuada interpretación. Es decir, en la administración pública existe un sin número de profesionistas de diversas áreas y hablar de autoridad administrativa que puede ser desde el oficial de tránsito hasta el director de área, el secretario de salud, el presidente municipal e incluso las universidades públicas.

Ante la gran diversidad de autoridades administrativas existen diversos talleres, cursos y publicaciones respecto al tema y, aunque la mayoría son enfocados principalmente desde la perspectiva jurisdiccional y en menor medida para autoridades de otra naturaleza, el Estado mexicano intenta subsanar sus deficiencias con capacitación, por ejemplo los organismos protectores de los derechos humanos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos dentro de sus facultades se encuentra impulsar la observancia de derechos humanos en el país, promover la enseñanza y divulgación de los derechos humanos,²²⁸ por lo que realizan cursos y talleres de capacitación dirigidos a servidores públicos que

²²⁷ Palabras del Presidente de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Luis Raúl González Pérez, durante el congreso “Diálogos Judiciales Internacionales: control de convencionalidad y migración. Tendencias y desafíos”, realizado el 22 de septiembre de 2016 en Villahermosa, Tabasco.

²²⁸ Ley de la Comisión de Derechos Humanos, artículo 6, fracciones VII y IX.

incluyen del sector salud, financiero, sistema penitenciario y otros²²⁹, pero parecen ser insuficientes.

Anudado a lo anterior retomaremos “en el ámbito de sus competencias”. Existe un principio bajo el cual se rige la administración pública y es el de legalidad, por lo que una autoridad solo puede hacer aquello que la misma ley le permite hacer.

Si dentro de su manual de operaciones o su marco normativo interno una autoridad administrativa no se encuentra expresamente facultado para realizar determinado acto, no puede actuar más allá sin considerarse un acto arbitrario²³⁰ y al no contar con la capacitación necesaria y conocimientos técnicos de interpretación sobre derechos humanos en su campo de aplicación, difícilmente podría ejecutar actos tendientes a beneficiar las personas.

Además, realizar actos fuera del marco normativo al cual se encuentran constreñidos implicaría incurrir en responsabilidad administrativa.²³¹ Sin embargo, el marco normativo de toda autoridad no solo se limita a la ley y al reglamento en el cual se encuentran sus funciones específicas, también por virtud de los artículos 1° y 133 constitucionales se encuentran obligados a respetar y hacer prevalecer la constitución, como norma suprema de la unión, e incluso generar una aplicación directa de la norma constitucional. Pero los precedentes de la SCJN, como el amparo en revisión 1640/2014 pese argumentar el cumplimiento de la obligación de artículo 1° constitucional referente a reparar violaciones a derechos

²²⁹ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *Cifras sobre actividades, presentación grafica octubre de 2016*, pág. 24, disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/informes/Actividades/2016_oct_PG.pdf>, [1 de noviembre de 2016]

²³⁰ PRINCIPIO DE LEGALIDAD. CARACTERÍSTICAS DE SU DOBLE FUNCIONALIDAD TRATÁNDOSE DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SU RELACIÓN CON EL DIVERSO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD Y EL CONTROL JURISDICCIONAL, 2005766. IV.2o.A.51 K (10a.). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 3, febrero de 2014, p. 2239.

²³¹ RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS.OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO RELATIVO, 185655. 2a. CXXVII/2002. Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, octubre de 2002, Pág. 473

humanos²³², limitan esta posibilidad para que autoridades administrativas realicen un verdadero control constitucional.

Ante esta tesitura surge la interrogante ¿Es posible realizar un control constitucional por parte de autoridades administrativas sin realizar inaplicación de normas? Podemos contestar lo anterior con una afirmativa, pero la forma en que debe realizarse dependerá del tipo de autoridad y el acto concreto de realización pero es posible encontrar ciertos elementos comunes a las autoridades en general.

Es posible ejemplificar lo anterior con dos casos resueltos por el poder judicial de la federación la forma en que podrían actuar autoridades del sector salud en beneficio de las personas buscando así la protección más amplia.

El primero el amparo en revisión 378/2014, en el cual los quejosos, personas con VIH/Sida, argumentaban que el Comité Técnico de Fideicomiso del Sistema de Protección Social en Salud vulneraba su derecho al más alto nivel de salud y a la vida en virtud de que primeramente realizó la aprobación del Proyecto de Remodelación y Equipamiento del Servicio Médico del Instituto Nacional de Enfermedades Respiratorias “Ismael Cossío Villegas”,²³³ posteriormente aprobó la Construcción y Equipamiento del Servicio Clínico para pacientes con VIH/Sida y Co-infección por Enfermedades de Transmisión Aérea por la misma cantidad. Sin embargo, finalmente redujo la cantidad para el proyecto de remodelación ante lo cual acudieron al amparo indirecto.

La autoridad en su informe justificado argumentó la falta de presupuesto, además de que no se vulnera el derecho al más alto nivel de salud por realizarse la remodelación del pabellón en el cual son atendidos. Pero el análisis efectuado por la SCJN verificó que la autoridad solo realizó mejoras menores como pintura y arreglos estructurales de carácter superficial. Además, los quejosos no acudieron

²³² En el caso particular el acto reclamado era la sentencia emitida por el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa en la cual confirma la resolución derivada de un procedimiento de responsabilidad administrativa a un servidor público que había emitido una multa a una empresa, sin embargo el nombramiento del servidor había expirado por lo que procedió a petición de la empresa a cancelar dicha multa. SCJN, amparo directo en Revisión 1640/2014.

²³³ Es menester expresar que este organismo anualmente atiende un aproximado de 170 personas con VIH/Sida y enfermedades respiratorias lo que con otros factores genera un grave riesgo para los pacientes y el personal que los atiende. Amparo en revisión 378/2014, p. 6.

al amparo y protección de la justicia federal por no recibir tratamiento, sino debido a que la no remodelación afectaba la salud de los mismos al no contar con la infraestructura adecuada para la enfermedad de tipo infecciosa que presentaban.

Por lo anterior, la SCJN analizando los artículos 4, CPEUM y 2 y 12 del Pacto de Internacional de Derechos Civiles y Políticos determinó que en caso de que una autoridad alegue falta de recursos, deberá comprobar dicha situación y acreditar que realizó todos los esfuerzos posibles que tiene a su disposición para cumplir ese objetivo. Como efectos, la sentencia ordena a la autoridad responsable realizar todas las medidas para salvaguardar el derecho al más alto nivel de la salud²³⁴ considerando que medida es la más adecuada para ello, es decir, la remodelación, la construcción de un nuevo pabellón o bien las gestiones necesarias para canalizar a otra unidad médica.²³⁵

Este caso nos sirve precisamente para dilucidar ciertas cuestiones, en primer lugar los derechos humanos son exigibles y existe una obligación por parte de toda autoridad de protegerlos y respetarlos. Como segundo elemento las autoridades administrativas, encargadas de ejecutar las leyes, su marco normativo no solo se restringe a la ley y reglamento que los regula, también a la CPEUM y los tratados internacionales suscritos por México, por tanto tienen como elemento común la obligación de utilizar el máximo uso de recursos²³⁶ tanto técnicos como económicos para cumplir esta obligación, y que el hecho de que los recursos sean limitados no constituye una justificación para incumplir dicha obligación, principalmente en cuestiones de grupos vulnerables y situaciones de riesgo.

²³⁴ El derecho a la salud no se limita a prevenir y tratar una enfermedad, sino que atento a la propia naturaleza humana, va más allá, en tanto comprende aspectos externos e internos, como el buen estado mental y emocional del individuo, es decir, se traduce en la obtención de un determinado bienestar general integrado por el estado físico, mental, emocional y social de la persona, del que deriva un derecho fundamental más, consistente en el derecho a la integridad físico-psicológica. *Ibidem*, p. 25.

²³⁵ *Ibidem*, pp. 62 y 63.

²³⁶ Sobre el máximo uso de recursos puede consultarse: VÁZQUEZ, Daniel y Sandra Serrano, "Contenido esencial, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles", en CERVANTES ALCAYDE, Magdalena y otros (*coords.*), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?*, debate abierto a propósito de la reforma constitucional de derechos humanos, México, Suprema Corte de justicia de la Nación IJJ-UNAM, 2014, pp. 191 a 212.

Si bien este amparo versa sobre autoridades del sector salud y a un derecho humano en específico estos criterios son extensibles a cualquier autoridad y sobre la protección a cualquier derecho humano.

El segundo ejemplo es el recurso de inconformidad 49/2014 resuelto por la Primera Sala de la SCJN, en el cual el recurrente impugnaba el acuerdo en el cual se daba por cumplimentada la sentencia de amparo en contra del Ayuntamiento y el Director del Sistema de Agua y Saneamiento de Xochitepec, Estado de Morelos. Dicha sentencia ordenaba a las autoridades cumplieran con el derecho de la quejosa de acceso al agua y saneamiento²³⁷, sin embargo la recurrente manifestaba que no se podía dar por cumplimentado en virtud de recibir agua de manera irregular, una vez por semana y únicamente por tres horas mientras que el fallo manifestaba que las autoridades deberían proporcionarle el acceso al agua de forma suficiente, salubre, aceptable y asequible.²³⁸

Además de lo anterior, la recurrente expresó que la Organización Mundial de la Salud ha establecido que la cantidad necesaria que se debe proveer a cada individuo es de entre cincuenta y cien litros diarios. Y por otra parte argumentó la desigualdad en que se provee el servicio del agua en virtud de existir a 500 metros de su domicilio una zona habitacional que cuenta con abastecimiento las 24 horas del día.

Finalmente la Sala resuelve darle la razón a la inconforme en virtud de que las autoridades no cumplieron en cabalidad con la sentencia de amparo, y que la existencia de una toma de agua potable en el domicilio no era suficiente para acreditar que se cumplían con los requisitos de accesibilidad, disposición y

²³⁷ “a). Deberán tomar las medidas necesarias para que el proyecto o programa aludido en la quinta etapa descrita en el oficio reclamado, de inmediato se revise para su autorización por CEAMA [Comisión Estatal de Agua y Medio Ambiente] y, en su caso, se concluya a la brevedad.

b). Deberán realizarse los trámites respectivos, a fin de que el domicilio de la aquí quejosa, tenga acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible, para lo cual necesariamente deberá ser incluido en los proyectos o programas que sobre el particular se realicen; sin que lo anterior implique que la quejosa deba quedar excluida de las obligaciones que todo usuario de agua potable tiene, conforme a las leyes establecidas para tal efecto; y

c). Por tratarse de un derecho humano de primera generación, por las razones apuntadas en la presente ejecutoria, en tanto se da cumplimiento con lo anterior, la responsable deberá abastecer a la quejosa del vital líquido en mención, por medio de pipas”. SCJN, recurso de inconformidad 49/2016, p. 3.

²³⁸ *Ibidem*, p. 8

saneamiento del agua potable de forma suficiente, saludable, aceptable y asequible artículo 4, párrafo 6, CPEUM.

El anterior precedente puede ilustrar que las autoridades no deben actuar de manera indiscriminada al momento de realizar actos que pueden afectar la esfera jurídica de las personas. Anudado a lo anterior refleja que se debe respetar el núcleo esencial de cada derecho²³⁹, sin embargo no es posible protegerlos en un caso concreto cuando se desconoce su contenido y alcance, por lo que es necesario acudir a la doctrina y a precedentes jurisprudenciales que esclarezcan este núcleo esencial a un derecho determinado.

En este sentido, por ejemplo, la Segunda Sala de la SCJN ha emitido una tesis aislada con el rubro DERECHO A LA ALIMENTACIÓN. ELEMENTOS Y FORMA DE GARANTIZAR SU NÚCLEO ESENCIAL, en la cual establece que los elementos que integran el derecho a la alimentación son a) la disponibilidad de alimentos; y b) la accesibilidad a éstos.²⁴⁰

V. Conclusiones

La reforma constitucional en derechos humanos de junio de 2011 es una clara muestra de que el Estado mexicano está comprometido en cumplir las obligaciones internacionales adquiridas con la ratificación de diversos instrumentos internacionales pero la sola modificación de diversos preceptos constitucionales y legales no materializan un cambio real en la aplicación del actual marco normativo existente para la protección de las personas.

Es indispensable que exista una amplia capacitación por parte del Estado a cada una de las autoridades, y que los mecanismos actuales de protección sean

²³⁹ (...) Para determinar los elementos mínimos necesarios para exigir un derecho fundamental, es necesario identificar el denominado "núcleo o contenido esencial de los derechos fundamentales"; esto es, aquella parte del contenido del derecho que es absolutamente necesaria para que los intereses jurídicamente protegidos que le dan vida resulten real, concreta y efectivamente protegidos. De lo que se concluye que las autoridades desconocen la protección a un derecho fundamental cuando por alguna circunstancia su contenido esencial queda sometido a limitaciones que impiden su ejercicio, lo dificultan más allá de lo razonable, o bien, lo despojan de una necesaria protección. DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. SU NÚCLEO O CONTENIDO ESENCIAL, Décima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, 2a. XCII/2016 (10a.), p. 842.

²⁴⁰ Décima Época, Segunda Sala, Tesis Aislada, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 34, Septiembre de 2016, Tomo I, 2a. XCIV/2016 (10a.), p. 836.

eficaces y eficientes. Es menester recordar que la Constitución como norma jurídica fundamental está por encima de cualquier ente y toda autoridad está constreñida a lo establecido en ella. De lo anterior se desprende que las autoridades deben realizar una aplicación directa de la misma pero hoy día por los diversos criterios de la SCJN sería difícil. De estos criterios encontramos diversos que son susceptibles de crítica desde la academia por considerarse de carácter regresivo y no progresivo sin embargo, los criterios jurisprudenciales son susceptibles de ser modificados por nuevos precedentes.

También podría ser preferible que el Poder Legislativo estableciera el parámetro y subsanara algunas lagunas legales de interpretación y no delegue esta facultad al Poder Judicial pero de hacerlo con falta de técnica legislativa podría ser contraproducente.

Ahora bien, cinco años después de la reforma el legislador podría retomar algunos de los elementos de la jurisprudencia e integrarlos a la legislación, como lo realizado con los precedentes en amparo que fueron tomados para la ley publicada en abril de 2013²⁴¹ y así establecer cuáles son las facultades que tienen las autoridades formal y materialmente administrativas.

Este es un tema aun por analizar a la luz de la reforma de 2011 y la permisibilidad de poder inaplicar una norma por parte de autoridades administrativas probablemente generaría una mayor protección a los derechos humanos sin necesidad de siempre llegar a una sede de carácter jurisdiccional, sin desconocer que podría afectar principios como el de legalidad y certidumbre jurídica. Mientras tanto, las autoridades administrativas cuentan con un modelo de interpretación que necesita del conocimiento de precedentes para conocer los alcances y criterios sobre un derecho en particular, lo que conlleva nuevamente a hablar de una capacitación.

Sin duda alguna aún existen cuestiones posteriores a esta reforma constitucional que requieren un análisis y el debate se encuentra abierto y con los diversos precedentes poco a poco se dará respuesta.

²⁴¹ CORZO SOSA, Edgar, Nueva Ley de Amparo estudio introductorio, México, Tirant lo Blanch, 2013, p. 11.

VI. Bibliografía

ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio, *El nuevo modelo de control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en materia de derechos humanos a partir de la reforma de 2011, Según dos perspectivas antagónicas “internacionalistas” vs “nacionalistas”*, 1ª edición, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, México, s/a.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, *Control de Convencionalidad, Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 7*, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/controlconvencionalidad8.pdf>

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, *La división de poderes y la función jurisdiccional*, IJ-UNAM, Revista Latinoamericana de Derecho, número 7-8.

CORZO SOSA, Edgar, *Nueva Ley de Amparo estudio introductorio*, México, Tirant lo Blanch, 2013.

----- *La interpretación conforme y la interpretación de conformidad*, México, Revista amparo fiscal y administrativo, junio 2013, disponible en: http://www.edgarcorzo.com/wp-content/uploads/2013/05/revista_amparo.jpg.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón y Roberto Lara Chagoyan, *¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible?*, México, Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 32, enero-junio, 2015

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos, *La aplicación por parte de las autoridades administrativas del control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*, México, IJ-UNAM, Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional, número 33, julio-diciembre, 2015,

FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 40ª edición, 1934.

ROLDÁN XOPA, José, *Derecho Administrativo*, México, Oxford University, 2008.

CERVANTES ALCAYDE, Magdalena y otros (coord.), *¿Hay justicia para los derechos económicos, sociales y culturales?, debate abierto a propósito de la reforma constitucional económicos, sociales y culturales?*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación IJ-UNAM, 2014.

Sentencias

Corte IDH, Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, Sentencia de 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

-----, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014.

SCJN, expediente varios 912/2010.

-----, contradicción de tesis 293/2011.

-----, contradicción de tesis 299/2013.

-----, amparo en revisión 378/2014.

-----, amparo en revisión 1640/2014.

-----, recurso de inconformidad 49/2014.

LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS INFRACCIONES ADMINISTRATIVAS
DE CARA A LA DOGMÁTICA PENAL

*THE LEGAL NATURE OF ADMINISTRATIVE INFRACTIONS OF FACE TO
PENALTY DOGMATIC*

GUILLERMO RÍOS GUERRERO²⁴²

Resumen. Frente al problema casi insoluble que supone diferenciar la naturaleza jurídica de las infracciones y sanciones administrativas, por una parte, de los delitos y penas, por otra, la doctrina Alemana e Italiana han presentado diversas soluciones a lo largo de la historia. Dichas soluciones serán analizadas en este artículo con el propósito de dar cuenta de la razón de que exista una diferencia incompatible entre tales materias desde la revisión de los principios que inspiran la aplicación de las materias penal y de la materia administrativa.

Abstract: Faced to the almost indissoluble problem of differentiating the legal nature of administrative Infractions and penalties, on one side, crimes and penalties, on the other, the German and Italian doctrine have presented several solutions throughout history. These solutions have been analyzed in this article with the purpose of explaining why there is an incompatible difference between such matters starting from the revision of the principles that inspire the application of criminal matters and administrative matter.

Sumario. I. Introducción; II. Tesis Sustancialista centrada en el Derecho Penal de Policía; III. Tesis Sustancialista del Derecho Penal Administrativo; IV. Tesis Formalista; V. Principios del orden penal aplicables a las sanciones administrativas; VI. Conclusión.

Palabras clave. Dogmática penal; tesis sustancialista; tesis formalista; infracciones administrativas; policía; antijuridicidad; antiadministratividad.

Keywords. Criminal dogma; substantialist thesis; formalist thesis; administrative infractions; police; wrongfulness; antiadministratividad.

²⁴² Alumno de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.
Mail: guillermoriosguerrero@outlook.com

I. Introducción

En este trabajo se esbozarán algunas soluciones teóricas que la doctrina alemana e italiana, han propuesto para diferenciar la naturaleza jurídica de las penas y las sanciones por infracciones administrativas. Para ellos, nos apoyamos en el estudio que sobre el tema realiza el Dr. Eduardo Cordero Quinzacara²⁴³, catedrático de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile.

Podemos agrupar las tesis que han tratado de dar una respuesta a este problema en tres grandes grupos:

A) la tesis sustancialista centrada en el Derecho Penal de Policía, cuyo representante es Feuerbach²⁴⁴;

B) la tesis sustancialista del Derecho Penal Administrativo, representada por Goldschmidt²⁴⁵;

C) y la Tesis Formalista o de la identidad ontológica de estos ilícitos, en donde destaca Merkl^{246, 247}.

II. Tesis sustancialista centrada en el Derecho Penal de policía

La tesis sustancialista centrada en el Derecho Penal de Policía²⁴⁸ explica que la figura del delito atiende a un ataque a los derechos subjetivos, ya sea lesionándolo o poniéndolo en un peligro concreto; en tanto, las infracciones administrativas constituyen únicamente un injusto policial, creado sólo por el Estado y, por tanto, no un injusto “natural” o “genuino”. De esta manera, Feuerbach propone la idea de un derecho penal de policía independiente al derecho penal en general.

Estas consideraciones son utilizadas por Feuerbach en su Proyecto de

²⁴³ CORDERO QUINCAZA, Eduardo. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, Revista de Derecho Valdivia, VOLUMEN XXV - No 2. Diciembre 2012.

²⁴⁴ Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach. (1775-1833) fue un criminalista y filósofo de origen alemán.

²⁴⁵ James Paul Goldschmidt (Berlín, 17 de diciembre de 1874 - Montevideo, 28 de junio de 1940) fue un jurista alemán que realizó importantes contribuciones al desarrollo del Derecho Penal alemán y al procedimiento penal.

²⁴⁶ Adolf Julius Merkl fue alumno de Hans Kelsen y con esto uno de los representantes más importantes de la Escuela de Viena.

²⁴⁷ *Ibid.*, p. 134.

²⁴⁸ Entendiendo por policía el buen orden que se observa y guarda en las ciudades y repúblicas, cumpliéndose las leyes u ordenanzas establecidas para su mejor gobierno.

Código Penal Bávaro, dónde define las contravenciones de policía como “acciones u omisiones que en verdad no lesionan en sí y por sí mismo derechos del Estado o de un súbdito, pero que, sin embargo, son mandadas o prohibidas bajo pena a causa del peligro para la seguridad y el orden jurídico”²⁴⁹.

Sin embargo, casi al final de su vida se replantea la idea de la existencia de un Derecho Penal de Policía independiente, llegando a sostener que las infracciones de policía, por la gravedad fáctica que entrañan, podrían significar la aplicación de auténticas penas. El problema lo examina a partir de la Constitución y de las garantías que tienen las personas (libertad, propiedad) sujetas a protección judicial. Así expresará:

“¿Qué es lo que puede quedar en cuanto libertad civil y garantía de los derechos en un Estado, donde no son los tribunales, sino funcionarios de policía los que pueden condenar a los ciudadanos a penas de multa de hasta quinientos florines, a la pérdida de su industria ... a prisión ...? la respuesta se encuentra en la pregunta”²⁵⁰

Dentro de esta misma corriente Christian Köstlin²⁵¹, de influencia hegeliana, centró la distinción en el objeto: los delitos tiene un objeto que es “en y por sí injusto”, mientras que las infracciones de policía tienen por objeto “lo peligroso”.

Podemos observar que son dos los elementos que configuran la tesis sustancialista en examen, por un lado el concepto de peligrosidad y por el otro la gravedad de las sanciones aplicables. Fue lo equivoco de dichos conceptos lo que dio lugar la negación de cualquier diferencia teórica entre la sanciones administrativas y las penas, en materia criminal.

Así, finalmente en esta etapa, la doctrina terminó negando la existencia de un derecho penal policial distinto al criminal, así, Binding²⁵² denominó a la legislación de policía como autentica legislación penal, centrado en la idea que el

²⁴⁹ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 135.

²⁵⁰ VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter, citado por CORDERO QUINZACARA, *Eduardo. ibid*, p. 135.

²⁵¹ Cristiano Reinhold Köstlin. (1813-1856) fue un jurista penal alemán.

²⁵² Karl Ludwig Lorenz Binding(1841-1920) fue un alemán jurista conocido como un promotor de la teoría de la justicia retributiva.

derecho penal castiga determinadas acciones por atacar un bien jurídicamente protegido, de lo cual no escapa el derecho penal de policía, dado que el orden y la seguridad jurídica pueden ser considerados, también, como un bien jurídico.

Inspirada en estas ideas, mediante la Ordenanza Procesal Penal del Reich de 1 de febrero de 1877, Alemania estableció un proceso judicial común para la imposición de cualquier pena o sanción, tanto en el caso de las contravenciones como en el de los delitos. Al existir un proceso judicial que sanciona por igual a todas las acciones punibles, no hubo lugar para considerar la sustantividad del derecho penal de policía.

III. Tesis sustancialista del Derecho Penal Administrativo

Combatiendo las conclusiones a las que había llegado Binding, nació la tesis sustancialista centrada en el Derecho Penal Administrativo, que se nutre principalmente de las consideraciones de *Goldschmidt* sobre el tema.

Es necesario precisar que en esta etapa estamos frente a una sociedad industrializada y frente a un Estado Social o de bienestar en el que el gobierno tiene una mayor intervención en la sociedad “Frente al Estado liberal que resguarda los derechos individuales o bienes jurídicos frente a los peligros, el aparato público pasa a cumplir una función más amplia destinada a cuidar y asegurar el bienestar de la comunidad.”²⁵³

Así, a los deberes de civilidad de todos los hombres como integrantes de una comunidad, se suman los deberes de participar en la prevención de los peligros bajo cuya amenaza se encuentra el Estado, así como se le impone el deber de participar en la promoción del bien común.

En consecuencia, ahora es posible dividir, por un lado, el ámbito de la libertad individual del ciudadano, de aquella esfera de actividades que corresponde su pertenencia a una comunidad política. Ambos ámbitos imponen al hombre el deber de respetar y fomentar el buen orden y ambos ámbitos son susceptibles de ser afectados por el libre albedrío del ciudadano.

Esta separación lleva a Goldschmidt a establecer diferencias en la naturaleza

²⁵³ CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Op. cit.*, p. 136.

jurídica de una y otra infracción, así como a diferencias entre las consecuencias jurídicas que derivan de una u otra, y a explicar la separación que existe entre Justicia y Administración.

Goldschmidt señala que en los delitos el elemento característico es la *antijuridicidad*, que se traduce en un daño de bienes jurídicos portadores individuales de voluntad, es decir estamos en la esfera de libertad de la persona en cuanto a deberes que le corresponden al particular como individuo; mientras que la violación de las infracciones administrativas conlleva una *antiadministratividad*, que se traduce la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado dirigida a la promoción del bien público.

Así, el injusto administrativo es un fenómeno circunscrito a la esfera del Derecho Administrativo. Además, es consecuencia de la omisión del ciudadano en su deber de apoyo o de ser auxiliar de la Administración en la prevención de los peligros y en la promoción del bienestar social. Siguiendo estos postulados Goldschmidt va a sugerir que las contravenciones deben ser juzgada por la propia Administración y no por el Poder Judicial, propuesta a la que no acompañará el Legislador positivo Alemán.

Al profundizar en lo anterior, Goldschmidt va a encontrar que la separación es relativa, hay infracciones administrativas que pueden llegar a convertirse en delitos con el paso del tiempo, como consecuencia de que el ordenamiento jurídico eleve a la forma de bienes jurídicos determinados elementos del bien público.

De esta manera es preciso separar los bienes jurídicos en:

- a) primarios: portadores individuales de voluntad y
- b) secundarios: como un medio de protección de bienes jurídicos primarios, *vgr.* Moralidad, religión, salubridad, medio ambiente

Partiendo de estos postulados, Goldschmidt va a definir el Derecho Penal Administrativo como:

“el conjunto de aquellos preceptos por medio de los cuales la Administración del Estado a la que se ha confiado la promoción del bien público o del

Estado, enlaza, dentro del marco de la autorización jurídico estatal, en forma de preceptos jurídicos, una pena como consecuencia administrativa a la contravención de un precepto administrativo como tipo”²⁵⁴

Robusteciendo sus consideraciones, desde un punto de vista formal, Goldschmidt, plantea que la pena administrativa es propia de la actividad administrativa y es aplicada por la Administración del Estado mediante un acto administrativo. A diferencia de los delitos jurídicos, que son aplicados por la autoridad judicial, mediante un procedimiento que culmina con una sentencia.

La consecuencia es que la infracción administrativa es un poder peculiar e incluso originario de la Administración cuya aplicación es independiente la autoridad judicial. Pero más allá de esto llega a sostener que no debiera ser la Administración misma la que debe aplicar estas sanciones, sino que deben existir tribunales administrativos, por supuesto distintos de los judiciales, como un mecanismo de protección y garantía de los ciudadanos.

La tesis sustancialista centrada el en Derecho Penal Administrativo, encontrará un apoyo en las consideraciones de Erik Wolf²⁵⁵ quien planteó desde un punto de vista ético que en las sanciones administrativas no existe una desaprobación en contra de su autor: “El autor no es socialmente dañoso o peligroso, sino socialmente descuidado”. En este sentido, para él, el Derecho Penal Administrativo es derecho penal en sentido formal, por compartir el mismo procedimiento para su aplicación, pero derecho administrativo en sentido material.

También Ranelletti²⁵⁶, desde Italia, apoyará la visión de Goldschmidt planteando que la diferencia entre *leyes penales* y *leyes de policía*, estriba en determinar si la sanción tenía por objeto la tutela inmediata del Derecho o su tutela mediata. Será una tutela inmediata por una ofensa efectiva o potencial a un bien jurídico determinado o el no cumplimiento de un deber específico En cambio, las leyes de policía tienen por objeto evitar posibles ofensas al orden jurídico, una tutela mediata.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 137.

²⁵⁵ Erik Wolf (1902-1977) Fue un filósofo del derecho y jurista penal y canónico.

²⁵⁶ Oreste Ranelletti (1868 - 1956) fue un jurista italiano .

IV. Tesis formalista

Luego, de las críticas a las tesis sustancialistas se creó la tesis formalista, nutrida de las consideraciones de Hans Kelsen, cuyo principal exponente es Adolf Merkl, que parte de la identidad ontológica que existen entre delitos e infracciones por una parte y penas y sanciones por la otra.

Merkl parte de la base de un hecho empírico: la realidad no da cuenta de una pretendida sustantividad de la infracción. “El análisis histórico y comparado pone de relieve que muchas veces una acción criminal es tratada en otro tiempo y lugar como infracción administrativa, por tal razón Merkl afirma que esta circunstancia da cuenta que la configuración de una y otra depende siempre de la libre disposición del legislador. Por tanto, es una “idea quimérica” suponer que existirían elementos sustanciales que nos permitan distinguir entre ambos tipos de ilícitos”²⁵⁷.

Así este autor pone el acento en los elementos externos de las infracciones administrativas:

“a) Es una potestad entregada expresamente por el legislador, quien configura el ilícito, determina la sanción y entrega su conocimiento y determinación a la Administración;

b) Está sujeta al régimen jurídico que es propio de la Administración del Estado: el Derecho administrativo;

c) En su aplicación, se requiere de un procedimiento administrativo previo al cual se debe sujetar cada una de sus etapas;

d) La determinación de la infracción, la responsabilidad y la correlativa sanción se establece mediante un acto administrativo.”²⁵⁸

Las críticas que sobrevienen de la mano con la tesis formalista hacia las dos escuelas anteriores podemos dividir las en dos argumentos.

El primero de ellos trata que las escuelas sustancialistas al considerar que los ilícitos administrativos no dan lugar a una lesión o a la puesta en peligro

²⁵⁷ CORDERO QUINZACARA, EDUARDO, *Op. ci.*, p. 139.

²⁵⁸ *Idem*

concreto de un bien jurídico, como ocurre con los delitos, se muestra indolente al dar a entender que estas conductas son indiferentes desde un punto de vista ético y social.

El segundo argumento critica de las tesis sustancialistas el que necesariamente excluyen del ámbito de los ilícitos administrativos el concepto de bien jurídico, colocando como objeto de protección el interés de la Administración, siendo que es muy difícil separar cuando está en juego dicho interés o un bien jurídicamente valioso. “En otros ordenamientos la cuestión queda aún más de manifiesto, como ocurre en el Derecho español, en donde una misma conducta es sancionada como delito o contravención administrativa dependiendo de la cuantía”²⁵⁹

A pesar de los contundentes argumentos formalistas, esta tesis no deja de causar inconformidad por la enorme libertad que otorga al legislador para determinar que conductas serán tratadas como delitos o como simples contravenciones, incluso pudiendo jugar con ellas generando las más diversas variantes, lo cual violenta no solo el principio de la separación de los poderes del Estado, sino una garantía que es fundamental a todo el sistema, como es la libertad de las personas, que es lo que en definitiva se encuentra bajo una latente amenaza.

Existe, además, una natural y justificada desconfianza al legislador, al reconocerle, sin mayores limitaciones, el poder de configurar libremente dichos ilícitos, no solo por el hecho de que las sanciones que se pudieran aplicar en la sede administrativa resulten ser más graves de las que se proyectan en sede penal, sino por la falta de respeto a las garantías y derechos humanos que asisten a toda persona en dichos ámbitos.

Una variante importante de la tesis formalista lo constituye la tesis cuantitativa, según la cual es la gravedad de la sanción la que determina si estamos frente a un delito o a una mera infracción administrativa. Esto sigue suponiendo que corresponde al legislador trazar la frontera entre ambas, valorando la gravedad de la conducta y estableciendo la sanción correlativa. Esta

²⁵⁹ *Idem.*

es la posición planteada por importantes autores alemanes, como Roxin y Jakobs. En el mismo sentido se pronuncia en España José Cerezo Mir.

Podemos observar que a pesar de la solución rígida y formal que dan al tema, siempre subyace a esta tesis cierta idea sustancialista que apunta a la significación ético-social del injusto.

Para nosotros, las consecuencias reales que involucra este problema no sólo es poner el acento en que la mayor o menor gravedad de las sanciones administrativas o en la mejor o peor consideración social y ética de la conducta infractora, con relación a las penas, sino de:

- comprender desde el punto de vista jurídico-constitucional cómo se explica la existencia de dos manifestaciones del poder punitivo del Estado

- la función y límites que tiene el legislador en la configuración de estos ilícitos

- y especialmente, el respeto de los derechos humanos y las garantías que le asisten a toda persona frente al *ius puniendi* estatal, las que tradicionalmente se encuentran mucho más atenuadas en el ámbito administrativo y, en algunos casos, francamente no existen.

Este tipo de problemas no pueden ser resueltos desde la tesis formalista pues exigen la clara y correcta delimitación de la naturaleza jurídica de los delitos y penas por una parte, y de las infracciones y sanciones administrativas, por otra.

Así el problema principal que resulta del análisis de las doctrinas comentadas redundante en una cuestión no solamente dogmática, sino profundamente práctica: “la conceptualización de los delitos/penas y las infracciones/sanciones administrativas se ha transformado en una cuestión fundamental al momento de establecer cuáles son los principios y, especialmente, las garantías que están en juego respecto de las personas que se le imputan dichos ilícitos.”²⁶⁰

Dado lo insatisfactorio que resultan, al fin de cuentas, las soluciones de la tesis formalista, algunos autores han seguido insistiendo en la idea de buscar elementos sustanciales para la determinación y deslinde de estos conceptos

²⁶⁰ *Ibíd.*, p. 140.

V. Principios del orden penal aplicables a las sanciones administrativas

En la doctrina mexicana, Gissela Morales Nuño²⁶¹, desde la búsqueda de elementos sustanciales que hagan posible la comprensión de la naturaleza de las diferentes expresiones del poder punitivo, ha expresado que tanto en la aplicación de penas o sanciones deberían respetarse los principios del Derecho Penal:

En caso de que resulte comprobada la infracción (administrativa) se debió atender a principios de derecho penal que en todo caso son de los más estrictos requisitos para la afectación de un individuo, en este sentido el Derecho Disciplinario será una manifestación de la potestad o facultad sancionadora del Estado misma que solo puede aplicarse a la luz de los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, proporcionalidad, presunción de inocencia, prescripción, *non bis in idem*, *indubio, pro reo*, principio de defensa, oportunidad, igualdad, imperio de la ley y proceso sin dilaciones indebidas.²⁶²

Así, tanto en la aplicación de penas o sanciones, debería respetarse los principios de legalidad, tipicidad, culpabilidad, principio de proporcionalidad, de presunción de inocencia, de prescripción y de incompatibilidad *non bis in idem*. Estos principios nacen del Derecho Penal pero eso no impide que puedan ser aceptados y compartidos por el Derecho Administrativo, porque ambos sistemas comparten la finalidad última de ser una respuesta eficaz y justa frente a los actos ilícitos

En este apartado estudiaremos, desde el contexto mexicano, como los principios del derecho penal son aplicables a la esfera administrativa. Esto en principio supone no juzgar sobre las diferencias entre la naturaleza jurídica de las penas y las sanciones administrativas pero sí implica dicha diferenciación ineludiblemente. Al proceder de esa manera no hacemos otra cosa que proponer que sólo si los principios del derecho penal son aplicables idénticamente a la

²⁶¹ MORALES NUÑO, Gissela. "Los principios de derecho penal aplicados al derecho disciplinario", Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa, Publicación semestral editada por el Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Núm. 10, año 2012, disponible en: <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/losprincipiosdederechopenal.pdf>> [19/01/2016].

²⁶² *ibíd.* p. 5

esfera administrativas, podríamos concluir que no existe ninguna diferencia entre la naturaleza jurídica de las infracciones y sanciones administrativas frente a los delitos y las penas en materia criminal. La solución de este problema la reservamos para la conclusión de este trabajo.

El primer principio a examen es el de legalidad, que encuentra su fundamento en los artículos 14 y 16 constitucionales que contienen los derechos de audiencia, legalidad y de seguridad jurídica. Este principio implica que nadie puede ser sometido a una investigación o a un procedimiento que no esté determinado y regulado previamente por la ley, además implica que en las dos fases debe respetarse los derechos y garantías del imputado (en materia penal) y del presunto responsable (en la esfera administrativa). También trae aparejada la idea de la legalidad del delito y el de la conducta sancionada, es decir nadie puede ser sancionado si no es con base en una conducta previamente definida en la ley penal o administrativa.

El principio del que hablamos estará reflejado en todo procedimiento administrativo, el cual se tramitará ante la autoridad competente, se sujetará a las etapas y formalidades señaladas legalmente y se instruirá con base en la identificación de la conducta del presunto infractor de alguna hipótesis y que las sanciones derivadas de las responsabilidades administrativas deberán imponerse por las autoridades legalmente facultadas.

En este principio también podemos encontrar el del debido proceso, aplicado al desarrollo de un proceso administrativo, lo cual significa que la persona sujeta a un procedimiento administrativo participará en él con la posibilidad de aportar pruebas y alegatos, de obtener una resolución congruente a ellos y de hacer uso de los recursos o juicio de nulidad establecidos en la ley a su favor.

El siguiente principio que analizaremos es el de tipicidad. En materia administrativa, tratándose de Derecho Mexicano, la “tipicidad administrativa” será la descripción legal de una conducta específica que traerá aparejada una sanción, por ejemplo, en el procedimiento administrativo disciplinario, de acuerdo a la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas, una conducta deberá encuadrarse y vincularse con el incumplimiento de las obligaciones previstas en el artículo 8 de

la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas. Para el caso del Derecho Administrativo, en este caso en su vertiente disciplinaria, la conducta u omisión se adecua a dejar de cumplir con las obligaciones legales de todo servidor público.

En otras palabras, el principio de tipicidad se encuentra vivo en materia administrativa bajo el imperativo de taxatividad que se traduce en la delimitación exhaustiva y precisa de los contenidos de las conductas a sancionar. Aunque debemos admitir que en la práctica supone un amplio reto de perfeccionamiento y nada impediría establecer con mayor claridad y en un sentido positivo las conductas específicas que ameritan una sanción del orden administrativo en lugar de subordinar dichas sanciones a la violación de las obligaciones legales de los servidores públicos pues con ello se deja abierto un amplio margen a la discrecionalidad e interpretación de los supuestos que traen aparejada la ilegalidad.

En tercer lugar tenemos el principio de culpabilidad. Bajo este principio es necesario, para imputar una responsabilidad personal por la ilegalidad de una conducta, demostrar no sólo la existencia de una relación entre un acto con su autor, sino que es indispensable, además, demostrar la existencia de un nexo subjetivo que vincula al autor con su acto, precisamente.

Este principio no aparece de manera clara en las disposiciones que rigen el procedimiento administrativo sancionador pero sin duda se hace cada vez más necesario establecerlo puntualmente para hacer el juicio de reproche que vincula a un autor con su conducta. De momento, dada la extensión de este artículo, nos limitaremos a señalar que encontramos que el respeto a este principio aparece más señalado en el orden penal que en el orden administrativo.

En cuarto lugar está el principio de proporcionalidad. Significa que las sanciones que se impongan será el adecuado resultado de considerar las infracciones cometidas y las particularidades del caso.

Para el caso del Derecho Administrativo, de nuevo tomando como muestra el Derecho Disciplinario, el artículo 14 de la referida Ley señala que para la imposición de las sanciones administrativas se tomarán en cuenta los elementos propios del empleo, cargo o comisión que desempeñaba el servidor público

cuando incurrió en la falta; la gravedad de la responsabilidad en que se incurra y la conveniencia de suprimir prácticas que infrinjan, en cualquier forma, las disposiciones de la ley o las que se dicten con base en ella; las circunstancias socioeconómicas del servidor público; el nivel jerárquico y los antecedentes del infractor, entre ellos la antigüedad en el servicio; las condiciones exteriores y los medios de ejecución; la reincidencia en el incumplimiento de obligaciones, y el monto del beneficio, lucro, o daño o perjuicio derivado del incumplimiento de obligaciones. En este sentido podemos decir que el principio de proporcionalidad es aplicable tanto para el orden penal como para el orden administrativo.

El quinto principio a analizar es el de Presunción de inocencia, que impone que una persona no es responsable de la conducta que se le impute hasta que no exista una sentencia condenatoria o una resolución administrativa que lo sancione.

Tanto en materia Penal como en materia Administrativa es vigente este principio, con algunas excepciones. Por ejemplo, de nuevo en materia disciplinaria, el servidor público podrá ser suspendido de su empleo, cargo o comisión, ya sea previo o posterior al citatorio que se hace al inicio del procedimiento disciplinario, en consideración al buen desempeño de la Administración Pública.

En sexto lugar está el principio de prescripción, el medio de adquirir derechos o librarse de obligaciones por el transcurso del tiempo. En materia administrativa encontramos que este principio se refiere a:

la extinción de las facultades de la autoridad administrativa para imponer sanciones en un asunto específico, lo cual no necesariamente significa que no se pueda intentar por otras vías como la civil o penal.²⁶³

Por último está el principio de *non bis in ídem*. El artículo 23 y 109 de la Constitución establecen que no es posible duplicar un mismo tipo de sanción por una sola conducta, sin que ello impida para que una misma conducta se originen dos o más tipos de responsabilidades, de manera que una vez puesto fin a un

²⁶³ *Ibíd.* p. 9

procedimiento, sea cual fuese su naturaleza, no podrá iniciarse otro de la misma materia en la cual ya se concluyó si se invocan los mismos hechos, actos o conductas, de manera que con motivo de un mismo hecho no pueden existir dos procesos diferentes. Sin embargo, nada impide que por un mismo hecho puedan ponerse en marcha varios tipos de responsabilidades, pues son independientes, sin que medie incompatibilidad entre uno u otro procedimiento.

A la luz de lo anterior podemos aclarar que en materia de responsabilidad administrativa pueden coexistir otros tipos de responsabilidad, como la penal y civil, lo cual no podría concebirse si ambas sanciones fueran idénticas y los poderes de los que emanan, en virtud del principio *non bis in ídem*.

Aunque existen otros importantes principios del orden penal que valdría la pena analizar para examinar su compatibilidad con la materia Administrativa, como lo son el principio de *indubio, pro reo*; el principio de defensa; el de oportunidad; el de igualdad y el de imperio de la ley; basten los principios ya estudiados en esta sección para dar cuenta de que la existencia de un número indefinido de situaciones en que los principios que tutelan la esfera jurídica del gobernado en materia penal son compatibles con los procedimientos de imposición de sanciones en la esfera administrativa; existen otros casos en los que es dudoso, debido a la falta de previsión en la ley, de otros principios, como el de culpabilidad; y existen otros casos, como en la aplicación del principio *non bis in ídem* en que su aplicación estricta no es compatible con el orden jurídico pues supondría que una vez que se haya aplicado una sanción en la esfera administrativa por la comisión de determinados hechos, no sería posible aplicar una pena en razón de los mismos hechos, o viceversa; lo cual va en contra del espíritu de la Constitución y la ley y afectaría la Seguridad Jurídica que brinda el Ordenamiento Jurídico.

VI. Conclusión

Desde una época anterior a la codificación se ha manifestado el problema de distinguir la naturaleza jurídica de las penas y la de las sanciones administrativas. Grandes juristas han intentado dar una respuesta a este problema que, en algunos momentos, pareciera ser una disputa bizantina pero que, en la actualidad, cobra

una importancia vital para la limitación de las competencias de los Poderes Públicos, la seguridad jurídica de los gobernados y la protección de sus derechos humanos y garantías frente al *ius puniendi* estatal.

Las teorías sustancialistas pretendieron dar una respuesta primero desde el derecho natural y luego desde los deberes del ciudadano hacia su comunidad política, dichas tesis fracasaron en su intento de explicar científicamente tal diferencia y así, la solución contundente pero insatisfactoria del formalismo vino a dominar la escena, permitiendo que el capricho del legislador encontrara libertad para colocar a una conducta una vez bajo las infracciones administrativas dignas de sanción, y otra vez bajo la consideración de delitos y sujetas a una pena.

Hoy día, debemos admitirlo, aún nos encontramos en un estado de indeterminación sobre la verdadera naturaleza de una y otra institución jurídica. Pero, como si el ciclo se repitiera, de nuevo hay tomas de posición rechazando la tesis formalista y poniendo el punto de atención en los derechos humanos y las garantías que se ven involucrados en los principios que acompañan la esfera del Derecho Administrativo Sancionador y el Derecho Penal. Estamos quizá frente al nacimiento de una nueva tesis sustancialista respecto de este tema, esta vez centrada en la diferencia de los principios aplicables a la materia penal por una parte y a la materia administrativa por otra.

Quien escribe acepta dicho proceso, se encuentra del lado de quienes toman posición a favor de una protección cada vez mayor de la esfera jurídica de las personas frente al *ius puniendi* estatal, pero no deja de observar que en el terreno de la ley positiva no pueden identificarse la naturaleza jurídica de las sanciones administrativas con la de las penas, por dos razones principalmente. En primer lugar la ley no ha dado el salto cualitativo para aplicar todos los principios del derecho penal, que son más protectores, a la esfera administrativa. En segundo lugar porque hay ciertos principios incompatibles entre la materia Administrativa y la materia Penal que de obviarse provocarían inseguridad y peligro en la sana aplicación del orden jurídico.

Con esto último nos referimos, para dar completa claridad a nuestras conclusiones, que la naturaleza jurídica de las infracciones y sanciones

administrativas, por un lado, y la naturaleza jurídica de los delitos y las penas, por otro, están lejos de ser idénticas, la prueba de ello es que el principio *non bis in idem* no puede tener aplicación tratándose de la imposición de una sanción administrativa y una pena en materia criminal, pues ambas consecuencias jurídicas son aplicables dado que el ordenamiento jurídico exige la aplicación de ambas esferas de responsabilidad. El estudio de los principios que inspiran el proceso penal aplicables en la esfera administrativa, nos ha dado cuenta de que existe una diferencia entre una y otra materia y que dicha diferencia es sustancial, por tratarse precisamente de principios jurídicos.

Por último, ¿Cuáles es la naturaleza jurídica de las infracciones administrativas de cara a la dogmática penal?

Es nuestra convicción de que la tesis positivista, una vez que se han mostrado sus deficiencias, realmente dejó indemne la brillante respuesta formulada por la tesis sustancialista centrada en el derecho penal administrativo sobre esta cuestión, es decir que una infracción administrativa consiste esencialmente en “la peculiar omisión del apoyo a la Administración del Estado dirigida a la promoción del bien público.” Si bien una misma conducta puede adoptar en dos épocas de la historia la categoría de infracción administrativa y luego de delito, como todo contenido de las normas en la historia que merece distinta consideración según las necesidades de una sociedad en el tiempo, nada impide considerar que en el tiempo que merecía el tratamiento de infracción administrativa lo hacía en atención a cumplir con la definición esencial que formuló la tesis sustancialista bajo el concepto de *antiadministratividad* proporcionado por las reflexiones de Goldschmidt.

Bibliografía

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. “El Derecho administrativo sancionador y su relación con el Derecho penal”, *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XXV, Núm. 2, Diciembre 2012, disponible en: <<http://www.scielo.cl/pdf/revider/v25n2/art06.pdf>> [19/01/2016].

MORALES NUÑO, Gissela. “Los principios de derecho penal aplicados al derecho

disciplinario”, *Praxis de la Justicia Fiscal y Administrativa*, Publicación semestral editada por el Centro de Estudios Superiores en Materia de Derecho Fiscal y Administrativo del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Núm. 10, año 2012, disponible en: <<http://www.tfjfa.gob.mx/investigaciones/historico/pdf/losprincipiosdederechopenal.pdf>> [19/01/2016].

EL DERECHO ADMINISTRATIVO FRENTE AL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ²⁶⁴

Resumen. El derecho administrativo experimenta cambios en su conformación y funcionamiento, pues ahora encuentra parámetros de validez más rígidos y vinculantes que la simple legalidad, tales como la Constitución y principios globales o supranacionales. La Administración Pública pasa de ser un ámbito en el que primaba la discrecionalidad, a verse “invadida” por la Constitución, con todas las implicaciones que la misma supone. Este fenómeno puede explicarse a través de la revisión de conceptos tales como el *neoconstitucionalismo*, la *constitucionalización* y la *judicialización* del Derecho, objeto de este ensayo.

Abstract. Administrative law is experiencing changes in its conformation and functioning, now finds parameters of validity more rigid and binding than simple legality, such as the Constitution and global or supranational principles. Public Administration goes from being an area in which discretion prevails, to be "invaded" by the Constitution, with all the implications that it supposes. This can be explained through the revision of concepts such as *neo-constitutionalism*, *constitutionalisation* and the *judicialization* of law, aim of this paper.

Sumario. I. Introducción; II. El neoconstitucionalismo; III. La constitucionalización y la judicialización; IV. Manifestaciones en abstracto; V. Manifestaciones en concreto; VI. ¿Constitucionalización del derecho administrativo o administrativización del Derecho Constitucional?; VII. Conclusiones; VIII. Fuentes de información.

Palabras Clave. Administrativización; constitucionalización; control de la constitucionalidad; Derecho Administrativo; judicialización, neoconstitucionalismo.

Keywords. Administrativization; constitutionalisation; judicial review; Administrative Law; judicialization; neo-constitutionalism.

²⁶⁴ Estudiante de la Licenciatura en Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México y meritorio en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad.
<mmolinah95@gmail.com>

I. Introducción

Una tendencia común en los regímenes jurídicos europeos después de la Segunda Guerra Mundial, con una posterior recepción en América Latina, es la omnipresencia de la Constitución y del derecho constitucional en diversos ámbitos del derecho, así como en la actuación del poder público. El derecho administrativo no ha sido excluido en las manifestaciones de dicho fenómeno, por lo que es menester la reflexión y el ejercicio crítico y propositivo sobre el mismo.

Si bien históricamente se ha dicho que la relación entre el derecho administrativo y el constitucional consiste en que el primero instrumentaliza al segundo, además de que obtiene de él sus bases y principios generales²⁶⁵, ahora el vínculo es más estrecho y trascendente, pues implica el control de la constitucionalidad de la actividad administrativa (entendiéndola a ésta en una forma dual: emisión de reglamentos y decisiones o actos administrativos) en instancias judiciales que cuentan cada vez con mayor autonomía, lo cual se traduce en la fiscalización de sus consecuencias en el goce y ejercicio de los derechos fundamentales de las personas.²⁶⁶

Esto tuvo como antecedente el liberalismo constitucional del siglo XIX, en el cual el Estado de derecho tuvo como pilar el principio de legalidad en el funcionamiento de la administración pública. Este aspecto es considerado por Sabino Cassese como una de las tres fases de legalización de la administración pública. Estando en primera instancia la idea de una administración pública exenta de dar explicaciones de su actuación, en tanto poder autónomo e independiente. Posteriormente, como segunda fase, la administración pública se encuentra ya sometida a la ley. Mientras que la tercera fase es en la que se encuentra sometida

²⁶⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 169.

²⁶⁶ Alejandro Nieto ahonda en estas cuestiones con la idea de que el control nunca puede ser del todo efectivo pues el sujeto controlador es a su vez el sujeto controlado, y aunque estas reflexiones las realiza en torno a una situación *de facto*, en la que el Poder político ejerce determinada presión sobre los jueces, podemos interpretarla también —a título completamente personal del autor de este texto— en el sentido de que en el caso mexicano, no debemos perder de vista que los tribunales encargados de la dimisión de controversias entre particulares y la administración pública son dependientes del propio Poder Ejecutivo. Véase: NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007, p. 143.

a la ley de mayor jerarquía: la Constitución.²⁶⁷ Incluso, se habla ya de una cuarta etapa actualmente en curso: la de la sujeción de la administración pública a principios globales o supranacionales.²⁶⁸

Para efectos de este trabajo queremos centrarnos en tres puntos:

1. Explicaciones del fenómeno del neoconstitucionalismo, de la constitucionalización del orden jurídico y, de manera subsidiaria, el concepto de judicialización.
2. Las manifestaciones en abstracto del neoconstitucionalismo y de la constitucionalización del orden jurídico en el ámbito del derecho administrativo.
3. Las manifestaciones en concreto de estos fenómenos a través de la revisión de precedentes judiciales referentes al control de la constitucionalidad de la actuación administrativa.

II. El neoconstitucionalismo

²⁶⁷ Mauro Capelleti tuvo reservas en este sentido, pues mencionó que la *judicial review of administrative action* era usualmente un simple control de la legalidad. Sin embargo, reconoce como aspectos constitucionales de la justicia administrativa dos supuestos: el de impugnar mediante un recurso constitucional un acto administrativo que lesionara alguna libertad fundamental consagrada en la Constitución, y el caso de Francia, donde los jueces contaban con la facultad de controlar aquellos actos del Ejecutivo que tenían fuerza de ley (los *règlements*). Véase: *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007, p. 385.

²⁶⁸ CASSESE, Sabino, «Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo», trad. de María Elisa Camacho López y Catalina Salgado Ramírez, en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014, pp. 289 - 290. Respecto de lo que Cassese destaca como cuarta etapa, el autor de este trabajo quisiera dejar claro que no pasa por alto que existen fenómenos por los cuales el derecho administrativo encuentra nuevos parámetros de validez y dirección. Fenómenos tales como: la gobernanza global, la cooperación supranacional, etc. Sin embargo, para efectos de este trabajo, quisiéramos centrarnos en lo que sucede en el plano estatal, pues sería también un desacierto dejar de lado las manifestaciones que se gestan en los ámbitos nacionales. Y en este sentido seguimos a Armin von Bogdandy cuando, respecto del concepto *ius constitutionale commune latinoamericanum*, afirma que: “Se admite que el Estado permanece como una institución primordial del derecho público. Ningún autor que promueva el derecho común latinoamericano propaga un derecho público que no reconozca un papel central a las instituciones estatales. Pero también se afirma que éstas no son suficientes: la garantía y el desarrollo de los mencionados principios requieren un Estado abierto e instituciones internacionales fuertes”. Véase «*Ius constitutionale commune latinoamericanum. Una aclaración conceptual*», en von Bogdandy, Armin, et al. (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014, p. 9.

Sería complicado establecer una definición cerrada y absoluta del término “neconstitucionalismo”, sin embargo, lo que sí puede hacerse es tratar de realizar una aproximación basada en las prácticas relacionadas con dicho término. Así, para Miguel Carbonell, cuando hablamos de neoconstitucionalismo, nos referimos a un concepto que pretende explicar un fenómeno reciente en el Estado constitucional, materializado en tres niveles:

1. Textos constitucionales promulgados después de la Segunda Guerra Mundial²⁶⁹ los cuales no se limitan a establecer solamente la división de poderes, sino también amplios y sofisticados catálogos de derechos fundamentales, lo que implicará una nueva configuración de las relaciones entre el Estado y las personas.
2. Como consecuencia de lo anterior, se detona también la actividad jurisdiccional, pues en el tipo de constituciones ya descritas se contempla su garantía en todas sus partes por mecanismos jurisdiccionales y por la consagración de principios y valores, los cuales deben ser objeto de un esclarecimiento hermenéutico para su correcta aplicación.
3. Los avances doctrinarios son particularmente importantes para este fenómeno, pues ante la sofisticación de los elementos anteriormente referidos, resulta necesaria la reflexión teórica para poder explicarlos, e incluso impulsar la creación de postulados normativos o jurisprudenciales desde el ámbito académico.²⁷⁰

III. La constitucionalización y la judicialización

Por constitucionalización del derecho, podemos entender que es el proceso por el cual el ordenamiento jurídico se impregna de las normas constitucionales, condicionando estas últimas su actividad. Es decir, un sistema jurídico constitucionalizado será aquel en el que su Constitución resulta ser omnipresente,

²⁶⁹ Pueden servir como ejemplos la Constitución colombiana de 1991, la española de 1978, la brasileña de 1988, la guatemalteca de 1985, la peruana de 1993, etc.

²⁷⁰ CARBONELL, Miguel, voz: «Neoconstitucionalismo», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, pp. 949-953.

invasora, capaz de condicionar la legislación, la jurisprudencia, la actividad administrativa, así como el enfoque doctrinal.²⁷¹

Por lo que hace al concepto de judicialización, ha de entenderse un concepto de realización implícita en el neoconstitucionalismo y la constitucionalización, es decir, ante la reivindicación de la fuerza normativa de la Constitución, se vuelve necesaria su aplicabilidad directa por los jueces.

Es importante aclarar que dicho fenómeno puede traer consecuencias negativas, potenciales o vigentes, tales como la irrelevancia o debilitamiento del poder legislativo, el debilitamiento de la democracia, la hipermoralización del derecho, la institución de la jurisprudencia como única fuente del derecho, entre otras.²⁷²

Para efectos de este trabajo, es conveniente referirnos a una consecuencia negativa en particular (sin que sea nuestro objeto determinar su estado de potencial o vigente), a saber, la del poder judicial como poder administrador.²⁷³ Es notorio que cada vez más asuntos administrativos se resuelven en sede judicial con una autonomía que le hace sentir al administrado mayor seguridad. Incluso, existe la creencia de que el poder judicial se legitima en razón de si dicta o no sentencias contrarias a los intereses del poder ejecutivo.²⁷⁴ El neoconstitucionalismo y la constitucionalización pueden potenciar la actividad de los jueces, que en nombre de la Constitución, de derechos, principios y valores, dicten sentencias e impongan criterios que orienten o condicionen de forma inadecuada la actividad administrativa.²⁷⁵ Sin embargo, desde luego estamos de acuerdo con la defensa en sede jurisdiccional de los derechos de los administrados contra los abusos del poder administrador amparado en el ejercicio de la discrecionalidad propia de este ámbito estatal.

²⁷¹ GUASTINI, Riccardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, p. 49.

²⁷² En este sentido: VIGO, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2013, pp. 40-59.

²⁷³ *Ibidem*, p. 59.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ *Idem*.

IV. Manifestaciones en abstracto²⁷⁶

Los conceptos referidos con anterioridad se manifiestan en el campo del derecho administrativo principalmente mediante los sistemas y procesos de control jurisdiccional de la constitucionalidad sobre la actuación administrativa. Pero también pueden existir otras manifestaciones, como aquellas de origen legislativo²⁷⁷, por ejemplo.

Y en ese orden de ideas, abordaremos lo referente a las acciones colectivas, pues de su ejercicio pueden resultar consecuencias administrativas, y así el administrado se convierte en verdadero impulsor y orientador de la actividad administrativa, y no tiene más el rol de simple destinatario. Pimiento Echeverri aporta la idea de que las acciones colectivas tienen un doble impacto, pues: « [S]e evidencia la construcción de un sistema de derechos colectivos que influyen de forma decisiva en una nueva comprensión de la actividad administrativa (A), cuestión que ha venido aparejada con la determinación, por la vía legislativa o judicial, de un contenido normativo propio a estos derechos (B)». ²⁷⁸

Una manifestación más es la positivización del derecho humano a la buena administración, que da muestra de esta nueva concepción dinámica, transparente e incluyente del derecho administrativo. Así, como en el caso de las acciones colectivas, el papel del administrado en la vida del estado democrático y constitucional de derechos no se limita exclusivamente a un rol pasivo, sino que es determinante en la actuación de la función administrativa.

²⁷⁶ En este caso, si bien estamos por hablar de cuestiones relacionadas con el control de la constitucionalidad, no nos referimos a los procesos de control abstracto, sino que utilizamos el término *abstracción* en su acepción lógica para fines esquemáticos, que es la “Operación mediante la cual cualquier cosa es elegida como objeto de percepción, atención, observación, consideración, investigación, estudio, etc., y aislada de otras cosas con las cuales se encuentra en una relación cualquiera”. Véase: ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 4.

²⁷⁷ En este punto es preciso evitar la confusión entre *origen* y *forma*. Para una mejor comprensión de las últimas y una consecuente diferenciación oportuna de ambas, véase: NAVA NEGRETE, Alfonso, «Formas de control de la administración pública», en Cisneros Farías, Germán, *et al.* (coords.), *Control de la administración pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 273-285.

²⁷⁸ PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés, «Las acciones populares como instrumento de constitucionalización de la acción administrativa», en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (eds.), *op. cit.*, nota 5, p. 354.

Como ejemplos de esta positivización encontramos la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2007, que en su artículo 41 indica que:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.
2. Este derecho incluye en particular:
 - a) el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente
 - b) el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial
 - c) la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.
4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.²⁷⁹

Otro escenario en el que ha sido plasmado este derecho humano a la buena administración es la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública²⁸⁰, en la cual se señala que:

Los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con

²⁷⁹ Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>

²⁸⁰ Esta carta no constituye un documento jurídicamente vinculante, sino más bien una exposición de los principios generales para la construcción en el plano nacional e internacional del derecho humano a la buena administración pública. En este sentido véase: RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes Del Ciudadano en Relación con Administración Pública», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 18, 2014, p. 21.

equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana.²⁸¹

Un ejemplo más lo encontramos en la Constitución Política de la Ciudad de México, que en su artículo 7, apartado A, indica:

Toda persona tiene derecho a una buena administración y a que las autoridades traten y resuelvan sus asuntos de manera imparcial y equitativa dentro de un plazo razonable, de conformidad con el debido proceso administrativo, a través de mecanismos accesibles e incluyentes; así como a:

- a) Formular peticiones que deberán ser atendidas por las autoridades de forma comprensible y en breve término;
- b) Audiencia previa a todo acto de autoridad que afecte sus derechos, salvo en las materias penal, fiscal, financiera, protección civil y seguridad pública, en los supuestos que señalen las leyes;
- c) Tener acceso a la información pública y al expediente que le concierna, con respeto a la confidencialidad, reserva y la protección de datos personales;
- d) Que las autoridades funden y motiven sus decisiones de acuerdo con las leyes, planes y programas correspondientes; y
- e) La reparación de los daños causados por la actuación de las autoridades, de acuerdo con la ley en la materia.

2. De conformidad con lo que dispongan las leyes, las personas podrán impugnar cualquier acto u omisión de las autoridades que vulnere su derecho a la buena administración, para lo cual será suficiente acreditar un interés legítimo. El Gobierno de la Ciudad de México establecerá un mecanismo ágil y accesible para reparar de forma oportuna el daño derivado de las violaciones al derecho a la buena administración de las autoridades de la ciudad, sus resoluciones podrán ser recurridas ante el Tribunal de Justicia Administrativa.²⁸²

²⁸¹ Artículo 25 de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf>.

²⁸² Constitución Política de la Ciudad de México, disponible en: <http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/589/746/ef5/589746ef5f8cc447475176.pdf>

Es importante mencionar que este derecho a la buena administración pública ha transitado de ser un principio en función de la eficaz administración, a como lo conocemos hoy, un derecho en favor de las personas. En su versión de principio, era de corte programático, un objetivo fijado por la Constitución, dirigido al legislador; en su versión de derecho, expande su trascendencia a toda la comunidad: confiere derechos a las personas, con obligaciones correlativas a cargo de la administración pública.²⁸³

Y respecto del contenido de este derecho, hay que decir que si bien es cierto que la expresión “buena administración pública” podría tener significados variables en diversos ordenamientos, dependiendo de diversos factores, tales como la tradición jurídica de determinado país o región o el avance en el proceso de constitucionalización²⁸⁴, existen denominadores comunes que pueden dotar de contenido a la expresión, tales como los que se encuentran en los ordenamientos citados, que podrían ser la imparcialidad, la equidad y el plazo razonable. Y retomando a Sabino Cassese, podemos agregar: el ser escuchado, obtener una decisión motivada, la defensa a través de un juez, la coherencia, la proporcionalidad y la ausencia de discriminaciones.²⁸⁵

²⁸³ CASSESE, Sabino, *op. cit.*, nota 5, p. 295.

²⁸⁴ Sobre el papel que juegan los significados en el ámbito del derecho comparado, remitimos el análisis que hacen Lucio Pegoraro y Angelo Rinella, al señalar que: “La dimensión lingüística, a este propósito y en primer lugar, asume una relevancia particular. Es fácil dejarse llevar por el engaño de la asonancia de palabras que tienen una raíz común pero que en épocas o en ordenamientos disímiles expresan significados diferentes. Un ejemplo está representado por las leyes orgánicas (“leggi organiche” en italiano, “lois organiques” en francés), que en Francia, España, Rumania y en algunos países de América Latina representan una categoría de leyes aprobadas con procedimientos especiales que afectan a materias particularizadas de la Constitución, pero que en otros ordenamientos son (o eran) simplemente leyes ordinarias que tratan “orgánicamente” una materia. En segundo lugar, prescindiendo de la raíz común del *nomen*, es arriesgado acercarse mediante la micro comparación instituciones que operan en familias jurídicas o formas de Estado diferentes aunque, aparentemente, la estructura es similar o similares son las funciones que desarrollan. Es el caso, por ejemplo, del *ombudsman* escandinavo, que puede estudiarse en paralelo con el *defensor del pueblo* español, pero con la *procuratura* soviética puede hacerse sólo a costa de forzar peligrosamente las cosas. En los ordenamientos del comunismo, de hecho, organismos como éste actuaban en contextos totalmente diferentes de aquellos que caracterizan la forma del Estado liberal-democrática a la que pertenece Suecia, Noruega, Dinamarca, España, pero por supuesto no la ex Unión Soviética y sus satélites”. Véase *Introducción al derecho público comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 69-70.

²⁸⁵ CASSESE, Sabino, *op. cit.*, nota 5, p. 296.

Así, el derecho humano a la buena administración, que es de origen externo (legislativo) a ella, constriñe a la autoridad administrativa a que sus actuaciones sean conformes con este derecho, eliminando o por lo menos controlando de mejor manera la arbitrariedad y excesiva discrecionalidad en sus actuaciones.

V. Manifestaciones en concreto²⁸⁶

Este tipo de manifestaciones las podemos encontrar a través de la revisión de diversas resoluciones judiciales relacionadas con el control de la constitucionalidad de la actuación de la administración pública.

Rebasaría los límites de este trabajo establecer un extenso listado de los mismos, sin embargo, nos centraremos en los que pudieran ser considerados trascendentes.

1. Amparo en revisión 237/2014

En este caso los representantes de la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerable A.C. (SMART), solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (en adelante, COFEPRIS), órgano desconcentrado de la Secretaría de Salud, la expedición de una autorización que les permitiera a ellos y a los asociados de la persona moral el consumo personal con fines lúdicos y/o recreativos del estupefaciente cannabis sativa.

La COFEPRIS niega la solicitud, y los solicitantes presentan una demanda de amparo indirecto ante el Juez Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa en el entonces Distrito Federal, quien niega la protección constitucional.

La parte quejosa interpuso un recurso de revisión, y es así que llega el asunto al Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, que a su vez resolvió que carecía de competencia para conocer de dicho recurso al tratarse

²⁸⁶ Para una mejor comprensión de nuestro trabajo, repetimos la precisión hecha en el punto referente a las manifestaciones en abstracto. Así, *concreto* en la acepción que nos interesa será “Lo contrario de abstracción. Los filósofos dan habitualmente el nombre de C. a lo que se ajusta al criterio de realidad. Por lo tanto, C. no es siempre lo individual, lo singular, la cosa o el ser existente como se podría creer y como es, quizás, el uso común del término”. Véase: ABBAGNANO, Nicola, *op. cit.*, p. 210.

de un asunto en el cual subsistía un problema de constitucionalidad, por lo que se actualizaba la competencia de la SCJN para conocer del asunto.

Es ante la SCJN, cuando la primera sala conoce del caso y otorga el amparo a los quejosos para poder obtener la autorización de la COFEPRIS, en protección de los derechos fundamentales a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación y libertad individual, todos en relación con el principio de dignidad humana.

Tenemos así, un precedente judicial en el cual se muestra el enfrentamiento de los derechos fundamentales ante la autoridad y actividad administrativas, de la cual resulta una “victoria” para los derechos. Expresión inequívoca de constitucionalización del derecho administrativo.

2. Amparo en revisión 2231/97

Antes de abordar lo relacionado con esta resolución judicial y la trascendencia y relación con este trabajo, es conveniente aclarar cuál fue la razón de elegir estos dos precedentes, uno del año 2015 y otro de 1999: evidenciar que si bien el fenómeno de la constitucionalización es relativamente reciente, ha tenido manifestaciones previas a determinadas modificaciones consideradas como paradigmáticas en el ordenamiento jurídico.²⁸⁷

Una vez aclaradas estas cuestiones, pasemos pues, al fondo de la cuestión. Un derechohabiente del Instituto Mexicano del Seguro Social, al estar sometido a tratamiento contra la hemofilia que padecía (específicamente una transfusión sanguínea) contrajo VIH/Sida, por tanto necesitaba medicamentos esenciales para continuar con vida (tales medicamentos no estaban en existencia en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos de 1996, en contravención al derecho a la protección a la salud, consagrado en el artículo cuarto de la Constitución).

Posteriormente, el derechohabiente presenta una demanda de amparo en contra de las siguientes autoridades: el Secretario de Salud, en su carácter de Presidente del Consejo de Salubridad General; el Secretario del Consejo de

²⁸⁷ Entre los que tienen un lugar destacado encontramos la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011.

Salubridad General; el Consejo de Salubridad General; el Presidente de la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; la Comisión Interinstitucional del Cuadro Básico de Insumos del Sector Salud; el Director General del Instituto Mexicano del Seguro Social; el Director de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social; y el Director del Hospital de Especialidades del Centro Médico Nacional del Siglo XXI dependiente del Instituto Mexicano del Seguro Social. Y como actos reclamados: la emisión, aprobación y publicación en el Diario Oficial de la Federación de 15 de noviembre de 1996, del Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos de 1996; y la ejecución de las disposiciones contenidas en el Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos de 1996, en perjuicio del quejoso, particularmente el hecho de que con motivo de la aplicación de dicho Cuadro Básico y Catálogo de Medicamentos de 1996, las autoridades señaladas. Por sí o por conducto de sus subalternos, se abstengan de proporcionar los medicamentos que le son necesarios para el tratamiento del Síndrome de la Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA).

Dicho amparo fue presentado y sobreseído por el Juez Octavo de Distrito en Materia Administrativa en el Distrito Federal, pero posteriormente, por recurso de revisión llegó al pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La Suprema Corte falló definitivamente en el sentido de otorgar la protección constitucional al quejoso bajo el argumento de que el derecho a la protección de la salud, comprende, como servicio básico, la atención médica, que en su vertiente curativa significa el proporcionar un tratamiento adecuado al enfermo, lo que incluye, desde luego, la aplicación de los medicamentos necesarios, obligando así a las autoridades a suministrarlos.

Estamos, pues, ante un precedente judicial en el cual se les impusieron obligaciones a las autoridades administrativas consistentes en encaminar acciones para la protección eficaz de los derechos fundamentales de las personas.

3. Contradicción de tesis 293/2011

Otro precedente judicial del que nos ocuparemos, es la contradicción de tesis 293/2011. Conviene adelantar que lo que queremos rescatar de este precedente para efectos de nuestro trabajo no es el material litigioso del caso, sino otras

cuestiones que resultan bastante ilustrativas para visibilizar la constitucionalización del derecho administrativo y la influencia del neoconstitucionalismo.

En dicha contradicción de tesis podemos observar un conflicto de interpretación normativa entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

En esa dimensión, hemos de enfocarnos en lo concerniente al Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito. Dicho tribunal emitió el siguiente criterio: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”, esto significa que cuando se trate de un conflicto normativo que tenga implicaciones en los derechos humanos que se encuentren en los tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano deben ubicarse propiamente a nivel de la Constitución. Mientras que el tribunal con el que sostuvo la contradicción emitió el siguiente: “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, Este último criterio fue compartido por el tribunal administrativo, aunque interpretando la expresión “utilidad orientadora” en diverso sentido, es decir, una obligatoriedad materialmente hablando. De esta manera es que el tribunal administrativo sostiene que las autoridades del Estado mexicano tienen la obligación de realizar acciones con miras a la protección de los derechos humanos contenidos no solamente en la Constitución, sino en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

En conclusión, este precedente judicial demuestra la emisión de criterios de avanzada²⁸⁸ por parte de los órganos jurisdiccionales especializados en materia administrativa; ejemplo de neoconstitucionalismo, constitucionalización y judicialización del derecho administrativo.

²⁸⁸ “De avanzada” en tanto que se podrían considerar mucho más progresistas en la protección de los derechos.

VI. ¿Constitucionalización del Derecho Administrativo o Administrativización del Derecho Constitucional?

Podría pensarse que los procesos por los cuales algunas ramas del derecho sufren la “invasión” de otras, corren de manera unidireccional, sin embargo, al menos respecto de la rama administrativa y constitucional, no sucede de esa manera; el derecho constitucional también sufre injerencia de la rama administrativa, una suerte de administrativización. Por ejemplo los casos en los que jueces, y particularmente los jueces constitucionales, al ejercer control de la constitucionalidad de actos administrativos o de normas sobre la materia, se permean de conceptos antes ignorados.²⁸⁹

Sin embargo, desde nuestra perspectiva, no podría hablarse de administrativización como concepto que monopoliza el proceso. Es notorio, cuantitativa y cualitativamente, que la constitucionalización prevalece sobre la administrativización, pues basta ver las consecuencias que pudiera tener la inconformidad de determinado acto administrativo con la Constitución: su anulación; mientras que sería difícil siquiera imaginar —podría parecer incluso descabellada la expresión— la anulación de algún precepto constitucional por una inconformidad con determinado acto o disposición administrativa.

VII. Conclusiones

Es evidente que estamos ante un cambio paradigmático en la concepción que se tiene del derecho administrativo y de la administración pública, en la que la persona y sus derechos se posicionan como el centro de toda la actividad estatal y social. Puede decirse que esto es el producto de un nuevo entramado teórico y práctico que influenció a la actividad jurisdiccional y administrativa: el neoconstitucionalismo y la constitucionalización, que mediante la utilización de principios y valores, condiciona dichos ámbitos de actividad, y esto puede ofrecer un derecho administrativo más abierto, transparente y con una discrecionalidad disminuida, dando así mayor seguridad jurídica a las personas.

²⁸⁹ CASSESE, Sabino, *op. cit.*, nota 5, p. 304.

La actividad administrativa se ve ahora sujeta al control de la constitucionalidad de sus actuaciones, además debe realizar acciones encaminadas a la protección y garantía de ciertos derechos fundamentales que le imputan obligaciones a su cargo, evidencia de que las corrientes doctrinarias referidas en este trabajo han permeado el funcionamiento y naturaleza del derecho administrativo.

Tras lo expuesto en este ensayo, podemos advertir una tarea pendiente: construir herramientas óptimas para el progresivo desarrollo de un derecho administrativo garantista. Aunque la forma en la que se desarrolla actualmente significa un reto, de poder hacerle frente y superarlo, se podría gozar de enormes beneficios en el devenir del mismo, pues no podemos imaginar una mejor administración pública que aquella que mantiene una correcta sujeción a la Constitución, es decir, aquella que actúa de manera conforme a todo el engranaje estatal contemplado por ésta, y que vela por los derechos de los ciudadanos.

VIII. Fuentes de información

Bibliografía

ABBAGNANO, Nicola, *Diccionario de Filosofía*, 2a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

CAPPELLETTI, MAURO, *Obras. La justicia constitucional. Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa-Facultad de Derecho de la UNAM, 2007.

CARBONELL, Miguel, voz: «Neoconstitucionalismo», en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *et al.* (coords.), *Diccionario de Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014.

CASSESE, Sabino, «Las tres etapas de la constitucionalización del Derecho administrativo», trad. de María Elisa Camacho López y Catalina Salgado Ramírez, en Montaña Plata, Alberto y Ospina Garzón, Andrés (eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, *Derecho administrativo y administración pública*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

GUASTINI, Riccardo, «La constitucionalización del ordenamiento jurídico», en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 3a. ed., Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

NAVA NEGRETE, Alfonso, «Formas de control de la administración pública», en Cisneros Farías, Germán, et al. (coords.), *Control de la administración pública, Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

NIETO, Alejandro, *Crítica de la razón jurídica*, Madrid, Trotta, 2007.

PEGORARO, LUCIO y RINELLA, Angelo, *Introducción al derecho público comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

PIMIENTO ECHEVERRI, Julián Andrés, «Las acciones populares como instrumento de constitucionalización de la acción administrativa», en Alberto Montaña Plata y Andrés Ospina Garzón (eds.), *La constitucionalización del Derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de Derecho Administrativo*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA, Jaime, «Sobre la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes Del Ciudadano en Relación con Administración Pública», en *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, La Coruña, núm. 18, 2014.

VIGO, Rodolfo, *Constitucionalización y judicialización del Derecho*, México, Porrúa, Universidad Panamericana, 2013.

VON BOGDANDY, Armin, «*Ius constitutionale commune latinoamericanum*. Una aclaración conceptual», en von Bogdandy, Armin, et al. (coords.), *Ius constitutionale commune en América Latina: rasgos, potencialidades y desafíos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2014.

Decisiones judiciales

Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, 10a. Época, Contradicción de tesis 293/2011, t. I, Abril de 2014, p. 96, No. registro 24985. *Disponible en:* <<http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralScroll.aspx?id=24985&Clase=DetalleTesisEjecutorias>>.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9a. Época, Amparo en revisión, t. XI, Marzo de 2000, p. 112, No. registro 192160. *Disponible en:* <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1008000000000000&Apendice=100000000000&Expresion=&Dominio=Rubro&TA_TJ=2&Orden=4&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=3556&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=121&ID=192160&Hi%20=2424&IDs=192157,192158,192159,192160,192162,192164,192165,192166,192167,%20192168,192169,192183,192191,192192,192195,192196,192197,192286,192288,%20192289&tipoTesis=&Semanario=0&tabla>.

Documentos digitales

Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, <http://www.boe.es/doue/2010/083/Z00389-00403.pdf>.

Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf>.

Constitución Política de la Ciudad de México, <http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/589/746/ef5/589746ef5f8cc447475176.pdf>.

SERVIDORES PÚBLICOS Y SISTEMA ANTICORRUPCIÓN

PUBLIC SERVANTS AND ANTI-CORRUPTION SYSTEM

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA²⁹⁰

Resumen. En este trabajo se presentan los resultados de una investigación y estudio sobre el desempeño del Servidor Público como vía de combate a la corrupción, con el objetivo de aportar orientaciones y ampliar la visión en un tema trascendente para la calidad de vida ciudadana y avance democrático. Los aportes que se presentan en este estudio, son producto de la participación del autor como Asistente de Investigador en el área de Posgrado e Investigación Jurídica de la Universidad Autónoma de Baja California.

Abstract. In this work they present the results of an investigation and study on the performance of the Public Servant as route of combat to the corruption, with the aim to contribute orientations and to extend the vision in a transcendent topic for the quality of civil life and democratic advance.

The contributions that they present in this paper are a product of the participation of the author as Assistant of Investigator in postgraduate area and Juridical Investigation of the Autonomous University of Fall California,

Sumario. I. Planteamiento del problema; II. La ética del servidor público; III. Administración Pública y corrupción; IV, Régimen de responsabilidad del servidor público; V. Consideraciones finales; VI. Fuentes de consulta.

Palabras Claves. Servidor público; ética pública; corrupción; régimen de responsabilidad.

Keywords. Public Servant; Public ethics; corruption; regime of responsibility.

²⁹⁰ Alumna de Licenciatura de la Facultad Derecho-Mexicali en la Universidad Autónoma de Baja California, ha colaborado como Asistente en el Área de Posgrado de la misma Universidad y participado como ponente en el Foro para la consulta Democrática Nacional de la Constitución, Región Noroeste.
[rchl.garcia@hotmail.es]

I. Planteamiento del problema

Este trabajo se deriva de una investigación amplia en el Área de Derecho Público y de Ética Pública, que tiene como una de sus finalidades, implementar nuevas aportaciones a la problemática de la corrupción en México, así como la necesidad de una Administración Pública eficaz, como un derecho humano.

Se realiza una reflexión sobre el régimen de responsabilidad del Servidor Público, como un sistema normativo al que debe sujetarse todo Servidor Público en el ejercicio de las funciones que se le son atribuidas por la ley. En su estructura el trabajo se sistematizó en cuatro apartados además del planteamiento y sus conclusiones; en este primer eje temático de esta investigación se reflexiona sobre la ética pública, destacando que esta área surge con la ética misma y que tiene un amplio desarrollo en apoyo de la ciencia política y de la función pública; en un segundo apartado se señala la problemática sobre la corrupción, como el actuar contrario a lo que indica la ética pública, se destacan las referencias sobre algunas estadísticas, y casos graves de corrupción; en el tercer apartado del trabajo se expone brevemente en los límites exigidos para esta ponencia el Régimen de Responsabilidad de los Servidores Públicos en México.

Se afirma que como problema público la corrupción «es compleja y el conocimiento de sus manifestaciones es condición necesaria para establecer instrumentos legales e institucionales para que sean eficaces y efectivos en su combate».²⁹¹ En efecto, la administración pública enfatiza en el presente: la calidad, la eficiencia y la eficacia, entre otros. Emerge así un nuevo paradigma centrado en la receptividad de las necesidades del ciudadano, la transparencia, la rendición de cuentas y como consecuencia el afianzamiento de la ética pública y los valores fundamentales de la convivencia humana.

La administración pública actúa inmersa en la sociedad civil en forma sistemática, convirtiéndose en la actividad organizadora del Estado, para apoyar el desarrollo de una nación independiente. Se parte del principio de que el poder

²⁹¹ CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique (coord.), *Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, disponible en: http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf [29 de julio de 2016].

público debe estar atado a exigencias morales y legales, donde las leyes deben de prever herramientas necesarias para cumplir el cometido de combatir las causas que han generado el incremento de la corrupción en México.

Como consecuencia de la gran corrupción que seguía existiendo en México, surgió la necesidad de la implementación de un sistema que fuera capaz de combatir el fenómeno que ha lesionado nuestra democracia, aumentado la violencia, lastrado nuestra economía y una desigualdad social. El destacado jurista Don Jorge Fernández Ruiz comenta que «cabe hacer notar que la seguridad no es una pretensión exclusiva del ser humano, dado que la comparte con el Estado, pues este también requiere estar a salvo de todo riesgo y peligro, lo que permite hablar de seguridad pública para protección de los seres humanos y de seguridad nacional para la protección del Estado».²⁹²

En efecto, la corrupción daña y atenta contra las formas, en consecuencia, se dio como uno de los resultados la desconfianza hacia los Servidores Públicos, por el mal uso del poder público con el interés de conseguir una ventaja ilegítima.

Así mismo, existe la necesidad del funcionamiento de Instituciones del Estado que sean eficientes y eficaces, en donde resultan como pilares fundamentales para la consolidación de un sistema democrático, en el ejercicio ético de la gestión pública, con un fortalecimiento de los valores que den sustento a la democracia, con el fin de alcanzar respeto pleno de las diferencias de cualquier índole. Es por ello que resulta necesario redimensionar el poder representativo desde una cultura de anticorrupción y transparencia en la gestión pública, con base en los principios de legalidad y legitimidad, a través de la creación de mecanismos capaces de rediseñar la estructura de un sistema que tuviera como principal labor el combate hacia la corrupción.

II. La ética del servidor público

La ética es una guía para la conducta humana, que nos proporciona un criterio para orientar nuestros actos en una línea valiosa. A la ética le incumbe en cuanta

²⁹² FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y Huerta Barrera Teresita Rendón, *El combate a la corrupción desde la perspectiva del Derecho Administrativo*, México, Ed. Universidad de Guanajuato, 2016, p.90.

ciencia, proporcionar los argumentos racionales que justifican una determinada línea de acción.

La ética históricamente ha estado presente en los asuntos de gobierno. «En el ámbito teórico, el desarrollo de las ideas filosóficas reportan sobre los estudios de ética el análisis de su aplicación en el sector público, los trabajos de Platón, entre otros, así lo demuestran».²⁹³ Los gobiernos que se conozcan como justos, deberán tener servidores públicos íntegros, en donde deberán de implementar la ética en su actuar con responsabilidad y eficiencia. Los valores deberán ir ligados en la administración pública, ofreciendo servicios de calidad a la sociedad.

Cuando la ética se aplica en la práctica del servicio público se le asigna el carácter de "ética pública", también denominada ética para la política y la administración pública. La ética pública, explica Adela Cortina que «señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública»²⁹⁴, esta ética, a la que esta autora de vanguardia han llamado la conformación de una «ética de mínimos»²⁹⁵, como consecuencia de un conjunto de valores mínimos que han sido consensuados por la comunidad política, frente a una "ética de máximos" como valores que maximizan los principios y comportamientos humanos «la ética de mínimos se pronuncia sobre cuestiones de justicia exigibles a toda la ciudadanía por permitir la vida buena en el escenario de la polis».²⁹⁶

En efecto, la ética como disciplina científica, ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, favoreciendo la selección de las diversas situaciones que son más convenientes para la colectividad. Se afirma, que la ética pública como disciplina: «Establece los criterios que debe tener en cuenta todo servidor público para llevar a cabo sus funciones con el fin de lograr un bien para la comunidad. La ética pública puede

²⁹³ PLATÓN, *La república*, *Nuestros Clásicos*, colección dirigida por Rubén Bonifaz Nuño y Augusto Monterroso, México, UNAM, 1978, pp. 278-286.

²⁹⁴ CORTINA, Adela, «Intervención» en A.A.V.V., *Jornadas sobre Ética Pública*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública, 1997.

²⁹⁵ CORTINA, Adela, *Ética Mínima*, Madrid, España, Ed. Tecnos, p. 138.

²⁹⁶ VÍQUEZ LIZANO, Diego, *Sobre la posibilidad de una ética como método virtual*; en *El quehacer ético en el Poder Judicial-Persona, Ciudadanía y Trabajo*, San José, Costa Rica, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

comprenderse como un hacer colectivo, como un proceso en el que tanto la colectividad como los individuos generan pautas de conducta que posibilitan un mejor desarrollo de la convivencia, de la autonomía y de la libertad del hombre». ²⁹⁷

La ética pública estudia el comportamiento de los funcionarios en relación con el servicio público, es la ciencia de lo moralmente adecuado al servicio público y de la actuación del funcionario habrá de juzgarse en relación con la finalidad del servicio público. La ética es de gran importancia, actúa como eje central en la impartición del servicio público, teniendo como fin el bien común, es un mecanismo de control que regula el uso del poder público, un factor para el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones.

Adela Cortina, afirma que , «existen diversos problemas morales con los que tienen que enfrentarse los funcionarios públicos en su quehacer cotidiano tales como: la dificultad de tener que atender al mismo tiempo los requerimientos del gobierno y de los ciudadanos; distinguir entre lo discrecional y lo arbitrario; la tentación de utilizar el cargo en función de los beneficios propios; la asimetría entre la administración y el ciudadano; el exceso de burocratización y la falta de transparencia, entre otros». ²⁹⁸

Así mismo, existe una crisis de valores que se refleja en el comportamiento de gobernantes, legisladores y funcionarios, entre otros, donde existe la necesidad de fomentar a la ética como un principio rector del servidor público.

III. Administración Pública y corrupción

A través de la historia se ha demostrado que la humanidad ha creado normatividad e instituciones con el propósito de evitar la corruptibilidad en la función pública, implementando sanciones a quien incurra en ella. La corrupción ha sido un obstáculo para el crecimiento de México, ha debilitado los impulsos

²⁹⁷ NAESSENS, Hilda, Ética pública y transparencia, en Rey Tristán, Eduardo y Calvo González, Patricia (coords.), *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: Congreso Internacional*, Santiago de Compostela, España, Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, septiembre de 2010, p.2114.

²⁹⁸CORTINA, Adela *ídem*.

para combatir la pobreza y la desigualdad, ha quebrantado la eficacia para impulsar el crecimiento económico, propagado el aumento del narcótico, así como la crisis de seguridad en el país.

El impacto que ocasiona la corrupción en la Administración pública es el mal funcionamiento de los órganos del Estado y de sus servidores públicos, la corrupción logra que las instituciones públicas carezcan de legitimación, incrementando un nivel de inseguridad pública, provocando la creación de legislaciones y políticas poco eficaces para poder combatir con ella. Amparo Casar afirma que, «los estudios sobre corrupción se ha planteado con frecuencia que a mayores niveles de corrupción, mayor el desencanto con la democracia. El supuesto detrás de esta afirmación es que la percepción de prácticas ilegales dentro del gobierno genera desconfianza en las instituciones y autoridades y consecuentemente un bajo aprecio o descontento con la forma de gobierno».²⁹⁹

Estamos de acuerdo en que el servidor público deberá actuar conforme a sus competencias, con apego a las normas jurídicas y con la debida ética para poder alcanzar la seguridad jurídica. La función pública satisface las necesidades del Estado, es por eso que cuando sus representantes incurren en alguna falta, se le deberá de sancionar la conducta infractora, como lo indica su ordenamiento regulador.

Es así, como el Estado deposita la confianza en sus servidores públicos, para que puedan cumplir con sus funciones que le son atribuidas, otorgándole mayor seguridad a la colectividad, un incremento de certeza jurídica hacia la sociedad. El servidor público, deberá custodiar los bienes públicos, salvaguardar el bien común y cumplir con la tutela de la justicia.

Para la implementación de un nuevo sistema nacional de anticorrupción, la responsabilidad deberá de ampliarse también hacia las conductas cometidas por empresas, partidos políticos, sindicatos, entre otros. La implementación de nuevas garantías tendrá el propósito de satisfacer las necesidades de investigación y sanciones, la protección de testigos y terceros coadyuvantes, los instrumentos y

²⁹⁹ CASAR, María Amparo, *Anatomía de la corrupción*, México, CIDE, 2015, p.15.

técnicas de investigación, así como los medios de control de las decisiones de la autoridad investigadora.

Carlos Hernández sostiene que, «el servidor público es el puente que comunica actitudes y soluciones de gobierno con necesidades y demandas sociales. Es también el modo en que los consensos se construyen, amplían y consolidan cuando los resultados de la acción gubernamental son positivos».³⁰⁰ En coincidencia, estamos de acuerdo en que un país puede encaminarse hacia la ruina por la ineficiencia de la conducción de los negocios públicos, los gobiernos requieren modernizar sus procesos de gestión teniendo como referencia las reacciones ciudadanas, democratizar a la administración pública, con una orientación eficaz y equitativa, suministrándola de ventajas para el cambio organizacional y así reforzar los pilares fundamentales de la administración pública.

Por su parte, Ricardo Uvalle Berrones, define al gobierno como «la misión de los gobiernos en la sociedad contemporánea, es de importancia vital y creciente. Desarrollan tareas relacionadas con el mejoramiento, conservación y desarrollo de la vida pública y tienden, por cometido, a garantizar las comisiones objetivas que permiten a la sociedad desarrollarse como un cuerpo vigoroso y emprendedor».³⁰¹

Por otra parte, el servidor público se encuentra en una escasa motivación en el empleo público, que se traduce en el ausentismo y pobre calidad en el servicio, el déficit de disposición ante el cambio en las políticas públicas, todo esto teniendo como resultado una productividad que no satisface la verdadera prestación del servicio. La formación profesional del servidor debe de cumplir los nuevos retos y cambios que surjan, en el mejoramiento de la administración pública.

Bajo esta concepción, la Carta Iberoamericana de la función pública fue uno de los primeros documentos de carácter oficial que estableció la importancia de los servidores públicos para la aspiración de lograr un buen gobierno. En ella se proponen cinco principios rectores;« a) igualdad de todos los ciudadanos, sin

³⁰⁰ HERNÁNDEZ Pérez, Carlos Eduardo, *El sistema de mérito en la administración pública de cara en el siglo XXI*, México, Ed. Universidad de Guanajuato, 2015, p. 175.

³⁰¹ UVALLE Berrones, Ricardo, *Institucionalidad y Profesionalización del servicio público en México*, Retos y perspectivas, México, Plaza y Valdés, 2006, p.65.

discriminación de género, raza, religión, tendencia política u otras, b) mérito, desempeño, y capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera y restantes políticas de recursos humanos, c) eficacia, efectividad y eficiencia de la acción pública y de las políticas y procesos de gestión del empleo y .las personas, d) transparencia, objetividad e imparcialidad y e) pleno sometimiento a la ley y al derecho».³⁰²

Por su parte, Marina del Pilar Olmeda explica que, «el régimen jurídico del servicio público en México es amplio y diversificado. En sus contenidos queda comprendido todo el ciclo de desempeño del servidor público, desde la selección, contratación o elección en su caso, capacitación, permanencia, carrera, responsabilidad y separación. Estos contenidos son estudiados por distintas disciplinas jurídicas y a su vez son normados en variadas materias por el derecho, en diferentes codificaciones».³⁰³

Como base normativa de la administración pública, se encuentra la Constitución, las constituciones de las entidades federativas, y en las legislaciones secundarias, de las diferentes materias en donde predominan el constitucionalismo y la administración pública, integrándose dos grandes ejes temáticos, como lo son las responsabilidades administrativas y la del sistema anticorrupción, que debe establecer como base nacional una sistematización de política y acciones de alcance nacional.

El ejercicio republicano de la rendición de cuentas públicas y su fiscalización ha adquirido suma importancia. Esta función ha sido otorgada como facultad constitucional a la asamblea de representantes del pueblo, esto es, al Poder Legislativo. La base constitucional de esta materia se encuentra en el artículo 116 de la Carta Magna mexicana, que a partir de la reforma de año 2008 elevó a rango constitucional la autonomía de las entidades fiscalizadoras locales, como consecuencia de la reforma a este artículo 116 constitucional.

³⁰² CARTA IBEROAMERICANA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, disponible en: <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf>, [4 de agosto de 2016].

³⁰³ FERNÁNDEZ Ruiz, Jorge y Huerta Barrera Teresita Rendón, *op cit.*, p. 251.

Con las reformas constitucionales en materia de responsabilidad pública, que adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley Fundamental sobre combate a la corrupción, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 27 de mayo de 2015, así como con la aprobación y publicación de la legislación secundaria publicadas el 18 de junio de 2016, particularmente la Ley General del Sistema Anticorrupción y la Ley General de Responsabilidades Administrativas, se hace necesario adecuar la legislación local a los altos fines de la legislación nacional.

Es por ello, que aún hace falta avanzar en la fiscalización de las cuentas públicas en las entidades federativas, particularmente en la autonomía plena del órgano fiscalizador, así como en los plazos de revisión de la cuenta pública, razón por la cual aún no podemos sentirnos satisfechos en esta materia. En algunas entidades federativas, esta tarea la realiza un organismo descentralizado con autonomía de funciones. Existe la necesidad de que esta función sea atendida también por un organismo autónomo, es decir, ni por el Ejecutivo ni por el Legislativo, tanto por la necesidad de especialización de la función como por la transparencia y credibilidad de sus resultados.

Así mismo, en el ámbito convencional, se encuentra la Convención de la ONU contra la Corrupción, resolución 58/4 de la Asamblea General de 31 de octubre de 2003, en la que se plantea que: «La corrupción es una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana. Este fenómeno maligno se da en todos los países, grandes y pequeños, ricos y pobres, pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un

factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo».³⁰⁴

En estudios más actuales, sobre corrupción se observa que, en el 2013, la proporción de mexicanos opinaron que existe mucha corrupción en el Gobierno Federal. «Esta opinión creció 10 puntos, al pasar de 67 a 77 por ciento en ese año. El Barómetro Global de la Corrupción 2013 de Transparencia Internacional (TI) reveló que en una escala de 1 a 5 donde 1 significa que la corrupción no es un problema y 5 que es un problema muy grave, los encuestados mexicanos le dieron al país una calificación de 4.72. Peor aún, 72 de cada 100 mexicanos creen que las acciones del Gobierno de México contra la corrupción son inefectivas».³⁰⁵

El servicio público en México ha registrado amplios escándalos políticos que van desde ex gobernadores en proceso de investigación, tráfico de influencias, nexos entre políticos y empresas privadas, video escándalos, moches en la asignación de presupuesto, y recientemente nexos entre funcionarios públicos y el crimen organizado que han trascendido a nivel internacional. La corrupción de la clase política es uno de los fenómenos modernos más lesivos para los Estados modernos porque disminuye la capacidad de los representantes populares para atender las demandas de los ciudadanos. «Por lo que respecta a las estimaciones del Centro de Estudios Económicos del Sector Privado (CEESP), se calcula que la corrupción cuesta alrededor de 1.5 billones de pesos al año».³⁰⁶ En promedio, según la misma fuente, las empresas destinan el diez por ciento de sus ingresos a sobornos y “comisiones” para poder operar».³⁰⁷ Por su parte, el Banco de México y el Banco Mundial coinciden en que « la corrupción equivale al 9% del Producto Nacional Bruto, el INEGI calcula que alcanza un monto de 347 mil millones de pesos al año».³⁰⁸

³⁰⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004, p. iii.

³⁰⁵ RESULTADOS DEL BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN 2013, Transparencia Mexicana (DE, 29 de septiembre de 2014: <http://www.tm.org.mx/presentan-barometro-global-de-la-corrupcion-2013/>, [4 de agosto de 2016].

³⁰⁶ TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Barómetro Global de la Corrupción 2010*, http://webantigua.transparencia.org.es/barometro_global/barometro_global_2010/informe_detallado_sobre_el_barometro_2010.pdf, [10 de agosto de 2016].

³⁰⁷ *Ídem*.

³⁰⁸ CASAR, María Amparo, *ibídem*.

A causa de este problema, en tan solo dos meses, más de cincuenta agrupaciones de la sociedad civil a través de un trabajo colaborativo, con la integración de la iniciativa ciudadana se impulsó el nuevo sistema nacional de anticorrupción. Como requisito formal, para su presentación se necesitaba 104 mil firmas, logrando aportar la importante suma de 634, 431 firmas ciudadanas.

En este sentido, el 27 de mayo de 2015 se publicó la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, con la modificación de 14 preceptos de la ley fundamental mexicana. Así mismo, en el verano de 2016 se publicaron las 7 leyes secundarias que integran el sistema nacional anticorrupción las cuales son:

«1.- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

Esta ley define de qué manera se coordinarán y colaborarán las instituciones encargadas de combatir la corrupción y su funcionamiento como un sistema. Así mismo, establece un Comité Coordinador que determina la elaboración y evaluación de las políticas anticorrupción, como los mecanismos de participación ciudadana.

2.- Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley 3 de 3

Establece las obligaciones que los servidores públicos deberán de cumplir, los tipos de corrupción, así como los procedimientos para la detección, investigación y sanción. Al ser una ley general todos los estados deberán de basar sus leyes en ella.

3.- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa

En esta ley se determina la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal encargado de juzgar los posibles actos de corrupción que investiguen las autoridades, garantizando que un cuerpo autónomo sea quien juzgue las faltas administrativas graves.

4.- Reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Desaparece la Secretaría de la Función Pública (SFP) y la mantiene como el órgano de gobierno encargado del control interno de la Administración Pública Federal. Estableciéndose como uno de los órganos encargados de la investigación de responsabilidades administrativas graves. El cual tendrá como competencia resolver faltas administrativas no

graves, mientras que las faltas graves serán juzgadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. De esta manera, se garantiza que quienes decidan sobre los actos de corrupción no sean subordinados de los acusados.

5.-Reformas a la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación

Esta Reforma dota a la Auditoría Superior de la Federación (ASF) de mayores facultades y herramientas de investigación que permitan una fiscalización en tiempo real de los recursos federales. En ese sentido, por primera vez se permite que se fiscalicen participantes estatales.

6- Reformas al Código Penal

La Ley 3de3 propone la tipificación clara de los actos de corrupción y establece procesos de investigación y sanción específicos. Esto debe reflejarse de la misma manera en adecuaciones al Código Penal para poder sancionar los actos de corrupción graves.

7.-Ley de la Fiscalía General de la República

Para perseguir penalmente los actos de corrupción es necesario crear una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción que tenga autonomía técnica y presupuestar, que cuente con todas las facultades y herramientas de investigación necesarios. Solo así se garantizará una investigación autónoma de los delitos de corrupción».³⁰⁹

IV. Régimen de responsabilidad del servidor público

El Régimen de responsabilidad del servidor público es un elemento esencial para la buena marcha de la administración pública y su buen funcionamiento incide directamente en el enfrentamiento de la corrupción. Este Régimen de responsabilidad incluye un amplio abanico legal para contener las conductas indebidas de los servidores públicos, porque a través de los diferentes ámbitos de responsabilidad, se combaten actos u omisiones en que incurren los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, que pueden ser resarcidas a través de los procedimientos de responsabilidad administrativa, civil, política o penal, en

³⁰⁹ INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, Las siete leyes del sistema nacional anticorrupción, disponible en: http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/las-siete-leyes-del-sistema-nacional-anticorrupcion/, [10 de agosto de 2016].

esta última, las conductas indebidas del Servidor Público son tipificadas como delito en la legislación penal.

En ese sentido, Solís Rodríguez sostiene que «el deber de responder por el cumplimiento o incumplimiento de una obligación, siendo la segunda hipótesis la que generalmente trae aparejada la imposición de una sanción; de esta forma la responsabilidad permite determinar quién debe responder del cumplimiento o incumplimiento mencionados, constituyéndose, por así decirlo, en una obligación de segundo grado que aparece cuando no se cumple con la primera, esto es, cuando se comete un hecho ilícito».³¹⁰

Para el ejercicio de las funciones de las entidades públicas existe un marco normativo que se clasifica en dos grandes rubros: el interno y que está constituido por todas las disposiciones que emite cada entidad pública, como reglamentos de organización y funciones, manuales, directivas, instructivos, entre otros. En el marco normativo externo, comprende la normativa expedida por entes ajenos a la entidad, que son de cumplimiento obligatorio para todas las entidades, por ejemplo; la normativa presupuestaria, la Ley de contrataciones y adquisiciones del Estado, su reglamento, las normas de control, entre otras. Entonces, los funcionarios y servidores públicos incurren en responsabilidad, cuando incumplen algún precepto que guía su gestión.

El Servidor Público deberá de tener un régimen legal de responsabilidad, el cual será una garantía para el fortalecimiento de la seguridad jurídica frente a la sociedad, definiendo de manera clara las obligaciones que tienen al momento de realizar sus funciones como servidores públicos. Las conductas que realiza el servidor al momento de cometer una ilegalidad dentro del ejercicio de sus funciones, afectan al patrimonio del Estado y de la administración estatal, es por ello que en el área penal, los delitos cometidos por servidores son considerados como ilícitos.

Es por ello que la afectación que se realiza, será frente a los bienes del Estado de la administración pública, distinguiéndose otros delitos por el daño

³¹⁰ SOLÍS RODRÍGUEZ, Consejo de la Judicatura Federal: Responsabilidad administrativa, Facultad Disciplinaria y prescripción, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/36.pdf>, [15 de agosto 2016].

económico que causa. Como consecuencia de las recientes reformas realizadas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al Código Penal del Distrito Federal, a la Ley federal de responsabilidades de los servidores públicos y a la Ley federal de responsabilidades administrativas de los servidores públicos, se refleja el objetivo moralizador del legislador, estableciendo modificaciones al sistema tradicional de responsabilidad del servidor público.

En ese sentido, las personas que ejerzan el cargo del Servidor Público, deberán de caracterizarse por su distinción de los otros miembros de la sociedad, donde se espera un mayor sentido de responsabilidad, un gran interés en el servicio, así como la atención y apoyo a las causas colectivas, toda vez que en la realización de sus funciones y actividades utilizan recursos económicos de naturaleza pública, que le son otorgados para el cumplimiento de los fines del Estado.

Los alcances del régimen jurídico de responsabilidad del servidor público en México, es amplio y abarca distintos ámbitos. Esta materia cuenta con un estatus jurídico, en donde se encuentran las responsabilidades de naturaleza penal, política, administrativa y civil.

El Estado constantemente evoluciona, presentando modificaciones a los elementos que lo conforman, esencialmente en los personales; población y gobierno, como en la relación que surge entre ellos; derechos públicos subjetivos, con el fin de crear una consolidación sobre la base del sistema de responsabilidad de servidores públicos.

Así mismo, el control legal de los Servidores Públicos, regula el ejercicio de las funciones y atribuciones públicas que corresponde por medio de mandato legal, a cada uno de los órganos que integran el gobierno, en su defecto, a sus titulares, sin importar el rango, nivel o jerarquía que tengan. Es por ello, que contarán con un procedimiento para establecer un sistema integral contra el combate a la corrupción de los actos de gobierno,

La observancia del procedimiento administrativo, representa una garantía constitucional porque garantiza la satisfacción del interés público a través de la pronta adopción de medidas decisivas por parte de los órganos administrativos, ya

que tal procedimiento se ha instaurado en beneficio tanto de los gobernados como de la administración pública. Esta garantía constitucional proviene de los artículos 14 y 16, que establecen la exigencia de que las autoridades cumplan con las formalidades esenciales del procedimiento y se sujeten al procedimiento establecido en la ley, además de manifestar el fundamento legal y las razones de su actuación (la causa legal del procedimiento) lo que se traduce en un elemento importante para calificar la actuación de la autoridad.

Podemos concluir en este punto, que el procedimiento, es un conjunto de pasos integrado por actos que se ordenan a una finalidad, jurisdiccional. En la materia jurídica procesal se diferencian “Proceso” de “Procedimiento”, en razón de su contenido, se considera que el proceso tiende a la satisfacción de una pretensión por vía jurisdiccional, mientras que el procedimiento, denota el aspecto formal, es decir, la forma que reviste el ejercicio de la acción y que puede darse tanto en materia judicial como en materia administrativa.

Por los criterios de extensión establecidos para la integración de ponencias en este Congreso de Estudiantes, no nos fue posible detenernos en el análisis de las etapas de los procedimientos en el Régimen de Responsabilidad, no obstante, ratificamos que este sistema representa un buen avance como mecanismo eficaz que puede incidir en la corrupción como el peor de los males en México, que se refleja como un fenómeno que actúa como problema ético, y como un obstáculo para el desarrollo nacional.

V. Consideraciones finales

- La Administración Pública actúa inmersa en la sociedad civil en forma sistemática, convirtiéndose en la actividad organizadora del Estado, para apoyar el desarrollo de una nación independiente. Se parte del principio de que el poder público debe estar atado a exigencias morales y legales, donde las leyes deben de prever herramientas necesarias para cumplir el cometido de combatir las causas que han generado el incremento de la corrupción en México.

- La ética es una guía para la conducta humana, que nos proporciona un criterio para orientar nuestros actos en una línea valiosa. A la ética le incumbe en cuanto ciencia, proporcionar los argumentos racionales que justifican una determinada línea de acción. Los gobiernos que se conozcan como justos, deberán tener servidores públicos íntegros, en donde deberán de implementar la ética en su actuar con responsabilidad y eficiencia. Los valores deberán ir ligados en la Administración Pública, ofreciendo servicios de calidad a la sociedad.
- Cuando la ética se aplica en la práctica del servicio público se le asigna el carácter de *ética pública*, también denominada ética para la política y la administración pública. La ética es de gran importancia, actúa como eje central en la impartición del servicio público, teniendo como fin el bien común, es un mecanismo de control que regula el uso del poder público, un factor para el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones.
- El impacto que ocasiona la corrupción es el mal funcionamiento de los órganos del Estado y de sus servidores públicos, la corrupción logra que las instituciones públicas carezcan de legitimación, incrementando un nivel de inseguridad pública, provocando la creación de legislaciones y políticas poco eficaces para poder combatir con ella. El servidor público deberá actuar conforme a sus competencias, con apego a las normas jurídicas y con la debida ética para poder alcanzar la seguridad jurídica. La función pública satisface las necesidades del Estado, es por eso que cuando sus representantes incurren en alguna falta, se le deberá de sancionar la conducta infractora, como lo indica su ordenamiento regulador.
- La responsabilidad del servidor público es un requisito esencial para un buen funcionamiento hacia el enfrentamiento de la corrupción, existe un amplio abanico legal para contener las conductas indebidas de los servidores públicos, porque a través de la responsabilidad penal, se combaten actos u omisiones en que incurren los servidores públicos en el desempeño de sus funciones, las cuales son tipificadas como delito en la legislación penal.

- La observancia del procedimiento administrativo, representa una garantía constitucional porque garantiza la satisfacción del interés público a través de la pronta adopción de medidas decisivas por parte de los órganos administrativos, ya que tal procedimiento se ha instaurado en beneficio tanto de los gobernados como de la administración pública
- Existe la necesidad del funcionamiento de Instituciones del Estado que sean eficientes y eficaces, en donde resultan como pilares fundamentales para la consolidación de un sistema democrático, en el ejercicio ético de la gestión pública, con un fortalecimiento de los valores que den sustento a la democracia, con el fin de alcanzar respeto pleno de las diferencias de cualquier índole. Es por ello que resulta necesario redimensionar el poder representativo desde una cultura de anticorrupción y transparencia en la gestión pública, con base en los principios de legalidad y legitimidad, con la creación de mecanismos capaces de rediseñar la estructura de un sistema que tuviera como principal labor el combate hacia la corrupción.
- El 27 de mayo de 2015 se publicó la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, con la modificación de 14 preceptos de la ley fundamental mexicana. Así mismo, en el verano de 2016 se publicaron las 7 leyes secundarias que integran el sistema nacional anticorrupción.
- El Régimen de responsabilidad del servidor público es un elemento esencial para la buena marcha de la administración pública y su buen funcionamiento incide directamente en el enfrentamiento de la corrupción

VI. Fuentes de consulta

CASAR, María Amparo, *Anatomía de la Corrupción*, México, CIDE-IMCO, 2015.

Instituto Mexicano para la competitividad, Las siete leyes del sistema nacional anticorrupción, disponible en: <http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/las-siete-leyes-del-sistema-nacional-anticorrupcion/>, [29 de julio de 2016].

CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique (coord.), *Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, disponible en <http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf> [29 de julio de 2016].

CARTA IBEROAMERICANA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, disponible en: <<http://old.clad.org/documentos/declaraciones/cartaibero.pdf>>, [4 de agosto de 2016].

CORTINA, Adela «Intervención» en A.A.V.V., Jornadas sobre Ética Pública, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1997

-----, *Ética Mínima*, Madrid, España, Ed. Tecnos, 2003.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge y Huerta Barrera Teresita Rendón, *El combate a la corrupción desde la perspectiva del Derecho Administrativo*, México, Ed. Universidad de Guanajuato, 2016, p.90.

HERNÁNDEZ PÉREZ, Carlos Eduardo, *El sistema de mérito en la administración pública de cara en el siglo XXI*, México, Ed. Universidad de Guanajuato, 2015.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, *Las siete leyes del sistema nacional anticorrupción*, disponible en: <http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/las-siete-leyes-del-sistema-nacional-anticorrupcion/>, [10 de agosto de 2016].

NAESSENS, Hilda, Ética pública y transparencia, en Rey Tristán, Eduardo y CALVO GONZÁLEZ, Patricia (coords.), *XIV Encuentro de Latinoamericanistas Españoles: Congreso Internacional*, Santiago de Compostela, España, Universidad de Santiago de Compostela, Centro Interdisciplinario de Estudios Americanistas Gumersindo Busto; Consejo Español de Estudios Iberoamericanos, septiembre de 2010.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU), *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Nueva York, Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, 2004.

PLATÓN, *La república, Nuestros Clásicos*, colección dirigida por Rubén Bonifaz Nuño y Augusto Monterroso, México, UNAM, 1978, pp. 278-286.

RESULTADOS DEL BARÓMETRO GLOBAL DE LA CORRUPCIÓN 2013, *Transparencia Mexicana*, disponible en <<http://www.tm.org.mx/presentan-barometro-global-de-la-corrupcion-2013/>>, [4 de agosto de 2016].

SOLÍS RODRÍGUEZ, Javier, Consejo de la Judicatura Federal: Responsabilidad administrativa, Facultad Disciplinaria y prescripción, disponible en:

<<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2499/36.pdf>>, [15 de octubre 2016].

TRANSPARENCIA INTERNACIONAL, *Barómetro Global de la Corrupción 2010*, <http://webantigua.transparencia.org.es/barometro_global/barometro_global_2010/informe_detallado_sobre_el_barometro_2010.pdf>, [10 de agosto de 2016].

UVALLE BERRONES, Ricardo, *Institucionalidad y Profesionalización del servicio público en México*, Retos y perspectivas, México, Plaza y Valdés, 2006.

VIQUEZ LIZANO, Diego, *Sobre la posibilidad de una ética como método virtual*; en *El que hacer ético en el Poder Judicial-Persona, Ciudadanía y Trabajo*, San José, Costa Rica, Departamento de Artes Gráficas, 2012.

LA PRIVATIZACIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO DE SALUD, ¿ACIERTO O
ERROR?
THE PRIVATIZATION OF THE PUBLIC HEALTH SERVICE, SUCCESS OR
MISTAKE?

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME³¹¹

Resumen. La deficiencia en la prestación del servicio público de salud en México ha persistido pese a las medidas gubernamentales tendientes a su mejoramiento. La proyección de la privatización de dicho servicio público, hace necesario cuestionar sobre si es o no benéfico, considerando una realidad social donde destacan las deficiencias del sistema de salud, producto multifactorial que es necesario desmenuzar. Así, resulta necesario generar lazos de responsabilidad entre el Estado en tanto prestador y los derechohabientes como beneficiarios, con el fin de identificar las obligaciones correlativas al derecho humano a la salud.

Abstract. The deficiency in the provision of the public health service in Mexico has persisted in spite of the various governmental measures aimed at its improvement. The projection of the privatization of this public service makes it necessary to question whether or not it is beneficial, considering a social reality where the deficiencies of the health system stand out, a multifactor product that needs to be broken down. Thus, it is necessary to create ties of responsibility between the State as provider and beneficiaries as beneficiaries, in order to identify the correlative obligations to the human right to health.

Sumario. I. Introducción; II. El problema de la salud en México; III. El sistema de salud; IV. El servicio público de salud; V. La salud pública; VI. Soluciones; VII. La incidencia laboral; VIII. Conclusión; IX. Fuentes de información.

Palabras clave. Servicio público de salud; derecho humano a la salud; Sistema Nacional de Salud; privatización; Derecho Administrativo.

Keywords. Public health service; Human right to health; National system of health; privatization; Administrative Law.

³¹¹ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Asistente de investigador nivel III (SNI) en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. [Mail: xmbj19@gmail.com]

I. Introducción

Derivado de la preocupación por el incumplimiento parcial por parte del Estado en la prestación del servicio público de salud, traducido en el derecho humano a la salud consagrado en el 4º artículo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cabe que replantemos una nueva forma de concebir el sistema de salud mexicano; así como la pertinencia de que la Secretaría de Salud, como dependencia del Poder Ejecutivo Federal, en tanto encargada del despacho de los negocios en materia de salud³¹² y en su ejercicio facultativo de determinar las políticas públicas tendientes al desarrollo del país³¹³, traslade esas facultades a los particulares para que sean estos quienes subsanen las deficiencias en el servicio.

Aunado a ello, no resulta ambicioso procurar hacer a una primera conclusión sobre si este hecho es suficiente para dotar de la calidad al servicio público que exige nuestra Carta Magna, en virtud de una interpretación al artículo 26, que encarga al Ejecutivo Federal el establecimiento de un sistema de evaluación y compensación de la calidad de las políticas públicas.³¹⁴

El motivo e importancia de referirnos a este tema, yace en que estamos interesados en atender cuestiones que incumban e incidan en la colectividad, que se traduzcan en bienestar general y que trasciendan directamente en cada persona.

³¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Artículo 90. La Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal Artículo 2o. En el ejercicio de sus atribuciones y para el despacho de los negocios del orden administrativo encomendados al Poder Ejecutivo de la Unión, habrá las siguientes dependencias de la Administración Pública Centralizada:

I. Secretarías de Estado;

³¹³ CPEUM Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

³¹⁴ Organización de los Estados Americanos, *Guía de Estrategias y Mecanismos para la Gestión Pública Efectiva (GEMGPE)* – México.
<<http://www.oas.org/es/sap/dgpe/gemgpe/mexico/calidad.asp>>. [1/11/2016.]

Primero presentaremos el planteamiento del problema de la salud en México, posteriormente debemos conceptualizar genéricamente un sistema de salud y aterrizarlo en el servicio público.

Es necesario hacer mención de las diversas soluciones a los problemas en la prestación del servicio de salud más cercanas a nuestro entorno, centrándonos en el acto de privatización.

Para completar el estudio, cabe señalar la realidad de la incidencia laboral como un aspecto adjunto a las soluciones que se han implementado en nuestro país, para finalmente concluir sobre la pertinencia de las decisiones del Estado mexicano y si son suficientes para erradicar los problemas del sistema de salud.

II. El problema de la salud en México

La salud de la población es un elemento esencial para el desarrollo económico de cualquier país, por lo que se constituye en una prioridad de las políticas públicas para buscar y mantener el bienestar social.³¹⁵

La estrecha relación de la salud con la capacidad de disminuir los índices de pobreza es un hecho tangible, pues la pobreza y la enfermedad, son dos caras de una misma moneda. Esto se debe a que, como se asevera Ángel Gurría, Secretario General de la OCDE, en la Presentación del Estudio sobre el Sistema Mexicano de Salud 2016,

Los pagos directos por servicios de salud, es decir los que salen de los bolsillos de las personas, siguen siendo muy altos en México con relación al promedio OCDE, lo cual refleja las dificultades para lograr un sistema de protección efectivo y con servicios de buena calidad.³¹⁶

Esto se traduce, conforme a la Cuenta satélite del sector salud de México (CSSSM) del 2013 en las siguientes cifras:

³¹⁵ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *PIB y cuentas nacionales de México*, INEGI. <<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/cn/salud/default.aspx>>. [5/11/2016]

³¹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Presentación del Estudio sobre el Sistema Mexicano de Salud 2016*, OCDE. <<https://www.oecd.org/centrodemexico/presentacion-del-estudio-sobre-el-sistema-mexicano-de-salud-2016.htm>>. [6/11/2016]

Por cada 100 pesos de gasto en salud de estos hogares, 65 corresponden a la adquisición de medicamentos y materiales de curación; 15.9 pesos se erogan en consultas médicas; 6.9 pesos se pagan en hospitales; 4.5 pesos se destinan a bienes de apoyo como desinfectantes, dentífricos y jabones; 4.4 pesos en laboratorios, ambulancias, servicios de enfermería a domicilio y el cuidado de enfermos en residencias y 3.3 pesos en servicios de apoyo.³¹⁷

Se trata de establecer parámetros en la calidad de vida de un cúmulo de personas. Esto incidiría directamente en su capacidad de desempeñarse laboralmente de manera óptima y así incrementar sus ingresos y nivel de vida, lo que a la par repercutiría masivamente en el incremento de la producción de un territorio específico e incluso en todo el país.

Por otra parte, la cobertura de salud en México, así como la mala calidad en la prestación de dicho servicio es un problema grave que compete resolver, por mandato constitucional, al Estado Mexicano, en virtud una interpretación del artículo 25, que consagra la rectoría del Estado en pro del desarrollo nacional.³¹⁸

Asimismo, conforme a una interpretación del artículo 26, compete al Poder Ejecutivo Federal el establecimiento de un sistema de evaluación y compensación de la calidad de las políticas públicas, lo que nos lleva a pensar sobre los resultados en los niveles de calidad en la prestación del servicio.

En este sentido, estamos de acuerdo con que el problema el latente y requiere de soluciones prontas, pero bien pensadas. La divergencia radica en dichas soluciones: Por una parte, algunos aseguran que la unificación del sistema de salud y la cobertura universal, “tal y como se da en varios países desarrollados”³¹⁹ es el camino para erradicar las múltiples deficiencias. Sin embargo, otros han denotado las pretensiones en las que dicho camino lleva

³¹⁷ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sistema de Cuentas Nacionales de México: cuenta satélite del sector salud de México 2013: preliminar: año base 2008 / México*, INEGI, 2015, p. 2. <www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_03_5.pdf>. [6/11/2016]

³¹⁸ Véase nota al pie 3.

³¹⁹ CARBONELL, José, *“El derecho a la salud: una propuesta para México”*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. XXII.

directamente a la prestación del servicio por particulares, deslindando al Estado paulatinamente (mediante el fenómeno de desregulación) de su obligación de velar por un derecho humano con necesario contenido valorativo ajeno a lo económico.

En los hechos, la intervención del sector privado en materia de salud, es tanto por beneficencia como por intereses económicos. Y generalmente ambos aspectos se presentan de manera separada e incluso opuesta.

En términos económicos, entre 2003 y 2013 el gasto público en atención médica pasó de 2.4% del PIB a 3.2%, pero un mayor gasto no siempre se traduce en mejoras en los niveles de salud.³²⁰ Prueba de ello son los dos mil 185 casos en donde el Instituto Mexicano del Seguro Social figura como presuntamente responsable de violación a los derechos humanos. Aunado a ello, durante el año 2015 la Comisión Nacional de los Derechos Humanos emitió un total de 60 recomendaciones dirigidas a 42 autoridades, entre las que además del Instituto Mexicano del Seguro Social, destaca el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado.

Así, el IMSS es el segundo después de la Comisión Nacional de Seguridad, de entre las cinco autoridades federales con mayor número de recomendaciones por parte de la Comisión Nacional de Derechos Humanos³²¹, situación que claramente refleja las carencias en la prestación del servicio y la posición de vulnerabilidad en la que los usuarios se ven al sentirse afectados en su esfera jurídica.

III. El sistema de salud

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define un sistema de salud como:

³²⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *El sistema mexicano de salud ha registrado avances importantes durante la última década, pero aún enfrenta desafíos considerables*. <<https://www.oecd.org/mexico/el-sistema-mexicano-de-salud-ha-registrado-avances-importantes-durante-la-ultima-ducada-pero-aun-enfrenta-desafios-considerables.htm>>. [5/11/2016]

³²¹ Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe de actividades 2015, resumen ejecutivo*. <http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2015/Informe_2015_resumen_ejecutivo.pdf>. [4/11/2016]

La suma de todas las organizaciones, instituciones y recursos cuyo objetivo principal consiste en mejorar la salud. Un sistema de salud necesita personal, financiación, información, suministros, transportes y comunicaciones, así como una orientación y una dirección generales. Además tiene que proporcionar buenos tratamientos y servicios que respondan a las necesidades de la población y sean justos desde el punto de vista financiero.³²²

En su artículo 39, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal determina que la Secretaría de Salud, dentro de sus atribuciones, propiciará y coordinará la participación de los sectores social y privado en el Sistema Nacional de Salud y determinará las políticas y acciones de inducción y concertación correspondientes.

Desde la reforma en 1983 al artículo 4º constitucional, se instituyó como derecho humano, el que tiene toda persona de estar protegida en su salud, teniendo, por lo tanto, jerarquía constitucional.

Este derecho encierra un principio integral en su cobertura, es universal y protege a todo ser humano por el mismo hecho de serlo, sin necesidad de otro requisito, [así] el Estado Mexicano asume la rectoría de la policía de salud, así como su función de coordinar y proveer de los servicios para la protección, promoción y restauración de la salud de la persona y de la colectividad.³²³

En este sentido, se crea el Sistema Nacional de Salud, producto de la sectorización administrativa y encabezado por la Secretaría de Salud, agrupando a todos los servicios de salud, tanto dependencias y entidades de la administración pública federal y local, como a las personas físicas y morales del sector social y privado que prestan servicios de salud, mediante la coordinación de acciones.

Solo es ahora menester decir que la descentralización, como forma organizacional del conjunto de instituciones prestadoras de este servicio público,

³²² Organización Mundial de la Salud, *¿Qué es un sistema de salud?*. <<http://www.who.int/features/qa/28/es/>>. [5/11/2016]

³²³ ORTEGA LOMELÍN, Roberto, "La rectoría del Estado y la política nacional de salud", *Revista Mexicana de Administración Pública*, Número 69-70, p. 2. <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr5.pdf>>. [5/11/2016]

tiene la finalidad de contribuir a desarrollar armónica y equitativamente, conforme a las condiciones locales, dejando a los gobiernos estatales la operación de algunos servicios.³²⁴

En tanto la actividad del Sistema Nacional de Salud se traduce en un servicio público, resulta necesario detenernos en un apartado que comprenda individualmente su estudio, con la finalidad de fijar las directrices sobre las cuales entendemos al servicio público genéricamente y posteriormente proponer una clasificación que nos ayude a entender mejor la razón por la que, aun cuando hablamos de una prestación pública, existe la posibilidad de que un particular la ejercite.

IV. El servicio público de salud

Entendemos por servicio público:

toda actividad técnica destinada a satisfacer una necesidad de carácter general, cuyo cumplimiento uniforme y continuo deba ser permanentemente asegurado, regulado y controlado por los gobernantes, con sujeción a un mutable régimen jurídico exorbitante del derecho privado, ya por medio de la administración pública, bien mediante particulares facultados para ello por autoridad competente, en beneficio [...] de toda persona.³²⁵

Así, cabe hacer énfasis en la posibilidad jurídica que tienen los particulares de prestar un servicio público, siempre y cuando estén facultados por una autoridad competente, se rijan por un régimen jurídico exorbitante del derecho privado y, además, se conserve la finalidad de prestarlo en beneficio de toda persona.

Omitiremos referirnos a aspectos históricos que hayan sembrado las razones que motivaron a los Estados a transferir algunas de sus facultades a los particulares, por visualizar a un Estado que carece de medios para controlar todos

³²⁴ *Ídem.*

³²⁵ FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, “*Derecho Administrativo. Servicios públicos*”, México, Porrúa, 1995, pp. 162-163.

los ámbitos de la vida de su población, ante la imposibilidad de seguir siendo el Estado Benefactor que en algún momento fue y que fracasó.

Asimismo, no aludiremos a la pertinencia o desatino de quienes aseveran que el Estado “no debe intervenir en los aspectos económicos de su población”, sino ser propiamente un Estado liberal³²⁶. En su lugar, mencionaremos la clasificación propuesta por el Doctor Jorge Fernández Ruíz: Los servicios públicos propios, son aquellos que satisfacen necesidades de carácter general y son prestados por el Estado o municipios directamente mediante organismos centralizados o descentralizados, o indirectamente a través de la delegación a particulares. Por su parte, los servicios públicos impropios son prestados por particulares, pero derivan de un permiso, licencia, autorización (contrato) administrativa, que se destina al público.

Así, en esta última clasificación, encontramos en la Ley General de Salud, licencias, permisos, registros y tarjetas de control sanitario que se otorgan a los particulares en calidad de autorización para realizar actividades relacionadas con la salud humana, razón por la cual, autores han determinado que el servicio público de salud se cataloga tanto propio como impropio, pues en la primera clasificación, son actividades atribuidas directamente a la administración pública y en la segunda, a particulares como parte a su vez del Sistema Nacional de Salud, que considera en su artículo 8º parte de este a los servicios privados.³²⁷

Esto en la práctica resulta complicado, especialmente cuando existe un conflicto de intereses económicos entre el lucro por parte de dicha empresa y la necesidad del bien común, por parte del Estado. Así, parece incluso ilógico que un particular pueda emparejar sus fines lucrativos con los fines del Estado, en su papel de ente que debe promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos traducido en el derecho humano a la salud, consagrado en el artículo 4º constitucional.

³²⁶ FISCHER, Mariano, “La función del estado en relación con los servicios de salud pública”, Sociología de la salud, Cátedra de Sociología de la Salud, s.a., s. e. <https://www.academia.edu/5720664/Rol_del_Estado_y_salud_publica>. [6/11/2016]

³²⁷ Ley General de Salud. Artículo 8o. Con propósitos de complemento y de apoyo recíproco, se delimitarán los universos de usuarios y las instituciones de salud podrán llevar a cabo acciones de subrogación de servicios.

V. La salud pública

Para nosotros, la salud pública es una función estatal cuyo fin es asegurar la vida y por ello, la dignidad humana, pues consideramos que su finalidad es preservar un orden social justo, en virtud de que los derechos de los gobernados se traducen en obligaciones estatales.³²⁸

Es precisamente aquí donde radican los principios que no podemos dejar de tener presentes en el ámbito de la administración pública, pues son aquellos que rigen al Derecho Administrativo y que permiten se traduzca en realidad el fin que debe tener todo Estado: el bien común.

Para el Ministerio de Salud y Protección Social de la República de Colombia, la salud pública es “la responsabilidad estatal y ciudadana de protección de la salud como un derecho esencial, individual, colectivo y comunitario logrado en función de las condiciones de bienestar y calidad de vida.”³²⁹

En México, el organismo estatal encargado de la administración de la salud pública es la Secretaría de Salud. Algunas de sus funciones son la creación de políticas públicas en materia de salud, la coordinación de programas de salud, la administración del Sistema Nacional de Salud, la prevención, el control y la erradicación de enfermedades, la creación de establecimientos de asistencia pública, la elaboración de campañas educativas, y, en general, velar por la calidad del sistema sanitario, el derecho y el acceso a los servicios de salud, el bienestar colectivo y la calidad de vida.³³⁰

Las instituciones principales que prestan el servicio público de salud en México son el Instituto Mexicano de Seguro Social y el Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, sin perjuicio de mencionar aquellos que prestan atención médica gratuita a los elementos de las fuerzas

³²⁸ En virtud del tercer párrafo del artículo primero constitucional, donde se establece la obligación del Estado Mexicano de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos y por lo tanto, el deber de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

³²⁹ Ministerio de Salud y Protección Social, Salud Pública, Colombia, 2016. <<https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/SaludPublica.aspx>>. [6/11/2016]

³³⁰ Artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

armadas. Pero en el estudio que nos atañe, nos referiremos principalmente a los primeros dos, pues se tratan de los más concurridos.

De acuerdo a su importancia y con lo analizado, es posible aseverar que la naturaleza del servicio público de salud se traduce en la necesaria tutela por parte del Estado, pues si bien ya se afirmó y es un hecho que el sector privado presta ya este servicio público en su aspecto impropio, la necesidad de regirse por una normativa exorbitante del derecho privado y mediante una autorización otorgada por el mismo Estado, no debe dejar de vigilar las acciones que los particulares realizan, pues el orden e interés públicos se encuentran latentes en la responsabilidad en que pueden incurrir en caso de inobservancia de la legislación correspondiente.

Entonces resulta lógica la responsabilidad estatal por omisiones en la prestación en el ámbito privado. Sin embargo, lo que deseamos concluir en estas líneas es si se trata de un acierto o un error que paulatinamente deje de ser completamente un servicio público propiamente dicho para convertirse en uno netamente impropio, prestado de forma exclusiva por particulares, donde la competencia económica y las leyes de esta sean las que rijan el ejercicio profesional de médicos y personal de salud en general, dejando de ser responsabilidad del Estado.

Debido a la directa relación con los derechos humanos y la obligación estatal de promover, respetar, proteger y garantizarlos, cabría pensar en la posibilidad de retroceder y delegar completamente la facultad de prestarlo a los particulares. Por lo que no es tan trillado pensar en el miedo de muchos derechohabientes a que además de las cuotas patronales que se les descuentan para el pago de su aportación de seguridad social, acudan a un hospital para requerir atención médica y que además, deban pagar nuevamente otro monto por el servicio prestado, y que además, desde la otra arista, el médico que hoy tiene una plaza para el ejercicio de su profesión, el día de mañana deba firmar un contrato de arrendamiento con una empresa para hacer uso de un consultorio y no un contrato de trabajo, que le garantice derecho adjuntos como trabajador.

Es verdad que el problema es más complejo de lo que parece. Se intensifica cuando vemos que desde el 2015 se vislumbró la quiebra del IMSS, incluso con la previsión de que sería en el 2017 cuando podría ser declarada³³¹. Déficit tras déficit, deja entrever desde años atrás, la constante omisión y reticencia por parte de la Administración Pública para implementar medidas que sanen las finanzas de dichas instituciones. Pareciera entonces, que podemos vislumbrar un futuro en el que las van dejando morir y comienzan a darle apertura a la competencia. Como el caso de Estados Unidos de América, donde la apertura a la competencia en el ámbito de la salud es evidente y el problema principal radica en que los no asegurados no tienen la posibilidad de acceder a servicios de salud.

Sin embargo, la prestación por parte de los particulares, en tanto comunidad, debe seguir una tendencia de promoción de valores culturales, en la apreciación y cuidado de la vida, en la toma de decisiones sanas, benéficas e informadas que realmente promuevan el desarrollo social.

Por ello, es necesario entender el problema desde diversas ópticas, por ejemplo, la incidencia en lo laboral, aspecto que se tratará con posterioridad.

VI. Propuestas

El viernes 15 de marzo de 2002 se publicó en el Diario Oficial de la Federación el Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de Operación e indicadores de gestión y evaluación del Seguro Popular de Salud, el cual contiene en de sus considerandos su propósito:

[...] el Seguro Popular de Salud tiene como propósito apoyar a las familias no aseguradas, promover el pago anticipado por servicios, y reducir los gastos catastróficos en salud, que constituyen una de las principales causas de

³³¹ Agencias, "En 2017 quebrará el IMSS: Diputado" en El Mañana Nacional, México, 16 de julio de 2015, <<http://elmanana.com.mx/noticia/73065/En-2017-quebrara-el-IMSS-Diputado.html>>. [7/11/2016]

empobrecimiento de las familias más vulnerables, así como fomentar la atención preventiva.³³²

Hasta la fecha, dicha medida ha sido la más significativa en cuanto a cobertura de salud, pues conforme al Programa Nacional de Salud, el brindar protección financiera a la población que carece de seguridad social en materia de salud incorporándola a un esquema de aseguramiento, se pone en marcha el Seguro Popular con el objetivo de disminuir el número de familias que se empobrecen anualmente al enfrentar gastos en salud.³³³

Consideramos que es difícil ponerle nombre a las soluciones que ha optado el Gobierno mexicano. De hecho, nuestra preocupación es precisamente que los medios propuestos como solución no se han traducido en acciones en beneficio de la población, pues es evidente las carencias en atención, aunado a la falta de recursos para solventar los gastos médicos mayores, debiendo aceptar retirarse a su hogar y simplemente sobrellevar la enfermedad.

En el caso del Seguro Popular, el catálogo de beneficios médicos se limita a 78 supuestos entre los que, verbigracia, encontramos en los servicios de hospitalización, solamente el diagnóstico y tratamiento de la bronquiolitis, neumonía y meningitis.

El entorno se vuelve más confuso cuando, por una parte, autores afirman que, con programas de mejora de cobertura, se “desincentiva la participación de la población en los sistemas contributivos”,³³⁴ además de correr el riesgo de que, de hacerse más accesibles estos programas, atraigan a la clase media “que antes hubiera optado por la seguridad social o la medicina privada, ‘reduciendo así la progresividad, tanto de los servicios [...] como de la seguridad social’”³³⁵. Y, por otro lado, servidores públicos afirman que es una mentira la tendencia a privatización del IMSS e ISSSTE, tal es el caso de Mikel Arriola, director general

³³² Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de Operación e indicadores de gestión y evaluación del Seguro Popular de Salud. <http://www.salud.gob.mx/unidades/dgpfs/reglas_operacion.htm>. [8/11/2016]

³³³ *Ídem.*

³³⁴ *Op. Cit.*, CARBONELL, José, “*El derecho a la salud...*”, p. 90.

³³⁵ *Ídem.*

del IMSS, que “resaltó frente a los rumores de privatización, que construirán mucha más infraestructura en 2018. En el IMSS

Estamos invirtiendo 20 mil millones de pesos para 12 hospitales, 40 unidades médicas familiares y es una mentira que alguien del Ejecutivo o del Legislativo, pretenda privatizar la salud. La salud es un servicio público determinado por ley y yo no concibo un México sin que el Estado sea el prestador de los servicios de salud.³³⁶

Respecto del primer argumento, pareciera que algunos doctrinarios anteponen la progresividad antes del bienestar social, además de olvidar que el 57.3% de la población nacional se encuentra en situación de pobreza e indigencia, según datos de la CEPAL revisados en septiembre del 2016.³³⁷

Respecto al segundo, esperamos que realmente nuestros servidores públicos no conciban un país donde el Estado no sea quien preste los servicios de salud, aunque añadido a las esperanzas, se debe poner en marcha un plan de rescate a estas instituciones, pues también, como hemos mencionado, lo que han arrojado las estadísticas con respecto a las finanzas del IMSS e ISSSTE, destacan la mala administración de la que han sufrido.

En este sentido, el Derecho Administrativo debe “idear procedimientos y mecanismos para que valores no-económicos sean escuchados y atendidos por parte de actores privados a las que se les ha transferido o delegado funciones públicas”.³³⁸

En la experiencia de países donde las políticas públicas han favorecido a la privatización, el panorama no ha sido del todo benéfico desde la justicia social y la igualdad. Por ejemplo, en Chile, autores han logrado percibir dos ejes sobre los que se rige el actual sistema de salud chileno:

³³⁶ ALMA E., Muñoz, “*Mentira*”, *la privatización del IMSS e ISSSTE, insisten*” en La Jornada, México, 27 de julio de 2016, <<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/07/27/201cmentira201d-la-privatizacion-del-imss-e-issste-insisten>>. [8/11/2016]

³³⁷ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “*Población en situación de indigencia y pobreza según área geográfica*”. <<http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=182&idioma=e>>. [8/11/2016.]

³³⁸ Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano, IJ-UNAM. <<http://historico.juridicas.unam.mx/gobernanza/DerechoPublico.htm>>. [9/11/2016]

El primero es la idea de que las personas tienen completa libertad para elegir dónde y con quién atenderse. Esta “libertad de elección”, sin embargo, sólo se cumple para aquellos que pueden pagarla, en su mayoría profesionales jóvenes y adultos sanos de sectores medios y altos; para el resto de los chilenos la libertad de elección se traduce en una negación del derecho a la salud. Un segundo eje capital del sistema es el paradigma de que el Estado es siempre un aparato ineficiente. De esta convicción surge el principio del “Estado subsidiario” y también la política de destinar enormes cantidades de recursos públicos a las aparentemente más eficientes “soluciones privadas”. Esta política, por supuesto no genera soluciones más eficientes desde el punto de vista de las personas que necesitan atención, sino desde los intereses de las empresas que lucran con los derechos sociales.³³⁹

Así, podemos denotar que la implementación de un sistema de salud de cobertura por particulares, beneficia solo a ciertos estratos sociales, a quienes tienen oportunidad económica de solventarlo, excluyendo a sectores menos favorecidos y propiciando la desigualdad, a la par de incursionar un latente incumplimiento por parte de un Estado que, aun con gasto público, se desconoce dónde desemboca el capital.

VII. La incidencia laboral

Al hablar de sistema de salud, hablamos de un sistema complejo que tiene impacto transversal en la seguridad social. Las repercusiones en los prestadores de servicios de salud pública no salen del ámbito de las desafortunadas consecuencias que traerían consigo la privatización.

El aspecto laboral es quizás uno de los puntos medulares de nuestro afán por tratar de llegar a la conclusión del costo-beneficio de la privatización. Pues si bien, se han plasmado los hechos sobre las deficiencias del actual Sistema

³³⁹ GOYENCHEA, Matías y Danae Sinclair, “*La Privatización de la Salud en Chile*”, Universidad de Santiago de Chile, Vol. 6, No. 1, 2013. <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/view/1196>>. [9/11/2016]

Nacional de Salud, no se ha profundizado en las repercusiones que tendría en el ámbito laboral para los prestadores del servicio.

El sector salud como fuente generadora de empleos participa con alrededor de 1.78 millones de puestos de trabajo ocupados remunerados, lo que representa 4.2% de la economía total durante 2012. De este monto, 57.4% laboran dentro de alguna institución pública y 42.6% en establecimientos del sector privado.³⁴⁰

Ha quedado en especulaciones, pero no debemos pasar por alto, la posibilidad de que, de privatizarse enteramente los servicios de salud, el control y régimen que tiene el Estado sobre su personal pase a manos del sector privado, pero no de forma tutelar o registral para brindarle también sus respectivas prestaciones laborales que por derecho tienen, sino regidos por un sistema de contrataciones inter partes, regidas por el derecho privado ordinario que permita, por su flexibilidad, que sea la autonomía de la voluntad la que determine un derecho por simple uso de un bien inmueble, pues el médico, al cobrar honorarios a sus pacientes, estaría obligado a guardar un determinado porcentaje.

Las repercusiones de la universalización de la salud en el país son múltiples, sin embargo, establece que una de las más preocupantes es la inestable situación laboral de los trabajadores del sector.

En la medida que entran privados, incluso dentro del Seguro Popular, se están dando condiciones de trabajo precarias para médicos y enfermeras, ganan menos, tardan más o no logran la base, son despedidos, se les recontracta cada seis meses, carecen de vacaciones, no cuentan con ISSSTE ni Seguro Social y, por si fuera poco, médicos del Seguro Popular no tienen acceso gratuito a éste.³⁴¹

³⁴⁰ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sistema de Cuentas Nacionales de México: Cuenta satélite del sector salud de México 2012*, preliminar, año base 2008, México: INEGI, 2014, p. 4., <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/scn/c_anuales/c_satelitessalud/default.aspx>. [10/11/2016]

³⁴¹ ÁVILA, Diana, "Los servicios de salud, camino a la privatización" en Revista Proceso, México, 4 de julio de 2016. <<http://www.proceso.com.mx/446117/los-servicios-salud-camino-a-la-privatizacion>>. [8/11/2016]

Este clima de inestabilidad laboral ha sido uno de los motores que han impulsado a los trabajadores del sector salud a salir a protestar en la mayor parte del país.

VIII. Conclusión

Si bien, las tendencias privatizadoras: la desregulación en pro de las leyes de la competencia económica y la introducción de empresas híbridas, sujetas a regímenes exorbitantes de derecho privado ordinario, pero que trabajan con el 0% de riesgos al ser el Estado el que dote de recursos a su ejercicio (Asociaciones público-privadas), las novedades sobre el ahorro para el retiro y la contratación precaria del personal de la salud, pueden propiciar a que el servicio se preste con mejor calidad, al convertirnos en clientes que elegiremos entre ir un hospital u otro. Pero, ciertamente hay razones de peso que no deben perderse de vista en el argumento de la intervención total del Estado.

En primer lugar, la seguridad nacional, pues la prevención de epidemias, desastres naturaleza y su repercusión directa en el desarrollo de la economía del país, son aspectos que merecen atención especial.

En segundo lugar, el principio de equidad, pues debe entenderse como la ausencia de diferencias sistemáticas en aspectos de salud de determinados grupos de población, pues las necesidades se encuentran desigualmente distribuidas y el sistema de salud debe tender a remediar dichas desigualdades mediante la distribución proporcional, independientemente de la contribución del individuo, pues si evidentemente se trata de una población de bajos recursos, resultaría absurdo exigirle el pago de una cuota proporcional a su enfermedad y no a su condición socioeconómica, pero además, cabe aquí señalar que consideramos que la participación activa del paciente como sujeto de derechos y obligaciones, corresponsabilizaría no solo al Estado a prestar el servicio, sino a él a llevar a cabo al pie de la letra su tratamiento, a darse cuenta que su atención médica y preventiva deviene de un esfuerzo colectivo, que se traduce en el pago de impuestos.

Consideramos que se requiere de un modelo de coordinación que devenga de las finanzas públicas del Estado, la voluntad política, la buena administración y desemboque en la prestación del servicio público en tanto cobertura máxima y de la mejor calidad, es decir, con un catálogo amplio de enfermedades a solventar y con las herramientas necesarias para que las y los prestadores del servicio de salud, puedan laborar en condiciones dignas.

Pero, además, creemos que la educación en la salud es un elemento esencial que hace funcionar a todo sistema de salud, por lo que, en la integración de dicho entramado, surge la necesidad de hablar de las obligaciones de los pacientes, generando una corresponsabilidad que no se reduce a pagar una cuota de aportación de seguridad social, o al pago de contribuciones, en general, sino una corresponsabilidad en el cuidado de su salud. Si bien es imposible hablar de una prevención al cien por ciento, al igual que una reducción en el riesgo de las complicaciones de manera garantizada, sí es posible atribuirle al paciente la obligación de cuidar de su salud, tomar los medicamentos que ya han generado un detrimento patrimonial al Estado y seguir al pie de la letra su tratamiento, asistir a sus citas periódicas y de chequeo, e incluso, no descartamos la posibilidad de penalizar a aquellos derechohabientes que incumplan con dicho régimen.

Administrativamente, consideramos que exige que la coordinación sea también intersectorial con la Secretaría de Educación Pública. Así, se sigue vislumbrando la complejidad de hablar del Estado como ente rector en la prestación.

Finalmente, estamos de acuerdo con Leonardo Boff en su artículo “El golpe parlamentario como asalto al bien común”, al afirmar que “la privatización significa siempre una disminución de bienes de interés general que pasa a manos del interés particular. Se ataca lo que se llama hoy “derechos de solidaridad” que somete los intereses particulares a los intereses colectivos y comunes.”³⁴²

IX. Fuentes de información

³⁴² BOFF, Leonardo, La columna semanal de Leonardo Boff, “*El golpe parlamentario como asalto al bien común*”, núm. 812, 2017-01-12. <<http://www.servicioskoinonia.org/boff/articulo.php?num=812>>. [13/01/2017]

A) Fuentes hemerográficas

Agencias, “*En 2017 quebrará el IMSS: Diputado*” en El Mañana Nacional, México, 16 de julio de 2015, <<http://elmanana.com.mx/noticia/73065/En-2017-quebrara-el-IMSS-Diputado.html>>. [7/11/2016]

ALMA E., Muñoz, “*“Mentira”, la privatización del IMSS e ISSSTE, insisten*” en La Jornada, México, 27 de julio de 2016, <<http://www.jornada.unam.mx/ultimas/2016/07/27/201cmentira201d-la-privatizacion-del-imss-e-issste-insisten>>. [8/11/2016]

ÁVILA, Diana, “*Los servicios de salud, camino a la privatización*” en Revista Proceso, México, 4 de julio de 2016. <<http://www.proceso.com.mx/446117/los-servicios-salud-camino-a-la-privatizacion>>. [8/11/2016]

B) Fuentes bibliográficas

CARBONELL, José, “*El derecho a la salud: una propuesta para México*”, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. XXII.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, “*Derecho Administrativo. Servicios públicos*”, México, Porrúa, 1995, pp. 162-163.

C) Artículos en revistas de publicación electrónica

BOFF, Leonardo, La columna semanal de Leonardo Boff, “*El golpe parlamentario como asalto al bien común*”, núm. 812, 2017-01-12. <<http://www.servicioskoinonia.org/boff/articulo.php?num=812>>. [13/01/2017]

FISCHER, Mariano, “*La función del estado en relación con los servicios de salud pública*”, Sociología de la salud, Cátedra de Sociología de la Salud, s.a., s. e. <https://www.academia.edu/5720664/Rol_del_Estado_y_salud_publica>.

[6/11/2016]

GOYENECHEA, Matías y Danae Sinclair, “*La Privatización de la Salud en Chile*”, Universidad de Santiago de Chile, Vol. 6, No. 1, 2013. <<http://www.revistas.usach.cl/ojs/index.php/politicas/article/view/1196>>.

[9/11/2016]

ORTEGA LOMELÍN, Roberto, “La rectoría del Estado y la política nacional de salud”, *Revista Mexicana de Administración Pública*, Número 69-70, p. 2. <<http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/rap/cont/69/pr/pr5.pdf>>. [5/11/2016]

D) Páginas web institucionales

Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “*Población en situación de indigencia y pobreza según área geográfica*”. <<http://interwp.cepal.org/sisgen/ConsultaIntegrada.asp?idIndicador=182&idioma=e>>. [8/11/2016]

Comisión Nacional de Derechos Humanos, *Informe de actividades 2015, resumen ejecutivo*. <http://informe.cndh.org.mx/uploads/principal/2015/Informe_2015_resumen_ejecutivo.pdf>. [4/11/2016]

Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano, IJ-UNAM. <<http://historico.juridicas.unam.mx/gobernanza/DerechoPublico.htm>>. [9/11/2016]

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Cuenta satélite del sector salud en México*, INEGI, 2014, p. 4., <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/scn/c_anuales/c_satelitessalud/default.aspx>. [10/11/2016]

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sistema de Cuentas Nacionales de México: Cuenta satélite del sector salud de México 2012*, preliminar, año base, INEGI, 2008, México. <http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/scn/c_anuales/c_satelitessalud/default.aspx>. [10/11/2016]

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Sistema de Cuentas Nacionales de México: cuenta satélite del sector salud de México 2013*, preliminar, año base 2008, México, INEGI, 2015, p. 2. <www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2015/especiales/especiales2015_03_5.pdf>. [6/11/2016]

Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *PIB y cuentas nacionales de México*, INEGI. <<http://www.inegi.org.mx/est/contenidos/proyectos/cn/salud/default.aspx>>. [5/11/2016]

Organización de los Estados Americanos, *Guía de Estrategias y Mecanismos para la Gestión Pública Efectiva (GEMGPE) – México*. <<http://www.oas.org/es/sap/dgpe/gemgpe/mexico/calidad.asp>>. [1/11/2016.]

Organización Mundial de la Salud, *¿Qué es un sistema de salud?* <<http://www.who.int/features/qa/28/es/>>. [5/11/2016]

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, *El sistema mexicano de salud ha registrado avances importantes durante la última década, pero aún enfrenta desafíos considerables*. <<https://www.oecd.org/mexico/el-sistema-mexicano-de-salud-ha-registrado-avances-importantes-durante-la-ultima-ducada-pero-aun-enfrenta-desafios-considerables.htm>>. [5/11/2016]

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Presentación del Estudio sobre el Sistema Mexicano de Salud 2016*, OCDE. <<https://www.oecd.org/centrodemexico/presentacion-del-estudio-sobre-el-sistema-mexicano-de-salud-2016.htm>>. [6/11/2016]

Ministerio de Salud y Protección Social, *Salud Pública*, Colombia, 2016. <<https://www.minsalud.gov.co/salud/Paginas/SaludPublica.aspx>>. [6/11/2016]

E) Legislación

Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos. <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_240217.pdf> [8/11/2016]

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/loapf.htm>> [8/11/2016]

Ley General de Salud. <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lgs.htm>> [8/11/2016]

Acuerdo por el que la Secretaría de Salud da a conocer las Reglas de Operación e indicadores de gestión y evaluación del Seguro Popular de Salud. <http://www.salud.gob.mx/unidades/dgpf/fs/reglas_operacion.htm>. [8/11/2016]

PERÚ

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN



UNA APROXIMACIÓN COMPARADA PARA UN DISEÑO ADECUADO DE
MEJORA REGULATORIA PARA EL PERÚ: LA EXPERIENCIA MEXICANA
COMO PARADIGMA DE ÉXITO

*A COMPARATIVE APPROACH FOR AN APPROPRIATE DESIGN OF
REGULATORY IMPROVEMENT FOR PERU: THE MEXICAN EXPERIENCE AS A
SUCCESSFUL PARADIGM*

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN³⁴³

Resumen. El presente artículo tiene como objetivo esbozar un diseño de mejora regulatoria que podrá prestar auxilio al proceso de Gobernanza Regulatoria que se viene aplicando en el Perú. Para ello, se tomará como referencia las políticas públicas y metodologías regulatorias que se han aplicado en México.

Abstract. This article aims to outline a design of Better Regulation that may provide assistance to the process of Regulatory Governance that has been applied in Peru. Accordingly, it will take as a reference the public policies and regulatory methodologies that have been applied in Mexico.

Sumario. I. Introducción; II. Una aproximación teórica sobre la regulación; III. El proceso de Mejora Regulatoria: componentes e importancia; IV. La reforma regulatoria en México: un proceso exitoso de mejora regulatoria; V. Aproximación de un diseño idóneo de reforma regulatoria para el Perú; VI. El caso del proyecto de ley para la creación de una Oficina de Estudios Económicos para el Congreso peruano; VII. Conclusiones; VIII. Bibliografía.

Palabras clave. Regulación; mejora regulatoria; gobernanza; metodología; OCDE; Derecho Administrativo, política pública; análisis de impacto regulatorio.

Keywords. Regulation; better regulation; governance; methodology; OECD; Administrative Law; public policy; regulatory impact analysis.

³⁴³ Estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Investigador del Grupo de Investigación de Derecho Administrativo (GIDA). [gvalverde@pucp.pe]

I. Introducción

Según los estudios sobre la materia, el crecimiento económico, la competitividad y el bienestar de los ciudadanos se manifiestan con mayor notoriedad en aquellas sociedades que no aquejan limitaciones ni restricciones excesivas sobre sus libertades. En cambio, las sociedades que padecen una intensa (sobre) regulación en las actividades de los ciudadanos son las que evidencian un deterioro en su desarrollo. De ahí que para alcanzar un estatus favorable se requiera, necesariamente, elevar la calidad de las regulaciones; sobre todo, en aquellas que involucran un ejercicio de la potestad normativa de la Administración Pública.

Como consecuencia directa de lo anterior, muchos Estados decidieron emprender reformas para aumentar la calidad de su regulación a través del modelo conocido como Mejora Regulatoria o *Better Regulation Policy*.

Como resultado de este nuevo esquema regulatorio, el Estado peruano decidió implementar una serie de reformas regulatorias con la finalidad de modernizar su estructura organizativa, optimizar sus procedimientos y mejorar la calidad de las disposiciones normativas que emanan de su fuero. De ahí que se hayan efectuado mejoras en la Gestión Pública, la prevención de conflictos sociales y la reducción de barreras burocráticas.

Sin embargo, este proceso aún no ha madurado del todo por diversas cuestiones que han retardado el avance de la fase de implementación y ejecución de la Mejora Regulatoria. Entre estos, se puede mencionar la falta de una estrategia regulatoria integral y la no implementación de metodologías estandarizadas- como el Análisis de Impacto Regulatorio y Análisis Costo-Beneficio- que permitan evaluar la calidad de las normas proveniente de la Administración Pública. No obstante, mantenemos la creencia de que con los ajustes necesarios se podrán solventar los desafíos a los que hemos hecho mención.

Con todo, la finalidad del presente artículo estriba en plantear una propuesta de reforma regulatoria que se ajuste a las necesidades de nuestro país a fin de que se pueda asentar un Marco Regulatorio eficaz; toda vez que ello

supondrá un avance no solo de cara a ingresar a la OCDE sino a mejorar la calidad de vida de los ciudadanos.

Ahora bien, a propósito de lo antes indicado, cabe expresar que la estructura de nuestro estudio se encuentra compuesto por cinco apartados. En el primer apartado se describirán los tópicos que conformarán el marco teórico de nuestro estudio. Para ello, definiremos el concepto de Regulación, la Política Regulatoria, la Mejora Regulatoria y el Análisis de Impacto Regulatorio (*RIA*, por sus siglas en inglés).

En el segundo apartado, reflexionaremos sobre la importancia y necesidad de establecer un proceso de Mejora Regulatoria. Para ello, en primer lugar, definiremos el concepto de Mejora Regulatoria; luego, determinaremos cómo debe implementarse este proceso; seguidamente, indicaremos quiénes son los actores que deben participar en este proceso; y, por último, determinaremos cuál es la oportunidad para su implementación.

En el tercer apartado analizaremos comparativamente a través de un proceso de *benchmarking*³⁴⁴ las experiencias donde los procesos de reforma regulatoria hayan resultado exitosos. En razón a ello, decidimos escoger la reforma aplicada en México como una referencia replicable en el Perú.

En el cuarto apartado esbozaremos un esquema de Mejora Regulatoria que podría aplicarse en nuestro país. Para ello, valoraremos los resultados abstraídos de la experiencia mexicana y las recomendaciones propuestas al Perú por la OCDE.

Finalizaremos nuestro trabajo con el análisis de un Proyecto de Ley que propone crear una Oficina de Estudios Económicos en el Congreso peruano. Esta casuística permitirá brindar algunas luces sobre el estado de la cuestión del proceso regulatorio que se viene gestando en el Perú.

Una vez desarrollado todo lo anterior, presentaremos las conclusiones a las que arribamos producto de nuestro trabajo reflexivo.

³⁴⁴ El *Benchmarking* es un proceso propio del marketing. Este proceso es una fase de la evaluación a la que se sujeta un producto que será lanzado al mercado. En esta fase, se extraerán las mejores prácticas o resultados a nivel local, nacional y/o internacional para determinar la viabilidad del producto. Al respecto, Cfr. YASAR, Ozcan, *Health care benchmarking and performance evaluation: an assessment using data envelopment analysis*, Boston, Springer, 2014.

II. Una aproximación teórica sobre el concepto de Regulación

Si bien, en torno al concepto de Regulación, existe una cantidad considerable de definiciones, muchas de ellas yuxtapuestas, nos permitiremos, tomar como referencia la definición que propone Gaspar Ariño:

“la regulación, en general, comprende aquel conjunto de elementos jurídicos, técnicos y decisionales necesarios para mantener un sector de la actividad humana dentro de unos parámetros determinados”.

A partir de ello, podemos colegir que la Regulación es la acción mediante la cual la Administración Pública interviene en la economía para corregir las fallas que el mercado no puede.

No obstante, dada la extensión de este estudio, haremos uso de una definición que se ajuste a nuestros propósitos, sin, claro está, desvirtuar el contenido del propio término.

a) ¿Qué es la Regulación y cómo se ejerce?

La actividad regulatoria es la potestad que detenta la Autoridad Administrativa para supervisar, fiscalizar y garantizar el cumplimiento del Ordenamiento Jurídico. Como indica la COFEMER,

“[l]a regulación económica son [sic] disposiciones mediante las cuales el gobierno interviene en los mercados para fijar precios o cantidades de la producción o, establecer especificaciones técnicas y en general, restricciones que deben cumplir los ciudadanos y las empresas para participar en un mercado [...]”³⁴⁵

A mayor abundamiento, la Regulación representa una actividad que posibilita al Estado intervenir en la economía para corregir fallas estructurales o conductuales del mercado. Dado que el rol estatal ahora corresponde al de un

³⁴⁵ COFEMER, “Qué es la regulación”, en Portal de la COFEMER, México D.F., Comisión Federal de Mejora Regulatoria, <www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>, [2 de diciembre de 2016].

garante, su función en la economía será vigilar que los agentes económicos no infrinjan ni las normas ni el orden público³⁴⁶.

Para lograr ello, la Administración Pública se sirve de esta técnica, la misma que puede ser *ex ante* o *ex post*. Para muchos la regulación previa es semejante a la regulación social, ya que le permite al Estado regular las acciones de los particulares mediante la imposición de gravámenes y prohibiciones relativas, mediante normas legales o reglamentarias³⁴⁷. Todo ello con la finalidad de cautelar Bienes Jurídicos como el Ambiente, la Salud, el Trabajo, etc.

El otro tipo de Regulación es la que fiscaliza la actuación del privado de manera posterior. Es decir, en este caso la Administración Pública ejerce su potestad sancionadora cuando descubre que se ha vulnerado la normatividad. Este tipo de regulación es la denominada económica, la misma que regula mercados libres y sectores regulados³⁴⁸.

b) ¿Cuál es el rol que ejerce el Estado peruano en la Economía?

De acuerdo a la Constitución Política del Perú, el Estado peruano se rige bajo una Economía Social de Mercado. Es decir, el Estado peruano tiene el deber de procurar el bienestar general, cautelar los derechos fundamentales de sus ciudadanos y reprimir las conductas que atenten contra este orden; no obstante, la generación de la riqueza estará a cargo de los particulares³⁴⁹. Este balance permitirá desarrollar una coexistencia pacífica y productiva.

Asimismo, otro punto a tener en cuenta es el rol que desempeña el Estado en este modelo. Anteriormente³⁵⁰, el Estado podía participar en la economía como un operador activo. Podía realizar actividades empresariales, estatizar industrias en razón del interés social, etc. Sin embargo, este paradigma cambió con la entrada

³⁴⁶ QUINTANA, Eduardo. "Análisis de impacto regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos", en *Revista Derecho & Sociedad*, Núm. 36, Año 22, Lima, 2011, pp. 15-17.

³⁴⁷ COSCULLUELA, Luis, *Derecho Público Económico*, Madrid, Iustel, 2011, p. 131.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 133.

³⁴⁹ KRESALJA, Baldo, *Derecho constitucional económico*, Lima, PUCP Fondo Editorial, 2009, pp. 260-263.

³⁵⁰ Constitución Política del Perú de 1979, Art. 113°: "El Estado ejerce su actividad empresarial con el fin de promover la economía del país, prestar servicios públicos y alcanzar los objetivos de desarrollo".

en vigencia de la Constitución de 1993³⁵¹: la intervención estatal en la industria ya no sería permitida, salvo algunas excepciones, las mismas que estarían regladas en la Constitución³⁵².

Este giro modificó radicalmente las reglas de juego en tanto el Estado abandonó su rol activo en la economía para pasar a desempeñar una función de garante y fiscalizador. No obstante, para cumplir con esa nueva función tuvo que acudir en la búsqueda de nuevos instrumentos diferentes a sus antiguas técnicas de intervención. De ahí que la Regulación cobró importancia y notoriedad.

c) ¿Qué es la política regulatoria?

En diciembre de 2014, el Perú suscribió el compromiso de adoptar el “Programa País” de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico³⁵³. Este compromiso implicó la planificación, re-estructuración y ejecución de una serie de reformas que atacasen los problemas institucionales padecidos por el Perú. Uno de los problemas que se identificó estuvo relacionado a la ausencia de una Política Regulatoria: el diagnóstico evidenció la carencia de planificación, una deficiente ejecución programática y la ausencia de una organización a nivel presupuestal y logístico que permitiese emprender las acciones puntuales y necesarias. También, se advirtió desinterés para asumir la conducción de la reforma regulatoria.

Sin embargo, con la adopción de este programa, se inició un proceso para reformular la estrategia, lo cual incluiría la elaboración de un estudio concienzudo sobre la problemática regulatoria, el diseño de una política institucionalizada comandada por los niveles más altos de gobierno, y, finalmente, la ejecución de estas propuestas. Pero, el aspecto más decisivo fue que esta estrategia se debía enmarcar dentro de una Política Regulatoria emprendida por el Estado peruano³⁵⁴.

³⁵¹ Art. 60° de la Constitución Política de 1993: “Solo autorizado por ley expresa, el Estado puede realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta [...]”.

³⁵² V.g., el rol subsidiario del Estado. Al respecto, *cfr.*, KRESALJA, Baldo, *¿Estado o mercado?: el principio de subsidiariedad en la Constitución peruana*, Lima, PUCP Fondo Editorial, 2015.

³⁵³ CEPLAN, *Perú 2021: País OCDE*, Lima, 2015, <www.ceplan.gob.pe/documentos_/peru-2021-pais-ocde>, [2 de diciembre de 2016].

³⁵⁴ CEPLAN, *Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021*, Lima, 2011, <www.ceplan.gob.pe/documentos_/plan-bicentenario/>, [2 de diciembre de 2016].

¿Cuál es la importancia de contar con una Política Regulatoria? Si partimos de la premisa que sostiene que la Regulación que desarrolla el Estado debe ser planificada y orientada por éste para investirlo de legitimidad, entonces, será necesario que la actuación estatal se enmarque dentro de una política pública que permita, por un lado, identificar los criterios adoptados y, por otro lado, ofrecer seguridad jurídica a los ciudadanos, quienes se verán afectados por las decisiones (regulaciones) provenientes de la Administración³⁵⁵.

En ese sentido, se ha señalado que la Política Regulatoria

“[...] se dirige a la necesidad permanente de asegurar que las regulaciones y la infraestructura regulatoria estén justificadas, así como que sean de alta calidad y lograr objetivos de política. Esta coadyuva a los hacedores de políticas a alcanzar decisiones acerca de qué regular, para quién regular y cómo regular; [así mismo] la Política Regulatoria también ayuda a formar las relaciones entre el Estado, los ciudadanos, los negocios y la sociedad civil”³⁵⁶.

En resumidas cuentas, la Política Regulatoria ofrece el soporte institucional, bajo el que la Administración Pública podrá actuar ordenadamente; toda vez que la ciudadanía estará en la capacidad de conocer y supervisar los pasos que se hayan dado.

Asimismo, el nivel de transparencia y eficiencia marcará el avance de esta política: en tanto más transparente y eficiente sea el proceso, más resultados favorables serán obtenidos y percibidos por los ciudadanos.

De elegir la dirección contraria, la reforma se retrasaría³⁵⁷ y no obtendría los resultados planificados. Ese es el rol que cumple la política pública: es un marco

³⁵⁵ BALDWIN, Robert, *et al.*, *Understanding regulation: Theory, Strategy and Practice*, Londres, Editorial Oxford, 2012, p. 3.

³⁵⁶ OCDE, *Regulatory Policy and Governance: Supporting Economic Growth and Serving the Public Interest*, OCDE Publishing, 2011, p. 8, <www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_101/pdfs/59.pdf>, [2 de diciembre de 2016].

³⁵⁷ Asimismo, una mala regulación implica altos costos para la sociedad. Al respecto, cfr. MINISTERIO DE ECONOMÍA Y FINANZAS DEL PERÚ, *Mejora regulatoria*, Documento de trabajo del Grupo de Trabajo de técnica legislativa de fecha 16 de Julio de 2014, p. 9.

institucional que proporciona mecanismos de control ciudadano (*accountability*) y de valoración y elección de decisiones más beneficiosas y menos costosas.

d) El proceso de Mejora Regulatoria o *Better Regulation Policy*

La Mejora Regulatoria es un término que se utiliza para describir a toda aquella actividad que tenga como objetivo elevar la calidad de la regulación efectuada por las Administraciones Públicas³⁵⁸. Ello no solo implica diseñar dispositivos regulatorios productivos, sino también, deshacerse de aquellas regulaciones deficientes y perjudiciales que, únicamente, aumentan los costos y restringen innecesariamente las libertades de la ciudadanía³⁵⁹.

A decir de Andrés Betancor³⁶⁰, la Mejora Regulatoria o *Better Regulation Policy* surge como respuesta a la crisis regulatoria que padecieron diversos países durante la segunda mitad del siglo XX. Dada la innegable dificultad que sufría el Estado para brindar los servicios básicos de manera directa, se empezó a formular la idea de que sean los particulares quienes se encarguen de brindar los bienes y servicios a los ciudadanos. Sin embargo, la discusión sobre este punto no fue del todo pacífica.

Para algunos, el Estado no podía abdicar su *ius imperium* en favor de los privados³⁶¹; ya que, ello representaría un grave soterramiento del poder público que minaría, en el largo plazo, la capacidad estatal para garantizar el abastecimiento y el bienestar de la sociedad.

Por otro lado, los partidarios³⁶² del cambio sostuvieron que había quedado demostrado que el Estado era incapaz de suministrar satisfactoriamente los bienes y servicios que la población requería. Entre los factores que respaldaban esta postura, se apuntó la falta de capacidad logística, la insuficiencia de recursos humanos y financieros, el desconocimiento técnico y empresarial, entre otros. Por

³⁵⁸ BETANCOR, Andrés, *Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2010, pp. 112-115.

³⁵⁹ MARCOS, Francisco, "Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo", en *Revista de Administración Pública*, N° 179, Madrid, 2009, pp. 340-341.

³⁶⁰ BETANCOR, Andrés, *Op. Cit.*, pp. 347-355.

³⁶¹ ARIÑO, Gaspar, *Op. Cit.*, pp. 568 y ss.

³⁶² *Ídem*.

todo ello, la participación de los particulares ya había dejado de ser una propuesta, se había convertido en una necesidad.

Sin embargo, aún perduraba el temor de que esta apertura implicase la vuelta al liberalismo económico más extremo: aquel que se fomentó bajo el lema del *laissez faire, laissez passer*³⁶³ y que defendía la tesis de la “mano invisible” que controla y autorregula el mercado sin intervención estatal.

Finalmente, se optó por abrir ese espacio a la participación privada. En detrimento de ello, el Estado tuvo que abandonar su antiguo rol. No obstante, este retiro no fue definitivo. Digamos que se mantuvo en el juego, pero ya no como operador sino como árbitro: de ser un agente activo, pasó a desempeñarse como garante, siendo su herramienta más utilitaria la Regulación³⁶⁴.

Esta modificación permitió, en aquella etapa, la motorización de la alicaída situación económica. Sin embargo, más temprano que tarde, este nuevo esquema se topó con varios desafíos, por no llamarlos problemas. Una de ellas³⁶⁵ fue la denominada sobre-regulación.

Este fenómeno fue el resultado del afán de la Administración por controlar y regular todos los aspectos cotidianos de las personas. En consecuencia, las libertades, especialmente las económicas, se vieron limitadas y reducidas³⁶⁶. Ello dio cabida a la formación de varias problemáticas pues se fortaleció la burocracia administrativa, se instauró los formalismos excesivos, se abandonó la preponderancia de la libertad y se pasó a un “controlismo” exacerbado.

¿Cómo se revirtió esta situación? Sabemos que, frente a un problema, hay varias recetas, muchas de las cuales recomiendan medicinas pretéritas. Así, se propuso el retorno al modelo Estado – agente económico, tomando como justificación la inoperancia e incapacidad de los particulares. Betancor³⁶⁷ describió

³⁶³ MONTERO, Juan José, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 78-83.

³⁶⁴ ESTEVE, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2015, pp. 359-364.

³⁶⁵ Otros problemas que surgieron de este paradigma fueron los siguientes: la captura del regulador, el fenómeno del *revolving doors*, las relaciones asimétricas, el problema del costo de fiscalización, etc. Al respecto, *cf.* BETANCOR, Andrés, *Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2010.

³⁶⁶ ESTEVE, José, *Op. Cit.*, pp. 267-270.

³⁶⁷ BETANCOR, Andrés, *Op. Cit.*, pp. 45-46.

a este hecho como un fenómeno pendular, puesto que la historia económica de la Humanidad se ha visto dirigida, intermitentemente, por uno u otro paradigma económico.

No obstante, el problema³⁶⁸ no se resuelve eligiendo entre estas dos alternativas. Por el contrario, existe una tercera vía que no propone la destrucción de lo avanzado, sino la corrección de lo desacertado: corregir fallas y emprender reformas para mantener un modelo que sí funciona, pero que se aturde ante las trabas burocráticas impuestas.

Esta tercera opción implica el cumplimiento de un proceso orientativo del ciclo de formulación de una propuesta regulatoria. Con ello se evitaría la materialización de regulaciones deficientes, pero también, se eliminaría, previa evaluación, las regulaciones innecesarias; a la vez que se reducirían los costos y se incrementarían los beneficios. A este proceso se le denominó Mejora Regulatoria.

En resumidas cuentas, la Mejora Regulatoria o *Better Regulation Policy* es un proceso dirigido por la Administración Pública, cuyo objetivo principal es identificar las regulaciones perjudiciales y reemplazarlas por regulaciones racionales, eficientes, coherentes y beneficiosas.

e) El Análisis de Impacto Regulatorio como metodología de evaluación

El proceso de Mejora Regulatoria requiere necesariamente el uso de una metodología estandarizada aplicable a todas las entidades de la Administración Pública en la medida de que aquello ofrezca predictibilidad, transparencia, objetividad y eficiencia.

Si lo que se busca es corregir las fallas ocasionadas por una regulación deficiente, resulta obligatorio hacer uso de un mecanismo que se replique en todas las evaluaciones realizadas por las entidades públicas. Este mecanismo debe contener criterios de optimización cuyos resultados hayan sido contrastados en diferentes escenarios. Asimismo, estos criterios deben ser objetivos y

³⁶⁸ *Ibidem*, p.61.

mensurables. También, deben ser coherentes y razonables. Y por último, deben ser transparentes.

Las exigencias antes indicadas han servido como indicadores para la elección de la metodología adecuada. Forman una suerte de términos referenciales de selección que el Estado debe tomar en cuenta para seleccionar el mecanismo de evaluación. Asimismo, cabe resaltar la importancia de elegir *bien* la metodología, ya que, ese será el baremo que medirá la viabilidad de una regulación.

En ese sentido, el Análisis de Impacto Regulatorio (en adelante, RIA³⁶⁹) es el mecanismo que puede garantizar la calidad de la regulación³⁷⁰. Pero, ¿cómo se definiríamos el concepto del RIA? Se podría describir como un dispositivo que se utiliza para *“optimizar la eficiencia y efectividad de las propuestas de medidas regulatorias para asegurar que a través de éstas se logren los objetivos trazados, con el menor costo posible y los menores efectos negativos indeseados”*³⁷¹.

De otro lado, la ventaja del RIA es su composición sistematizada. Se encuentra conformada por etapas, elementos y procedimientos consecutivos y concatenados que recubren de racionalidad al ciclo de elaboración normativa. Ahora bien, es importante destacar que el RIA cuenta con 4 etapas³⁷², las cuales serán abordadas en lo sucesivo. Estas etapas son las siguientes: i) identificación del problema; ii) determinación de objetivos; iii) reconocimiento de opciones regulatorias; y, iv) valoración de prospectos.

Finalmente, Eduardo QUINTANA³⁷³ agrega que otro aspecto a tomar en consideración consiste en incluir a la sociedad en el proceso de evaluación de una medida regulatoria. Se sostiene que la participación de los administrados permitirá a la Administración Pública tener conocimiento de las valoraciones, inquietudes y recomendaciones hechas por aquellos que se verán afectados directa o indirectamente.

³⁶⁹ Por sus siglas en inglés: *Regulation Impact Assessment*.

³⁷⁰ QUINTANA, Eduardo, *Op. Cit.*, pp. 15-16.

³⁷¹ *Ibidem*, p. 16.

³⁷² *Ibidem*, pp. 16-18.

³⁷³ QUINTANA, Eduardo, *Op. Cit.*, p. 21.

III. El proceso de Mejora Regulatoria: componentes e importancia

a) Componentes, principios y etapas del proceso de Mejora Regulatoria

La composición del proceso de Mejora Regulatoria está constituida por los actores, los principios y las etapas. Los actores que tienen incidencia en este proceso, principalmente, está encabezados por la Administración Pública y sus diversas entidades estatales. También participan grupos de la sociedad civil, el Congreso de la República, el Poder Judicial, los Organismos Constitucionalmente Autónomos y la ciudadanía en general.

Cabe anotar que el rol que cumplirán cada uno de ellos se diferenciarán en función a las responsabilidades que asuman. Por tal motivo, la Administración Pública será quien estará a cargo, ya que, es un mandato que debe cumplir en beneficio del interés público y el bienestar general.

Respecto a los principios, este proceso estará orientado por los principios de Transparencia, Razonabilidad, Legalidad, Igualdad, Publicidad, así como, el principio *In Dubio Pro Homine*, el principio de Celeridad, entre otros.

Respecto a las etapas de la Mejora Regulatoria, cabría destacar que estas coinciden con las fases que recomienda el RIA. En ese sentido, el objetivo en la primera etapa³⁷⁴ es identificar el problema, es decir, aquí se hallará la falencia, la necesidad de regular esa falla y los involucrados directos e indirectos.

En la segunda etapa³⁷⁵, se definirán los objetivos. Para ello, se realizará un estudio que permitirá responder cuál es la finalidad de la regulación. Será necesario, entonces, especificar el problema: a mayor grado de precisión, mayor será el porcentaje de éxito.

La tercera etapa³⁷⁶ es donde se identificará las alternativas regulatorias. En esta fase se determinará la intensidad de la intervención estatal. Por ejemplo, si es un problema que implique la ponderación entre derechos y libertades como la salud, por un lado, y la empresa, por el otro, probablemente la intervención será más intensa.

³⁷⁴ *Ibidem*, p. 16.

³⁷⁵ *Ibidem*, p. 17.

³⁷⁶ *Ibidem*, pp. 17-18.

En la cuarta etapa³⁷⁷ se valorará y comparará las alternativas regulatorias. Pero, previamente, será necesario estimar los costos de cada alternativa regulatoria. Estos costos, por lo general, son los siguientes: i) costos de cumplimiento; ii) costos directos para las autoridades; y, iii) costos indirectos en la economía.

¿La estimación de costos está relacionada con el Análisis Costo-Beneficio? En efecto, el ACB³⁷⁸ es un instrumento metodológico que sirve para estimar costos y valorarlos a la luz de los beneficios que genere. El resultado de esta operación nos indicará si la propuesta regulatoria resultará más beneficiosa o si, por el contrario, será más costosa.

Por último, la quinta etapa es donde la ciudadanía ejercerá su derecho a participar en las decisiones de la Administración Pública. Se recomienda hacer uso de esta etapa, puesto que, estos mecanismos participativos dotan de legitimidad y transparencia al proceso. Además, los interesados podrán ofrecer sus impresiones y proponer ajustes, de ser necesarios.

b) Importancia y necesidad

La importancia de contar con un método de trabajo organizado y sistemático agilizará los procesos y reducirá el *ratio* de desaciertos. La sistematización generará predictibilidad para los ciudadanos y la estandarización servirá para reducir costos de transacción para la Administración Pública y los administrados.

Llegado a este punto cabe plantearse la interrogante si es necesario. Tomando como referencia la información antes expuesta y en la medida que es preferible operar bajo un sistema predeterminado y eficiente, la respuesta nos lleva a arribar a una conclusión afirmativa.

IV. La reforma regulatoria en México: un proceso exitoso de Mejora Regulatoria

Desde un buen tiempo atrás, México decidió emprender un proceso de reforma regulatoria. Para alcanzar ese objetivo, se crearon comisiones multidisciplinarias, a quienes se les encargó elaborar diagnósticos técnicos sobre las fallas que se

³⁷⁷ *Ibidem*, pp. 18-19.

³⁷⁸ *Ibidem*, p. 19.

advertían en las regulaciones provenientes de las entidades públicas mexicanas. La misión, en ese sentido, fue identificar las causas y confeccionar una estrategia correctiva y propositiva.

El resultado de aquel proceso fue la creación de una Política Regulatoria consolidada, la propulsión del proceso de Mejora Regulatoria respaldada por un texto legislativo³⁷⁹, la utilización de metodologías predeterminadas de evaluación y la creación de un Organismo Técnico Gubernamental como la Comisión Federal para la Mejora Regulatoria (en adelante, COFEMER).

a) El rol de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria

Al respecto, cabe señalar que el proceso de Mejora Regulatoria mexicano no cobra sentido sin la existencia de la COFEMER en tanto este Organismo es quien dirige, orienta, norma y evalúa la agenda regulatoria en México. Asimismo, goza de investidura legal, ya que, sus potestades se encuentran descritas en el Capítulo Segundo del Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo de México (en adelante, LFPA).

Según este dispositivo legal, la COFEMER es

“el órgano administrativo desconcentrado de la Secretaría de Economía, [que] promoverá la transparencia en la elaboración y aplicación de las regulaciones y que estas generen beneficios superiores a sus costos y el máximo beneficio para la sociedad. Para ello la Comisión contará con autonomía técnica y operativa [...]”³⁸⁰.

Como podemos advertir, la COFEMER cumple un rol central, pues, es quien se encarga de asegurar la marcha correcta de todo el proceso regulatorio; toda vez que es la entidad pública que tutela la evaluación del impacto regulatorio.

b) La Manifestación de Impacto Regulatorio como instrumento metodológico

³⁷⁹ Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

³⁸⁰ Artículo 69-E del Capítulo Segundo del Título Tercero A de la LFPA

La Manifestación de Impacto Regulatorio (en adelante, MIR) es un mecanismo de análisis para determinar el impacto regulatorio de una propuesta normativa. De acuerdo a los documentos oficiales del Estado mexicano, la MIR

“es una herramienta de política pública que tiene por objeto garantizar que los beneficios de las regulaciones sean superiores a sus costos. La MIR permite analizar sistemáticamente los impactos potenciales de los instrumentos regulatorios para la toma de decisiones gubernamentales, fomentando que éstos sean más transparentes y racionales”³⁸¹.

De ahí que podamos indicar que la MIR se asemeja al RIA, ya que éste último, también se compone de procesos y se sirve de instrumentos metodológicos para medir el impacto de las regulaciones, procurando que los beneficios obtenidos sean mayores a los costos incurridos.

c) Apuntes sobre lo estudiado: ¿qué lecciones podemos extraer?

Luego de examinar el funcionamiento, la composición y los procedimientos de la reforma regulatoria en México, hay muchas lecciones que merecen ser aprehendidas y reproducidas en el Perú.

Vale la pena, pues, tratar de emular las medidas empleadas en México; sobre todo aquellos aspectos que guardan relación con la formulación y ejecución del proceso. Llegado a este punto, cabría preguntarse, ¿qué elementos pueden replicarse? Consideramos que tanto el proceso como la conformación de los cuadros técnicos son experiencias que deberían replicarse en la reforma regulatoria peruana.

En ese sentido, en el Perú aún no se ha “tomado” la decisión de emprender este trayecto. Se requiere voluntad para reunir a los principales actores políticos de todas las esferas públicas para consensuar una estrategia dirigida por la Administración que busque corregir las fallas y proponer alternativas dentro de un marco jurídico predeterminado, organizado y transparente.

³⁸¹ COFEMER, *Manual de la Manifestación de Impacto regulatorio*, México D.F., COFEMER, 2010.

V. Aproximación de un diseño idóneo de reforma regulatoria para el Perú

a) Las recomendaciones de la OCDE hechas al Perú

A raíz de un informe³⁸² elaborado por la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico³⁸³ (en adelante, OCDE) para el Estado peruano, se realizó un diagnóstico integral sobre el estatus de la calidad regulatoria en el Perú. El diagnóstico ofreció un panorama general de los hallazgos encontrados, así como también, sirvió para lanzar recomendaciones dirigidas a corregir la problemática regulatoria en el Perú.

El informe presentó 6 hallazgos³⁸⁴, los cuales advirtieron sobre la necesidad de iniciar reformas en varios aspectos institucionales, normativos, administrativos, políticos y económicos. Principalmente, llamó la atención las reflexiones que abordaron la situación de las políticas regulatorias en el país, los mecanismos de evaluación de impacto regulatorio, la transparencia y la participación de la población, la ausencia de un sistema regulatorio, la anencefalia funcional, entre otros.

En relación a la política regulatoria, lo que se develó fue la ausencia (¿o deficiencia?) de la misma. Para empezar, el Estado no cuenta con marcos programáticos de larga duración que tengan recubrimiento legal. Únicamente se cuenta con unos documentos no vinculantes como el Acuerdo Nacional³⁸⁵, el Plan Bicentenario y otros compromisos que el Estado ha convalidado progresivamente. Sin embargo, este tipo de reformas merece un tratamiento especial y diferenciado.

Por ello, es impostergable que el proceso se vea reflejado en una norma con rango legal como existe en México. Ello le sumaría autoridad y obligatoriedad a la Administración Pública y le restaría dependencia gubernamental, ya que, como ha sido costumbre en el Perú, con el cambio de gobierno, también se acompaña una práctica de “borrón y cuenta nueva”. Por ello, las políticas públicas no solo deben

³⁸² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS, *Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria*, Lima, OCDE, 2016.

³⁸³ The Organization for Economic Co-operation and Development (OECD, por sus siglas en inglés) es una organización de 34 países cuya misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. Al respecto, *cfr.*, la página web oficial de la OCDE, <www.oecd.org/centrodemexico/laocde>, [25 de octubre de 2016].

³⁸⁴ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS, *Op. Cit.*, p. 7.

³⁸⁵ Véase, *El programa país para el Perú*, disponible en: <www.acuerdonacional.pe/wp-content/uploads/2015/02/AyudaM_Programa-Pais-Peru-OCDE.pdf>, [16 de enero de 2017].

ser compromisos o “pactos de caballeros”, sino que deben sancionarse en una norma legal para que goce de continuidad y seriedad³⁸⁶.

Otra recomendación³⁸⁷ a tomar en cuenta radica en la inexistencia de un plan integral que agrupe y organice los lineamientos, principios, actores y autoridades, pero, principalmente, que sea transversal en la medida que se pueda incluir la participación de otras entidades como el Congreso, el Poder Judicial, los gobiernos regionales y locales y los Organismos Constitucionalmente Autónomos.

Sin embargo, lo que se observa son reformas aisladas y desconectadas entre sí, ya que, al parecer, varias entidades públicas han diseñado reformas particulares. No obstante, esta dinámica no es la más adecuada, ya que, las entidades públicas, si bien gozan de una personería jurídica que las diferencia entre sí, todas ellas forman parte de la estructura organizativa del Estado³⁸⁸; por lo que es necesario que todas las piezas funcionen, de lo contrario, la falla afectará todo el funcionamiento. A este fenómeno lo calificamos como “el efecto paraguas”, ya que, *o cubre todo o moja todo*.

Adicionalmente, también se advierte la carencia de una metodología estandarizada y homologada en cada entidad pública. Como ya se ha examinado en párrafos precedentes, el proceso de reforma requiere contar con mecanismos de evaluación tecnicados que ofrezcan resultados objetivos y racionales. Con ello se evitaría caer en costos indeseados y se mejoraría la calidad regulatoria.

Asimismo, este mecanismo se debe configurar como un requisito obligatorio para cada propuesta de regulación; de lo contrario, no todas las propuestas de regulación serían evaluadas bajo parámetros preestablecidos³⁸⁹.

Por último, como sucede en otros países, el Perú tampoco cuenta con una entidad, oficina u organismo que se instituya como la máxima y única Autoridad competente para evaluar las medidas de regulación³⁹⁰. Por ejemplo, en México se creó la Comisión Federal para la Mejora Regulatoria, la cual se encarga de recibir las propuestas de regulación de todas las administraciones públicas

³⁸⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y DESARROLLO ECONÓMICOS, *Op. Cit.*, p. 12.

³⁸⁷ *Ídem*.

³⁸⁸ *Ídem*.

³⁸⁹ *Ibidem*, pp. 14-15.

³⁹⁰ *Ibidem*, pp. 22-24.

descentralizadas y desconcentradas para su evaluación. ¿Cómo impactó este hecho? Pues, con una Autoridad única se homogeniza criterios, se genera predictibilidad, se ordena el proceso, se consolida la información y se agilizan los procedimientos *inter* e *intra* institucionales.

Frente a estas recomendaciones, ¿cuál es la tarea pendiente del Estado peruano? Básicamente, el objetivo es seguir las recomendaciones presentadas a pesar de que su ejecución será compleja y deparará desafíos posteriores; no obstante, el proceso aportará enseñanzas, lecciones y reflexiones que servirán como un *feedback* cíclico.

VI. Bosquejando una propuesta de Mejora Regulatoria aplicable en el Perú

El reto de bosquejar un esquema de Mejora Regulatoria para el Perú es ambicioso si partimos del hecho que no tenemos la información suficiente ni tampoco el *expertise* necesario para materializar tal empresa. Pero, lo que sí podemos aportar desde el plano académico son ideas y reflexiones que podrán ser atendidas por aquellos en quienes recaiga la responsabilidad de confeccionar el esquema

En ese sentido, tenemos observaciones de distinta naturaleza. Por un lado, proponemos un debate sobre la necesidad de constituir un organismo que sea investido como la Autoridad de más alta jerarquía que se encargue de recibir las propuestas de regulación de todas las administraciones públicas y las evalúe.

Por otro lado, hay un factor funcional que nos preocupa: la ausencia de un sistema nacional de evaluación de impacto regulatorio. Sería recomendable que pueda analizarse la viabilidad de configurar un sistema administrativo funcional en el que se incluyan todos los niveles de gobierno y todos los organismos estatales. De esta manera, el proceso se desarrollará paralelamente en cada uno de ellos.

Evidentemente, la otra observación apunta a la obligación de instituir legalmente una política regulatoria organizada y coordinada desde la Administración Pública. Pero, ¿qué necesitamos? La respuesta cae de maduro: se necesita voluntad política, esfuerzo colectivo y capacidad de consenso, entre otros. Por último, proponemos la estandarización de los instrumentos

metodológicos de evaluación. Como se ha mencionado en este trabajo, este hecho reduciría los costos y aumentaría los beneficios para la población.

VII. El caso del proyecto de ley para la creación de una Oficina de Estudios Económicos para el Congreso peruano

El pasado 23 de agosto, se propuso ante el Congreso peruano la inclusión de una oficina de estudios económicos como un órgano integrante del primero. La propuesta formulaba la creación de un órgano técnico perteneciente al área de apoyo parlamentario del Congreso cuya función principal sería “brindar soporte a los congresistas y sus asesores en materias vinculadas al ámbito económico general, y en particular en la elaboración del Análisis Costo-Beneficio de sus proyectos de ley [...]”³⁹¹.

La propuesta, además, recalca la necesidad de institucionalizar esta oficina como parte del ciclo de elaboración legislativa, envistiéndole de especialidad e independencia. Asimismo, se recalcó el carácter obligatorio, pero consultivo de los dictámenes: es decir, los proyectos de ley elaborados en el seno del Congreso deberían, necesariamente, contar con un dictamen que contenga un análisis costo-beneficio; sin embargo, en caso el dictamen sea desfavorable, el proyecto podrá ser debatido y valorado en el Pleno del Congreso.

A nuestro criterio, este proyecto nos parece una interesante apuesta que se alinea con los objetivos que persigue el Estado peruano en su intención de mejorar la calidad regulatoria de las normas. Cabe resaltar que las normas como tales, provienen por antonomasia de la función legislativa que desarrollan los congresistas.

Si bien, existe la apariencia que la reforma enfatiza su accionar sobre la potestad normativa de la Administración Pública, no podemos olvidar que la labor legislativa constituye, también, un campo de acción sobre el que se debe emprender mejoras, sobre todo en las etapas iniciales de formulación.

³⁹¹ PERUANOS POR EL KAMBIO Y DE BELAUNDE, Alberto, “Resolución que modifica los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso y crea la oficina de Estudios Económicos del Congreso de la República (OEC)”, en *Proyecto de Ley N° 109/2016-CR del 23 de agosto de 2016*, Lima, Congreso de la República del Perú, 2016.

Pero, ¿hasta qué punto esta propuesta puede contribuir a mejorar la calidad de las leyes? ¿Cómo podría entenderse esta iniciativa bajo un enfoque reformativo integral y extensible? Valorar el impacto y las consecuencias de este proyecto solo sería un ejercicio especulativo, dado que, no contamos con datos, estadísticas o resultados que podamos utilizar. No obstante, los lineamientos que configuran el contenido del Proyecto de Ley nos permiten formular apreciaciones sobre su aporte a futuro.

Para empezar, la creación de un órgano técnico que brinde “soporte” y “desarrolle” informes de ACB para los proyectos legislativos será valiosa en tanto se instituya como un filtro que discrimine los proyectos viables de los no viables. Esto procurará herramientas informativas a los congresistas, quienes contarán con elementos de juicio objetivos sobre el impacto favorable o desfavorable de una regulación.

No obstante, preocupa que no se haya ideado un mecanismo legal que permita a este órgano archivar, rechazar o modificar los contenidos de los proyectos de ley cuando no hayan superado satisfactoriamente el análisis costo-beneficio. Podría suceder que esta oficina termine convirtiéndose en una “mesa de partes” decorativa. Por lo tanto, su presencia, únicamente, cobrará peso si y solo si su opinión sea vinculante. De contar con esta facultad, se podría reducir considerablemente el número de regulaciones innecesarias, deficientes e incompletas.

Otro punto a valorar es el rol que cumplirá esta iniciativa dentro de la visión general de la reforma. Como ya hemos mencionado, la mejora se debe entender bajo un enfoque integral que incluya en su programa a todas las entidades públicas del Estado. Por ello, aquí cabría cuestionarse cómo encajaría la creación de esta oficina dentro del entramado general. Si fue formulado como una iniciativa aislada y específica para el Congreso, se corre el riesgo de que se genere una superposición funcional. Para evitar ese conflicto es recomendable que esta iniciativa se integre como una pieza más de la reforma regulatoria.

Por otro lado, la fórmula augura resultados favorables. Al menos en su concepción, ya que, se postula el uso de las herramientas adecuadas para evaluar

el impacto y la calidad regulatoria de una norma. Tanto la metodología escogida-Análisis de Costo-Beneficio-, como el carácter anticipado de la evaluación marcan las líneas de su finalidad, organización y funcionamiento.

VIII. Conclusiones

Las conclusiones que logramos extraer de este estudio se aglomeran principalmente en tres grupos. El primero de ellos versa sobre la necesidad de una Política Regulatoria para el Perú, ya que, es evidente que si no contamos con una agenda institucional del más alto nivel, la reforma regulatoria no podrá sostenerse en el tiempo.

Por ello, se requiere de voluntad política y capacidad de decisión para apuntar a los objetivos. De tal modo, este programa regulatorio deberá estar contenido en un documento legal y deberá ser obligatorio para todas las entidades públicas.

La segunda conclusión radica en la posibilidad de crear un sistema funcional de evaluación de impacto regulatorio de naturaleza transversal. Como parte de sus alcances, este sistema deberá estar dirigido por un organismo especializado que se instituya como el ente rector del sistema. Sus funciones principales serían elaborar estudios de impacto regulatorio y emitir opiniones vinculantes sobre las propuestas de regulación que lleguen a su poder.

La tercera y última conclusión estriba en la selección del mecanismo adecuado de evaluación. Por las razones expuestas, consideramos que tanto el Análisis de Impacto Regulatorio como el Análisis Costo-Beneficio son los instrumentos más adecuados para evaluar los impactos que surgen de la aplicación de una regulación administrativa.

IX. Bibliografía

ARIÑO, Gaspar, *Principios de derecho público económico: modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*, Granada, Comares, 2004.

BALDWIN, Robert, *et al.*, *Understanding regulation: Theory, Strategy and Practice*, Londres. Editorial Oxford University Press, 2012.

BETANCOR, Andrés, *Regulación: mito y derecho: desmontando el mito para controlar la intervención de los reguladores económicos*, Navarra, Civitas Thomson Reuters, 2010.

CEPLAN, *Perú 2021: País OCDE*, Lima, 2015, <www.ceplan.gob.pe/documentos_/peru-2021-pais-ocde>, [2 de diciembre de 2016].

CEPLAN, *Plan Bicentenario. El Perú hacia el 2021*, Lima, 2011, <www.ceplan.gob.pe/documentos_/plan-bicentenario/>, [2 de diciembre de 2016].

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA, *Manual de la manifestación de impacto regulatorio*, México D.F, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2010.

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA, “Qué es la regulación”, en *Portal de la Cofemer*, México D.F, Comisión Federal de Mejora Regulatoria, <www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=89>, [2 de diciembre de 2016].

COMISIÓN FEDERAL DE MEJORA REGULATORIA, *Guía para evaluar el impacto de la regulación. Métodos y metodologías, Vol. 1*, México D.F., Comisión Federal de Mejora Regulatoria, 2013.

CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Ley federal de procedimiento administrativo*, México D.F., Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, 1994.

COSCULLUELA, Luis y LÓPEZ, Mariano, *Derecho público económico*, Madrid lustel, 2011.

ESTEVE, José, *Lecciones de derecho administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 2015.

KRESALJA, Baldo, *Derecho constitucional económico*, Lima, PUCP Fondo Editorial, 2009.

MARCOS, Francisco, “Calidad de las normas jurídicas y estudios de impacto normativo”, en *Revista de Administración Pública*, N° 179, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, “*Guía sobre calidad normativa y publicación de proyectos normativos. Guía para asesores jurídicos del Estado*”, Lima, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2016.

MONTERO, Juan José, *Regulación económica: la actividad administrativa de regulación de los mercados*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), *Política Regulatoria en el Perú. Uniendo el marco para la calidad regulatoria*, Lima, OCDE, 2016.

PARADA, Ramón, *Derecho administrativo I. Parte general*, 18^a Ed., Madrid, Marcial Pons, 2010.

PERUANOS POR EL KAMBIO Y DE BELAÚNDE, Alberto, “Resolución que modifica los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso y crea la oficina de Estudios Económicos del Congreso de la República (OEC)”, en *Proyecto de Ley N° 109/2016-CR*, Lima, Congreso de la República del Perú, 2016.

QUINTANA, Eduardo, “Análisis de impacto regulatorio en la regulación peruana de servicios públicos”, en *Revista Derecho & Sociedad*, Núm. 36. Año 22. Lima, 2011.