



# Dignitas

ISSN: 2007-4379 · eISSN: 2594-2972

AÑO XV, NÚM. 41, JULIO-DICIEMBRE DE 2021

41

## Derecho humano a la buena administración pública



COMISIÓN DE  
**DERECHOS  
HUMANOS**  
DEL ESTADO DE MÉXICO







COMISIÓN DE  
**DERECHOS  
HUMANOS**  
DEL ESTADO DE MÉXICO

### CODHEM

M. EN D. MYRNA ARACELI GARCÍA MORÓN  
Presidenta

M. EN D. JESÚS PONCE RUBIO  
Secretario general

L. EN D. MARÍA ANGÉLICA PLIEGO SCOUALL  
Encargada del Despacho del Centro de Estudios

M. EN H. ENRIQUE RICARDO GARRIDO JIMÉNEZ  
Jefe del Departamento de Publicaciones

L. EN T. S. JESSICA MARIANA  
RODRÍGUEZ SÁNCHEZ  
Asistente editorial

L. EN L. L. DULCE THALÍA BUSTOS REYES  
Correctora de estilo

L. EN D. G. RICARDO GALLARDO SÁNCHEZ  
L. EN D. G. AMIRA REYES IZQUIERDO  
Diseño de portada

L. EN D. G. ALDO EMANUEL JUÁREZ HERRERA  
L. EN D. G. AMIRA REYES IZQUIERDO  
L. EN A. P. JESÚS ESQUIVEL VILLEGAS  
Formación y cuidado de la edición

### CONSEJO EDITORIAL

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ  
Universidad de La Coruña  
España

MARÍA DE JESÚS MEDINA  
Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad  
Nacional Autónoma de México  
México

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA  
UNIVERSIDAD IBEROAMERICANA  
México

CAROLINA LEÓN BASTOS  
Facultad de Derecho, Universidad Anáhuac  
México

*Dignitas* está incluida en el catálogo del Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas de América Latina, El Caribe, España y Portugal (Latindex).



**DIGNITAS**, año XV, núm. 41, julio-diciembre de 2021, es una publicación semestral editada por la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc, C. P. 50010, Toluca, Estado de México, teléfono (722) 236 05 60, página web [www.codhem.org.mx](http://www.codhem.org.mx), correo: [centro.estudios@codhem.org.mx](mailto:centro.estudios@codhem.org.mx). Editor responsable: Miguel Alejandro López Olvera. Reserva de Derechos al Uso Exclusivo N° 04-2009-052612531300-102, edición impresa ISSN: 2007-4379, edición en línea ISSN: 2594-2972; otorgados por el Instituto Nacional del Derecho de Autor. Responsable de la última actualización de este número: Víctor Manuel Suárez Cruz, Dirección de Tecnologías de la Información y Comunicación, av. Nicolás San Juan, núm. 113, col. Ex Rancho Cuauhtémoc, C. P. 50010, Toluca, Estado de México. Fecha de última modificación: diciembre de 2021. Los artículos, así como las opiniones aquí expuestas, son responsabilidad de los autores; la Codhem los difunde a favor de la libertad de expresión y el respeto a la pluralidad. Queda estrictamente prohibida la reproducción total o parcial de la publicación sin previa autorización de la Codhem.

# CONTENIDO

- 7 **PRESENTACIÓN**  
MYRNA ARACELI GARCÍA MORÓN
- A FONDO**
- 15 **La buena Administración Pública sobre contratación pública y anticorrupción dentro del T-MEC**  
RODOLFO CANCINO GÓMEZ
- 35 **Dimensión ética de la buena Administración**  
CARLOS E. DELPIAZZO
- 47 **A propósito de la buena Administración y el objetivo global del desarrollo sostenible**  
MARTÍN GALLI BASUALDO
- 71 **Contratación pública y buena Administración**  
JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA
- 89 **Democracia y datos personales**  
MIGUEL PEZZUTTI
- 107 **El derecho fundamental a la buena Administración y el derecho administrativo**  
JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ
- CRITERIOS SOBRE EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**
- 135 **La génesis del derecho fundamental a una eficiente Administración Pública en México**  
GABINO EDUARDO CASTREJÓN GARCÍA
- 141 **El derecho a una buena Administración Pública y sus derechos componentes**  
MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
- BREVIARIO BIBLIOGRÁFICO**
- 149 **Matilla Correa, Andry, *La buena Administración como noción jurídico-administrativa*, 2020**  
ERICK ZAVALA GALLARDO



# PRESENTACIÓN

# Dignitas

El número 41 de *Dignitas* inaugura una nueva época en la larga tradición de este importante medio que promueve y divulga la cultura de los derechos humanos en la entidad mexicana; además, recupera la identidad que, desde sus inicios, se creó respecto de los contenidos de esta importante revista de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México (CODHEM).

Este número es especialmente significativo en virtud de que se dedica al análisis, estudio y difusión de un derecho humano que va tomando relevancia en nuestro país y en el mundo: el derecho humano a la buena Administración Pública.

La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México establece obligaciones para la Comisión relativas a la prevención de violaciones a los derechos humanos; promoción y difusión de la cultura del respeto a la dignidad humana; la generación de acciones para sensibilizar, promover y capacitar en materia de derechos humanos, así como promover y divulgar las prerrogativas fundamentales.

Según la Ley de la Comisión, este órgano constitucional autónomo solo puede “conocer de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa, provenientes de cualquier autoridad o servidor público del Estado, o de los municipios que violen los derechos humanos”.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> Art. 13, fracción I de La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

También puede:

conocer de quejas [...] en contra de cualquier autoridad o servidor público que con su tolerancia, consentimiento o negativa a ejercer las atribuciones que legalmente le correspondan, de lugar a presuntas violaciones a derechos humanos provenientes de quienes presten servicios permitidos o concesionados por los gobiernos estatal o municipales u ofrezcan servicios al público.<sup>2</sup>

Es por ello que el derecho humano a una buena Administración Pública debe entenderse como aquel derecho que obliga a que las instituciones y entidades administrativas funcionen como un engranaje cuasiperfecto, cuya centralidad, motor y fin último es la persona humana, es decir, las personas para quienes trabajan las administraciones públicas, con el objetivo de satisfacer sus necesidades.

En nuestro país ha sido la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) la que ha ido construyendo pretoriamente el derecho humano a la buena Administración Pública, al dotarlo de contenido para afirmar que radica en que la organización estatal debe fincar sus propósitos en la persona y dirigir todas sus actuaciones a la preservación de condiciones mínimas que permitan el resguardo de la dignidad humana como objetivo esencial del Estado.

En el ámbito constitucional local, en forma de derecho humano explícito, solo la Ciudad de México lo tiene contemplado en el artículo 6º, e incluso se creó una sala especializada —también por la Constitución de la capital del país— en el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, que conoce de controversias en materia de derecho humano a la buena Administración Pública.

Los contenidos de la revista *Dignitas*, a partir de este número 41, se dividirán en tres secciones, además de que serán números temáticos, con el objetivo de pro-

---

<sup>2</sup> Art. 13, fracción II de La Ley de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.



fundizar y dar una visión más completa respecto de un determinado derecho humano. En la primera sección, denominada “A Fondo”, se publicarán artículos de investigación que darán cuenta del estudio de un determinado derecho humano.

En la segunda sección, denominada “Criterios sobre derechos humanos”, se publicarán estudios cortos sobre sentencias o jurisprudencias en las cuales se fundamente o cree un determinado derecho humano, emitidas por algún tribunal, ya sea local, nacional o internacional.

En la tercera sección, denominada “Breviario bibliográfico”, se publicarán las reseñas de los libros que se hayan publicado recientemente respecto de la temática estudiada en el número correspondiente de la revista.

En este número se publican seis excelentes trabajos de investigación, de autores referentes en el tema, tanto nacionales como extranjeros, los cuales nos dan cuenta de la amplitud y de la importancia del derecho humano a la buena Administración Pública, así como de sus derechos componentes.

Rodolfo Cancino Gómez, de México, en su artículo “La buena Administración sobre contratación pública y anticorrupción dentro del T-MEC”, analiza los fundamentos, en el ordenamiento jurídico mexicano, del derecho humano a la buena Administración Pública con base en los capítulos “Anticorrupción” y “Contratación pública” —contenidos en el nuevo T-MEC—, así como en las normas constitucionales y en los criterios del Poder Judicial federal.

Carlos E. Delpiazzo, de Uruguay, nos explica la “Dimensión ética de la buena Administración”, la cual implica la determinación precisa de los fines y los medios adecuados para alcanzar la garantía de los derechos de las personas. Para ello, señala el autor, la ética puede ayudar a calificar el ejercicio de la función administrativa conforme a lo que está bien, más allá de las opiniones subjetivas de cada persona; confor-

me se satisfagan los intereses generales de la comunidad y se obtenga un bien común. De esta manera, las personas tienen el derecho a exigir una actuación conforme con las reglas de la ética pública, como parte del derecho a una buena Administración Pública.

Martín Galli Basualdo, de Argentina, en su trabajo intitulado “A propósito de la buena Administración y el objetivo global del desarrollo sostenible”, estudia la relación entre el derecho humano a la buena Administración y el desarrollo sostenible, entendido este último como aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Destaca que el derecho humano a la buena Administración se articula con los objetivos del desarrollo sostenible a partir de los principios propersona y respecto a la dignidad humana.

José Antonio Moreno Molina, de España, en su trabajo denominado “Contratación pública y buena Administración”, estudia los principios y los derechos componentes del derecho humano a la buena Administración, aplicables a las contrataciones públicas; destaca tópicos como la profesionalización de los funcionarios, la evasión de los conflictos de interés, la puesta en práctica de los principios de la contratación, así como la integridad en las compras públicas.

Miguel Pezzutti, en “Democracia y datos personales”, analiza tres temas, que corresponden a tres derechos fundamentales, de gran relevancia para garantizar el respeto a la dignidad humana: democracia, libertad y protección de datos personales. En dicho artículo se estudian los elementos de la democracia siguiendo la línea de pensamiento de Luigi Ferrajoli. La libertad se examina a partir de las garantías y los derechos individuales. Con base en las normas europeas y uruguayas, se analiza la relación entre protección de datos personales y democracia. Finalmente, se realiza una reflexión partiendo de tres premisas: lo viejo, lo nuevo y los desafíos.



# Dignitas

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, de España, el jurista iberoamericano de más referencia en el tema, escribe su artículo intitulado “El derecho fundamental a la buena Administración y el derecho administrativo”. En dicho texto analiza y explica el derecho a la buena Administración Pública desde los postulados desarrollados por el nuevo derecho administrativo con base en los principios del Estado social y democrático de derecho, partiendo de la idea de que la centralidad del ordenamiento jurídico está en la dignidad de la persona.

Por otra parte, en la sección “Criterios...”, que en esta ocasión está dedicada al derecho humano a la buena Administración Pública, se publica “La génesis del derecho fundamental a una eficiente Administración Pública en México”. Dicho texto fue escrito por el destacado jurista mexicano Gabino Eduardo Castrejón García, quien patrocinó los asuntos que dieron lugar a la generación del criterio jurisprudencial que reconoce en nuestro país el derecho humano a una eficiente Administración Pública.

También Miguel Alejandro López Olvera nos da cuenta, en su artículo intitulado “El derecho a una buena Administración pública y sus derechos componentes”, de los recientes criterios aprobados por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del Poder Judicial federal.

En la sección “Breviario bibliográfico”, Erick Zavala Gallardo escribe la reseña del libro del reconocido jurista cubano Andry Matilla Correa, intitulado *La buena Administración como noción jurídico-administrativa*, publicado en España en el año 2020.

Este ejemplar, sin duda, es el mejor medio para plantear la postura de esta Comisión sobre la necesidad urgente de legislar sobre este tema en nuestra entidad, y elevarlo como un derecho humano en la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de México, pues hasta ahora solo encuentra referencia legal en nuestra entidad federativa en los objetivos

que dan razón de ser al Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de México, pues a este corresponde ser garante de esta importante prerrogativa. Se atiende así, desde julio de 2017, lo establecido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) sobre el análisis del procedimiento administrativo, desde una perspectiva de tutela de los derechos humanos, que permite desplegar el derecho o principio a la buena Administración Pública desde una perspectiva privilegiada por su concreción en relación con los derechos e intereses de las personas.

La Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, la casa de la dignidad y de las libertades, pone a disposición de todas las personas, especialmente de las mexiquenses —mediante la publicación de este número—, uno de los temas que más empoderan a la ciudadanía y redimensionan el papel activo de la Administración Pública: el derecho humano a una buena Administración Pública.

**MAESTRA EN DERECHO MYRNA ARACELI**

**GARCÍA MORÓN**

Presidenta de la Comisión  
de Derechos Humanos del Estado de México

# Dignitas



**A FONDO**





# LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA SOBRE CONTRATACIÓN PÚBLICA Y ANTICORRUPCIÓN DENTRO DEL T-MEC

RIGHTEOUS PUBLIC ADMINISTRATION ON PUBLIC  
RECRUITMENT AND ANTI-CORRUPTION WITHIN THE T-MEC

RODOLFO CANCINO GÓMEZ

[ Profesor-investigador de tiempo completo en la Facultad de Derecho de la UNAM.]

## Resumen

En este artículo se analizan los fundamentos, en el ordenamiento jurídico mexicano, del derecho humano a la buena Administración Pública con base en los capítulos de anticorrupción y de contratación pública contenidos en el nuevo Tratado entre México, Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), así como en las normas constitucionales y en los criterios del Poder Judicial federal.

### *Abstract*

*This article analyzes the foundations, in the Mexican legal system, of the human right to good public administration, based on the anti-corruption and public procurement chapters contained in the new T-MEC, as well as the constitutional rules and criteria of the federal judiciary.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena Administración, T-MEC, contratación pública, anticorrupción.*

**KEYWORDS:** *Governance, T-MEC, Public Procurement, Anti-Corruption.*

**SUMARIO:** I. El derecho humano a la buena Administración Pública. II. La anticorrupción y contratación pública en el T-MEC. Ejemplos para garantizar el derecho a una buena Administración. III. El principio de integridad y transparencia en la contratación pública y su vinculación con los derechos humanos. IV. Implicaciones del derecho a la buena Administración Pública y el comercio internacional. V. Fuentes consultadas.

## I. EL DERECHO HUMANO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

No resulta difícil imaginar que, a partir de la entrada de México al Acuerdo General de sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT, por sus siglas en inglés)

y posteriormente su adhesión a la Organización Mundial de Comercio (OMC), así como la entrada en vigor de la nueva versión del T-MEC, se han modificado sustancialmente las condiciones de participación comercial de México frente al mundo, debido a un marco normativo renovado para lograr los fines deseados de un comercio libre y justo. El orden jurídico internacional es incompleto y evolutivo, aunque no centre sus baterías de acción en el reconocimiento de los derechos humanos en el funcionamiento del sistema multilateral de comercio. Se advierte la incompatibilidad entre el ejercicio del libre comercio y otros derechos humanos; sin embargo, es evidente que los derechos humanos permean ya los instrumentos jurídicos para lograr una mayor certidumbre y efectividad del comercio internacional.

En efecto, entre un catálogo amplio de los derechos humanos, cabe resaltar el derecho humano a una buena Administración Pública, el cual se ve retomado y plasmado en la nueva generación de tratados comerciales, como lo es el T-MEC. Lo anterior, debido a que las administraciones de algunos Estados tienen bajos niveles de cumplimiento de sus propias leyes, o bien, resultan más “flexibles” o “laxas” en comparación con las de otros Estados donde existen mecanismos de integridad y cumplimiento bajo de modelos éticos y de anticorrupción.

En ese sentido, nuestro país debe entender que las condiciones para combatir la pobreza y lograr un desarrollo de calidad a nivel nacional tienen su palanca en el entorno internacional (Zapata, 2020: 11).

Con base en estas consideraciones, para identificar la cobertura y alcance de lo que implica el derecho humano a la buena Administración Pública, es necesario señalar que su base normativa y su reconocimiento, *per se*, se encuentran, en primer lugar (aun más allá del Tratado de Niza), en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en el año 2000 por el Parlamento Europeo, que establece en su artículo 41 lo siguiente:

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: el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente,-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial,-la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad 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... (Parlamento Europeo, 2000).

Es evidente que, en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en primer lugar, se menciona que la actuación de la autoridad frente a los particulares se vea compelida a que se realice de forma imparcial y equitativamente, así a que se sujete al principio de inmediatez, al establecer que dicha actuación debe hacerse en un lapso que sea razonable a efecto de no violar o evitar que se vea obstruida la esfera de los particulares.

Aparte de ese instrumento, que resulta vinculante para los países miembros de la Unión Europea, existe la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, que si bien cae dentro del derecho indicativo (no vinculante), tiene un amplio catálogo de derechos derivados dignos de tomarse en cuenta para un adecuado funcionamiento de la Administración Pública. En su preámbulo establece lo siguiente:

La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los Derechos Fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable (Consejo Directivo del CLAD, 2013).

En primer término, procura una buena Administración Pública, como un derecho fundamental para satisfacer el interés general, mediante instrumentos y servidores públicos más preparados; de tal forma que el funcionamiento de todas las entidades y dependencias insertas dentro de estructuras gubernamentales modernas y eficaces cumpla con sus objetivos y metas, priorizando las necesidades de los ciudadanos con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad, en plazos razonables.

En nuestra Constitución federal no existe un artículo que exprese de manera específica qué debemos entender por derecho a la buena Administración. No obstante, desde una perspectiva muy estricta, inspira y arroja el cumplimiento de otros derechos fundamentales, tales como el de igualdad, petición, legalidad, de audiencia, debido proceso, seguridad jurídica, salud, medio ambiente.

Para entender el derecho a la buena administración, se debe partir y conceptualizar dicho derecho bajo “la premisa” de que todo asunto público se debe atender en tiempo y forma salvaguardando el interés general; esto bajo un enfoque en el que la persona es el foco y finalidad de la actuación de la autoridad. Es decir:

...para hablar del derecho humano a una buena Administración debe entenderse que este es un derecho fundamental, el cual permite que las instituciones y entidades administrativas funcionen como un engranaje cuasiperfecto, cuyo motor es la persona

humana, es decir, el ciudadano para quien se trabaja con el objetivo de satisfacer sus necesidades... (Arcila, 2019: 41-57).

En este sentido, el ejercicio y respeto de dicho derecho adquiere otra connotación, pues se ve a la persona como fin y, por tanto, como eje rector en la actuación de la autoridad, que si bien no se encuentra establecido de manera directa en nuestra Carta Magna, lo cierto es que no es óbice para su reconocimiento, tal como se ve mediante el siguiente criterio jurisdiccional:

RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

Así, la razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad *administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente Administración Pública,*<sup>1</sup> pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización. Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la Administración Pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obtener la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service* -funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia-. Bajo estas premisas, la responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse sistemáticamente dentro del orden jurídico, siendo que sus funciones y fines son principalmente cuatro, a saber: i) compensación de daños; ii) crear incentivos tendentes a la prevención de daños y accidentes; iii) control del buen funcionamiento de la acción administrativa; y, iv) demarcación de las conductas administrativas libres de la responsabilidad civil (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2013).

Como se advierte, a pesar de que el criterio tenga como principal objeto la responsabilidad patrimonial del Estado, lo cierto es que pone de relieve la existencia del derecho fundamental a una eficiente Administración Pública que tenga como objeto (i) que la actuación de la autoridad se realice mediante los parámetros de regularidad y (ii) que la gestión pública se realice bajo el amparo de estándares de calidad.

Por consiguiente, no obstante que en México no exista una norma que de manera inmediata establezca el derecho humano a la buena Administración Pública, lo cierto es que este se puede desprender a partir del actual marco jurídico exis-

---

<sup>1</sup> Las cursivas son del autor.

tente —tal como se deriva del anterior criterio, al reconocerse el derecho a una eficiente Administración Pública—, así como de otros instrumentos normativos de menor jerarquía, como la Constitución Política de la Ciudad de México, que en su artículo 7 señala que:

Toda persona tiene derecho a una buena Administración Pública, de carácter receptivo, eficaz y eficiente, así como a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación. 2. Las autoridades administrativas deberán garantizar la audiencia previa de los gobernados frente a toda resolución que constituya un acto privativo de autoridad.

## **II. LA ANTICORRUPCIÓN Y CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL T-MEC. EJEMPLOS PARA GARANTIZAR EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

El pasado 1 de julio de 2020 entró en vigor el T-MEC, que, a diferencia de su antecesor, el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), trajo consigo diversos capítulos novedosos en cuanto a la materia, alcances y objetivos que se pretenden para fortalecer los flujos comerciales en la región de América del Norte.

Existe un cambio de paradigma en el comercio internacional hoy en día, ya que, lejos de verse solo bajo la lupa del “libre comercio” como la desgravación de mercancías, ahora la visión es más integral —con mayor cobertura y alcance—, bajo una perspectiva política de los elementos que afectan o inciden en un comercio internacional justo, que coadyuven a un mejor funcionamiento de estos y otras temáticas democrático-sociales.

De ahí que en el T-MEC se inserta, por un lado, un nuevo capítulo, referente a anticorrupción, y, por otro lado, el de contratación pública, el cual incorpora diversos aspectos novedosos y necesarios para las necesidades actuales. Ambos capítulos, en sí, proyectan en sus contenidos el derecho humano a una buena Administración gubernamental; establecen medidas en cuanto a la forma de actuación de la autoridad y al ejercicio de sus facultades.

### **A. ANTICORRUPCIÓN EN EL T-MEC**

El derecho humano a una buena Administración Pública incide en la vida de los particulares, en el entendido de que en la ontología del propio Estado se halla la satisfacción y salvaguarda de las personas. Por tanto, un marco jurídico carente de mecanismos para el correcto ejercicio del poder la autoridad resulta vano y, por tanto, nugatorio de dicho derecho.

En ese orden de ideas, la existencia de un desapego al Estado de derecho por parte de las autoridades afecta la forma en la que se llevan las operaciones de comercio internacional, ya que desprovee a los agentes participantes de certidumbre y seguridad jurídica, así como la consecuente variación en las condiciones de competencia económica, al variar y diferenciar la forma en la que participan los distintos agentes económicos en cada país.

De tal suerte, el capítulo de anticorrupción del T-MEC tiene como objeto el prevenir y combatir el cohecho y la corrupción en asuntos que afecten el comercio o la inversión internacionales. De esas prácticas depende que determinado país encuadre o no dentro del marco jurídico, y, por tanto, no solo incida en que la autoridad actúe conforme a la ley, sino en caso contrario. Si así fuese, nos encontraríamos ante una situación de desventaja comercial, pues en algunos Estados se obliga a cumplir determinados estándares y en otros dicho cumplimiento resulta más flexible o innecesario ante estas prácticas, lo cual incidirá en desigualdad de condiciones para la participación en el país del que se trate.

Cabe resaltar que, para tal objeto, las partes del T-MEC se encuentran sujetas, a su vez, al cumplimiento de la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, hecha en París, Francia, el 17 de diciembre de 1997; la Convención Interamericana contra la Corrupción, del 29 de marzo de 1996; así como de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, hecha en Nueva York, Estados Unidos, el 31 de octubre de 2003, entre otros.

En este sentido, el marco jurídico “anticorrupción” establecido a partir del T-MEC se extiende al cumplimiento de esos otros instrumentos jurídicos, pues esos han dado las bases y fundamentos en la esfera internacional para evitar prácticas de corrupción y cohecho.

De igual forma, en el mismo texto del capítulo del T-MEC, los Estados parte apoyan otros instrumentos, ordenamientos, códigos y principios donde se disponen diversas medidas para prevenir dichas prácticas, sin dejar de lado que estas incidan en asuntos que afecten el comercio o la inversión internacionales.

En consecuencia, el capítulo de anticorrupción del T-MEC se enfoca en los ámbitos de comercio o inversión internacional, sin limitar la instrumentación de medidas para el correcto cumplimiento del derecho humano a una buena Administración Pública, incluyendo la regulación del comportamiento de los particulares.

No se pueden analizar las medidas que combatan la corrupción solo por parte de las Administraciones públicas y de las autoridades; también hay que normar el comportamiento comercial de los particulares, que son quienes propician las prácticas de corrupción o, en su caso, resultan beneficiados, dado que existe una vinculación con los servidores públicos.

El T-MEC dispone medidas para que el Estado penalice diversas conductas que dan lugar a tales prácticas indebidas, así como que fomente la adopción de control y auditoría para i) detección de prácticas delictivas y ii) resguardo y control contable y financiero. Esto a partir de controles y *programas de compliance* en los que las empresas se mantengan y fomenten el cumplimiento de la normatividad aplicable, y con ello se eficiente la observancia de lo antes planteado, ya que, lejos de que la autoridad únicamente verifique el cumplimiento a través de sus mecanismos disponibles, el sector privado también se involucre en la verificación del grado de cumplimiento y los beneficios que le representa actuar conforme a la ley. Así que los privados deberán incorporar a sus organizaciones dichos programas, por medio de los cuales desarrollen controles internos, programas de ética y medidas preventivas y correctivas anticorrupción.

Si bien el T-MEC tiene como objetos la protección del comercio y la inversión internacional cuando estas se vean afectadas por prácticas de corrupción y cohecho, lo cierto es que, intrínsecamente, responden a la consolidación del respeto e instrumentación de medidas para un correcto cumplimiento del derecho humano a una buena Administración Pública, pues entre los aspectos que atiende se encuentra el que los agentes participantes encuentren ambientes propicios para el desarrollo de sus actividades.

Asimismo, en el capítulo anticorrupción del T-MEC se establece la adopción o revisión de seis tipos penales. Dispone cuatro nuevas descripciones que deberán ser incorporadas a la legislación penal; pero también la adopción, es decir, la regulación, de dos nuevos tipos penales, que son la “malversación de fondos” y “la apropiación indebida u otra desviación por un funcionario público para su beneficio o en beneficio de otra persona o entidad, de una propiedad, fondos o valores públicos o privados o cualquier otra cosa de valor confiada al funcionario público en virtud de su posición” (López, 2020: 31). Las leyes penales tendrán que ser reformadas para incorporar estas disposiciones del T-MEC.

## B) CONTRATACIÓN PÚBLICA EN EL T-MEC

Dada la interconexión de la contratación pública con la corrupción, las organizaciones internacionales han emitido una serie de lineamientos, guías, directivas, recomendaciones y principios para prevenir, contener y sancionar actos anómalos e irregulares que contaminan el procedimiento de contratación y, por ende, erosionan el interés público. Este cuerpo de carácter normativo abona a reducir los índices de corrupción y, por ende, pugna por una buena Administración desde la perspectiva de un órgano que opera con mayor eficiencia y eficacia no solo en la ejecución de sus atribuciones, sino en el propio funcionamiento operacional

del mismo, tomando en cuenta que todas las áreas que forman parte, junto con los servidores públicos, se rijan y se conduzcan conforme a mejores prácticas. Todo ello sería una caja de herramientas para combatir, controlar, reducir y erradicar el conflicto de interés, el cohecho, el soborno, el tráfico de influencias, la colusión y el fraude maquinado.

El establecimiento de reglas claras permite que las personas conozcan el escenario en el que participarán, y, en su caso, de manera analógica, que el encargado de su cumplimiento —llámese autoridad o servidor público— acate dichas reglas, pues en sentido contrario, si el encargado (autoridad) no verifica el cumplimiento de la norma, su necesidad resulta obtusa y carente de sentido.

Como se indicó previamente, el derecho a una buena Administración Pública abarca cualquier aspecto del ejercicio de facultades que realiza la autoridad, siendo de tal relevancia tratándose de la forma en la que eroga los recursos públicos para obtener los medios y bienes necesarios para lograr sus fines. Entre los mecanismos que dispone para lograr tal finalidad se encuentra el celebrar contratos con entes privados para la obtención de los bienes, obras o servicios que requiere.

En este escenario, dichos actos revelan gran relevancia en el cumplimiento y respeto del derecho fundamental de las personas para tener una buena Administración Pública.

En caso contrario, si la gestión y desahogo del procedimiento de contratación es en desapego al marco jurídico y principios rectores que la autoridad debe acatar para la celebración de las licitaciones públicas y demás formas para la adjudicación de contratos pública, implicaría una violación al derecho humano a la buena Administración.

De tal suerte, el capítulo de contratación pública del T-MEC establece diversas medidas que tienen como objeto el cumplimiento del derecho humano a una buena Administración Pública, ya que tiene como ámbito de aplicación aquellas contrataciones “cubiertas” —es decir, aquellas que fueron contempladas por Estados Unidos de América y México para ser objeto de protección—, principalmente mediante el cumplimiento de los siguientes principios generales:

- Trato nacional y no discriminación,
- La licitación pública como medio de contratación,
- Uniformidad en el empleo de reglas de origen,
- Prohibición de imposición de condiciones compensatorias especiales,
- Empleo de medios electrónicos.

En el texto de dicho capítulo se establecen diversas medidas, tales como la implementación de medios tecnológicos e informáticos que tengan por objeto el

optimizar los procedimientos de licitaciones públicas, al disminuir la participación de los funcionarios y, en su caso, al hacer que su actuación sea más transparente y controlada para reducir los riesgos de corrupción. Adicionalmente, se establecen medidas posteriores a la adjudicación del contrato a través de prácticas más transparentes en las que la autoridad permita conocer la información necesaria a los proveedores, esto con el objeto de que la actuación de la autoridad pueda ser más vigilada y con ello no se vea contraria a la ley; así como medidas para la profesionalización de los funcionarios y mejora en el cumplimiento de estándares de ética.

En particular, el capítulo de contratación pública del T-MEC viene a establecer medidas para la correcta aplicación del derecho humano a una buena Administración Pública, en cuanto a los contratos que celebra para la realización de sus fines.

En caso de que no se cumpla con los lineamientos de operación, se realizará una mala compra que significa dinero a la basura, porque la dependencia compradora demuestra su inoperancia y falta de conocimiento, es decir, no sabe comprar por ser inexperta o ineficiente. Esto implica un doble incumplimiento; por un lado, representa una sangría al erario público por un mal ejercicio del gasto público y, por otro, se traduce en una falta de cumplimiento de un compromiso internacional.

### **III. EL PRINCIPIO DE INTEGRIDAD Y TRANSPARENCIA EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU VINCULACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS**

Es evidente que la planeación estratégica de una compra pública, que cuenta con una trazabilidad de los riesgos que pueden aparecer en el procedimiento, podrá dar mejores resultados. La evaluación del riesgo es muy importante para una buena contratación en beneficio de la sociedad.

Estrictamente ligados al principio de integridad, están la ética pública y otros principios de lucha contra la corrupción; sin embargo, en su seno, se nutre el derecho a una buena Administración (Parlamento Europeo, 2000 [art. 41]), que tiene una mayor cobertura y alcance.

Es importante, en este apartado, ahondar en dos principios, que son los más importantes para la operación de la contratación pública: a) la integridad y la b) transparencia, amén de que existe un sinnúmero de principios que en algunas ocasiones de una u otra forma interactúan entre sí y en otras tienen que caer al final del día en el terreno de la transparencia y la integridad.

Para lograr una buena Administración, se debe agotar un camino hacia la integridad, esto es, construir un sistema de acciones en diferentes niveles basado

en la instrumentalización de los actores del procedimiento, mediante una redistribución de responsabilidades e incentivos; de forma que se promueva “(1) la adopción de medidas preventivas (requisitos para contratar, *self-cleaning*, códigos éticos, etc.) y (2) de medios de control efectivos a tiempo real” (Yukins, 2014: 82). En la contratación pública se deben generar esquemas eficientes y especializados que garanticen la integridad en procesos administrativos concretos, sobre todo en esta temática, donde existe un alto grado de transversalidad, así como en otras temáticas que corren el riesgo de también ser contaminadas por la corrupción. Por eso ahora no puede entenderse a la contratación pública como un tema separado, porque se encuentra ligado de forma intrínseca con la anticorrupción.

La política anticorrupción debe empapar el marco jurídico y todas las ramas del derecho y sus vertientes, de tal forma que el principio de integridad sea un valor que se proteja en cualquier actividad que desarrolle el ser humano dentro de la Administración Pública. De ahí la importancia del Convenio de las Naciones Unidas contra la Corrupción, que obliga a instrumentar, a los países miembros, una política nacional anticorrupción para establecer y fomentar prácticas eficaces encaminadas a prevenir la corrupción (art. 5).

La integridad abarca la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos. Solo así podrá migrar a un verdadero derecho humano a una buena Administración, no sólo en el tema de la contratación pública, sino en todos los temas que caen dentro de la función pública (Barnés, 2010: 49-80).

La transparencia es, en todo caso, parte del principio de integridad, y, por tanto, de gran utilidad en la lucha contra la corrupción, si bien no es suficiente por sí misma para asegurar la probidad en las actuaciones. Algo que, como afirma Barnés Vázquez, parece haberse obviado en los últimos tiempos es que el principio de transparencia está adquiriendo una popularidad quizá excesiva, que lo presenta como una solución definitiva a todos los males de improbidad e ineficiencia en los contratos públicos.

De ahí que en el capítulo 27 del T-MEC se enfatiza, en el preámbulo del mismo, la necesidad de fortalecer el principio de integridad en los sectores público y privado para combatir los actos de corrupción; asimismo, se reitera su adhesión a la Convención Interamericana contra la Corrupción y la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, entre otros instrumentos para el combate a prácticas de corrupción.

El principio a una buena Administración, en el T-MEC se logra mediante el principio de integridad. Tal como habíamos señalado, se trata de limpiar el comercio de actos de corrupción, por lo que los servidores públicos deben cumplir con parámetros de integridad, honestidad y responsabilidad. De tal forma que,

para los negociadores, se priorizó la integridad en los servidores públicos en vez de darle un tratamiento equivalente a las empresas, de tal forma que se adoptaron las siguientes:

1. medidas que establezcan procedimientos adecuados para la selección y capacitación de individuos para ocupar cargos públicos que esa parte considere particularmente vulnerables a la corrupción;
2. medidas para promover la transparencia en la conducta de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones públicas;
3. políticas y procedimientos apropiados para identificar y gestionar conflictos de interés, actuales o potenciales, de los funcionarios públicos;
4. medidas que exijan a los funcionarios públicos de alto nivel, y a otros funcionarios públicos, según se considere apropiado por la parte, hacer declaraciones a las autoridades competentes referentes —entre otras cosas— a sus actividades externas, empleo, inversiones, activos y regalos o beneficios sustanciales de los que pueda derivar un conflicto de interés en relación con sus funciones como funcionarios públicos;
5. medidas para facilitar que los funcionarios públicos informen sobre cualquier hecho relacionado con los delitos descritos en los artículos 27.3.1, 27.3.2 y 27.3.6 (medidas para combatir la corrupción) a las autoridades competentes si esos hechos son de su conocimiento en el ejercicio de sus funciones.

El principio de transparencia es el eje de la contratación pública donde confluyen otros principios contenidos en el T-MEC, tales como el principio de no discriminación y trato nacional. Aunque no existe como un principio en el capítulo en comento, sino, más bien, como un mecanismo de generación y divulgación de información en el procedimiento de contratación.

En ese sentido, se sientan las bases para emitir las convocatorias de forma oportuna, donde debe especificarse la fecha de adjudicación del contrato para evitar demoras innecesarias, por lo que cualquier tipo de información que se produzca desde el aviso de la licitación hasta su conclusión estará disponible para atender cualquier solicitud de un proveedor interesado.

En la adjudicación de un contrato, señala el artículo 13.15, se publicará un aviso con la siguiente información:

1. una descripción de la mercancía o servicio contratado;
2. el nombre y la dirección de la entidad contratante;
3. el nombre y la dirección del proveedor adjudicatario;
4. el valor del contrato adjudicado;

5. la fecha de la adjudicación o, si la entidad contratante ya ha informado a los proveedores de la fecha de la adjudicación conforme al párrafo 1, la fecha del contrato;
6. el método de contratación utilizado.

La transparencia debe estar siempre subordinada al cumplimiento de los diferentes principios y la protección de los derechos individuales; pero, además, puede verse limitada por otros aspectos relativos a la necesidad de asegurar el correcto funcionamiento del mercado y una competencia efectiva entre los operadores económicos. En ese orden, nace la interrogante si la transparencia es necesaria para asegurar una defensa efectiva de los derechos de los licitadores y, en su caso, de los intereses públicos, cuyas respuestas aún la doctrina legal internacional viene debatiendo a lo largo de los últimos años (Halonen, 2017: 528-553).

Aunque existen obligaciones para prestar la información que demuestre que una contratación se realizó de manera justa e imparcial, también se puede dar información sobre las características y las ventajas relativas de la oferta ganadora, sin divulgar información confidencial. En consecuencia, no se divulgará información que perjudique los intereses comerciales legítimos de un proveedor en particular o que pueda perjudicar la competencia justa entre proveedores, salvo en la medida que lo requiera la ley o que se cuente con la autorización escrita del proveedor que proporcionó la información.

Es importante señalar que el capítulo de contratación pública (artículo 13.16) condiciona la divulgación de la información por parte de las entidades contratantes, autoridades y órganos de revisión cuando dicha información sea confidencial por su propia divulgación y:

1. podría impedir la aplicación de la ley;
2. pudiera perjudicar la competencia justa entre proveedores;
3. podría perjudicar los legítimos intereses comerciales de personas particulares, incluida la protección de la propiedad intelectual;
4. podría ser de otra manera contraria al interés público.

La transparencia debe ser un instrumento funcional que permita de forma efectiva conocer y evaluar la actuación de la administración, y no meramente un principio formal (Gimeno, 2015: 37-105). En el derecho a la buena administración, significaría que el ciudadano tenga acceso a la información de los proveedores que participan en una licitación; en sí, que se respeten el derecho a saber, el derecho a la verdad y el derecho de la libertad de expresión. El derecho a la información, que deriva de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, de

1948, tiene como objetivo poner a disposición la información del ciudadano o de los licitadores, en cualquier momento, para que esta sea manejada, investigada, reproducida y analizada. Este propósito tiene dos vertientes: a) de manera extrínseca, la garantía la transparencia sin cortapisas para ajustar la actuación de la dependencia convocante a la ley; y b) de manera intrínseca, el riesgo del acto mismo que devela sus decisiones en el procedimiento, donde existe la posibilidad de que se afecten intereses de las partes no beneficiadas, lo que daría lugar a los recursos legales correspondientes o a la solución de la eventual controversia conforme a lo que estipula el T-MEC.

Pegoraro (2011: 17-42) señala que no puede generarse un derecho a la buena Administración, ya que solo es un concepto jurídico que la misma administración puede generar, e incluso ha sido catalogado por la doctrina como un artículo retórico sin efectos prácticos. De ahí que en el presente artículo es que estamos ahondando en el principio de integridad y transparencia, que incide en el derecho a una buena Administración Pública en beneficio del interés general.

#### **IV. CONCLUSIONES**

##### **IMPLICACIONES DEL DERECHO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL COMERCIO INTERNACIONAL**

###### **A) LOS BENEFICIOS DEL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN DENTRO DE LOS TRATADOS COMERCIALES**

El derecho a una buena Administración Pública, en el comercio internacional, es incrementar los flujos comerciales de bienes y servicios y conformar mecanismos de inversión y desarrollo tecnológico. Una buena Administración Pública puede ser entendida como un derecho humano, en la medida que las estructuras gubernamentales de un país miembro respeten y apliquen las normas, reglas y disposiciones que conforman los tratados comerciales internacionales, en este caso del T-MEC y demás acuerdos comerciales regionales. Por consiguiente, sus políticas comerciales deben estar en el ámbito del libre comercio, sin que deparen en la adopción de obstáculos o medidas encubiertas o, en su caso, en incumplimientos o violaciones que pueden redundar en demandas que pongan en riesgo la eficiencia y eficacia de un ente gubernamental y, por ende, acarreen mayores costos económicos de operación en detrimento de las personas.

El derecho a una buena Administración Pública, en el T-MEC, es de alto beneficio para los ciudadanos y para la colectividad; aporta mayor bienestar econó-

mico, siempre y cuando se respeten los principios de operación, que son los que inspiran y dan base a una buena Administración, los requisitos *sine qua non* para garantizar la transparencia, la no discriminación y el trato nacional. En este sentido, Gimeno Feliú (2021) recomienda que “debe darse una reforma estructural que permita ‘ajustar’ una nueva gobernanza pública con más y mejor transparencia y debe coordinarse con las necesarias medidas de regeneración democrática (ejemplaridad y ética pública) que permitan asentar nuestro sistema institucional público”.

En la medida que se cumplimenten los compromisos internacionales, se avanza en la liberalización del comercio y se acotan las prácticas neoproteccionistas para garantizar el acceso a un derecho a una buena Administración, bajo un plano de igualdad y de concurrencia que trae beneficios a todos, principalmente a los ciudadanos y la colectividad.

Es un hecho que el comercio internacional está fuertemente influido con los tratados internacionales, que obligan a un cumplimiento irrestricto de los compromisos pactados por las administraciones públicas de los países miembros, las cuales, finalmente, son las responsables de la operación y aplicación de sus disposiciones normativas. Por eso ahora ya no se concibe un tratado comercial sin un capítulo en materia de anticorrupción, sobre todo cuando México no forma parte del Acuerdo de Contratación Pública de la Organización Mundial de Comercio.

## B) VENTAJAS DEL DERECHO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL SISTEMA MULTILATERAL DE COMERCIO

El orden jurídico internacional ha experimentado un gran número de profundos cambios, sin que dicho proceso de evolución sea lineal ni homogéneo. El artículo X del Acuerdo General de Aranceles y Comercio de 1994 es muy importante para fortalecer el derecho a una buena Administración Pública, ya que tiene varios elementos que deben ser retomados y considerados por las administraciones públicas para ser más eficientes y eficaces.<sup>2</sup> Su objetivo principal es la transparencia para informar a la OMC respecto a los instrumentos jurídicos de índole comercial que hayan entrado en vigor. Esto con el propósito de que todos los agentes de comercio exterior y las administraciones de las organizaciones gubernamentales tengan conocimiento y puedan analizar y determinar si pueden tener afectaciones o desviaciones comerciales que puedan confrontar los compromisos adquiridos.

Cabe considerar que el párrafo 2 del artículo X recoge un principio de fundamental importancia, destinado a fomentar la publicidad total de los actos es-

<sup>2</sup> "En un informe del Subcomité Técnico al Comité de Redacción de la Carta de La Habana, se indica que se acordó que, en la medida de lo posible, se daría con prontitud una publicidad adecuada a las modificaciones de las leyes y reglamentos relativos al comercio exterior".

tatales que afectan a los miembros y a los particulares y empresas nacionales o extranjeras. El requisito de la aplicación uniforme de las leyes y los reglamentos ha de interpretarse en el sentido de que significa uniformidad de trato con respecto a las personas situadas en situación similar; no puede entenderse en el sentido de que se requieren resultados idénticos cuando los hechos pertinentes difieren. Tampoco consideramos que el requisito de la aplicación razonable de las leyes y los reglamentos quede incumplido meramente porque, en la aplicación de esas leyes y reglamentos, se llegase a conclusiones diferentes basadas en las diferencias existentes entre los hechos pertinentes (Informe).

Sin embargo, la confidencialidad también puede ser en beneficio de las empresas cuando se puedan lesionar los intereses comerciales de empresas públicas, tales como Petróleos Mexicanos (Pemex) o Comisión Federal de Electricidad (CFE), o empresas privadas que participan en el comercio exterior. Cada uno de los tratados incorpora, en primera instancia, mecanismos para solucionar las controversias; en este caso sus miembros tienen la opcionalidad de recurrir al proceso de solución de diferencias de la OMC. Sin embargo, antes de llegar a esta instancia, existe la obligación, para cada país miembro, de establecer tribunales o procedimientos administrativos para aplicar las leyes, reglamentos, disposiciones administrativas y acuerdos mediante mecanismos ágiles de revisión y rectificación de las medidas administrativas, como lo señala el Acuerdo General de Aranceles y Comercio, artículo X, párrafo 3.

Es importante señalar que ya existe un reconocimiento de los derechos humanos y el comercio internacional, de tal forma que en 2003 la Comisión de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas acogió el Informe "Los derechos humanos, el comercio y las inversiones" del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Entre sus conclusiones más importantes, el informe destaca que:

La consideración de la liberalización de las inversiones desde el punto de vista de la promoción y protección de los derechos humanos es una nueva aportación al debate. Si bien es cierto que dicha liberalización reduce en cierta medida el campo de acción y el alcance de las políticas de los Estados con respecto a los inversionistas y las inversiones, al tomar en cuenta los derechos humanos se hace hincapié en que con la liberalización no se debe llegar hasta comprometer la acción y las políticas estatales de promoción y protección de los derechos humanos. En la medida en que los acuerdos de inversión se refieran a cuestiones de derechos humanos, los Estados tienen el deber de reglamentar (el deber de realizar los derechos humanos)... (Alto Comisionado para los Derechos Humanos, s/a).

Aún persiste la discusión respecto a si el derecho a una buena Administración Pública puede comprometer su funcionamiento cuando se tienen compromisos que podrían vulnerar los derechos fundamentales, como el derecho al agua, el derecho a la salud, el derecho a un medio ambiente sano, derecho al trabajo, entre otros. Aquí más pareciera que el derecho humano a la buena Administración tiene un espectro más amplio que cubre a todos los demás, o más bien, inspira a todos los demás derechos y los articula de tal manera que da un resultado único, que es la buena Administración. Cuando discutimos sobre los derechos humanos en el comercio exterior, se presenta un conflicto normativo en cuanto a la jerarquía entre los tratados de derechos humanos y los tradicionales tratados comerciales internacionales. Si los derechos humanos forman parte del orden público internacional, estos prevalecen sobre cualquier otro convenio internacional, según el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; además de que las disposiciones de los tratados sobre derechos humanos son normas imperativas (*ius cogens*) para el derecho internacional.<sup>3</sup>

Por consiguiente, el derecho a una buena Administración, en los tratados internacionales y en el derecho que emerge de las organizaciones internacionales, impulsa las buenas prácticas y una adecuada gobernanza global mediante instrumentos jurídicos modernos que permiten la eficaz gestión administrativa de los aparatos burocráticos para administrar eficazmente el uso y aplicación de los recursos públicos. La buena gobernanza y la sólida gestión de los recursos públicos no son temas de reflexión, sino de aplicación en las políticas de inversión y las reformas económicas internas; son un parámetro que debe permear las aspiraciones de una administración para propiciar la inversión extranjera, generar empleos y mayor bienestar social y detener la aparición de monopolios.

El derecho humano a la buena Administración Pública está reconocido ya en el texto del T-MEC, principalmente en el capítulo sobre contratación y anticorrupción. Resulta claro que la conjunción entre derechos humanos y libre comercio ha evolucionado a tal punto que el respeto a los derechos humanos resulta necesario para lograr un libre comercio justo y necesario que permita e incida en el bienestar de la población. En conclusión, el derecho a la buena Administración no existe por sí solo; siempre debe ir acompañado de una serie de principios

---

<sup>3</sup> La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 1969, en su artículo 53, señala lo siguiente: “Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter”.

especiales que giren alrededor de un solo eje rector, que inspire un mejor procedimiento de contratación en el contexto de una buena Administración que dé cabida al comercio justo.

## V. FUENTES CONSULTADAS

- Arcila Russi, Luis Alejandro y López Olvera, Miguel Alejandro, "El derecho humano a una buena Administración Pública en México y Colombia", (2019), *Revista Inciso*, núm. 21.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, (2008), traducción de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- Béjar, Luis José, *Curso de derecho administrativo*, (2012) México, Novum.
- Barnés Vázquez, Javier, "Procedimientos administrativos y nuevos modelos de gobierno. Algunas consecuencias sobre la transparencia", García Macho, Ricardo, *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, (2010), Madrid, Marcial Pons.
- Cameron, Maxwell, *Nuevas instituciones de democracia participativa en América Latina: la voz y sus consecuencias*, (2012), México, Flacso México-The University of British Columbia-American University.
- Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, Ciudad de Panamá, Panamá, 18 y 19 de octubre de 2013.
- Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada el 7 de diciembre de 2000 por el Parlamento Europeo. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.
- Díez Picazo, Luis María, *Sistema de los derechos fundamentales*, (2003), Madrid, Thompson/Civitas.
- Ezquiaga Ganuzas, Francisco, "La interpretación de los derechos humanos de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales", (2011), México, *Revista del Instituto del Consejo de la Judicatura Federal*.
- Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, (1982), Madrid, Universidad Complutense de Madrid.
- Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, (1999), Madrid, Trotta.
- Flores, Julia, "Aproximaciones metodológicas para la construcción de un índice de evaluación e impacto de políticas públicas sobre derechos humanos en

- México”, Rossi, Andrea y Zavala, Luis Eduardo, *Políticas públicas y derechos humanos en México*, (2010), México, Tecnológico de Monterrey.
- Gimeno Feliú, José María, “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, Gimeno Feliú, José María, *et al. Las nuevas directivas de contratación pública (X Jornadas AEPDA)*, (2015), Cizur Menor, Aranzadi.
- \_\_\_\_\_, Congreso Internacional “Contratación Pública y Derechos Humanos”, (2021), Instituto de Investigaciones Jurídicas (IIJ)-UNAM, junio de 2021.
- Halonen, Kirsi María, “Disclosure rules in EU public procurement: Balancing between competition and transparency”, (2016), *Journal of Public Procurement*, vol. 16, issue 4.
- Informe del Grupo Especial, Estados Unidos-Aplicación de medidas *antidumping* a las chapas de acero inoxidable en rollos y las hojas y tiras de acero inoxidable procedentes de Corea (“Estados Unidos-Acero inoxidable”), WT/DS179/R, adoptado el 1º de febrero de 2001, párrafos 6.50 y 6.51.
- López Olvera, Miguel Alejandro, “Protege comercio derechos humanos”, *Tiempo de Derechos*, (2020), México, núm. 3, noviembre.
- Mulas-Granados, Carlos, “Los indicadores de corrupción en Iberoamérica”, Alonso, José Antonio y Mulas-Granados, Carlos (coords.), *Corrupción, cohesión social y desarrollo. El caso de Iberoamérica*, (2011), Madrid, Fondo de Cultura Económica (FCE).
- Nash, Claudio, *Corrupción y derechos humanos: una mirada desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, (2014), Santiago, Centro de Derechos Humanos-Universidad de Chile.
- Pegoraro, Lucio, “¿Existe un derecho a la buena Administración?”, *El derecho a una buena Administración y la épica pública*, (2011), Valencia, Tirant lo Blanch.
- Ríos, Viridiana y Wood, Duncan, *The Missing Reform: Strengthening the Rule of Law in México*, (2018), México, Institute and Wilson Center.
- Salazar, Pedro, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, (2014), México, Instituto Belisario Domínguez-Senado de la República.
- Simmons, Beth, *Mobilizing for Human Rights. International Law in Domestic Politics*, (2009), Cambridge, University Press.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, “Responsabilidad patrimonial del Estado. su objetivo y fines en relación con la prestación de un servicio público”, tesis I.40.A.35 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, (2013), décima época, libro XVIII, marzo, t. 3, p. 2077.

Yukins, Christopher, “Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally”, (2014), Bruselas, Brulyant.

Zapata Barradas, Roberto, *Tiempo de Derechos*, (2020), México, noviembre.





# DIMENSIÓN ÉTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

## ETHICAL DIMENSION OF GOOD ADMINISTRATION

CARLOS E. DELPIAZZO

[Profesor emérito de la Facultad de la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay.]

### Resumen

La buena Administración Pública, considerada como un principio, derecho y deber, implica la determinación de los fines y los medios adecuados para alcanzarlos. Para ello, la ética puede ayudar a calificar el ejercicio de la función administrativa conforme a lo que está bien, más allá de las opiniones subjetivas de cada persona; conforme se satisfagan los intereses generales de la comunidad y se obtenga un bien común. De esta manera, las personas tienen el derecho a exigir una actuación conforme con las reglas de la ética pública.

### Abstract

*Good administration considered as a principle, right and duty implies the determination of the ends and the appropriate means to achieve them; to this end, ethics can help to qualify the exercise of the administrative function in accordance with what is right, beyond the subjective opinions of each person; in accordance with satisfying the general interests of the community and obtaining a common weal. In this way, people have the right to demand a performance in accordance with the rules of public ethics.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena Administración, ética pública, bien común, principio de juricidad.*

**KEYWORDS:** *Good Administration, Public Ethics, Common Weal, Juridicity.*

**SUMARIO:** I. Introducción. Carga ética de la buena Administración. II. Alcance de la buena Administración. Su ser principio general, derecho y deber a la vez. III. Enfoque desde las administraciones públicas. Conexión con la servicialidad que le es inherente para la procura del bien común. IV. Enfoque desde cada administrado. Proyección de su centralidad. V. Conclusiones. Imperativo ético que impone la buena Administración.

## I. INTRODUCCIÓN. CARGA ÉTICA DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Desde el punto de vista conceptual, la buena Administración Pública refiere a la adecuada elección de los medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer. Se trata de una nota propia de la función administrativa, ya que la misma debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública (Delpiazzo, 2020: 95).

Consecuentemente, no puede sino coincidir con la afirmación de que “la Administración no puede ser sino buena; si no lo es, resulta ilegítima. Esa ilegitimidad radica en no hacer bien las cosas, es decir, en un actuar ineficaz” (Durán, 2005: 154).

Siendo así, fluye claramente que la afirmación de que la Administración no puede ser sino buena y la postulación de la buena Administración como regla tiene una trascendencia no sólo jurídica sino ética en la medida que implica la calificación de un obrar conforme a lo bueno, es decir, a lo que está bien (Delpiazzo, 2017: 189 y ss.).

En tal sentido, sabido es que la ética es “la disciplina teórico práctica que se ocupa del obrar humano en cuanto a la bondad y/o maldad y rectitud o no de sus actos y omisiones” (Etcheverry, 2006: 16).

Siendo así, la ética se refiere a lo que está objetivamente bien o mal por encima de las opiniones subjetivas de cada persona. Tal calificación debe tener en cuenta siempre tres elementos: el objeto, el fin y las circunstancias. Por lo tanto, no basta la buena intención y el fin no justifica los medios. Es en la universalidad de las reglas por aplicar que uno puede medir si las conductas son objetivamente buenas o malas; dicho en términos negativos: “no hagas a los demás lo que no quieres que hagan contigo”, y dicho en términos positivos: “trata a los otros como te gustaría ser tratado” (Delpiazzo, 2011: 787 y ss.).

Bajo esta perspectiva, la noción de buena Administración ofrece un ancho cauce a la mejora de la relación entre la Administración y los administrados en el Estado constitucional de derecho de nuestros días.

## II. ALCANCE DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Para apreciar la potencialidad aplicativa de la buena Administración, vale la pena observarla desde su ser principio general, deber y derecho.

En primer lugar, superada la etapa en que la noción se vinculó al mérito más que a la legitimidad del quehacer administrativo (Giorgi, 1976: 71 y ss.), al presente corresponde reconocer la consolidación de *la buena Administración como*

*principio general del Derecho* y, por ende, como regla del Derecho con máximo valor y fuerza (Delpiazzo, 2020: 127 y ss.).

Al respecto, reiteradamente he enfatizado en la importancia de los principios generales como soportes estructurales del sistema jurídico, auténticos cimientos del mismo en cuanto constituyen los primeros criterios o fundamentos que expresan el asiento —piedras sillares— del ordenamiento al que dan sustento (Delpiazzo, 2009: 229 y ss.).

Como bien se ha destacado:

En diversos trabajos de investigación se han expuesto nóminas de lo que se considera manifestaciones del principio de buena Administración, advirtiéndose un sumatorio heterogéneo de valores, principios y reglas que se encuentran en la mayoría de los Derechos Administrativos de los Estados objeto de investigación y en diversos textos comunitarios [...] Estas proyecciones del principio sirven como importante fundamento para la apreciación de si ha existido mala administración, facilitando la aplicación de un test de corrección y de razonabilidad, sin perjuicio de la superior jurisdicción de los tribunales de justicia (Ruocco, 2013: 100 y ss.).

En todo caso, la recta traducción del principio de buena Administración a la realidad supone:

...crear las condiciones para que cada hombre y cada mujer encuentre a su alrededor el campo efectivo, la cancha, en la que jugar libremente su papel activo, en el que desarrollar su opción personal, en la que realizar creativamente su aportación al desarrollo de la sociedad en la que está integrado. Creadas esas condiciones, el ejercicio real de la libertad depende inmediata y únicamente de los propios ciudadanos, de cada ciudadano. El buen gobierno, la buena Administración ha de mirar precisamente a la generación de ese ambiente en el que cada ciudadano pueda ejercer su libertad en forma solidaria (Rodríguez-Arana, 2006: 54 y 55).

En segundo lugar, *la buena Administración como deber* se concreta a hacer bien lo que hay que hacer, teniendo en cuenta que para toda la Administración —y, por tanto, para sus funcionarios— el ejercicio de la competencia, más que un conjunto de poderes jurídicos atribuidos por el ordenamiento para el cumplimiento de determinados cometidos, constituye un elenco de deberes a ser cumplidos, de modo que la expresión que mejor describe su situación es la de deber-poder y no la de poder-deber (Bandeira de Mello, 2006: 108).

Según se ha dicho con acierto:

Ese hacer bien las cosas comprende tanto la correcta determinación de fines como la adecuada selección de medios para alcanzarlos. Es que si no se determinan correctamente los fines, las cosas no se pueden hacer bien; pero si se determinan bien los fines y no se eligen los medios adecuados, no se puede alcanzar el fin debido. Por tanto, aún admitiendo que lo más importante es la determinación de los fines, no se puede desdeñar los medios para hacer las cosas bien (Durán, 2010: 176).

No puede ser de otra manera, ya que la Administración no solo debe ajustarse al principio de juridicidad, sino que debe actuar de acuerdo con las exigencias de la buena Administración, ya que “administrar bien es algo más que respetar el principio de legalidad” (Ruocco, 2013: 97).

En tercer lugar, la afirmación de *la buena Administración como derecho* es una lógica consecuencia del deber que viene de señalarse y de la servicialidad connatural al ejercicio de la función administrativa.

Como bien se ha dicho:

En la medida que la Administración se contempla como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales y éstos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio a la comunidad. Así, de esta manera, es más fácil entender que si la tarea de dirección pública, sea en el gobierno o en la administración, se concibe desde esta aproximación, entonces el derecho ciudadano a un buen gobierno y a una buena Administración Pública es algo razonable y adecuado (Rodríguez-Arana, 2008: 113 y ss.).

A su vez, “el derecho fundamental a la buena Administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder” (Rodríguez-Arana, 2008: 113 y ss.).

Desde la perspectiva de nuestro ordenamiento jurídico, podría concluirse que la proclamación de este derecho no aporta nada nuevo. Sin embargo, el mismo tiene la virtud de resumir la formulación de un nuevo modo de concebir la relación de la Administración con los habitantes y de incluir nuevas proyecciones según los tiempos y lugares. Así:

...el derecho de toda persona a reclamar una Administración que cuente con el personal adecuado al servicio de los habitantes y que actúe de acuerdo con las reglas de la ética pública. Además, la organización tiene que ser transparente. En su actuación, la administración debe establecer trámites procedimentales que garanticen el respeto de

los derechos de los interesados y que permitan alcanzar la mejor decisión. A su vez, la actividad administrativa tiene que ser eficaz y eficiente (Ruocco, 2013: 98).

### III. ENFOQUE DESDE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

La mirada a la buena Administración desde la perspectiva de la Administración no puede ser otra que la de su propia **esencia**, contenida en la propia etimología de la palabra “administrar”, que proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa “servir a” (Delpiazzo, 2005: 7).

Quiere decir que la justificación de la existencia de la Administración radica en su servicialidad (Soto, 1996: 83 y ss.) y se realiza concretamente en el servicio a la sociedad como tal, en cada uno de sus integrantes y grupos intermedios, de lo que deriva su naturaleza instrumental (Brito, 2004: 259 y ss.) a fin de que los componentes del cuerpo social —todos— puedan alcanzar plenamente sus fines propios.

Tal carácter de servicialidad adquiere especial importancia al presente, cuando, con el advenimiento del Estado constitucional de derecho:

...está reapareciendo la idea de que el Estado está para fomentar, promover y facilitar que cada ser humano pueda desarrollarse como tal a través del pleno ejercicio de todos y cada uno de los derechos humanos. Por tanto, el ser humano, la persona, es el centro del sistema; el Estado está a su servicio y las políticas públicas también [...] La muerte del Welfare State no es la muerte de una manera más social de ver la vida, sino la muerte de un sistema de intervención creciente que ha terminado asfixiando y narcotizando al ciudadano (Rodríguez-Arana, 2004: 75).

Es —en palabras de Mariano Brito— que:

El Estado de Derecho viene a configurarse—definirse conceptualmente por su finalidad: concurrir a la realización del hombre en plenitud mediante la función estatal protectora de la persona humana. Es regla paradigmática del Estado de Derecho la aceptación de una sustancia impenetrable para el Estado: la dignidad personal del hombre, que en su interioridad se desenvuelve y cuya protección necesaria (la libertad exterior) plantea el reclamo de tutela (Brito, 2001: 63).

En su *proyección*, la buena Administración debe coadyuvar a la obtención de otro bien: el bien común (Delpiazzo, 2017: 333 y ss.).

En palabras de José Luis Meilan Gil:

...el ejercicio del poder público se justifica por y para la procura del bien común, el *vivere bene* de los miembros de la sociedad política en expresiones clásicas de Aristóteles y Tomás de Aquino, la felicidad de los súbditos y el bienestar en la época de la ilustración y el despotismo ilustrado, el reconocimiento de los derechos individuales de los ciudadanos en la onda de la revolución francesa, y la conservación del orden público en la concepción liberal burguesa, en garantizar los derechos fundamentales de la persona, servicios esenciales y la calidad de vida en el constitucionalismo contemporáneo (Meilán, 2010: 171 y ss.).

Siguiendo esta útil enseñanza, cabe tener presente que el papa Francisco ha propuesto *cuatro principios orientadores* de la convivencia social en pos del bien común (del 221 al 237) (papa Francisco, 2013).

En primer lugar, ha destacado que:

...el tiempo es superior al espacio. Este principio permite trabajar a largo plazo, sin obsesionarse por resultados inmediatos. Ayuda a soportar con paciencia situaciones difíciles y adversas, o los cambios de planes que impone el dinamismo de la realidad [...] Darle prioridad al espacio lleva a enloquecerse para tener todo resuelto en el presente [...] Darle prioridad al tiempo es ocuparse de iniciar procesos más que de poseer espacios. El tiempo rige los espacios, los ilumina y los transforma en eslabones de una cadena en constante crecimiento, sin caminos de retorno (papa Francisco, 2013).

En segundo lugar:

... la unidad es superior al conflicto. La solidaridad, entendida en su sentido más hondo y desafiante, se convierte así en un modo de hacer la historia, en un ámbito viviente donde los conflictos, las tensiones y los opuestos pueden alcanzar una unidad pluri-forme que engendra nueva vida. No es apostar por un sincretismo ni por la absorción de uno en el otro, sino por la resolución en un plano superior que conserva en sí las virtualidades valiosas de las polaridades en pugna (papa Francisco, 2013).

En tercer lugar:

...la realidad es superior a la idea. Esto supone evitar diversas formas de ocultar la realidad: los purismos angélicos, los totalitarismos de lo relativo, los nominalismos declaracionistas, los proyectos más formales que reales, los fundamentalismos ahistóricos, los eticismos sin bondad, los intelectualismos sin sabiduría [...] La idea des-

conectada de la realidad origina idealismos y nominalismos ineficaces, que a lo sumo clasifican o definen, pero no convocan. Lo que convoca es la realidad iluminada por el razonamiento (papa Francisco, 2013).

En cuarto lugar:

...el todo es más que la parte, y también es más que la mera suma de ellas. Entonces, no hay que obsesionarse demasiado por cuestiones limitadas y particulares. Siempre hay que ampliar la mirada para reconocer un bien mayor que nos beneficiará a todos [...] El modelo no es la esfera, que no es superior a las partes, donde cada punto es equidistante del centro y no hay diferencias entre unos y otros. El modelo es el poliedro, que refleja la confluencia de todas las parcialidades que en él conservan su originalidad (papa Francisco, 2013).

Volviendo sobre el tema, el papa se ha referido a los *presupuestos del bien común* en los siguientes términos:

El bien común presupone (i) el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama (ii) el bienestar social y (iii) el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente (iv) la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a (v) la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad —y en ella, de manera especial el Estado— tiene la obligación de defender y promover el bien común (papa Francisco, 2015 [núm. 157]).

Asimismo, más recientemente, el papa se ha ocupado de los *desafíos de la globalización* al bien común (núm. 29) como realidad distinta al globalismo (núm. 12), requerida de pensar y gestar un mundo abierto (núm. 87) con horizonte universal (núm. 146), en el que “la sociedad mundial no es el resultado de la suma de los distintos países, sino que es la misma comunión que existe entre ellos” (núm. 149) (papa Francisco, 2020 [núm. 149]).

A partir de ese enfoque, el papa señala como *nuevos requerimientos*: (i) la superación del descarte mundial, especialmente por razones de edad, pobreza y raza (núm. 18 y ss.), (ii) una genuina amistad social en la sociedad como condición de posibilidad de una verdadera apertura universal (núm. 99), (iii) una auténtica fraternidad (núm. 103), y (iv) la revalorización de la solidaridad (núm. 114). Y agrega: “Para hacer posible el desarrollo de una comunidad mundial, capaz de realizar la fraternidad a partir de pueblos y naciones que vivan la amistad social, hace falta

la mejor política puesta al servicio del verdadero bien común” (núm. 154) porque “La sociedad mundial tiene serias fallas estructurales que no se resuelven con parches o soluciones rápidas meramente ocasionales. Hay cosas que deben ser cambiadas con replanteos de fondo y transformaciones importantes. Sólo una sana política podría liderarlo, convocando a los más diversos sectores y a los saberes más variados” en pos de “una economía integrada en un proyecto político, social, cultural y popular que busque el bien común” (núm. 179). Para ello, hay que “construir en común” (núm. 203).

En suma: en el enfoque de la buena Administración desde la perspectiva pública, destaca *el deber* de todas las administraciones de concretar dicho principio en todas las manifestaciones del bien servir a la sociedad, a los grupos intermedios, a la familia y a las personas individualmente consideradas en su triple dimensión —personal, social y trascendente—, con particular énfasis en la relación jurídico-administrativa.

#### IV. ENFOQUE DESDE CADA ADMINISTRADO

Como correlato necesario de la señalada servicialidad administrativa en pos del bien común, el moderno *derecho administrativo* construye la teoría del administrado a partir de la centralidad de la persona como destinataria del quehacer estatal (Delpiazzo, 2020: 243 y ss.).

La *esencia* de dicha centralidad —que Mariano Brito (1991: 28) llama “protagonismo originario” —de la persona humana se funda en su eminente dignidad (Brito, 2012: 155 y ss.), que la hace irrepetible e insustituible para la realización de sus fines vitales esenciales.

De ahí la importancia de la visión del ordenamiento desde la centralidad de la persona, ya que:

...los derechos fundamentales del hombre son, nada más, pero tampoco nada menos, que aquellas perfecciones debidas al hombre por reclamo de su naturaleza corporal y espiritual, haciéndolas posibles en plenitud, y que la razón descubre. Y el hombre, en cuanto ser, es un todo, una unidad. A esta unidad inescindible pertenecen todos los derechos fundamentales, las perfecciones que le son debidas sin que pueda ser dividido en dos o más partes: el hombre moral de un lado y el hombre político, o jurídico, o económico del otro. El menoscabo o insatisfacción de alguno de esos derechos o perfecciones debidas afectará inevitablemente la personalidad enteriza del hombre (Brito, 1989: 11 y ss.).

La proyección de este enfoque es enorme. Si bien el derecho administrativo se ocupa frecuentemente del administrado como recurrente, como usuario de los

servicios públicos, como expropiado, como contribuyente, se impone el abordaje con una visión unitaria, con independencia de la concreta situación jurídica en que pueda encontrarse, procurando la salvaguarda de sí mismo como centro focal del sistema.

Adicionalmente, no siempre se tiene en cuenta que la noción de administrado tiene una fuerza expansiva en la medida que abarca no solo a los individuos en sus relaciones con la Administración sino también a las proyecciones del hombre en su dimensión social, tal como ocurre con la familia y las empresas en sus distintas configuraciones jurídicas, además de otras organizaciones personificadas y no personificadas. Por eso, bien se ha dicho que “el de administrado es un concepto complejo, que engloba a las personas físicas o naturales, es decir, a los particulares, a las personas jurídicas de Derecho privado y a aquellas organizaciones que no tienen personalidad reconocida, pero que, sin embargo, pueden actuar en el mundo del Derecho” (García, 1974: 520).

Por otra parte, mientras que la doctrina tradicional ha mirado al administrado como el sujeto pasivo de las potestades administrativas, no debe perderse de vista que también tiene el carácter de sujeto acreedor de la Administración desde el punto de vista de la justicia distributiva.

Según se ha destacado:

Contraparte de la Administración en cuanto persigue la satisfacción de intereses propios a través de la relación que entabla con aquélla, el administrado es también un colaborador necesario de la Administración Pública, teniendo en cuenta que la realización concreta y efectiva del bien común sólo se logra mediante su justa distribución en el ejercicio de la virtud de la justicia distributiva (Barra, 1980: 259 y 260).

En suma: el enfoque de la buena Administración desde la perspectiva del administrado, en su más amplia consideración, permite visualizar en primer plano *el derecho* de todos y cada uno a ser bien servidos por un Estado —y en él, por cada Administración— que, bajo el principio de juridicidad, actúe y se desenvuelva respetando y garantizando los derechos humanos fundamentales.

## V. CONCLUSIONES

Como acertadamente se ha destacado, “Hoy en día en el mundo occidental se afirma lo que se ha llamado el Estado constitucional de Derecho, basado en la primacía de la Constitución o, mejor dicho, del bloque de la constitucionalidad [...] Ese bloque de constitucionalidad reposa en la dignidad de la persona humana” (Brito, 2012: 164).

Es que la proclamación del Estado constitucional de derecho de nuestros días revaloriza y acentúa la centralidad de la persona humana, como lo reconoce el art. 1º de la Constitución alemana al proclamar que “La dignidad humana es intangible” (Durán, 2012: 39 y ss.).

Y tal dignidad no deriva de ningún tratado, constitución o ley, sino que es innata a la naturaleza humana (González, 2007: 6), por lo que el aludido bloque de constitucionalidad comprende los derechos humanos reconocidos o no por la constitución, contenidos o no en las convenciones internacionales (Durán, 2012: 154).

Siendo así, resulta con evidencia la importancia e incidencia de la buena Administración para la mejora de la relación administración–administrado. Ya que en el juego de deberes y derechos que recaen con responsabilidad en cada sujeto de dicha relación, el principio general de buena Administración opera como indiscutible foco de mejora ética de las conductas y, consiguientemente, de la calidad del Estado de derecho como obra en permanente construcción enderezada al logro del bien común.

Va en ello la señalada dimensión ética de la buena Administración, ya que, en la medida que la ética se refiere a lo que está objetivamente bien o mal, por encima de las opiniones subjetivas de cada persona, la calificación como buena —aplicada al ser y quehacer administrativo— conlleva, inescindiblemente, una carga de eticidad.

Tenerlo presente nos ayudará a administradores y administrados a ser mejores.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

Baindeira de Mello, Celso Antonio, (2006), *Curso de derecho administrativo*, México, Porrúa– UNAM.

Barra, Rodolfo Carlos (1980), *Principios de derecho administrativo*, Buenos Aires, Abaco.

Brito, Mariano R. (1989), “Derechos fundamentales”, A.A.V.V., *Evolución constitucional del Uruguay*, Montevideo, UCUDAL.

\_\_\_\_ (1991), “Libertad y autoridad del Estado”, A.A.V.V., *Aspectos legales y socioeconómicos de la desregulación y privatización*, Montevideo, F.C.U.

\_\_\_\_ (2001), “El Estado de Derecho en una perspectiva axiológica”, *Revista Ius Publicum*, Santiago de Chile, núm. 6.

\_\_\_\_ (2004), *Derecho Administrativo. Su permanencia, contemporaneidad, prospectiva*, Montevideo, Universidad de Montevideo.

- \_\_\_\_\_ (2012), “La dignidad humana como fundamento de nuestro Derecho Administrativo”, Delpiazzo, Carlos E., (coord), *Pasado y presente del derecho administrativo uruguayo*, Montevideo, F.C.U.
- \_\_\_\_\_ (2004), “Principio de legalidad e interés público en el Derecho positivo uruguayo”, *La justicia uruguaya*, t. XC.
- Delpiazzo, Carlos E. (2005), *Derecho administrativo uruguayo*, México, Porrúa-UNAM.
- \_\_\_\_\_ (2008), “Los principios en el derecho administrativo iberoamericano”, A.A.V.V., *Actas del VII Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo*, La Coruña, Netbiblo.
- \_\_\_\_\_ (2009), “Recepción de los principios generales de derecho por el derecho positivo uruguayo”, Brito, Mariano R., Cajarville Peluffo, Juan Pablo, Delpiazzo, Carlos E. y Durán Martínez, Augusto, *Los principios en el derecho administrativo uruguayo*, Montevideo, A.M.F.
- \_\_\_\_\_ (2009), “Reconocimiento de los principios generales de derecho en el derecho administrativo uruguayo”, Aranciba, Jaime y Martínez, José Ignacio (coords), *La primacía de la persona. Estudios en homenaje al Prof. Eduardo Soto Kloss*, Santiago de Chile, Legal Publishing.
- \_\_\_\_\_ (2011), “De la ética individual a la ética pública”, *Congreso Internacional de Derecho Administrativo*, San Salvador.
- \_\_\_\_\_ (2012), “Bien común, sociedad y Estado”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, Montevideo, Año XI, núm. 21.
- \_\_\_\_\_ (2014), “La buena Administración como mandato ético para administradores y administrados”, *Revista de Derecho*, Montevideo, núm. 10.
- \_\_\_\_\_ (2017), *Ética y Administración Pública*, La Ley Uruguay, Montevideo.
- \_\_\_\_\_ (2017), “Estado de Derecho y bien común”, en Durán Martínez, Augusto (coord), *El derecho Administrativo al servicio de la casa común*, Montevideo, U.C.U.-I.J.
- \_\_\_\_\_ (2020), *Derecho administrativo general*, 3<sup>a</sup>. ed., Montevideo, vol. 1.
- Durán Martínez, Augusto (2010), “La buena Administración”, *Estudios de Derecho Administrativo*, Montevideo.
- \_\_\_\_\_ (2012), *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*, Buenos Aires, La Ley Uruguay.
- \_\_\_\_\_ (2005), “Principio de eficacia y Estado subsidiario”, en *Liber Amicorum Discipulorumque* José Aníbal Cagnoni, Montevideo, F.C.U.

- Etcheverry Estrazulas, Nicolás (2006), *Un torneo de todos: Ética en la persona, la empresa y el Estado*, Montevideo, Universidad de Montevideo.
- García Trevijano Fos, José Antonio (1974), *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, t. I.
- Giorgi, Héctor (1976), “El mérito y la validez del acto administrativo. El concepto de buena Administración en la Constitución uruguaya”, en *Estudios Jurídicos*, Montevideo, F.C.U.
- González Pérez, Jesús (2007), *La dignidad de la persona humana y el derecho administrativo*, Jurua, Curitiba.
- Meilán Gil, José Luis (2010), “Intereses generales e interés público desde la perspectiva del derecho público español”, *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, Año 10, núm. 40.
- Papa Francisco, *Encíclica “Fratelli Tutti”* de 3 de octubre de 2020.
- Papa Francisco, *Encíclica “Laudato Si”* de 24 de mayo de 2015.
- Papa Francisco, *Exhortación Apostólica “Evangelii Gaudium”* de 24 de noviembre de 2013.
- Rodríguez-Arana Muñoz, Jaime (2008), “El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena Administración de instituciones públicas”, *Anuario de Derecho Administrativo*, Montevideo, F.C.U., t. XV.
- \_\_\_\_\_ (2006), *El buen gobierno y la buena Administración de instituciones públicas*, Navarra, Thomson Aranzadi.
- \_\_\_\_\_ (2004), *Ética, Poder y Estado*, Buenos Aires, RAP, 2004.
- Ruocco, Graciela (2013), “La buena Administración y el interés general”, Durán Martínez, Augusto y Hanna de Rosa, Marta (coords), *Ética, Estado de Derecho y buena Administración*, Montevideo, U.C.U.
- Soto Kloss, Eduardo (1996), *Derecho administrativo*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, t. I.
- \_\_\_\_\_ (1996), “La primacía de la persona humana, principio fundamental del derecho público chileno”, *Estudios Jurídicos en memoria de Alberto Ramón Real*, Montevideo, F.C.U.



# A PROPÓSITO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL OBJETIVO GLOBAL DEL DESARROLLO SOSTENIBLE

## THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD ON THE SUBJECT OF GOOD ADMINISTRATION AND THE GLOBAL OBJECTIVE OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT

MARTÍN GALLI BASUALDO

[Profesor adjunto de Derecho Administrativo en la Universidad de Buenos Aires.]

### Resumen

En este artículo se estudia la relación entre el derecho humano a la buena Administración y el desarrollo sostenible, entendido este último como aquel que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. Asimismo, se destaca que el derecho humano a la buena Administración se articula con los objetivos del desarrollo sostenible a partir de los principios propersona y respecto a la dignidad humana. Se destaca la expedición de las resoluciones conjuntas entre el Ministerio de Agroindustria y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, así como de la Superintendencia de Seguros y del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable.

#### ABSTRACT:

*This article examines the relationship between the human right to good governance and sustainable development, understood the latter as meeting the needs of the present generation without compromising the ability of future generations to meet their own needs. It also emphasizes that the human right to good governance is articulated with the objectives of sustainable development based on pro-human principles and respect for human dignity. The issuance of joint resolutions between the Ministry of Agro-Industry and the Ministry of the Environment and Sustainable Development, as well as the Superintendency of Insurance and the Ministry of Environment and Sustainable Development, stand out.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena Administración, desarrollo sostenible, contratación pública, principio de la persona, dignidad humana.*

**KEYWORDS:** *Good Administration, Sustainable Development, Public Procurement, Principle of the Person, Human Dignity.*

SUMARIO. I. La buena Administración de las instituciones públicas. II. Consideraciones en torno a la buena Administración, el desarrollo sostenible global y la contratación pública. III. Algunas regulaciones del Gobierno argentino en 2018 y que reflejan la puesta en práctica del principio de desarrollo sostenible. IV. Consideraciones finales. V. Fuentes consultadas.

## I. LA BUENA ADMINISTRACIÓN DE LAS INSTITUCIONES PÚBLICAS

El objetivo de una “buena Administración” es aspirar a alcanzar una gestión pública de calidad, mejorar en forma real y tangible las condiciones de vida de los ciudadanos, así como también garantizar la satisfacción de las necesidades colectivas de las personas y el desarrollo sostenible de la comunidad (Cassagne, 2015: 428 y ss.; Rodríguez-Arana, 2006: 23 y ss.; Rodríguez-Arana, 2012: 11 y ss.). Esto trae aparejado, desde luego, la modernización del Estado y los procedimientos administrativos e implica pensar el obrar administrativo poniendo el acento en la dimensión social del hombre y en la necesidad de resolver los problemas comunes que lo afectan con base en un pensamiento dinámico, abierto, plural y complementario (Cassagne, 2015: 428 y ss.; Rodríguez-Arana, 2014: 124 y ss.).

Así, la Administración Pública, bajo el estándar de lo que se conoce a nivel mundial como “buena Administración”, aparece anclada en el ciudadano, no ya en el poder. Se trata de una visión que sitúa en el centro de las relaciones jurídicas públicas a la persona humana, al ciudadano y su desarrollo sostenible (Piñar, 2003: 185 y ss.) y a la promoción de la dignidad del ser humano (Rodríguez-Arana, 2014: 1 y ss.; Rodríguez-Arana, 2012: 25 y ss.; Rodríguez-Arana, 2011 y ss.; Cassagne, 2015: 46 y ss.; González, 2017; García de Enterría, 1984: 21 y ss.).<sup>1</sup>

Por otra parte, con ese enfoque jurídico político se procura evitar la cultura del enfrentamiento a través de instrumentos que permitan realizar la conciliación de intereses a través de técnicas de consenso, del diálogo, mediante pactos, acuerdos, procedimientos de renegociación, transacciones, mecanismos de conciliación, arbitraje, etcétera (Cassagne, 2015: 429; Parejo, 2012: 572-574; Hernández Mendible, 2016: 307 y ss.). Nos vemos obligados, pues, a instaurar un procedimiento administrativo inmerso en una convivencia, colaboración, una efectiva y real participación de los ciudadanos con el gobierno (Peschard, 2012: 28)

<sup>1</sup> Véase también en tratados internacionales con rango constitucional, de acuerdo con lo preceptuado en el art. 75, inc. 22, de la Constitución nacional: Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 5, 6 y 11; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, preámbulo y art. 10; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, preámbulo y art. 13; Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, preámbulo y art. XXIII; Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo y arts. 1, 22 y 23.

y asociaciones público-privadas, dotado de transparencia, en cuyo obrar se aplique una visión propersona humana.

En tal inteligencia, resulta esencial la participación ciudadana (necesaria, legítima y efectiva) que debe observarse para la solución de los problemas y asuntos de dominio general. Se garantiza, de ese modo, un gobierno responsable y controlado por los ciudadanos (*accountable governance*) (Hernández, 2012: 197 y ss.). Esto es una obvia consecuencia de los buenos gobiernos y las buenas Administraciones Públicas. Los ciudadanos, de esta manera, controlan en forma real, efectiva y continuamente las decisiones que adoptan los servidores públicos (Rodríguez-Arana, 2014: 28 y ss.).

Es conveniente, por tanto, efectuar una reevaluación de las instituciones estatales y acudir a un Estado desarrollista (Villoria, 2015: 17 y ss.) (en el sentido de que traiga desarrollo y bienestar general a las personas humanas; no solamente, el desarrollo de los sectores productivos —tan importante, desde el luego, para las sociedades—, sino también en forma duradera e integral para la comunidad y hacia el desarrollo sostenible global), de manera tal de encauzar los gobiernos en base a buenas políticas e instituciones conducentes para obtener el progreso económico y social (Parejo, 2012: 51 y ss.).

Lo fundamental, ciertamente, es reducir la pobreza (Malem, 2017) y converger en un desarrollo integral de la sociedad a través de las directrices de la buena gobernanza, del buen gobierno y de la buena Administración.

De esta manera, el desarrollo no se produce con la ausencia, el achicamiento o la reducción del Estado (Sunstein, 2014: 27 y ss.), ni con la sobrevalorización de los modelos tecnocráticos (Rodríguez-Arana, 2006: 23.), sino con un Estado que toma decisiones acertadas y efectivas para promover el bienestar general de las personas humanas y la dignidad humana, garantizando y respetando el Estado de Derecho e implantando políticas públicas eficaces y eficientes (educativas, sanitarias, productivas, etcétera) (Villoria, 2015: 17 y ss.).

Las buenas instituciones formales e informales son aquellas que, a partir de un conocimiento acumulativo, acaban siendo legítimas, equitativas, eficientes, estables y flexibles y, por ello, son reglas de juego que constriñen conductas ineficientes, fraudulentas e ilegales en la sociedad y en el Estado, e incentivan lo contrario, además de dar certeza (Villoria, 2015: 18 y ss.).

Así, el diseño de las instituciones, como bien puntualizan Villoria Mendieta y Forcadell Esteller, es la clave para el buen funcionamiento de la maquinaria estatal y de la sociedad en general. Cuando estas instituciones se descuidan, o se generan inadecuadamente, producen justamente lo contrario, como es de esperar, la desafección en la ciudadanía, falta de participación cívica, incentivan a la insolidaridad, la corrupción y la ineficiencia, y desincentivan la integridad y

efectividad gubernamental y de toda la sociedad. Así, el clientelismo incentiva la politización y el nepotismo en los nombramientos políticos, la aplicación parcial y arbitraria de las normas y la gestión de los “servicios públicos” de manera sectaria e ineficiente. Su mantenimiento desmorona el Estado de derecho, fomenta la desconfianza y provoca la lucha sin cuartel por el control de los bienes públicos para el reparto entre sus fieles. En cambio, una selección meritocrática y una profesionalización rigurosa de la carrera estatal aseguran la imparcialidad en la aplicación de las normas y efectividad en la gestión de los servicios, lo que redundará en un Estado de derecho sólido y un gobierno eficaz (Villoria, 2015: 32).

Lo esencial, en definitiva, a nuestro juicio, es el fortalecimiento de las instituciones para formular políticas públicas que favorezcan el desarrollo sostenible y el bienestar integral en los países. Pero dichas políticas públicas no deben ser pensadas en forma elitista, tecnocrática o cerrada “las instituciones en la democracia no son propiedad de sus dirigentes” [Rodríguez-Arana, 2006: 10 y ss.],<sup>2</sup> sino de un modo transparente, competitivo y orientado a la obtención de resultados concretos en favor de los ciudadanos.

## II. CONSIDERACIONES EN TORNO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN, AL DESARROLLO SOSTENIBLE GLOBAL Y A LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

- i) La buena Administración ha de traducirse —en mérito a lo indicado en el acápite precedente y entre otras cuestiones esenciales— en el impulso del *desarrollo sostenible*, en su múltiple dimensión: ambiental, social, económica, ética y jurídica.
- ii) Interesa recordar, sobre el particular, que según fue estimado en 1987 por la Comisión Brundtland, el desarrollo sostenible consiste en “el desarrollo que satisface las necesidades de la generación presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades”.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Rodríguez-Arana (2010) agrega que “es verdad que las instituciones públicas en la democracia son de la ciudadanía. Es verdad, pero a veces se pierde de vista porque la condición humana en ocasiones prefiere transitar por el proceloso mundo del poder, del dinero y de la notoriedad, con un sistemático olvido de la principal función del gobierno y la dirección en el ámbito público cual es la mejora de las condiciones de vida de la gente”.

<sup>3</sup> La Comisión Brundtland materializó el libro conocido como *Nuestro Futuro Común* (nombre original del “Informe Brundtland”). Este fue uno de los primeros intentos de eliminar la confrontación entre desarrollo y sostenibilidad. El citado informe se presentó en 1987 por la Comisión Mundial Para el Medio Ambiente y el Desarrollo, de la Organización de las Naciones Unidas [ONU], encabezada por la doctora noruega Gro Harlem Brundtland. En él se trabajó el análisis de la situación del mundo y se señaló que el camino que la sociedad global estaba tomando implicaba destruir el ambiente y dejar a cada vez más gente en la pobreza y la vulnerabilidad. El propósito de este informe fue encontrar medios prácticos para revertir tales problemas ambientales y de desarrollo del mundo; con el fin de lograrlo, se destinaron tres años a audiencias públicas y se recibieron más

A decir del profesor Piñar Mañas:

...el principio de desarrollo sostenible hoy se ha convertido en un verdadero principio general del derecho, aplicable e invocable. “Incluso se ha llegado a decir que en el desarrollo sostenible adquieren la condición de sujetos de derechos las generaciones futuras. El bien jurídico protegido no es nuestra salud futura, sino la de nuestros hijos y, lo que es más importante e innovador, la de quienes todavía no han nacido (Piñar, 2003: 185 y ss.).

- iii) Cabe hacer alusión, en este orden de ideas, a la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1999), en donde se incluye una lista de principios, entre los cuales sobresalen los que tienen relación al objetivo que nos interesa:
1. Los seres humanos constituyen el centro de las preocupaciones relacionadas con el desarrollo sostenible. Tienen derecho a una vida saludable y productiva en armonía con la naturaleza (principio 1).
  2. El derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras (principio 3).
  3. A fin de alcanzar el desarrollo sostenible, la protección del medio ambiente deberá constituir parte integrante del proceso de desarrollo y no podrá considerarse en forma aislada (principio 4).
  4. Todos los Estados y todas las personas deberán cooperar en la tarea esencial de erradicar la pobreza como requisito indispensable del desarrollo sostenible, a fin de reducir las disparidades en los niveles de vida y responder mejor a las necesidades de la mayoría de los pueblos del mundo (principio 5).
  5. Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de pro-

---

de 500 comentarios, examinados por científicos y políticos provenientes de 21 países. Como indica el libro, el trabajo de tantas personas con historia y culturas diferentes hizo que fuera necesario fortalecer el diálogo. El mentado documento postuló, principalmente, que la protección ambiental había dejado de ser una tarea nacional o regional para convertirse en un problema global. Por ello, en forma global debía trabajarse para revertir la degradación del planeta. También se señaló que debía dejar de verse al desarrollo y al ambiente como si fueran cuestiones separadas. Por último, se estimó que el desarrollo dejaba de ser un problema exclusivo de los países que no lo tenían. Ya no se trataba de que los “pobres” siguieran el camino de los “ricos”, toda vez que la degradación ambiental es consecuencia tanto de la pobreza como de la industrialización, razón por la cual ambos habrían de buscar un nuevo y similar camino. La importancia de este documento no solo reside en el hecho de lanzar el concepto de desarrollo sostenible, definido como aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer las necesidades de las futuras generaciones, sino de que este fue incorporado a los programas de la ONU (Desarrollo Sostenible, 2006). El informe puede encontrarse en <https://desarrollosostenible.wordpress.com/2006/09/27/informe-brundtland/>.

ducción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas (principio 8).

6. Los Estados deberían cooperar en el fortalecimiento de su propia capacidad de lograr el desarrollo sostenible, aumentando el saber científico mediante el intercambio de conocimientos científicos y tecnológicos, e intensificando el desarrollo, la adaptación, la difusión y la transferencia de tecnologías, entre estas, tecnologías nuevas e innovadoras (principio 9).
  7. El mejor modo de tratar las cuestiones ambientales es con la participación de todos los ciudadanos interesados, en el nivel que corresponda. En el plano nacional, toda persona deberá tener acceso adecuado a la información sobre el medio ambiente de que dispongan las autoridades públicas, incluida la información sobre los materiales y las actividades que encierran peligro en sus comunidades, así como la oportunidad de participar en los procesos de adopción de decisiones. Los Estados deberán facilitar y fomentar la sensibilización y la participación de la población poniendo la información a disposición de todos. Deberá proporcionarse acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos, entre éstos el resarcimiento de daños y los recursos pertinentes (principio 10).
  8. Los Estados deberían cooperar en la promoción de un sistema económico internacional favorable y abierto que llevara al crecimiento económico y el desarrollo sostenible de todos los países, a fin de abordar en mejor forma los problemas de la degradación ambiental. Las medidas de política comercial con fines ambientales no deberían constituir un medio de discriminación arbitraria o injustificable ni una restricción velada del comercio internacional. Se debería evitar tomar medidas unilaterales para solucionar los problemas ambientales que se producen fuera de la jurisdicción del país importador. Las medidas destinadas a tratar los problemas ambientales transfronterizos o mundiales deberían, en la medida de lo posible, basarse en un consenso internacional (principio 12) (Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, 1999).
- iv) También nos interesa traer a colación algunas normas interesantes sobre el Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe “Acuerdo de Escazú”,<sup>4</sup> en cuyo art. 1º se preceptúa:

el objetivo del presente Acuerdo es garantizar la implementación plena y efectiva en América Latina y el Caribe de los derechos de acceso a la información ambiental, participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales y acceso a la justicia

---

<sup>4</sup> El “Acuerdo de Escazú” fue celebrado en 2018. Ha sido ratificado por Argentina mediante la Ley 27.566.

en asuntos ambientales, así como la creación y el fortalecimiento de las capacidades y la cooperación, contribuyendo a la protección del derecho de cada persona, de las generaciones presentes y futuras, a vivir en un medio ambiente sano y al desarrollo sostenible.

Y, a su vez, entre los principios que guían la implementación del Acuerdo se detallan (art. 3º) los siguientes:

- principio de igualdad y principio de no discriminación;
- principio de transparencia y principio de rendición de cuentas;
- principio de no regresión y principio de progresividad;
- principio de buena fe;
- principio preventivo;
- principio precautorio;
- principio de equidad intergeneracional;
- principio de máxima publicidad;
- principio de soberanía permanente de los Estados sobre sus recursos naturales;
- principio de igualdad soberana de los Estados; y
- principio pro persona.

Así pues, resulta claro que el principio pro persona (Pintos, 2017: 211 y ss.) y a la luz del principio de la buena Administración —sobre el que nos hemos referido más arriba (Galli, 2019)— se aprecia como de capital importancia a la hora de definir buenos gobiernos, la buena Administración, una gestión pública de calidad y la gobernanza democrática.

Interesa poner de relieve, además, el art. 7º del mismo acuerdo internacional porque hace referencia a la participación pública en los procesos de toma de decisiones ambientales, al aludir a los modos de participación abierta e inclusiva; la participación pública en asuntos ambientales de interés público; el acceso a la información pública efectiva y oportuna; la participación del público en los ámbitos nacional e internacional y otros mecanismos de gobernanza público–privada y de buena Administración allí prescritos.

Es preciso destacar que los procesos de toma de decisiones hoy son clave en el orden nacional e internacional. Esto es, ¿quién comienza el proceso decisorio, quién participa en su construcción y desarrollo, y quién/es es/son el/los decisor/es final/es? ¿Hay un único decisor o varios? ¿La decisión se adopta solo por el sector público o este escucha e interactúa con el sector privado? ¿La decisión se toma de forma vertical y con un único decisor o de forma horizontal y con una participación público–privada? Se trata de temas, por cierto, clave para el buen gobierno, la buena Administración y la buena gobernanza en nuestros países hoy en día.

Otra cuestión importante es el acceso a la justicia en asuntos ambientales, previsto en el art. 8º. En dicho precepto se regula acerca de la garantía del debido proceso; la necesidad de contar con órganos estatales especializados; los procedimientos efectivos, oportunos, transparentes e imparciales; la admisión de legitimación activa amplia; las medidas judiciales; la eliminación de trabas; acciones judiciales que habrán de garantizarse; entre otras medidas contempladas en este régimen jurídico.

Es que en todo régimen jurídico global, internacional o supraestatal debe sopesarse la importancia de los mecanismos de solución de controversia y su decisión a través de organismos especializados independientes que respeten los principios de imparcialidad, objetividad, transparencia y buena Administración.

v) En el campo de la contratación administrativa se visualiza, especialmente, este principio del desarrollo sostenible a la hora de llevar a cabo la planificación y preparación de la contratación pública y en la selección del contratista (Durán, 2018; Freitas, 2013).

En la actividad contractual (2017: 61 y ss.) resulta esencial hacer notar que Pintos Santiago ha puesto de resalto —en un profundo estudio sobre el tema— la importancia que reside en los principios generales de promoción del desarrollo humano y de promoción de la sostenibilidad ambiental en el desarrollo global de la contratación pública.

De tal manera, frente a la arquitectura de la decisión gubernamental,<sup>5</sup> es menester considerar los aspectos ambientales, de eficiencia energética (Galli, 2016: 465 y ss.; Galli, 2017), sociales y éticos en la contratación pública (Delpiazzi, 2018).

Es posible colegir que, a través de las estructuras regulatorias preceptuadas para la actividad contractual pública, puede procurarse, encaminarse y lograrse un mayor desarrollo económico, social e institucional y, desde luego, de un modo sostenible. Vale decir: se da cumplimiento a uno de los rasgos fundamentales que acompaña al concepto de gobernanza.

Así, en la Directiva 2014/24 de la Unión Europea (UE) (considerando 47) se estima que los poderes públicos deben hacer la mejor utilización estratégica posible de la contratación pública para fomentar la innovación e investigación tecnológica, la mejora de la eficiencia y la calidad de los servicios públicos; contribuir a obtener la mejor relación calidad-precio en las inversiones públicas; obtener amplias ventajas económicas, medioambientales y sociales y, de este modo, fomentar un crecimiento económico sostenible (Parlamento Europeo y Consejo, 2014).

<sup>5</sup> Respecto de la arquitectura de decisión en el gobierno, no puede dejar de verse el enfoque que plantea en *(más) Simple. El futuro del Gobierno* el reconocido abogado que acompañó al presidente Obama durante su mandato: Cass Sunstein .

En dicha Directiva de cuarta generación de la UE se pone de resalto que:

...la contratación pública desempeña un papel clave en la Estrategia Europa 2020, establecida en la Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010 titulada «Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» («Estrategia Europa 2020»), como uno de los instrumentos basados en el mercado que deben utilizarse para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos (Parlamento Europeo y Consejo, 2014: considerando 2º).

- vi) En similar sentido, la Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 “Ley española de Contratos del Sector Público 9/2017” hace referencia a lograr el objetivo de un “crecimiento inteligente, sostenible e integrador” y el “rol instrumental de los contratos públicos”, al expresarse que la contratación pública “se configura como uno de los instrumentos basados en el mercado interior que deben ser utilizados para conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso con mayor racionalidad económica de los fondos públicos” (Jefatura del Estado, 2017).
- vii) Ahora bien, en Argentina existe un doble andamiaje jurídico en materia de contrataciones para la Administración Pública nacional (lo decimos en sentido lato). Contamos, por un lado, con el régimen de contratación pública tradicional, a la luz de lo prescrito en el Decreto 1023/01 y su reglamentación aprobada en el Decreto 1030/2016 (el primero de los ordenamientos jurídicos nombrados ostenta rango de ley en Argentina, pues se trata de un decreto delegado).<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> Entre ambos decretos presidenciales existe un orden de prelación normativo. El Decreto 1023/01 es un decreto delegado que, consiguientemente, cuenta con rango de ley, conforme a lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución; mientras que el Decreto 1030/2016 fue dictado como un decreto de ejecución y autónomo, en los términos del art. 99, inc. 1 y 2, de la Constitución nacional (CN). Por tal razón, la legislación en la materia la encontramos en el Decreto 1023/01, y su reglamentación actual, en el Decreto 1030/2016. Los “reglamentos delegados” son los que se dictan en los términos y de conformidad con lo dispuesto en el art. 76 de la Constitución y trasuntan un caso de delegación de facultades legislativas dispuestas por el Congreso de la Nación en el Poder Ejecutivo en las condiciones prescrita al dictarse la ley y con sujeción a dicho precepto constitucional. Los “reglamentos autónomos” “son aquellas normas generales que dicta el Poder Ejecutivo e, integralmente, la Administración sobre materias que pertenecen a su zona de reserva. En su dictado, el gobierno y la Administración no aplican una ley preexistente, sino que directamente interpretan y aplican la

Ese ordenamiento jurídico se aplica en los contratos de obra pública; concesión de obra pública; concesión de servicios públicos, de suministros; concesión de uso de bienes del Estado, y demás contratos a los que hace alusión el art. 4º del Decreto 1023/01, con exclusión de aquellos indicados en el art. 5º del mismo dispositivo jurídico.

Por otro lado, recientemente, se dictó la legislación en materia de participaciones público-privadas, a tenor de lo preceptuado en la Ley 27.328 y el Decreto 117/2018.

El alcance de tal normativa se ha previsto en el art. 1º de la Ley 27.328 en los siguientes términos:

Los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8º de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica.

Los proyectos que bajo esta ley se desarrollen podrán tener por objeto, una o más actividades de diseño, construcción, ampliación, mejora, mantenimiento, suministro de equipamientos y bienes, explotación u operación y financiamiento.

El diseño de los contratos tendrá la flexibilidad necesaria para adaptar su estructura a las exigencias particulares de cada proyecto y a las de su financiamiento, de acuerdo a las mejores prácticas internacionales existentes en la materia.

Los contratos de participación público-privada podrán celebrarse cuando previamente se determine que esta modalidad de contratación permite cumplir con los objetivos de interés público tendientes a satisfacer (Congreso de la Nación Argentina, 2016).

De esta manera, los contratos que se celebran en el marco de las participaciones público-privadas constituyen una modalidad alternativa a los contratos tradicionales (Cassagne, 2016: 923 y ss.), que se hayan regulados por el Decreto

---

Constitución, vgr.: aplican el art. 99, inc. 1, CN". Los "reglamentos de ejecución o ejecutivos" resultan ser los que dicta el Poder Ejecutivo, en los términos del art. 99, inc. 2 de la CN, "en ejercicio de facultades constitucionales propias, para asegurar o facilitar la aplicación o ejecución de las leyes, regulando detalles necesarios para un mejor cumplimiento de las leyes y de las finalidades que se propuso el legislador". Estas definiciones pueden encontrarse en la obra *Curso de derecho administrativo*, del maestro Juan Carlos Cassagne (2016).

1023/2001, las leyes 13.064 y 17.520<sup>7</sup> y sus respectivas normas modificatorias y reglamentarias (Congreso de la Nación Argentina, 2016 [Ley 27.328, arts. 2 y 31]).

Interesa, por ello, resaltar que, en los términos de la precitada legislación argentina de PPP, en la etapa preparatoria y de planificación contractual y en ocasión de estructurarse dichos proyectos, se estima que han de tomarse especialmente en cuenta: la ponderación de la rentabilidad económica y/o social de los proyectos; la promoción de la inclusión social en el área de desarrollo de los proyectos; incentivar la generación de nuevos puestos y fuentes de trabajo en el país; la aplicación de mecanismos de solidaridad intrageneracional, intergeneracional e interregional, en la financiación de los proyectos; el desarrollo de aquellos proyectos que coadyuven a la preservación del medio ambiente y a la sustentabilidad económico, social y ambiental del área donde éstos se ejecutarán; impulsar la concurrencia de los interesados y la competencia de oferentes, considerando las externalidades positivas que pueda ocasionar la elección del contratista en los términos previstos en ese régimen jurídico (Congreso de la Nación Argentina, 2016 [Ley 27.328, art. 4, incisos e, f, g, h, k y l]).

### **III. ALGUNAS REGULACIONES DEL GOBIERNO ARGENTINO EN 2018 Y QUE REFLEJAN LA PUESTA EN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DE DESARROLLO SOSTENIBLE**

#### **1. LA REGULACIÓN DE BUENAS PRÁCTICAS EN MATERIA DE FITOSANITARIOS**

Como una muestra de buena gobernanza, a principios del año 2018, fueron dictadas dos normas por el Ministro de Ambiente y Desarrollo Sustentable y el Ministerio de Agroindustria.

En primer término, mediante la Resolución conjunta 1/2018 de ambos ministerios, se dispuso:

...el MINISTERIO DE AGROINDUSTRIA y el MINISTERIO DE AMBIENTE Y DESARROLLO SUSTENTABLE determinan, en el marco de sus respectivas competencias y en el contexto del dominio originario de los recursos naturales que corresponde a las jurisdicciones provinciales, que las actividades de aplicación de productos fitosanitarios para la agricultura en la actividad agrícola en general, y en especial en zonas de amortiguamiento o “buffer”, deben realizarse conforme a buenas prácticas agrícolas y sujetas a sistemas de control y monitoreo adecuados (Ministerio de Agroindustria y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2018 [art. 1]).

En el mismo acto reglamentario se estableció que el Ministerio de Agroindustria y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable ajustarán sus políti-

<sup>7</sup> La Ley 13.064 regula los contratos de obra pública, y la Ley 17.520, las concesiones de obra pública.

cas, programas y proyectos a lo acordado en la precitada prescripción en el marco de sus respectivas competencias (Ministerio de Agroindustria y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2018 [art. 2]).

Mediante dicha resolución conjunta se previó, a su vez, la creación del Grupo de Trabajo Interministerial sobre Buenas Prácticas en materia de Aplicaciones de Fitosanitarios, con el objeto de:

- a. Elaborar los principios que deben regir las políticas públicas nacionales de sus respectivas competencias, sobre las aplicaciones de fitosanitarios en la agricultura y la alimentación, con especial atención sobre las aplicaciones en zonas de amortiguamiento o “buffer” adyacentes a áreas que requieren especial protección.
- b. Formular recomendaciones respecto de cómo mejorar la adopción de las buenas prácticas de aplicación de fitosanitarios.
- c. Formular recomendaciones sobre cómo fortalecer los sistemas de control y monitoreo de las actividades de aplicación de fitosanitarios (Ministerio de Agroindustria y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable, 2018 [art. 3]).

Para adoptar tal medida, en los considerandos de ese acto estatal se formularon las siguientes afirmaciones en cuanto a los recursos naturales y a la legislación en la materia:

...la implementación de buenas prácticas en la aplicación de fitosanitarios es de interés común a toda la Nación, razón que amerita una mejor definición de los principios políticos rectores para una mejor coordinación en todo el territorio de las políticas en la materia [...]

la REPÚBLICA ARGENTINA es un país federal, por lo que todo el poder no delegado reside en las provincias, en tanto que el dominio originario de los recursos naturales corresponde a las jurisdicciones provinciales [...]

Que la jurisdicción y competencia en materia de aplicaciones de fitosanitarios, salvo lo dispuesto por las leyes especiales, corresponde a las provincias (Congreso de la Nación Argentina, 1853 [arts. 1º, 121 y 124]).

La Ley 25.675, en su artículo 2º, determina entre los objetivos de la política ambiental nacional los de:

- a) Asegurar la preservación, conservación, recuperación y mejoramiento de la calidad de los recursos ambientales, tanto naturales como culturales, en la realización de las diferentes actividades antrópicas; b) Promover el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones presentes y futuras, en forma prioritaria; c) Promover el uso racional y sustentable de los recursos naturales y establecer procedimientos y

mecanismos adecuados para la minimización de riesgos ambientales...(Congreso de la Nación Argentina, 2002).

La Ley 25.675, en su artículo 4º, determina entre los principios de la política ambiental nacional “los de prevención, de sustentabilidad y de subsidiariedad” (Congreso de la Nación Argentina, 2002).

La Ley 27.233 declara de interés nacional:

...la sanidad de los vegetales, así como la prevención, el control y la erradicación de las enfermedades y de las plagas que afecten la producción silvoagropecuaria, así como la calidad de las materias primas producto de las actividades silvo-agrícolas y la producción, inocuidad y calidad de los agroalimentos, los insumos agropecuarios específicos y el control de los residuos químicos y contaminantes químicos y microbiológicos en los alimentos y el comercio nacional e internacional de dichos productos y subproductos (Congreso de la Nación Argentina, 2016).

La misma Ley 27.233 declara de orden público “las normas nacionales por las que se instrumenta o reglamenta el desarrollo de las acciones destinadas a preservar la protección de las especies de origen vegetal y la condición higiénico-sanitaria de los alimentos de origen agropecuario” (Congreso de la Nación Argentina, 2016).

En cuanto a la intervención y las tareas que venía llevando a cabo el Consejo Federal Agropecuario, conformado por el Ministerio de Agroindustria de la Nación y todos los ministerios de agroindustria o producción de las provincias argentinas, se indica:

...el Consejo Federal Agropecuario (CFA), organismo asesor del MINISTERIO DE AGROINDUSTRIA, ha creado una Comisión Federal Fitosanitaria y una Comisión de Ordenamiento Territorial, en cuyo ámbito se debate todo lo relativo a la aplicación de productos fitosanitarios especialmente en zonas de amortiguamiento o “buffer” [...] los órganos del Consejo Federal Agropecuario (CFA) han elevado la recomendación de que el MINISTERIO DE AGROINDUSTRIA elabore una normativa que contenga la política nacional en materia de aplicaciones de productos fitosanitarios, ya sea para producciones intensivas como extensivas, considerando los documentos y discusiones técnicas que se dan en ámbitos públicos y privados [...] en el marco de dicha Red de Buenas Prácticas Agropecuarias se han elaborado DOS (2) documentos de referencia técnica, a saber: las Pautas sobre Aplicaciones de Productos Fitosanitarios en Áreas Periurbanas, y las Recomendaciones para Normativas de Departamentos, Municipios y Partidos que regulen sobre Aplicación de Productos Fitosanitarios [...]

además, existen en el país múltiples instrumentos de carácter privado orientados a caracterizar y facilitar la adopción de buenas prácticas en la aplicación de agroquímicos, entre ellos las normas IRAM 14130 de buenas prácticas para labores agrícolas.

Y en lo referente al marco de buenas prácticas —y a los sistemas de monitoreo y control— que se requieren en materia de aplicaciones de productos fitosanitarios, en la motivación de este acto administrativo se especifica:

...en el ámbito internacional, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) ha aprobado sucesivas versiones del Código Internacional de Conducta para la Gestión de Plaguicidas, que proporciona un marco voluntario, consistente con la normativa de nuestro país, que guía a las autoridades de reglamentación gubernamentales, al sector privado, a la sociedad civil y a otras partes interesadas sobre las mejores prácticas en el manejo de los plaguicidas durante su ciclo de vida [...] la adopción de buenas prácticas agropecuarias es una tarea permanente de capacitación, investigación, desarrollo, monitoreo y control.

No obstante, los antecedentes citados, resulta conveniente acordar y clarificar los principios que deben regir las políticas públicas nacionales de competencias de ambos Ministerios sobre las aplicaciones de productos fitosanitarios en la agricultura y la alimentación, con especial atención sobre las aplicaciones en zonas de amortiguamiento o “buffer” adyacentes a áreas que requieren especial protección.

Asimismo, resulta conveniente generar procesos tendientes a robustecer los sistemas de monitoreo y control sobre las actividades de aplicación de productos fitosanitarios, así como la diseminación de las buenas prácticas, para dar seguridades a la población e impulsar niveles cada vez mayores de adopción efectiva de buenas prácticas.

## 2. El denominado “seguro verde” para la actividad forestal y la autorregulación regulada

Un segundo caso interesante es el denominado “seguro verde”.

El 12 de junio de 2018 el Ministerio de Agroindustria y la Superintendencia de Seguros firmaron la Resolución conjunta 1/2018, la cual dispone:

...créase, en el ámbito de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE FINANZAS, el PROGRAMA DE SUSTENTABILIDAD AMBIENTAL Y SEGUROS (“PROSAS”), con el objeto de promover las inversiones en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes que se efectúen en el marco de lo dispuesto por la Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados... (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y Superintendencia de Seguros, 2018 [art. 1]).

Dicho programa, denominado “Prosas”, “será integrado por los aportes provenientes de los acuerdos voluntarios que se alcancen con las Aseguradoras que emitan pólizas de seguro automotor” (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y Superintendencia de Seguros, 2018, 2018 [art. 2]).

La competencia de cada uno de los organismos se estableció del siguiente modo:

...la mencionada SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN será la autoridad de aplicación del presente en los aspectos relativos a la administración y transferencia de los recursos del “PROSAS” y el MINISTERIO DE AGROINDUSTRIA lo será respecto a la aplicación y utilización de dichos fondos conforme los mecanismos dispuestos por la mencionada Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados... (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y Superintendencia de Seguros, 2018, 2018 [art. 3]).

La aplicación de esos aportes voluntarios provenientes de las aseguradoras, se prevé que se destinará a la actividad forestal de la siguiente manera:

...los recursos del “PROSAS” serán de aplicación para el pago de los aportes no reintegrables a otorgar a los emprendimientos de plantación de bosques o de enriquecimiento de bosques nativos, que obtengan las aprobaciones correspondientes establecidas en la Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados, con posterioridad a la fecha de publicación en el Boletín Oficial de la presente Resolución Conjunta (Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable y Superintendencia de Seguros, 2018 [art. 4]).

Para tal decisión administrativa, se tuvo en consideración el régimen de promoción que se aplica en la actividad forestal, al señalarse lo siguiente:

...mediante la Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados se creó un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, a través del otorgamiento de un apoyo económico no reintegrable [...]

mediante el régimen mencionado se promocionan la forestación de bosques cultivados, así como el enriquecimiento de bosques nativos, asegurando el mantenimiento de la biodiversidad.

Se hace referencia al Acuerdo de París de 2015, tal y como se indica:

...la REPÚBLICA ARGENTINA adhirió al Acuerdo de París de fecha 12 de diciembre

de 2015 aprobado por la Ley N° 27.270 y bajo dicho acuerdo asumió entre otras, la obligación de no superar la emisión neta de CUATROCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES DE TONELADAS (483.000.000 t) de CO<sub>2</sub> en el año 2030, afirmando que esta meta se logrará a través de una serie de medidas a lo largo de la economía, focalizando en los sectores de energía, agricultura, bosques nativos e implantados, transporte, industria y residuos.

el Artículo 2° del Acuerdo de París establece como uno de los objetivos centrales hacer consistentes los flujos de financiamiento con el desarrollo bajo en emisiones de gases de efecto invernadero y resiliente al clima.

la REPÚBLICA ARGENTINA se ha propuesto en esta instancia alcanzar en el tiempo el objetivo de ser carbono neutral respecto de las emisiones estimadas de dióxido de carbono.

Respecto de los emprendimientos del sector forestal, se pone de relieve:

...los emprendimientos de plantaciones forestales tienen como beneficio directo producir una amplia gama de bienes y servicios ecosistémicos además de la fijación de carbono.

en adición a proveer madera y productos no madereros, dichos emprendimientos promueven servicios de regulación como el control de la erosión, servicios de soporte como creación de hábitats de distintas especies, servicios culturales como la recreación, turismo, educación, entre otros.

el desarrollo de esa industria posee un alto impacto en la “economía real” por cuanto potencia la cadena de valor relacionada a la producción foresto industrial.

Que el desarrollo de la industria de forestación genera trabajo formal y potencia las economías regionales que participan de la cadena de producción, creándose puestos de trabajo genuinos para hombres y mujeres.

la Resolución N° 70 del 25 de septiembre de 2015 aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, propende para el año 2020 asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas, promover la puesta en práctica de la gestión sostenible de todos los tipos de bosques, detener la deforestación, recuperar los bosques degradados y aumentar considerablemente la forestación y la reforestación a nivel mundial.

En lo que atañe al mecanismo de aportes de las aseguradoras (al acudirse a los medios digitales) y su aplicación en la actividad forestal, se dice:

...por su parte, los proyectos de inversión productiva desarrollados en el marco de la citada Ley N° 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados, requieren de una ma-

por financiación a efectos de cumplir cabalmente con los compromisos asumidos por la REPÚBLICA ARGENTINA en materia ambiental [...]

las Aseguradoras lograrán reducir sus costos de emisión de pólizas, al encontrarse admitido por el Artículo 11 de la Ley de Seguros N° 17.418 que todos los medios de prueba digitales serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito [...]

en el mismo sentido se sustituyó el Punto 25 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (t.o. Resolución SSN N° 38.708 de fecha 6 de noviembre de 2014, sus modificatorias y complementarias), mediante la Resolución N° 219 de fecha 7 de marzo de 2018 de la SUPERINTENDENCIA DE SEGUROS DE LA NACIÓN, organismo descentralizado en la órbita del MINISTERIO DE FINANZAS, regulándose la posibilidad de entregar las pólizas a los asegurados por medios digitales [...]

lo mencionado en los anteriores considerandos significará un ahorro de enormes proporciones en los gastos de administración de las Aseguradoras.

En cuanto a la actividad de las aseguradoras, se pone de manifiesto:

...por su parte, las Aseguradoras que emiten pólizas de Seguro Automotor, aseguran un riesgo que condiciona la previsibilidad climática [...]

está demostrado que la emisión de dióxido de carbono contribuye al calentamiento global y en consecuencia a la agudización de los eventos climáticos extremos [...]

redunda en beneficios para el Asegurado y la Aseguradora una reducción del acaecimiento de eventos climáticos adversos, lo cual tomará lugar en caso de lograr reducirse los efectos de las emisiones de gases de efecto invernadero [...]

el país está desarrollando su Plan Nacional de Adaptación, que requerirá medidas al efecto, entre las que se incluyen los instrumentos de transferencia de riesgos [...]

en el marco de lo mencionado en el considerando anterior, el sector agroindustrial debe mejorar su cultura aseguradora y la industria del seguro desarrollar los instrumentos de cobertura adecuados que alienten la adopción de las prácticas necesarias para la adaptación al cambio climático.

Los vehículos automotores con motor de combustión a petróleo son uno de los principales agentes productores de gases y en ese sentido, las aseguradoras de vehículos automotores resultan las propicias para brindar el soporte necesario para el cumplimiento de esta política gubernamental.

Acerca de la importancia de los seguros y los riesgos objeto de cobertura, se puntualiza lo siguiente:

...el seguro tiene un principio solidario, de distribuir los costos de un siniestro en el conjunto a través de la dispersión del riesgo, haciendo posible el desarrollo de cualquier actividad y garantizando una mayor previsibilidad económica [...]

estableciendo programas de concientización y promoción de la cultura aseguradora se promueve el crecimiento del mercado de capitales, donde se invierte gran parte de las primas y con ello, indirectamente se contribuye al financiamiento de distintos sectores de la “economía real” [...]

el seguro tiene un rol muy importante para contribuir a la calidad de vida de la población y el crecimiento constante de la economía, siendo que cuanto mayor es la participación del seguro como un insumo básico de la economía, mayor es la evolución de un país [...]

la gestión de riesgos, y en particular la cobertura a través de seguros, ocupan un papel central en la adaptación del país al cambio climático.

Finalmente, se hace mención del concepto de la responsabilidad social empresarial en los siguientes términos:

...las empresas, generan impactos sociales, económicos y ambientales, existiendo el concepto de Responsabilidad Social Empresaria tendiente a potenciar los impactos positivos dentro de sus operaciones [...]

teniendo en cuenta que la Responsabilidad Social Empresaria comprende las acciones voluntarias que toman las empresas para que sus actividades tengan repercusiones positivas sobre la sociedad, corresponde convocar a las Aseguradoras a celebrar convenios tendientes al cumplimiento de estos objetivos.

Que, por su parte, a través de diversas medidas adoptadas por el Gobierno Nacional, está teniendo lugar un proceso que promueve el funcionamiento dinámico y eficaz de la gestión pública, destinado a incentivar la inversión, la productividad, el empleo y la inclusión social.

Esa regulación, de alguna manera, denota la puesta en marcha de una autorregulación regulada para determinados actores de la actividad económica.

#### IV. CONCLUSIONES

Sabemos que se han puesto en entredicho el modelo económico de desarrollo y producción sin límites, el consumo desmedido y el derroche de recursos perecederos y de difícil renovación (Piñar, 2002: 50), porque no es sostenible la continuidad de ese estilo de vida y de progreso. El desarrollo ilimitado, irresponsable e irracional produce consecuencias temporales y permanentes en el crecimiento

económico, en la cohesión social, en el equilibrio ecológico y en el acceso a las tecnologías (Hernández-Mendible, 2014).

La expresión “desarrollo sostenible” nos lleva a una mayor equidad y justicia, una visión integrada del desarrollo, en contraste con la tradicional sectorización de las políticas públicas en esta materia (Villegas, 2002).

De tal manera, podemos llegar a la conclusión de que un desarrollo sostenible constituye un auténtico cambio de paradigma. Supone la apuesta por construir un nuevo modelo económico, en el que no se produzca un enfrentamiento entre el desarrollo necesario y deseado y la conservación y protección de la naturaleza; es decir, se procura un cambio tanto en la manera de producción como en el consumo, así como en la protección y gestión de los recursos naturales necesarios para satisfacer las necesidades de las personas, comprendiendo una dimensión económica, una social y una ambiental (Hernández-Mendible, 2014).

Los actos reglamentarios a que hemos aludido *ut supra* demuestran cómo en el área gubernamental agroindustrial argentina se está poniendo en práctica este pilar esencial que debe regir en todas partes del mundo (Piñar, 2002: 33): el principio de desarrollo sostenible.

Como puede notarse, el paradigma del desarrollo sostenible ha emergido para colocar en el centro del mismo a la persona humana y el respeto a su dignidad; pero no se ha limitado a las personas que conforman la actual generación, sino que añade su proyección hacia el futuro, de manera que no se comprometan las posibilidades de las generaciones venideras para atender a sus propias necesidades, lo cual denominamos “solidaridad intergeneracional” (Sanz, 2011: 10 y ss.; Hernández-Mendible, 2014).

Así ocurre, en suma, que se advierte relevante la existencia y plena vigencia de una regulación administrativa global confeccionada por estructuras y organizaciones que nacen al calor de las declaraciones mundiales para lograr el desarrollo limpio global de las naciones (Rodríguez-Arana, 2010: 15 y ss.).

## V. FUENTES CONSULTADAS

(2018), Acuerdo Regional sobre el Acceso a la Información, la Participación Pública y el Acceso a la Justicia en Asuntos Ambientales en América Latina y el Caribe “Acuerdo de Escazú”.

Cassagne, J. C. (2015), *Los grandes principios del Derecho Público*, Buenos Aires, La Ley.

\_\_\_\_\_ (2016), *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, 11ª ed., Buenos Aires, La Ley.

- \_\_\_\_\_ (2016), “Las asociaciones público-privadas en la Argentina”, *Revista Española de Derecho Administrativo REDA*, núm. 107, Civitas, Thomson Reuters.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1999), Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo.
- Congreso de la Nación Argentina (1853), Constitución, publicada en el *Boletín Nacional*
- \_\_\_\_\_ (2016), Ley 27.328, publicada en el *Boletín Nacional* el 30 de noviembre.
- \_\_\_\_\_ (2016), Ley 27.233, publicada en el *Boletín Nacional* el 28 de noviembre.
- \_\_\_\_\_ (2002), Ley 25.675 publicada en el *Boletín Nacional* el 4 de enero.
- Delpiazzo, C. (2018), “Diseño de pliegos contractuales y buena Administración”, Deputación Provincial da Coruña, *Cuadernos de Mariñán. X Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano “La buena Administración de la contratación pública”*, Coruña, Deputación Provincial da Coruña.
- Durán Martínez, A. (2018), “Buena administración y la selección del contratista”, en Deputación Provincial da Coruña, *Cuadernos de Mariñán. X Jornadas de Derecho Administrativo Iberoamericano “Buena administración y contratación pública”*, Coruña, Deputación Provincial da Coruña.
- Freitas, J. (2013), “Desafíos jurídicos do desenvolvemento sustentábel: novos desafíos do gestor público”, conferencia pronunciada el 23 de mayo de 2013 en Foz do Iguacu, Paraná (Brasil), en el marco del III Congreso Internacional de Direito e Sustentabilidade “Direito Público e gestão sustentábel”.
- Galli Basualdo, M. (2016), “A propósito de las energías renovables: la bioenergía en la República Argentina”, Luis Moreno Castillo y Víctor Hernández-Mendible (coords.), *Derecho de la energía en América Latina*, t. I, Bogotá, Universidad del Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_ (2017), “Las energías renovables en la República Argentina: el caso de las fuentes bioenergéticas vinculadas a la actividad agroindustrial (biomasa, biogás, biodiesel y bioetanol)”, *Revista Jurídica Argentina La Ley, Suplemento del 23/3/2017*, Buenos Aires, La Ley Editora e Impresora.
- \_\_\_\_\_ (2019), *La buena Administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica*, Buenos Aires, Marcial Pons.

- García de Enterría, E. (1984), “Principio de legalidad, Estado material de derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 10, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- González Pérez, J. (2017), *La dignidad de la persona humana*, Madrid, Civitas Thomson Reuters.
- Hernández-Mendible, V. R. (2012), “El concepto de Administración Pública desde la buena gobernanza y el derecho administrativo global. Su impacto en los sistemas de derecho administrativo de la América española”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Coruña*, núm. 16, Coruña, Universidade da Coruña.
- \_\_\_\_\_ (2014), “El paradigma del desarrollo sostenible como condicionante del uso y explotación de los recursos naturales en el MERCOSUR”, *VIII Congreso Iberoamericano de Regulación Económica y Servicios Públicos, Retos actuales de la regulación: Judicialización y Crecimiento Económico*, Santiago, Thomson Reuters Legal Publishing Chile.
- \_\_\_\_\_ (2016), “La gobernanza, la buena Administración y el gobierno abierto como expresiones de simplificación administrativa y supresión de barreras”, Asociación Peruana del Derecho Administrativo *Derecho administrativo: hacia un Estado más confiable*, Lima, Thomson Reuters.
- Jefatura del Estado (2017), Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, publicada en el Boletín Oficial del Estado (BOE) el 9 de noviembre.
- Malem Seña, J. F. (2017), *Pobreza, corrupción, (in)seguridad jurídica*, Madrid, Marcial Pons.
- Ministerio de Agroindustria y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2018), Resolución conjunta número 1/2018.
- Parejo Alfonso, L. (2015), “Buena gobernanza, buen gobierno y buena Administración”, en VV. AA., *XXX Congreso Iberoamericano de Municipios*, Madrid, OICI.
- \_\_\_\_\_ (2012), “Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España”, en Javier Barnes (ed.), *Innovación y reforma del derecho administrativo*, Sevilla, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP) y Global Law Press-Editorial Derecho Global.

- Parlamento Europeo y Consejo (2014), Directiva 2014/24 del 26 de febrero de 2014 sobre la contratación pública, publicada en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el 28 de marzo.
- Peschard Mariscal, J. (2012), “Del gobierno abierto a la transparencia proactiva: la experiencia del Ifai en 2011”, Andrés Hoffman, Alvaro Ramírez Aluja José Antonio Bojórquez Pereznieta (coords.), *La promesa del gobierno abierto en Latinoamérica*, México, ITAIP.
- Pintos Santiago, J. (2017), *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Madrid, INAP.
- Piñar Mañas, J. L. (2002), *Desarrollo sostenible y protección del medio ambiente*, Madrid, Civitas.
- \_\_\_\_\_ (2002), *Protección del ambiente y desarrollo sostenible*, Madrid, Universidad San Pablo—CEU.
- \_\_\_\_\_ (2003), “El desarrollo sostenible como principio jurídico”, en Luis Cosculluela Montaner (coord.) *Estudios de Derecho Público Económico. Libro homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Madrid, Endesa-Ibercaja-Civitas.
- Rodríguez-Arana Muñoz, J. (2006), *El buen gobierno y la buena Administración de instituciones públicas adaptado a la ley 5/2006, de 10 de abril*, Thomson Aranzadi, Colección Divulgación Jurídica.
- \_\_\_\_\_ (2010), “El derecho administrativo global: un derecho principal”, *Revista andaluza de Administración Pública*, núm. 76, Universidad de Sevilla-Instituto Andaluz de Administración Pública (IAAP).
- \_\_\_\_\_ (2011), “El derecho fundamental a la buena Administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública (RAP)*, núm. 408, México, INAP.
- \_\_\_\_\_ (2012), *El ciudadano y el poder público: el principio y el derecho al buen gobierno y a la buena Administración*, Madrid, Reus.
- \_\_\_\_\_ (2014), “El buen gobierno y la buena Administración en la ley de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno”, Jaime Rodríguez-Arana Muñoz y M. Á. Sendín García, *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Granada, Comares.
- Sanz Larruga, F. J. (2011), “Sostenibilidad ambiental y derecho administrativo: ¿Nuevo remedio ante la crisis económica o una exigencia constitucional? A propósito de la nueva Ley de Economía Sostenible”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 2, Centro de Investigaciones Energéticas, Medioambientales y Tecnológicas (CIEMAT-CIEDA).

Superintendencia de Seguros y Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sustentable (2018), Resolución conjunta número 1/2018.

Villegas Moreno, J. L. (2002), “Desarrollo sostenible, capital social y municipio. Aproximación a la configuración del municipio como agente del desarrollo”, Mérida, Universidad de Los Andes, Villoria Mendieta, M. y Xavier Forcadell (2015), “Introducción general”, Manuel Villoria Mendieta, y Xavier Forcadell Esteller (dirs.) (coords.), *Buen gobierno, transparencia e integridad institucional en el gobierno local*, Barcelona, Tecnos.





# CONTRATACIÓN PÚBLICA Y BUENA ADMINISTRACIÓN

## PUBLIC PROCUREMENT AND GOOD ADMINISTRATION

JOSÉ ANTONIO MORENO MOLINA

[Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha (España).]

### Resumen

El artículo que se presenta estudia los principios y los derechos componentes del derecho humano a la buena Administración, aplicables a las contrataciones públicas. Se analizan los temas más relevantes, en los cuales debe ponerse especial atención en el ciclo de la contratación pública, como son la profesionalización de los funcionarios, la evasión de los conflictos de interés, la puesta en práctica los principios de la contratación, así como la integridad en las compras públicas.

#### *Abstract*

*The present article studies the principles and rights of the human right to good governance, applicable to public procurement. It analyses the most relevant issues in which special attention should be paid within the public procurement cycle, such as the professionalization of civil servants, the avoidance of conflicts of interest, the implementation of recruitment principles, as well as integrity in public procurement.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena administración, contratación pública, profesionalización, derecho administrativo global, principios, integridad, conflicto de interés.*

**KEYWORDS:** *Good Administration, Public Procurement, Professionalization, Global Administrative Law, Principles, Integrity, Conflict of Interest.*

**SUMARIO:** I. El principio de buena Administración en la contratación pública y su reciente evolución. II. Derecho de la Unión Europea sobre compras públicas. III. Gobernanza de la contratación pública e imprescindible profesionalización. IV. Importancia del respeto a los principios generales. V. Conflictos de intereses e integridad de los procedimientos de contratación pública. VI. Fuentes consultadas.

## I. EL PRINCIPIO DE BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA Y SU RECIENTE EVOLUCIÓN

El derecho comparado e internacional de la contratación pública, en especial la vigente regulación de la Unión Europea con su cuarta generación de directivas en la materia y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha jugado un decisivo papel en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública (Gimeno, 2015: 23 y ss.; Chinchilla, 2011: 33 y ss.; Sánchez, 2011: 81 y ss.), está imponiendo en la actualidad un nuevo paradigma en la contratación pública que busca que se garantice el derecho a una buena Administración (Rodríguez-Arana, 2012: 247-274; Ponce, 2016: 57-84; Rastrollo y García, 2015: 367 y ss.) y los principios de eficacia, eficiencia, transparencia e integridad (Oller, 2015: 46-54). Como destaca con acierto el profesor Gimeno Feliú (2015: 19), nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Consejo del CLAD, expone de forma muy completa el derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos derivados en sus artículos 25 a 46.

El derecho fundamental a la buena Administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que los presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza y que tiene, desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa —el 1 de diciembre de 2009—, “el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea [TUE], apartado 1, párrafo primero).

La sentencia del Tribunal General de la UE (Sala cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/11, *Evropaiki Dynamiki* (ECLI: EU: T, 2016: 248), aplica el principio de buena Administración a los contratos públicos.

El Tribunal de Cuentas Europeo ha resaltado que la política de contratación pública es, en nuestros días, un instrumento fundamental para el desarrollo del mercado único; el logro de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos.<sup>1</sup>

Como ha puesto de manifiesto el profesor Rodríguez-Arana (2011b: 59-78, 2010: 15-68 y 2011a), uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de un derecho administrativo global (Barnés, 2006; Alli, 2004; Ballbé, 2007; Ponce, 2010; Mir, 2004) es el de

<sup>1</sup> “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, (Tribunal de Cuentas Europeo, 2016: 10)

la contratación pública (Rodríguez-Arana *et. al.*, 2011a). Sector que ha sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa (Stewart, 2005: 15; Kingsbury, 2005: 4 y ss.).<sup>2</sup>

El primer apartado de la exposición de motivos de la nueva ley española de contratos del sector público (9/2017, del 8 de noviembre) reconoce que la legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante, “... el fundamento de muchas de sus instituciones más allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la ocde, de uncitral, en el ámbito de la onu, o, especialmente, de la Unión Europea”.

En este sentido, debe destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio (Arrowsmith, 2003; Anderson, 2007),<sup>3</sup> la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras<sup>4</sup> y las normas en la materia aprobadas por la OCDE (AA. VV., 2006: 161-204),<sup>5</sup> por el Banco Mundial<sup>6</sup> y otras instituciones financieras internacionales; así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (Medina, 2009: 105 a 130).<sup>7</sup>

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del recientemente firmado Acuerdo Global Económico y de Comercio entre la Unión Europea y Canadá (*Comprehensive Economic and Trade Agreement, CETA*)

<sup>2</sup> Kingsbury (2005) recoge como fuentes primarias de este derecho global los principios extraídos de los derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la omc y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (coi, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares.

<sup>3</sup> El Acuerdo sobre Contratación Pública se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994, y entró en vigor el 1 de enero de 1996.

<sup>4</sup> El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

<sup>5</sup> En relación con la contratación pública, la ocde se ha preocupado sobre todo por desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio web de la Unidad de Lucha contra la Corrupción de la ocde es [www.oecd.org/daf/nocorruption/](http://www.oecd.org/daf/nocorruption/).

<sup>6</sup> Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial bp 11.00 se pueden encontrar en <http://sitere-sources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>.

<sup>7</sup> La Convención establece en su artículo 9 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

o de otros muchos tratados de libre comercio firmados entre distintos países en todo el mundo.

Además de todas esas normas, se encuentra el derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos, que, por su avanzado desarrollo y estadio actual, constituye, sin duda alguna, el referente de las reglas internacionales en la materia.

## II. DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE COMPRAS PÚBLICAS

La contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del derecho administrativo de la Unión Europea (Schwarze, 1988; Nieto y Martín, 2007; Nieto y Martín, 2010) ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad (Gimeno, 2006; Razquín, 2010; Razquín, 1996; Moreno, 1996; Moreno, 2010). En efecto, la Unión cuenta con unas muy desarrolladas reglas sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios (Gimeno, 2014b: 39 y ss.).

El completo *corpus iuris* europeo sobre contratación pública está integrado tanto por normas de derecho originario y de derecho derivado como por la decisiva jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que las ha interpretado y cuya doctrina ha ido incorporando las sucesivas directivas europeas en la materia.

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública (vigente en la actualidad al haber derogado a la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios), constituye la principal norma del hoy muy completo derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos.

En la terminología comunitaria es conocida como la directiva clásica en la materia, al culminar la evolución de las normas de la Unión sobre contratación pública, que inició con la aprobación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE —del 26 de julio de 1971— y 77/62/CEE —del 21 de diciembre de 1976—, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente (Moreno, 2015).<sup>8</sup>

<sup>8</sup> A esta primera generación de directivas le sucedió, tras la aprobación en el año 1985 del “Libro Blanco” de la Comisión para la consecución del mercado interior, la reforma, en 1988 y 1989, de las directivas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de directivas que refunden aquellas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos

Junto a la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, las instituciones europeas han aprobado la Directiva 2014/23/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, sin precedente en la normativa europea; la Directiva 2014/25/UE del Parlamento y del Consejo, del 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y la Directiva 2014/55/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 16 de abril de 2014, relativa a la facturación electrónica en la contratación pública.

Todas estas normas integran ya la cuarta generación de directivas europeas sobre contratos públicos (Gimeno, 2014b: 39 y ss.).

Las directivas actualmente vigentes en la Unión Europea pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública. Tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes (Ramos, 2012: 30 y ss.) como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (Pernas, 2011: 299-323).

---

codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, del 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los “sectores especiales”. Con la aprobación estas directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública.

Estos textos (con las modificaciones introducidas por las Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo 97/52/CE, del 13 de octubre de 1997, y por la directiva del Consejo 98/4/CE) son los que estuvieron vigentes en la materia hasta la aprobación de las Directivas de contratos de 2004: las Directivas 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo (del 31 de marzo de 2004), sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios; y la 2004/17/CE, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

### III. GOBERNANZA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA E IMPRESCINDIBLE PROFESIONALIZACIÓN

Este nuevo derecho de la contratación pública impulsa la transparencia, igualdad, concurrencia y uniformidad jurídica en toda la contratación del sector público (Gimeno, 2015: 23 y ss.; Razquín, 2015: 97 y ss.). Al mismo tiempo plantea una nueva gobernanza, que incorpora como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad para impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, el cual ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestros modelos sociales y económicos e impulsar la reactivación económica y empresarial (Gimeno, 2015b: 36 y ss.).

En ese sentido, los principios generales de la contratación pública deben desempeñar un papel fundamental. A través de una consolidada doctrina, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)(2005) ha venido destacando en los últimos años de forma reiterada que la obligación de respeto a los principios de objetividad, imparcialidad y no discriminación en la adjudicación de los contratos públicos es la esencia de la regulación normativa de estos (sentencia del 13 de octubre de 2005, asunto C4 458/03, Parking Brixen GmbH).

Otro elemento clave de la nueva gobernanza debe ser la profesionalización de los gestores de la contratación (Gimeno, 2014a; Malaret, 2016: 21-60). La buena gobernanza, en relación con la contratación, demanda que los empleados encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales y no sólo cumplan las normas, además que sean directores de la contratación (Sanmartín, 2012: 318 y ss.).

En la Unión Europea hay que destacar en este sentido las propuestas de la Recomendación (UE) 2017/1805 de la Comisión, del 3 de octubre de 2017, sobre la profesionalización de la contratación pública, así como del Marco Europeo de Competencias para los profesionales de la contratación pública (PocurComEU), un instrumento diseñado por la Comisión Europea para contribuir a la profesionalización de la contratación pública.<sup>9</sup>

Como señala este último documento, esta profesionalización es esencial para garantizar que los compradores públicos dispongan de las capacidades, los conocimientos y la integridad necesarios para llevar a cabo su trabajo y sus tareas de conformidad con la ley —y de una manera eficiente, eficaz y estratégica— con vistas a lograr rentabilidad para los ciudadanos.

El ProcurCompEU tiene por objeto valorizar la profesión de la contratación como una función estratégica y prepararla para los retos futuros, desarrollando

<sup>9</sup> Puede consultarse en el siguiente enlace [https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu\\_ecf\\_for\\_pp\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/procurcompeu_ecf_for_pp_es.pdf).

un marco de competencias como herramienta de recursos humanos que define el conjunto de conocimientos y capacidades que los profesionales deben poseer para realizar su trabajo y sus tareas de una manera eficaz y eficiente. Este marco de competencias en la contratación pública puede ayudar a los profesionales a autoevaluar sus capacidades y puntos fuertes, detectar las deficiencias y las necesidades de formación, diseñar y planificar un itinerario de desarrollo personal y profesional, y mejorar el rendimiento.

Hay que tener en cuenta que, en concordancia con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador (documento de la Comisión [Comunicación —COM—, 2010 y 2020 —final—]), las directivas sobre contratos públicos de 2014 impulsan un uso estratégico de la contratación pública y proponen que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la UE,<sup>10</sup> en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación (Valcárcel, 2016: 349 y ss.; Valcárcel, 2011: 16 a 24), el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles (Alonso, 2015: 5 y ss.; Pernas, 2012: 299-323).

También exige una profesionalización de la contratación pública la obligatoriedad para los poderes adjudicadores de utilización de medios electrónicos en todas las comunicaciones y los intercambios de información en los procedimientos de contratación que impone la Directiva 2014/24/UE (Martínez, 2015).<sup>11</sup>

Además de lo anterior, esta profesionalización resulta decisiva para promover la integridad y luchar contra una de las grandes preocupaciones actuales del derecho de la Unión Europea y español en materia de contratación pública, como lo es la lucha contra la corrupción (Gimeno, 2016: 247 y ss.; García, 2015: 1; Cerrillo, 2014), que genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120000 millones de euros al año —1% del PIB europeo—, como destacan la *Comunicación*

<sup>10</sup> Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios, como mención el *Informe Especial del Tribunal de Cuentas Europeo 17/2016*, *op. cit.*

<sup>11</sup> Acerca de las exigencias y decisivos cambios en la tramitación de los procedimientos de contratación que supone la plena utilización de medios electrónicos, puede verse el *Libro Verde de la Comisión sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea* (SEC, 2010, 1214) y la Comunicación “Estrategia en pos de la contratación pública electrónica” de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones (COM, 2012: 179).

de la Comisión. *Lucha contra la corrupción en la UE (COM 308 [FINAL], 2011: 3)* y el *Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014*.<sup>12</sup>

#### IV. IMPORTANCIA DEL RESPETO A LOS PRINCIPIOS GENERALES

Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales se presentan como un necesario elemento unificador en la materia. Los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del derecho de los contratos. Están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el derecho público sobre contratos de las Administraciones públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

La norma más importante y alrededor de la cual gira todo el sistema jurídico de la contratación administrativa en el derecho español es la *Ley de Contratos del Sector Público de 2017*, que en su artículo 1 declara que la ley tiene por objeto regular la contratación del sector público:

... a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.

Desde el pórtico del citado texto (refundido español), y a lo largo de toda su extensión, el respeto a los principios generales de la contratación pública se presenta como el objetivo y la finalidad primera de la norma, la cual persigue garantizar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. No podía ser de otra manera, pues así lo exigía el derecho de la Unión Europea de los contratos públicos, de forma destacada gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE).<sup>13</sup>

<sup>12</sup> El texto completo del informe puede encontrarse en la dirección [http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm).

<sup>13</sup> En este sentido, el Tribunal Europeo, tras comprobar cómo las directivas en la materia no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre contratación pública —y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, vigente en la Unión Europea— resalta, desde su inicio, considerar la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos *por o en nombre* de las autoridades de los Estados miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por “... el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia”.

En esta misma línea, hay que recordar la *Comunicación interpretativa de la Comisión Europea del 23 de junio de 2006*, sobre el derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o solo parcialmente cubiertos por las directivas sobre contratación pública (*Diario Oficial* C 179 del 01/08/2006); su legalidad y conformidad con el derecho europeo fue confirmada por la STJUE, del 20 de mayo de 2010 en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron —como partes coadyuvantes— Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

El Título I de la nueva directiva se intitula “Ámbito de aplicación, definiciones y principios generales” y dedica su artículo 18 a los “principios de la contratación” para establecer que “... los poderes adjudicadores tratarán a los operadores económicos en pie de igualdad y sin discriminaciones, y actuarán de manera transparente y proporcionada. La contratación no será concebida con el objetivo de excluirla del ámbito de aplicación de la presente Directiva ni de restringir artificialmente la competencia”.

Se considera por la propia directiva que la competencia está artificialmente restringida cuando la contratación se haya concebido con la intención de favorecer o perjudicar indebidamente a determinados operadores económicos.

---

siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, “a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado.” La sentencia del TJUE del 13 de octubre de 2005, asunto C458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que “pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”.

Al principio de confidencialidad dedica la Directiva 2014/24, el artículo 21, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así, en primer lugar, que, salvo disposición europea o nacional en contrario y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los licitadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

Por su parte, el apartado 2 prevé que los poderes adjudicadores podrán imponer a los operadores económicos requisitos destinados a proteger el carácter confidencial de la información que los poderes adjudicadores proporcionen durante el procedimiento de contratación.

## V. CONFLICTOS DE INTERESES E INTEGRIDAD DE LOS PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA

Una de las grandes preocupaciones actuales del derecho de la contratación pública es la lucha contra la corrupción (Gimeno, 2016:247 y ss.). Por ejemplo, la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120.000 millones de euros al año —1% del PIB europeo—, como destacan la *Comunicación de la Comisión. Lucha contra la corrupción en la UE* y el *Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014*.

La importancia económica, política y social de la contratación pública (Alonso, 2015:5 y ss.), los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

La Directiva 2014/24/UE, sobre contratación pública, plantea diversas medidas para garantizar la integridad de los procedimientos de contratación pública y regula así los conflictos de intereses, las conductas ilícitas, los impedimentos a la adjudicación, las ofertas anormalmente bajas, las consultas preliminares del mercado y las modificaciones de los contratos durante su vigencia.

La nueva norma europea prevé medidas para prevenir los conflictos de intereses reales, posibles o percibidos, que, aunque no conduzcan necesariamente a comportamientos corruptos, tienen un elevado potencial para influir indebidamente en las decisiones de contratación pública, con el efecto de falsear la competencia y poner en peligro la igualdad de trato de los licitadores. En el artículo 24 se entiende por *interés particular* en un contrato público un interés financiero, económico o personal que pudiera parecer que compromete su imparcialidad e independencia en el contexto del procedimiento de contratación.

También se establecen medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia (González, 2015: 31 y ss.).

La Directiva 2014/24 recoge también los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. El apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 prevé que los licitadores pongan en práctica medidas de *self-cleaning* al establecer que:

todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación.

En la sentencia del TJUE (Sala quinta) del 12 de marzo de 2015, en el asunto C-538/13 (EU: C: 2015: 166), se resuelve una cuestión prejudicial en la que se analizan las reglas aplicables y las posibles consecuencias conforme al Derecho europeo de la contratación pública de que un licitador tengan conocimiento de un eventual vínculo significativo entre otro licitador y los expertos del poder adjudicador que han evaluado las ofertas y/o tenga conocimiento de la eventual situación excepcional de dicho licitador a raíz de su participación en los trabajos preparatorios realizados previamente al procedimiento de licitación controvertido, sin que el poder adjudicador haya adoptado ninguna medida en relación con estas circunstancias.

Para el TJUE, un conflicto de intereses implica el riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato en cuestión y se dé preferencia a un licitador por ese mero hecho, por lo que puede infringir el artículo 2 de la Directiva 2004/18, que establece los principios generales de la contratación pública.

A este respecto, entiende el Tribunal que el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del derecho de la Unión.<sup>14</sup> Para declarar la parcialidad de un experto es necesario consi-

---

<sup>14</sup> Véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, (EU:C:2012:191, apartado 23).

derar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales. Ni la Directiva 89/665, ni la Directiva 2004/18, contienen disposiciones específicas a este respecto. Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad).<sup>15</sup>

En particular, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665.<sup>16</sup>

Para el TJUE, los principios de equivalencia y efectividad no se oponen, por regla general, a que en los Estados miembros pueda declararse la parcialidad de un experto sobre la única base de una situación objetiva con el fin de prevenir cualquier riesgo de que el poder adjudicador público se deje guiar por consideraciones ajenas al contrato de que se trata, que puedan, por ese mero hecho, dar preferencia a un licitador concreto.

De conformidad con el artículo 2 de la Directiva 2004/18, el poder adjudicador está obligado, en cualquier caso, a comprobar la existencia de eventuales conflictos de intereses y a adoptar las medidas adecuadas para prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses. Y entiende el Tribunal que resulta incompatible con ese papel activo hacer recaer sobre la demandante la carga de probar, en el marco del procedimiento de recurso, la parcialidad concreta de los expertos nombrados por el poder adjudicador. Una solución en ese sentido resulta también contraria al principio de efectividad y a la exigencia de un recurso eficaz que figura en el artículo 1 —apartado 1, párrafo tercero— de la Directiva 89/665, dado que un licitador no está, por regla general, en condiciones de tener acceso a información y a elementos de prueba que le permitan demostrar una parcialidad de ese tipo.

<sup>15</sup> Véase la sentencia Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, (EU:C:2010:247, apartado 74) y la jurisprudencia que cita.

<sup>16</sup> Véase la sentencia Uniplex (UK), C-406/08, (EU:C:2010:45, apartado 27).

De este modo, si el licitador excluido presenta elementos objetivos que ponen en entredicho la imparcialidad de un experto del poder adjudicador, incumbe al propio poder adjudicador examinar todas las circunstancias pertinentes que han conducido a la adopción de la decisión relativa a la adjudicación del contrato con el fin de prevenir, detectar y poner remedio a los conflictos de intereses, incluso recurriendo a las partes para que presenten, en caso necesario, información y elementos de prueba. Elementos como los alegados en el litigio principal en relación con los vínculos entre los expertos nombrados por el poder adjudicador y los especialistas de las empresas adjudicatarias del contrato —en particular la circunstancia de que esas personas trabajen juntas en la misma universidad, pertenezcan al mismo grupo de investigaciones o tengan vínculos de subordinación en el seno de esa universidad— si se acredita debidamente, constituyen para el Tribunal “...elementos objetivos que deben dar lugar a un examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales”.

En definitiva, el TJUE recuerda en su sentencia su consolidada jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público; obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas; e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores.<sup>17</sup> La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas.<sup>18</sup>

## VI. FUENTES CONSULTADAS

- AA.VV. (2006), "Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement", *Public Procurement Law Review*, Issue 6.
- Alli, J. (2004), *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid.
- Alonso García, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015 pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, núm 26.

<sup>17</sup> Véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, (EU:C:2004:236, apartado 110), y Cartiera dell'Adda, C-42/13, (EU:C:2014:2345, apartado 44).

<sup>18</sup> Véase la sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada, apartado 111.

- \_\_\_\_\_ (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, núm. 26.
- Anderson, R. (2007), “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4.
- Arrowsmith, S. (2003), *Government Procurement in the WTO*, La Haya (Holanda), Kluwer Law International, Studies in Transnational Economic Law, volumen 16.
- Ballbé, M. (2007), “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, *RAP*, nº 174.
- Barnés, J. (Coord) (2006), *Las transformaciones del procedimiento administrativo*, Sevilla, Global Law.
- Chinchilla Marín, C. (2011), “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova.
- García Jiménez, A. (2015), “Gestión profesional de las licitaciones públicas: propuestas para la nueva ley de contratos del sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10.
- Cerrillo I Martínez, A. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública*, Cizur Menor, Aranzadi.
- Gimeno Feliú, J. M. (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Madrid, Civitas,
- \_\_\_\_\_ (2014a), “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, *OBCEP*. (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relcategoria.201/relmenu.3/chk.7e86b5e21ba5b-19849b3088aecee5e60>).
- \_\_\_\_\_ (2014b), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Cizur Menor, Aranzadi.
- \_\_\_\_\_ (2015a), “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en Gimeno Feliú, J. M.; Gallego Córcoles, I.; Hernández González, F. y Moreno Molina, J. A., *Las nuevas directivas de contratación pública*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi.

- \_\_\_\_\_ (2015b), “La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad”, en Gimeno Feliú, J. M.; Gallego Córcoles, I.; Hernández González, F. y Moreno Molina, J. A., *Las nuevas directivas de contratación pública*, Navarra, Thompson Reuters Aranzadi.
- \_\_\_\_\_ (2016), “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, en Gimeno Feliú, J. M.; Villoria Mendieta, M; y Tejedor Bielsa, J. (Dir), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Barcelona, Atelier.
- González Sanfiel, A. M. (2015), “La integridad en la contratación pública: ¿Un principio con sustantividad propia?”, Hernández González, F. I. (dir), *El impacto de la crisis económica en la contratación pública*, Navarra, Aranzadi, Cizur Menor.
- Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, p. 10.
- Kingsbury, B., 2005, “The Administrative Law Frontier In Global Governance”, *ASIL proceedings*, Cambridge, Cambridge University Press.
- Malaret, E. (2016), “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, núm. 15.
- Martínez Gutiérrez, R. (2015), *La Contratación Pública Electrónica: análisis y propuesta de transposición de las directivas comunitarias de 2014*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- Medina Arnaiz, T. (2009), “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderes from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*, Florida, Khi V. Thai
- Mir Puigpelat, O. (2004), *Globalización, Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Madrid, Civitas.
- Moreno Molina, J.A. (1996), *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Madrid, Mc-Graw Hill.
- \_\_\_\_\_ (2010), *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos*, Madrid, Wolters Kluwer La Ley.
- \_\_\_\_\_ (2015), *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea. Directivas 4.0*, Oxford, Chartridge Books Oxford.

Nieto Garrido, E. y Martín Delgado, I. (2007), *European Administrative Law in the Constitutional Treaty*, Oxford, Hart Publishing.

\_\_\_\_\_ (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid, Marcial Pons.

Oller Rubert, M. (2015), “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación Administrativa Práctica*, núm. 135, número especial dedicado a “Transparencia vs. Corrupción”.

Pernás García, J. (2012), “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Madrid, Civitas, Cizur Menor.

\_\_\_\_\_ (2011), *Contratación Pública Verde*, Madrid, La Ley.

Ponce, J. (Coord) 2010, *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial*, Madrid, Marcial Pons-INAP, Madrid.

Ponce Solé, J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena Administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 175.

Ramos Pérez Olivares, A. (2012), *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, Madrid, La Ley.

\_\_\_\_\_ (2012), «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RD Leg. 3/2011», *Contratación administrativa práctica*, núm. 119.

Rastrollo Suárez y García Jiménez (2015), “Buena administración aplicada a los contratos públicos: directiva de recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor.

Razquín Lizarraga, M. M. (1996), *Contratos públicos y derecho comunitario*, Pamplona, Aranzadi.

\_\_\_\_\_ (2010), “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, núm. 6.

\_\_\_\_\_ (2015), “Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España”, *RAP*, núm. 196.

Rodríguez-Arana, J. (2010), “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 76.

- \_\_\_\_\_ Jinesta Lobo, E., Navarro Medal, K. y Moreno Molina, J. A. (2011a), *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, San José, Konrad Adenauer Stiftung.
- \_\_\_\_\_ (2011b), “Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Revista Jurídica de Canarias*, núm. 22.
- \_\_\_\_\_ (2012), “El derecho a la buena Administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, núm. 16.
- Sánchez Morón, M. (2011), “La jurisprudencia del tjue sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Valladolid, Lex Nova.
- Sanmartín Mora, M. A. (2012), “La profesionalización de la contratación pública”, Gimeno Feliú, J. M. (dir), *Observatorio de Contratos Públicos 2011*, Madrid, Civitas.
- Schwarze, J. (1988), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden.
- Stewart, R. B. (2005), “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *68 Law and Contemporary Problems*, issues 15.
- Valcárcel Fernández, P. (2011), “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 1.
- \_\_\_\_\_ (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor.





# DEMOCRACIA Y DATOS PERSONALES

## DEMOCRACY AND PERSONAL DATA

MIGUEL PEZZUTTI

[Profesor adjunto de Derecho Administrativo y secretario del Instituto de Derecho Administrativo, Universidad de la República (UDELAR). Docente en la Maestría en Derecho Administrativo Económico y en la Maestría en Tributación de la Universidad de Montevideo (UM)].

### Resumen

El presente artículo analiza tres temas, que corresponden a tres derechos fundamentales de gran relevancia para garantizar el respeto a la dignidad humana: democracia, libertad y protección de datos personales.

Se estudian los elementos de la democracia siguiendo la línea de pensamiento de Luigi Ferrajoli. La libertad se examina a partir de las garantías y los derechos individuales. Con base en las normas europeas y uruguayas, se analiza la relación entre protección de datos personales y democracia. Finalmente, se realiza una reflexión partiendo de tres premisas: lo viejo, lo nuevo y los desafíos.

### Abstract

*This article analyses three topics, which correspond to three fundamental rights, of great relevance for guaranteeing respect for human dignity: democracy, freedom and protection of personal data. The elements of democracy are studied following the line of thought of Luigi Ferrajoli. Freedom is examined on the basis of individual rights and guarantees. Based on European and Uruguayan standards, the relationship between personal data protection and democracy is analyzed. Finally, a reflection is made based on three premises: the old, the new and the challenges*

**PALABRAS CLAVE:** *democracia, dignidad humana, libertades, protección de datos personales.*

**KEYWORDS:** *Democracy, Human Dignity, Freedoms, Protection of Personal Data.*

**SUMARIO:** I. Ubicación del tema. Aproximación a la idea de democracia. II. Democracia y libertad. La cuestión de los derechos individuales y las garantías. III. Protección de datos como derecho y como garantía. IV. Democracia, gobierno y mentira. V. Fuentes consultadas.

## I. UBICACIÓN DEL TEMA. APROXIMACIÓN A LA IDEA DE DEMOCRACIA

La vinculación del régimen de protección de datos con los fundamentos del Estado democrático de derecho reclama un análisis en clave moderna de un viejo problema: ¿cómo defender la libertad frente sus turbaciones?, problema en el que se encuentran involucrados por igual los intereses individuales y generales.

Para abordar el tema planteado, es necesario desentrañar el concepto jurídico de democracia. Como afirma Ferrajoli, hay distintos acercamientos al concepto; y, junto con la aproximación jurídica, existen otras, económicas, sociales, psico-antropológicas, etcétera. El eminente pensador italiano entiende que “de todas las posibles aproximaciones la jurídica es, si no la más importante, la previa a todas las otras. Como lo confirma el fracaso de los socialismos reales, debido principalmente, creo, al total desprecio por el derecho y por los derechos que desde su inicio los caracterizó” (Ferrajoli, 2009: 167).

Desde un abordaje meramente formal o procedimental, podría sostenerse que es el sistema en el cual las decisiones residen en el pueblo, el que se manifiesta por sí mismo o mediante la actuación de representantes, designados luego de procedimientos definidos y, por ende, legitimados formalmente para expresar la voluntad popular. Por tal motivo, la visión formal requiere de algunos presupuestos básicos de forma o procedimiento, así como el apego proporcionado o racionalmente adecuado a la regla de las mayorías. Esta aproximación a la idea de la democracia ha demostrado su magnífica suficiencia lógica, pero su falta de operatividad sustantiva.

Al decir de Ferrajoli (2003: 227), la expresión formal es una *conditio sine qua non* de la democracia, necesaria pero no suficiente. Aparecen con ello ciertos límites o perfilamientos sustanciales al concepto de democracia formal y, por ende, una alteración de las reglas que la gobiernan .

El primer límite sustantivo consiste en la identificación de una zona de resistencia al principio de las mayorías. Ese ámbito está constituido por aquello indecible, y en él no hay interés general —por ende, legitimidad— en consagrar la reducción de esferas jurídicas individuales por la manifestación colectiva. Existe, así, un ámbito de derechos o garantías no limitables, aun mediando decisión de las mayorías. Esto se expresa en la existencia de ciertos derechos fundamentales que no pueden ser restringidos, ni siquiera mediando decisión de las mayorías, porque implicaría privar a las minorías de estas prerrogativas básicas y connaturales a la existencia humana. Lo mismo sucede con la restricción de las garantías democráticas esenciales, puesto que su ausencia consagra una verdadera autocracia formalmente legitimada, una negación de la democracia fincada en presupuestos básicos de la democracia misma, que se subvierte y construye sobre cimientos aparentemente legítimos pero viciados.

En este punto cabe prevenirse del uso abusivo que se ha hecho de la idea de democracia sustancial como contraria o, peor aún, superadora de la democracia formal, con lo cual se llega a negarla en sus postulados esenciales.

Se asiste a un discurso basado en la idea de que la democracia no es votar periódicamente, lo cual conduce luego a la falacia de que existen democracias sin elecciones libres y abiertas, ni las manifestaciones formales de la voluntad popular, porque esos sistemas garantizan algunas prestaciones a los habitantes.

En realidad, no hay democracia sustancial sin democracia formal, porque también en esto las sustancias se satisfacen en las formas.

Una visión sustantiva de la democracia implica considerar la participación formal como garante de un estándar de respeto por todas y cada una de las voluntades que integran una comunidad democrática. Esta concepción asume una postura de respeto al otro como ser libre y con dignidad y le confiere relevancia a sus decisiones.

Como afirmaba Cagnoni (1989: 25), la fraternidad —base del fenómeno democrático— implica reconocer a los demás como otro libre, y que subsiste en sí mismo y como un verdadero “yo mismo”, persona también igual en dignidad. Ello implica reconocerle como persona y, por ende, *a priori*, le confiere dignidad de tal. Así se completa la idea democrática en la dignidad, que se alcanza, con su raíz moral, en la fraternidad, libertad e igualdad.

En ese concepto, lo central en la idea democrática sigue siendo la persona. Por ello, la democracia implica un doble ámbito de respeto: el de las mayorías, como regla decisoria de principio, y una garantía de las minorías en la zona de lo indecible. En esta última estarán los ámbitos nucleares de los derechos fundamentales, y entre ellos los políticos o civiles vinculados a la pertenencia de los órganos manifestantes de la voluntad popular (en nuestro ordenamiento el derecho a participar en el “cuerpo electoral”, órgano innominado que manifiesta, entre otras, la función constituyente).

Por lo dicho, la idea de democracia no se agota en la posibilidad de decidir, sino en la de ser partícipe de la decisión de manera libre y, al mismo tiempo, de ser objeto de protección —efectiva— en zonas donde la decisión mayoritaria no habrá de ingresar, so pena de afectar un ámbito irreductible de integridad humana.

En este punto me permito identificar una zona primaria de lo no decidible, constituida por las reglas de la naturaleza humana. En este punto, no exento de desafíos conceptuales, interesa el derecho a conocer y decidir de acuerdo a la verdad. Los hechos no son objeto de definición democrática ni modificables por las reglas de la mayoría, porque los hechos son lo que son (García, 1991: 31). Para decirlo de un modo gráfico: la ley de la gravedad no se somete a referéndum.

Ello no impide que, por razones de convivencia, sea frecuente que se adopten determinados efectos para esas realidades, o incluso se admitan negaciones convencionales de tales realidades, para darles un tratamiento consensuado, siempre que ello no implique la privación de derechos que, por naturaleza, son inherentes a la persona humana. Pero lo que resultará democráticamente reglado por las mayorías será lo que se interprete respecto de ciertos hechos de la naturaleza o sus consecuencias jurídicas, nunca de los hechos mismos o su negación, cuando se involucran derechos inherentes a la persona humana.

Esas cuestiones se manifiestan con particular intensidad en algunas de las preguntas más frecuentes del derecho, como ¿desde cuándo se es persona?, o ¿cuándo comienza la vida?. Se pueden generar ficciones jurídicas para determinar los efectos jurídicos de lo que se denomina personalidad civil, pero lo que definitivamente no se podrá es negarle la existencia a ciertos hechos si estos ocurren y se asocian a la inherencia humana. A partir de ello, si de esos hechos surgen consecuencias jurídicas derivadas de tal inherencia, no podrá desatendérselas sin incurrir en una vulneración de situaciones jurídicas protegidas a priori. Tal es, a mi juicio, la clara solución que revela el art. 72 de la Constitución uruguaya cuando reconoce la existencia de derechos de jerarquía constitucional, aun cuando no sean recogidos expresamente en la Carta, por el solo hecho de ser inherentes a la personalidad humana o a la forma republicana de gobierno.

Esa naturaleza, entiendo, es la que vincula el fenómeno democrático a unos supuestos esenciales para su caracterización: la libertad y el derecho a conocer la verdad y decidir con base en aquella —que constituye su *prius lógico*— son un atributo inherente tanto a la persona como a su dignidad.

De modo similar, Ferrajoli (2003, 36) finca en la autonomía de la voluntad el punto de conexión entre democracia formal y sustancial.<sup>1</sup> Por esto puede con-

---

<sup>1</sup> Dice Ferrajoli: “Las dos dimensiones de la democracia, la formal y la sustancial, resultan así anudadas, por el paradigma constitucional, a otras tantas clases de derechos fundamentales: los que podemos llamar derechos formales de autonomía —los derechos políticos en la esfera pública de la política y los derechos civiles en la privada del mercado— que aseguran la forma democrática de las decisiones; y los que he llamado derechos sustanciales —los derechos de libertad y los derechos sociales— que aseguran la sustancia democrática de las mismas. Así resulta una concepción de la democracia constitucional como modelo normativo articulado en varias dimensiones, correspondientes a otras tantas clases de derechos fundamentales: la democracia política, asegurada por las garantías de los derechos políticos; la democracia civil, asegurada por las garantías de los derechos civiles; la democracia liberal (o liberal-democracia) asegurada por las garantías de los derechos de libertad; la democracia social (o social-democracia), asegurada por las garantías de los derechos sociales. En este sentido el garantismo, tomado en sus cuatro dimensiones —política, civil, liberal y social, según la clase de derechos garantizados— puede muy bien ser considerado como la otra cara del constitucionalismo y como el presupuesto jurídico de la efectividad de la democracia” (Ferrajoli, 2009).

cluirse que, sin voluntad racional, libre e informada, no hay democracia; y que tampoco la habrá si esa voluntad resulta constreñida, falseada, viciada, pues, sin libertad, no hay voluntad relevante para calificar un estatus democrático.

En resumen, el principio democrático reside en diversos postulados: libertad, decisión de la mayoría e integridad e inherencia de los derechos fundamentales. Jurídicamente, además, ese principio no se agota en un fenómeno fáctico ni en un mandato ético, sino que cumple una función lógica: la garantía de eficacia de los derechos individuales.

## **II. DEMOCRACIA Y LIBERTAD. LA CUESTIÓN DE LOS DERECHOS INDIVIDUALES Y LAS GARANTÍAS**

Justino Jiménez de Arechaga (1991, :380) manejaba la inescindible relación entre los derechos individuales y las garantías. Afirmaba que aquellos se veían protegidos por estas y que la Constitución uruguaya lo hacía de dos modos.

Por un lado, existe una protección genérica —afirmaba—, y ella alcanza a todos los derechos. Estas garantías serían nueve, y pueden resumirse en los siguientes postulados: i) sistema democrático de gobierno; ii) gobierno representativo amplio; iii) división del poder; iv) subordinación del poder a la constitución; v) jerarquía normativa y primado de la constitución; vi) sistema de control de constitucionalidad de las leyes y de la legalidad de los actos administrativos; vii) sistema de responsabilidad por el ejercicio del poder; viii) reserva constitucional de los derechos fundamentales y su restricción; y ix) subordinación de la vigencia del sistema jurídico al consentimiento, formal, de la comunidad políticamente organizada.

Por otro lado, y junto con las primeras, existen garantías específicas para cada derecho. Ellas son eventuales, adicionales o particularizadas.

Desde su visión, el régimen democrático y representativo constituye una garantía de derechos individuales. El autor referido decía que el establecimiento de un sistema democrático republicano “impide que la voluntad de un solo hombre pueda dictar la ley para el grupo, lo que facilitaría la arbitrariedad”. La estructura de un gobierno representativo amplio, por su parte, permite “a todos los grupos de opinión exponer con eficacia su criterio acerca de los problemas de interés común. Con ello se evita el resentimiento de las tendencias minoritarias, fuente de malestar político” (Jiménez de Arechaga, 1991: s/p).

La Constitución uruguaya también consagra, como garantía propia del régimen democrático, la libertad de conciencia moral del trabajador, de suerte que la dependencia laboral —al igual que cualquier otra— no pueda afectar el ámbito de lo íntimo, donde reside el germen de la libre decisión.

En este sentido, anticipo que, a mi juicio, la protección de los datos personales constituye un derecho y una garantía del individuo en el régimen democrático para el ejercicio de los derechos del ciudadano.

### III. PROTECCIÓN DE DATOS COMO DERECHO Y COMO GARANTÍA

El Reglamento de la Unión Europea para la Protección de Datos Personales ratifica, en su primer considerando, que “La protección de las personas físicas en relación con el tratamiento de datos personales es un derecho fundamental”. Lo propio hace la ley uruguaya N°18.381 en su artículo primero.

No puede sino admitirse que se trata de un derecho fincado en la inherencia humana vinculada con su vida en comunidad.

No escapan de este análisis las dificultades que entraña la caracterización de un derecho como fundamental. Quizás un criterio estricto nos conduzca a la visión como la propuesta por Alexy (1993), para quien son fundamentales aquellos que están reconocidos a la persona en cuanto tal por una regla de derecho, lo que en nuestra Constitución incluye tanto a las normas escritas como a los principios generales del derecho.

Desde una perspectiva formal, Ferrajoli habla de derechos fundamentales para referir todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a los seres humanos en cuanto dotados del estatus de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas”.

No importa en esta definición el contenido del derecho para calificarse como fundamental. Basta que el ordenamiento lo reconozca o adjudique genéricamente a la calidad o *estatus* de persona, para que pueda asociarse a la calidad invocada.

Claro está que la aproximación puramente formal no permite descartar lo que Guastini (2001) denomina *prejuicios positivistas*; pero, aun así, el mérito de esta definición reside en su completo abordaje formal de todos los ordenamientos, cualquiera sea su signo. Por ello, asumido como postulado genérico, resulta admisible en la Constitución uruguaya.

Sin embargo, en el ordenamiento uruguayo habrá de agregarse la adopción dogmática de una estimativa iusnaturalista desde que el art. 72 de la Constitución uruguaya, de manera clara e inobjetable, imbrica de tal modo el derecho a la persona, que existe un vínculo de inherencia que no depende del reconocimiento constitucional o legal, sino que acompaña al individuo en su calidad de tal. El derecho positivo no dice cuáles son, sino que se remite a su existencia, de suerte que, como enseñó Cajarville, ellos necesariamente se derivan de los principios generales del derecho.

Son inherentes en tanto no se pueden desvincular de la persona, de modo que como expresaba Barbagelata (2000: 16), pero, además, en esta corriente estos derechos son connaturales y originarios de la persona y, en rigor, no requerirían siquiera de reconocimiento estatal o, al menos, no podría negárselos por la circunstancia de no estar mencionados en el derecho positivo.

La primera consecuencia de esta calificación es que no requieren de una norma expresa que los reconozca, pues ellos “son” desde que se trata de una persona. Por tanto, no reclamarían la calidad de irreversibles, puesto que ya poseen una estabilidad apriorística.

La segunda consecuencia es que su operatividad, en cuanto regla de principio, tiene una fuerza expansiva. En caso de duda, habrá siempre de optarse por la solución legítima que protege al derecho fundamental.

Así, pues, la calidad de fundamental asocia al derecho indisolublemente con la calidad de persona, postulado que reconoce una “inherencia” respecto de la persona humana, y por ello, propio de su dignidad (Delpiazzo, 2018: 35).

La idea de dignidad, a su vez, reconoce una esfera de respeto a las decisiones y voluntades, puesto que ellas son consecuencia necesaria de lo humano, y no meras reacciones instintivas.

Nino afirmaba que:

El principio de dignidad de la persona, que prescribe que los hombres deben ser tratados según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, parece ser tan básico que resulta casi vacuo como directiva de moralidad social. Como vimos, él es incompatible con el hecho de que también se tome seriamente en cuenta, por ejemplo, a los efectos distributivos, el color de piel de la gente. Pero su importancia como directiva de moralidad social se da por defecto: en la medida en que adoptemos ese principio y no tengamos justificación para adoptar otros principios que prescriban tomar también en consideración propiedades diferentes de las personas, como la de su color de piel o su grado de inteligencia, entonces la directiva que él establece importa un ingrediente fundamental de una concepción liberal de la sociedad. Asumiendo que no puede la adopción de principios que prescriban tomar en cuenta otras propiedades de los individuos, de la adopción de este principio de dignidad de la persona surge la ilegitimidad de instituciones o medidas que discriminen entre los hombres -p.ej., a los efectos de la distribución de recursos o de la asignación de penas- sobre la base de factores que no están sujetos a la voluntad de los individuos (Nino, 1989: 288).

Así, siendo que la dignidad de la persona se vincula con el derecho a ser tratada según sus propias decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento, debe entenderse que incluye necesariamente la libertad de generar tales decisiones, adoptarlas, y asumir la consecuente responsabilidad de dicha adopción.

Siguiendo con Nino, podemos referir la autonomía de la persona en los siguientes términos:

...siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución. Éste es el principio que subyace al principio más específico y menos fundamental que veda la interferencia estatal con conductas que no perjudican a terceros; tal interferencia es objetable en tanto y en cuanto ella puede implicar abandonar la neutralidad respecto de los planes de vida y las concepciones de excelencia personal de los individuos (Nino, 1989).

Nótese que lo que se predica del Estado también es predicable, y aun con mayor intensidad lo que se predica respecto de las interferencias de terceros que no tienen la legitimidad especial que posee el Estado para interferir cuando ello se deriva de la calidad de gestor principal del interés general y mediante las formas establecidas en la Constitución.

Una vez que se aprecian estos conceptos, puede concluirse, sin dificultades, que nuestra concepción de democracia participa de los postulados liberales contruidos desde el hontanar de la dignidad humana. Estos han sido reconocidos en la carta constitucional en materia política y de gobierno porque la Constitución asume que la dignidad humana y la autonomía son fundamento suficiente de la libertad e intrínsecamente asisten a toda persona.

Esa libertad es solo limitada en cuanto a su goce por la existencia de una decisión propia autolimitante o de una regla con jerarquía —fuerza y valor, o si se quiere dotada de regularidad, validez y eficacia formal, suficiente que se fundamente, a su vez, en los reclamos del interés general (art. 7 de la Constitución)—. En otras palabras, el goce de la libertad, como derecho solo, se restringe por el propio ejercicio de la libertad de asumir una restricción (contrato, convención, etc.) o por una regla aprobada conforme el procedimiento previsto para validar la Constitución o la ley.

La libertad se desenvuelve en distintos ámbitos del quehacer humano (interior o exterior, social, jurídico o político) y se manifiesta como una verdadera garantía para el goce de los derechos. Por ello se erige en un derecho y garantía de otros derechos si entendemos la garantía como una herramienta que posibilita la efectividad de una situación jurídica subjetiva, tal y como sostuvo Ferrajoli,<sup>2</sup> con

<sup>2</sup> Empleamos esta idea tal y como la manifiesta en *Derechos y garantías* (2017), donde califica las garantías como las formas en que se reduce la “distancia estructural” entre un derecho y su satisfacción, y no necesariamente como lo hace en *Derecho y razón. Teoría del garantismo* (1989), en el que las visualiza como herramientas de contención del poder.

la gráfica imagen de acortar la distancia estructural entre la previsión normativa y su concreción o efectividad.

La Constitución uruguaya eleva la libertad a la categoría de presupuesto del estatus del ciudadano y, por ende, de los derechos que se derivan de la calidad de tal.

El art. 8o de la Carta establece que la suspensión de la ciudadanía procede en siete supuestos. En general, todas las hipótesis de suspensión son consecuencia de la realización o comisión de actos voluntarios, determinados libremente por el sujeto; de modo que la suspensión es una respuesta a la acción decidida por el sancionado. Todas, excepto dos. Estas dos excepciones obedecen a circunstancias naturales, desvinculadas de acciones voluntarias del sujeto; derivan de cualidades intrínsecas del sujeto, y no son consecuencias de sus actos.

Uno de estos dos casos tiene que ver con la edad del sujeto, es decir, no haber cumplido 18 años, lo que no es otra cosa que una inferencia respecto del nivel de madurez o idoneidad en el empleo de la razón para decidir autónomamente. El otro se refiere a la afectación de la razón como supuesto del obrar libre, esta vez no como inferencia de lo general, sino, en concreto, el acaecimiento de circunstancias de hecho. Así lo reconoce el art. 8o al disponer que “La ciudadanía se suspende: 1º) Por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente”.<sup>3</sup> Esta es una medida formal tuitiva de la validez de la voluntad orgánica que se configura en el “cuerpo electoral”.

Libertad, reflexión y razón son, dicho de modo de muy sumario, presupuestos del ejercicio de derechos propios de la ciudadanía y, al mismo tiempo, de la validez y eficacia de los actos del cuerpo electoral si consideramos que estos son la consecuencia de aquellos.

Por otra parte, la ley consagra garantías en el mantenimiento de la libertad de decisión y establece la represión de conductas que tiendan a menoscabar ese

---

<sup>3</sup> Las causales por las que se suspende la ciudadanía en la Constitución uruguaya son las siguientes: 1º) por ineptitud física o mental que impida obrar libre y reflexivamente; 2º) por la condición de legalmente procesado en causa criminal de que pueda resultar pena de penitenciaría; 3º) por no haber cumplido dieciocho años de edad; 4º) por sentencia que imponga pena de destierro, prisión, penitenciaría o inhabilitación para el ejercicio de derechos políticos durante el tiempo de la condena; 5º) por el ejercicio habitual de actividades moralmente deshonrosas, que determinará la ley sancionada de acuerdo con el numeral 7º del artículo 77; 6º) por formar parte de organizaciones sociales o políticas que, por medio de la violencia, o de propaganda que incitase a la violencia, tiendan a destruir las bases fundamentales de la nacionalidad; 7º) por la falta superviniente de buena conducta, exigida en el artículo 75.

Se consideran tales, para los efectos de esta disposición, las contenidas en las secciones I y II de la presente Constitución. Estas dos últimas causales solo regirán respecto de los ciudadanos legales. El ejercicio del derecho que otorga el artículo 78 se suspende por las causales enumeradas precedentemente.

ámbito; de modo que, si se pierde la libertad de reflexión por circunstancias externas, deberán operar las garantías consagradas para restituirla.

Aun cuando no pueda ser eje del presente análisis, anticipo un problema relevante para clarificar el concepto de libertad de opción, ya que la opción presupone la apreciación de medios para adoptarla o correr con las consecuencias, que no siempre son iguales en todos los individuos. Nino (1989: 222) reflexiona sobre el punto del siguiente modo:

Esto plantea la cuestión de si el valor de la autonomía implica preeminentemente el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida o preferencias o el valor de la capacidad de satisfacer planes de vida o preferencias formadas. Se podría decir que ambas capacidades son valiosas y que, en el caso de un mismo individuo, no son incompatibles, ya que los recursos que expanden una capacidad expanden, en general, también la otra. Pero en el caso de distintos individuos tales capacidades sí pueden ser incompatibles, puesto que los recursos que necesita un individuo para satisfacer una preferencia cara pueden reducir el "menú" de preferencias posibles de otros individuos, aun cuando sus preferencias presentes no requieran esos recursos. Frente a este dilema, la mayoría de los autores liberales como Rawls, Dworkin y Ackerman, se pronuncian por jerarquizar el valor de la capacidad de optar por diversos planes de vida o preferencias sobre el valor de la capacidad de satisfacer las preferencias adoptadas. Ellos sostienen que en una concepción liberal los individuos deben ser responsables por la elección de planes de vida y la adopción de preferencias, y no ver esa elección o adopción como un hecho del que son víctimas y que el Estado y los demás individuos deben compensar con recursos adicionales, como si se tratara de una disminución física o intelectual que sí es necesario suplir de esa forma (Rawls, 1982: 165; Dworkin, 1981: 19; Ackerman, 1981).

En este marco, la libertad de decidir, como fundamento del esquema de democracia formal y sustancial, se manifiesta en unos presupuestos básicos:

- a. La ausencia de constricción o interferencia externa;
- b. La presencia de una información que se presume, o aspira a ser completa, respecto de circunstancias y condicionantes;
- c. Unos fines personales y colectivos individualmente apreciados por quien decide, sin perjuicio de que exista un componente de valor social en tal apreciación;
- d. La utilización de la razón o un juicio personal de idoneidad como vinculante necesario en la decisión, como medio frente a la información obrante y los fines perseguidos.

Este planteo teórico se manifiesta en la esfera de lo deseable, sin embargo, difícilmente opera fácticamente en estado puro.

El advenimiento de las nuevas tecnologías, particularmente la capacidad de operar y procesar ingentes cantidades de datos de los individuos, permite perfilar acciones concretizadas —*tailor made*— para condicionar su voluntad.

#### IV. DEMOCRACIA, GOBIERNO Y MENTIRA

##### A) LO VIEJO

Maquiavelo (1981: 152) recomendaba al gobernante actuar como zorra y también como león; lo primero para conocer las trampas y lo segundo para destrozar a los lobos. Los leones —decía— no entienden sus propios intereses. El príncipe prudente “no puede ni debe mantener fidelidad en las promesas, cuando tal fidelidad redundaría en perjuicio propio”. “Si los hombres fueran todos buenos, este precepto no sería bueno, pero como son malos y no observarían su fe con respecto a ti, tú tampoco tienes que observarla con respecto a ellos”. “Los hombres son tan simples y se someten hasta tal punto a las necesidades presentes, que quien engaña, encontrará siempre quien se deje engañar”.

Más adelante, Kant<sup>4</sup> sostendrá luego una postura radicalmente opuesta. La mentira es, simplemente, una declaración intencionadamente falsa dirigida a otro hombre, sin que se requiera la intención de dañar o perjudicar, ya que siempre es perjudicial. Por ello siempre afecta a otro hombre o a la humanidad en general, pues hace inutilizable la fuente de su derecho. Esto ocurre incluso con la mentira “bondadosa”. Concluye que existe siempre el deber de decir la verdad o hacerse responsable de la mentira.

En ambas aporías hay un ámbito complejo de desentrañar: se ha sostenido que existen mentiras necesarias por razones que se pretenden fincar en fines elevados. Sería la idea platónica de la “noble mentira” aquella que se necesita no ya para el bien egoísta del gobernante, como justifica Maquiavelo, y que no respondería la aparentemente inocente proposición altruista de Kant.

---

<sup>4</sup> La postura de Kant reflejada en *Sobre un presunto derecho de mentir por filantropía* es respuesta a una polémica con Constant aparentemente alentada por este, quien antes había sostenido, sin nombrarlo directamente sino como “un pensador alemán”, lo siguiente: “El principio moral según el cual es un deber decir la verdad, si se tomase de manera aislada e incondicionada, haría imposible toda sociedad. La prueba de ello la tenemos en las muy inmediatas consecuencias que ha extraído de este principio un filósofo alemán, quien llega a afirmar que sería un crimen la mentira dicha a un asesino que nos preguntase si un amigo nuestro, perseguido por él, se había refugiado en nuestra casa”. La historia de este contrapunto figura en un interesante trabajo de Dulce María Granja Castro y Eduardo Charpenel Elorduy, llamado “Kant y escandaloso tópico de la prohibición de mentir: una lectura alternativa desde la filosofía del derecho”, disponible en <https://doi.org/10.5944/endoxa.29.2012.5309>.

La mentira es, en política, mucho más que una declaración que busca el engaño. Se presenta antes como un vicio en la formación de la voluntad democrática. Ella opera por acción, pero también por omisión, mediante el silencio de quien, debiendo hablar, no lo hace o proporciona una información parcial, incompleta. Algunas veces, incluso, emerge en una forma más peligrosa: mediante la conformación de un estado de convicción que parece ser el resultado de una reflexión del propio engañado, pero a la cual se habrá llegado por el estímulo de disparadores inconscientes, provocados deliberadamente por terceros que buscan la reacción preconcebida.

Ese fenómeno convive desde siempre con la política. La manipulación que se deriva del estímulo de un miedo irracional o infundado es una de las herramientas más frecuentemente empleada como orientadora de la voluntad ciudadana.<sup>5</sup>

La existencia de un enemigo imaginario que gana poder o ataca primero<sup>6</sup> constituye un relato que se cuenta por cientos en la historia del hombre, y bien puede justificar una invasión reclamada por la integridad nacional o la defensa de la identidad.

Fácil es, por ende, un frecuente recurso de la manipulación por temor, incluso aquel que no se conoce conscientemente por el temeroso.

## B) LO NUEVO

¿Qué es lo que ha cambiado para generar una alarma renovada o una intensificación en la preocupación antes reseñada? Creo que no hay nada nuevo en la tentación de apelar a nuestros miedos u otros factores inconscientes. Lo que irrumpe ahora es la capacidad de detectar y procesar nuestros flancos débiles —estimulando nuestras decisiones irracionales, emocionales, subconscientes—, de una forma masiva pero personalizada, en manejo de datos, en términos de “customización” para el resultado. Todo al mismo tiempo.

Antes la incidencia —o el intento— operaba en distintos niveles que podríamos llamar de plano general y plano particular. Ellos difícilmente se mezclaban. En el primero, la publicidad y la política atendían a determinados estratos, dirigían sus mensajes públicos mediante campañas amplias, debatibles en los mismos planos de generalidad por los contendores. Eran verdaderas “bombas

<sup>5</sup> No puedo sino recordar en este punto la respuesta de mi abuela, quien en 1980 se justificó ante el niño de 10 años que yo era en esa época. Votó a favor de la propuesta de reforma constitucional autoritaria propuesta por el Gobierno militar. La simple pero contundente razón era que le habían dicho que “Si gana él, no van a quitar las jubilaciones”.

<sup>6</sup> Caso del inventado ataque de un comando polaco a la estación de radio de Gliwice (agosto de 1939), en la Alta Silesia, con la propalación de un mensaje de toma de la estación por parte de los falsos invasores para justificar la respuesta de Alemania.

de napalm” con eslóganes, aun cuando ciertas veces podían tener algo más de selectividad.

Por otro lado, en lo particular, la canalización de la influencia se verificaba en el trato interpersonal, especialmente en comunidades pequeñas que permiten obtener datos de la vida particular de los otros y, con ello, la posibilidad de incidir con una argumentación apropiada para el caso concreto. El operador político intentaría convencer a su conciudadano utilizando la razón, pero también los datos que obraban en su conocimiento mediante la apelación, por ejemplo, a las injusticias del sistema jubilatorio impuesto por el gobierno, a sabiendas de que el interlocutor estaba tramitando una jubilación infructuosamente, o los costes de vida para el vecino cuya hija estaba por contraer matrimonio.

Las nuevas tecnologías y la globalización han venido a aportarnos nuevos y complejos puntos de análisis, aunque el problema de fondo seguirá siendo el mismo.

El *affaire* Cambridge Analytica y la participación de Facebook con el presumible uso político de datos personales colectados por esta (independientemente de la cuestión de su legitimidad formal) permiten reparar en cuán avanzados son los medios para identificar temores o preocupaciones, generar perfiles de personalidad y mapear estas cuestiones. Según parece, nos encontramos frente a un verdadero punto de inflexión en relación con las herramientas empleables y su trascendencia.

Varios aspectos se presentan como relevantes en esta cuestión y ofrecen un interesante plano de debate en torno a los viejos principios jurídicos que han gobernado nuestras instituciones por largo tiempo. Estos se refieren a:

- a. La forma consensuada en que muchos datos fueron colectados, lo que nos coloca frente a la duda sobre la validez de un consentimiento condicionado por factores sociales muy intensos, a los que retornaré párrafos más abajo;
- b. La forma inconsulta de coleccionar datos de terceros y su relación con la eficacia de las vías de control, en apariencia contradictoria con los principios de gobernanza;
- c. La utilización para un fin diverso del que se había anticipado la colecta;
- d. El “maquillaje” con aspectos académicos para inducir a la entrega de los datos;
- e. La vinculación con grandes redes sociales colectoras de cantidad y calidad de datos;
- f. La posibilidad tecnológica de procesar los datos y generar retroalimentaciones;

- g. La idoneidad para inducir la generación de efectos o conductas predictibles con altas tasas de acierto;
- h. La posición de los gobiernos y los gobernantes hacia este tipo de conductas, y su posibilidad de transformarse en respuestas eficaces frente a fenómenos globales.

Muchos de los caminos que emprendemos para buscar respuestas adecuadas que superen esas amenazas parecen resultar en un punto muerto o en la irremediable asunción de un determinismo fatalista. “El mundo es lo que es”; “existen fuerzas demasiado poderosas como para que las podamos variar a una escala diminuta”; “los gobiernos ya no gobiernan, sino que son las grandes corporaciones multinacionales las que fijan sustancialmente las reglas”; “si regulamos la tecnología, retrasamos el progreso”. Todos escuchamos reflexiones pesimistas o desalentadoras como estas.

En buena medida, algunos autores señalan problemas reales y las dificultades identificadas para encontrar soluciones apropiadas o justas. Rodrik (2011: 245) habla de un *trilema* que involucra objetivos generalmente deseados por los gobiernos del siglo XXI: i) la integración de los mercados, ii) el mantenimiento de la soberanía nacional y iii) la democracia. Con base en su análisis, existen opciones que solo pueden satisfacer a dos de estos objetivos o reclamos, pero ninguna alternativa que cumpla los tres al mismo tiempo. Por ende, quizás en mente de algunos tomadores de decisiones, el sacrificio pueda ubicarse en la esfera de lo democrático.

Creo útil la invocación de esa tesis, incluso sin compartirla completamente, para reforzar la idea de que las personas o los Estados se enfrentan a un escenario de constantes opciones aparentemente adversativas, lo que los pone a prueba frente a una decisión central: ¿qué es aquello a lo que estamos dispuestos a renunciar? Lo cierto es que existe un fenómeno creciente de tecnificación globalizada en el que las personas valoran dos objetivos en principio difícilmente compatibles: pertenecer o integrarse a la comunidad tecnológica mediante el acceso a redes o programas que corren sobre ellas y mantener su intimidad o la restricción del acceso a sus datos personales.

Visto desde una perspectiva jurídica liberal clásica —basada, principalmente, en la autonomía de la voluntad y de los acuerdos entre sujetos libres y capaces—, simplemente se observará personas que asumen que, para obtener una cosa, deben dar otra, por lo que nada habrá de objetarse.

Sin embargo, entiendo que el problema central reside en dos puntos frecuentemente mencionados de manera conjunta, pero que deben analizarse por separado:

Por un lado, el condicionamiento social o económico que puede afectar la libre elección de ingreso o requerimiento de una tecnología y, con ello, la propensión a revelar información personal a cambio. No hablamos de información que no debió revelarse, sino de aquella que legítimamente puede solicitarse, procesarse y disponerse mediante consentimiento, pero que es fruto de un consentimiento condicionado por circunstancias externas determinantes, de suerte que debilitan la autonomía.

Por otro, el empleo de información personal otorgada legítimamente, pero procesada y empleada a modo de *boomerang*, de suerte que puede perfilar la identidad de un sujeto más allá de lo que él mismo percibe y usarse para condicionar su conducta, es decir, restringir su propia voluntad o libertad o conducirlo a un determinismo creado fuera de su conciencia. Las dos cuestiones mencionadas se perciben muy claramente en la lógica de algunas aplicaciones o redes sociales. Estas presentan problemas que antes se vinculaban a fenómenos del mundo físico, pero que hoy se han traducido a los términos de un mundo digital.

Pensemos, incluso desde una lógica *prepandemia*, en la forma en que socializan los jóvenes. Por muchos años, las plazas, las instituciones de enseñanza, los clubs o centros de baile, los cafés o los centros comerciales eran los sitios comunes de encuentro. No estar en esos lugares implicaba para un joven, de algún modo, la imposibilidad de socializar en su total y completa dimensión. ¿Qué habría dicho un joven de la década de los años 80 si lo único que le cobraban por entrar en una conferencia telefónica con todos sus amigos era el acceso a un álbum de fotos, o en la tolerancia frente a algunos folletos que llegaban a su casa?

Hoy el ticket de acceso imprescindible a ciertas formas de pertenencia es la apertura a información personal. No podré estar en Instagram si no permito que determinada parte de mi intimidad sea conocida, especialmente por quien gestiona la plataforma y sus socios comerciales.

En cierto modo deberíamos preguntarnos si, para algunos sectores de la población, el compartir datos personales es una opción libre en toda su dimensión o, en realidad, se trata de una necesidad impuesta por las reglas de convivencia social. Cabrá preguntarse cuáles son los paradigmas de acceso a datos personales, más allá de la presunción formal de capacidad y libertad. Quizás estemos replicando por millones una ceguera generalizada que es aprovechada por lazarillos ávidos de encontrar las oportunidades que gotean de esta nueva realidad.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> No puedo sino recordar el pasaje en que el Lazarillo de Tormes se aprovecha del ciego, haciéndole pensar que se acurruca de frío en sus pies, cuando, en realidad, está tomando el vino desde el agujero que hizo en el vaso y que ha tapado con cera sin que la víctima lo aprecie. “Yo, como estaba hecho al vino, moría por él, y viendo que aquel remedio de la paja no me aprovechaba ni valía, acordé en el suelo del jarro hacerle una fuentecilla y agujero sutil, y delicadamente con una muy delgada tortilla de cera tapanlo, y al tiempo de comer, fingiendo haber frío, entrábame entre las piernas del

La reacción del Reglamento de la Unión Europea al consagrar en su art. 5 la idea de “minimización de daños” parece ser adecuada. A partir de esto se puede inferir que los pedidos de datos personales realizados por los desarrolladores de aplicaciones a los usuarios que desean acceder a ellas deben ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. Ello resulta corroborado, además, por el art. 7.4, que establece “Al evaluar si el consentimiento se ha dado libremente, se tendrá en cuenta en la mayor medida posible el hecho de si, entre otras cosas, la ejecución de un contrato, incluida la prestación de un servicio, se supedita al consentimiento al tratamiento de datos personales que no son necesarios para la ejecución de dicho contrato”.

Incluso, desde una perspectiva más compleja, cabe preguntarse si la sociedad moderna ha ingresado en una fase en la comparación de los valores en juego y, finalmente, ha terminado por rendirse a la renuncia de la intimidad en aras de la novedad tecnológica.

Esto no es otra cosa que la aplicación de lo que se conoce en el modelo económico como “curva de la indiferencia”, en virtud de la cual se explica la propensión a considerar satisfactoria la pérdida en una variable en favor de la ganancia obtenida en otra (por ejemplo, estar dispuesto a sacrificar la propia libertad ambulatoria y tolerar las detenciones para averiguar qué tanto y cuánto esto aumenta suficientemente la seguridad como para justificar el sacrificio).

Existe también una imperceptible tendencia a aceptar una pérdida de intimidad en tanto existe una satisfacción —o percepción de satisfacción— incremental de un deseo mediante el acceso a un bien o servicio. Quizás, debe reconocerse, esto solo se justifique a causa de la ignorancia de los costes ocultos. Pero subyace la pregunta de si es aceptable dejar que todo siga de este modo o es necesario algo más de control.

### C) EL DESAFÍO

Del mismo modo en que los Estados se adaptaron a la división del poder político para garantizar los derechos individuales y encaminaron la fragmentación del poder económico con las reglas de la protección de la competencia y defensa del consumidor para defender los derechos individuales en el mercado, hoy tocaría el tiempo de dividir el poder tecnológico para que no se vuelva contra las bases del

---

triste ciego a calentarme en la pobrecilla lumbre que teníamos, y al calor della luego derretida la cera, por ser muy poca, comenzaba la fuentecilla a destilarme en la boca, la cual yo de tal manera ponía que maldita la gota se perdía. Cuando el pobreto iba a beber, no hallaba nada: espantábase, maldecía, daba al diablo el jarro y el vino, no sabiendo qué podía ser. No diréis, tío, que os lo bebo yo —decía—, pues no le quitáis de la mano”.

sistema de derechos y garantías que constituye la base del sistema democrático.

La reacción punitiva es una vía, pero la globalización y las escalas económicas de los jugadores resultan factores desafiantes. La multa más grande que aplicó jamás la *Federal Trade Commission (FTC)* hasta 2020 tuvo por sujeto pasivo a Facebook y se derivó del escándalo del manejo de datos con la participación de Cambridge Analytica. El monto ascendió a 5000 millones de dólares, cifra superior al producto interno bruto (PIB) anual de, al menos, 35 países. Para comprender la efectividad de esta sanción y las dudas que despierta el mecanismo, basta un dato: las acciones de la empresa sancionada, al cierre de la jornada bursátil del mismo día en que se aplicó la sanción, experimentaron un incremento del 2% (Pozzi, 2019: s/p).

Eso no implica renegar de la relevancia del medio punitivo como manifestación del poder de policía. En Uruguay, la Resolución 105/15 de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales (URCDP) tipifica como falta muy grave el “tratar los datos personales, violentando los principios y garantías consagradas en la Ley No. 18.331, cuando con ello se impida o se atente contra el ejercicio de los derechos fundamentales”, lo cual resulta racionalmente sustentable, aunque no necesariamente suficiente.

Sin correcciones, es probable que no sean suficientes los esfuerzos por desestimular la manipulación electoral de la información basada en datos personales que condicione las decisiones de los ciudadanos.

Ese desafío, además, supera los límites de los Estados y requiere de un esfuerzo coordinado a nivel global, porque el fenómeno es global. Sin este esfuerzo conjunto, entrará en duda el supuesto fundante del sistema democrático: el obrar libre y reflexivo del ciudadano.

## VI. FUENTES CONSULTADAS

Ackerman, B. (1981), *Social justice in the liberal state*, Londres, Yale University Press.

Alexy, R. (1993), *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdez, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.

Barbagelata, A. (2000), *Derechos fundamentales*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria (FCU).

Cagnoni, J. A. (s/a), *Estado social y democrático de derecho*, Montevideo.

Delpiazzo, C. (2018), “Dignidad humana y principio ‘pro hómīne’ en los litigios sobre derechos humanos”, *Revista de Derecho Público*, núm. 54, Montevideo, FCU.

- Dworkin, R. (1981), "What is Equality? Part 1: Equality of Welfare", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 10, núms. 3 y 4, John Wiley & Sons.
- Ferrajoli, L. (2003), "Sobre la definición de 'democracia'. Una discusión con Michelangelo Bovero", *Isonomía: Revista de teoría y filosofía del derecho*, núm. 19, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- (2009), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trotta, 4ª ed.
- García de Enterría, E. (1991), *La lucha contra las inmunidades del poder*, Madrid, Civitas.
- Guastini, R. (2001), *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara-unam.
- Jiménez de Arechaga, J. (1991), *La Constitución Nacional*, t. I.
- Maquiavelo, N. (1981), *El príncipe*, Barcelona, Bruguera.
- Nino, C. S. (1989), *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2ª. ed., Buenos Aires, Astrea.
- Rawls, J. (1982), "Social Unity and Primary Goods", A. Sen y B. Williams (editors), *Utilitarianism and beyond*, New York, Cambridge University Press.
- Rodrik, D. (2011), *The Globalization Paradox. Democracy and the future of the world economy*, Londres, W. W. Norton and Company.



**EL DERECHO FUNDAMENTAL  
A LA BUENA ADMINISTRACIÓN  
Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO**  
THE FUNDAMENTAL RIGHT TO GOOD  
ADMINISTRATION AND ADMINISTRATIVE LAW

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA

[Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad da Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.]

Resumen

En el presente artículo se analiza y explica el derecho a la buena Administración Pública, desde los postulados desarrollados por el nuevo derecho administrativo con base en los principios del Estado social y democrático de derecho, partiendo de la idea de que la centralidad del ordenamiento jurídico está en la dignidad de la persona. Es la persona la que está en el centro del ordenamiento jurídico, y no las instituciones ni dogmas tradicionales.

*Abstract*

*This article analyzes and explains the right to good public administration, based on the postulates developed by the new administrative law based on the principles of the social and democratic State of law, based on the idea that the centrality of the legal system is in the dignity of the person. It is the individual who is at the centre of the legal system and not the traditional institutions and dogmas.*

**PALABRAS CLAVE:** *buena Administración, derecho administrativo, interés general, Estado social y democrático de derecho.*

**KEYWORDS:** *Good Administration, Administrative Law, General Interest, Social and Democratic Rule of Law.*

**SUMARIO:** I. Introducción. II. Un nuevo derecho administrativo. III. Servicio objetivo al interés general y derecho a la buena Administración Pública. IV. El derecho a la buena Administración en el derecho administrativo constitucional. V. El derecho fundamental a la buena Administración en la *Carta Europea de Derechos Fundamentales*. VI. El derecho a la buena Administración y los derechos de los ciudadanos en el procedimiento administrativo. VII. Fuentes consultadas.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho administrativo del Estado social y democrático es un derecho del poder público para la libertad solidaria, un ordenamiento jurídico en el que las categorías e instituciones públicas han de estar orientadas al servicio objetivo del interés general. Atrás quedaron, afortunadamente, consideraciones y exposiciones basadas en la idea de la autoridad, o el poder, como esquemas unitarios desde los que se debe plantear el sentido y la funcionalidad del derecho administrativo.

En este tiempo en que nos ha tocado vivir, toda la construcción ideológico-intelectual montada a partir del privilegio o la prerrogativa va siendo superada por una concepción más abierta y dinámica (más humana también) desde la que el derecho administrativo adquiere un compromiso especial con la mejora de las condiciones de vida de la población a partir de las distintas técnicas e instituciones que componen esta rama del derecho público.

El lugar que antaño ocupó el concepto de la potestad, el privilegio o la prerrogativa ahora lo ocupa por derecho propio la persona, el ser humano, que asume un papel central en todas las ciencias sociales, también obviamente en el derecho administrativo. En efecto, la consideración central del ciudadano en las modernas construcciones del derecho administrativo y de la Administración Pública proporciona el argumento medular para comprender en su cabal sentido este nuevo derecho fundamental a la buena Administración, reconocido en el artículo 41 de la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*.

La persona, el ciudadano, el administrado o particular —según la terminología jurídico-administrativa al uso— ha dejado de ser un sujeto inerte, inerme e indefenso frente a un poder que intenta controlarlo, que le prescribía lo que era bueno o malo para él, al que estaba sometido y que infundía —gracias a sus fenomenales privilegios y prerrogativas— una suerte de amedrentamiento y temor que terminó por ponerlo de rodillas ante la todopoderosa maquinaria de dominación en la que se constituyó tantas veces el Estado. El problema, como veremos en estas apretadas líneas, reside en intentar construir una concepción más justa y humana del poder; que, como consecuencia del derecho de los ciudadanos a gobiernos y administraciones adecuados, se erija en instrumentos idóneos al servicio objetivo del interés general, tal y como establece categóricamente, por ejemplo, el artículo 103 de la Constitución española.

## II. UN NUEVO DERECHO ADMINISTRATIVO

La perspectiva abierta y dinámica del poder —ordenado a la realización de la justicia, a dar a cada uno lo suyo, lo que se merece— ayuda sobremedida a entender que el principal atributo del gobierno y la Administración Pública sea, en efecto,

un elemento esencial en orden a que la dirección de la esfera pública atienda preferentemente a la mejora permanente e integral de las condiciones de vida del pueblo en su conjunto, entendido como la generalidad de los ciudadanos.

El derecho administrativo moderno parte de la consideración central de la persona y de una concepción abierta y complementaria del interés general. Los ciudadanos, insisto, ya no son sujetos inertes que reciben, única y exclusivamente, bienes y servicios públicos del poder. Ahora, *por mor* de su inserción en el Estado social y democrático de derecho, se convierten en actores principales de la definición y evaluación de las diferentes políticas públicas. El interés general ya no es un concepto que define unilateralmente la Administración, sino que ahora, en un Estado que se define como social y democrático de derecho, debe determinarse (tal y como ha señalado el Tribunal constitucional en una sentencia del 7 de febrero de 1984) a través de una acción articulada entre los poderes públicos y los agentes sociales.

En efecto, el interés general (que es el interés de toda la sociedad, el de todos los integrantes de la sociedad en cuanto tales) ya no es patrimonializado por el poder público, ya no puede ser objeto de definición unilateral por la Administración. Ahora, como consecuencia de la proyección de la directriz participación, el interés general ha de abrirse a la pluralidad de manera que el espacio público pueda ser administrado y gestionado teniendo presente la multiforme y variada conformación social. El problema es que todavía, al menos por estos lares, la ciudadanía vive un tanto temerosa porque aún no ha caído en la cuenta de que el titular, el propietario de la política y sus instituciones es el pueblo soberano. Y, por otra parte, los políticos funcionarios todavía no aciertan a comprender que los poderes que gestionan son del pueblo y que su función es administrar esos poderes al servicio objetivo de todos, dando cuentas permanentemente de cómo gestionan esos poderes que les son entregados por el pueblo soberano.

El derecho administrativo, tal y como ha sido concebido por un jurista malagueño *de pro* como es el profesor Francisco González Navarro, es el derecho del poder público para la libertad ciudadana. Es decir, la Administración Pública del Estado social y democrático de derecho ha de promover las condiciones que hagan posible que las libertades de los ciudadanos sean reales y efectivas superando cualquier obstáculo que impida su despliegue solidario, tal y como manda la Constitución de 1978, en su artículo 9.2, a los poderes públicos. En este contexto, el ciudadano, que ocupa un lugar estelar en la acción administrativa, tiene un elemental derecho a que la Administración, como proclama la Constitución de 1978 en su artículo 103, sirva con objetividad al interés general. En esta idea de servicio objetivo encontramos un presupuesto claro de la obligación de la Administración para administrar adecuadamente los asuntos públicos. De esta obligación se des-

prende, como corolario necesario, el derecho fundamental de la persona a que el quehacer de las Administraciones públicas se realice en el marco del servicio objetivo al interés general.

### III. SERVICIO OBJETIVO AL INTERÉS GENERAL Y DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tratar sobre buena Administración constituye una tarea que ha de estar presidida por los valores cívicos, y correspondientes cualidades democráticas, los cuales son exigibles a quien ejerce el poder en la Administración Pública a partir de la noción constitucional de servicio objetivo al interés general. Es decir, tal y como he señalado en mi libro *El buen gobierno y la buena Administración de instituciones públicas*, es menester que ese poder sea abierto, plural, moderado, equilibrado, realista, eficaz, eficiente, socialmente sensible, cooperativo, atento a la opinión pública, dinámico y compatible.

El nuevo derecho administrativo, que parte de la idea de servicio objetivo al interés como suprema tarea encargada a la Administración Pública, incorpora una nueva visión del sentido de las instituciones y categorías de nuestra disciplina. Por ejemplo, los dogmas de la ejecutividad y ejecutoriedad de la actuación administrativa han de ser replanteados desde la luz que proyecta el principio y derecho fundamental de la persona de la tutela judicial afectiva. Los poderes, denominados por el legislador privilegios y prerrogativas de la Administración en materia de contratos públicos, han de ser operados exclusivamente cuando así lo requiera el servicio objetivo al interés general. Es decir, en los casos en los que sea menester ejercer la potestad de modificar los contratos, será necesaria una previa declaración motivada y argumentada de la propia Administración, en la cual se expliquen las razones que aconseja en el caso concreto tal poder. Dicha motivación puede ser objeto de impugnación o de paralización cautelar. Ahora, la Administración no dispone de una posición de supremacía por definición que le permite operar en un mundo de exorbitancia. Los poderes han de estar previstos expresamente, pues ya no hay poderes implícitos. Esto, como regla general, no excluye que pueda haber algún supuesto, más motivado cuanto mayor sea la discrecionalidad, donde sea necesario el ejercicio, motivado y justificado, de una determinada potestad para asegurar el servicio objetivo al interés general.

En realidad, el nuevo derecho administrativo nos plantea una nueva funcionalidad de la institución en la motivación, que ahora tendrá una mayor relevancia, especialmente cuando se trata de acudir a las cláusulas exorbitantes. La razón de esta nueva manera de contemplar el derecho administrativo se encuentra en la centralidad de la persona y en su derecho fundamental a una buena Adminis-

tración. Este concepto, para nosotros, en nuestro derecho, podría resumirse diciendo que la buena Administración es aquella que actúa en todo caso al servicio objetivo del interés general.

Tratar sobre el derecho fundamental de la persona a una buena Administración significa plantear la cuestión desde la perspectiva del ciudadano: el derecho administrativo considerado desde la posición central del mismo. Este punto de vista, como señaló agudamente Crozier no hace mucho, ha sido tradicionalmente superado por la concentración de aproximaciones y dimensiones sobre la propia Administración Pública de carácter cerrado, endogámico o inmanente (como se prefiera denominar), todavía bien presentes en el panorama académico. La explicación no es compleja porque, hasta hace relativamente poco tiempo, la centralidad en los estudios y comentarios sobre la función de la Administración Pública se concentraba en exceso en la propia organización administrativa, que se analizaba hasta la saciedad desde diferentes ángulos, olvidándose, esto es lo sorprendente, del destinatario natural y propio de las políticas públicas y de los poderes públicos: la ciudadanía. El *por qué* o el *cómo* haya acontecido esta situación en el tiempo no es materia para este breve comentario. Ahora solo me interesa constatar que así ha sido durante muchos años y que, afortunadamente, en nuestro tiempo han cobrado especial fuerza e intensidad la consideración central del ciudadano y la perspectiva instrumental de la Administración Pública como organización pública de servicio objetivo a los intereses generales en la que se incardina, como corolario de esta obligación administrativa de naturaleza constitucional, el derecho fundamental a la buena Administración Pública.

En la medida en que la Administración se contempla, en efecto, como la institución por excelencia al servicio de los intereses generales —y estos últimos se definen de manera abierta, plural, dinámica, complementaria y con un fuerte compromiso con los valores humanos—, entonces el aparato público deja de ser un fin en sí mismo y recupera su conciencia de institución de servicio esencial a la comunidad. De esta manera es más fácil entender el carácter capital que tiene el derecho ciudadano a una buena Administración Pública. Este derecho supone, insisto, como corolario necesario, la obligación de la Administración Pública de ajustar su actuación a una serie de parámetros y características concretos y determinados que se expresan constitucionalmente en la idea de servicio objetivo al interés general.

El derecho administrativo, tal y como se nos presenta en la cotidianeidad en nuestros países, es —lo sabemos bien— un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que comparte causa de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la Revolución francesa. En efecto, el derecho admi-

nistrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida con la necesidad de objetivar el poder público; antaño, en el Antiguo Régimen, estaba al capricho y a la pura voluntad de mando del soberano. Derecho administrativo, sin embargo, ha habido siempre porque permanentemente ha existido la necesidad de organizar, según el derecho, los intereses colectivos, unas veces con más acierto que otras.

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

Desde este punto de vista, destaca la necesaria caracterización constitucional del derecho administrativo, pues, desde esta perspectiva encontramos unas sólidas bases que nos permiten pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del derecho público que encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, como diría García de Enterría, su principal seña de identidad. En este contexto, marco de centralidad de la posición jurídica del ciudadano, adquiere especial sentido el denominado derecho fundamental a la buena Administración. Este derecho, aunque no se reconoce expresamente en el catálogo de derechos fundamentales, puede considerarse, desde la Constitución española, una derivación lógica de la tarea de servicio objetivo que debe caracterizar a la actuación de las Administraciones públicas. Obviamente, las referencias al que denomino *derecho administrativo constitucional* se harán a partir de la Constitución española.

En efecto, la caracterización del derecho administrativo desde la perspectiva constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada, por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de derecho, (por cierto, muy diferente en su configuración, y en su presentación al del nacimiento del Estado-providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial

función de competencia del Estado). Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado, y por ello el derecho administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos, pues, de lo contrario, perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, la cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Tradicionalmente, cuando nos hemos enfrentado con el arduo problema de seleccionar una perspectiva central sobre la que montar todo el derecho administrativo, hemos acudido a la aproximación subjetiva, a la objetiva o a la mixta. Hoy me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del derecho público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, por años vedadas, precisamente, por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático o único.

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

Como veremos, el entendimiento que tengamos del concepto del interés general va a ser capital para caracterizar el denominado derecho administrativo constitucional, que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo del interés general y a la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Marco en el que se comprende mejor el alcance del hoy denominado derecho fundamental a la buena Administración Pública. La perspectiva iluminista del interés público —de fuerte sabor revolucionario y que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente, (la burguesía) que dirigió con manos de hierro la burocracia— hoy quizás no sea compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración Pública y quienes la componen, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su *status quo*, deben estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración Pública. En esta línea, el derecho administrativo constitucional (el derecho administrativo presidido por el derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública) plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios

considerados, hasta no hace mucho, como las señas de identidad de una rama del derecho que se configuraba, esencialmente, a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del derecho administrativo, sino de repensarlos a la luz del ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta, sino, en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

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

En fin, junto a la metodología que nos proporciona el acercamiento a las ciencias sociales desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, es menester trabajar en el marco constitucional para extraer toda la fuerza, la cual no es poca, que la norma fundamental encierra en orden a configurar un derecho administrativo más democrático en el que el servicio objetivo al interés general ayude a redefinir todos aquellos privilegios y aquellas prerrogativas que no se compadecen ya con una Administración que trabaja solo desde la unilateralidad.

De un tiempo a este, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático, probablemente

porque, según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía —finales del siglo XVIII— que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el cual ejercer su poder. Lógicamente, ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración Pública que, como señala el artículo 103 de nuestra Constitución, “sirve con objetividad los intereses generales”. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y esta es llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos y estos, a su vez, deben abrirse, tal y como ha establecido el Tribunal Constitucional español en la citada ya sentencia del 7 de febrero de 1984 (tan célebre como aislada), a los diversos interlocutores sociales en un ejercicio continuo de diálogo. Lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general, y de los funcionarios en particular.

La participación de los ciudadanos en el espacio público está, poco a poco, abriendo nuevos horizontes que permiten, desde la terminación convencional de los procedimientos administrativos, pasando por la presencia ciudadana en la definición de las políticas públicas, llegar a una nueva forma de entender los poderes públicos, que ahora ya no son estrictamente comprensibles desde la unilateralidad, sino desde una pluralidad que permite la incardinación de la realidad social en el ejercicio de las potestades públicas.

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

Frente a la perspectiva cerrada de un interés general que es objeto de conocimiento, y casi del dominio de la burocracia, llegamos —por aplicación del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario—, a otra manera distinta de acercarse a lo común, a lo público, a lo general, en la que se parte del presupuesto de que siendo las instituciones públicas de la ciudadanía, los asuntos públicos deben gestionarse teniendo presente en cada momento la vitalidad de la realidad que emerge de las aportaciones ciudadanas. Por ello, vivimos en un tiempo de participación, quizás más como postulado que como realidad, a juzgar por las consecuencias que ha traído consigo un *estado de bienestar estático* que se agotó en sí mismo y que dejó a tantos millones de ciudadanos desconcertados al entrar en crisis el fabuloso montaje de intervención total en la vida de los particulares. En Brasil, un gran país por tantos conceptos, existe una práctica relevante de participación de la que todos podemos y debemos aprender para que, en efecto, el núcleo central de los intereses generales esté más conectado con las necesidades colectivas de los ciudadanos.

Hace algunos años, más de los que quisiera, cuando me enfrentaba al problema de la definición del derecho administrativo al calor de las diferentes y variadas teorías que el tiempo ha permitido, lejos de entrar en el debate sobre cuál de las dos posiciones mayoritarias era la mejor, se me ocurrió que quizás el elemento clave para la definición podría encontrarse en el marco de lo que debía entenderse por interés general, ahora en el marco de un modelo de Estado que la Constitución califica de social y democrático de derecho. Más que la presencia de una Administración Pública, que ciertamente es importante, lo verdaderamente determinante del derecho administrativo es la existencia de un interés general que regular en el marco del modelo de Estado en vigor. Ahora, en el llamado Estado social dinámico, como caracterizo al Estado social del presente, es precisamente la idea del interés general —desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y compatible— la matriz desde la cual se pueden entender los profundos cambios que se están operando en el seno del derecho administrativo moderno, como puede ser el alumbramiento del concepto del servicio de interés general —también para los servicios culturales y sociales— o la reconsideración de la autotutela y ejecutividad administrativa.

Hasta no hace mucho, la sociología administrativa relataba con todo lujo de detalles las diferentes fórmulas de apropiación administrativa que distinguía tantas veces el intento centenario de la burocracia por controlar los resortes del poder. Afortunadamente, aquellas quejas y lamentos que traslucen, por ejemplo, algunas novelas de Pio Baroja sobre la actuación de funcionarios que vejaban y humillaban a los administrados desde su posición oficial, hoy son agua pasada. Afortunadamente, las cosas han cambiado mucho, y, en términos generales, para

bien. Siendo esto así, todavía quedan aspectos en los que seguir trabajando para que la ciudadanía pueda afirmar sin titubeos que la Administración ha asumido su papel de organización al servicio y disposición de la ciudadanía. Y, para ello, quienes hemos dedicado años de nuestra vida profesional a la Administración sabemos bien que es menester seguir trabajando para que siga creciendo la sensibilidad del aparato público en general, y la de cada servidor público en particular, en relación con los derechos y libertades de los ciudadanos. Hoy el interés general mucho tiene que ver con incrustar en el alma de las instituciones categorías y conceptos del derecho administrativo, un contexto de equilibrio poder-libertad; ir abandonando la idea de que la explicación del entero derecho administrativo bascula únicamente sobre la persona jurídica de la Administración y sus potestades, privilegios y prerrogativas.

En este sentido, siempre me ha parecido clarividente y pionero un trabajo del profesor García de Enterría de 1981 sobre la significación de las libertades públicas en el derecho administrativo, en el que afirmaba que el interés general se encuentra, precisamente, en la promoción de los derechos fundamentales. Esta aproximación doctrinal, que goza del respaldo de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, está permitiendo, sobre todo en el derecho comunitario europeo, que auténticas contradicciones conceptuales como la del servicio público y los derechos fundamentales se estén salvando desde un nuevo derecho administrativo, me atrevería a decir que más relevante que antes. Desde este nuevo entendimiento del interés general se está ayudando a superar estas confrontaciones dialécticas a partir del equilibrio metodológico, el pensamiento abierto y la proyección de la idea democrática, cada vez con más intensidad, sobre las potestades administrativas. Lo que está ocurriendo es sencillo y consecuencia lógica de nuevos tiempos que requieren nuevas mentalidades, pues, como sentenció hace tiempo Ihering, el gran problema de las reformas administrativas se halla en la inercia y la resistencia a los cambios, que hay en la mentalidad de las gentes. Es decir, la caracterización clásica del servicio público (titularidad pública y exclusiva) ha ido adecuándose a la realidad hasta que se ha llegado a un punto en el que la fuerza de la libertad y de la realidad ha terminado por construir un nuevo concepto con otras características, sin enterrar nada, y menos con intención de enarbolar la bandera del triunfo de lo privado sobre lo público, porque ni el debate conceptual se plantea en estos términos ni es verdad que el derecho administrativo haya perdido su razón de ser. Más bien, lo que ocurre es que está emergiendo un nuevo derecho administrativo desde otras coordenadas y otros postulados diferentes a los de antes, pero, al fin y al cabo, derecho administrativo.

#### IV. EL DERECHO A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO CONSTITUCIONAL

En España, esta aproximación propia del tiempo en que vivimos es consecuencia de la proyección del Estado social y democrático de derecho sobre la funcionalidad de la Administración Pública y encuentra soporte en lo que Meilán Gil denomina desde hace bastante tiempo derecho administrativo constitucional, que, en mi opinión, es el sustrato sobre el que se construye la idea de buena Administración como Administración al servicio objetivo del interés general.

¿Cuáles serán, entonces, las bases constitucionales de este nuevo derecho administrativo? En mi opinión, la Constitución de 1978 nos ofrece presupuestos más que suficientes para edificar el moderno derecho administrativo.

El artículo 9.2 plantea lo que se ha denominado la función promocional de los poderes públicos en la medida en que su papel constitucional reside, precisamente, en promover la libertad e igualdad de los ciudadanos y de los grupos en que se integran y, sobre todo, en remover los obstáculos que se opongan a esta tarea. Aquí nos encontramos, con toda claridad, con la función constitucional por antonomasia de la Administración Pública en el Estado social y democrático de derecho en nuestro tiempo, que es la de garantizar el ejercicio de todos los derechos a todos los ciudadanos, con especial referencia a los más necesitados.

En el artículo 10.1, la Constitución proclama que los derechos fundamentales y el libre desarrollo de la personalidad constituyen el fundamento del orden público y de la paz social, estableciendo meridianamente hacia dónde se orienta el interés general en el Estado social y democrático de derecho.

El artículo 24.1 proclama la tutela judicial efectiva y prohíbe toda situación de indefensión, lo cual supone la necesidad de releer y repensar, desde la Constitución, muchos de los dogmas y principios que han levantado el edificio del derecho administrativo y que, hoy en día, deben ser claramente replanteados.

También encontramos un vector constitucional relevante en el artículo 31.2 cuando caracteriza el gasto público en un contexto de economía, planteando que la acción administrativa en el Estado social es limitada y debe producirse en un contexto de austeridad porque el presupuesto público no es de propiedad de la Administración, sino de los ciudadanos, y los funcionarios no son ni más ni menos que agentes de intereses públicos.

Y, finalmente, el artículo 103.1, que es el precepto cabecera de la opción constitucional en esta materia. Vale la pena, siquiera sea brevemente, una muy breve glosa. Pues bien, el precepto en cuestión dice, en su párrafo primero, “La Administración Pública sirve con objetividad, los intereses generales [...] y actúa con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.



En primer lugar, debe subrayarse de nuevo la naturaleza instrumental de la Administración, pues la utilización del término *sirve* alimenta esta explicación sin mayores dificultades. En efecto, entre las muchas caracterizaciones posibles, el constituyente quiso dejar bien claro que la Administración Pública es una persona jurídica-pública que se realiza en la medida en que está al servicio del interés general. Ciertamente, se pudo haber elegido algún otro término que también encajase en la Administración en relación con el interés general: *representar, defender, gestionar*; pero la realidad es que se quiso deliberadamente configurar la Administración Pública desde este punto de vista.

En segundo lugar, merece la pena llamar la atención sobre la manera en que la Administración debe llevar a efecto su esencial función de servicio al interés general. Esto es, el servicio habrá de ser objetivo. Es decir, la Administración Pública es una organización imparcial y neutral que se limita, y no es poco, a la tarea de la ejecución de la ley. Por eso, en materia de contratación, se rige por el principio de publicidad y concurrencia, y, en materia de personal, por los criterios de mérito y capacidad. Se trata, pues, de criterios esenciales a los que debe someterse la Administración Pública, sea en sus actuaciones directas o a través de fórmulas instrumentales, hoy tan de moda.

En tercer lugar, el precepto constitucional señala la finalidad pública del quehacer administrativo: “servicio objetivo al interés general”, que, aplicado al Estado social y democrático de derecho que define la Constitución española, nos sitúa en esa dimensión promocional y garantizadora anteriormente señalada.

En cuarto lugar, debe tenerse en cuenta que el artículo 103.1 de la Constitución de 1978 se refiere a la Administración Pública en singular, por lo que debe entenderse que el sistema que diseña debe predicarse tanto de la Administración del Estado como de la Administración autonómica, provincial o local.

Y, finalmente, el precepto alude a que la Administración Pública actúa con “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. Ordinariamente, será el derecho administrativo su matriz normativa de referencia, pero, en ocasiones, el aparato público actuará sujeto al derecho privado. Ahora bien, en estos casos en que su derecho regulador es el privado, en modo alguno significa que se quedarán al margen los criterios esenciales de la actuación administrativa. En otras palabras, la objetividad, que es una nota constitucional, exige que los principios y vectores jurídicos que le son consustanciales se apliquen siempre que estemos en presencia de fondos públicos.

## V. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN EN LA CARTA EUROPEA DE DERECHOS FUNDAMENTALES

Estas consideraciones constitucionales pienso que van a permitirnos entender mejor el sentido que para nosotros puede tener esa expresión de la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales* del “derecho fundamental a la buena Administración”, recogida, ya por cierto, en los catálogos de derechos establecidos en las últimas reformas de los estatutos de autonomía de este tiempo.

¿Es previo este derecho a la buena Administración Pública, o es corolario preciso de la necesidad de que los asuntos comunes, colectivos, deban ser atendidos de determinada manera? Esta es una cuestión relevante porque de su contestación se deducirán la naturaleza y el sentido de la función de la Administración Pública. Hay instituciones públicas porque, con antelación, existen intereses comunes que atender convenientemente. Y existen intereses comunes, sanidad, educación, porque las personas, en conjunto e individualmente consideradas, precisan de ellos. Por tanto, son la persona y sus necesidades colectivas las que explican la existencia de instituciones supraindividuales ordenadas y dirigidas a la mejor satisfacción de esos intereses comunitarios de forma que su gestión y dirección se realicen al servicio del bienestar general, integral, de todos, no de una parte, por importante y relevante que esta sea.

La buena Administración de instituciones públicas parte del derecho ciudadano a que sus asuntos comunes y colectivos estén ordenados de manera que reine un ambiente de bienestar general e integral para el pueblo en conjunto. Las instituciones públicas, desde esta perspectiva, han de estar conducidas y manejadas por una serie de criterios mínimos, llamados de buen gobierno o buena Administración, a los que sumarán las diferentes perspectivas de las opciones políticas vencedoras en los diferentes comicios electorales.

La buena Administración de instituciones públicas es un derecho ciudadano de naturaleza fundamental. ¿Por qué es proclamado como derecho fundamental por la Unión Europea? Por una gran razón que reposa sobre las más altas argumentaciones del pensamiento democrático: en la democracia, las instituciones políticas no son propiedad de políticos o altos funcionarios, sino que son del dominio popular, son de los ciudadanos, de las personas de carne y hueso que día a día —con su esfuerzo por encarnar los valores cívicos y las cualidades democráticas— dan buena cuenta del temple democrático en la cotidianidad. Por ello, si las instituciones públicas son de la soberanía popular, de donde proceden todos los poderes del Estado, es claro que han de estar ordenadas al servicio general, y objetivo, de las necesidades colectivas. Por eso, la función constitucional de la Administración Pública, por ejemplo, se centra en el servicio objetivo al interés

general. Si consideramos que el ciudadano ha dejado ser un sujeto inerte, sin vida, que tenía poco menos que ser enchufado a la vida social por parte de los poderes públicos, entonces comprenderemos mejor el alcance de este derecho.

En efecto, el ciudadano es ahora no sujeto pasivo, receptor mecánico de servicios y bienes públicos, sino sujeto activo, protagonista, persona en su más cabal expresión, y por ello aspira a tener una participación destacada en la configuración de los intereses generales porque estos se definen, en el Estado social y democrático de derecho, a partir de una adecuada e integrada concertación entre los poderes públicos y la sociedad articulada. Los ciudadanos, en otras palabras, tenemos derecho a que la gestión de los intereses públicos se realice de manera acorde con el libre desarrollo solidario de las personas. Por eso es un derecho fundamental de la persona, porque la persona, en cuanto tal, requiere que lo público, que el espacio de lo general esté atendido de forma que le permita realizarse, en su dimensión de libertad solidaria, como persona humana desde diferentes dimensiones.

A continuación voy a reflexionar sobre dos dimensiones de la buena Administración que me parecen básicas: la apertura a la realidad y la cuestión de la caracterización de las políticas públicas. Finalmente, se comentará brevemente el sentido del artículo 41 de la *Carta Europea de Derechos Fundamentales*.

El derecho fundamental a la buena Administración de instituciones públicas constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder. Que el poder se use de manera abierta, plural, social, equilibrada y humana es algo que se debe considerar el solar de racionalidad desde el que se proyectan las diferentes formas de gobernar y administrar a partir de las distintas opciones políticas; algo que en el tiempo que vivimos no es fácil ni sencillo por la sencilla razón de que el ansia de poder, de dinero y de notoriedad ciega de tal manera a nuestros gobernantes y administradores que les impide ver con claridad las necesidades colectivas, reales, de los ciudadanos. De igual manera, existe otra causa que dificulta comprender en su complejidad y pluralidad la realidad que se cifra en la obsesión ideológica. Planteamiento que excluye del espacio de la deliberación pública y, por ende, del interés público a quienes no se identifican con los proyectos políticos de quien gobierna o administra la cosa pública.

Una consideración que me parece que puede ayudar a entender mejor el alcance y la funcionalidad de este derecho fundamental es la estrecha vinculación existente entre el interés general, fundamento de la Administración Pública, y los derechos ciudadanos. En efecto, si atendemos a versiones cerradas y unilaterales del interés público, entonces desde el poder no se contemplará la centralidad de los derechos de los administrados. Todo lo más, se pensará, desde esta perspectiva, que los ciudadanos no son más que destinatarios de políticas públicas de

salvación que proceden del monopolio de lo bueno y benéfico que es la propia institución gubernamental o administrativa. Sin embargo, como hemos apuntado con anterioridad, el interés general en el Estado social y democrático de derecho aparece fuertemente conectado al fomento y a la generación de las mejores condiciones posibles que permitan el desarrollo en libertad solidaria de las personas y de los grupos en que se integran, removiendo cualesquiera obstáculos que impidan su realización efectiva.

Desde el punto de vista normativo, es menester reconocer que la existencia positiva de este derecho fundamental a la buena Administración parte de la Recomendación núm. R (80) 2, —adoptada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 11 de marzo de 1980, relativa al ejercicio de poderes discrecionales por las autoridades administrativas—, así como de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal de Primera Instancia. Entre el Consejo de Europa y la jurisprudencia comunitaria, desde 1980, se fue construyendo poco a poco el derecho a la buena Administración, derecho que la *Carta Europea de los Derechos Fundamentales*, del 7 de diciembre de 2000, recogería en el artículo 41.

Antes del comentario de este precepto, me parece pertinente señalar dos elementos de los que trae causa: la discrecionalidad y la jurisprudencia. En efecto, la discrecionalidad, se ha dicho con acierto, es el caballo de Troya del derecho público por la sencilla razón de que su uso objetivo nos sitúa al interior del Estado de derecho y su ejercicio abusivo nos lleva al mundo de la arbitrariedad y del autoritarismo. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa, en armonía con los principios del derecho, es muy importante, tanto que un ejercicio destemplado, al margen de la motivación que le es inherente, deviene en abuso de poder, en arbitrariedad. Y la arbitrariedad es la ausencia del derecho, la anulación de los derechos ciudadanos en relación con la Administración.

Por lo que respecta a la jurisprudencia, debe tenerse en cuenta que, normalmente, los conceptos de elaboración jurisprudencial son contruidos desde la realidad, algo que es en sí mismo relevante y que permite construir un nuevo derecho fundamental con la garantía del apoyo de la ciencia que estudia la solución justa a las controversias jurídicas.

El artículo 41 de la Carta constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos que, a lo largo del tiempo y en diferentes ordenamientos, han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al derecho administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano, como ya hemos señalado, ya no es un sujeto inerte que mueve a su antojo el poder. Hoy el ciudadano participa en la determinación del interés general que ya no define unilateralmen-

te la Administración Pública. El ciudadano es más consciente de que el aparato público no es de la propiedad de los partidos, de los políticos o de los propios servidores públicos.

Pues bien, dicho precepto dispone:

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:
  - el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.
  - el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.
  - la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.
3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad 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 (Parlamento Europeo).

Una primera lectura del artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales sugiere que dicho precepto es un buen resumen de los derechos más relevantes que los ciudadanos tenemos en nuestras relaciones con la Administración. La novedad reside en que a partir de ahora se trata de un derecho fundamental de la persona; cuestión polémica pero que, en mi opinión, no debiera levantar tanta polvareda porque el ciudadano, si es el dueño del aparato público, tiene derecho a que dicho aparato facilite el desarrollo equilibrado y solidario de su personalidad en libertad porque la razón y el sentido de la Administración en la democracia residen en una disposición al servicio objetivo al pueblo. El problema, para que sea un derecho susceptible de invocabilidad ante los tribunales, reside en la exigibilidad de los parámetros que caracterizan dicho derecho, parámetros que en el precepto son claros.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas —equitativas— y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver. En mi opinión, la referencia a la equidad como característica de las decisiones administrativas comunitarias no debe pasar por alto. Porque no es frecuente en-

contrar esta construcción en el derecho administrativo de los Estados miembros y porque, en efecto, la justicia constituye, a la hora del ejercicio del poder público, cualquiera que sea la institución pública en la que nos encontremos, la principal garantía de acierto por una razón: porque, cuando se decide lo relevante, se da cada uno lo suyo, lo que se merece, lo que le corresponde.

La referencia a la razonabilidad del plazo para resolver incorpora un elemento esencial: el tiempo. Si una resolución es imparcial, justa, pero se dicta con mucho retraso, es posible que no tenga sentido, que no sirva para nada. El poder se mueve en las coordenadas del espacio y tiempo y este es un elemento esencial que el derecho comunitario destaca suficientemente. La razonabilidad se refiere al plazo de tiempo en el que la resolución pueda ser eficaz de manera que no se dilapide el legítimo derecho del ciudadano a que su petición, por ejemplo, se conteste en un plazo en que ya no sirva para nada.

El derecho a la buena Administración es un derecho fundamental de todo ciudadano comunitario a que las resoluciones que dicten las instituciones europeas sean imparciales, equitativas y razonables en cuanto al fondo y al momento en que se produzcan. Dicho derecho, según el citado artículo 41, incorpora, a su vez, cuatro derechos.

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en su contra una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena Administración que el derecho comunitario toma del derecho administrativo interno. No merece más comentarios.

El segundo derecho derivado del derecho fundamental a la buena, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales.

Se trata de un derecho fundamental lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración Pública —también la comunitaria— de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica también que, en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas, así como del secreto profesio-

nal y comercial. Es decir, un expediente en que consten estrategias empresariales no puede ser consultado por la competencia en ejercicio del derecho a consultar un expediente de contratación que le afecte en un determinado concurso.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena Administración es, para mí, el más importante: el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión Europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiera a todas las resoluciones europeas sin excepción. Me parecen un gran acierto la letra y el espíritu de este precepto, sobre todo porque una de las condiciones del ejercicio del poder en las democracias es que sea argumentado, razonado, motivado. El poder que se basa en la razón es legítimo; el que no se justifica es, sencillamente, arbitrariedad. Por eso todas las manifestaciones del poder debieran, como regla, motivarse. Su intensidad dependerá, claro está, de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados, la motivación será menor; pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativos.

En el apartado tercero del precepto se reconoce el derecho a la reparación de los daños ocasionados por la actuación u omisión de las instituciones comunitarias de acuerdo con los principios comunes generales a los derechos de los Estados miembros. La obligación de indemnizar en los supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual de la Administración está, pues, recogida en la Carta. Lógicamente, el correlato es el derecho a la consiguiente reparación cuando las instituciones comunitarias incurran en responsabilidad. La peculiaridad del reconocimiento de este derecho, también fundamental, derivado del fundamental a la buena Administración, reside en que —por lo que se vislumbra— el régimen de funcionalidad de este derecho se establecerá desde los principios generales de la responsabilidad administrativa en derecho comunitario.

El apartado cuarto dispone que 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 lengua.

Por su parte, la jurisprudencia ha ido, a golpe de sentencia, delineando y configurando con mayor nitidez el contenido de este derecho fundamental a la buena Administración atendiendo a interpretaciones más favorables para el ciudadano europeo a partir de la idea de una excelente gestión y Administración Pública en beneficio del conjunto de la población de la Unión Europea.

Debe tenerse presente, también, que el artículo 41 del denominado Código Europeo de Buena Conducta Administrativa de 1995 es el antecedente del ya comentado artículo 41 de la carta de los Derechos Fundamentales. Es más, se trata de una fiel reproducción.

Una cuestión central en la materia es la referente a la autoridad que ha de investigar las denuncias de mala Administración de las instituciones europeas. Pues bien, de acuerdo con el artículo 195 del Tratado de Roma y del Estatuto del Defensor del Pueblo, resulta que esta tarea es de competencia del propio defensor del pueblo. Una definición de mala Administración nos la ofrece el Informe del Defensor del año 1997: “se produce mala administración cuando un organismo no obra de acuerdo con las normas o principios a los que debe estar sujeto”. Esta definición es demasiado general e imprecisa, por lo que habrá de estarse a los parámetros jurídicos señalados en el artículo 41 de la Carta. De manera que habrá de observarse —además de la lesión de las normas del servicio de los principios generales que presiden la actividad de las instituciones públicas— si, efectivamente, se contravienen la equidad, la imparcialidad, la racionalidad en los plazos, la contradicción, la motivación, la reparación o el uso de las lenguas oficiales.

Lorenzo Membiela ha recopilado en un trabajo recientemente publicado en *Actualidad Administrativa*, en el número 4 de 2007, algunas de las sentencias más relevantes en la materia, bien del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bien del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, bien del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. Evidentemente, la jurisprudencia ha ido decantando el contenido y funcionalidad del llamado principio a una buena Administración, principio del que más adelante se derivaría, como su corolario necesario, el derecho fundamental a la buena Administración. Por ejemplo, en 2005, el 20 de septiembre, encontramos una sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la que se afirma que, en virtud del principio a la buena Administración, el traslado de funcionarios de un municipio a otro debe estar justificado por las necesidades del servicio.

Una sentencia del 24 de mayo de 2005, también del Tribunal Europeo de Derechos Fundamentales, señaló, en materia de justicia, que el principio de la buena Administración consagra la celeridad en los procesos judiciales. Una expresión del derecho fundamental a la motivación de las resoluciones administrativas la podemos encontrar en la sentencia del 23 de abril de 1997 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en cuya virtud cualquier restricción de los derechos de defensa debe estar convenientemente motivada. También es consecuencia de la buena Administración Pública la resolución en plazo razonable de los asuntos públicos, de manera que, como dispone la sentencia del 12 de julio de 1995 del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, “la inactividad de la Administración más allá de los plazos establecidos en las normas constituye una lesión al principio de la buena Administración Pública”. Igualmente, por sentencia del 16 de marzo de 2005 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas, es consecuencia del principio de la buena Administración la óptima

gestión de los organismos administrativos, lo que incluye —es claro— el respeto a los plazos establecidos y al principio de confianza legítima, en virtud del cual la Administración Pública, merced al principio de continuidad, no puede separarse del criterio mantenido en el pasado, salvo que lo argumente en razones de interés general.

Es también una consecuencia del principio de la buena Administración, dijo el Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas el 27 de febrero de 2003, que la Administración ha de facilitar todas las informaciones pertinentes a la otra parte actuante en el procedimiento administrativo.

En fin, el reconocimiento, en el contexto europeo, del derecho fundamental a la buena Administración constituye, además, un permanente recordatorio a las Administraciones públicas de que su actuación ha de realizarse con arreglo a unos determinados cánones o estándares que tienen como elemento medular la posición central del ciudadano, posición central del ciudadano que ayudará a ir eliminando de la praxis administrativa toda esa panoplia de vicios y disfunciones que conforman la llamada mala administración.

## **VI. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

La centralidad de los ciudadanos en el sistema del derecho administrativo ha permitido que, en otras latitudes como la Unión Europea, la Carta Europea de los Derechos Fundamentales haya reconocido el derecho fundamental de los ciudadanos europeos a la buena Administración Pública, concretado en una determinada manera de administrar lo público caracterizada por la equidad, la objetividad y los plazos razonables. En este marco, en el seno del procedimiento, y con carácter general, la proyección de este derecho ciudadano básico, de naturaleza fundamental, supone la existencia de un elenco de principios generales y de un repertorio de derechos ciudadanos que en el procedimiento administrativo adquieren una relevancia singular. Estos derechos componen, junto con las consiguientes obligaciones, el estatuto jurídico del ciudadano ante la Administración Pública.

En el marco del respeto al ordenamiento jurídico en su conjunto, la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los siguientes principios, que son corolarios del derecho fundamental a la buena Administración Pública:

1. **Principio de juridicidad**, en cuya virtud toda la actuación administrativa se somete plenamente al ordenamiento jurídico del Estado.

2. **Principio de servicio objetivo a los ciudadanos**, que se proyecta a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes y que se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.
3. **Principio promocional**, expresado en la creación de las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando igualmente la participación.
4. **Principio de racionalidad**, que se extiende especialmente a la motivación y argumentación que debe servir de base a la entera actuación administrativa.
5. **Principio de igualdad de trato**, por el que los ciudadanos que se encuentren en la misma situación serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda discriminación injustificada hacia los ciudadanos.
6. **Principio de eficacia**, en cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán en el marco de los objetivos establecidos en cada ente público. Especialmente, las autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, removerán de oficio los obstáculos puramente formales, evitarán el silencio administrativo, las dilaciones y los retardos.
7. **Principio de publicidad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que, por razones acreditadas de confidencialidad o interés general, sean pertinentes en cada caso, en los procedimientos para el dictado de actos administrativos**. En especial, las autoridades darán a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, aun sin mediar petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.
8. **Principio de seguridad jurídica, de previsibilidad y certeza normativa**, por el cual la Administración se somete al derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.
9. **Principio de proporcionalidad**. Las decisiones administrativas serán proporcionadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, se dictarán en un marco de justo equilibrio entre el interés general y el interés particular, y se evitará limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.
10. **Principio de ejercicio normativo del poder**, en cuya virtud los poderes se ejercerán, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de

otorgamiento, evitándose especialmente el abuso de poder, bien sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o en contra del interés general.

11. **Principio de imparcialidad e independencia.** El personal al servicio de la Administración Pública deberá abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo y actuar en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación de dicho personal en cualquier asunto en el que él mismo o personas o familiares próximos tengan cualquier tipo de intereses o pueda existir conflicto de intereses.
12. **Principio de relevancia,** en cuya virtud las actuaciones administrativas habrán de adoptarse en función de los aspectos más relevantes, sin que sea posible, como fundamento de la decisión que proceda, valorar únicamente aspectos de escasa consideración.
13. **Principio de coherencia.** Las actuaciones administrativas serán congruentes con la práctica y los antecedentes administrativos, salvo que, por las razones que se expliciten por escrito, sea pertinente en algún caso apartarse de ellos.
14. **Principio de buena fe,** en cuya virtud las autoridades y los particulares presumirán el comportamiento legal de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.
15. **Principio de confianza legítima,** en cuya virtud la actuación administrativa será respetuosa con las expectativas que razonablemente haya generado la propia Administración en el pasado.
16. **Principio de asesoramiento.** El personal al servicio de la Administración Pública deberá asesorar a los ciudadanos sobre la forma de presentación de las solicitudes y su tramitación.
17. **Principio de responsabilidad,** por el que la Administración responderá por las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionadas como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o del interés general. Las autoridades y sus agentes asumirán las consecuencias de sus actuaciones de acuerdo con el ordenamiento jurídico. Igualmente, la Administración Pública rendirá cuentas de sus actuaciones y publicará las evaluaciones de sus unidades.
18. **Principio de facilitación.** Los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración las mayores facilidades para la tramitación de los asuntos que les afecten, especialmente en lo referente a identificar al funcionario responsable, a obtener copia sellada de las solicitudes, a conocer el estado de tramitación, a enviar —si fuera el caso— el procedimiento al órgano competente, a ser oídos y a formular alegaciones o a la referencia a los recursos susceptibles de interposición.

19. **Principio de celeridad**, en cuya virtud las actuaciones administrativas se realizarán optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable, que, en todo caso, no podrá superar los dos meses a contar desde la presentación de la solicitud en cualquier registro público. En especial, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas.
20. **Principio de transparencia y acceso a la información de interés general**. El funcionamiento, actuación y estructura de la Administración ha de ser accesible para todos los ciudadanos, para que puedan conocer la información generada por las Administraciones públicas y las instituciones que realicen funciones de interés general.
21. **Principio de protección de la intimidad**. El personal al servicio de la Administración Pública que maneje datos personales respetará la vida privada y la integridad de las personas, prohibiéndose el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas.
22. **Principio de ética**, en cuya virtud todo el personal al servicio de la Administración Pública, así como los ciudadanos en general, han de actuar con rectitud, lealtad y honestidad.
23. **Principio de debido proceso**. Las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción.
24. **Principio de cooperación**. Todos los órganos y entidades administrativos deben prestarse asistencia mutua y respetar el ejercicio de sus respectivas competencias.

El derecho general fundamental de los ciudadanos a una buena Administración Pública, finalmente, se puede concretar, entre otros, en los siguientes derechos subjetivos de orden administrativo:

1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
2. Derecho a la tutela administrativa efectiva.
3. Derecho a una resolución administrativa en plazo razonable.
4. Derecho a una resolución justa de las actuaciones administrativas.
5. Derecho a presentar, por escrito o de palabra, peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las normas, en los registros físicos o informáticos.
6. Derecho a respuesta oportuna y eficaz de las autoridades administrativas.

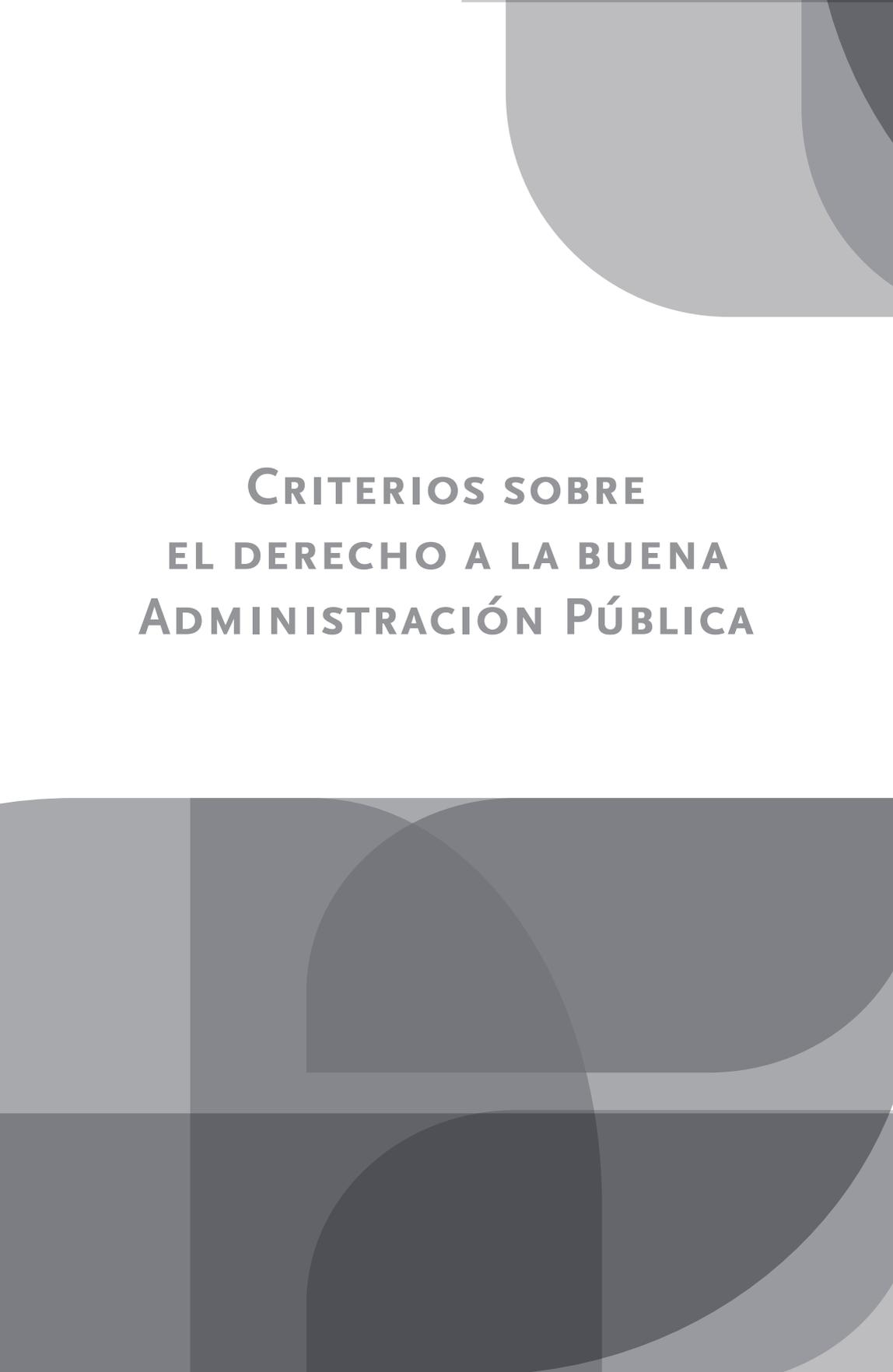
7. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública.
8. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
9. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.
10. Derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública.
11. Derecho a servicios públicos y de interés de general de calidad.
12. Derecho a elegir los servicios de interés general de su preferencia.
13. Derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa.
14. Derecho a conocer las obligaciones y compromisos de los servicios de responsabilidad administrativa.
15. Derecho a formular alegaciones en cualquier momento del procedimiento administrativo.
16. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración.
17. Derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en las leyes.
18. Derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente.
19. Derecho de acceso a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que en todo caso habrán de concretar el interés general al caso concreto.
20. Derecho a una ordenación racional y eficaz de los archivos públicos.
21. Derecho de acceso a la información de interés general.
22. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.
23. Derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
24. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
25. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.
26. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
27. Derecho a ser notificado, por escrito o a través de las nuevas tecnologías, de las resoluciones que le afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días.

28. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
29. Derecho a actuar en los procedimientos administrativos a través de representante.
30. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas.
31. Derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas en situación de discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres gestantes o adultos mayores y, en general, de personas en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.

Es decir, el derecho fundamental a la buena Administración Pública trae consigo, con todas sus consecuencias, la centralidad de la persona en el régimen jurídico de la Administración Pública.

#### VII. FUENTES CONSULTADAS

- López-Castillo, A. (2001), “En torno a la Carta de Derechos Fundamentales de la UE”, *Revista de Estudios Políticos (REP)*, núm. 113 Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.
- Weber, A. (2002), “La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Revista Española de Derecho Constitucional (REDC)* \_\_\_\_\_, núm. 64 Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de España.
- Freixes, T. (2005), “Derechos fundamentales en la Unión Europea: evolución y prospectiva: la construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales”, *Revista de Derecho Constitucional Europeo (Redce)*, núm. 4, Granada, Junta de Andalucía-Universidad de Granada..
- Falcao Martins, H. (1997), “Administración Pública gerencial y burocracia: la persistencia entre política y administración”, *Revista del CLAD Reforma y democracia*, núm. 9, Caracas, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).
- Tomás Mallén, B. (2004), *El derecho fundamental a una buena Administración*, Madrid, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP).
- Alonso García, R. (2000), “La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea”, *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 209.



**CRITERIOS SOBRE  
EL DERECHO A LA BUENA  
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**





## LA GÉNESIS DEL DERECHO FUNDAMENTAL A UNA EFICIENTE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN MÉXICO

GABINO EDUARDO CASTREJÓN GARCÍA

La responsabilidad patrimonial del Estado es una institución que se incorporó, originalmente, con la adición del segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuyo decreto fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 14 de junio de 2002, aunque su ley reglamentaria —la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado— fue expedida hasta el día 31 de diciembre de 2004, reformada con fecha del 12 de junio de 2009. Esta institución fue trasladada al último párrafo del artículo 109 del texto constitucional por decreto publicado en el DOF con fecha del 27 de mayo de 2015.

El precepto en comento textualmente señala:

Artículo 109.....

La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes.

Desde su incorporación al sistema constitucional y normativo de nuestro país, la responsabilidad patrimonial del Estado se ha venido desarrollando, perfeccionando, y ha contribuido al enriquecimiento de la ciencia jurídica, lo que se ha logrado a través de los diversos criterios jurisprudenciales que han emitido los tribunales del Poder Judicial de la Federación (PJF). Uno de los aspectos más importantes de esta responsabilidad es su contribución en materia de derechos fundamentales, como la efi-

---

*Uno de los aspectos más importantes de esta responsabilidad es su contribución en materia de derechos fundamentales, como la eficiente Administración Pública.*

---

*ciente Administración Pública.* Pero ¿cómo nace este derecho fundamental? He aquí su origen:

El día 6 de septiembre de 2009, en el Fraccionamiento de Valle Dorado, Municipio de Tlalnepantla de Baz, Estado de México, se suscitó una inundación por aguas residuales (aguas negras), la cual causó severos daños a los habitantes de dicho lugar, de carácter material y moral. Transcurridos los días, las autoridades municipales, estatales y federales hicieron del conocimiento público que la causa de tal siniestro había sido la lluvia atípica acontecida en la fecha del evento, que había traído como consecuencia la fractura de un tramo del Túnel Emisor Poniente, ubicado, precisamente, en el fraccionamiento en cuestión.

---

*En el mismo año 2009 algunos de los afectados iniciaron, [...] el largo proceso de reclamación de indemnización por actividad administrativa irregular del Estado en contra del órgano competente federal en materia hídrica...*

---

Un grupo de familias damnificadas por dicho siniestro decidió realizar las acciones contenidas en la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado, reglamentaria del entonces párrafo segundo del artículo 113 de la Constitución general de la república, ahora último párrafo del artículo 109 del texto constitucional. En el mismo

año 2009 algunos de los afectados iniciaron, y otros en 2010, el largo proceso de reclamación de indemnización por actividad administrativa irregular del Estado en contra del órgano competente federal en materia hídrica, es decir, la Comisión Nacional del Agua (Conagua). Este organismo, de conformidad con los artículos 32 Bis —fracción XXVIII— de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y 9 de la Ley de Aguas Nacionales, en su carácter de instancia desconcentrada de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, tenía y tiene la obligación de realizar y ejecutar todas aquellas acciones tendentes a evitar inundaciones; es decir, desplegar todas las acciones necesarias para evitar catástrofes como la que ocurrió en el Fraccionamiento Valle Dorado, llámense estas preventivas o correctivas.

Las acciones de reclamación pasaron por la propia dependencia, esto es, la Conagua; por la vía jurisdiccional administrativa a través de las diferentes salas regionales metropolitanas o las Hidalgo-México —ahora Este-Norte— del entonces Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa —ahora Tribunal Federal de Justicia Administrativa—, hasta llegar finalmente a la instancia federal vía juicio de amparo directo ante los tribunales colegiados de circuito en materia administrativa.

Es de hacer notar que el sustento de la reclamación se basó, fundamentalmente, en la conducta de omisión en que había incurrido la Conagua al no haber des-



plegado las acciones tendentes a evitar inundaciones —es decir, realizar trabajos de supervisión, vigilancia y mantenimiento en el Túnel Emisor Poniente— para prevenir y evitar —como fue el caso— su fractura y el consecuente desbordamiento de su cauce —conformado por aguas negras—, que ocasionó la inundación del fraccionamiento señalado y, como consecuencia, los daños sufridos por los habitantes del mismo. Se actualiza, por lo tanto, la actividad administrativa irregular del Estado, a que se refiere el precepto constitucional mencionado.

Tanto el órgano desconcentrado como las diversas salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que conocieron los diferentes casos, sostuvieron, casi de manera unánime, que la causa de la inundación había sido la lluvia atípica acontecida en la fecha de dicho siniestro, la que había provocado el rompimiento del Túnel Emisor Poniente. Incluso se argumentó que, para fincar una responsabilidad patrimonial al Estado, se requería que la actividad administrativa irregular consistiera, necesariamente, en una acción de hacer, y se descartaron las conductas de omisión, supuestamente porque el artículo 1 de la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado no contemplaba tal supuesto.

Agotadas todas las instancias, se interpusieron diversos juicios de amparo directo en contra de las sentencias dictadas por las distintas salas del Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, que hasta ese momento habían resuelto, casi de forma unánime, a favor de la Conagua —esto es, habían negado el pago de la indemnización reclamada por responsabilidad patrimonial del Estado—, en virtud de que no se había actualizado la actividad administrativa irregular del organismo desconcentrado federal antes mencionado.

En uno de tantos juicios de amparo directo promovidos por los afectados de la inundación en comento, específicamente en el amparo directo número D.A. 518/2012, el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa, con fecha del 14 de diciembre de 2012, emitió la ejecutoria que resolvería dicho juicio, mediante la cual se otorgó el amparo y

---

*...específicamente en el amparo directo número D.A. 518/2012, el Cuarto Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Administrativa, con fecha del 14 de diciembre de 2012, emitió la ejecutoria que resolvería dicho juicio,...*

---

protección de la justicia federal a favor de los quejosos. Esto es, la justicia federal consideró que, en el caso de la inundación ocurrida el día 6 de septiembre de 2009 en el Fraccionamiento Valle Dorado, sí había existido negligencia por parte de la Conagua, y, en consecuencia, se actualizaba el supuesto de actividad administrativa irregular. Procedió, por tanto, el pago de la indemnización reclamada por los afectados del evento.

Esta ejecutoria provocó un cambio de paradigma en la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en relación con los derechos fundamentales protegidos en el sistema jurídico mexicano.

En efecto, de la ejecutoria en comento se derivaron diferentes tesis, que, por su relevancia, fueron publicadas en el *Semanario Judicial de la Federación*. La que nos interesa es la que a continuación se transcribe.

No. Registro: 2,003,14

Tesis aislada

Materia(s): Administrativa

Décima Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*

Tomo: Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 3

Tesis: I.40.A.35 A (10a.)

Página: 2077

#### RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO. SU OBJETIVO Y FINES EN RELACIÓN CON LA PRESTACIÓN DE UN SERVICIO PÚBLICO.

El segundo párrafo del artículo 113 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece la responsabilidad

---

***Esta ejecutoria provocó un cambio de paradigma en la institución de la responsabilidad patrimonial del Estado, en relación con los derechos fundamentales protegidos en el sistema jurídico mexicano.***

---

del Estado por los daños que cause a los particulares con motivo de su actividad administrativa irregular; esto es, aquella que por acción u omisión incumpla con los estándares promedio de funcionamiento de la actividad o servicio, por lo que en este supuesto el particular podrá demandar la indemnización directamente al Estado (res-

ponsabilidad directa), pues lo que determina la obligación y responsabilidad derivada es la realización objetiva del hecho dañoso, imputable al Estado, y no la motivación subjetiva del agente de la administración. Así, *la razón de la responsabilidad patrimonial es propiciar y garantizar, en primer lugar, que la actividad administrativa sea regular y que la gestión pública se preste conforme a ciertos estándares de calidad, lo que encierra en sí mismo un derecho fundamental a una eficiente Administración Pública, pues si se incumple con esos estándares se tiene garantizado el derecho a la indemnización.* Por ello, cuando en la prestación de un servicio público se causa un daño en los bienes y derechos de los particulares por la actuación irregular de la Administración Pública, se configura, por una parte, la responsabilidad del Estado y, por otra, el derecho de los afectados a obte-



ner la reparación, ya que la actividad administrativa irregular del Estado comprende también lo que la doctrina denomina *faute de service* -funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia-. Bajo estas premisas, la responsabilidad patrimonial debe evaluarse y considerarse sistemáticamente dentro del orden jurídico, siendo que sus funciones y fines son principalmente cuatro, a saber: i) compensación de daños; ii) crear incentivos tendentes a la prevención de daños y accidentes; iii) control del buen funcionamiento de la acción administrativa; y, iv) demarcación de las conductas administrativas libres de la responsabilidad civil. (Lo resaltado es nuestro)

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 518/2012. María Silvia Matilde Barriguete Crespo y otro. 13 de diciembre de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Mayra Susana Martínez López.

Como se puede apreciar, la tesis da origen a dos aspectos trascendentales para el derecho, así como para el sistema jurídico mexicano: a) se crea el *derecho humano a una eficiente Administración Pública*, entendiéndose esta como la actividad administrativa regular que se preste conforme a ciertos estándares de calidad, es decir, conforme a las normas jurídicas y técnicas que el servicio amerite, ya que de lo contrario se caería, como lo señala la tesis en comentario, en el *faute de service*, *funcionamiento anormal de un servicio público por falla o deficiencia*; y b) se reconoce a la responsabilidad patrimonial del Estado como una garantía para proteger el *derecho humano a una eficiente Administración Pública*. Esto es, la responsabilidad patrimonial del Estado no solo persigue una indemnización por los daños que hubiere causado una actividad administrativa irregular, sino que, con su existencia, se procura inhibir al Estado de una gestión pública irregular y, en consecuencia, se pretende evitar que se viole el derecho humano a una eficiente Administración Pública. Hasta antes del dictado de esta tesis, no se conocía, por lo menos en forma técnica-jurídica, la existencia de este derecho fundamental ni de su garantía protectora, lo que hace relevante el criterio comentado.

---

*...la tesis da origen a dos aspectos trascendentales para el derecho, así como para el sistema jurídico mexicano: a) se crea el derecho humano a una eficiente Administración Pública; [...] y b) se reconoce a la responsabilidad patrimonial del Estado como una garantía para proteger el derecho humano a una eficiente Administración Pública...*

---

Cabe mencionar que han transcurrido diez años desde que se emitió la ejecutoria en el amparo directo 518/2012, y, hasta la fecha, los tribunales del Poder

Judicial de la Federación no han emitido tesis alguna sobre el particular. Sin embargo, lo importante es que podemos afirmar que existe el derecho humano a una *eficiente Administración Pública*, y la responsabilidad patrimonial del Estado, contenida en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es una garantía para su protección.



## EL DERECHO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SUS DERECHOS COMPONENTES

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA

**E**l derecho a una buena Administración Pública, que inicialmente se reconoció en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, se integra con una diversidad de derechos humanos ya reconocidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico.

Es un derecho complejo que agrupa principios, garantías, prohibiciones y derechos, cuyo objetivo es dar vigencia al Estado de derecho, para hacer eficientes a las Administraciones públicas en el cumplimiento de sus obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos que les corresponde tutelar.

Como ya lo expliqué en este mismo ejemplar el distinguido jurista Gabino Eduardo Castrejón García, el derecho a una eficiente Administración Pública se reconoció, inicialmente, en nuestro ordenamiento jurídico en la jurisprudencia del Poder Judicial federal y, posteriormente, en la Constitución Política de la Ciudad de México.

Ahora, en un caso planteado ante el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México, y posteriormente elevado para su revisión por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito del Poder Judicial Federal, se emiten dos criterios que precisan algunos de sus derechos componentes.

Según el mencionado tribunal, los hechos son los siguientes:

Una persona, por su propio derecho y a nombre de una asociación vecinal, que fue afectada en su vivienda por la construcción de un edificio realizada en un predio colindante, al observar que de los datos públicos contenidos en la página de Internet de una Alcaldía de la Ciudad de México se advertían fotos de una fachada que no correspondía al inmueble en construcción, presentó escrito de petición ante la autoridad competente en la Alcaldía para que revisara y verificara si se ajusta a derecho el trámite denominado "alineamiento y número oficial", llevado a cabo por el propietario o poseedor del inmueble en construcción. La respuesta a la parte afectada fue en el sentido de que, conforme al artículo 35 Bis de la Ley de Procedimiento Administrativo

---

*El derecho a una buena Administración Pública [...] se integra con una diversidad de derechos humanos ya reconocidos expresamente en nuestro ordenamiento jurídico*

---

de la Ciudad de México, no se podía atender su solicitud, toda vez que ni ella ni la asociación son los titulares o causahabientes respecto del trámite referido, además de que no acreditaron su interés legítimo. Inconforme, promovió juicio contencioso administrativo en el que se declaró la nulidad de la resolución impugnada, por lo que la autoridad interpuso recurso de apelación, en el que el Pleno del Tribunal de Justicia Administrativa local reconoció la validez de la sentencia, la cual fue impugnada por aquélla mediante juicio de amparo directo. Sin embargo, el escrito de petición no fue revisado adecuadamente y mucho menos atendido por la autoridad demandada, ni por el Pleno señalado (Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN], 2021a).

---

*Surge, así, una nueva obligación para los poderes constituyentes, para los tres poderes tradicionales y para los órganos constitucionales autónomos, en los tres niveles de gobierno*

---

En ese sentido, el Tribunal colegiado referido fijó los siguientes criterios jurídicos:

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que cualquiera que

sea la función desempeñada por los servidores públicos de la Ciudad de México, como dar respuesta a un escrito de petición, debe ser conforme a la buena administración pública, al constituir un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos, el cual se vincula e interrelaciona con otros, como los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición y prerrogativas de carácter prioritario.

Criterio jurídico: Este Tribunal Colegiado de Circuito determina que cuando en un escrito de petición relacionado con la materia de una acción pública se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico, que es de interés general, la autoridad, en acatamiento al derecho fundamental a la buena administración pública, debe contestarla bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente de los aspectos señalados, pues no se trata de facultades discrecionales, sino regladas (SCJN, 2021b).

Además del derecho a una reparación integral, derivado de una responsabilidad patrimonial del Estado, el derecho a una buena Administración Pública, como lo señala el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, se integra por los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición, a la motivación, a la tutela administrativa efectiva, a ser oído(a), a la participación, a servicios públicos de calidad, a formular alegaciones, a ser informado(a) y asesorado(a), a copia sellada, a ser tratado(a) con cortesía y cordialidad, a ser notificado(a), a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas servidoras públicas, a conocer el estado de los



procedimientos administrativos que les afecten, a conocer al(la) responsable del trámite del procedimiento administrativo, a la copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública. También se integra por los principios de racionalidad, igualdad de trato, eficacia, eficiencia, economía, responsabilidad, evaluación permanente, universalidad, equidad, asequibilidad, participación, ética, publicidad, seguridad jurídica, proporcionalidad, objetividad, buena fe, celeridad, protección de la intimidad y debido proceso.

Justificación: Lo anterior, [señala el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito], porque el artículo 10. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contiene el parámetro de control de regularidad constitucional y por medio de éste se incorporan derechos humanos no reconocidos en aquella, como es el caso del derecho humano a una buena administración pública, el cual es reconocido en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano y en la Constitución Política de la Ciudad de México, entre otras regulaciones. Ahora bien, ese derecho se contiene y desarrolla sustancialmente y de manera expresa en los artículos 60 de la Constitución Política, 2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública y 36 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías, todas de la Ciudad de México, de los cuales se advierte, entre otras cosas, que la buena administración pública constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos y que con sustento en éste se deben generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental, a fin de contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos, efectivos y transversales, y que toda persona servidora pública garantizará, en el ejercicio de sus funciones, el cumplimiento y observancia de los principios generales que rigen la función pública. En ese contexto, el derecho fundamental a la buena administración pública también se vincula e interrelaciona con otros, como los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición y prerrogativas de carácter prioritario, en términos del artículo 10. constitucional y del parámetro de control de regularidad constitucional, acorde con los criterios jurisprudenciales y tratados internacionales. Consecuentemente, los servidores públicos de la Ciudad de México, cualquiera que sea la función desempeñada, como dar respuesta a un escrito de petición, deben actuar con la conciencia de que la buena administración pública constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos; de ahí que se encuentren sujetos a una serie de principios y deberes expresos en la normatividad citada y, al mismo tiempo, están obligados a aplicar las directrices en ella plasmadas, como generar acciones y políticas públicas orientadas a la apertura gubernamental a fin de combatir la corrupción y contribuir a la solución de los problemas públicos a través de instrumentos ciudadanos participativos (SCJN, 2021a).

[Además], porque de los artículos 60 de la Constitución Política, 2 de la Ley Orgánica del Poder Ejecutivo y de la Administración Pública y 36 de la Ley Constitucional de Derechos Humanos y sus Garantías, todas de la Ciudad de México, se advierte, entre otras cosas, que la buena administración pública constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos, el cual se vincula e interrelaciona con otros, como los derechos a la información, a la transparencia, a la tutela judicial efectiva, de petición y prerrogativas de carácter prioritario, en términos del artículo 10. constitucional y del parámetro de control de regularidad constitucional, de conformidad con los criterios jurisprudenciales y tratados internacionales. Ahora bien, el artículo 106 de la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal (hoy Ciudad de México), prevé que las personas físicas o morales que se consideren afectadas por construcciones, cambios de uso del suelo o del destino del suelo u otros aprovechamientos de inmuebles que contravengan lo establecido en esa ley, en su reglamento, en el Reglamento de Construcciones local y en los programas urbanísticos, podrán ejercer acción pública ante el Tribunal de lo Contencioso Administrativo de la Ciudad de México. Asimismo, los artículos 5, 32, 42 y 228 de la Ley Orgánica de Alcaldías de la Ciudad de México establecen, en relación con los titulares de éstas y su personal, que entre sus facultades y obligaciones están registrar las manifestaciones de obra y expedir las autorizaciones, permisos, licencias de construcción y de demoliciones, conforme a la normativa aplicable, autorizar los números oficiales y alineamientos, vigilar y verificar administrativamente el cumplimiento de las disposiciones, así como aplicar las sanciones que correspondan en materia de construcciones, edificaciones y uso de suelo; entre otras. En consecuencia, si un escrito de petición se encuentra relacionado con la materia de una acción pública y se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en materia de urbanismo, que es de interés general, la autoridad deberá contestar la petición bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente a las cuestiones en comento, pues no se trata de facultades discrecionales, sino regladas; considerando, además, que la peticionaria de manera indirecta podría ser denunciante de posibles faltas administrativas de servidores públicos, y ello bastaría para ser considerada como parte en un eventual procedimiento de responsabilidad administrativa que pudiera surgir en contra de las autoridades omisas de la Alcaldía (SCJN, 2021b).

Los dos criterios señalados en este breve trabajo, así como el criterio analizado por el doctor Gabino Eduardo Castrejón García, son muy relevantes, en virtud de que permiten incorporar y aplicar de manera plena el derecho humano a una buena Administración Pública en el ordenamiento jurídico mexicano en sus tres ámbitos territoriales: el federal, el local y el municipal, por medio —entre otros— de la aplicación del bloque de constitucionalidad vertical, que permite articular y aplicar derechos humanos reconocidos en ordenamientos



locales, en términos del artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es decir, hay un bloque de constitucionalidad horizontal conformado por la Constitución federal y los tratados internacionales, lo cual permite incorporar prerrogativas reconocidas en los documentos fundamentales internacionales; pero también existe un bloque de constitucionalidad vertical, conformado por la Constitución federal y los derechos humanos reconocidos en los ordenamientos locales, como podría ser una Constitución o, incluso, alguna regulación local.

Así, el derecho a una buena Administración Pública ya es una realidad en el ordenamiento jurídico mexicano, con plena vigencia y aplicación práctica.

Surge, así, una nueva obligación para los poderes constituyentes, para los tres poderes tradicionales y para los órganos constitucionales autónomos, en los tres niveles de gobierno.

Para los poderes constituyentes, el deber de reconocer expresamente en las respectivas constituciones el derecho humano a una buena Administración Pública.

Para los poderes legislativos, hacer una revisión exhaustiva a todas las leyes e incorporar el derecho humano a la buena Administración Pública con todos sus principios y derechos componentes.

Para las Administraciones públicas, gestionar los respectivos procedimientos y trámites administrativos con una perspectiva de derechos humanos, especialmente el derecho humano a la Administración Pública.

Y para los juzgados y tribunales administrativos, resolver los asuntos sometidos a su jurisdicción bajo los estándares ya reconocidos por el Poder Judicial federal, desde la perspectiva del derecho humano a la buena Administración Pública.

#### FUENTES CONSULTADAS

Suprema Corte de Justicia de la Nación (2021a), “Buena Administración Pública.

Constituye un derecho fundamental de las personas y un principio de actuación para los poderes públicos (Legislación de la Ciudad de México)”, tesis aislada I.40.A.5 A , *Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

\_\_\_\_\_ (2021b), “Petición relacionada con la materia de una acción pública. Cuando se plantean riesgos a la población y violaciones a la regulación en el ámbito urbanístico la autoridad, en acatamiento al derecho a la buena Administración Pública, debe contestarla bajo la premisa de que, incluso de oficio, debe ocuparse de la revisión pertinente de los aspectos señalados, pues no se trata de facultades discrecionales, sino regladas (Legislación de la Ciudad de México)”, tesis aislada I.40.A.6 A , *Semanario Judicial de la Federación*, undécima época, Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.





**BREVIARIO  
BIBLIOGRÁFICO**





## LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO NOCIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

MATILLA CORREA, ANDRY, *LA BUENA ADMINISTRACIÓN COMO NOCIÓN JURÍDICO-ADMINISTRATIVA*, DYKINSON, 2020, MADRID, 327 PP.

ERICK ZAVALA GALLARDO

La obra del doctor Andry Matilla Correa, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana, parte de una aproximación histórica a los estudios teóricos y normativos sobre el concepto y la idea de la *buena Administración*, desde los siglos XVIII y XIX hasta su configuración jurídica en el siglo XX, con lo que nos muestra cómo el derecho a una buena Administración es nuevo en su formulación, pero no lo es en su existencia.

En la actualidad, el derecho a la buena Administración está plenamente reconocido por el derecho comunitario europeo, no solo desde la percepción de una regla, principio o deber jurídicos, sino como derecho fundamental de todas las personas.

En Latinoamérica se encuentra presente en la Constitución de Uruguay, y en México está plasmado en la Constitución Política de la Ciudad de México (artículo 3); además de contar con un importante marco referencial y un desarrollo conceptual contenido en la *Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública*, expedida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), organización intergubernamental de carácter regional.

Lo anterior nos indica que no se trata de un tema de “moda” o de menor relevancia para el desarrollo de la actividad administrativa, al contrario. En la obra del profesor Matilla Correa se podrá conocer la relevancia de este derecho para consolidar y promover, en lo jurídico, mejores valores y prácticas en el servicio a los intereses generales y a las personas; y como vía para garantizar y promover los derechos de las personas frente al funcionamiento administrativo.

Por lo que, en el transcurso del siglo XXI, la idea de la buena Administración ha sido finalmente reconocida como un principio, deber y derecho, a partir de su

---

*En la obra del profesor Matilla Correa se podrá conocer la relevancia de este derecho para consolidar y promover, en lo jurídico, mejores valores y prácticas en el servicio a los intereses generales y a las personas;...*

---

positivización en distintos instrumentos normativos; y con ello, a consideración de algunos autores, se ha logrado “dotar de alma a la Administración Pública”.

El doctor Matilla destaca que la construcción del concepto de buena Administración, como noción jurídica, parte de una perspectiva general en los estudios de derecho público desde el siglo XVIII; y que, en el campo jurídico, la preocupación por el funcionamiento de la Administración y del Estado no es algo novedoso, sino que tiene sus raíces, como la preocupación misma para el buen ejercicio del poder público, en tiempos anteriores.

Para demostrar lo anterior, de manera minuciosa analiza y comparte el pensamiento de los autores más importantes del derecho público y administrativo de los siglos XIX y XX en Francia, España e Italia. Nos muestra su evolución histórica en el planteamiento y delimitación del concepto de buena Administración hasta la delimitación de su contenido jurídico.

En el caso de Francia, la buena Administración (*bonne administration*) era considerada una medida y finalidad de la actuación de la Administración Pública en diversas esferas, aunque el autor concluye que estas expresiones eran empleadas de manera genérica en la mayoría de los casos, o bien, estaban poco desarrolladas (o prácticamente sin desarrollo) en su connotación jurídica.

En el caso del derecho español, el uso de expresiones como buena Administración y mala Administración estaban presentes en las obras de Pedro Sainz de Andino, Manuel Ortiz de Zúñiga y José de Posada de Herrera, entre otros; en los cuales, la buena Administración era concebida, desde entonces, como un elemento indispensable para el “buen gobierno” y como criterio de actuación que permitiría corregir los abusos que las leyes no pueden evitar.

Aunque, como en Francia, la presencia y las alusiones a la buena Administración en la normativa y en la literatura de derecho público de España estaban conceptualmente poco desarrolladas.

El profesor Matilla Correa concluye que, entre los publicistas en general y los administrativistas en particular del siglo XIX y los primeros momentos del XX, la buena Administración (y mala administración) era una idea bien establecida; pero no esclarecida, sin acompañarse de una construcción jurídica que la identificara y la llenara, de manera más precisa, de contenido y consecuencias en el plano del orden jurídico de la Administración Pública.



De manera particular, en la obra se analiza el pensamiento jurídico-administrativo de Maurice Hauriou, quien fue quien elevó el concepto de *Bonne administration* a la categoría de estándar o directiva, con consecuencias jurídicas más evidentes para el régimen jurídico de la Administración Pública.

El llamado decano de Toulouse, a través de sus comentarios a la jurisprudencia administrativa, hizo uso de la idea de la buena Administración con una clara operatividad jurídica y como criterio de fundamentación de la actuación administrativa, en complemento o más allá de lo dispuesto por la ley.

Para Hauriou, la buena Administración está asociada a los criterios de validez jurídica (criterio de juridicidad) de una decisión administrativa y, de manera directa, sobre la responsabilidad de los funcionarios públicos, así como para el control jurisdiccional sobre el actuar de la Administración Pública.

Por lo que Matilla Correa afirma que Maurice Hauriou fue el primer doctrinante dentro del iuspublicismo moderno, que realizó –como nadie hasta entonces y pocos después– una aplicación preclara de la buena Administración como idea jurídica en el derecho administrativo.

Continuando en el desarrollo de su obra, el profesor Matilla estudia y analiza las primeras incorporaciones del concepto de buena Administración en dos textos constitucionales: la Constitución italiana de 1947 y la uruguaya de 1952.

La Constitución italiana constituyó el primer ejercicio a nivel constitucional donde se incluyó, en la letra del artículo 97, la fórmula jurídica de *el buon andamento*, concepto cercano a lo que hoy se entiende como buena Administración.

En el caso de la Constitución de Uruguay, se incluyó en el apartado relativo a la regulación “de lo contencioso administrativo”, y fue la primera vez que el concepto de buena Administración se incluyó en texto constitucional en América.

El profesor Matilla analiza cómo esta disposición fue en un inicio duramente criticada por los doctrinarios de ese país, aduciendo que carecía de precisión jurídica, o bien, que estaba defectuosamente redactada, considerándola finalmente como un concepto jurídico indeterminado.

---

*...entre los publicistas en general y los administrativistas en particular del siglo XIX y los primeros momentos del XX, la buena Administración (y mala Administración) era una idea bien establecida; pero no esclarecida...*

---



---

*La Constitución italiana constituyó el primer ejercicio a nivel constitucional donde se incluyó [...] la fórmula jurídica de el buon andamento, concepto cercano a lo que hoy se entiende como buena Administración.*

---

No obstante, y debido a que el concepto de buena Administración se incluyó en una norma jurídica de tal jerarquía, fue necesario llevar a cabo su análisis para determinar su sentido y contenido en el derecho uruguayo. De esta manera nos muestra el profesor Matilla cómo se fue dando su evolución teórico-práctica hasta que se le dotó de plena operatividad como fenómeno jurídico (en lo conceptual y en lo práctico).

Siguiendo el análisis de la buena Administración en el plano jurídico, el profesor Matilla Correa estudia la Ley del Comisario Parlamentario de 1967 y las implicaciones que tuvo en el derecho británico, pero en un sentido negativo: el de la mala Administración (*maladministration*).

Señala que es a partir del segundo cuarto del siglo xx que se comienza a ganar mayor conciencia en Gran Bretaña sobre la necesidad de fortalecer los mecanismos de protección de los ciudadanos frente a la actuación de la Administración Pública, debido a que no existían medios jurídicos para impugnar judicialmente ciertas decisiones originadas por malas actuaciones administrativas.

Por lo que, buscando proveer de un mejor sistema de control sobre los actos de la Administración Pública, se creó un comisionado parlamentario, u *ombudsman* inglés, con el objeto de investigar las reclamaciones en los casos de injusticias como consecuencia de mala Administración.

---

*...buscando proveer de un mejor sistema de control sobre los actos de la Administración Pública, se creó un comisionado parlamentario, u ombudsman inglés, con el objeto de investigar las reclamaciones en los casos de injusticias como consecuencia de mala Administración.*

---

El principio de la buena Administración, en el plano del derecho europeo, aparece primero en el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el cual, a través de sus resoluciones y criterios, lo configuraría a la postre como un derecho fundamental de los ciudadanos de la Unión.

La buena Administración adquiere su consagración positiva final en el ordenamiento normativo común europeo,

llega a un punto importante de su evolución como noción jurídica y abre, además, nuevas proyecciones al respecto, en el Tratado de Maastricht (artículo 195, apartado 1) introduciendo la figura del defensor del pueblo con atribuciones para investigar reclamaciones por mala Administración en la actuación de las instituciones u organismos comunitarios.

Posteriormente, en el año 2000, al proclamarse la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, conocida también como Carta de Niza, se incluye y se eleva a la buena Administración a la condición de derecho fundamental (artículo 41). Finalmente, el Tratado de Lisboa respalda el valor jurídico

de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, al reconocer los derechos, libertades y principios enunciados en la misma.

En esta construcción normativa, Matilla Correa señala también la relevancia del Código Europeo de Buena Conducta Administrativa para regir a nivel de organismos e instituciones comunitarios, adoptado en el 2001 por el Parlamento Europeo; en el cual se explica a los ciudadanos qué significa en la práctica el derecho a la buena Administración y qué pueden esperar, en concreto, de la Administración europea.

Por otra parte, analiza y destaca la importancia para construir el derecho de la buena Administración de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, expedida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) en 2013. Instrumento en el que se reconoce el derecho fundamental a la buena Administración que tienen los ciudadanos, y donde se señalan también los deberes que tienen que ser observados por los ciudadanos al momento de interactuar con las instituciones públicas. A pesar de ser un instrumento sin carácter vinculatorio para los Estados, tiene un valor indicativo y referencial, en el que la buena Administración tiene una triple configuración y operatividad jurídicas: como principio, como obligación (o deber) y como derecho fundamental.

Con todo el entendimiento y el contexto analizado, el profesor Matilla Correa nos aporta su noción y configuración jurídica de la buena Administración como principio jurídico, así como su contenido y alcance.

Además, nos explica los cinco principios jurídico-administrativos clave de la buena Administración: eficacia, objetividad, economía o economicidad y celeridad. Concluye su importante obra comentando en qué consisten el deber y el derecho a la buena Administración.

---

*...el profesor Matilla Correa nos aporta su noción y configuración jurídica de la buena Administración como principio jurídico, así como su contenido y alcance.*

---





# **LINEAMIENTOS EDITORIALES**



Dignitas es una publicación semestral con fines académicos. Su principal tarea es difundir reflexiones sobre la situación de los derechos humanos en el Estado de México, en el país y en el mundo, fortalecer la cultura del respeto a la dignidad humana y profundizar en el conocimiento y uso de conceptos sobre los derechos humanos. Sus lineamientos editoriales se conforman de acuerdo con requisitos académicos estandarizados. Las colaboraciones deberán cumplir con las siguientes características:

## De contenido

1. Todos los artículos, ensayos y reseñas deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. En caso de que estos trabajos de investigación estén siendo sometidos a dictamen en otra publicación serán dimitidos.
2. En los artículos o ensayos se deberá argumentar la situación de los derechos humanos en cualquier región del Estado de México, de México o del mundo, así como desarrollar adecuadamente los conceptos que se incluyan en el texto.
3. Se aceptan trabajos en español, inglés, francés, portugués o italiano.
4. Los documentos deberán entregarse en idioma original e incluir un breve resumen en inglés con una extensión de 100 a 150 palabras que contenga información concisa acerca del contenido, además de una relación de tres a cinco palabras clave del texto (en el idioma en que se envíe el documento y en inglés), esto con fines de indexación bibliográfica.

5. Todos los trabajos deberán incluir al final del texto una breve reseña curricular que integre datos generales del o los autores, tales como:
  - Nombre(s) completo(s).
  - Máximo nivel de estudios e institución en la que se realizaron.
  - Institución a la que se encuentra adscrito laboralmente.
  - En caso de contar con otras publicaciones, mencionar las tres últimas. Deberán especificar si son en coautoría; el orden de los datos es el siguiente: el título del libro o “artículo”, ciudad, editorial, páginas (en caso de tratarse de un artículo) y año de la publicación.
  - Correo electrónico y teléfono.
6. Para la publicación de los artículos, el o los autores deberán remitir el formato de Carta-Cesión de la Propiedad de los Derechos de Autor debidamente completado y firmado. Este formato se puede enviar por correspondencia o por correo electrónico en archivo PDF, esto porque la Codhem requiere que el o los autores concedan la propiedad de los derechos de autor a Dignitas, para que sus textos sean publicados y difundidos en medios magnéticos, así como en la revista impresa. Los autores conservan sus derechos morales conforme lo establece la ley y podrán hacer uso del material de su artículo en otros trabajos o libros con la condición de citar a Dignitas como la fuente original de los textos.
7. Todos los trabajos serán sometidos a dictamen emitido por el Consejo Editorial, el cual está integrado por estudiosos de los derechos humanos y las ciencias sociales, así como por especialistas en materia editorial. En caso de que los resultados del dictamen sean discrepantes, se remitirá a un tercer dictamen que será definitivo.
8. Los resultados de los dictámenes son inapelables.
9. Los procesos de dictaminación están determinados por el número de artículos en lista de espera. El Centro de Estudios informará a cada uno de los autores del avance de su trabajo en el proceso de dictaminación y, en su caso, de edición.
10. Todo caso no previsto será resuelto por el Consejo Editorial de la Codhem.

## De formato

1. Los ensayos o artículos deberán tener una extensión de 25 a 30 cuartillas (incluidos gráficos, tablas, notas a pie de página y fuentes consultadas), con un interlineado de 1.5, en tipografía Times New Roman de 11 puntos. Las reseñas deben tener una extensión de una a tres cuartillas.
2. Todas las colaboraciones deberán enviarse a través de correo electrónico, en procesador Word, sin ningún tipo de formato, sangrías o notas automáticas.
3. En la portada del trabajo deberá aparecer el nombre completo del o los autores.
4. Los cuadros, tablas y gráficos deben presentarse agrupados al final del documento y en el texto se debe señalar el lugar donde se colocarán. Deberán estar elaborados en archivos aparte en procesador Excel, además, deben incluir título y fuente de donde se recabaron los datos.
5. Todo gráfico deberá presentarse en blanco y negro, sin ningún tipo de resaltado o textura, así como los diagramas o esquemas no deben ser copia.
6. No se colocarán epígrafes al inicio de cada trabajo.
7. Los títulos y subtítulos deberán numerarse con sistema decimal, después de la introducción.
8. Las notas a pie de página deberán ser únicamente aclaratorias o explicativas, es decir, han de servir para ampliar o ilustrar lo dicho en el cuerpo del texto y no para indicar las Fuentes consultadas.
9. Deberá usarse el sistema Harvard.

## Envío de trabajos

Correo electrónico: [revistadignitas@codhem.org.mx](mailto:revistadignitas@codhem.org.mx)

Teléfono en la ciudad de Toluca: (722) 236 05 60, extensiones 155 o 154.



Dignitas is a biannual publication for academic purposes. Its main task is to spread reflections on the situation of human rights in the State of Mexico, in the country and in the world, strengthen the culture regarding human dignity and deep in the knowledge and use of concepts on human rights. Its editorial guideline conforms to standardized academic requirements. Contributions must contain following characteristics:

## Contents

1. All articles, essays and reviews must be original and not have been previously published. In event that these research works would be submitted into a dictamen in another publication, it will be removed.
2. Articles or essays must explain the situation of human rights in any region of the State of Mexico, Mexico or of the world, and develop properly the concepts included in the text.
3. Articles are accepted in Spanish, English, French, Portuguese or Italian.
4. Documents must be submitted in original language and include an abstract in English of 100-150 words containing concise information about the content, and a list of three to five key words of the text (in the original language in which the document is sent and in English), this for bibliographic indexing purposes.
5. All entries must include at the end of the text a brief curriculum overview of the author(s) to include details such as:
  - Complete name(s).
  - Highest level of study and institution in which it took place.
  - Institution the author is currently working at.

- When author has written other publications, mention only the three most recently. They must specify whether they are co-authored; the order of data is as follows: the title of the book or "article", city, publisher, pages (if it is an article) and year of publication.
  - E-mail address and telephone number.
6. For the publication of the articles, the author or authors must send Transfer of Ownership of Copyright letter-format duly completed and signed by the author or authors. This format may be sent by mail or e-mail in PDF file. This because the Codhem requires that author or authors granted the ownership of the copyright to Dignitas, so that their texts are published and disseminated on magnetic media and in printed magazine. Authors retain their moral rights as established by law and they can make use of their article material in other works or books on the condition of quoting Dignitas as the original source of the texts.
  7. All papers will be submitted to opinion of the Editorial Board, which is composed of studios of human rights and social sciences as well as specialists in publishing field. If results are discrepant, the dictum will be forwarded to a third opinion which will be the final one.
  8. The results of opinions are unappealable.
  9. The opinion processes are determined by the number of items on the waiting list. The Centre for Studies will inform each of the authors of their work progress in the process of opinion and, where appropriate, its edition.
  10. Any case not provided above, will be solved by Editorial Board of the Codhem.

## Formatting

1. The essays or articles should be around 25 to 30 pages (including charts, tables, footnotes and sources consulted page), with a line spacing of 1.5, font 11-point Times New Roman style. Reviews must have an extension of one to three pages.

2. All contributions must be sent via e-mail, word processor, without any kind of format, indents or automatic notes.
3. The cover of the paper must include the full name of the author or authors.
4. Charts, tables and graphs must be grouped at the end of the document and the text must indicate the place where they will be placed. They must be processed in separate files in Excel processor. They must also include title and source from which the data were collected.
5. All graphics must be presented in black and white, without any highlighting or texture as well as charts or diagrams should be submitted in an editable format.
6. No epigraphs will be placed at the beginning of each paper.
7. The titles and subtitles must be numbered with decimal system, after the introduction.
8. Footnotes must be only explanatory and must serve to expand or illustrate what is said in the body of the text and not to indicate reference sources.
9. Harvard system must be used.

## Contributions Submission

Email: [revistadignitas@codhem.org.mx](mailto:revistadignitas@codhem.org.mx)

Telephone number in the city of Toluca: +52 (722) 2 36 05 60, exts. 155 or 154.



*Dignitas* núm. 41 estuvo al cuidado del Centro de Estudios de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de México; se terminó de imprimir en septiembre de 2022, en los talleres de Litográfica Ingramex, S. A. de C. V., Centeno 162-1, Col. Granjas Esmeralda, Iztapalapa, C. P. 09810, Ciudad de México, México.



[twitter.com/CODHEM](https://twitter.com/CODHEM)



[facebook.com/CodhemOficial](https://facebook.com/CodhemOficial)



[instagram.com/derechoshumanos\\_edomex](https://instagram.com/derechoshumanos_edomex)



[youtube.com/c/CODHEMOficial](https://youtube.com/c/CODHEMOficial)



EJEMPLAR GRATUITO