AÍDA

OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Revista de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo

AÑO 8 OPUS No. 16 Julio-Diciembre 2014

Dr. Jorge Fernández Ruiz
Fundador

De las opiniones sustentadas en los trabajos firmados responden exclusivamente sus autores. El hecho de su publicación no implica en manera alguna que esta revista, AÍDA. OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, se solidarice con su contenido.

COMITÉ EDITORIAL DE LA FES ACATLÁN

DR. JOSÉ ALEJANDRO SALCEDO AQUINO
Presidente del Comité Editorial

MTRO. JORGE LUIS SUÁREZ MADARIAGA
Secretario Ejecutivo del Comité Editorial

D.G. VICTOR HUGO HUERTA GONZÁLEZ
Secretario Técnico del Comité Editorial

DR. DARÍO RIVERA VARGAS
Secretario General

DR. ENRIQUE GARCÍA Y MOISÉS
Coordinador del Programa de Estudios de Posgrado

DR. GABINO EDUARDO CASTREJÓN GARCÍA
Coordinador de la Unidad de Investigación Multidisciplinaria

LIC. LUIS FELIPE ESTRADA CARREÓN
Coordinador del Programa de Investigación

LIC. VICTOR HUGO CASTAÑEDA SALAZAR
Secretario de Extensión Universitaria y Vinculación Institucional

MTRA. MARÍA DEL CONSUELO SANTAMARÍA AGUIRRE
Coordinadora del Centro de Idiomas Extranjeros

MTRA. RAQUEL ÁBREGO SANTOS
Jefa de la División del Sistema de Universidad
Abierta, Educación Continua y a Distancia

LIC. SARA LUZ ALVARADO ARANDA
Jefa de la División de Humanidades

DR. CARLOS RODRÍGUEZ LÓPEZ
Jefe de la División de Diseño y Edificación

DRA. MARÍA MARTHA DEL SOCORRO ACEVES ÁZCARATE
Jefa de la División de Ciencias Socioeconómicas

MTRO. ISIDRO MALDONADO RODEA
Jefe de la División de Ciencias Jurídicas

MTRA. NORA DEL CONSUELO GORIS MAYANS
Jefa de la División de Matemáticas e Ingeniería

DR. JOSÉ NARRO ROBLES
Rector

DR. EDUARDO BÁRZANA GARCÍA
Secretario General

DR. JOSÉ ALEJANDRO SALCEDO AQUINO
Director

DR. DARÍO RIVERA VARGAS
Secretario General

FIS. MAT. JORGE LUIS SUÁREZ MADARIAGA
Coordinador de Servicios Académicos

DR. ENRIQUE GARCÍA Y MOISÉS
Coordinador del Programa de Estudios de Posgrado

D.G. VICTOR HUGO HUERTA GONZÁLEZ
Jefe de la Unidad de Servicios Editoriales

ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE DERECHO ADMINISTRATIVO

DR. LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ
Presidente

DR. MAHENDRA P. SINGH
Presidente Adjunto para Asia

DRA. JACQUELINE MORAND-DEVILLER
Presidenta Adjunta para Europa

DR. JOHN MILL ACKERMAN
Presidente Adjunto para América del Norte

DR. MARIANO BRITO †
Presidente Adjunto para América del Sur

DR. HUGO HAROLDO CALDERÓN MORALES
Presidente Adjunto para Centro América

DR. ANDRY MATILLA CORREA
Presidente Adjunto para el Caribe

DR. MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA
Presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas

AÍDA

OPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO
Revista de la Asociación Internacional
de Derecho Administrativo

Carlos Humberto Reyes Díaz
Director general

Augusto Sánchez Sandoval
Director técnico

Miguel Alejandro López Olvera +

Gabino E. Castrejón García
Director ejecutivo

Abril Uscanga Barradas
Director jurídico

David Cienfuegos Salgado
Director académico

Javier Santiago Sánchez †

Delio Dante López Medrano
Director de relaciones públicas

Rodrigo Aliphat Rodríguez
Director de distribución

José Antonio Alvarez León
Director de comunicación social

Gustavo Alberto Guzmán Ávila
Director editorial

Nayade Gómez Vázquez
Director de difusión

"Aída, Ópera Prima de Derecho Administrativo, Año 2006, No. 16 (julio – diciembre 2014), es una publicación semestral. Editada por la Universidad Nacional Autónoma de México, con domicilio en Ciudad Universitaria, Delegación Coyoacán, C.P. 04510, México D.F. a través de la Coordinación del Programa de Posgrado en Derecho, ubicada en la Unidad de Posgrado Edificio "F" primer piso. Editor responsable: Dr. Jorge Fernández Ruíz, Certificado de reserva otorgado por el Instituto de Derecho de Autor de la SEP: 04-2011-091512374900-102, ISSN: 2007-4816, Certificado de Licitud de Título y Contenido: No. 15678, otorgado por la Secretaría de Gobernación, impresa por talleres de Tesis Bolívar, Bolívar 290 C, Col. Obrera, C.P. 06800, México D.F., tel: 55786866, distribuida por la Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Av. Alcanfores y San Juan Totoltepec s/n, Santa Cruz Acatlán, C.P. 53150, Naucalpan de Juárez, México. Este número se terminó de imprimir el día 29 de agosto de 2014, con un tiraje de 300 ejemplares, impresión tipo offset, con papel cultural color paja de 90 g. para los interiores y papel couche de 230 g. para los forros. El contenido de los artículos es responsabilidad de los autores y no refleja necesariamente el punto de vista de los árbitros ni del editor. El hecho de su publicación no implica de manera alguna que esta revista, AÍDA. ÓPERA PRIMA DE DERECHO ADMINISTRATIVO, se solidarice con su contenido."

CONSEJO EDITORIAL

MANLIO FABIO CASARÍN LEÓN
Presidente

JOSÉ ARAUJO JUÁREZ, DAFNE BARAK-EREZ, HUGO HAROLDO CALDERÓN MORALES, GERMÁN CISNEROS FARÍAS, AGUSTÍN GARCÍA LÓPEZ †, AGUSTÍN GORDILLO, MIRIAM MABEL IVANEGA, ANDRY MATILLA, JACQUELINE MORAND-DEVILLER, JOSÉ RENÉ OLIVOS CAMPOS, ROLANDO PANTOJA BAUZA †, LUCIANO PAREJO ALFONSO, JUAN FRANCISCO PÉREZ GÁLVEZ, CARLOS DEL PIAZZO, CRISTIAN PIELOW, CARLOS HUMBERTO REYES DÍAZ, JAIME RODRÍGUEZ-ARANA, LIBARDO RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, ENRIQUE ROJAS FRANCO, MAHENDRA P. SINGH, EDUARDO TORRES ESPINOSA, PATRICIA VINTIMILLA.

COMITÉ EDITORIAL

DANIEL MÁRQUEZ GÓMEZ
Presidente

JORGE ABDÓ, HÉCTOR ALDASORO VELAZCO †, MARIA INÉS ARAGÓN SALCIDO, EUGENIO ARRIAGA MAYÉS, ADRIANA BERRUECO GARCÍA, MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUIZ, CARLA HUERTA OCHOA, MARIA GUADALUPE MÁRQUEZ OLVERA, ELISEO MURO RUIZ, ARTURO ORENDAIN GONZÁLEZ, ALFONSO ROMÁN QUIROZ, JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, ROBERTO TORRES HERRERA, JORGE VARGAS MORGADO, SONIA VENEGAS ÁLVAREZ, LUCINDA VILLAREAL CORRALES, MIGUEL ÁNGEL ZARAZÚA.

Número de reserva al título en Derechos de Autor:
04-2011-091512374900-102
Número de certificado de licitud de título: 15678
Número de certificado de licitud de contenido: 15678

Primera edición: 2014
DR ® 2014, Asociación Internacional de Derecho Administrativo.
Impreso y hecho en México.
ISSN 2007-4816.

ÍNDICE

Artículos

Dimensión constitucional del derecho al agua en Colombia. 1
Augusto HERNÁNDEZ BECERRA

El agua dulce se agota.....23
Bernardo Huarachi Tola

El derecho humano al agua en México, y su protección a través de mecanismos nacionales.....51
Filiberto OTERO SALAS

El derecho humano al agua en la constitución italiana y en el derecho comparado 81
Giuseppe FRANCO FERRARI

El derecho humano al agua frente al poder de mercado 103
Guido ESCOBAR PÉREZ

El agua como derecho fundamental 125
Jorge Enrique ROMERO PÉREZ

El agua derecho humano en riesgo.....155
Patricia VINTIMILLA NAVARRETE

Deberes de los particulares en la constitución y medio ambiente.....171
William ZAMBRANO CETINA

Naturaleza jurídica de los órganos constitucionales autónomos en México 217
Fernando SERRANO MIGALLÓN

Bases constitucionales de la política exterior mexicana 243
Ricardo MÉNDEZ SILVA

La nueva Administración Pública Federal en México 265
Ángel ZARAZÚA MARTÍNEZ

La homologación en materia administrativa e interinstitucional en el Poder Judicial de la Federación.....283
Alfonso T. MUÑOZ de COTE

El ejercicio autonómico de las competencias electorales de la ciudad de buenos aires. Algunas reflexiones sobre la reforma política que se avecina.....317
Alberto A. ELGASSI

El derecho administrativo y las bases republicanas...335
Fernando R. GARCÍA PULLÉS

La sumisión del derecho administrativo a los tratados internacionales de derechos humanos 353
Gregorio FLAX

A treinta años de la ratificación de la convención americana sobre derechos humanos. Reflexiones desde el derecho público 383
Guillermo E. Cony

Responsabilidad del estado y derechos sociales 403
Leonardo Massimino

El derecho administrativo como principio rector de la democracia.....431
Lucas CLARK

Excursus sobre la crisis de la licitación pública y la forma de los contratos administrativos. Cuestiones subyacentes 451
Isaac Augusto DAMSKY

La distribución de competencias del poder de policía y la policía de tránsito en un Estado Federal: la cuestión en Argentina.....495
Claudio Matías POSDELEY

Procedimiento disciplinario. Influencia de las decisiones de la CIDH 529
Miriam MABEL IVANEGA

El acceso al sistema interamericano y el valor de sus decisiones en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación 555
Paula RODRÍGUEZ

Los contratos públicos como regla de derecho en el Neoconstitucionalismo 573
Alejandro PÉREZ HUALDE

El sistema de salud en la argentina del tercer milenio 595
Viviana BONPLAD

El derecho urbanístico como una rama del derecho administrativo 619
Francisco Javier COQUIS VELASCO

Artículos

DIMENSIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO AL AGUA EN COLOMBIA

AUGUSTO HERNÁNDEZ BECERRA

SUMARIO: Introducción. I. El derecho al agua en la constitución. 1. Agua, medio ambiente y servicios públicos. 2. El suministro de agua potable como deber social del Estado. II. Protección judicial efectiva del derecho al agua. 1. Importancia decisiva de la acción de tutela. 2. El derecho al agua: derecho constitucional innominado y complejo. 3. Derecho fundamental por conexidad. 4. Prohibición excepcional de la suspensión del servicio de agua potable. 5. Mínimo vital. 6. El derecho al agua como un derecho humano. Conclusiones

INTRODUCCIÓN.

El derecho de los colombianos al agua adquiere rango constitucional por primera vez en 1991, gracias a que el artículo 366 de la Constitución le ordena al Estado, como "objetivo fundamental de su actividad", solucionar las necesidades insatisfechas de agua potable. Este derecho se concreta en el acceso al servicio público domiciliario que prestan o deben prestar los acueductos a toda la población de acuerdo con la Constitución. La garantía de este servicio es una de las principales misiones del municipio.

La fuente constitucional del derecho al agua es en nuestro país precaria, por cuanto no está consagrado expresamente y por tanto debe

inferirse de principios y reglas generales. En efecto, el deber estatal de suministrar agua potable a toda la población permite deducir el derecho implícito que para todos supone el cumplimiento de este deber público. Por conexidad con otros derechos fundamentales, como la vida, la salud y la dignidad, la interpretación constitucional también permite llegar al derecho al agua. De otra parte el derecho al agua está lógicamente comprendido en el deber estatal y social de protección y defensa de los recursos naturales no renovables y en el derecho de todos a un ambiente sano. Sería inconcebible el Estado Social de Derecho si no existiera un compromiso constitucional con el derecho colectivo e individual de acceder a la fuente de la vida que es el agua.

El derecho humano al agua ha recibido un formidable impulso gracias a los progresos del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Este fenómeno ha incidido directamente en el régimen jurídico nacional porque los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos, ratificados por Colombia, forman con la Constitución un todo, en virtud del concepto de bloque de constitucionalidad adoptado por la Carta Política en el artículo 93.

La Corte Constitucional ha trabajado laboriosamente con los materiales conceptuales y normativos antes mencionados para construir una doctrina avanzada, que de manera integral reconoce el derecho fundamental al agua potable y con gran eficacia ha contribuido a su eficaz protección. A continuación se analizará lo que bien podría denominarse el plan constitucional para garantizar el acceso de todos al agua potable por medio de la descentralización territorial, y se

presentará un esbozo de los caminos recorridos por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para perfilar el derecho al agua como un derecho fundamental y humano, y para garantizar su protección efectiva mediante la acción de tutela.

I. EL DERECHO AL AGUA EN LA CONSTITUCIÓN

1. Agua, medio ambiente y servicios públicos. En 49 artículos dedicados al medio ambiente y los recursos naturales la Constitución colombiana logra componer un completo marco de acción estatal para la gestión medioambiental y asigna precisas responsabilidades a las autoridades públicas para la protección del patrimonio ecológico, [1] pero la verdad es que la "Constitución ecológica", así bautizada por la doctrina, [2] no incluye al agua dentro de dicho marco ambiental y ecológico.

El artículo 79 constitucional prescribe que todas las personas tienen derecho a gozar de un ambiente sano, y que el Estado tiene el deber de proteger la diversidad e integridad del ambiente. El artículo 80 agrega que, entre otras, es misión del Estado tiene planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible y conservación. El artículo 95 impone a los ciudadanos el deber de proteger los recursos naturales y culturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

1 Rodas Monsalve, Julio César. Constitución y Derecho Ambiental-Principios y acciones constitucionales para la defensa del ambiente. Carvajal Soluciones de Comunicación, Bogotá, 2012.

2 Amaya Navas, Óscar Darío. La Constitución Ecológica de Colombia. Universidad Externado de Colombia, segunda edición, Bogotá, 2010.

A partir de este contexto medioambiental ha emergido, por vía de interpretación, la regulación constitucional del agua entendida como recurso natural no renovable, como bien de uso público, como parte del patrimonio del Estado, y como elemento indispensable para la vida humana que se traduce en el derecho fundamental de todos al suministro de agua potable. Así lo han entendido la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, a pesar de que el texto de la Carta Política no ofrece manifestaciones expresas al agua como recurso natural, ni como componente del medio ambiente, ni como derecho humano, ni como objetivo explícito de políticas públicas.

Debe destacarse que la Constitución se detiene en el tema del agua únicamente a propósito de la función que asigna al Estado de garantizar a todos el acceso al agua potable mediante una gestión territorialmente descentralizada que convierte al municipio en el principal responsable del sostenimiento del servicio público domiciliario de agua potable. [3]

Paradójicamente, más que en las disposiciones constitucionales sobre el medio ambiente, el derecho al agua encuentra mayor asidero en la asignación de competencias al municipio resultante de la organización descentralizada de la administración pública, y del sistema de financiación de los servicios a cargo de las entidades territoriales. El suministro de agua potable como deber social del municipio hacia sus habitantes y la gestión del servicio mediante el régimen de las empresas de servicios públicos domiciliarios que ha desarrollado la ley,[4]

3 Artículos 356 y 357 de la Constitución.

4 Ley 142 de 1994, "Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones".

vienen a ser por tanto las fuentes constitucionales más sólidas del derecho de que estamos tratando, como se verá a continuación.

2. El suministro de agua potable como deber social del Estado. En consonancia con la proclamación de la república de Colombia como un Estado Social de Derecho, formulada en el artículo 1° de la Carta, el artículo 366 prescribe que será objetivo fundamental de la actividad estatal erradicar la pobreza mediante la solución de cuatro necesidades insatisfechas de la población, entre ellas la relativa al agua potable.

Dice así el artículo 366:

> *"Artículo 366. El bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población son finalidades sociales del Estado. Será objetivo fundamental de su actividad la solución de las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable.*
>
> *Para tales efectos, en los planes y presupuestos de la Nación y de las entidades territoriales, el gasto público social tendrá prioridad sobre cualquier otra asignación."*

No existe en la Constitución, por tanto, ninguna función del Estado que sea más importante, porque solucionar las necesidades insatisfechas de salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable son "*objetivo fundamental de su actividad".* Como ocurre con todos los deberes del Estado, y proveer agua potable a la población es uno de ellos, dichos deberes se transforman para las personas en derechos. Siendo para el Estado un deber fundamental proveer agua potable, para las personas el acceso a agua potable se encarna en un derecho igualmente fundamental.

Ahora bien, la satisfacción de las cuatro necesidades esenciales que enumera el artículo 366 se realiza mediante la prestación de los correspondientes servicios públicos: escuelas, seguridad social, acueductos, alcantarillado y disposición de basuras. Estos servicios tienen especial relevancia constitucional y se encuentran inescindiblemente vinculados a los deberes sociales del Estado por estar primordialmente orientados a la población pobre. El artículo 365 no deja lugar a dudas al prescribir: *"Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional."*

Si bien el Estado debe asegurar la prestación eficiente de los servicios públicos a la población, ello no significa que todos los servicios públicos deban ser gestionados por el Estado. La Constitución permite que los servicios públicos se presten de muy diversa manera para garantizar así que lleguen a todos los habitantes del territorio. Con este propósito la Carta organiza la prestación de los servicios públicos de la siguiente manera en el artículo 365:

"Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios…"

El modelo de los servicios públicos es uno de los grandes aciertos de la Constitución de 1991 y está basado en una tríada de instituciones: i) órgano regulador independiente, ii) superintendencia de servicios públicos, organismo gubernamental que controla y sanciona, y iii) empresas privadas,

públicas y mixtas a cargo de la gestión, todo dentro del marco de la Constitución y la ley. La regulación apunta principalmente a que los servicios se presten en condiciones de competencia, que las empresas de servicios públicos ofrezcan la mejor calidad e incrementen constantemente la cobertura, y que toda la población esté en capacidad de pagar las tarifas de acuerdo con su capacidad económica, para lo cual los alcaldes han estratificado a los usuarios por grupos socioeconómicos. Mediante el sistema tarifario estratificado se ejecuta una política de solidaridad y redistribución de la riqueza conforme a la cual los más pudientes pagan bastante más de lo que cuesta el servicio para subsidiar las facturas de los menos pudientes.

A partir de estas premisas ha podido sostener la Corte Constitucional:

> *"El agua en el ordenamiento jurídico colombiano tiene una doble connotación pues se erige como un derecho fundamental y como un servicio público. En tal sentido, todas las personas deben poder acceder al servicio de acueducto en condiciones de cantidad y calidad suficiente y al Estado le corresponde organizar, dirigir, reglamentar y garantizar su prestación de conformidad con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad."* [5]

El artículo 311 de la Constitución dispone que el municipio es la entidad fundamental de la división político-administrativa del Estado y le corresponde prestar los servicios públicos que determine la ley. La legislación orgánica que hizo el reparto general de competencias entre la Nación, los departamentos y los municipios, [6] asignó al

5 Corte Constitucional, sentencia T-740 de 2011.
6 Leyes 715 de 2001 y 1176 de 2007.

municipio la tarea de garantizar la prestación de los servicios necesarios para satisfacer las necesidades básicas de la población y por tal razón le ha asignado la parte más gruesa de los recursos que la Nación transfiere periódicamente a las entidades territoriales con esa destinación.

Los municipios reciben transferencias de la nación mediante el denominado Sistema General de Participaciones de las entidades territoriales con destinación específica a los cuatro sectores que enumera el artículo 366. Dichos recursos son en principio administrados por los municipios y excepcionalmente por los departamentos, de manera subsidiaria, cuando aquellos no logren certificarse para administrarlos debido a que son muy pequeños o carecen de la necesaria capacidad de gestión.

El gasto público destinado a garantizar la prestación de los servicios públicos domiciliarios y especialmente el suministro de agua potable, es una inversión de alta rentabilidad social y gran impacto en la calidad de vida de la población, pues contribuye a aliviar los rigores de la pobreza, disminuye la mortandad infantil, la desnutrición y las enfermedades, y crea mejores condiciones para disfrutar, en equidad, de salud, oportunidades y bienestar.

II. PROTECCIÓN JUDICIAL EFECTIVA DEL DERECHO AL AGUA

1. Importancia decisiva de la acción de tutela. La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución, institución en muchos aspectos equivalente al amparo mexicano, permite a toda persona solicitar a los jueces, mediante un

procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad. En un plazo no superior a diez días desde cuando se solicitó la intervención judicial, el juez dará protección efectiva del derecho mediante una orden para que la autoridad actúe o se abstenga de hacerlo.

La Corte Constitucional, instancia de cierre de la jurisdicción constitucional para la protección de los derechos por vía de tutela, al fijar posiciones jurisprudenciales de avanzada en relación con los postulados constitucionales, ha impulsado en forma decisiva una cultura de respeto hacia los derechos humanos y una conciencia colectiva sobre la propia dignidad y los correlativos deberes del Estado. Ha sido el caso del derecho constitucional fundamental al agua, a cuya eficaz protección llegó tempranamente la Corte luego de sortear algunas dificultades iniciales debido a que este derecho no aparece expresamente establecido en el elenco de los derechos constitucionales fundamentales elaborado en 1991.

2. El derecho al agua: derecho constitucional innominado y complejo. Aun cuando el derecho al agua no aparece explícitamente consagrado en la Constitución, son numerosas y significativas en el texto constitucional las alusiones en las que el agua está vinculada a deberes prioritarios del Estado. En efecto, la provisión de agua a la población, entendida como deber del Estado y como derecho de las personas, se deduce claramente de los mandatos constitucionales al Estado para que atienda las necesidades básicas insatisfechas de la población, proteja la integridad del ambiente,

garantice el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, asegure la prestación de los servicios públicos esenciales.

El reverso de estos deberes estatales son los correlativos derechos de las personas, quienes tienen por tanto la facultad de reclamar del Estado las correspondientes prestaciones. Bajo tales consideraciones ha estimado la Corte Constitucional que el derecho al agua es un derecho constitucional complejo, en el sentido de que "está interrelacionado y es indivisible e interdependiente de los demás derechos fundamentales." [7] El derecho al agua es por consiguiente, según han deducido la jurisprudencia y la doctrina, un derecho constitucional innominado que se expresa en una multitud de obligaciones a cargo del Estado y se proyecta para las personas no solo en un derecho sino en un amplio repertorio de derechos. [8]

3. Derecho fundamental por conexidad. El derecho al agua no es solo un derecho constitucional sino además un derecho fundamental. Así lo ha señalado la jurisprudencia constitucional al establecer su conexidad con otros derechos fundamentales, como son los derechos a la vida, la salud, la igualdad, la dignidad, el derecho a un ambiente sano, la protección especial de los derechos de los niños. A igual conclusión se llega en consideración a su evidente conexidad con otros derechos económicos, sociales y culturales

7 Sentencia T-418 de 2010.

8 La sentencia T-418 de 2010 (Corte Constitucional) enumera más de diez derechos derivados de o relacionados con el derecho al agua, que se expresan en formas concretas de tutela a su goce efectivo: derecho a servicios adecuados de alcantarillado y acueducto; protección contra interrupciones graves, prolongadas y constantes del servicio; derecho a no suspensión del servicio en condiciones de urgencia; derecho a la igualdad y no discriminación en el suministro del servicio; derecho a que los reglamentos o procedimientos burocráticos no se constituyan en barreras para el acceso al servicio, etc.

(DESC).

Para aseverar que el derecho al agua es constitucional y a la vez fundamental, a pesar de que en nuestra Carta es un derecho innominado, la jurisprudencia de la Corte ha encontrado también seguro fundamento en la textura abierta de la Constitución en materia de derechos humanos[9] y en el bloque de constitucionalidad que con las normas constitucionales forman los instrumentos internacionales que reconocen los derechos humanos ratificados por Colombia.[10]

Este aspecto del derecho al agua ha sido expuesto por la Corte Constitucional en numerosas sentencias. Por ejemplo, la sentencia T-740 de 2011 ofrece el siguiente razonamiento:

"La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho al agua se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional, pues esta normatividad, de acuerdo con el artículo 93 de la Constitución, se erige como normas con rango constitucional o como estándares internacionales que sirven como pautas de interpretación de los derechos que hacen parte del sistema jurídico colombiano."

La primera decisión de tutela que reconoció el carácter fundamental del derecho al agua por conexidad con otros derechos fundamentales fue la sentencia T-570 de 1992, en la cual expresó la Corte:

"…en principio el agua constituye

9 "Artículo 94. La enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes, no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos."

10 "Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno…"

> fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas (CP art. 11), la salubridad pública (CP arts. 365 y 366) o la salud (CP art. 49), es un derecho constitucional fundamental y como tal [puede] ser objeto de protección a través de la acción de tutela."

La sentencia T-570 de 1992 trazó un camino largamente trasegado por la jurisprudencia hasta nuestros días. [11] En aquella primera oportunidad la Corte Constitucional se refirió al derecho al agua como un derecho fundamental así:

> "El derecho al servicio de acueducto en aquellas circunstancias en las cuales se afecten de manera evidente e inminente derechos y principios constitucionales fundamentales, como la dignidad humana, la vida y los derechos de los disminuidos, deben ser protegidos por la acción de tutela. El hecho de que la comunidad no tenga servicio de acueducto, o lo tenga pero no funcionando adecuadamente, se constituye en factor de riesgo grande para la salud de la comunidad expuesta a esa situación."

Posteriormente, en las sentencias T- 140 de 1994 y T- 207 de 1995, la Corte profundizó en las razones que llevan a considerar el derecho al agua como un derecho fundamental:

> "*... el agua constituye fuente de vida y la falta del servicio atenta directamente con el derecho fundamental*

11 V. entre otras las sentencias T-539 de 1993, T-244 de 1994, T-523 de 1994, T-092 de 1995, T-379 de 1995, T-413 de 1995, T-410 de 2003, T-1104 de 2005, T-270 de 2007, T-022 de 2008 y T-888 de 2008 y T- 381 de 2009.

a la vida de las personas. Así pues, el servicio público domiciliario de acueducto y alcantarillado en tanto que afecte la vida de las personas, salubridad pública o salud, es un derecho constitucional fundamental y como tal debe ser objeto de protección a través de la acción de tutela".

Por esta misma época la Corte Constitucional declaró en la sentencia T - 413 de 1995 que "*El derecho al agua, para el uso de las personas, en cuanto contribuye a la salud, a la salubridad pública, y, en últimas, a la vida, es un derecho fundamental,"* a lo cual agregó:

> "Sin agua no se puede vivir, luego lo lógico es que un acueducto construido para uso domiciliario del líquido debe tener preferencialmente tal destinación. Lo razonable es atender primero las necesidades domésticas de las familias que son socias o usuarias del acueducto regional y, si hay un excedente, de manera reglamentada se puede aprovechar excepcionalmente para otros usos."

Más recientemente en la sentencia T-381 de 2009 declaró la Corte Constitucional:

> "*La jurisprudencia ha precisado que el agua potable constituye un derecho fundamental que hace parte del núcleo esencial del derecho a la vida en condiciones dignas, cuando está destinada al consumo humano. Y este derecho puede protegerse por medio de la acción de tutela, únicamente cuando se relaciona con la vida, la salud y salubridad de las personas, pero no cuando está destinada a otras actividades, tales como el turismo, la explotación agropecuaria o a terrenos deshabitados."*

Al defender el derecho fundamental al

agua potable la Corte ha insistido en que su núcleo radica en garantizar a cada persona la cantidad necesaria o mínimo vital indispensable para preservar la vida y la salud. Por esta razón el derecho al agua no se extiende a volúmenes superiores ni a usos diferentes de la satisfacción de las necesidades básicas de las personas, como sería su aprovechamiento en actividades comerciales, industriales o agrícolas.

4. Prohibición excepcional de la suspensión del servicio de agua potable. Numerosas sentencias de la Corte Constitucional se han ocupado del suministro domiciliario de agua potable como un servicio social esencial que debe ser garantizado por el Estado de acuerdo con el artículo 366 de la Carta. Y ocupándose de la protección de este derecho ha tocado un punto socialmente sensible y de gran interés: ¿hasta qué punto las empresas de servicios públicos domiciliarios están facultadas para suspender la prestación del servicio a los usuarios morosos?

Al abordar esta cuestión ha recordado la Corte que la ley ciertamente impone a las empresas de servicios públicos domiciliarios el deber de suspender el servicio al deudor moroso en atención a tres finalidades de estirpe constitucional: (i) garantizar la prestación del servicio público a los demás usuarios; (ii) concretar el deber de solidaridad, que es un principio fundamental del Estado; y (iii) evitar que los propietarios no usuarios de los bienes sean asaltados en su buena fe por arrendatarios o tenedores incumplidos en sus obligaciones contractuales.[12]

Sin embargo, ha dicho la Corte, esta regla no es absoluta y admite excepciones en atención a razones

12 Sentencia T-546 de 2009.

constitucionales superiores, específicamente en lo tocante a los derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos. En este sentido, al analizar la constitucionalidad del artículo 130 de la Ley 142 de 1994 sobre servicios públicos domiciliarios, la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-150 de 2003 que las empresas prestadoras de servicios públicos deberán abstenerse de suspender el servicio cuando la interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos o impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios, o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad.

En efecto, las empresas prestadoras de servicios públicos no podrán suspender el servicio

> *"… cuando dicha interrupción tenga como consecuencia el desconocimiento de derechos constitucionales de sujetos especialmente protegidos, o impida el funcionamiento de hospitales y otros establecimientos también especialmente protegidos en razón a sus usuarios[13], o afecte gravemente las condiciones de vida de toda una comunidad."* [14]

Habiendo tenido que conocer de una variada casuística, que va más allá de la consideración de los sujetos de especial protección constitucional (niños, ancianos, enfermos, indigentes y otras personas en condiciones de debilidad y

13 Sobre este punto pueden consultarse, entre otras, las siguientes providencias: la sentencia T-235 de 1994, respecto de cárceles; la Sentencia T-380 de 1994, respecto de colegios públicos; y las Sentencias T-881 de 2002 y T-1205 de 2004 respecto de hospitales, acueductos y establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana.

14 V. Sentencia T-881 de 2002.

desprotección manifiestas), la jurisprudencia ha identificado diversas situaciones en las cuales el rigor de la ley debe ceder ante imperiosas razones de orden constitucional que impiden suspender la prestación del servicio como son los casos de suministro de agua potable a colegios, cárceles, establecimientos relacionados con la seguridad ciudadana, etc.

5. Mínimo vital. Al ahondar en el análisis del derecho constitucional fundamental al agua la sentencia T - 546 de 2009 expresa:

> "… no en todo caso de incumplimiento es válido suspender los servicios públicos domiciliarios, en el sentido de cortar totalmente el suministro de los mismos. Si el incumplimiento es involuntario u obedece a una fuerza insuperable; si, además, el domicilio a que se destinan está habitado por personas que merecen una especial protección constitucional; si el servicio es de aquellos indispensables para garantizar otros derechos fundamentales como la vida, la igualdad, la dignidad o la salud; y si, por último, se dan las condiciones establecidas en la ley para la suspensión, lo que debe suspenderse es la forma de prestar el servicio público. Es decir, debe cambiar la forma en que se suministra el servicio y ofrecerle al destinatario final unas cantidades mínimas básicas e indispensables, en este caso, de agua potable."

En esta última consideración la Corte toca otro punto de actualidad y relevancia en lo atinente al derecho al agua: el Estado tiene el deber de reconocer, proteger y garantizar el derecho al mínimo vital o existencial. En relación con este

aspecto la sentencia T-312 de 2012 puntualiza que la obligación de garantizar el acceso a una cantidad mínima de agua, la indispensable para el uso personal y doméstico, no está sujeta a debate público ni a consideraciones sobre disponibilidad presupuestal, pues constituye un derecho fundamental autónomo sin el cual quedarían comprometidas la vida, la salud y la dignidad de las personas. Por consiguiente señala la Corte que

> *"… las entidades deben adoptar todas las medidas necesarias y que estén a su alcance para salvaguardar el componente mínimo del derecho al agua… y usar todos los recursos posibles para mejorar el servicio de acueducto hasta el punto en que se logre cumplir de manera eficiente con todos los componentes del derecho, que son, por lo menos, tres factores: (i) disponer de agua, (ii) que sea de calidad y (iii) el derecho a acceder a ella."*

Ya en la sentencia T-381 de 2009, al analizar los elementos constitutivos del derecho fundamental al agua, había expresado la Corte:

> "…de conformidad con los criterios interpretativos sentados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el contenido del derecho fundamental al agua implica la disponibilidad continua y suficiente de agua para los usos personales y domésticos, la calidad salubre del agua, y la accesibilidad física, económica e igualitaria a ella".

En desarrollo de los criterios expuestos la Corte manifestó en la sentencia T-740 de 2011:

> "… el agua se considera también como un derecho fundamental y se define, de acuerdo con lo establecido

> por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, como 'el derecho de todos de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal o doméstico'".[15]

La misma sentencia constató que por falta de recursos económicos una usuaria no podía pagar el servicio de acueducto, y que de su unidad familiar formaban parte dos niños, que son sujetos de especial protección constitucional de acuerdo con el artículo 44 de la Carta. Al observar que esta circunstancia impide a las entidades prestadoras del servicio suspenderlo, con el fin de garantizar el acceso al agua de la peticionaria y sus hijos menores de edad la Corte ordenó a la empresa: (i) restablecer el flujo de agua potable, (ii) revisar los acuerdos de pago realizados entre las partes para ajustarlos a la capacidad económica de la usuaria y, en caso de que ésta manifieste y pruebe que no cuenta con los recursos económicos para sufragar la deuda, (iii*) "instalar un reductor de flujo que garantice por lo menos 50 litros de agua por persona al día o proveer una fuente pública del recurso hídrico que asegure el suministro de igual cantidad de agua.*" [16]

El reconocimiento del derecho a un mínimo vital de agua tiende a proyectarse más allá del estricto ámbito de los "sujetos de especial protección constitucional", y a convertirse en un verdadero derecho económico-social autónomo. La tendencia señalada se ilustra con la expedición del decreto 485 de 2011, "Por el cual se adopta el Plan Distrital del Agua" (parcialmente modificado por el decreto 064 del 15 de febrero de 2012) de la Alcaldía Distrital de Bogotá. En virtud de estas

15 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15.

16 Corte Constitucional, sentencia C-150 de 2003.

dos disposiciones se reconoce a los hogares de los sectores populares de la capital, los pertenecientes a los estratos socioeconómicos 1 y 2, el derecho de recibir gratuitamente seis metros cúbicos mensuales de agua potable. En lo pertinente el artículo 1° del Decreto 064 (que modifica al artículo 4° del Decreto 485 de 2011), dispone:

> *"Artículo 4°: Mínimo Vital de Agua Potable. Fíjase en seis (6) metros cúbicos mensuales la cantidad de agua potable que deberán suministrar las Prestadoras del Servicio de Acueducto, como mínimo vital, para asegurar a las personas de los estratos socio-económicos uno y dos, de uso residencial y mixto, una vida digna que permita satisfacer sus necesidades básicas. Esta cantidad le será suministrada sin costo alguno a cada suscriptor del servicio de acueducto de esos estratos, localizado en Bogotá, D.C., y el valor económico que para las Prestadoras del servicio represente dicho suministro, será reconocido por la Administración Distrital."*

Esta decisión del gobierno de la capital de la república de Bogotá, asegura un reconocido académico, armoniza con declaraciones nacionales e internacionales sobre el agua potable como un derecho humano básico, se enmarca en una visión global sobre el respeto al agua y al medio ambiente, mejora el ingreso disponible de las familias y su capacidad de consumo y es perfectamente financiable con los recursos del Distrito. [17]

6. El derecho al agua como un derecho humano. Numerosas sentencias evidencian la seriedad y juicio con que la jurisprudencia de

17 Jorge Iván González, "El derecho al agua y el mínimo vital." http://www.razonpublica.com/index.php/regiones-temas-31/2749-el-derecho-al-agua-y-el-minimo-vital.html.

la Corte Constitucional ha tomado en cuenta los Tratados Internacionales y la interpretación autorizada que de ellos han hecho los organismos y autoridades competentes. Una completa relación de las fuentes que ha tenido en cuenta la Corte se puede consultar en las sentencias T-546 de 2009 y T-740 de 2011.

En particular merece mención la sentencia T-418 de 2010, en la cual la Corte Constitucional, tras citar normas y pasajes de la Carta Internacional de Derechos Humanos, de la Observación General N° 15 (2002) del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidad, y otros instrumentos internacionales, cuyos términos hace suyos, reconoce el derecho al agua no solo como fundamental sino también como un derecho humano:

> *"El derecho al agua contemplado en la Constitución Política, a la luz de la Carta Internacional de Derechos Humanos y de los órganos encargados de interpretar con autorización los mismos, contempla el derecho que tiene toda persona a que se le respete, proteja y garantice la posibilidad de disponer y acceder a agua de calidad… El derecho al agua es un derecho humano, un derecho fundamental de toda persona, para poder contar con una existencia digna**…** La jurisprudencia constitucional ha tenido en cuenta también que, a la luz de la Carta Internacional de Derechos Humanos, toda persona tiene derecho a que se le respete, proteja y garantice la posibilidad de disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico."*

De esta manera, por vía de doctrina

constitucional, que es para todos los efectos precepto obligatorio de acuerdo con jurisprudencia de la propia Corte Constitucional, el derecho al agua, además de su reconocida categoría de derecho fundamental, ha adquirido el rango de derecho humano.18

CONCLUSIONES

La Constitución guarda silencio sobre el agua, bien que se la considere como derecho humano, como elemento esencial de los ecosistemas, como recurso natural no renovable, como bien estratégico de la nación. Cabe debatir si dicha omisión obedece a olvido de los constituyentes o a que, por ser tan obvia la importancia del agua, la consideraron subsumida en otros preceptos constitucionales.

Sin embargo la jurisprudencia ha logrado que la Constitución hable en pro del agua y lo haga con elocuencia. De esta manera la Corte Constitucional ha obviado la necesidad de reformar la Constitución para adicionarla con graves y trascendentes declaraciones sobre el derecho al agua y los consiguientes deberes del Estado.

Con todo, es manifiesto que en el contexto de la crisis ambiental que abate al planeta, y de la crisis social que se refleja en la pobreza que afecta a más del 50% de los colombianos, es mucho más lo que se debe hacer para proteger los recursos

18 En el año 2010 fracasó en el Congreso de la República una iniciativa popular de referendo en defensa del agua que logró recoger el apoyo de más dos millones de firmas. La iniciativa aspiraba, entre otros objetivos, a que se reconociera el derecho al agua como un derecho humano fundamental, se consagrara un mínimo vital gratuito de agua potable y se excluyera a la empresa privada de la prestación de los servicios de acueducto y alcantarillado.

hídricos del país y para poner al alcance de todos el agua potable. Debe insistirse en que estas carencias no se originan en los vacíos o silencios de la Constitución, argumento que, como ya se ha expuesto, no es válido esgrimir.

El problema se localiza más propiamente en la inexistencia o en la insuficiencia de políticas públicas y en la inadecuada organización administrativa del Estado para la gestión del agua. El marco institucional de Colombia para la gestión de los recursos hídricos exhibe un número considerable de organismos públicos especializados que actúan en el sector y disponen de recursos significativos. Pero las responsabilidades están fragmentadas, la coordinación interinstitucional es deficiente y las capacidades en los niveles regional y local son exiguas.

Colombia pasa por ser uno de los países de mayor riqueza hídrica en el mundo, lo cual no deja de ser un problema porque tal abundancia suscita la impresión de que el agua es inagotable y se relajan por tanto las cautelas y esfuerzos económicos, políticos y culturales que es necesario desplegar para preservarla.

En este breve estudio se ha constatado que existe desde 1991 una política constitucional para el agua potable. Proveerla a todos fue pensado entonces como una estrategia racional para reducir la pobreza y, por tanto, para hacer de Colombia un país más igualitario y justo. Las insuficiencias del suministro de agua potable a la población revelan hoy un déficit democrático que deberá suplirse no solo con reformas normativas sino, sobre todo, con decisiones políticas y acciones administrativas.

EL AGUA DULCE SE AGOTA

BERNARDO HUARACHI TOLA

SUMARIO: I. Introducción. II. Contenido. III. Contaminación de aguas. IV. Causas de la contaminación del agua. V. Consecuencia de la contaminación. VI. Efectos de la contaminación en ríos y lagos. VII. Alteraciones físicas del agua. VIII. El agua como vehículo de transmisión de enfermedades. XIX. El cambio climático y sus efectos en ciclo del agua. X. ¿Qué es el derecho al agua? XI. El VIH/SIDA y las necesidades especiales de agua. XII. Las ideas falsas más comunes con respecto al derecho al agua. ¿Significa el derecho al agua que el suministro debe ser gratuito? XIII. El nexo entre el derecho al agua y otros derechos humanos. ¿Cómo se aplica el principio de la no discriminación al derecho al agua? ¿Qué es un enfoque del abastecimiento de agua potable basado en los derechos? XIV. Derecho al agua en Bolivia. Conclusiones

I.- INTRODUCCIÓN

El agua es la esencia de la vida. El agua potable y el saneamiento son indispensables para la vida y la salud, y fundamentales para la dignidad de toda persona. Sin embargo, 884 millones de personas carecen de acceso a fuentes mejoradas de agua potable, y 2.500 millones no disponen de servicios mejorados de saneamiento. Y aunque estas cifras de por sí ya revelan una situación preocupante,

la realidad es mucho peor aún, porque millones de personas pobres que viven en asentamientos precarios simplemente no están contabilizados en las estadísticas de los Estados. Las causas básicas de la actual crisis del agua y el saneamiento radican en la pobreza, las desigualdades y la disparidad en las relaciones de poder, y se ven agravadas por los retos sociales y ambientales, como la urbanización cada vez más rápida, el cambio climático, y la creciente contaminación y merma de los recursos hídricos.

Para afrontar la crisis, la comunidad internacional ha tenido que cobrar conciencia de que el acceso al agua potable y al saneamiento debe encuadrarse en el marco de los derechos humanos. Ese acceso se menciona expresamente, por ejemplo, en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad. En 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas aprobó su Observación general Nº 15 sobre el derecho al agua, en la que este derecho se definió como el derecho de todos "a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Cuatro años más tarde, la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, de las Naciones Unidas, aprobó las directrices para la realización del derecho al agua potable y al saneamiento. El Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) también ha subrayado que el punto de partida y el principio unificador de la acción pública en relación con el agua y el saneamiento es el reconocimiento de que el derecho al agua es un derecho humano básico. Diversas

constituciones nacionales protegen el derecho al agua o enuncian la responsabilidad general del Estado de asegurar a todas las personas el acceso a agua potable y servicios de saneamiento. Tribunales de distintos ordenamientos jurídicos han emitido también fallos en causas relacionadas con el disfrute del derecho al agua, respecto de cuestiones tales como la contaminación de los recursos hídricos, los cortes arbitrarios e ilegales y la falta de acceso a servicios de saneamiento.

En más de una ocasión se ha mencionado que en el futuro las guerras se pelearán por conseguir agua y ciertamente no estamos muy lejos de esa realidad. Realmente el agua se está acabando. Según algunos datos de la ONU en los últimos 70 años la población mundial se triplicó, pero lo que realmente alarma es que el consumo de agua aumentó 6 veces y de seguir esa tendencia dentro de los próximos 25 años, un tercio de los seres humanos no van a tener qué beber. Datos alarmantes pero que podrían convertirse en una realidad.

El problema de fondo es creer que el agua durará para siempre. Nada más falso, ya que si bien es cierto que el 75% de la superficie del planeta es agua, de lo que nos olvidamos la mayoría de la gente es que tan sólo un 2.5 % de este líquido, es potable. Lo demás es agua salada.

La sobrepoblación y la contaminación son los dos más grandes problemas con los que nos enfrentamos, estamos acabando con este vital recurso y cada vez será más difícil revertir esto.

II. CONTENIDO

2.1. EL AGUA

El agua constituye un elemento natural indispensable para el desarrollo de la vida y de las actividades humanas; resulta difícil imaginar cualquier tipo de actividad en la que no se utilice, de una u otra forma.

En nuestro planeta cubre el 75% de la superficie, pero no toda el agua se encuentra en condiciones aptas para el uso humano. El 97.5% del agua es salada, el 2.5% resultante es agua dulce distribuida en lagos, ríos, arroyos y embalses; esta mínima proporción es la que podemos utilizar con más facilidad.

El agua para satisfacer distintas necesidades se transforma en un recurso. Sin embargo no todas las personas disponen de él. Esto sucede por diversos motivos, entre los cuales se puede mencionar la desigual distribución natural del agua en la superficie terrestre. Esta imposibilidad lleva a situaciones de escasez, que no tiene causas exclusivamente naturales, sino también sociales. La humanidad requiere del agua cada vez en mayores cantidades para realizar sus actividades. El mayor consumo de agua también se debe al incremento de las prácticas de irrigación agrícolas, al gran desarrollo industrial o a la existencia de hábitos de consumo que, en ocasiones, implican su derroche.

2.2. MÚLTIPLES USOS DEL AGUA

El consumo de agua,varía según el tipo de

actividad para la cual se emplea. La agricultura de irrigación es la que demanda mayor cantidad; a ella le sigue la industria y en el últimotérmino el consumo doméstico.

En el caso de la agricultura, debemos considerar que mediante la irrigación artificial se logra incrementar la producción de alimentos. En el proceso industrial, el agua también es imprescindible: algunas industrias usan agua potable para elaborar sus productos, mientras que la mayoría la utilizan en sus procesos productivos, como refrigerante o como diluyente de efluentes. En el caso del consumo doméstico se tiene en cuenta el uso en la higiene personal, el lavado de utensilios, cocina, bebida, lavado de autos, riego de jardines, etc.

III. CONTAMINACIÓN DE AGUAS

El problema de la contaminación de las aguas dulces es conocido desde laantigüedad. Uno de los primeros testimonios históricos lo constituye el relato de las Sagradas Escrituras (Éxodo, 7, 14-25) acerca de una de las diez plagas de Egipto, en la que se describe la transformación en "sangre" de las aguas del río Nilo. Dicho fenómeno fue sin duda debido a la contaminación biológica producida por microorganismos (algas, bacterias sulfurosas o dinoficeas). Con el incremento de la población y el surgimiento de la actividad industrial, la polución de ríos, lagos y aguas subterráneas, aumenta constantemente. La Organización Mundial de la Salud define a la polución de las aguas dulces de la siguiente manera: "Debe considerarse que un agua está polucionada, cuando su composición o su estado ya no reúne las condiciones a las que se hubiera sido destinado en su estado natural".

En realidad, hay una contaminación natural originada por restos animales, vegetales, minerales y sustancias gaseosas que se disuelven cuando los cuerpos de agua atraviesan diferentes terrenos.

Los materiales orgánicos, mediante procesos biológicos naturales de biodegradación en los que intervienen descomponedores acuáticos (bacterias y hongos), son degradados a sustancias más sencillas. En estos procesos es fundamental la cantidad de oxígeno disuelto en el agua porque los descomponedores lo necesitan para vivir y para producir la biodegradación.

3.1. SUSTANCIAS CONTAMINANTES DEL AGUA

3.1.1. MICROORGANISMOS PATÓGENOS.

Son los diferentes tipos de bacterias, virus, protozoos y otros organismos que transmiten enfermedades como el cólera, tifus, gastroenteritis diversas, hepatitis, que producen enfermedades que ocasionan la muerte prematura, sobre todo de niños.Normalmente estos microbios llegan al agua en las heces y otros restos orgánicos que producen las personas infectadas.

3.1.2. DESECHOS ORGÁNICOS.

Son el conjunto de residuos orgánicos producidos por los seres humanos, ganado, etc. Incluyen heces y otros materiales que pueden ser descompuestos por bacterias aeróbicas, es decir en procesos con consumo de oxígeno. Cuando este tipo de desechos se encuentran en exceso, la proliferación de bacterias agota el oxígeno, y ya no

pueden vivir en estas aguas peces y otros seres vivos que necesitan oxígeno.

3.1.3. SUSTANCIAS QUÍMICAS INORGÁNICAS Y NUTRIENTES VEGETALES INORGÁNICOS

En las sustancias químicas e inorgánicas, están incluidoslos ácidos, sales y metales tóxicos como el mercurio y el plomo. Si están en cantidades altas pueden causar graves daños a los seres vivos, disminuir los rendimientos agrícolas y corroer los equipos que se usan para trabajar con el agua. Los nutrientes vegetales e inorgánicos se encuentran compuestos por nitratos y fosfatos son sustancias solubles en agua que las plantas necesitan para su desarrollo, pero si se encuentran en cantidad excesiva inducen el crecimiento desmesurado de algas y otros organismos provocando la eutrofización de las aguas. Cuando estas algas y otros vegetales mueren, al ser descompuestos por los microorganismos, se agota el oxígeno y se hace imposible la vida de otros seres vivos. El resultado es un agua maloliente e inutilizable.

3.1.4. COMPUESTOS ORGÁNICOS, SEDIMENTOS Y MATERIALES SUSPENDIDOS.

Muchas moléculas orgánicas como petróleo, gasolina, plásticos, plaguicidas, disolventes, detergentes, etc..., acaban en el agua y permanecen, en algunos casos, largos períodos de tiempo, porque, al ser productos fabricados por el hombre, tienen estructuras moleculares complejas difíciles de degradar por los microorganismos. En cuanto a los sedimentos y materiales suspendidos, muchas partículas arrancadas del suelo y arrastradas a

las aguas, junto con otros materiales que hay en suspensión en las aguas, son, en términos de masa total, la mayor fuente de contaminación del agua. La turbidez que provocan en el agua dificulta la vida de algunos organismos, y los sedimentos que se van acumulando destruyen sitios de alimentación o desove de los peces, rellenan lagos o pantanos y obstruyen canales, rías y puertos.

3.2. CONTAMINACIÓN RADIACTIVA DEL AGUA

Tenemos que tener en cuenta que uno de los principales focos de contaminación son las industrias generalmente de países desarrollados contaminan mas pero no porque no depuran las aguas que utilizan en diversos puntos de la producción sino porque su industria es más grande que los países en vías de desarrollo además poseen de potentes y eficaces sistemas de tratamiento de aguas residuales, tenemos que tener en cuenta queen el caso de la contaminación radiactiva del agua esta agua puede pasar por diferentes procesos depurativos pero nunca recuperan las propiedades anteriores.

La salud humana puede quedar seriamente afectada por efecto de la contaminación de las aguas. Existen ciertos elementos químicos muy peligrosos para los seres vivos por ingestión, como el mercurio, arsénico o plomo, que pueden llegar a la cadena alimentaria al ser absorbido por los vegetales mediante las aguas de riego, o por medio de los acuíferos subterráneos.

3.3. CONTAMINACIÓN TÉRMICA Y EUTROFIZACIÓN.

El agua caliente liberada por centrales de energía o procesos industriales eleva, en ocasiones, la temperatura de ríos o embalses, con lo que disminuye su capacidad de contener oxígeno y afecta a la vida de los organismos. La eutrofiziación se suscita cuando las aguas de un río, un lago o un embalse se enriquecen en exceso de nutrientes. Podría parecer a primera vista que es bueno que las aguas estén bien repletas de nutrientes, porque así podrían vivir más fácil los seres vivos. Pero la situación no es tan sencilla. El problema está en que si hay exceso de nutrientes crecen en abundancia las plantas y otros organismos. Más tarde, cuando mueren, se pudren y llenan el agua de malos olores y le dan un aspecto nauseabundo, disminuyendo drásticamente su calidad, en ese caso el proceso de putrefacción consume una gran cantidad del oxígeno disuelto y las aguas dejan de ser aptas para la mayor parte de los seres vivos. El resultado final es un ecosistema casi destruido.

Las principales fuentes de eutrofización son: Los vertidos urbanos, que llevan detergentes y desechos orgánicos. Los vertidos ganaderos y agrícolas, que aportan fertilizantes, desechos orgánicos y otros residuos ricos en fosfatos y nitratos.

IV. CAUSAS DE LA CONTAMINACIÓN DEL AGUA

La contaminación del agua causada por las actividades del hombre es un fenómeno ambiental de importancia, se inicia desde los primeros intentos de industrialización, para transformarse en un

problema generalizado, a partir de la revolución industrial, iniciada a comienzos del siglo XIX.Los procesos de producción industrial iniciados en esa época requerían utilizar de grandes volúmenes de agua para la transformación de materias primas, siendo los efluentes de dichos procesos productivos, vertidos en los cauces naturales de agua (ríos, lagos) con desechos contaminantes. Desde entonces, esta situación se ha repetido en todos los países que han desarrollado la industrialización, y aún cuando la tecnología ha logrado reducir de alguna forma el volumen y tipo de contaminantes vertidos a los cauces naturales de agua, ello no ha ocurrido ni en la forma ni en la cantidad necesaria para que el problema de contaminación de las aguas esté resuelto.

La contaminación del agua se produce a través de la introducción directa o indirecta en los cauces o acuíferos de sustancias sólidas, líquidas, gaseosas, así como de energía calórica, entre otras. Esta contaminación es causante de daños en los organismos vivos del medio acuático y representa, además, un peligro para la salud de las personas y de los animales.

Existen dos formas a través de las cuales se puede contaminar el agua. Una de ellas es por medio de contaminantes naturales, es decir, el ciclo natural del agua puede entrar en contacto con ciertos constituyentes contaminantes que se vierten en las aguas, atmósfera y corteza terrestre. Otra forma es a través de los contaminantes generados por el hombre o de origen humano, y son producto de los desechos líquidos y sólidos que se vierten directa o indirectamente en el agua.

V. CONSECUENCIA DE LA CONTAMINACIÓN

Los efectos de la contaminación del agua incluyen los que afectan a la salud humana. La presencia de nitratos (sales del ácido nítrico) en el agua potable puede producir una enfermedad infantil que en ocasiones es mortal. La presencia en los fertilizantes derivados del cieno o lodo puede ser absorbido por las cosechas, de ser ingerida en cantidad suficiente, el metal puede producir un trastorno diarreico agudo, así como lesiones en el hígado y los riñones.

Los lagos son especialmente vulnerables a la contaminación, la eutrofización, que se produce cuando el agua se enriquece de modo artificial con nutrientes, lo que produce un crecimiento anormal de las plantas. Los fertilizantes químicos arrastrados por el agua de los campos de cultivo pueden ser los responsables. El proceso de eutrofización puede ocasionar problemas estéticos, como mal sabor y olor, y un acumulamiento de algas o verdín desagradable a la vista así como un crecimiento denso de las plantas con raíces, el agotamiento del oxígeno en las aguas más profundas y la acumulación de sedimentos en el fondo de los lagos, así como otros cambios químicos, tales como la precipitación del carbonato de calcio en las aguas duras, otro problema cada vez más preocupante es la lluvia ácida.

VI. EFECTOS DE LA CONTAMINACIÓN EN RIOS Y LAGOS

Debido a su escasa entrada y salida de agua, los lagos sufren graves problemas de contaminación. Los ríos, por su capacidad de arrastre y el

movimiento de las aguas, son capaces de soportar mayor cantidad de contaminantes. Sin embargo, la presencia de tantos residuos domésticos, fertilizantes, pesticidas y desechos industriales altera la flora y fauna acuáticas. En las aguas no contaminadas existe cierto equilibrio entre los animales y los vegetales (ecosistema), que se rompe por la presencia de materiales extraños. Así, algunas especies desaparecen mientras que otras se reproducen en exceso. Además, las aguas adquieren una apariencia y olor desagradables. Los ríos constituyen la principal fuente de abastecimiento de agua potable de las poblaciones humanas. Su contaminación limita la disponibilidad de este recurso imprescindible para la vida.

VII. ALTERACIONES FÍSICAS DEL AGUA

7.1. PETROLEO EN EL MAR

En nuestras sociedades el petróleo y sus derivados son imprescindibles como fuente de energía y para la fabricación de múltiples productos de la industria química, farmacéutica, alimenticia, etc.

Por otro lado, alrededor del 0,1 al 0,2% de la producción mundial de petróleo acaba vertido al mar. El porcentaje puede parecer no muy grande pero son casi 3 millones de toneladas las que acaban contaminando las aguas cada año, provocando daños en el ecosistema marino.

La mayor parte del petróleo se usa en lugares muy alejados de sus puntos de extracción por lo que debe ser transportado por petroleros u oleoductos

a lo largo de muchos kilómetros, lo que provoca espectaculares accidentes de vez en cuando. Estas fuentes de contaminación son las más conocidas y tienen importantes repercusiones ambientales, pero la mayor parte del petróleo vertido procede de tierra, de desperdicios domésticos, automóviles y gasolineras, refinerías, industrias, etc.

Se han ensayado distintas técnicas para limitar o limpiar los vertidos del petróleo. Pronto se comenzaron a usar detergentes y otros productos, que causan daño. Durante mucho tiempo el lavado de tanques de los buques petroleros ha sido una de las prácticas más dañinas y que más contaminación por petróleo ha producido. Estos grandes buques hacían el lavado en los viajes de regreso, llenando los tanques con agua del mar que después vertían de nuevo al océano, dejando grandes manchas de petróleo por todas las rutas marítimas que usaban. En los últimos años una legislación más exigente y un sistema de vigilancia y denuncias más eficiente, han conseguido reducir de forma significativa estas prácticas, aunque, por unos motivos o por otros, los petroleros todavía siguen siendo un importante foco de contaminación.

VIII. EL AGUA COMO VEHÍCULO DE TRANSMISIÓN DE ENFERMEDADES

El agua de los ríos que está polucionada, también resulta siendo un vehículo de enfermedades.

Los colibacilos pueden provocar perturbaciones digestivas más o menos graves, desde la simple diarrea a serias afecciones de las vías biliares y urinarias.

Otros gérmenes, las "salmonellas", se difunden cada vez más por los ríos. Ellos son los responsables de las fiebres tifoideas, paratifoideas y salmonelosis.

En realidad, los tratamientos encaminados a la esterilización del agua acaban rápidamente con estos gérmenes. No sucede lo mismo con los virus, sobre los cuales los procedimientos actuales (coloración y ozonización) tienen mucho menor efecto.

Sin embargo, los virus son muy numerosos en el agua bombeado por las estaciones depuradoras. El de la hepatitis viral (ictericia infecciosa) es una de las más frecuentes: sus formas más benignas pueden manifestarse por algunas perturbaciones digestivas; la mortalidad permanecerá elevada en los enfermos de hígado y las personas de edad. Es un círculo fatídico: durante el periodo de incubación, el enfermo arroja gran número de virus. Se encuentran entonces en las aguas de las cloacas. Pasan enseguida a los ríos, y después, a través de las estaciones depuradoras vuelven a estar presentes en las aguas de consumo.

XIX. EL CAMBIO CLIMÁTICO Y SUS EFECTOS EN CICLO DEL AGUA

Los modelos del cambio climático sugieren que en el próximo siglo nuestro planeta se calentará entre 1,4 y 5,8 grados centígrados, dependiendo de los niveles de emisiones de gas de efecto invernadero. Los cambios del clima afectarán tanto a la calidad como a la cantidad de agua disponible para los seres humanos y el medio ambiente. Los fenómenos climáticos extremos, como las inundaciones y las sequías, es probable que aumenten en intensidad

y frecuencia. El cambio climático ocasionará unaaceleración del ciclo hidrológico del planeta, ya que las temperaturas en alza incrementarán la tasa de evaporación de la tierra y el mar. La lluvia aumentará en los trópicos y a latitudes más altas, pero disminuirá en las zonas que tienen ya carácter seco y semiárido y en el interior de los grandes continentes. Será necesario contar con una mayor frecuencia de sequías e inundaciones, pero se espera que las zonas del mundo que sufren ya de escasez de agua se vuelvan más secas y calurosas. A pesar de que no es posible hacer con certitud estimaciones sobre la alimentación de los acuíferos bajo los efectos del cambio climático, es previsible que el incremento de la frecuencia de sequías promueva un mayor aprovechamiento del agua subterránea para amortiguar el riesgo para la producción de los agricultores. Y la pérdida de glaciares -que sostienen cerca del 40 por ciento del riego a nivel mundial- afectará finalmente a la cantidad de agua de superficie disponible para el riego en las principales cuencas productoras.

El incremento de las temperaturas alargará la temporada de crecimiento de los cultivos en las zonas templadas del norte, pero reducirá la duración en casi todos los demás lugares. Unido a una mayor tasa de evapotranspiración, ello provocará un descenso del potencial de rendimiento de los cultivos y de la productividad del agua, en consecuencia la vida de las comunidades rurales así como su la seguridad alimentaria de las poblaciones urbanas se encuentran amenazados" El cambio climático no afecta a todos por igual. Los más afectados son los pueblos indígenas y los países en desarrollo, donde sus consecuencias se dejaran sentir con mayor intensidad y donde se dispone de peores condiciones de partida y

menos recursos para la adaptación a estas nuevas situaciones. Desde una perspectiva social, el cambio climático nos plantea cuestionamientos de justicia y de equidad entre países desarrollados y países en desarrollo

X. ¿QUÉ ES EL DERECHO AL AGUA?

10.1. EL DERECHO AL AGUA EN LA NORMATIVA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS

Aunque el derecho al agua no está reconocido expresamente como un derecho humano independiente en los tratados internacionales, las normas internacionales de derechos humanos comprenden obligaciones específicas en relación con el acceso a agua potable. Esas obligaciones exigen a los Estados que garanticen a todas las personas el acceso a una cantidad suficiente de agua potable para el uso personal y doméstico, que comprende el consumo, el saneamiento, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. También les exigen que aseguren progresivamente el acceso a servicios de saneamiento adecuados, como elemento fundamental de la dignidad humana y la vida privada, pero también que protejan la calidad de los suministros y los recursos de agua potable.

10.2. CATEGORÍA DEL SANEAMIENTO EN LAS NORMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

Alrededor de 2.500 millones de personas aún carecen de acceso a servicios de saneamiento adecuados. Ello tiene un profundo efecto negativo en numerosos derechos humanos. Por ejemplo, sin

servicios de saneamiento no es posible disfrutar del derecho a una vivienda adecuada. El impacto de la falta de saneamiento en la salud está bien documentado: es responsable de hasta una cuarta parte de las defunciones de menores de 5 años y constituye una grave amenaza al derecho a la salud. El saneamiento deficiente repercute además seriamente en la calidad del agua y pone en peligro también el disfrute de este derecho.

Si bien el acceso a servicios de saneamiento aún no se ha reconocido como un derecho independiente, un número creciente de declaraciones nacionales, regionales e internacionales y de legislaciones nacionales parecen indicar un avance en esa dirección.

El concepto de la cantidad básica de agua requerida para satisfacer las necesidades humanas fundamentales se enunció por primera vez en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Agua, celebrada en Mar del Plata (Argentina) en 1977. En su Plan de Acción se afirmó que todos los pueblos, cualesquiera que sean su etapa de desarrollo y sus condiciones económicas y sociales, tienen derecho al agua potable en cantidad y calidad acordes con sus necesidades básicas. En el Programa 21, aprobado en la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo de 1992, se confirmó este concepto. Posteriormente, varios otros planes de acción han mencionado el agua potable y el saneamiento como un derecho humano. En el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de 1994, los Estados afirmaron que toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, lo que incluye alimentación, vestido, vivienda, agua y saneamiento adecuados. En el Programa de Hábitat, aprobado por la

Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Hábitat II) en 1996, el agua y el saneamiento también se consideraron parte del derecho a un nivel de vida adecuado.

El derecho al agua se ha reconocido también en declaraciones regionales. El Consejo de Europa ha afirmado que toda persona tiene derecho a una cantidad suficiente de agua para satisfacer sus necesidades básicas. En 2007, los dirigentes de Asia y el Pacífico convinieron en reconocer que el derecho de las personas a disponer de agua potable y de servicios básicos de saneamiento es un derecho humano básico y un aspecto fundamental de la seguridad humana. En la Declaración de Abuja, aprobada en la Primera Cumbre América del Sur-África, en 2006, los Jefes de Estado y de Gobierno declararon que promoverían el derecho de sus ciudadanos al acceso al agua potable y a la sanidad dentro de sus respectivas jurisdicciones. Aunque esas declaraciones no son jurídicamente vinculantes, reflejan un consenso y una declaración política de intenciones sobre la importancia de reconocer y hacer realidad el derecho al agua.

En noviembre de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aprobó su Observación general Nº 15 sobre el derecho al agua, definido como el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico. Aunque en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales no se menciona expresamente el derecho al agua, el Comité subrayó que este derecho forma parte del derecho a un nivel de vida adecuado, al igual que los derechos a disponer de alimentación, de una vivienda y de vestido adecuados. El Comité también subrayó que el derecho al agua está

indisolublemente asociado al derecho a la salud y a una vivienda y una alimentación adecuadas.

El año 2007, el ACNUDH, a petición del Consejo de Derechos Humanos, llevó a cabo un estudio sobre el alcance y el contenido de las obligaciones pertinentes en materia de derechos humanos relacionadas con el acceso equitativo al agua potable y el saneamiento (A/HRC/6/3). En él, la Alta Comisionada para los Derechos Humanos concluyó que había llegado el momento de considerar el acceso al agua potable y al saneamiento como un derecho humano.

El derecho internacional humanitario y el derecho ambiental también protegen expresamente el acceso al agua potable y el saneamiento. Los Convenios de Ginebra (1949) y sus Protocolos adicionales (1977) destacan la importancia fundamental del acceso al agua potable y el saneamiento para la salud y la supervivencia en los conflictos armados internacionales y no internacionales. El Protocolo relativo al agua y la salud del Convenio sobre la Protección y Utilización de los Cursos de Agua Transfronterizos y de los Lagos Internacionales, de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, de 1992, dispone que los Estados partes deben adoptar medidas apropiadas para asegurar el acceso a agua potable y saneamiento y proteger los recursos hídricos utilizados como fuentes de agua potable contra la contaminación.

Por último, numerosas constituciones contienen referencias explícitas al derecho al agua, entre ellas las del Ecuador, el Estado Plurinacional de Bolivia, la República Democrática del Congo, Sudáfrica, Uganda y el Uruguay. El derecho a servicios de saneamiento también se consagra en algunas constituciones y legislaciones nacionales,

como las de Argelia, el Estado Plurinacional de Bolivia, las Maldivas, Sri Lanka, Sudáfrica y el Uruguay. Otras constituciones aluden a la responsabilidad general del Estado de asegurar el acceso al agua potable y el saneamiento.

10.3. ASPECTOS FUNDAMENTALES DEL DERECHO AL AGUA

• El derecho al agua entraña libertades. Estas libertades están dadas para la protección contra cortes arbitrarios e ilegales; la prohibición de la contaminación ilegal de los recursos hídricos; la no discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento, en particular por razón de la clasificación de la vivienda o de la tierra; la no injerencia en el acceso a los suministros de agua existentes, especialmente las fuentes de agua tradicionales; y la protección contra las amenazas a la seguridad personal al acceder a agua o servicios de saneamiento fuera del hogar.

• El derecho al agua entraña prestaciones. Estas prestaciones comprenden el acceso a una cantidad mínima de agua potable para mantener la vida y la salud; el acceso a agua potable y servicios de saneamiento durante la detención; y la participación en la adopción de decisiones relacionadas con el agua y el saneamiento a nivel nacional y comunitario.

En su Observación general Nº 15, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales aclaró el alcance y el contenido del derecho al agua explicando qué significa disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico.

• El suministro de agua para cada persona

debe ser continuado y suficiente para cubrir los usos personales y domésticos, que comprenden el consumo, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. Otros usos domésticos del agua, como el agua para las piscinas o la jardinería, no están incluidos en el derecho al agua.

XI. EL VIH/SIDA Y LAS NECESIDADES ESPECIALES DE AGUA

Las personas que viven con el VIH/SIDA necesitan lavarse con frecuencia y prestar gran atención a la higiene personal [...]. Tienen que limpiarse las heridas y las lesiones, y lavar a menudo sus prendas de vestir y la ropa de cama. Las fiebres, acompañadas de sudoración, son frecuentes, lo que aumenta la necesidad de beber agua [...]. Es importante que las casas estén limpias y bien ventiladas para evitar la tuberculosis, la más frecuente de las infecciones oportunistas. Todo ello exige cantidades adicionales de agua, que no siempre están disponibles. Fuente: WaterAid Ethiopia y Progynist, "Making the links: Mapping the relationship between water, hygiene and sanitation and HIV/AIDS – a joint think piece" (2004). Disponible en www.wateraid.org. .

XII. LAS IDEAS FALSAS MÁS COMUNES CON RESPECTO AL DERECHO AL AGUA

• ¿Significa el derecho al agua que el suministro debe ser gratuito?

El derecho al agua significa que los servicios de abastecimiento de agua deben ser asequibles para todos y que nadie debe verse privado del acceso

a ellos por no tener la capacidad de pagar. De por sí, el marco de los derechos humanos no establece el derecho a un suministro de agua gratuito. Sin embargo, en determinadas circunstancias, el acceso a agua potable y servicios de saneamiento puede tener que ser gratuito, si la persona o la familia no pueden pagar. Es una obligación básica del Estado velar por que se satisfagan por lo menos los niveles esenciales mínimos del derecho, lo que comprende el acceso a la cantidad mínima indispensable de agua.

En la Observación general Nº 15 se destaca que, para garantizar que el agua sea asequible, los Estados deben adoptar las medidas necesarias, que pueden incluir, en particular, la aplicación de políticas de precios adecuadas, por ejemplo el suministro de agua a título gratuito o a bajo costo.

El agua es indispensable para la vida, pero también es fundamental para la seguridad alimentaria, la generación de ingresos y la protección del medio ambiente. El derecho al agua abarca sólo los usos personales y domésticos, es decir, el consumo, el lavado de ropa, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. No comprende el agua necesaria para la agricultura o el pastoreo, o para el mantenimiento de los sistemas ecológicos. El acceso al agua para la agricultura, en particular por los pequeños propietarios, forma parte del derecho a una alimentación adecuada, establecido en el artículo 11 del Pacto. Sin embargo, en la Observación general Nº 15 se declara que debe darse prioridad "a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto". Habida cuenta de la interdependencia y la indivisibilidad de todos los

derechos humanos, puede decirse que el derecho al agua asigna prioridad al uso de agua para la agricultura y el pastoreo cuando ello sea necesario para prevenir el hambre.

Ahora bien, el derecho al agua tiene repercusiones en la ordenación de los recursos hídricos, porque exige que se dé prioridad a la asignación de agua para el uso personal y doméstico de todas las personas. Estos usos representan una fracción mínima de la utilización total de agua, por lo general menos de un 5%, mientras que el riego sigue siendo el sector de mayor consumo de agua y absorbe actualmente más del 80% en los países en desarrollo, según el PNUD.

XIII. EL NEXO ENTRE EL DERECHO AL AGUA Y OTROS DERECHOS HUMANOS

El acceso a agua potable es una condición previa fundamental para el goce de varios otros derechos humanos, como los derechos a la educación, la vivienda, la salud, la vida, el trabajo y la protección contra, tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. También es un elemento crucial para lograr la igualdad de género y erradicar la discriminación.

La falta de acceso a agua potable y servicios de saneamiento también tiene graves repercusiones en el derecho a la salud. Según el PNUD, cada año mueren alrededor de 1,8 millones de niños por diarrea y otras enfermedades provocadas por el agua insalubre y las condiciones deficientes de saneamiento, cifra que es muy superior a la de las víctimas causadas por los conflictos armados. El acarreo de agua desde fuentes distantes también tiene graves consecuencias para la

salud, especialmente de las mujeres y los niños. Además del gran peso que deben transportar, las mujeres y los niños se ven expuestos también a las enfermedades que se contraen por contacto con el agua, como la esquistosomiasis. El hecho de que la mayor parte del acarreo de agua recaiga en las mujeres y los niños tiene consecuencias asimismo para la educación y otras actividades productivas.

Cuando no se dispone de agua y servicios de saneamiento dentro de la vivienda, la privacidad y la seguridad física pasan a ser un problema. Al no haber servicios adecuados de saneamiento en el hogar, las mujeres y los niños suelen tener que acudir a letrinas comunes o salir al aire libre para defecar. La falta de privacidad y seguridad en esos lugares los expone al acoso, los ataques, la violencia o las agresiones sexuales.

¿Cómo se aplica el principio de la no discriminación al derecho al agua?

Por discriminación se entiende toda distinción, exclusión o restricción hecha en razón de características específicas de la persona, como la raza, la religión, la edad o el sexo, y que tiene por efecto o finalidad menoscabar o anular el reconocimiento, disfrute o ejercicio de los derechos humanos y las libertades fundamentales. La no discriminación y la igualdad son principios fundamentales de los derechos humanos y componentes críticos del derecho al agua. La discriminación en el acceso al agua potable y el saneamiento puede hundir sus raíces en leyes, políticas o medidas discriminatorias, en la elaboración de políticas de carácter excluyente, en medidas discriminatorias de ordenación de los recursos hídricos, en la denegación de la seguridad de la tenencia, en una limitada participación en la adopción de decisiones o en la falta de protección

contra las prácticas discriminatorias de agentes privados.

Los Estados tienen la obligación de prohibir y eliminar la discriminación por todos los motivos, y de garantizar la igualdad, de hecho y de derecho, en el acceso al agua potable y el saneamiento.16

¿Qué es un enfoque del abastecimiento de agua potable basado en los derechos?

El examen del agua y el saneamiento desde la perspectiva de los derechos humanos indica que las personas y las comunidades deberían tener acceso a información y participar en la adopción de decisiones. Los pobres y los miembros de los grupos marginados suelen quedar excluidos del proceso de adopción de decisiones sobre el agua y el saneamiento, por lo que rara vez se da prioridad a sus necesidades. La participación de la comunidad en la planificación y elaboración de los programas de abastecimiento de agua y de servicios de saneamiento es esencial también para asegurar que los servicios sean pertinentes y adecuados y, por consiguiente, sostenibles a largo plazo.

XIV. DERECHO AL AGUA EN BOLIVIA

La Constitución Política del Estado vigente, promulgada el 7 de febrero de 2009, ha desarrollado de manera extraordinaria los derechos humanos, consagrándolos como derechos fundamentales; superando los alcances de la anterior Constitución; de ahí que se considera el derecho al agua, como derecho fundamental, pues desde el mismo preámbulo se refiere a este derecho, expresando que Bolivia se constituye en: “Un Estado basado en el respeto e igualdad entre todos, con principios de soberanía, dignidad,

complementariedad, solidaridad, armonía y equidad en la distribución y redistribución del producto social, donde predomine la búsqueda del vivir bien; con respeto a la pluralidad económica, social, jurídica, política y cultural de los habitantes de esta tierra; en convivencia colectiva con acceso al agua, trabajo, educación, salud y vivienda para todos.", bajo ese entendimiento el art. 16.I,en forma expresa, configura al agua como derecho fundamental, cuando dispone lo siguiente: "Toda persona tiene derecho al agua y a la alimentación.", en complementación a dicho precepto constitucional, el art. 20.I y III, señala que "Toda persona tiene derecho al acceso universal y equitativo a los servicios básicos de agua potable, alcantarillado, electricidad, gas domiciliario, postal y telecomunicaciones" y "El acceso al agua y alcantarillado constituyen derechos humanos, no son objeto de concesión ni privatización y están sujetos a régimen de licencias y registros, conforme a ley".

Bolivia se ha constituido en un país líder de la región y del mundo en el impulso del reconocimiento del agua y el saneamiento como derecho humano, toda vez que en el ámbito internacional el Gobierno de Bolivia ha sido una de las voces más significativas de esta reivindicación, fue el país precursor en la ONU toda vez que la Asamblea General de las Naciones Unidas en su reunión del fecha 28 de julio de 2010 , aprobó la resolución presentada por Bolivia para que el agua y el saneamiento fueran declaradas un derecho humano. El proyecto resalta la necesidad de que la comunidad internacional coopere para que la humanidad tenga acceso al agua y al saneamiento, a partir de esta declaración se insta a diferentes gobiernos a actuar en consecuencia para apoyar

en todo sentido programas que permitan a toda la humanidad acceso al recurso vital.

Bolivia al igual que en otros muchos países de la región, se enfrenta a un gran reto para hacer efectivo este derecho universal. La lucha por el acceso al agua, símbolo de vida, dignidad y justicia social, ha generado grandes movilizaciones sociales que han transformado las políticas de agua de Bolivia y ha permitido sustanciales avances, la Constitución Política del Estado de Bolivia, reconoce al agua como un derecho fundamental, y para hacer efectivo esto, facultó al Tribunal Agroambiental que forma parte del Órgano Judicial, el poder resolver conflictos que impliquen la contaminación y uso desmedido del recurso agua, lo cual se efectuará ante las Salas Especializadas de esta institución y también ante los Juzgados Agroambientales. Sin embargo estas facultades si bien se encuentran instituidas en la Constitución Política del Estado y la Ley del órgano Judicial, aun no se encuentran en aplicabilidad ya que el Código Procesal Agroambiental aun no fue promulgado,

CONCLUSIONES

El agotamiento del agua dulce en la actualidad es un tema que cada día ocupa más la atención de científicos, técnicos, políticos y en general.

La contaminación; en aguas residuales, pesticidas agrícolas y desecho industrial desembocan en ríos y napas subterráneas. Lo que ocurre es que un metro cúbico de agua dulce contaminado hace que se contaminen entre ocho y diez más, se puede limpiar pero los procedimientos para obtener un agua salubre implica gastos económicos que es difícil de cubrir.

El cambio climático: toda vez que su impacto es difícil de medir, pero podría cambiar los regímenes del agua en el mundo. La combinación del cambio climático y el pobre manejo de los recursos están conduciendo a una escasez del líquido elemento, incluso en los países más ricos. En la actualidad, casi dos millones de personas viven en áreas donde hay escases de agua; los impactos del cambio climático en lo social y en los derechos humanos han recibido poca atención, sin embargo los costos humanos del cambio climático, amenazan directamente muchos derechos humanos internacionalmente reconocidos como el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la cultura, a los medios de subsistencia de los pueblos indígenas, los Estados tienen la obligación de proteger que sus habitantes cuenten con la cantidad de agua necesaria para subsistir dignamente.

"El agua es la fuerza motriz de toda la naturaleza" (Leonardo Da Vinci.)

EL DERECHO HUMANO AL AGUA EN MÉXICO, Y SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE MECANISMOS NACIONALES

FILIBERTO OTERO SALAS1*

SUMARIO: I.- El derecho humano al agua, como una especie del derecho humano al patrimonio público; II.- Régimen jurídico del derecho humano al agua; III.- Decisiones jurisdiccionales sobre el derecho humano al agua; IV.- El Estado mexicano y los tratados internacionales en materia de derecho humano al agua; V. Los mecanismos locales de protección del derecho humano al agua; VI. Conclusiones.

I.- EL DERECHO HUMANO AL AGUA, COMO UNA ESPECIE DEL DERECHO HUMANO AL PATRIMONIO PÚBLICO.

Todos los seres humanos que nacemos en un país tenemos derecho al patrimonio público, así como la obligación de conservarlo y defenderlo, el Estado constitucional y democrático tiene el deber de emitir y diseñar la legislación correspondiente, que contemple los instrumentos a través de los cuales el administrado ejerza dicho derecho, así como los instrumentos y organismos u órganos públicos

1 * Licenciado en Derecho, Especialista en Derecho Administrativo y Maestro en Derecho, todos por la Universidad Nacional Autónoma de México; Profesor de Derecho Administrativo I y II en la Facultad de Derecho de la UNAM y Presidente del Foro Mundial de Jóvenes Administrativistas.

encargados de protegerlo, en caso de que algún ente publico o particular, quieran vulnerarlo.

El propietario originario del patrimonio público son todas y cada una de las personas que conforman el elemento población de un Estado, los cuales, le confieren a dicho ente u organismo público, la potestad para que se conduzca como propietario del mismo, y pueda realizar en beneficio de los administrados, todos los actos jurídicos tendientes a contraer derechos y obligaciones, los cuales deben atender al interés y beneficio públicos.

El derecho al patrimonio público es inherente a la persona que conforma el elemento población de un Estado, por ende, debe ser reconocido por todo Estado democrático y constitucional de derecho, lo contrario, implicaría la negación y desconocimiento total de quien es el propietario originario y por consecuencia, traería consigo la depredación y explotación irracional de todos los bienes tangibles e intangibles que conforman al patrimonio público, configurándose el Estado antipatrimonialista.

Cada persona del elemento población de un Estado, tiene el derecho al patrimonio público, el cual, se ejerce de forma indirecta cuando el Estado explota y aprovecha dichos bienes, de tal manera, que los recursos económicos por dicha actividad se encaminan a cubrir las necesidad de los administrados, misma que se satisface a través de la prestación de servicios públicos o la realización de funciones u obras públicas por parte del Estado, y de forma directa, cuando el o los administrados, deciden llevar a cabo la explotación y aprovechamiento de los bienes, permitiéndolo, el Estado, bajo ciertas condiciones y determinados límites establecidos en la normatividad; sin

embargo, correlativamente al derecho al patrimonio público, de forma correlativa, surge el deber de conservarlo y protegerlo, en contra de la explotación irracional y desmedida que se quiera hacer de los mismos por parte del Estado o a través de los particulares, de tal forma, que el Estado tiene el deber de otorgarle la naturaleza de derecho difuso (aunque de entrada debería serlo por la propia naturaleza del derecho), y establecer los mecanismos encaminados a proteger y conservar los bienes que conforman el patrimonio público, en este sentido, un Estado que no regula los instrumentos y los órganos u organismos para la protección de los bienes, cúmulo del patrimonio público, es un Estado que se ha olvidado del titular originario, que ha alejado al verdadero propietario del patrimonio público, en si, convirtiéndose en un Estado depredador de este, por consecuencia, podrá ser un Estado constitucional y democrático por simple denominación, pero realmente corresponde a un Estado que se ha vuelto contra si mismo, al no respetar un elemento que le da existencia, el patrimonio público.

Un Estado democrático, tiene el deber de elevar a rango constitucional el derecho al patrimonio público, y por otro lado, el de establecer los mecanismos para que las personas que conforman el elemento población, puedan emplearlos en su conservación y protección.

Para la conservación y explotación racional del patrimonio público, el Estado constitucional y democrático debe establecer cláusulas pétreas tendientes a la explotación exclusiva y racional de recursos que son de importancia y trascendencia para la población y cuyo agotamiento traería consigo la extinción o al menos la dependencia del ser humano, y algunos otros que pondrían

en peligro su subsistencia. La explotación y aprovechamiento de los bienes que conforman al patrimonio público debe ser racional y de acuerdo con las necesidades de cada país, quedando impedida la sobreexplotación que se encamine a satisfacer el interés particular de otras naciones o empresas transnacionales, en el entendido, que la sobreexplotación traería consigo, en tratándose de bienes consumibles su agotamiento temprano. En la explotación y aprovechamiento de los bienes consumibles y no renovables, las personas físicas y morales privadas, deben estar impedidas para participar, la historia, la lógica jurídica y los comportamientos de los mercados económicos nos han enseñado, que estos tienden al interés particular y, a la explotación irracional de los recursos naturales no renovables, la depredación es su bandera y la vulneración a los derechos de los consumidores finales, ahí radica, el objeto esencial de sus beneficios. La iniciativa privada, podrá a *contrario sensu* participar en la explotación y aprovechamiento de bienes que no son consumibles, como por ejemplo el espectro radioeléctrico, donde hay una plena garantía de que con dicha explotación y aprovechamiento, no se corre el riesgo, de poner en riesgo la soberanía alimentaria o energética o la sobreexplotación de algún otro bien no renovable.

Independientemente de que se trate de recursos renovables y no renovables, todo Estado democrático y constitucional tiene el deber de establecer los mecanismos necesarios y suficientes tendientes a proteger dichos bienes ante actos que atenten contra ellos, de tal manera, que cualquier persona debiera llevar la defensa en cualquier momento, a través de los diversos mecanismos jurídicos y antes las instancias administrativas o

jurisdiccionales correspondientes.

El Estado no tiene la facultad absoluta para decidir sobre la explotación irracional de sus recursos naturales, ni mucho menos sobre la transferencia al patrimonio de los particulares, de la propiedad de bienes no renovables, importantes y trascendentes para la subsistencia del ser humano, de tal manera, que los únicos que pueden decidir sobre un acto de tal naturaleza, es el titular originario, y ese no es el Estado, sino todos y cada uno de los ciudadanos que conforman el elemento población, en este sentido, una decisión de tal envergadura obliga a todo Estado constitucional y democrático, a que sus ciudadanos se expresen sobre la transferencia o no de bienes consumibles y no renovables, (indispensables para la independencia por ejemplo energética de un país) a la esfera patrimonial de los particulares para su explotación y aprovechamiento; pero, en ningún momento el Estado, puede privar a su población del derecho a decidir sobre el destino final de bienes no renovables esenciales para su subsistencia e independencia.

El derecho al patrimonio público, no solamente corresponde al elemento población durante una época y tiempo determinados, el derecho originario correspondió a nuestros ancestros configurado en la formas Jurídicas a través de los cuales protegieron todos los bienes de los que aun pueden gozar los administrados que actualmente conforman al elemento población; también el derecho varias veces referido corresponde a las generaciones actuales, quienes tienen la obligación de conservarlo y protegerlo, y el Estado el deber de hacerlo, lo anterior hacia un objetivo, resguardar el derecho al patrimonio público de las generaciones futuras, bajo la hipótesis de que, los ciudadanos

en el presente no tenemos el derecho de decidir sobre la extinción de bienes que lo conforman, ni el derecho de privar a las generaciones futuras del multicitado derecho, ni mucho menos los funcionarios o servidores públicos, por ende, uno de los retos para el Estado constitucional democrático, consiste en la conservación de los recursos naturales nacionales, amenazados por la intervención de las grandes transnacionales, cuyo objetivo han quedado establecidos y que contrarían absolutamente la finalidad del patrimonio público, atender el interés y causar como hemos sostenido, un beneficio público.

El derecho al patrimonio público, luego entonces, consiste en el derecho de beneficiarse, utilizar, gozar, disfrutar y disponer de forma directa e indirecta, de los bienes tangibles e intangibles, y en el deber del Estado democrático y constitucional de conservarlo a través de la regulación del aprovechamiento y explotación racionales, así como protegerlo a través de los mecanismos y órganos u organismos que instaure, y permitan a cada ciudadano decidir sobre el destino de determinados bienes consumibles esenciales para la subsistencia del ser humano y para beneficio de las generaciones futuras, garantizando la independencia patrimonial.

El derecho al patrimonio público, para quien esto escribe, constituye el género, de una diversidad de derechos que pueden derivarse del mismo, uno de ellos es el derecho humano al agua, en el entendido de que el agua, hoy por hoy, corresponde a uno de los elementos vitales para la vida y existencia del ser humano.

El derecho humano al agua, corresponde al derecho que tienen todos y cada uno de los administrados de beneficiarse, utilizar, gozar,

disfrutar y disponer de forma directa e indirecta del recurso hídrico, y en el deber del Estado democrático y constitucional de conservarlo a través de la regulación del aprovechamiento y explotación racional, permitiendo a cada ciudadano decidir sobre su destino final, para su subsistencia y para beneficio de las futuras generaciones.

El derecho humano al agua, como una especie del derecho humano al patrimonio público, es distinto al servicio público de suministro de agua potable, por este último, debe entenderse, a aquella actividad técnica destinada a satisfacer la necesidad de carácter general, de disponer de agua apta para el consumo humano y domestico con sujeción a un régimen exorbitante del derecho ordinario, para aprovechamiento indiscriminado de toda persona.[2]

Luego entonces, el servicio público de suministro de agua potable y el derecho humano al agua, no se repelen, sino que se complementan, el servicio público de suministro de agua potable, es una de varias figuras Jurídicas, a través de las cuales, el Estado cumple con el deber de garantizar el ejercicio del derecho de los administrados, de poder beneficiarse del recurso hídrico.

Ha sido una decisión acertada del Estado, que subsista la figura del servicio público de suministro de agua potable, lo que garantiza la satisfacción de la necesidad de los administrados, así como que puedan allegarse el recurso hídrico en condiciones saludables e higiénicas y, sobretodo, que el ente público tenga la potestad para determinar las tarifas por la prestación del servicio referido.

---

2 La definición ha sido extraída del capítulo décimo de la obra que escribí en coautoría, cuyos datos son los siguientes: Fernández Ruiz Jorge-Otero Salas Filiberto, Derecho Administrativo del Estado de Puebla, Editorial Porrúa, México, 2007.

II.- RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO HUMANO AL AGUA.

El derecho humano al agua se encuentra previsto en la Constitución Federal en su artículo 4, párrafo sexto,[3] el cual refiere que toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y domestico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible; en otros términos, el artículo referido señala las diversas características que contempla el ejercicio del derecho en estudio, es decir, que la persona pueda allegarse del vital liquido, que lo pueda tener y utilizar; además, dicho liquido deberá estar en condiciones higiénicas, ya sea que se utilice para consumo personal o para uso domestico.[4]

También, al ejercicio del citado derecho, por disposición constitucional, le son inherentes otras características de las ya referidas, es decir, el derecho humano al agua en su acceso, utilización y condiciones de higiene, deberá ser idóneo o apto, bueno para la salud, digno de ser aceptado y, que pueda conseguirse o alcanzarse.

3 Consultado en la página de la Cámara de Diputados, el 5 de marzo de 2014, cuya dirección electrónica es la siguiente: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ Artículo 4o. párrafo sexto.

Toda persona tiene derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico en forma suficiente, salubre, aceptable y asequible. El Estado garantizará este derecho y la ley definirá las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos, estableciendo la participación de la Federación, las entidades federativas y los municipios, así como la participación de la ciudadanía para la consecución de dichos fines.

4 La definición de cada término ha sido extraída del Diccionario de la Real Academia Española, consultado en la siguiente dirección electrónica: http://www.rae.es/

En virtud de lo anterior, el derecho del ser humano al agua, corresponde un deber del Estado, garantizar su ejercicio conjuntamente con las características que le son propias al mismo; sin embargo, el Estado mexicano no ha creado, con excepción de la figura del servicio público de suministro de agua potable, los instrumentos, órganos y organismos, encaminados a garantizar el ejercicio del derecho.

La Ley General de Aguas Nacionales, y demás disposiciones secundarías en materia federal, no prevén nada al respecto, es decir, el Estado mexicano no ha cumplido con la obligación de garantizar el derecho humano al agua como tal, lo anterior no ha sido obstáculo para que en la ley referida, se trate de controlar la explotación, uso y aprovechamiento de las aguas nacionales efectuadas por particulares, a través de las visitas de verificación que realice la Comisión Nacional del Agua, órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales con autonomía técnica, ejecutiva, administrativa, presupuestal y de gestión,[5] tampoco ha sido óbice

5 Tesis consultada en la siguiente dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx

TA, Décima Época; Primera Sala; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Tesis: 1a. XII/2014 (10a.); Libro 2, Enero de 2014, Tomo II, Página: 1107.

AGUAS NACIONALES. LA LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ES APLICABLE A LOS ACTOS, PROCEDIMIENTOS Y RESOLUCIONES DE LA COMISIÓN NACIONAL DEL AGUA Y RESULTA SUPLETORIA DE LA LEY RELATIVA.

La Ley de Aguas Nacionales es reglamentaria del artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y de observancia general en todo el territorio nacional; sus disposiciones son de orden público e interés social, y tiene por objeto regular la explotación, uso o aprovechamiento de aguas nacionales, su distribución y control, así como la preservación de su cantidad y calidad

para que opere el Registro Público de Derechos de Agua, encargado del registro de los títulos de concesión, asignaciones y permisos de descarga, ni mucho menos para que la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales, desarrolle las actividades que le han sido encomendadas por virtud del artículo 8 de la Ley de Aguas Nacionales, como a los Organismos de Cuenca adscritos al titular de la Comisión.

En armonía con lo señalado en el párrafo anterior, la Ley de Aguas Nacionales dedica su titulo décimo a la regulación de las medidas de apremio, la seguridad, las infracciones y recursos administrativos, de esta manera, la Comisión o Procuraduría, pueden solicitar medidas de

para lograr su desarrollo integral sustentable. El ámbito de aplicación del citado ordenamiento incluye a todas las aguas nacionales, sean superficiales o del subsuelo, así como a los bienes nacionales, y las aguas de zonas marinas mexicanas en cuanto a la conservación y el control de su calidad. Además, dicha ley, de conformidad con el artículo 1 de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, es de orden e interés públicos y se aplica a los actos, procedimientos y resoluciones de la Administración Pública Federal centralizada; a los organismos descentralizados de la administración pública federal paraestatal respecto a sus actos de autoridad; a los servicios que el Estado presta de forma exclusiva y a los contratos que los particulares celebren con éste. Asimismo, el citado numeral, en su párrafo tercero, indica que se excluye del ámbito de aplicación de dicha ley a las materias de carácter fiscal (tratándose de contribuciones y accesorios que deriven de ellas), responsabilidades de los servidores públicos, justicia agraria y laboral, Ministerio Público en ejercicio de sus funciones constitucionales, y competencia económica, prácticas desleales de comercio internacional y financiera; de donde se advierte que la materia de aguas nacionales no está excluida de su regulación. Por tanto, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo es aplicable a los actos, procedimientos y resoluciones que lleve a cabo la Comisión Nacional del Agua, al ser un órgano desconcentrado de la Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales que forma parte de la administración pública federal centralizada y, por ende, resulta supletoria a la Ley de Aguas Nacionales.

apremio cuando haya un riesgo eminente de daño o deterioro a la salud, a las aguas nacionales, a la biodiversidad o a ecosistemas vinculados con el agua; también, la autoridad del agua, podrá imponer sanciones por las faltas administrativas contempladas en los artículos 119, 120, 121, 122 y 123, BIS, BIS1 de la Ley referida.

La aplicación de sanciones ya referidas y, las visitas de verificación, vienen a ser los instrumentos con que cuenta la autoridad administrativa, para salvaguardar en parte, lo que consideramos el derecho humano al agua, y para cuyos procedimientos se aplica supletoriamente la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

A nivel local, la situación del derecho humano al agua, es la siguiente : 28 entidades federativas no han regulado el derecho humano al agua, junto con el Distrito Federal; asimismo, dos entidades como son Querétaro[6] y Yucatán[7] ni siquiera cuentan con ley especializada que regule el servicio público de suministro de agua potable, en tanto que, sólo dos entidades federativas, regulan, conjuntamente con sus Municipios, el Derecho Humano al Agua, siendo los Estados de Jalisco y México.

El Estado de Jalisco, por conducto de su Congreso Estatal publicó el 24 de febrero de 2007 en el *Periódico Oficial* la Ley del Agua para el Estado de Jalisco y sus Municipios,[8] misma que

6 El Código Urbano de Querétaro, dedica el título sexto a la regulación de "La prestación de los Servicios de Agua Potable, Alcantarillado, Saneamiento y Disposición de Aguas Residuales y Tratadas".

7 La Ley Orgánica de la Junta de Agua Potable t Alcantarillado del Estado De Yucatán, regulan la prestación del servicio, aunque no lo denominan como tal. Existe la necesidad de tener una ley especial en la materia.

8 Consultado el 5 de marzo de 2014, en la siguiente dirección electrónica: http://congresoweb.congresojal.gob.mx/BibliotecaVirtual/busquedasleyes/Listado.cfm#Leyes

actualmente regula, el derecho humano al agua potable, específicamente en sus artículos 1, 84, 85 y en todo el capitulo segundo intitulado "De los Derechos y Obligaciones de los Usuarios de Servicios Públicos"; también contempla como instrumentos de defensa, las herramientas establecidas en la Ley de Procedimiento Administrativo del Estado de Jalisco y sus Municipios, tanto para iniciar un procedimiento sancionador, como para impugnar las resoluciones o actos administrativos que vulneren dicho derecho.

Por lo que concierne al Estado de México, la Ley del Agua para el Estado de México y Municipios, se publicó el 22 de febrero de 2013, en la Gaceta de Gobierno, la cual regula en sus artículos 6, 11, 98, y 45 el derecho humano al agua; y aunque no contempla nada acerca de la defensa del derecho al agua, como si lo hace la Ley del Estado de Jalisco, es evidente que se aplica el Código de Procedimientos Administrativos del Estado de México.

III.- DECISIONES JURISDICCIONALES SOBRE EL DERECHO HUMANO AL AGUA.

En el ámbito jurisdiccional, el primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo, a través de la tesis aislada de septiembre de 2012, se pronunció sobre el derecho humano al agua, pero solo repitió lo que la Constitución Federal ya refería, que el agua potable es un derecho humano, y la preferencia de su uso domestico y público urbano son una cuestión de seguridad nacional; sin embargo, no se pronunció sobre los límites y alcances del derecho humano, ni sobre los instrumentos jurídicos que pudieren hacer

valer los administrados en contra de la violación a dicho derecho.[9]

De acuerdo con lo referido en el párrafo anterior, el deber que tienen los entes públicos,

9 Tesis consultada en la siguiente dirección electrónica de la Suprema Corte de Justicia de la Nación: http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/tesis.aspx

[TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XII, Septiembre de 2012, Tomo 3; Pág. 1502. AGUA POTABLE. COMO DERECHO HUMANO, LA PREFERENCIA DE SU USO DOMÉSTICO Y PÚBLICO URBANO ES UNA CUESTIÓN DE SEGURIDAD NACIONAL. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, la Organización Mundial de la Salud, la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (artículo 11), reconocen el derecho al agua, así como que los Estados participantes quedaron vinculados a garantizar que los habitantes de su jurisdicción tengan acceso al agua potable, de modo que esté a disposición de todos, sin discriminación y económicamente accesible; en tanto que del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte que el derecho al agua potable es fundamental e indispensable para la realización, goce y disfrute de los demás derechos humanos, cuya preservación en cantidad, calidad y sustentabilidad es tarea fundamental tanto del Estado como de la sociedad, por cuanto a que tal derecho está basado en las premisas de un acceso al bienestar de toda la población, sustentado por los principios de igualdad y no discriminación, independientemente de las circunstancias sociales, de género, políticas, económicas o culturales propias de la comunidad en la que se opera. En este sentido, conforme a los principios que sustentan la política hídrica nacional y con base en las fracciones I y XXII del artículo 14 Bis 5 de la Ley de Aguas Nacionales, el Estado garantizará que el derecho al agua sea seguro, aceptable, accesible y asequible tanto para uso personal como doméstico, erigiéndose como un beneficio colectivo que debe basarse en criterios de solidaridad, cooperación mutua, equidad y en condiciones dignas, por lo que se ha proclamado de prioridad y de seguridad nacional la preferencia del uso doméstico y público urbano en relación con cualesquier otro uso, razones que excluyen la posibilidad de que pueda ser concebido atendiendo a intereses particulares o de grupos minoritarios, pues de ser así, imperaría un régimen de aprovechamiento del agua sin visión humana y social, con lo cual se atentaría contra la dignidad humana.

federal, estatal y municipal de garantizar el derecho humano al agua a través de la normatividad correspondiente, consiste en sentar las bases, apoyos y modalidades para su acceso y diseñar las instituciones administrativas y jurisdiccionales encargadas de su protección, aspecto que no se ha cumplido, como se acreditó a través de los estudios a las leyes correspondientes y, de conformidad con las cifras citadas en materia local, por ende, hacemos votos por que en un futuro no muy lejano, se garantice en cada uno de los ordenes jurídicos el derecho humano al agua, de otra forma, los administrados en México, vivirán en un Estado de incertidumbre, al no tener formalmente hablando, los instrumentos, ni las herramientas para ejercitar dicho derecho, ni mucho menos para poder hacer una defensa en contra de la alteración a la esfera del derecho, varias veces referido.

IV.- EL ESTADO MEXICANO Y LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHO HUMANO AL AGUA.

El Estado mexicano, hasta antes de la reforma de 10 de junio de 2011, podía celebrar tratados internacionales por conducto del presidente de la República con aprobación del Senado, respecto de diversas materias, incluyendo los derechos humanos, de esta forma, si los tratados internacionales cumplían con las formalidades previstas en el artículo 89 fracción X y 133, pasaban a formar parte del orden jurídico mexicano.

A partir del 10 de junio de 2011, se publican en el *Diario Oficial de la Federación* las reformas, adiciones y derogaciones a diversas disposiciones de la Constitución concernientes con los Derechos

Humanos y garantías de protección (organismos e instrumentos jurisdiccionales) de las que podemos mencionar, los siguientes artículos: 1, 3, 11, 15, 29, 33, 89, 97, 102 y 105.

Para quien esto escribe, la reforma referida, vino a ratificar lo que ya estaba regulado, aunque es de destacarse la incorporación de novedosas figuras en materia de derechos humanos, como son: El bloque de constitucionalidad, la interpretación integral y diversos principios, como el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

En este sentido, México ha firmado mas de 1400 tratados internacionales de conformidad con la página de la Suprema Corte de Justicia de la Nación consultada hasta el 5 de marzo de 2014, de estos, aproximadamente 144 regulan la materia de derechos humanos.[10]

Uno de los tratados internacionales de que México es parte, cuya adhesión data del 23 de marzo de 1981, promulgado en el *Diario Oficial de la Federación* el 12 de mayo de ese mismo año, es el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sirvió de fundamento al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, para presentar una interpretación en la sesión 29, del 11 al 29 de noviembre de 2002, de la que se desprendió la observación general número 15, titulada el "El derecho al agua".[11]

El contenido de la observación general número 15, es la siguiente: consta de seis partes,

10 Información consultada el 5 de marzo de 2014., en la siguiente dirección electrónica: http://legislacion.scjn.gob.mx/TratadosInternacionales/

11 Texto consultado el 5 de marzo de 2014, en la siguiente dirección electrónica: http://www.solidaritat.ub.edu/observatori/general/docugral/ONU_comentariogeneralagua.pdf

la primera presenta una introducción que se divide en dos subtemas, el fundamento jurídico legal y, el agua y los derechos del pacto; la segunda parte la dedica al contenido normativo del derecho al agua, el cual contempla dos subtemas, intitulados temas especiales de amplia aplicación y, no discriminación e igualdad; la tercera parte se dedica al tema de las obligaciones de los Estados partes, cuyos subtemas son, obligaciones legales de carácter general, obligaciones legales especificas, obligación de respetar, obligación de proteger, obligación de cumplir, obligaciones internacionales y obligaciones básicas; la cuarta parte, se destina al tema de las violaciones; la quinta parte se dedica al tratamiento de la aplicación en el plano nacional, que concentra los subtemas, legislación, estrategias y políticas, indicadores y niveles de referencia, y recursos y rendición de cuentas y, la ultima y sexta parte, se dedica al tema de las obligaciones de los agentes que no son Estados Partes.

V. LOS MECANISMOS LOCALES DE PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL AGUA.

1.- Procedimiento de inspección y vigilancia a cargo de la "Autoridad del Agua"

El derecho humano al patrimonio público, implica que las autoridades deban contar con los mecanismos necesarios a efecto de proteger los bienes que conforman al patrimonio público, uno de estos, lo constituye el procedimiento de

inspección y vigilancia que puede instaurar la autoridad del agua.

A.- Supuestos que actualizan las visitas de verificación.

El procedimiento de verificación, es un procedimiento ejecutado por conducto de la Comisión Nacional del Agua (en adelante Comisión), el cual lleva como objetivo principal, para quien esto escribe, en parte, proteger el derecho humano al agua.

La Comisión tiene potestad para realizar actos de inspección y vigilancia, encaminados a verificar el cumplimiento de la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento; la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente; la Ley Federal sobre Metrología y Normalización, respecto de las normas oficiales mexicanas de su competencia; la Ley Federal de Derechos; la Ley de Contribución de Mejoras por Obras Públicas Federales de Infraestructura Hidráulica, y demás disposiciones aplicables.

En el desarrollo del procedimiento de verificación, la Comisión podrá realizar visitas de inspección y solicitar la documentación e información necesaria a los particulares; también podrá realizar dichas actividades, en función de lo estipulado en el título quinto de la Ley Federal sobre Metrología y Normalización.

B.- Presentación de la orden escrita.

El personal de la Comisión deberá presentar orden escrita, expedida por autoridad competente, fundada y motivada, además, en dicha orden se deberá precisar el lugar o zona que habrá de

inspeccionarse, el objeto de la diligencia y alcance de ésta.

C.- Identificación y designación de testigos

El personal de la Comisión deberá mostrar el documento oficial que lo acredite como inspector o verificador, exhibiendo la orden respectiva y entregando copia de esta; asimismo, requerirá al particular para que designe dos testigos, y en el supuesto de que el particular no quiera hacerlo o, los designados no acepten fungir como testigos, entonces el personal autorizado los designará y, así lo hará constar en el acta administrativa, sin que dicha circunstancia invalide los efectos de la inspección.

D.- Obligación del visitado.

El visitado está obligado a permitir al personal autorizado, el acceso al lugar o lugares sujetos a inspección; también, está obligado a proporcionar toda clase de información y documentación que conduzca a la verificación del cumplimiento de las disposiciones.

E.- Medida preventiva

En caso de que el visitado se oponga a la visita de verificación, la Comisión podrá solicitar el auxilio de la fuerza pública, con la finalidad de llevarla a cabo.

F.- Levantamiento de acta y derecho de audiencia del visitado.

De la visita se levantara un acta de inspección,

haciéndose constar los hechos u omisiones que se hubieren presentado durante la diligencia; asimismo, al concluir esta, se le dará al visitado y oportunidad de manifestar lo que a su derecho convenga, y se procederá a la firma por las partes que participan en la diligencia, entregándose una copia a los interesados; sin embargo, en caso de que el visitado se niegue a firmar el acta o se negare a recibir copia de la misma, se hará constar en esta.

Concluida la diligencia, el visitado contará con 15 días hábiles para que manifieste por escrito lo que a su derecho convenga y presente las pruebas correspondientes.

El acta que se levante, deberá contener lo siguiente:

-- Nombre, denominación o razón social del visitado;

-- Hora, día, mes y año en que inicie y en que concluya la diligencia;

-- Calle, número, población o colonia, municipio o delegación, código postal y entidad federativa en que se encuentre ubicado el lugar en que se practique la visita; en caso de que el lugar no se pudiera precisar conforme a lo anterior, se deberá señalar en el acta la información que permita precisar la localización del lugar en el que se practique la visita;

-- Número y fecha del oficio de comisión que la motivó;

-- Nombre, y en su caso, cargo de la persona con quien se entendió la diligencia;

-- Nombre y domicilio de las personas que fungieron como testigos;

-- Datos relativos a la actuación;

-- Declaración del visitado bajo protesta de

decir verdad, si quisiera hacerla, y

-- Nombre y firma de quienes intervinieron en la diligencia, incluyendo el de quien la llevó a cabo.[12]

G.- Medidas de urgente aplicación y la positiva ficta.

La Comisión podrá adoptar medidas correctivas de urgente aplicación, debiendo notificar al visitado a efecto de que las atienda, y otorgará un término de diez días hábiles a este último, para que manifieste lo que a su derecho convenga.

Si el visitado no presenta pruebas que desvirtúen los hechos u omisiones que se asienten en el acta de inspección en el plazo referido, entonces, se darán por consentidos los hechos u omisiones.

H.- Resolución de la autoridad, y notificación.

Otorgado el derecho de audiencia al visitado, recibidas y desahogadas la pruebas, la Comisión procederá a dictar su resolución, la cual deberá estar fundada y motivada, misma que deberá de notificarse al interesado de forma personal.

2.- La denuncia popular.

El derecho humano al patrimonio público, implica que las autoridades deben contar con los mecanismos necesarios a efecto de proteger los

12 Artículo 184 del Reglamento de la Ley de Aguas Nacionales, consultado en la siguiente página electrónica, el 5 de marzo de 2014: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LAN.pdf

bienes que conforman al patrimonio público, de esta forma, uno de estos mecanismos lo constituye el procedimiento de inspección y vigilancia que puede instaurar la autoridad del agua.

A.- Régimen jurídico.

La denuncia popular, como la visita de vigilancia y verificación, confirman el derecho y la obligación que tienen todos y cada uno de los ciudadanos, de proteger el patrimonio público, por ende la denuncia popular corresponde a otro de los mecanismos de protección.

La Ley de Aguas Nacionales, prevé la figura de la denuncia popular en su artículo 124 BIS, y remite a la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, la cual, detalla la regulación de dicha institución en su título sexto, capítulo séptimo, de los artículos 189 a 204.

B.- Procedimiento.

a.- Supuestos que la pueden originar.

La denuncia popular procederá contra todo hecho, acto u omisión que produzca o pueda producir desequilibrios o daños a los recursos hídricos o sus bienes inherentes, o contravengan diversas leyes relacionadas con la protección al ambiente y la preservación y restauración del equilibrio ecológico.

b.- Sujetos que pueden promoverla.

Toda persona, grupos sociales, organizaciones ciudadanas no gubernamentales, asociaciones y sociedades tienen el derecho de promover la

denuncia popular, es evidente que dicho derecho corresponde a un derecho colectivo, bajo la premisa de que la protección del patrimonio público corresponde a todos y cada uno de los administrados en México, por ende la defensa del agua, es de vital importancia para la preservación del derecho referido.

c.- Autoridades encargadas de conocer.

La denuncia popular podrá interponerse ante la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, (en adelante Procuraduría) y en caso de que no exista representación en la localidad que se trate, entonces la denuncia se podrá formular ante la autoridad municipal, o a elección del denunciante, ante las oficinas mas próximas de dicha representación.

En el supuesto de que la denuncia presentada ante la autoridad municipal sea del orden federal, la autoridad del municipio deberá remitirla para su atención y trámite a la Procuraduría.

Con la regulación, se generan más dudas que certezas, ya que en materia municipal, ¿Qué autoridad será la encargada de dar tramite a dicha denuncia? ¿Quién será la encargada de remitirlo a la Procuraduría? en caso de que el supuesto que actualice dicha denuncia, no sea local.

También, ambas leyes que regulan la figura, se refieren “a otras autoridades”, sería prudente que nuestros máximos tribunales jurisdiccionales en materia administrativa, aclararan que debe entenderse por dicho término.

d. Escrito de denuncia y su contenido.

La denuncia se podrá presentar por escrito o

por vía telefónica, en el primer caso, su contenido deberá ser el siguiente:

-- El nombre o razón social, domicilio, teléfono si lo tiene, del denunciante y, en su caso, de su representante legal;

-- Los actos, hechos u omisiones denunciados;

-- Los datos que permitan identificar al presunto infractor o localizar la fuente contaminante, y

-- Las pruebas que en su caso ofrezca el denunciante.[13]

En tratándose del segundo supuesto, el servidor público que la reciba levantará acta circunstanciada, a efecto de que el denunciante la ratifique por escrito en un término de tres días hábiles siguientes a la formulación de la denuncia, lo anterior, no será obstáculo para quien la Procuraduría lleve a cabo una investigación, con la finalidad de ubicar los hechos constitutivos de la denuncia.

Las denuncias improcedentes o infundadas no serán admitidas; asimismo, si el denunciante solicita a la Procuraduría guardar secreto de su identidad, esta deberá hacerlo de acuerdo con las disposiciones aplicables al caso.

e.- Recepción, registro y notificación.

Una vez recibido el escrito de denuncia, la Procuraduría acusará de recibida, asignará un número de expediente y lo registrará y, dentro de los diez días siguientes, deberá notificar el acuerdo

13 Artículo 190 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, consultado en la siguiente página electrónica, el 5 de marzo de 2014: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf

de calificación, señalando el trámite que se le ha dado, pero si la denuncia que se le presente es competencia de otra autoridad, la Procuraduría misma acusará de recibido y la turnará a la autoridad competente, para su tramite, resolución y notificación, vía acuerdo fundado y motivado.

Si se presentan dos o mas denuncias por los mismos hechos, deberá tramitarse un solo expediente.

f.- Notificación de la denuncia, realización de diligencias y coadyuvancia.

Admitida la instancia por parte de la Procuraduría, se procederá a la identificación del denunciante y se hará del conocimiento de la denuncia a la persona o personas, o a las autoridades a quienes se les atribuyan los hechos o, a quienes pueda afectar el resultado de esta, con la finalidad de que presenten en un plazo no mayor a quince días, las pruebas que a su derecho convenga.

La Procuraduría efectuará las diligencias necesarias con la finalidad de determinar la existencia de actos, hechos u omisiones, y podrá solicitar a las instituciones académicas, centros de investigación y organismos del sector público, social y privado, la elaboración de estudios, dictámenes o peritajes sobre cuestiones planteadas en las denuncias que se le presenten; asimismo, podrá iniciar los procedimientos de inspección y vigilancia que procedan.

Por lo que respecta al denunciante, este podrá coadyuvar con la Procuraduría en la aportación de pruebas, documentación e información que estime oportuna, debiendo resolver la Procuraduría sobre lo que se haya aportado.

Se les hará saber a los interesados, que la denuncia popular, así como los acuerdos, resoluciones y recomendaciones que emita la Procuraduría, no afectarán el ejercicio de otros derechos o medios de defensa que pudieran promover, ni suspenden, ni interrumpen los plazos para que operen la prescripción o caducidad.

g.- Ausencia de probación del acto, hecho u omisión que se denuncia.

La ausencia de pruebas a través de las cuales se pueda acreditar que el acto, hecho u omisión denunciados producen o pueden producir desequilibrio ecológico o daños al ambiente o a los recursos naturales o contravengan disposiciones de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, obligan a la Procuraduría, a hacer del conocimiento al denunciante, con el objetivo de que este haga las observaciones correspondientes.

h.- Conclusión de los expedientes abiertos por denuncia.

Los expedientes que hubiesen sido abiertos por virtud de una denuncia popular, podrán ser concluidos en los siguientes supuestos:

-- Por incompetencia de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente para conocer de la denuncia popular planteada;

-- Por haberse dictado la recomendación correspondiente;

-- Cuando no existan contravenciones a la normatividad ambiental;

-- Por falta de interés del denunciante en los

términos de este Capítulo;

-- Por haberse dictado anteriormente un acuerdo de acumulación de expedientes;

-- Por haberse solucionado la denuncia popular mediante conciliación entre las partes;

-- Por la emisión de una resolución derivada del procedimiento de inspección, o

-- Por desistimiento del denunciante.[14]

i.- Recomendaciones.

Si la procuraduría acredita que se trata de actos, hechos u omisiones en que incurrieron autoridades federales, estatales o municipales, emitirá recomendaciones encaminadas a que estas adopten las acciones que procedan; sin embargo, dichas recomendaciones serán públicas, autónomas y no vinculatorias.

j.- Solicitud y manejo de la información que requiera la Procuraduría.

La Procuraduría podrá formular solicitud de información a las autoridades y servidores públicos que por razón de sus funciones o actividades puedan proporcionarla o, cuando estén involucradas en asuntos de la competencia federal; en el supuesto de que se trate de información reservada, las autoridades o servidores públicos lo comunicarán a la Procuraduría, teniendo la obligación de manejarla con mucha confidencialidad.

14 Artículo 199 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, consultado en la siguiente página electrónica, el 5 de marzo de 2014: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/148.pdf

3.- Otras acciones.

En un mismo sentido que la visita de vigilancia y verificación, como la denuncia popular, la denuncia popular en materia local, la acción colectiva, la responsabilidad por daño ambiental, corresponden a mecanismos de protección del derecho humano al agua.

Por lo antes referido, la autoridad administrativa como las personas Jurídicas podrán instaurar en función del acto, hecho u omisión los mecanismos que hemos señalado; asimismo, la Procuraduría cuando conozca de actos, hechos u omisiones que constituyan violación a la legislación administrativa o penal, en el ámbito de su competencia, podrá iniciar acciones ante las autoridades competentes.

Además de los instrumentos ya estudiados, algunos mecanismos, que pueden instaurar la autoridad administrativa o las personas Jurídicas, son los siguientes:

A.- La denuncia popular en materia local.

Las disposiciones locales de las entidades federativas, regularan según refiere la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente en su artículo 200, el procedimiento para la atención de denuncia popular cuando se trate de actos, hechos u omisiones que produzcan o puedan producir desequilibrios ecológicos o daños al ambiente, como consecuencia de la vulneración al régimen jurídico local.

B.- La acción colectiva.

Cuando se trate de actos, hechos u omisiones

que vulneren los derechos e intereses de una colectividad, como aquellos que violenten la legislación ambiental de las entidades federativas, tanto la Procuraduría, como cualquier legitimado de los previstos en el artículo 585 del Código Federal de Procedimientos Civiles, podrán ejercitar la acción colectiva.

C.- La responsabilidad por daño ambiental.

Independiente de las sanciones a que una persona jurídica se haga acreedora, ya sean penales o administrativas, se le podrá fincar responsabilidad por daño ambiental, cuando esa persona contamine o deteriore el medio ambiente o afecte los recursos naturales o la biodiversidad, en los términos regulados en la legislación civil.

El plazo que tiene la autoridad para demandar a las personas por daño ambiental es de cinco años, contados a partir de que se haya producido el acto, hecho u omisión.

D.- El procedimiento de conciliación, ante ausencia de supuestos que originen la denuncia popular.

Cuando se esté ante la ausencia de supuestos que puedan traer como consecuencia la denuncia popular, y ya se haya planteado, la Procuraduría podrá acudir en procedimiento de conciliación con el propósito de escuchar a las partes involucradas.

VI. CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho humano al agua, corresponde al derecho de que tienen todos y cada uno de los administrados de beneficiarse, utilizar, gozar, disfrutar y disponer de forma directa e indirecta del recurso hídrico, y en el deber del Estado democrático y constitucional de conservarlo a través de la regulación del aprovechamiento y explotación racional, permitiendo a cada ciudadano decidir sobre su destino final, para su subsistencia y para beneficio de las futuras generaciones.

SEGUNDA.- El derecho humano al agua está regulado en la Constitución Federal; sin embargo, la Ley de Aguas Nacionales y su Reglamento, no refieren nada respecto del derecho citado, por lo que el legislador tiene el deber de reformar la legislación secundaria, con la finalidad de delinear la naturaleza de dicha institución jurídica, su contenido y las herramientas que tiene el administrado para ejercer el derecho, así como los mecanismos para protegerlo. En materia local la regulación del derecho humano al agua es poco afortunada, debido a que 28 entidades federativas no lo han regulado junto con el Distrito Federal, en tanto que dos entidades federativas no cuentan con ley especializada que regule el servicio público de suministro de agua potable como son Querétaro y Yucatán, mientras que los Estados de Jalisco y México, son los únicos que lo han regulado.

TERCERA.- Las decisiones de nuestros tribunales jurisdiccionales sobre el derecho humano al agua, es casi nula, el único tribunal que se ha pronunciado sobre este es el primer Tribunal Colegiado en materias Administrativa y del Trabajo, sin embargo, solo repite lo que la Constitución Federal ya refiere, que el agua potable

es un derecho humano, y la preferencia de su uso domestico y público urbano son una cuestión de seguridad nacional, pero no se pronuncia sobre los límites y alcances del derecho humano, ni sobre los instrumentos jurídicos que pueden hacer valer los administrados en contra de la violación a dicho derecho.

CUARTA.- Con la reforma constitucional de 2011, se incorporaron figuras novedosas en materia de protección a los derechos humanos, como el bloque de constitucionalidad, la interpretación integral y diversos principios, como el de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, sin embargo, en el ámbito internacional, para referirnos al derecho humano al agua, resulta imprescindible referirnos al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, que sirvió de fundamento al Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, ya que de una interpretación, se derivó la observación general número 15, titulada el "El derecho al agua", que sirve de fundamento al Estado mexicano.

QUINTA.- La Comisión, la Procuraduría y las personas Jurídicas en México, conjuntamente con cuentan con diversos mecanismos de protección del derecho humano al agua, mecanismos que consideramos son parte, de lo que tendría que ser todo un sistema integral de instrumentos de protección del derecho referido. Los mecanismos de protección que consideramos están encaminados a proteger el derecho referido son: la denuncia popular, la denuncia popular en materia local, la acción colectiva, la responsabilidad por daño ambiental.

EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL ITALIANO Y EN EL DERECHO COMPARADO

GIUSEPPE FRANCO FERRARI

Sumario: 1. El agua en el derecho constitucional italiano; 2. Los vínculos del derecho internacional; 3. El agua en el derecho administrativo italiano: un poco de historia; 4. Los hechos recientes en materia de organización del servicio hídrico; 5. Algunas conclusiones.

En los últimos diez años se ha empezado a hablar con frecuencia del derecho al agua como derecho fundamental de tercera o de cuarta generación[1] en varios sistemas constitucionales y hasta como derecho humano en una dimensión global. Esta configuración ha movido del derecho al ambiente, conocido desde el ciclo constitucional de los años '70 (Cartas de Grecia, art. 24; Portugal, art. 66; España, art.45) y circulado con abundancia en las constituciones de los países ex-soviéticos. En esos contextos, como se sabe, el derecho al ambiente se ha afirmado en manera estable, positivizándose como derecho subjetivo individual, muy a menudo como derecho social, anclado al valor del medio ambiente como unidad inmaterial sintética de ecocentrismo y

1 En cuanto a las clasificaciones, v. C. Grewe, H.Ruiz Fabri, Droits contitutionnels européens, Paris, 1995, 140 ss.

antropocentrismo[2] sino se ha particularizado[3] en varias formas, subjetivas y objetivas: por ejemplo, desde el punto de vista subjetivo, con la introducción de la indemnización por daño ambiental[4]; desde el punto de vista objetivo, con la mención específica de los factores constitutivos del medio ambiente como bienes jurídicos objeto de tutela, en los cuales a veces toman puesto también las aguas, como en Lituania[5], Albania[6], Croacia[7].

En la vieja Europa, sin embargo, la positivización y la reparticularización de los derechos no ha tocado mucho el problema del agua, por lo menos al nivel constitucional. Posiblemente, eso se explica con el hecho de que en los países de antigua democracia el nivel de eficiencia en la utilización de los recursos hídricos ha alcanzado buenos resultados en la gran parte de su territorio, en el peor de los casos solo dejando marginales problemas locales.

El problema constitucional, en consecuencia, se ha puesto principalmente en los países de América latina, como Bolivia[8],

2 Como en la constitución de Bulgaria, art.15 y de Montenegro, art.1, y, con formulaciones diferentes en las de Bielorusia, art.46; Rusia, art.42; Ucrania, art.50; Croacia, art.69.2; Eslovenia, art.72; Macedonia, art.43; Hungría, art.18; Serbia, art.31; Eslovaquia, art.44.1.

3 En el sentido de N. Bobbio, L età dei diritti, Torino, 1990, y G. Peces Barba, Curso de derechos fundamentales, Teoría general, Madrid, 1991.

4 Como en Bielorusia, art. 46; Ucrania, art.50; Estonia, art.53.2; Eslovenia, art. 72.

5 Art.54.

6 Art.59.1(dh).

7 Art.52.

8 Constitución de 2009, art. 16 y 20.

Guatemala[9], Ecuador[10] y México[11]. En todos los ordenamientos del continente latino-americano la perspectiva parece ser la de la protección de los derechos de la naturaleza, y de la prevención de daños al equilibrio del ecosistema, en el interés también de la generaciones futuras[12].

Otro sistema constitucional muy sensible al agua como objeto de un derecho humano ha sido el de Sur África, en cuya constitución el "derecho de acceso de cada persona a comida y agua suficientes"[13] parece inspirarse a la diferente exigencia de una correcta distribución de recursos alimentares después de la abrogación del régimen de apartheid[14].

Los sistemas europeos y en particular el italiano han sido muy poco tocados por esas clases de problemas. La Constitución italiana no menciona el agua en ninguna ocasión, y los derechos humanos solamente en el art.2, que empeña la República, o sea los poderes públicos en todas sus articulaciones, a reconocer y garantizar los derechos inviolables del hombre, tanto como individuo cuanto en las formaciones sociales en las que se desarrolla su personalidad ("principio personalístico"). El catálogo de los derechos de la primera parte de la Constitución, debido a la época de su concebimiento, solo contiene derechos civiles,

9 Art.128.

10 Art.23.

11 Revisión de 2011, art. 4.

12 V. L. Mezzetti, Il diritto all'acqua negli ordinamenti dei Paesi latinoamericani: evoluzioni recenti e prospettive, DPCE, 2012, 553 ss.

13 Art.27.1.

14 V. Federico, "Ogni persona ha diritto di accesso all'acqua". Acqua e diritti fondamentali in Sudafrica, DPCE, 2012, 566 ss.

económico-sociales y políticos tradicionales, ni ha sido nunca modificado en los años para incluir derechos de nueva generación. En doctrina muchos autores han sostenido que el art.2 no quiere ser solo una formulación de síntesis y clausura de la lista positiva de derechos, sino también una norma de abertura[15], que permite la inclusión de figuras de derechos no codificados, a través de la jurisprudencia constitucional suportada por opinión pública y órganos constitucionales, según las teorías habermasianas.

A pesar de esta interpretación sistemática de la materia de los derechos, la doctrina italiana asta ahora no ha individuado el derecho al agua como un posible pretendiente a la inserción en el catálogo constitucional integrado. La Corte constitucional a veces ha subrayado en sus decisiones la importancia del agua como bien público o colectivo[16], pero no ha llegado nunca a afirmar expresamente su inherencia a un valor constitucional fundamental. También hay que poner de relieve que la fundamentalidad como formal categoría general no existe en el tejido constitucional italiano. Solo el derecho a la salud queda mencionado como fundamental derecho individual y interés de la colectividad en el art.32; otros derechos han sido definidos constitucionales por la Corte en una serie de sentencias no perfectamente coordenadas[17].

15 A. Baldassare, □Diritti inviolabilI□ in Enciclopedia Giuridica Treccani, pp. 20 e ss; P. Basile, □Diritti dell□uomo e libertà fondamentali□, Bologna, 1984, pp. 56 e ss.; C. Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Padova, 1969, II, p. 949.

16 V. infra, parr. 3.

17 Derecho a la vida: Corte constitucional, sentencias nn. 27/1975, 35/1997, 223/1996; derecho a la identidad personal: Corte constitucional, sentencia n. 13/1994;

2. El derecho internacional se ocupa de agua desde siempre, por lo menos en la dimensión del derecho al acceso al agua de cursos de agua transfronterizos por Estados ribereños. No se olvide que las más de trescientas cuencas fluviales y lacustres del mundo cobren más del 50% de la haz terrestre, que en Europa el Danubio cruza diecisiete países, y que entre Rusia y Finlandia hay cerca de cuatrocientos cursos de agua[18]. Italia linda con Suiza y tiene dos lagos confinantes. El derecho internacional pacticio tradicionalmente se ocupa de componer las contrapuestas reivindicaciones de los Estados co-ribereños en punto de reparto de la cantidad de flujo de agua y de limitar las pretensiones fundadas en las teorías de soberanía territorial absoluta. Las controversias se resolvían o con tratados, como en caso del acuerdo entre Estados Unidos y México por el Río Grande en 1906 o con decisiones de la Corte de justicia internacional, como en 1929 por el Río Oder o en 1997 por el uso del Danubio por Hungría e Eslovaquia. Las aguas interiores quedaban afuera de la esfera de interés del derecho internacional, en razón del principio del dominio reservado. El derecho internacional en este período se ocupaba exclusivamente de los aspectos económicos del agua, sin alguna competencia en materia de calidad del agua y de aspectos ambientales.

En las últimas décadas el derecho internacional del agua ha comenzado a

derecho a la libertad personal (autodeterminación): Corte constitucional, sentencia n. 30/1962.

18 V. por ejemplo A. Tanzi, Il tortuoso cammino del diritto internazionale delle acque tra interessi economici e ambientali, DPCE, 2012, 516 ss.

convertirse en reglas concernientes la defensa del patrimonio ambiental transfronterizo, en aplicación de la prohibición de causar daños, como en casos de deforestación, empobrecimiento del suelo, desertificación, degradación de ecosistemas acuáticos. Varios Estados han entonces estipulado acuerdos para la prevención del perjuicio a ecosistemas acuáticos como cuestiones de seguridad ambiental.

Por otro lado, en los últimos veinte años, se han iniciado a formar reglas de derecho internacional en las que el agua, como parte del ecosistema global, contribuye a la "satisfaction of basic needs" del hombre y al desarrollo sostenible aplicado al uso de los cursos de aguas, por lo menos de los internacionales[19]. Esta tendencia nace con la conferencia de Rio de Janeiro sobre medio ambiente y desarrollo (UNCED) de 1992, que ha adoptado la Agenda 21,cuyo capítulo 18 está dedicado a la "Protección de la calidad y de la traída de recursos da agua dulce: se afirma también que el agua forma parte integrante del ecosistema y que los recursos tienen que satisfacer las necesidades humanas sin perjuicio por la perpetuidad del recurso. Los mismos principios quedan codificados tanto en la Convención UNECE de Helsinki de 1992 y en la Convención ONU de Nueva York de 1997. Siguen el Protocolo UNECE de Londres de 1999, las resoluciones 7/22 de 2008 y 15 de 2010 del Consejo de los derechos humanos y la Resolución 64/292 de la Asamblea general de 2010. Nace así un

19 V. por ejemplo K. Bourquain, Freshwater Access from a Human Rights Perspective: A Challenge to International and Human Rights Law, Leiden, 2008.

nuevo segmento del derecho internacional de los derechos humanos[20] dedicado al derecho humano al agua y a los servicios higiénicos.

En Italia, en conformidad al art.10 de la Constitución "el ordenamiento se conforma a las normas de derecho internacional generalmente reconocidas", mientras que según el art.11 "Italia consiente a las limitaciones de soberanía necesarias para asegurar paz y justicia entre las naciones". La interpretación de estas normas por parte de doctrina y jurisprudencia constitucional las entiende en sentido de que los principios de derecho internacional consuetudinario que hayan asumido una fuerza cogens se aplican automáticamente, mientras que las normas convencionales entran con la fuerza de la disposición que las introduce.

Por lo tanto, el naciente derecho al agua, que origina en fuentes de derecho constitucional, puede penetrar en el ordenamiento italiano mediante normas internacionales: en manera automática, cuando Resoluciones de las Naciones Unidas y proposiciones contenidas en varias convenciones o en sus Protocoles consigan el estado de jus cogens, resultado que en el derecho internacional se ha verificado varias veces después de la segunda guerra mundial, por ejemplo con la Declaración universal de los derechos humanos y quizás con la Carta de Niza; en manera indirecta por recepción a través de leyes. El sistema italiano no asigna a los tratados en materia de derechos humanos una posición superprimaria o

20 UN International Law Commission, Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law – Report, New York, N.Y., 2006.

equiparada a la Constitución. Las sentencias de la Corte constitucional confirman que hasta la aplicación de la Convención europea de los derechos humanos encuentra lo que se llama la contra-limitación de los principios generales de la Constitución. Por consecuencia, el equilibrio que se pudiera crear entre principios de origen doméstica y nuevos principio de derivación internacional depende del caso concreto y de las valuaciones del juez constitucional, como es típico del estilo interpretativo de la cortes constitucionales europeas.

Pero el ordenamiento italiano también tiene principios internos compatibles con vínculos internacionales en materia de agua: el principio personalístico (art.2); el principio de igualdad (art.3) en su valencia social; la protección de la salud como derecho fundamental del individuo y interés de la comunidad (art.32); la tutela del medio ambiente y del ecosistema, mencionados por el art.117 como materia exclusiva de la competencia legislativa del Estado[21]. Trazas de esta línea interpretativa se encuentran por lo menos en una decisión constitucional,la n. 259 de 2006, en la que se define el agua como "bién primario de la vida del hombre... en un cuadro general caracterizado por la naturaleza de derecho fundamental a mantener íntegro el patrimonio ambiental" y como "recurso salvaguardado y utilizado según criterios de solidaridad ... conectada al derecho fundamental del hombre y de las generaciones

21 V. por ejemplo S. Staiano, Note sul diritto fondamentale all acqua. Proprietà del bene, gestione del servizio, ideologie della privatizzazione, Federalismi.it, n. 5/2011; T.E. Frosini, L. Montanari, Introduzione, DPCE, 2012, 509 ss.

futuras a la integridad del patrimonio ambiental, en el que se deben insertar los usos de los recursos hídricos". En suma, aún que en el ordenamiento italiano no haya por el momento alguna constitucionalización del derecho al agua, febles señales dejan entender que en presencia de adecuadas condiciones concretas sería posible su positivización jurisprudencial.

Sin embargo, la influencia que fuentes internacionales como el Protocolo UNECE de Londres de 1999 pueden desplegar en la positivización del derecho al agua a nivel constitucional, por un lado, tiene que ser valuada considerando que en el texto del acto nunca se habla explícitamente ni de derecho humano al agua y a los servicios higiénicos ni de otras normas internacionales de los derechos humanos concernientes el agua. Por otro lado, la interpretación del Protocolo no puede prescindir de convenciones internacionales y otras fuentes relativas a los derechos humanos, como impone el art. 31, par.3, let.c de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Y además el Protocolo formula en detalles las obligaciones mínimas en tema de agua para los Estados: garantizar cantidades mínimas esenciales que sean suficientes y seguras para el uso personal y doméstico para la prevención de las enfermedades; adoptar medidas para prevenir, tratar y controlar enfermedades conectadas con el uso del agua, en particular asegurando el acceso a adecuados servicios higiénicos. El Protocolo también contiene referencias a micro-organismos, parásitas y substancias potencialmente nocivas a la salud, en

términos de número o de concentración, para el agua potable y también se refiere al uso colectivo y a sus requisitos, y a las exigencias de los grupos marginalizados y especialmente vulnerables. En otras palabras, por el caso que llegue a la Corte constitucional una cuestión que implique el posible reconocimiento de un derecho (fundamental) al agua, el Protocolo provee todos los necesarios elementos de hecho para la formulación de un igualamiento de valores respetuoso de las metódicas del juicio de constitucionalidad.

3. La búsqueda de alguna forma de derecho humano al agua en el ordenamiento italiano puede pasar también por el camino, algo diferente y más complicado, del derecho administrativo. En esta perspectiva hay que empezar describiendo la evolución histórica de los bienes hídricos y de su tratamiento jurídico, entre normativas civiles y derecho administrativo.

El real decreto de 10 agosto 1884, n. 2644 disciplinaba el uso de las aguas consintiendo a los privados obras o actividades de explotación solamente a través de una concesión administrativa traslativa de las facultades inherentes al bien, cuya propiedad era y quedaba pública. En 1933 el Gobierno adopta el texto único de las aguas públicas 1775[22], un verdadero ejemplo de técnica legislativa, que reorganiza leyes y decretos emanados en los años intermedios. Su art.1 confirma la naturaleza pública del agua, listando las aguas calificadas como hacienda pública según su capacidad de uso para usos de interés público y admitiendo formas tipificadas de derivación

22 Del 11 de diciembre.

o de otro uso privado. El año siguiente el texto único de los entes locales[23] introducía el concepto de universalidad del servicio hídrico: el art.248 decía que "los Comunes deben proveer agua para uso potable, pura y de buena calidad. Cuando falte o sea insuficiente para las necesidades de la población, un decreto prefecticio puede obligarlo a proveer". Los textos únicos nada decían de los recursos financieros necesarios para la realización de las obras, pero en hecho mutuos de larga duración fueron disponibles antes y después de la guerra mundial, garantizados por la Caja Depósitos y Préstamos ("Cassa depositi e prestiti") con fondos estatales[24].

El código civil de 1942 completó el diseño, con el art.822, en tema de propiedad pública: "Pertenecen a la hacienda pública ríos, torrentes, lagos y las otras aguas definidas públicas por las leyes en materia". El principio de publicidad de las aguas implicaba el régimen de "demanio", en el que los bienes incluidos por ley son absolutamente inalienables, no usucapibles, y no pueden formar objeto de derechos ajenos que en las formas proporcionadas por las leyes[25]. Por el nivel tecnológico del tiempo, el agua seguía configurando un clásico monopolio natural, en el que no es posible ninguna articulación, ni vertical por fases del ciclo productivo, ni horizontal por coexistencia de diferentes operadores en la misma estructura. La total publicidad de los bienes y del servicio era

23 Real decreto n. 1265, de 27 de julio 1934.

24 L. Picci, Le opere pubbliche dall□Unità d□Italia: l□informazione statistica, Riv.pol.ec., 2002, 29 ss.

25 R. Resta, Art.822, Della proprietà, en Commentario al codice civile, a cura di A. Scialoja e G. Branca,1962, 63 ss.

por lo tanto la única solución practicable. En consecuencia, se difundió en la opinión pública la costumbre de tarifas muy bajas en el consumo doméstico como en el industrial, debido a determinaciones locales, junto a la de la cobertura de los gastos de obras y servicios mediante la fiscalidad general.

Después de la Constitución de 1947, el Estado mantuvo la competencia en materia de aguas, aunque "aguas minerales y termales", "acueductos y obras públicas de interés regional", "navegación y puertos lacustres"[26] fueron cualificadas come objeto de competencia concurrente.

Hasta 1970, cuando las Regiones fueron efectivamente activadas, nada cambia en este contexto totalmente de derecho publico, integrado en 1963 por la aprobación por el ministro de obras públicas del Plan regulador general de acueductos (Prga) para completar el sistema nacional de depuración, desagüe y alcantarillado.

En los años '70 empieza a desarrollarse la sensibilidad ambiental, que se manifiesta en primer lugar con la ley 319 del 1976 para la tutela de las aguas contra la contaminación[27], que pone el acento sobre las medidas protectivas sin cambiar las categorías generales; años después la ley 183 de 1989 para la defensa del suelo[28] ha insistido con intervenciones análogas.

Un verdadero cambio de dirección se realiza con la ley 36 de 1994, dicha Galli[29], que

26 Art.117: S. Bartole, Art.117, en Commentario della Costituzione, a cura di G. Branca, Bologna, 1985, 180 ss.

27 L. de 13 de junio de 1976, n. 319, dicha legge Merli.

28 L. de 18 de mayo de 1989, n. 183.

29 L. de 5 de enero de 1994, n. 36.

trata de poner fin al problema del tamaño de los Comunes, muy fragmentados en la tradición italiana[30] y protegidos por el art.133 de la Constitución, que pone varios insuperables obstáculos de carácter técnico a su fusión o agregación. Esta ley trata de conseguir la modernización del servicio obligando los Comunes a consorciarse en asociaciones denominadas ámbitos territoriales homogéneos (ATOs) para obtener, en una razonable dimensión local, posiblemente coincidente con cuencas hídricas naturales, un gobierno coordenado del ciclo de las aguas, una sola tarifa, ya no tributo, para los usuarios, un solo gestor o más, elegidos en competencia. Con todo eso, quedaba confirmado el carácter público del agua, a la luz de las nuevas posturas ambientales y intergeneracionales procedentes de las conclusiones de la conferencia de Río de Janeiro de 1992. De verdad, la ley Galli se empujaba hasta más adelante del código civil, definiendo en el art.1 públicas tos las aguas superficiales y subterráneas, aún que no extraídas del subsuelo, con una definición más ancha de la del código civil, que se limitaba a los cursos y a las cuencas lacustres; además, con formulación moderna, subrayaba la importancia del ahorro y de la renovación de los recursos hídricos en vista de la protección del patrimonio hídrico, de la habitabilidad del ambiente, de la agricultura, de la fauna, de la flora acuática, de los procesos geomorfológicos y de los equilibrios hidrológicos.

El tradicional planteamiento publicístico del ordenamiento hídrico italiano estaba y

30 El número de los Comunes sigue siendo de 8.035 en 2012: cfr. Ifel, Annuario,Roma, 2013.

está perfectamente compatible con la historia económico-antropológica del agua como bien en Europa, que muchos autores han reconstruido en cuatro ciclos o fases[31]: la primera, en la que las poblaciones se instalaban en función de la disponibilidad de recursos hídricos; la segunda, en la que después de la revolución industrial nace el problema de proveer de agua potable aglomerados urbanos siempre más populosos y densos, evitando la difusión de enfermedades endémicas, y empiezan a nacer servicios privados para sectores privilegiados de la sociedad; la tercera, en el siglo XX, en la cual se realizan con fondos públicos infraestructuras y redes para garantizar un servicio universal y aprovechar de subsidios entre diferentes partes de la hacienda pública en las grandes inversiones necesarias. La cuarta, generada principalmente por normas de las Comunidades Europea desde los años '80, en la que los recursos hídricos parecen otra vez inadecuados para las renovadas exigencias de los consumidores y la necesidad de nuevas inversiones parece demonstrar la presencia de un "State failure" que el mercado tendría que suplir; en esta fase el incremento de valor de la cadena del servicio, imputable a la escasez del recurso hídrico y a las superiores exigencias de calidad, empuja hacia la reprivatización del servicio y el conseguimiento de economía de escala para render compatibles inversiones masivas con tarifas bajas al consumo. Esta fase

31 Por ejemplo B. Barraqué, Urban Water Conflicts in recent European history: changing interactions between technology, environment and society, in B.Barraqué, Urban Water Conflict, London, 2010, 7 ss.; P.Ermano, A. Massarutto, L□acqua come bene economico: profili allocativi e distributivi, DPCE, 2012, 537 ss.

presenta características muy complicadas: las fórmulas organizativas pueden admitir, junto a empresas públicas nacionales o locales, sujetos mixtos o totalmente privados en competencia; las pretensiones del consumo y del respecto al medio ambiente crecen y a veces se chocan; los niveles finales de calidad siguen subiendo; la oposición de las comunidades locales a las instalaciones con mayor impacto ambiental se manifiesta a menudo con la síndrome Nimby, o no en mi patio trasero.

El planteamiento publicístico del ordenamiento hídrico italiano quedaba perfectamente conforme al tercer estadio de la evolución histórica del recurso hídrico. Se ha encontrado en choque con el cuarto, aún más presentando características como extrema fragmentación de las empresas locales, naturaleza pública de casi todos los gestores, tarifas bajas, injerencia política en la gestión, antigüedad de las instalaciones, fuerte resistencia local a la construcción de nuevas plantas.

La directiva europea 2000/60 introduce el principio de coordinación de intereses públicos y privados, presuponiendo que la complexidad del sistema implique la presencia de los segundos y el aumento del número de stakeholders implicados en la gestión del agua. En otras palabras, el derecho europeo parece sugerir el quitarse del Estado afuera del sector, por lo menos en sus competencias de gestión, el favor para iniciativas privadas con inversiones masivas, la preferencia para una combinación de tutela y conservación del bien para las generaciones futuras y su consumo para las necesidades de la vita presente, una

función estatal de regulación. Esta indicación vinculante de Europa ha puesto en crisis el sistema italiano, por sus características y su viscosidad.

Italia ha tradicionalmente utilizado mucha agua por finalidades de producción eléctrica. La presencia de una parte montañosa muy considerable del territorio nacional ha representado para Italia una relevante fuente de riqueza en forma de energía hidroeléctrica, tanto en las regiones alpinas cuanto en la dorsal apenina. De hecho en 1933, cuando fue adoptado el Texto único de las aguas, un porcentaje muy alto del total de la producción italiana de energía eléctrica era imputable a derivaciones de aguas públicas y centrales hidroeléctricas realizadas por empresas privadas en régimen de concesión o por haciendas municipales, como la Azienda elettrica municipale (AEM) de Milan, que desde el final del siglo XIX construyó varios diques y establecimientos de producción de energía eléctrica en el norte de Lombardía para proveer electricidad a la ciudad metropolitana y a los comunes contiguos. Entre 1933 y 1950 prácticamente no había otras fuentes de energía que la hidroeléctrica. La construcción de plantas alimentadas con combustibles a base de petróleo y de sus derivados empieza con la nacionalización de 1962 y con las masivas inversiones de ENEL. De hecho, en 1933 la producción hidroeléctrica era de 11.300 GWh, la termoeléctrica tradicional de 274, y nunca había sobrepasado el nivel de 350; en 1951, restablecida la producción industrial después de los daños de la guerra mundial, la primera llegaba a 26.354 GWh, la segunda a 1.284; desde entonces la primera sigue creciendo con regularidad, la segunda mucho más rápidamente, con el crecimiento impetuoso

de la demanda doméstica e industrial en los años ’50 y ’60, hasta que en 1967 la producción termoeléctrica adelanta la hidroeléctrica, en 1972 sube al doble, en 1976 al triple, en 1989 al cuádruple, también debido a la desaparición de la nucleotermoeléctrica en 1987 . La producción de energía de fuente hídrica puede por su naturaleza subir sólo lentamente, y encontrando el límite insuperable de la razonable explotación de los recursos naturales. Por eso, de los 46.107 GWh de 1963 sube a los 54.407 de 2010, nivel máximo de siempre.

Del agua no utilizada por fines hidroeléctricos, el 80% está destinado a usos agrícolas. El restante 20% está incluso en usos civiles, domésticos o industriales. Solamente el 76% de las aguas residuales está depurado. 13.000 diferentes gestiones operan al principio del nuevo siglo. En términos absolutos, en Italia se sacan 152 metros cubos de agua por habitante, una cantidad más que doble de la de Alemania (62), y mayor de las de Reyno Unido (113) y España (127).

En este contexto factual, el ordenamiento italiano se ha aprontado a adecuarse a los principios europeos de acuerdo con sus problemas domésticos. El primer paso ha sido la inserción en el nuevo código del ambiente[32] de una disciplina orgánica del agua. El código define ahora la organización del ciclo de uso del agua como servicio hídrico integrado “formado del conjunto de los servicios públicos de captación, de aducción y de distribución de agua para usos civiles, de alcantarillado y de depuración de aguas residuales”[33].

Paralelamente, Gobierno y Parlamento han

32 D.lgs. 3 de abril de 2006, n. 152 .
33 Art.141, aptd. 2, d.lgs. n. 152 de 2006.

modificado varias veces la normativa aplicable a los servicios públicos locales, inclusos los servicios hídricos. La ley de los entes locales de 1990[34] permitía a Comunes (y Provincias) de eligir entre varias fórmulas administrativas: gestión interna o en economía, atribución a privados con arrendamiento o concesión, atribución directa ("in house") a sociedad pública o mixta o a empresa pública local con personalidad jurídica, definida "azienda speciale". La Constitución, en su art.43, permite la posibilidad de crear monopolios públicos con respecto a servicios públicos esenciales, fuentes de energía o situaciones de monopolio, en presencia de motivos de interés público; por lo tanto, permite la propiedad pública de bienes productivos sin definir una forma típica. Siempre en el contexto constitucional, servicios sociales son los que proveen prestaciones frente a derechos sociales. La distinción italiana se parece bastante a la europea entre servicios económicos de interés general (SIEG)[35] y servicios no económicos (SIG)[36]. A pesar de eso, el legislador italiano no ha sabido insertarse con coherencia en el mainstream europeo, sino ha intentado varios caminos, con varias oscilaciones, a menudo dependientes de los problemas administrativos del agua.

En 1992 admite sociedades con capital público minoritario[37]; en 1997 autoriza la transformación de las empresas locales especiales en sociedades anónimas con varios incentivos financieros y tributarios[38]. En 2000 un texto único[39] por un rato codifica esta situación.

34 L. 8 de junio de 1990, n. 142, art.22.
35 Art.14 y 106 del Tratado.
36 Directiva 2006/123/CE.
37 L. 2 de diciembre de 1992, n. 348.
38 L. 15 de mayo de 1997, n. 127, art.17, apt. 58.
39 D. lgs 18 de agosto de 2000, n. 267, art.113.

Casi en seguida después del texto único de los entes locales, el Parlamento ha impuesto a los entes locales la supresión de las "aziende speciali" y su transformación en sociedades de capital, y también la separación de redes y infraestructuras, destinadas a sociedades de capital público no a la venta[40]. Dos años después, ha modificado otra vez el art.113 del texto único facultando ahora tres modelos de gestión: concesión a sociedad de capitales elegida mediante procedimiento competitivo; sociedad mixta público-privada con selección competitiva del socio privado; sociedad pública in house[41]. Cuando el mencionado código del ambiente entra en vigor en 2006, establece una preferencia para la concesión a sociedades privadas. Y otra vez, las normas trasversales de los servicios públicos cambian rápidamente en 2008 y en 2009[42], limitando la alternativa general a dos modelos: competición para la concesión a empresas privadas o a sociedades mixtas con doble procedimiento, para la elección del socio y para la atribución de la actividad.

Incertidumbre y irresolución por parte del legislador, búsqueda a veces de soluciones por la protección de la realidad de las empresas públicas locales y a veces de modelos extremistas en dirección europea, más allá de lo que la Unión Europea pide, han sido la característica de la actitud del legislador italiano hacia los servicios públicos locales y en particular el hídrico. La opinión pública, en este contexto por lo menos

40 L. 28 de diciembre de 2001, n. 448, art.35, apt.8 y 9.

41 D.l. 30 de setiembre de 2003, n. 269, convertido en l. 24 de noviembre de 2003, n. 326.

42 Art.23 bis del texto único,insertado por el d.l. 25 de junio de 2008, n. 112 por la ley de conversión 6 de agosto de 2008, n. 113, modificado por el art.15 del d.l. 25 de setiembre de 2009, n. 135, convertido con modificaciones en l. 20 de noviembre del 2009, n. 166.

ambiguo, se ha progresivamente orientado hacia la defensa del carácter público del agua como recurso colectivo y la oposición a cualquier teoría de privatización de su gestión, y aún más de su propiedad, que en otros ordenamientos europeos, como en el Reino Unido, ha efectivamente sido privatizada.

En la primavera de 2010, varios movimientos han presentado cuatro iniciativas de referéndum para la abrogación de normas concernientes posibles formas de privatización de la gestión del agua. Las preguntas se apuntaban: una contra el art. 23-bis del decreto-ley 112 de 2008 con los modelos de gestión privados; una contra el art.150 del código del ambiente para prevenir la reviviscencia de normas anteriores en caso de abrogación de la primera; otra contra la disposición del mismo código[43] que disciplina la tarifa del servicio hídrico prescribiendo la adecuada remuneración de los capitales invertidos en apariencia autorizando provechos y no solo cobertura de costos; el cuarto contra normas menores concernientes el nexo entre servicios locales en general y servicio hídrico. La Corte constitucional ha declarado admisibles el primero y el tercero referéndums. El segundo y el cuarto han sido declarados inadmisibles por no ser dotados de los requisitos de coherencia y comprensibilidad impuestos por el art.75 de la Constitución y por la jurisprudencia de la misma Corte[44].

43 Art.54, apt. 1.

44 Sentencias 26 de enero de 2011, nn. 24, 25, 26, 27, en Giur. cost., 2011. Sobre la sentencia n. 24/2011, nota de A. Pertici y observaciones de A. Lucarelli, I servizi pubblici locali verso il diritto pubblico dell economia, I, pp. 247 e ss.. Sobre la sentencia n. 25/2011, observaciones de A. Lucarelli, Il servizio idrico integrato ina una prospettiva di ridimensionamento della concorrenza, I, pp. 267 e ss.. Sobre la sentencia n. 26/2011, observaciones de A. Lucarelli,

En las votaciones de 11 y 12 de junio de 2011 un porcentaje superior al 95% de los electores votantes se ha pronunciado por la abrogación de las normas impugnadas. El cuerpo electoral ha demostrado que la idea de privatización aplicada al agua, aún que solo a la gestión y no a la propiedad, encuentra en Italia una resistencia muy fuerte y que la ideologización de la materia sobrepasa la capacidad de la opinión publica de afrontar un diálogo desencantado. Por su parte la clase política ha demostrado necedad y escasa capacidad resolutiva y sobre todo de perseguir modelos coherentes, para los cuales el derecho europeo normalmente exhibe tolerancia y respeto.

El capítulo italiano de la "guerra del agua"[45] pero no acaba con el referéndum de 2011. Gobierno y Parlamento, que habían creado en mayo de 2011, pocos días antes del referéndum, una Autoridad para la regulación y la vigilancia en materia de agua[46], la han suprimido en diciembre[47]. En seguida después del referéndum, han también llenado la laguna determinada por el voto popular con una

---

Riconfigurazione del concetto di «rilevanza economica». Spunti di riflessione sulla natura «economica» del servizio idrico integrato dall elemento della remunerazione del capitale investito, I, pp. 293 y ss.. Sobre la sentencia n. 27/2011, observaciones de A. Lucarelli, La mancanza di univocità e chiarezza del quesito n° 2: la necessaria armonizzazione tra la disciplina generale dell affidamento della gestione del servizio integrato e quella di settore, observaciones de P. Sabbioni, Il referendum abrogativo parzale: una missione quasi impossibile, y también la nota de A.A. Di Todaro, Brevi cenni sulla inammissibilità del quesito referendario n° 4 in materia di servizio idrico integrato: una comprensibile decisione della Corte oppure, più semplicemente, un incompreso quesito?, I, pp. 307 y ss..

45 En las palabras de V. Shiva, Water Wars, Cambridge, 2002.

46 D.l. 13 de mayo de 2011, n. 70.

47 D.l. 6 de diciembre de 2011, n. 201.

disciplina nueva[48] tan parecida a la abrogada que la Corte ha tenido que declararla inconstitucional por repetición del contenido normativo caducado[49]. La comedia a la italiana está bien lejos de cualquier final. La política parece no ser capaz de obrar una decente síntesis entre voluntad popular, modelos de organización autóctonos del servicio hídrico y vínculos del derecho europeo.

Sin embargo, para lo que interesa aquí, desde esta retorcida historia se pudiera sacar la conclusión que en el caso italiano la reacción de la opinión pública a una organización del servicio hídrico que deje espacio a empresas privadas y quizás abra el camino hasta a una cesión al mercado del bien mismo atestigua de la posibilidad que un derecho fundamental al agua pueda nacer y alcanzar el nivel de la positivización a través de un camino administrativo, que pase por los modelos de gestión más que por los valores constitucionales, o por lo menos se asuma a la influencia del derecho internacional. Mucho va a depender de la penetración del derecho europeo y de la originalidad y de la capacidad de resistencia del derecho administrativo nacional.

48 D.l. 13 de agosto 2011 n. 138, art.4 (convertido con l. 14 de septiembre de 2001, n. 148).

49 Sentencia 20 de julio de 2012, n. 199.

EL DERECHO HUMANO AL AGUA FRENTE AL PODER DE MERCADO

GUIDO ESCOBAR PÉREZ

El ciclo del agua en la tierra es un eterno volver a empezar, no se rompe jamás, siempre hay la misma cantidad de agua en la tierra, es la misma que han bebido desde el principio todas las especies que se han sucedido con el pasar del tiempo, es un material increíble por su gran capacidad de recomposición adopta todas las formas posibles para cumplir su ciclo. Sin embargo, aunque el agua cubre nuestro mundo, más del 97% es salada, el 3% es agua dulce.

Esta precaria cantidad de agua con la que sobrevivimos se vuelve más precaria con el pasar del tiempo por el crecimiento incontenible de la población mundial y su acelerada contaminación provocada por el poder del mercado (petroleras, madereras, farmacéuticas, metalúrgicas, etc.). En los últimos 50 años prácticamente hemos triplicado la población mundial. Se pronostica que para el año 2025, mil ochocientos millones de personas viviremos en lugares donde el agua será escasa[1].

Es muy importante tener en cuenta que los países con más recursos hídricos son: Brasil, Rusia, Canadá, EEUU e Indonesia; y los países con menos recursos hídricos son: Kuwait, Barbados, Bahréin y República Centro Africana.

De otro lado, los países en los que la población tiene mayor acceso al agua son: Estados Unidos de Norte América, Canadá, Uruguay, Japón y Chipre;

1 Revista National Geographic, Reporte Especial del Agua, abril de 2010, vol. 26, número 4, editorial.

y los países en los que su población tiene menos acceso al agua son: República del Chad, Nigeria, Madagascar, Etiopia y Sierra Leona.[2]

Todo está enlazado en el planeta, agua, aire, tierra, flora, fauna todos estos elementos ocupan un sitio y una función para el sostenimiento de la vida, todo en un eterno compartir.

Cuando aparece en el planeta el ser humano no existía propiedad privada, la naturaleza nos entregó todo para ser felices, para que aprendamos a compartir conforme a su diseño, pero un grupo minúsculo de codiciosos, de ambiciosos, comenzaron a apropiarse de los recursos naturales y luego crearon el Estado para legitimar su atraco.

Con la protección del Estado, estos pequeños pero muy fuertes grupos de poder, fueron desarrollando industrias y apropiándose de los bosques para producir el carbón. Aquí no solo que aparece la sobreproducción sino que también aparece el poder de mercado y el inicio de la destrucción de la naturaleza.

En este momento de la historia comenzamos a producir más de lo que necesitamos y a desarrollar un comportamiento social de inconformidad, siempre buscando consumir más. Luego aparece el petróleo y se agudizan dos fenómenos, comenzamos a archiproducir y a archidestruir la naturaleza.

La producción petrolera no solo que generó la producción de bienes en abundancia sino que también comenzó a contaminar abundantemente el agua generando un sistema desolador de destrucción y de concentración de riqueza irracional, al punto de tener en la actualidad cifras estadísticas lapidarias y totalmente contradictorias:

2 www.comunidadplenetaazul.com

Por una parte, concentración de la riqueza en pocas manos, injusticia y contradicción:

Lo contradictorio es que la mitad de los pobres del planeta viven en los países más ricos en recursos naturales. Actualmente la mitad de la riqueza del mundo está en el 2% de la población mundial[3], en el imaginario podríamos decir que en el planeta existen inmensos mares de pobreza y miseria en los que flotan diminutos islotes de riqueza y opulencia.

Por otra parte, en forma totalmente contradictoria el poder de mercado, en las estadísticas, nos ha dejado alarmantes cifras:

Cinco mil personas mueren cada día por beber agua contaminada.

Mil millones de personas no tienen acceso al agua potable.

Mil millones de personas padecen hambre

Más del 50% de los cereales se destina a la alimentación animal y a la producción de los biocombustibles.

El 40% de las tierras cultivables están degradadas.

Cada año desaparecen 13 millones de hectáreas de bosque.

Antes del año 2050 habrá 200 millones de refugiados climáticos.

Sin embargo, de estas estadísticas desalentadoras, lo contradictorio es que en los Estados Unidos de Norte América una persona utiliza de 100 a 176 galones de agua cada día y de manera totalmente inequitativa un africano usa un promedio de 2,64 galones cada día, cuando la tiene, en muchos casos miles y miles mueren por deshidratación.[4]

3 Ignacio Ramonet, La Catástrofe Perfecta, 2009, Editorial Icaria Editorial S.A. y Editions Galilee, pág.11.

4 www.comunidadplanetaazul.com

Nuestra agricultura se ha hecho petrolera, esto nos ha permitido alimentar al triple de seres humanos, nuestro estilo de vida es totalmente dependiente del petróleo, sabemos que al final el petróleo desaparecerá, está anunciado pero no lo queremos creer, estamos entontecidos por el espejismo al que nos ha sometido irresponsablemente el poder de mercado, como es posible por ejemplo que en Los Ángeles, una ciudad que se extiende en una longitud de cien kilómetros el número de vehículos es superior al número de habitantes y que hoy existan más de mil millones de vehículos en circulación y otra porción igual en fabricación. Si seguidos con este ritmo frenético en los próximos 20 años la cantidad de minerales extraídos del suelo será superior a todos los minerales extraídos en toda la historia de la humanidad, esto significa que en este tiempo el hombre habrá agotado todas las reservas del Planeta.[5]

El 80% de toda esa energía subterránea es consumida por 20% de la población del mundo, desde 1950 los intercambios internacionales se han multiplicado por 20, principalmente entre los países productores a los grandes mercados de consumo, por ejemplo Dubai, que cuenta con pocos recurso naturales, pero con el petróleo suficiente para construir los rascacielos más opulentos y las islas artificiales únicas en el mundo, que no tiene tierras de cultivo pero puede importar alimentos, no tiene agua pero puede utilizar todo el dinero para desalinizar agua de mar, tiene el sol infinito pero decide ignorar los paneles solares, esto es una desmesura, pues parece ser que han olvidado que los recursos naturales son escasos y agotables.

5 Yan Arthus Bertrand, Documental "Home", Francia, 2009.

En las regiones desérticas del mundo habitan más de 500 millones de seres humanos, es decir más que toda la población de Europa.

Los humedales que en su gran mayoría se encuentran en América del Sur, en el sector del Amazonas cubren el 6% del planeta, las marismas que estás en sus profundidades son unas inmensas esponjas que regulan el flujo del agua del Continente Americano, absorben el agua en la estación invernal y la exprimen en las estaciones secas. En el siglo pasado hemos destruido más de la mitad de las marismas del mundo, no conocíamos la función que desempeñaban en el planeta, no actuamos bajo la lógica de que todo en el planeta está integrado, vinculado, lo que determina la magia llamada vida.

El crecimiento urbano (migraciones) está motivado por la pobreza y no por la riqueza, cada semana en el mundo 1 millón de personas se une a las grandes ciudades, el hambre se extiende cada vez más, actualmente afecta a mil millones de personas, mientras ellos escarban sobre la basura, el poder de mercado busca más lugares para explotar, para deforestar, para destruir, gastan millones de litros de agua para separar la arena del petróleo más la colosal contaminación y más de mil millones de personas en el planeta no tienen agua para beber.[6]

La comercialización o embotellamiento del agua agrava aún más el problema, multinacionales como Nestle, líder en el mercado mundial de bebidas con 68 marcas registradas como: Coca Cola, Pepsi, Danoni y Swett. El negocio del agua embotellada genera grandes ganancias a quienes lo comercializan, llegando a un promedio de ingreso

6 La Historia del Petróleo, Daniel Yergin, Javier Vergara Editor, Buenos Aires, 1992, pág. 661

anual de CIENTO SESENTA MIL MILLONES DE DOLARES. Este negocio que genera grandes rentas para el sector privado es el menos regulado y controlado por los Gobiernos del mundo, a pesar de los grandes estragos que genera en la naturaleza, pues la conducta depredadora de estas grandes transnacionales que embotellan el agua no solo que agotan los recursos hídricos de sus propios territorios sino también de los territorios adyacentes.

En América Latina la privatización del agua se evidencia en países como: Perú, Chile, Bolivía, Colombia y Honduras. En Colombia, se ha llegado al extremo de proponer un proyecto de ley para suministrar el agua por un sistema prepago, que convertiría este bien natural en un servicio prepago tal como utilizamos las tarjetas prepago del servicio de telefonía celular, este proyecto ya ha sido puesto en marcha por la Empresa Pública de Agua Potable de la ciudad de Medellín.

En 1970 el volumen anual de consumo de agua embotellada era de mil millones de litros.

En 1980 el volumen anual de consumo ascendió a 2.500 millones de litros.

En 1990 el volumen anual de consumo ascendió a 7.500 millones de litros.

En el año 2000 el volumen anual de consumo ascendió a 84.000 millones de litros.[7]

Es decir, el comportamiento del consumo ha tenido un ascenso escalofriante, esto ha obedecido fundamentalmente a los grandes programas de marketing que en forma inmoral han introducido estas grandes empresas transnacionales que no sólo que se han apropiado del recurso natural del agua sino que a través de campañas masivas de

7 Reportaje del Programa "Impacto Económico" de la Cadena Telesur, Domingo 17 de noviembre de 2013.

comunicación han generado un pánico colectivo sobre el riesgo de consumir agua contaminada, nos han vendido la idea de que el agua embotellada está ligada a la salud del ser humano. Esta psicosis colectiva generada a través de estos colosales programas de marketing también ha abierto la puerta a otras líneas de mercado, como la venta de equipos de purificación de agua etc.

Esta cadena depredadora de las comercializadoras de agua embotellada desconoce la moral pública y se encuentra muy lejos de la responsabilidad social, peor aún, de un elemental compromiso con la población mundial, pues se tiene que los seres humanos estamos frente a una gran estafa pública y social, a una estafa globalizada, pues existen estudios de laboratorio que determinan que casi la totalidad del agua embotellada que se comercializa en el mundo no es apta para el consumo humano. Esto tiene una explicación el poco compromiso de los gobiernos con sus pueblos, pues no existen controles y regulaciones para detener este flagelo.

La humanidad en la actualidad atraviesa por la más grave crisis de su historia, la guerra del agua ha comenzado, no es del futuro como muchos autores lo pronostican, está presente y es ahora. Este problema se agudiza sin ninguna esperanza de solución, por el contrario se profundiza día a día, por una razón incontenible y poderosa su acelerada contaminación, cuyo único responsable también es el poder de mercado, con otro monstruo, las grandes transnacionales de las telecomunicaciones.

Las computadoras, los teléfonos celulares, los artefactos eléctricos de nuestros hogares (televisores, lavadoras, licuadoras, etc.), la maquinaria automotriz, así como las industrias

del transporte aéreo y marítimo y todos sus accesorios (llantas, aceites, baterías, lubricantes, bujías, etc.) son parte de nuestra cotidianidad y muy necesarias para mejorar nuestra calidad de vida, pero con un tiempo de vida útil determinado por quienes las producen, que no son otros que los dueños del capital, es decir quienes ponen las reglas del mercado mundial donde imponen su absoluto poder (Sony, HP, Toshiba, Mac, Dell, Nokia, Samsung, Iphone, Toyota, Chevrolet, Mercedes Benz, etc.).

Las grandes transnacionales han tenido como filosofía "ganar y ganar", producen sus productos con materiales altamente contaminantes (plomo, mercurio, cadmio, etc.) los que cumplida su vida útil se convierten en chatarra que es depositaba en quebradas, terrenos baldíos, etc. Esto representa un grave problema ambiental. La basura electrónica que crece en forma alarmante está cargada de metales pesados y sustancias químicas que contaminan el agua de las fuentes naturales.

Mientras los depredadores destruyen el medio ambiente con la basura electrónica que producen, los gobiernos tienen que emprender grandes y costosos programas para tratar y reciclar toda esa basura electrónica con el dinero de todos nosotros. Esto no es justo, las grandes transnacionales de las comunicaciones producen grandes ganancias en su beneficio, su producción que luego se convierte en basura debe ser limpiada por ellos, lo justo es que de su margen de ganancias dejen un porcentaje para estos efectos.

El asambleísta ecuatoriano Fander Falconí señala que en el capitalismo la producción y el consumo desenfrenados originan residuos materiales contaminantes... Es así como en la civilización sustentada en el capitalismo se

acumulan activos que se consideran "riqueza" a costa de la destrucción de la naturaleza y del hambre de los seres humanos…Ellos contaminan y nosotros qué?.[8]

Por ello, resulta de primera importancia que todos los Estados del mundo tomen conciencia del daño que producen estas prácticas inhumanas a fin de que en un instrumento internacional (Tratado, Convenio, Etc.) se regule el tratamiento de la basura electrónica, trascendiendo a un hecho más elevado "la conciencia de mercado" estableciendo que sean las Naciones Unidas de todo el mundo las que regulen el tiempo de vida útil de los bienes no las transnacionales, por cuanto es conocido que por el desarrollo de las investigaciones se pueden producir productos con mayor durabilidad pero como para las empresas no es rentable disminuyen tu tiempo de vida útil. Asimismo a nivel interno de cada Estado se dicten políticas públicas, por ejemplo creando una Secretaria de Estado, única y exclusivamente para que se encargue de dictar políticas públicas para regular el manejo de la chatarra y de esta manera evitar que se continúe contaminando la poca agua que nos queda.

Por otra parte, se tiene que las botellas de plástico vacías que se utilizan para envasar el agua son basura altamente contaminante, no degradable en su mayoría, están hechas de un material tóxico conocido como tereftalato de polietileno- PET-, un químico duro de roer que tarda de cien a mil años para biodegradarse. Por ejemplo en México se estima que aproximadamente cada día 21 millones de botellas de plástico son consumidas y quedan como basura, de las cuales solamente

8 Fander Falconí, El Telégrafo, editorial "Calor abrasador", página 12, 20 de noviembre de 2013.

el 20% se reciclan y el 80% restante van a parar en las quebradas, ríos y terrenos baldíos, de cuya limpieza se encargan los gobiernos en porcentajes mínimos y a costos muy altos.[9]

550 mil toneladas de embases de plástico se encuentran tiradas en los botaderos de México.[10]

Asimismo se tiene que en México, en promedio cada familia gasta al año mil ochocientos pesos en agua embotellada, y el consumo por persona de esta agua embotellada llega a 234 litros al año, que es un porcentaje que duplica el consumo de agua por persona en los Estados Unidos de Norte América que es de 110 litros al año.

En Italia el consumo por persona es de 191.91 litros por año.

En España el consumo por persona es de 119 litros por año.

En Emiratos Árabes el consumo por persona es de 151,79 litros por año.

En Bélgica el consumo por persona es de 138,92 litros por año.

En Alemania el consumo por persona es de 130, 59 litros por año.

En Francia el consumo por persona es de 127,94 litros por año.

La venta de agua embotellada en México asciende a 26.000 millones de litros al año, lo que le convierte en el mayor consumidor de agua embotellada en el mundo.

El volumen de agua embotellada consumido en México representa el 13% de las ventas mundiales y su comercialización aumenta sin parar con un crecimiento anual de un 8.1%.[11]

Estas estadísticas afectan la economía de los mexicanos, en razón de que por el consumo de

9 www.clubdarwin.net

10 www.elecologista.com.mx

11 Página Web Diario El Universal de México.

agua embotellada se paga más que por el consumo del agua potable que como servicio entrega el Estado para su pueblo.

El precio del agua embotellada en la actualidad ha superado el precio del barril del petróleo, es decir en estos tiempos, es el negocio más rentable del Planeta, así tenemos que una botella de agua de 500 ml. (Medio litro de agua) cuesta:

En Reino Unido cuesta 0,67 USD

En Colombia cuesta 2,41 USD.

En Venezuela cuesta 0,88 USD.

En Estados Unidos de Norte América 1,50 USD.[12]

En promedio de estos cuatro países, el medio litro de agua cuesta 1,37 USD.

Pero los precios del agua embotellada llegan a ser artículos de lujo que se venden a precios extravagantes, por ejemplo, el agua cuya marca comercial es FeijiWater se comercializa en Europa a un valor de 30 euros, esta agua proviene de un acuífero de una isla del Pacífico, ubicada frente a Australia. Mientras esto sucede en Feiji, casi un tercio de los habitantes de esta isla no tienen acceso al agua potable.[13]

Si el precio del agua mineral más común es unas mil veces más cara que la que sale del grifo, en estos casos la comparación es disparatada. La botella de agua de la marca norteamericana BLING, decorada con cristales de sharoski pasa por ser la más exclusiva del mundo: no se encuentra por menos de 35 euros, casi 40.000 veces más que el precio medio de agua que entregan los Municipios en las ciudades como servicio público, que tiene un costo en Madrid de 0,62 centavos de

12 Reportaje de la Cadena Telesur, programa "Impacto Económico", domingo 17 de noviembre de 2013.

13 Yan Arthus Bertrand, Documental "Home", Francia, 2009.

dólar el metro cubico de agua, Guadalajara 0,14, Guayaquil 0,19, La Habana 0,02. La capital cuyo Municipio entrega el agua más costosa del mundo es Copenhague-Dinamarca 3,43, que es financiada con el pago de los impuestos prediales [14]

A criterio de la española Esther Velásquez Alonso: "El negocio del agua no está regulado en absoluto por los gobiernos y no está regulado porque no interesa que esté regulado, pues tanto las empresas que comercializan el agua en botellas como las empresas para el servicio público de agua y alcantarillado tienen grandes intereses, no les interesa que ese recurso que lo toman gratuitamente de la naturaleza esté regulado, la pregunta pública es ¿ por qué se permite que estas empresas transnacionales tomen un recurso natural que es de todos para su propio beneficio y no exista un gobierno que los regule?..."

Esto es una realidad palpable en nuestros países, por ejemplo en el Ecuador, se olvidaron de dictar normativas y políticas públicas para regular la explotación petrolera. Durante 26 años, entre 1964 y 1990, la transnacional Texaco explotó el petróleo de la Amazonía Ecuatoriana, sin ningún tipo de regulación y control.

El Estado ecuatoriano no tenía control sobre los procesos de exploración y explotación petrolera, lo que provocó la más grande contaminación de su medio ambiente en la historia del país, los estragos de la contaminación de sus caudalosos ríos se observan hasta la actualidad, miles de especies han desaparecido, miles de personas han muerto por la contaminación del agua y otros cientos de miles padecen en la actualidad de la terrible enfermedad del cáncer, esta devastación

14 Revista National Geographic, Reporte Especial del Agua, abril de 2010, vol. 26, número 4, páginas 56 y 57.

no tiene otro nombre el Ecuador fue víctima de un genocidio, del que hasta este momento no responde nadie, preguntamos al mundo quién responde por este genocidio?.

Recién en 1974 se dicta un Reglamento para la exploración y explotación petrolera, hasta esa fecha en el Ecuador no existía en el diccionario político la palabra ecología, menos se dictaron políticas públicas para la protección de la flora y la fauna del territorio ecuatoriano. En el año de 1978 se dicta la Ley de Hidrocarburos, en la misma que se diseña un endeble control gubernamental, el mismo que hasta la presente fecha no se lo ejecuta.[15]

Esta conducta depredadora de estas transnacionales viene generando grandes conflictos sociales, así tenemos como antecedente histórico lo que ocurrió en Cochabamba Bolivia, en el año 2000, en razón de que los costos de las empresas privadas del servicio de agua eran tan altos que para pagar los mismos ciertos grupos sociales dejaron de enviar a sus hijos a estudiar y además dejaron de asistir a consultas médicas.

A criterio de la española Esther Velásquez Alonso, el levantamiento de Cochabamba es un caso paradigmático, es una lección para los pueblos de lo que tenemos que hacer respecto del Derecho Humano al Agua, entendiendo que el agua es un bien público, no es una mercancía. Si es agua es un bien común, esa agua es de las personas donde nace y se desarrolla las fuentes de agua, es del lugar donde existe ese ecosistema. El pueblo de Cochabamba fue muy consciente de que si le quitaban el agua le quitaban la vida.

Según la Organización Mundial de la Salud:

15 Reportaje del Programa "Pulso Político", TC televisión de Ecuador, Domingo 17 de noviembre de 2013.

2.500 millones de personas carecen de sistemas sanitarios.

5 MILLONES de personas mueren cada año a causa de enfermedades relacionas con el agua.[16]

Estas cifras evidencian en forma nítida que cada año mueren más personas que las que murieron en la Segunda Guerra Mundial, por lo que nos debemos preguntar si estamos frente a un delito de lesa humanidad o simplemente estamos frente a una conducta generalizada de impavidez y de falta de solidaridad.

La declaración universal de los Derechos Humanos, que es el Pacto Social entre los Estados, señala:

Art. 3.- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Art. 22.- Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Art. 25.1.- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de los medios de subsistencia por circunstancias independientes a su voluntad.

Art. 28.- Toda persona tiene derecho a que

16 Reportaje de la Cadena Telesur, programa "Impacto Económico", domingo 17 de noviembre de 2013.

se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos.[17]

Las disposiciones que se dejan señaladas declaran que todos los seres humanos tenemos derecho a la vida, a la salud, a los servicios sociales que nos asegure una vida digna, ninguno de nosotros podemos afirmar que existe una vida digna si no hacemos una realidad tangible el Derecho Humano al agua de calidad, si a un ser humano se le quita el agua simplemente se le quita la vida.

Con este propósito, en el año 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, público en un documento titulado "Comentario General del Derecho al Agua", proclamó al agua como un derecho humano universal. El agua es un derecho no una mercancía.

El documento pretende interpretar el "Convenio Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales", un tratado firmado por 151 países del mundo, incluido el Ecuador. Según este documento, el derecho humano al agua implica agua suficiente, sana, de calidad aceptable, físicamente accesible y económicamente alcanzable para usos personales y domésticos. Entre las obligaciones de los gobiernos nacionales consta hacer efectivo el derecho de las personas a los recursos hídricos sanos y accesibles.[18]

El ecosistema no reconoce fronteras, donde quiera que estemos nuestros actos repercuten en la naturaleza, en nuestra atmósfera que es única,

17 Declaración Universal de Los Derechos Humanos, Arts. 3, 22, 25, 28.

18 Emily Joiner, Agüita Amarilla, Editorial Poligráfica, Ecuador- Guayaquil, 2006, página 17.

indivisible, es nuestro patrimonio común de la humanidad.

No cerremos los ojos es preciso creer lo que sabemos, el inmoral poder de mercado, visibilizado en las grandes transnacionales, ha hecho del planeta un medio para enriquecerse en forma sistémica y sostenida, en contra de los propósitos y la filosofía de la propia naturaleza que existe para servirnos a todos, con un solo propósito o fin darnos vida. Este justamente es el primer derecho que protege la humanidad, el derecho a la vida descrito en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.

Proteger el bienestar y la opulencia de unos pocos a costa de la miseria de los demás y la destrucción del planeta, es no reconocer que inclusive esas minorías que tienen en sus manos el poder del mercado se destruirán porque la naturaleza no reconocerá ni pobres ni ricos. Es el momento de la reflexión, de buscar alternativas, de desarrollar la cultura, la educación, la investigación que son recursos inagotables para encontrar las soluciones.

Es impostergable la presentación de alternativas válidas para evitar la catástrofe, desde lo político, científico y económico, no más el poder de mercado sobre la naturaleza. En este panorama debemos cuestionarnos principalmente desde lo moral, cuando unos pocos tienen demasiadas prerrogativas y la gran mayoría esta indefensa, las sociedades se vuelven cínicas. Sus miembros están dispuestos a hacer o decir cualquier cosa para sobrevivir, la verdad se relativiza descaradamente y los principios son ridiculizados por el poder al punto de hacerlos ver como defectos y no como virtudes del ser humano.

En este contexto, tenemos que evitar a toda

costa, toda clase de prerrogativas en torno al uso irresponsable del agua, no es posible por ejemplo que sigamos permitiendo que se utilicen 2,5 billones de galones de agua para regar las canchas de golf del mundo, que es la misma cantidad de agua que se requiere para proveer de agua a 4.7 billones de personas diariamente, con la cantidad mínima para subsistir. Esto sin contar con la cantidad de agua que se utiliza para regar los canchas de fútbol y de otros deportes en todo el mundo, no estoy en contra de los deportes estoy en contra de lo irracional, se pueden desarrollar programas deportivos y de recreación sin afectar a nadie.

En esta línea de pensamiento, se tiene también que se utiliza una gran cantidad de agua en elaborar bebidas alcohólicas, que en definitiva a más de dañar la salud de la población mundial, no presta ningún beneficio positivo al mundo.

Para elaborar un litro de cerveza se requiere 4 litros de agua.

Para elaborar un litro de vivo se requiere 4,74 litros de agua.

Para elaborar un litro de alcohol elaborado (whisky, ron, vodka, etc.) se requiere 35 litros de agua.[19]

Toda esta agua que se desperdicia, debe ser utilizada para el riego de las tierras agrícolas, que por ejemplo en el Ecuador es muy precario alcanza apenas el 16% del área cultivada del país[20]

Gobiernos como Nueva Zelanda, Islandia, Suecia, Dinamarca han decidido producir energía renovable, por ejemplo, en Islandia se construyen centrales que se alimentan con el calor de la tierra para producir energía, se llama Geotermia; así

19 www.clubdarwin,net.

20 Foro de los Recursos Hídricos, Ecuador- Quito, 2012, página 4

mismo en Dinamarca se han construido grandes extensiones centrales Ceólicas frente a sus costas que producen el 30% de la electricidad de su país, en qué lugar del mundo no sopla el viento.

Si en la tierra todo está vinculado, la tierra está vinculada al sol su principal fuente de energía, lo han hecho las plantas capturando su energía, por qué no puede hacerlo el hombre.

Debemos dejar de hurgar la tierra y levantar la mirada hacia el cielo, debemos entender que podemos reemplazar fácilmente las fuentes de energía pero no el agua, existen soluciones, todos tenemos el poder de cambiar sobre la base de nuestras conciencias, aquí nace el concepto de responsabilidad social, qué estamos esperando.

La Constitución del Ecuador, es la primera y única en el mundo que le entregó derechos a la naturaleza, que son exactamente iguales en su fuerza y aplicación que los derechos del ser humano (arts. 71-74). Es decir que la naturaleza no está sujeta a la decisión de los gobernantes hay que respetarla y punto, y el ejercicio de sus derechos está en manos de cada uno de los ecuatorianos. Su custodia está en manos de las comunidades y su explotación requiere de consulta previa (art.57).

El artículo 318 en forma categórica prohíbe toda forma de privatización del agua y señala que la gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria. Dicha disposición también ordena que el Estado, a través de la autoridad única del agua, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos que se destinarán al consumo humano, riego que garantice la soberanía alimentaria, caudal ecológico y actividades productivas, en este orden de prelación. Dispone además que se requerirá autorización del Estado para el aprovechamiento

del agua con fines productivos por parte de los sectores públicos, privados y de la economía popular y solidaria, de acuerdo con la ley.

Sin embargo, de esta prohibición constitucional expresa, en todos los supermercados, en todos los centros de recreación, en todas las tiendas de barrio, en todas partes, se vende agua embotellada. En la ciudad más poblada del Ecuador (Guayaquil) es una empresa privada la que presta el servicio de agua potable (Interagua). Entonces la realidad contrasta con la prohibición constitucional.

Al indicar que la gestión del agua será exclusivamente pública o comunitaria y que el Estado a través de una autoridad única, será el responsable directo de la planificación y gestión de los recursos hídricos, se tiene absolutamente claro que la empresa privada queda fuera del servicio comunitario o público del agua y que su límite queda en las actividades productivas.

Al señalar nuestra Constitución que la planificación y gestión de los recursos hídricos estará a cargo de una única autoridad, debemos entender que esta autoridad es la encargada de controlar y regular el manejo del agua.

Asimismo es claro que el aprovechamiento del agua con fines productivos, tiene que ver con la utilización del agua en la preparación o elaboración de los productos como los lácteos, los licores, los fideos, inclusive los esferográficos contienen agua, pero no con la comercialización del agua en estado natural como es el caso de la venta de agua embotellada, el agua en estado natural no es una mercancía. Por ello, debemos entender que son los gobiernos los encargados de entregarnos el servicio de agua potable con una aceptable calidad y a precios que nos permitan la accesibilidad a la misma, no el sector privado que

se han apoderado del mercado del agua, vale decir que el monopolio del agua debe ser de los Estados, que no persiguen el lucro sino el servicio.

Esta disposición constitucional del Ecuador, no obstante que no se cumple, conforme se deja explicado en líneas anteriores, es totalmente humanista, busca proteger el agua en su estado natural, saca de su escenario a la empresa privada, lo cual sin lugar a dudas es muy favorable para la protección de la salud y la vida.

Considero en lo personal que por la importancia de este recurso estratégico, pues sin agua no hay vida, sin agua no podría haber alimentación y peor aún soberanía alimentaria, es impostergable la creación de la Superintendencia para el control de los recursos hídricos, la misma que debería encargarse de dictar todas las políticas públicas necesarias para la protección de estos recursos fundamentalmente para evitar su contaminación.

Así mismo es impostergable la creación de un Ministerio para el control de la basura (chatarra y desechos) que se encargue de controlar y regular a las empresas que producen artefactos eléctricos y electrónicos, a fin de que se encarguen de reciclar la basura electrónica producida por ellos, pues los responsables directos de estos desechos no solo que contaminan los recursos hídricos sino que afectan gravemente las economía de los estados en razón de que la limpieza y reciclaje de la basura electrónica tiene elevados costos, que en la actualidad, no obstante de ser precaria afecta el presupuesto de nuestros pueblos, que bien podría servir para el desarrollo de la educación, salud, etc. Esta Secretaria de Estado también debería tener entre sus competencias el control y la regulación de los desechos producidos por la

industria farmacéutica, metalúrgica, automotriz, etc.

Por otra parte, deberíamos crear Organismos Estatales con jurisdicción Regional para la protección de los Recursos Hídricos, capaces de controlar y regular a todos los pueblos de la Región, porque de esa manera los Estados uniríamos experiencias y esfuerzos para contrarrestar la vorágine de las empresas transnacionales que han roto las fronteras.

Para cumplir con estos ideales se requiere de mucho compromiso, trascender, entender y concienciar a cabalidad el concepto de responsabilidad social, esto involucra a todos los actores de la Sociedad: gobernantes y gobernados, poderes de mercado y poderes sociales, empresarios y trabajadores, todos sin excepción, con un solo objetivo la protección de la vida.

Para cumplir este objetivo se requiere de una gran inversión para que la Sociedad se capacite en el conocimiento del problema (Congresos, Foros, Cumbres, Seminarios, debates, mesas redondas, etc.). Esto genera un clima proclive al cambio por la toma de conciencia a través del conocimiento y luego proponemos, interactuamos y encontramos soluciones conjuntas no con un criterio de responsabilidad personal exclusivamente sino fundamentalmente con responsabilidad social, que tenga como nuestro máximo Ente de Control nuestra conciencia.

Nuestra realidad es el control de las transnacionales sobre los Estados, nuestro ideal es el control de las Sociedades sobre las grandes transnacionales, con una base sólida, que no debe ser otra sino la protección de la vida en todas sus formas.

EL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

DR. JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ

SUMARIO: Introducción. I. El agua como derecho fundamental. II. El agua como servicio público. III. El agua como bien económico. Conclusión. Glosario. Bibliografía.

> El umbral de la contaminación irreversible del agua, aire y la tierra no es tan inminente en su Contexto regional como lo son los problemas de los recursos de agua y tierra asociados con la rápida deforestación, degradación de tierras y destrucción de cuencas hidrográficas.
>
> Dr. Rafael González Bailar, 2003, p. 73

INTRODUCCIÓN

El agua tiene una importancia clave en el mundo actual y futuro.

La humanidad depende del agua para sobrevivir, lo cual es un hecho obvio.

En esta ponencia se hará un triple enfoque de los muchos posibles:

a) El agua como derecho humano
b) El agua como servicio público
c) El agua como bien económico

En los tiempos actuales en los cuales predomina la ideología neoliberal, que la de prioridad al mercado, a la economía por encima del ser humano y de la sociedad, se hace necesario enfatizar que la economía debe estar al servicio de la persona.

Algunas cifras nos muestran la gigantesca importancia del agua:

Mil cuatrocientos millones de seres humanos no tienen acceso directo al agua y otros

Mil millones solo pueden obtener agua de muy mala calidad, insalubre, cuyo consumo mata cada día a treinta mil personas.

El 97.5% del agua disponible en el planeta es salada y el 2.5% restante está en proceso de pérdida de calidad y cantidad debido al consumo excesivo.

El 70% del agua dulce disponible es utilizado para el riego agrícola, el 10% sirve a la industria y los usos municipales o domésticos; el resto para producir electricidad, navegar y el entretenimiento.

En América Latina, 70 millones de personas vive sin acceso al agua potable (De la Fuente, 2005, pp. 7 Y 8).

En los países desarrollados una persona consume al día de 500 a 800 litros de agua (300 metros cúbicos).

En los países subdesarrollados una persona consume al día de 60 a 150 litros de agua (20 metros cúbicos) (Agua en cifras: Comisión Nacional del Agua, 2005, UNAM, revista Ciencia y Desarrollo, 2006, p. 48).

Mil doscientos millones de personas viven con menos de un dólar al día.

La mitad de la población del mundo (tres mil millones de personas) viven con menos de dos dólares diarios.

Pero, en subsidios en el mundo desarrollado, el dueño de una vaca recibe dos dólares y medio al día.

Bien se ha declarado que la escasez y el uso abusivo del agua dulce plantea una creciente y seria amenaza para el desarrollo sostenible y la

protección del medio ambiente.

La salud y el bienestar humanos, la seguridad alimentaria, el desarrollo industrial y los ecosistemas de que dependen se hallan todos en peligro, a no ser que la gestión de los recursos hídricos y el manejo de los suelos se efectúen en el presente decenio y aún más adelante de forma más eficaz que hasta ahora (Declaración de Dublín de 1992, Introducción).

Sin duda se debe luchar en los hechos porque se reconozca, nacional e internacionalmente, que el agua es patrimonio común de la Humanidad, porque en ello va la vida de todos los seres vivos del planeta.

I. EL AGUA COMO DERECHO FUNDAMENTAL

Se declaró en la Carta de Montreal de 1990, que siendo el acceso al agua una condición de sobrevivencia, se afirma que toda persona tiene derecho al agua en cantidad suficiente para poder responder a sus necesidades vitales.

El derecho al agua y a su saneamiento es inseparable de los otros derechos de la persona.

Hay que asegurar que la gestión y el aprovisionamiento del agua sean realizados de manera justa y eficaz, por medio de sistemas perdurables que fortalezcan la autonomía de los pueblos afectados.

El acceso al agua para todos exige esfuerzos para preservar cualitativa y cuantitativamente este recurso vital de nuestro planeta. Este esfuerzo a realizar concierne a todos los países sin excepción, a todos los medios, a todos los sectores, desde la agricultura hasta la industria, y a todos los niveles, desde la utilización personal y comunitaria hasta la administración nacional e internacional.

El no respeto del derecho al agua para todos es, hoy en día, la manifestación de las desigualdades en la repartición del poder social y económico, independientemente de las diferencias geográficas, y exige de todos una solidaridad internacional constante para poder hacer respetar este derecho esencial.

Por lo tanto, insistimos en afirmar la necesidad:

• De reconocer que el acceso al agua para todos está amenazado por los modelos de desarrollo que malgastan y contaminan los limitados recursos del planeta. Por lo tanto, se exige una reforma en los modos vigentes del desarrollo económico;

• De apoyar las reivindicaciones de los pueblos frente al Estado, favoreciendo la creación y el apoyo de las organizaciones democráticas, tanto en las zonas rurales como urbanas, sobre todo en los suburbios y villas miseria, donde las necesidades esenciales son cruelmente olvidadas;

• De denunciar y oponerse al control del acceso al agua y a su saneamiento, como medio de presión sobre los pueblos víctimas de guerra o de ocupación militar;

• De establecer asociaciones permanentes que reúnan las ONG de desarrollo, tanto del Sur como del Norte, así como asociaciones de protección del medio ambiente y de defensa de los derechos de la persona que tengan como objetivo el suscitar una conciencia mundial sobre el problema del agua, de vigilar sobre la distribución y el aumento justo de los fondos destinados a este sector y de presionar los responsables para obtener la calidad y la justa distribución del acceso al agua y a su saneamiento.

El fracaso evidente de los modelos de desarrollo que se han aplicado, es debido, en gran parte, al hecho de haber excluido de las orientaciones y de las decisiones importantes

del proceso de desarrollo a las poblaciones, y particularmente a las mujeres.

A partir de la afirmación que el derecho al agua es inseparable de los demás derechos de la persona que están relacionados con un desarrollo global, es necesario:

• Considerar el derecho al agua y a su saneamiento como un derecho esencial en torno al cual se puede articular un programa de desarrollo integral, incluyendo las actividades en salud, en la utilización de la basura, en la preservación de medio ambiente, en la educación y en las actividades económicas;

• Preveer actividades específicas de conservación del agua potable y asegurar, al mismo tiempo, su distribución en cantidad suficiente al mayor número posible de personas;

• Privilegiar, en todo proyecto, la utilización de los recursos locales existentes: maestría, trabajo, equipos, tecnologías, etc., con el fin de colaborar al mismo tiempo al desarrollo económico de la región, como elemento necesario a un desarrollo global y sostenible.

Ya la Declaración de Dublín de 1992, estableció en algunos de sus principios lo siguiente:

Principio No. 1. El agua dulce es un recurso finito y vulnerable, esencial para sostener la vida, el desarrollo y el medio ambiente.

Dado que el agua es indispensable para la vida, la gestión eficaz de los recursos hídricos requiere un enfoque integrado que concilie el desarrollo económico y social y la protección de los ecosistemas naturales. La gestión eficaz establece una relación entre el uso del suelo y el aprovechamiento del agua en la totalidad de una cuenca hidrológica o un acuífero.

Principio No. 2. El aprovechamiento y la gestión

del agua debe inspirarse en un planteamiento basado en la participación de los usuarios, los planificadores y los responsables de las decisiones a todos los niveles.

El planteamiento basado en la participación implica que los responsables de las políticas Y el público en general cobren mayor conciencia de la importancia del agua. Este planteamiento entraña que las decisiones habrían de adoptarse al nivel más elemental apropiado, con la realización de consultas públicas y la participación de los usuarios en la planificación y ejecución de los proyectos sobre el agua.

En la Cumbre de Johannesburgo en el 2002, en la Declaración del milenio, se concluyeron algunos aspectos importantes:

• Llevar el agua a esa proporción de seres humanos en el planeta que no tiene acceso a la misma Y con un mínimo de calidad y sanidad.

• Combatir la pobreza.

• Sin agua no hay equilibrio de los ecosistemas, ni energía, ni agricultura ni biodiversidad.

• Las personas, tienen derecho al agua con un acceso en términos de cantidad pero sobretodo de calidad. Por otro lado el poder de obtenerla para los seres humanos debe ser económicamente accesible (González Ballar, 2003, pp. 1 y 2).

En noviembre del 2002 el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, reconoció el derecho al agua como un derecho humano, fundamental e inalienable.

Precisamente la Declaración final del II Foro alternativo mundial del agua, reunido en Ginebra, Suiza, el 19 de marzo de 2005, (www. fame200S.0rg).afirmó el estatuto del agua, como bien común; el derecho al agua como derecho

humano, el financiamiento colectivo del acceso al agua y la gestión democrática del agua en todos los niveles.

Asimismo, estableció ese foro, que el agua ha de proscribirse de la esfera comercial y las normas mercantiles, esto es: de los acuerdos comerciales Y de las instituciones financieras internacionales.

Jurisprudencia constitucional costarricense

Ejemplos de algunas sentencias de la Sala Constitucional:

Sentencia No. 6362 de 1996

Considerando I: Este servicio público se relaciona con un derecho fundamental, como en este caso, ya que se trata de abastecimiento de agua potable. La Administración Pública está obligada a brindar al particular este servicio.

Sentencia No. 2728-91

Considerando}: Se han violado los derechos fundamentales de los habitantes del cantón de San Rafael de Heredia en torno a la salud y a la vida, al ser irregular el suministro de agua y al alto grado de contaminación.

En esta perspectiva del acceso al agua como un derecho humano, constitucional y fundamental de los personas, se tiene que tener muy claro que este recurso es limitado y escaso.

Sentencia No. 1700-93

Cuando se trata del Derecho Ambiental, la legitimación corresponde al ser humano como tal, pues la lesión al derecho de conservación de los recursos naturales la sufre tanto la comunidad como el individuo en particular (Sala zar, 2004,

p. 134).

Constitución Política de Costa Rica, 1949 vigente.

Artículo 21: *La vida humana es inviolable.*

Artículo 50: *El Estado procurará el mayor bienestar a todos los habitantes del país, organizando y estimulando la producción y el más adecuado reparto de la riqueza.*

Toda persona tiene derecho a un ambiente sano y ecológica mente equilibrado. Por ello está legitimada para denunciar los actos que infrinjan ese derecho y para reclamar la reparación del daño causado.

El Estado garantizará, defenderá y preservará ese derecho. La ley determinará las responsabilidades y las sanciones correspondientes.

Con base en el párrafo segundo de este numeral 50, las personas puede acudir a la Sala Constitucional, en defensa de la Carta Magna y de los derechos fundamentales (como el del agua), para hacer valer este derecho a la vida; y, a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado. El acceso a este alto tribunal constitucional, se realiza como si se tratara de una acción popular.

II. EL AGUA COMO SERVICIO PÚBLICO

Los servicios públicos que se han reconocido más tradicionalmente como tales han sido, entre otros: gas, electricidad, educación, salud.

Un servicio público es una actividad de interés general o de la comunidad que bien puede ser asumida por la Administración Pública o los particulares, bajo la regulación del derecho administrativo (ejemplo: el transporte público de

personas en bus o en taxi).

Los principios que orientan los servicios públicos son:

Continuidad: su permanencia

Igualdad: se prestan o se dan sin discriminación

Adaptación: La realidad debe guiar su efectiva prestación

Precio: razonable en función del bien público que debe cumplir (se le llama tasa) (Romero-Pérez, 2002, pp. 95,96; Van Lang et al, 1999, p. 261; Esplugas, 1998, pp. 133,134; Chevallier, 1987, pp. 115-116).

En el caso del servicio público de la prestación de agua potable a la comunidad, dada su gran importancia para la vida de las personas, el desarrollo sustentable y sostenible y el medio ambiente, sin duda que se trata de un servicio que debe estar a cargo del Estado; siendo su privatización o prestación a cargo y por cuenta de empresarios particulares, un enorme riesgo y potencial daño para la sociedad, ya que el empresario tiene como guía el beneficio económico; y al Estado se le asigna, al menos teóricamente, la responsabilidad del bien común o el interés general, en el marco de la sociedad democrática y del Estado social de derecho.

La *Procuraduría General de la República* ha expresado que el servicio de agua potable es un servicio público y que como tal se trata de una actividad de interés general, dirigida a la satisfacción de necesidades colectivas y asumidas por el poder público (oficio C-373-2003 de 26 de noviembre del 2003).

En nuestro país algunas de las normas jurídicas que regulan el agua, son las siguientes:

a) Ley de aguas No. 276 del 27 de agosto de 1942 y sus reformas.

Artículo 1.-

Son aguas del dominio público:

I.- Las de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el derecho- internacional;

Il.- Las de las lagunas y esteros de las playas ql4e se comuniquen permanentemente o intermitentemente con el mar;

III.- Las de los lagos interiores de formación natural que estén ligados directamente a corrientes constantes;

IV.- Las de los ríos y sus afluentes directos o indirectos, arroyos o manantiales desde el punto en que broten las primeras aguas permanentes hasta su desembocadura en el mar o lagos, lagunas o esteros;

V.- Las de las corrientes constantes o intermitentes cuyo cauce, en toda su extensión o parte de ella, sirva de límite al territorio nacional, debiendo sujetarse el dominio de esas corrientes a lo que se haya establecido en tratados internacionales celebrados con los países limítrofes y, a falta de ellos, o en cuanto a lo no previsto, a lo dispuesto por esta ley.

VI.- Las de toda corriente que directa o indirectamente afluyan a las enumeradas en la fracción V;

VII.- Las que se extraigan de las minas, con la limitación señalada en el artículo 10;

VIII.- Las de los manantiales que broten en las

playas, zonas marítimas, cauces, vasos o riberas de propiedad nacional y, en general, todas las que nazcan en terrenos de dominio público;

IX.- Las subterráneas cuyo alumbramiento no se haga por medio de

X.- Las aguas pluviales que discurran por barrancos o ramblas cuyos cauces sean de dominio público.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 50 de la Ley Orgánica del Ambiente No. 7554 Y el artículo 4 del Código de Minería entiéndase que todas las aguas son de dominio público.

Artículo 2.- *Las aguas enumeradas en el artículo anterior son de propiedad nacional y el dominio sobre ellas no se pierde ni se ha perdido cuando por ejecución de obras artificiales o de aprovechamientos anteriores se alteren o hayan alterado las características naturales.*

Exceptúanse las aguas que se aprovechan en virtud de contratos otorgados por el Estado, las cuales se sujetarán a las condiciones autorizadas en la respectiva concesión.

Artículo 3. Son igualmente de propiedad nacional:

I.- Las playas y zonas marítimas;

ll.- Los vasos de los lagos, lagunas y esteros de propiedad nacional;

lll.- Los cauces de las corrientes de dominio público;

IV.- Los terrenos ganados al mar por causas naturales o por obras artificiales;

V.- Los terrenos ganados a las corrientes, lagos, lagunas o esteros, por obras ejecutadas con autorización del Estado; y

VI.- Las islas que se forman en los mares

territoriales, en los vasos de los lagos, Iagunas o esteros o en cauces de las corrientes de propiedad nacional, siempre que éstas no procedan de una bifurcación del río en terrenos de propiedad particular.

b) Ley de agua potable No. 1634 del 18 de setiembre de 1953 y sus reformas

Artículo 1.-

Se declaran de utilidad pública el planeamiento, proyección Y ejecución de las obras de abastecimiento de agua potable en las poblaciones de la República.

Artículo 2.-

Son del dominio público todas aquellas tierras que tanto el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados como el Ministerio de Salubridad Pública, considere indispensables para construir o para situar cualquiera parte o partes de los sistemas de abastecimiento de aguas potables, así como para asegurar la protección sanitaria y física, y caudal necesario de las mismas. Corresponde al A y A conocer de las solicitudes formuladas para construcción, ampliación y modificación de los sistemas de agua potable y recomendar al Ministerio de Obras Públicas y Transportes la construcción, ampliación o modificación de aquellas de mayor necesidad, previo estudio de índices de mortalidad, parasitismo y otros.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras “Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT” por “A y A” en el texto del presente artículo.

Artículo 3.-

Corresponde al Ministerio de Salubridad Pública y al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados seleccionar y localizar las aguas destinadas al servicio de cañería, tipo de tratamiento de las mismas y tipo de sistema de agua potable a construir. Tendrá además la responsabilidad por las recomendaciones que se deban impartir desde el punto de vista sanitario comprendiendo el diseño, construcción, operación y mantenimiento de los sistemas de agua potable.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras "Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT' por "A Y A" en el texto del presente artículo.

Artículo 4.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, por medio del Departamento de Obras Hidráulicas, la construcción de los nuevos sistemas de agua potables, así como realizar las reparaciones y extensiones que fuere necesario hacer en la ya existentes, siempre y cuando las respectivas Municipalidades no estén técnica y administrativamente capacitadas para efectuar tales trabajos por sí mismas. El A Y A llevará a cabo estos trabajos acatando las indicaciones de carácter sanitario que indique el Ministerio de Salubridad Pública, según el artículo 3º.

Nota: De conformidad con lo que establece el artículo 2, inciso f) y h) de la Ley No. 2726 de 14 de abril de 1961 se sustituyen expresamente las palabras "Municipalidad, Ministerio de Salubridad Pública o MOPT' por " A Y A " en el texto del presente artículo.

c) Ley constitutiva del Instituto de Acueductos Y Alcantarillado No. 2726 del 14 de abril de 1961

Articulo 1.-

Con el objeto de dirigir, fijar políticas, establecer y aplicar normas, realizar y promover el planeamiento, financiamiento Y desarrollo Y de resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable y recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos, lo mismo que el aspecto normativo de los sistemas de alcantarillado pluvial en áreas urbanas, para todo el territorio nacional se crea el Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, como institución autónoma del Estado.

Articulo 2.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados:

a) Dirigir y vigilar todo lo concerniente para proveer a los habitantes de la república de un servicio de agua potable, recolección y evacuación de aguas negras y residuos industriales líquidos y de aguas pluviales en las áreas urbanas;

b) Determinar la prioridad, conveniencia y viabilidad de los diferentes proyectos que se propongan para construir, reformar, ampliar, modificar obras de acueductos y alcantarillados; las cuales no se podrán ejecutar sin su aprobación;

e) Promover la conservación de las cuencas hidrográficas Y la protección ecológica, así como el control de la contaminación de las aguas;

d) Asesorar a los demás organismos del Estado y coordinar las actividades públicas y privadas en todos los asuntos relativos al establecimiento de acueductos y alcantarillados Y control de la contaminación de los recursos de agua, siendo obligatoria, en todo caso, su consulta, e inexcusable

el cumplimiento de sus recomendaciones;

e) Elaborar todos los planos de las obras públicas relacionadas con los fines de esta ley, así como aprobar todos los de las obras privadas que se relacionen con los sistemas de acueductos y alcantarillados, según lo determinen los reglamentos respectivos;

f) Aprovechar, utilizar, gobernar o vigilar, según sea el caso, todas las aguas de dominio público indispensables para el debido cumplimiento de las disposiciones de esta ley, en ejercicio de los derechos que el Estado tiene sobre ellas, conforme a la ley número 276 de 27 de agosto de 1942, a cuyo efecto el Instituto se considerará el órgano sustitutivo de las potestades atribuidas en esa ley al Estado, ministerios Y municipalidades;

g) Administrar y operar directamente los sistemas de acueductos y alcantarillados en todo el país, los cuales se irán asumiendo tomando en cuenta la conveniencia y disponibilidad de recursos. Los sistemas que actualmente están administrados y operados por las corporaciones municipales podrán seguir a cargo de éstas, mientras suministren un servicio eficiente.

Bajo ningún concepto podrá delegar la administración de los sistemas de acueductos y alcantarillado sanitario del Área Metropolitana.

Tampoco podrá delegar la administración de los sistemas sobre los cuales exista responsabilidad financiera y mientras ésta corresponda directamente al Instituto.

Queda facultada la institución para convenir con organismos locales, la administración de tales servicios o administrarlos a través de juntas administradoras de integración mixta entre el Instituto y las respectivas comunidades, siempre que así conviniere para la mejor prestación de

los servicios y de acuerdo con los reglamentos respectivos.

Por las mismas razones y con las mismas características, también podrán crearse juntas administradoras regionales que involucren a varias municipaIidades.

h) Hacer cumplir la Ley General de Agua Potable, para cuyo efecto el Instituto se considerará como el organismo sustituto de los ministerios y municipalidades indicados en dicha ley;

i) Construir, ampliar y reformar los sistemas de acueductos y alcantarillados en aquellos casos en que sea necesario y así 10 aconseje la mejor satisfacción de las necesidades nacionales; y

j) Controlar la adecuada inversión de todos los recursos que el Estado asigne para obras de acueductos y alcantarillado sanitario.

Nota: De acuerdo con el Transitorio II de la Ley No. 5915 del 12 de julio de 1976 el nombre fue variado de Servicio Nacional de Acueductos y Alcantarillados a "Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados" puede abreviarse "A y A".

Artículo 3.-

Corresponde al Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados elaborar las tasas y tarifas para los servicios públicos a que se refiere esta ley, prestados en el país por empresas públicas o privadas.

Todo proyecto deberá ser presentado al Instituto, el cual podrá modificarlo, unilateralmente, para que se ajuste -jurídica y económicamente- a los principios del servicio al costo y un rédito para desarrollo, que regularán esta materia.

En el caso de acueductos para poblaciones rurales y dispersas, construidos con aportes específicos del Estado, la Junta Directiva del

Instituto podrá establecer tarifas especiales, tomando en cuenta los aportes de la comunidad para la construcción, operación y mantenimiento de la obra (…).

Artículo 4.-

Para la fijación de tarifas se aplicarán criterios de justicia social distributiva, que tomen en cuenta los estratos sociales y la zona a que pertenecen los usuarios, de manera que los que tienen mayor capacidad de pago subvencionen a los de menor capacidad, con el propósito de obtener ingresos tales que respondan a la política financiera que para el Instituto señalan las normas legales correspondientes.

El Estado y sus instituciones de asistencia social podrán subvencionar, total o parcialmente, áreas o grupos de usuarios, que por sus condiciones económicas están incapacitados para pagar las tarifas establecidas.

Nota: Por Ley No 7418 se dispone: no estarán sujetos al pago de impuestos, tasas, contribuciones ni derechos, los documentos requerimientos para ejecutar el proyecto aprobado por esta Ley ni su inscripción en los registros correspondientes. También se eximen del pago de impuestos, tasas, sobretasas, contribuciones y derechos la adquisición de materiales, equipos y servicios necesarios para el proyecto y el traspaso de bienes inmuebles a cargo de terceros que los donen para ejecutar el proyecto.

III. EL AGUA COMO BIEN ECONÓMICO

Entre otros muchos, el *Worldwatch Institute, World Resources Institute*, programa para el Medio Ambiente de las Naciones Unidas, *International Rivers Network, Greenpeace, Clean Water Network,*

Comisión del Sierra Club y *Friends of the Earth International* nos dan una serie advertencia acerca de la situación global del agua dulce, que representa probablemente la mayor amenaza jamás conocida para la supervivencia de nuestro planeta.

Lamentablemente, el modelo neoliberal inspirado en lo que se ha llamado Consenso de Washington, parte de la idea de que la economía liberal del mercado constituye la única opción económica posible para todo el mundo.

Un aspecto clave de este consenso es la comercialización de los bienes de uso común. Todo está a la venta, incluso aquellas áreas de la vida que, como los servicios sociales y los recursos naturales, fueron considerados en su día legado de la humanidad.

En el mundo, son muchos los gobiernos que, abdicando de su responsabilidad de proteger los recursos naturales con que cuentan, renuncian a su autoridad en favor de empresas privadas que se enriquecen explotando esos recursos.

Ante la crisis del agua dulce, ahora ya perfectamente documentada, gobiernos e instituciones internacionales abogan por una solución basada en el Consenso de Washington: la privatización Y la comercialización del agua.

De acuerdo con algunos organismos internacionales, el agua es una necesidad humana; no un derecho humano. Esto no es una simple cuestión semántica; la diferencia en la interpretación es fundamental.

Una necesidad humana puede ser satisfecha de muchos modos, especialmente a base de dinero.

Pero nadie puede poner en venta un derecho humano.

En el segundo *Foro Mundial del Agua*, celebrado en La Haya en marzo del 2000, se afirmó

que el agua era una mercancía y ninguno de los representantes gubernativos que asistían a un congreso paralelo se atrevió a contradecir esta afirmación.

Es más hay gobiernos que han facilitado la privatización del agua, obviamente con ánimo de lucro.

Así un grupo de empresas multinacionales, respaldadas por el *Banco Mundial* y el *Fondo Monetario International (FMI),* están tratando en este momento de controlar la gestión de los servicios públicos del agua, encareciendo dramáticamente el precio que pagan por el agua los residentes locales; 10 cual implica sacarle provecho, especialmente de los desesperados esfuerzos que hacen los países subdesarrollados por encontrar una solución a su crisis del agua.

Algunas de estas empresas exponen su filosofía: el agua debe tratarse como cualquier otro bien comerciable, y su uso y distribución han de estar determinados por los principios del beneficio económico.

Paralelamente algunos gobiernos abandonan su control sobre las reservas nacionales de agua para firmar acuerdos comerciales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN); su proyectado sucesor: el Area de Libre Comercio de las Américas (ALCA); y la Organización Mundial del Comercio (OMC).

Estas instituciones comerciales globales facilitan, de una manera hasta ahora inimaginable, el acceso de las empresas multinacionales al agua dulce de los países firmantes.

De hecho, algunas de estas empresas han empezado ya a plantear demandas a los gobiernos para poder acceder a las fuentes nacionales de agua. y, apoyándose en los mencionados tratados

comerciales internacionales, están acariciando sus propios proyectos para el transporte masivo del agua a granel por medio de desvíos y de superpetroleros (Barlow; y, Clarke, pp. 14 a 16).

Diez transnacionales tienen un control monopólico en el mercado mundial del agua. En nuestro país son: la Coca Cola y la Florida Ice Farm.

Esas 10 empresas son:

Vivendi Universal, Suez, Bouygues-Saur, RWE- Thames Water, Bechtel-United Utilities, Enron-Asurix, Severn Trent, Anglian Water, Kelda. y Water Works Co. (EnCiso, pp. 148-149; Barlow; y, Clarke, pp. 174 a 176).

La década de los 90 marcó un momento clave en la gestión del agua, ya que en 1995 se suscribió el Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios (AGCS), como parte de los compromisos impulsados por la Organización Mundial del Comercio (OMC), que estableció un proceso de liberalización, desregulación Y privatización de los servicios básicos, apuntando a la creación de mercados globales del agua, la energía, las telecomunicaciones, la salud y la educación, entre otros.

Bajo este marco, gobiernos de todo el mundo -incluidos países desarrollados- comenzaron a transferir su responsabilidad de control de los recursos naturales a un grupo de empresas privadas: las francesas Vivendi y Suez y la alemana RWE, que adquirió dos importantes empresas de agua, Thames Water en el Reino Unido y American Water Works, en Estados Unidos (De la Fuente, p. 9).

Parte de la estrategia de las enormes

empresas que controlan el negocio del agua en el mundo, es debilitar la noción de servicio público, de origen en el derecho administrativo francés, por la de bien económico; y, por tanto comercializable, es decir, sujeto a la privatización Y a su desarrollo en el mercado de bienes y servicios. Por ende, al mercado: solo tienen acceso a los bienes y servicios aquellos que pueden pagar el precio que el mercado requiere, actuando como consumidores, que es el rol o papel oficial y legítimo para ser alguien en este espacio capitalista. Se da así la transmutación de servicio a negocio privado.

Agua embotellada:

Para el año 2000, se ha calculado que las ventas mundiales de agua embotellada rondaron los 22.000 millones de dólares. Sin embargo, esta cifra se queda pequeña si la compara con la presentada por la agencia estadística Euromonitor, que señala que ese mismo año las ventas globales de agua subieron a 36.000 millones en 53 países.

La industria del agua embotellada ha crecido a un ritmo sorprendente.

Además de *Nestlé,* se han convertido en suministradoras de agua embotellada otros gigantes de la industria global alimentaria y de bebidas, como la *Coca-Cola, Pepsi Cola, Procter & Gamble y Danone.*

Curiosamente, en contraposición con la imagen publicitaria de "agua pura de fuente" que pretende transmitir la industria, el agua embotellada no es siempre más sana que la del grifo, y en ciertos casos es incluso menos sana.

Las empresas que embotellan agua generalmente no pagan precio alguno por el agua que se llevan basándose en los llamados derechos

de la propiedad privada, a pesar de que el agua forma parte de los bienes comunes. Por ejemplo: Canadá, donde la cantidad de agua extraída por la industria embotelladora ha crecido un 50 % durante la pasada década, los embotelladores gozan del derecho legal a apoderarse de cerca de 30.000 millones de litros cada año; aproximadamente, unos 1.000 litros por cada uno de los habitantes de ese país.

Casi la mitad de esta agua embotellada se exporta a Estados Unidos. Sin embargo, al contrario que la industria del petróleo, que paga sus derechos y de la industria de la madera que paga sus cuotas de tala al gobierno, quienes se dedican a embotellar agua no tienen que pagar nada por extraer agua en la mayor parte de las jurisdicciones de Canadá (Barlow; y, Clarke, pp. 223 a 226).

La Declaración de Dublín de 1992, estableció en su principio No. 4 que el agua tiene un valor económico en todos sus diversos usos en competencia a los que se destina y debería reconocérsele como un bien económico.

En virtud de este principio, es esencial reconocer ante todo el derecho fundamental de todo ser humano a tener acceso a un agua pura y al saneamiento por un precio asequible.

La ignorancia, en el pasado, del valor económico del agua ha conducido al derroche y a la utilización de este recurso con efectos perjudiciales para el medio ambiente.

La gestión del agua, en su condición de bien económico, es un medio importante de conseguir un aprovechamiento eficaz y equitativo y de favorecer la conservación y protección de los recursos hídricos.

En nuestro país existen varias empresas

privadas que comercializan el agua y la venden a precios de mercado, es decir, de monopolio ya que constituyen un cartel para fijar los precios a los consumidores.

Las ganancias que obtienen son de alrededor del 3.000 por ciento respecto de si la vendiera la institución estatal descentralizada llamada Acueductos y Alcantarillado , entidad pública que distribuye y vende el agua la población mediante la red nacional de acueductos.

A esta institución estatal no se le permite que venda agua por botellas, que la comercialice bajo el argumento oficial de que su ley constitutiva no se lo permite, pero no hay voluntad política para hacer esta reforma necesaria en esta ley, para que la población no tenga que pagar precios de explotación a los empresarios privados, que hacen un negocio millonario gracias a su poder económico que les permite manipular Y controlar el poder político, para impedir que esa ley no se cambie en ese sentido.

Este asunto parece un absurdo, pero se convierte en una tragedia para el pueblo costarricense, pues esas empresas privadas pagan por el agua que extraen de pozos mediante concesión del Ministerio de Ambiente Y Energía por sumas ridículas, para explotar estos pozos que terminarán secos.

Esa agua así extraída por la *Florida Ice Farrn* y la *Coca Cola*, la comercializan a precios exorbitantes, en una relación costo-beneficio Y en términos de la cantidad de botellas vendidas al año.

El criterio de la *Procuraduría General de la República*, respecto a este tema fue el siguiente (oficio C- 373- 2003 de 26 de noviembre del 2003).

Este criterio de la *Procuraduría* ha impedido

que el Instituto Costarricense de Acueductos Y Alcantarillado, ICAA, pueda vender el agua embotellada.

Este oficio C-373-03 de la Procuraduría fue la respuesta al oficio No. G-2003-1579 del 29 de octubre del 2003, enviado por el ICAA, en el que este instituto estatal le solicitó a la Procuraduría emitir criterio favorable a la citada venta de agua embotellada. El criterio fue negativo a esta solicitud.

En este oficio C-373-03, esta Procuraduría sostuvo en su dictamen vinculante o de acatamiento obligatorio: que el embotellamiento de agua no es un servicio público.

La venta del agua por medio de botellas en los supermercados no configura el servicio de agua potable a que se refiere la Ley Constitutiva del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillado, ICM.

La venta del agua por medio de botellas o galones no es un servicio público en los términos de la ley. Se trata de una actividad comercial, lo que ha justificado que diversas empresas privadas comercialicen agua sin requerir para ello la concesión que sería necesaria si se tratase de un servicio público. y es que aun cuando el consumo del agua con esa presentación haya aumentado en los últimos tiempos, es lo cierto que esa venta no puede considerarse una actividad tendiente a la satisfacción de necesidades colectivas y de interés general. No solo en esa venta no está comprendido el interés general, sino que no puede considerarse que su consumo constituya una necesidad colectiva que determine *la publicatio* de la actividad de venta.

En efecto, no encuentra la *Procuraduría General de la República* norma alguna que permita

afirmar que esa actividad, desarrollada por diferentes empresas privadas hoy día haya sido asumida por el Estado y que, por consiguiente, su ejercicio requiera de una habilitación emitida por un ente público que posibilite la explotación de la actividad.

En ausencia de una titularidad pública, la actividad debe ser analizada como una actividad comercial, no como un servicio público.

En un sentido similar, se encuentra el oficio C-150-95 del 30 de junio de 1995 de la misma *Procuraduría General de la República.*

La confusión de la Procuraduría General de la República es la siguiente:

1-. El servicio de agua potable es un servicio público.

Como tal se trata de una actividad de interés general, dirigida a la satisfacción de necesidades colectivas y asumidas por el poder público.

2-. El servicio público de agua potable está referido al abastecimiento, distribución Y al suministro del agua potable a los usuarios a través de la instalación del acueducto y cañerías indispensables para tal fin.

3-. La comercialización de agua en botellas no constituye un servicio público ni puede ser considerada una actividad de interés general.

4-. El Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados está sujeto al principio de especialidad. Es por ello que su accionar este determinado por el servicio público de agua potable, sin que pueda ejercer otras actividades no autorizadas por el ordenamiento. Al no estar autorizada la venta de agua en botellas, debe concluirse que dicha actividad excede el ejercicio de su competencia.

5-. Consecuentemente, considera la

Procuraduría que la venta de agua potable en botellas constituye una forma de comercialización del líquido que excede la esfera de competencia del Instituto Costarricense de Acueductos y Alcantarillados, susceptible de violentar, además, el principio de libre competencia.

Esta respuesta, en términos objetivos, favoreció a las empresas que forman un holding o cartel y que por tanto controlan el mercado costarricense de la venta de agua embotellada, a precios (sin control) que redundan en ganancias exorbitantes.

Sin duda que existe también una satisfacción de necesidades colectivas y de interés general, al proporcionar agua, ya no directamente del grifo, sino embotellada, a los habitantes de un país. El agua no es un lujo, sino una necesidad vital, no importando el envase o el medio por el cual se le proporcione a las personas para puedan tomarla y vivir.

La venta de agua embotellada por Acueductos y Alcantarillado (A y A) está permitida por la ley que regula este instituto.

Efectivamente, de acuerdo al principio de legalidad Y de especialización, el artículo 1 de la ley constitutiva del Instituto de Acueductos Y Alcantarillado (AyA), manda que el A y A se crea para (...) resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable.

Y, el artículo 3 del A y A, manda que corresponde a este instituto elaborar las tasas y las tarifas para los servicios públicos a que se refiere esta ley. El Ay A podrá modificar todo proyecto para que se ajuste, jurídica y económicamente, a los principios del servicio al costo y un rédito (ganancia) para el desarrollo del proyecto.

En ambos numerales queda establecido que:

1.- El A y A queda autorizado para resolver todo lo relacionado con el suministro de agua potable. La distribución de agua potable embotellada queda comprendida en esta autorización plena y total.

2.- El A y A queda autorizado para comercializar la distribución del agua, obteniendo una ganancia o rédito. Ello implica la comercialización autorizada del agua potable por A y A por cañería; y, embotellada si lo decide, mediante tarifas aprobadas por el ente respectivo (ARESEP, autoridad reguladora de los servicios públicos).

Por estas razones, discrepo de lo que el dictamen citado expone.

El agua, por ser un bien económico de vital importancia para el ser humano, debe ser fiscalizada por el Estado, garante del bien común.

La empresa privada puede venderla, pero con limitaciones en cuanto al precio y demás condiciones de suministro a las poblaciones.

Debe tenerse presente que más de mil cuatrocientos millones de personas no tienen acceso al agua Y que anualmente mueren cuatro millones de niños en el mundo por carecer de ese acceso.

CONCLUSIÓN

La problemática respecto del agua en el mundo es prioritaria, sin duda.

En nuestro país, los políticos en el poder han sido perjudiciales en esta tarea de salvar y proteger los recursos hídricos. La corrupción y la mala gobernabilidad han sido prevalecientes en este país subdesarrollado. Se gobierna para hacer negocios; de ninguna manera para realizar un bien común o un fin público.

La pregunta que emerge de inmediato es:

¿ cuándo el pueblo será consciente plenamente de esta estafa a la democracia y qué estará dispuesta a realizar para que la política deje de ser un instrumento de enriquecimiento de los empresarios-políticos y de los políticos¬empresarios?

Se recuerda la frase tristemente célebre de un sector de argentinos que' en las calles de Buenos Aires gritaba: "ladrón o no ladrón, queremos a Perón".

BIBLIOGRAFÍA

Aceves, Carla. *Bases fundamentales del Derecho Ambiental Mexicano* (México: Porrúa, 2003).

Barlow, Maude Tony Clarke. *Oro azul. Las multinacionales y el robo organizado de agua en el Mundo* (Barcelona: Paidós, 2004).

Betancor, Andrés. *Instituciones de Derecho Ambiental* (Madrid: La Ley, 2001).

Brañes, Raúl. *Manual de Derecho Ambiental Mexicano* (México: Fondo de Cultura Económica, 2000).

Camdessus, Michel et al. *Agua para todos* (México: Fondo de Cultura Económica, 2006).

Carbonell, Miguel; Eduardo Ferrer. *El Derecho al medio Ambiente* (México: Porrúa, 2003).

Chevallier, Jacques. *Le service public* (París: Presses Universitaires de France, 1987).

Dávila, Sonia et al. *El poder del agua* (México: Itaca, 2006).

De la Fuente, Víctor, et al. *El agua y el futuro del mundo* (Santiago, Chile: Editorial Aún creemos en los sueños, Artículos de Le Monde Diplomatique, 2005).

De Marsily, Ghislain. *El agua* (México: Siglo

XXI, 2003),

De Villiers, Marq. *El agua. El destino de nuestra fuente de vida más preciada* (Barcelona: Península, 2001).

Delgado, Gian Carlo. *Agua y seguridad nacional* (México: Debate, 2005).

Enciso, Angélica. *Diez transnacionales controlan la venta de agua en el orbe* (México: La Jornada, edición especial, diciembre 2005).

Esplugas, Pierre. *Le service public* (Paris: Dalloz, 1998).

Jacobo, Marco; EIsa Fernández. *La gestión del agua en México* (México: Universidad Autónoma Metropolitana, Porrúa, 2004).

García, Nahún et al. *Aprovechamiento del agua en Pátzcuaro* (México: revista del Conacyt, Ciencia y Desarrollo No. 193, 2006, pp. 42 a 47).

González Ballar, Rafael. *Valores, realidades y fundamento del Derecho Ambiental en Costa Rica* (San José: Ediciones Chico, 2003).

Un derecho humano al agua o algunos derechos para el agua (San José: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica, 2006).

Guerrero, Verónica. *Agua, el recurso más valioso* (México: Universidad Nacional Autónoma de México, revista Cómoves? No. 88, 2006, pp. 10 a 15).

Mata, Alfonso y Franklin Quevedo. *Diccionario didáctico de ecología* (San José: Editorial Universidad de Costa Rica, 2005).

Mergier, Anne Marie. *Al borde del abismo y Petrolización del agua* (México: revista Proceso, No. 1531, marzo 2006, pp. 48 a 56).

Ortega, Luis. *Lecciones de Derecho del Ambiente* (Valladolid: Lex Nova, 2000).

Romero-Pérez, Jorge Enrique. *Consideraciones*

jurídicas en torno al medio ambiente (San José: Universidad de Costa Rica. Colegio de Abogados, Revista de Ciencias Jurídicas, No. 65, 1990). *Derecho Administrativo* (San José: Universidad Estatal a Distancia, 2002).

Salazar, Roxana. *Investigación, análisis y desarrollo del Derecho Ambiental* (San José: Poder Judicial, 2004).

Valencia, Donají. *Derechos y tarifas de agua en México: ¿anarquía económica legalizada?* (México: Porrúa, 2004).

Van Lang, Agathe et al. *Dictionnaire de Droit Administratif* (París: Armand Colin, 1999).

Vcraza, Jorge. *Economía y política del agua* (México: Itaca, 2007).

Páginas web:

www.uncsco.org/water

www.iocn.org Unión Mundial por la Naturaleza www.www.oicau.fr Office International de l'eau www.paho.org Organización Panamericana de la Salud www.unicef.org

www.oxfam.or

EL AGUA DERECHO HUMANO EN RIESGO

PATRICIA VINTIMILLA NAVARRETE*

SUMARIO: Exordio. 1. El agua. 2. Como símbolo en la religión, filosofía y literatura. 3.- Su repercusión en el desarrollo de la civilización humana. 4. Contaminación y deterioro del medio ambiente. 5.- Efectos de su deterioro. 6. Su deterioro limita el derecho básico a la vida. 7. Agua como derecho humano. 8. Crisis de valores.

EXORDIO:

Tratar este recurso, elemento esencial para la vida humana y toda forma de vida se ha convertido en tema de preocupación de los gobiernos a nivel mundial por sus posibles escases. Si añadimos que este liquido vital ha sido reconocido explícitamente como un derecho fundamental[1] al ser vehículo conductor de todas las demás garantías que correlativamente arropan la subsistencia y existencia del ser humano, en particular el derecho a la vida y a la "calidad de vida admisible"; es decir, el derecho a la vida con dignidad, es ineludible su preservación atendiendo en igual tenor el medio natural en que pervive.

1 La Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 28 de julio de 2010, reconoció en una resolución adoptada por 122 votos a favor en contra de 41 abstenciones el derecho al agua como un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos

EL AGUA

Proviene del latín *aqua*, formada por dos atónomos de hidrogeno y uno de oxigeno (H2O); es decir, una sustancia compuesta[2] que cubre el 71% de la superficie de la corteza terrestre y se nos ofrece en tres estados: líquido, sólido y gaseoso; configuradores al mismo tiempo del equilibrio de la temperatura de la tierra

Su figura líquida es fundamental para todas las formas de existencia en el planeta tierra incluida la humana al ser un activo agente para la proliferación de la vida debido a sus múltiples propiedades físicas y químicas.

Esta correspondencia de todas las formas de vida con el agua constituye un recurso natural más importante al constituir además el vehículo transportador y distribuidor de sustancias nutritivas del suelo de efecto fecundador para la tierra, naciendo de ella nuestros alimentos por la diversidad de raíces de plantas surtidas para el consumo humano

Por otro lado, el primordial elemento para la existencia del ser humano es el agua, su dependencia es tal que no puede vivir sin beber agua más de cinco a seis días. Esta necesidad de beber agua se encuentra relacionada con la composición de su cuerpo que contiene entre un 55% y 78% de agua dependiendo de sus

2 Los resultados de que el agua es una sustancia descubierta por Henry Cavendish fue desarrollada por Antonine Laurent de Lavoisier dando a conocer que el agua estaba formada por oxigeno e hidrogeno. En 1804 el químico francés Joseph Louis Gay-Lussac y el naturalista y geógrafo alemán Alexander Von Humboldt demostraron que el agua estaba formada por dos volúmenes de hidrógeno por cada volumen de oxigeno. Wiki pendía, la enciclopedia libre.: http://es.wikipendia .org/wiki/agua.

medidas y de su complexión[3].

2. COMO SIMBOLO EN LA RELIGION, FILOSOFÍA Y LITERATURA

La virtud del agua para existir, subsistir y pervivir en este planeta azul, elemento entregado como un obsequio de la naturaleza en su composición ajedrecista, condición consustancial con la vida misma y nuestra posibilidad de supervivencia como seres humanos juega un papel básico en numerosas religiones y creencias del mundo representándolo a manera de: renacimiento y purificación. Estas dos cualidades claves confieren al agua como un elemento sagrado en numerosos ritos religiosos[4], de status simbólico. El cristianismo por ejemplo ha atribuido ciertas particularidades al agua bendita.

En la filosofía, podemos encontrarlo en el pensamiento de Tales de Mileto uno de los siete sabios griegos quien afirmó que "el agua

3 ¿Qué porcentaje del cuerpo es agua? (http://.www.madsci.org/posts/archives/2000-05/958588306.An.r.html) Jeffrey Utz.,M.D.The MadSci Network

4 El agua es considerada como un elemento purificador en la mayoría de las religiones como el cristianísimo, el hinduismo, el movimiento restafari, el islam, el sintoísmo, el taoísmo y el judaísmo. Uno de los sacramentos centrales del cristianismo es el bautismo el cual se realiza mediante la inmersión, aspersión o afusión de una persona en el agua. Dicha práctica también se ejecuta en otras religiones incluyendo el judaísmo y el islam se realizan baños rituales de purificación a los muertos en el agua. En el sintoísmo el agua es empelada en casi todos los rituales para purificar una persona o un lugar, como es el caso del ritual misogi. Agua –Wikpendia, la enciclopedia libre: http://es.wikipendia.org/wiki/Agua

era el origen de todas las cosas y que todo estaba lleno de dioses "gérmenes de vida"[5]

Desde los principios de la literatura el agua ha sido su lema, utilizado para representar diversos temas, personificándolo a manera de vida cuando fluye y a modo de muerte cuando se encuentra estancada[6]

Esta figuración literaria se las puede encontrar en las obras de Federico García Lorca, Antonio Machado. De igual forma ha servido de musa para odas y coplas de hechos dolorosos que marcaron el alma humana por la partida de un ser querido. Jorge Manrique nos da un ejemplo por la muerte de su padre:

Nuestras vidas son los ríos
que van a dar al mar,
que es el morir;
allí van los señoríos
derechos a se acabar
e consumir;
allí los ríos caudales,
allí los otros medianos
y más chicos,
y llegados son iguales
los que viven por sus manos
y los ricos

SU REPERCUSIÓN EN EL DESARROLLO DE LA CIVILIZACIÓN HUMANA

El adelanto de los pueblos mostrado por la historia[7] ha estado estrechamente unido al agua.

5 Filosofia, Origen de las cosas, Tales de Mileto:http://www.taringa.net/posts/info/1943325/Filosofia..12/30/2013

6 http://letras y escritorespinosierra.blogsport.com/2012/03/el- agua –en- la- literatura.html

7 las civilizaciones primitivas florecieron en zonas favorables a la agricultura, como las cuencas de los ríos. En el caso de Mesopotamia, considerada la cuna de la civilización

Ingrediente importante y esencial en el incremento económico venidos de la agricultura, el comercio, el transporte etc., y, al desarrollo social de una región o nación.

Sin embargo, este crecimiento económico y social de los pueblos ha conllevado también a su aumento demográfico poblacional, afectando los patrones de vida por negligencia o abandono de criterios de conservación y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales.

4. CONTAMINACION Y DETERIORO DEL MEDIO AMBIENTE

Si el agua es elemento vital para la existencia del ser humano y posibilidad de desarrollo de toda la civilización, no es menos cierto que su mal uso ha conllevado a su contaminación y deterioro del ecosistema[8], debido:

Al inmenso desperdicio, trasportador de pesticidas y toxinas que invariablemente van a parar a los ríos.

Contaminación de los alimentos en el sistema de producción agrícola, actividad que más demanda de agua requiere y reclama.

Descomposición de la calidad de agua en los ríos, permitiendo que las industrias no traten

humana surgida en el fértil valle de Éufrates y el Tigris; y también el de Egipto, una esplendida civilización que dependía por completo del Nilo y sus periódicas crecidas. Wikipendia, la enciclopedia libre, pág. 7, http://es.wikipendia,org/wiki/agua

8 El ser humano lleva mucho tiempo depositando residuos y basuras en la atmósfera, en la tierra y en el agua. Esta forma de actuar hace que los residuos no se traten adecuadamente y causen contaminación. Wikipendia, la enciclopedia libre ,pág. 10: http://es.wikipedia.org/widi/agua

sus vertidos en debida forma al devolverla a la naturaleza, afectando negativamente el hábitat acuático.

Contaminación de la atmósfera al depositar residuos y basura en la tierra como en el agua, degradando el ecosistema natural.

Estos escenarios angustiantes y preocupantes que estamos observando fueron advertidos desde la antigüedad. Los encontramos en los pronósticos de Nostradamus, en las profecías de personajes de todas las religiones, en las predicciones del Calendario Maya, etc.

Wikipendia nos dice que: "existen numerosos casos de profecías entre los pueblos nativos estadounidenses como es el de los onondagas, que profetizaron: de *un tiempo en que el agua de los arroyos no será bebible".*

Finalmente, en pleno siglo XXI muchas poblaciones carecen de agua potable, poniendo en grave riesgo su salud, peligro advertido en el artículo: "*Desinfección del Agua*" publicado por Wikipendia, enciclopedia libre pág. 7, basado en el informe de Naciones Unidas sobre Desarrollo Recursos Hídricos en el mundo[9].

La potabilización del agua es muy importante para que el ser humano utilice esta sustancia para la preparación de sus alimentos u otros usos domésticos.

9 La población mundial ha pasado de 2.630 millones en 1950 a 6.671 millones en 2008. En este periodo (de1950 a 2010) la población urbana ha pasado de 773 millones 3.505 millones. Es en los asentamientos humanos donde se concentra el uso del agua no agrícola y donde se contraen la mayoría de las enfermedades relacionadas con el agua

5. EFECTOS DE SU DETERIORO

Su deterioro es evidente y la vida del ser humano está en riesgo. Tanto más, que las Naciones Unidas ha denominado el periodo 2005-2015 el Decenio Internacional para la Acción frente al agua, como mensaje a la humanidad y con el objetivo de erigirla como eje de tratamiento inmediato y futuro en todos los foros mundiales según nos dice el Dr. Sergio Montico, Catedrático de Manejos de Tierras de la Facultad de Ciencias Agrarias de la Universidad Nacional de Rosario, en su Artículo "*el Valor Estratégico del Agua*" publicado en la Revista Agromensajes de la citada Facultad.

Tan en riesgo está la vida del ser humano que la Organización Meteorológica Mundial advierte que 2000 millones de personas viven en países que no disponen de recursos hídricos adecuados ni de fondos necesarios para abandonar el despilfarro del agua en estos regadíos.

Esto es una causa y efecto que en corto plazo nos quedaríamos sin agua por su mal uso y abuso, afectando la seguridad alimentaria. Circunstancias por las cuales una quinta parte del planeta YA pasa hambre.

De hecho, la producción de alimentos en los países en desarrollo disminuyó en el periodo 1996-2000, mengua que conduciría y de hecho conduce a la falta de producción alimentaria suficiente e impidiendo el desarrollo económico efectivo de las regiones

Que decimos de la salud ante la insalubridad del agua, saneamientos deficientes, causante de enfermedades de todo

tipo y de la muerte de unos cinco millones de personas.

Lo cierto es que, este recurso valioso y trascendental para la vida humana y todas las formas de vida en el planeta tierra, enlazado al mismo tiempo con el inmenso entramado de sistemas interrelacionados con el ambiente: atmosfera, océanos, cursos fluviales, tierra, cubierta de hielo y biosfera, se hallan en deterioro y vulnerables a los desastres naturales.

Por ejemplo, los accidentes nucleares sucedidos en la central nuclear de Chernóbil (Ucrania) en 1986 (26 de Abril) junto con el accidente nuclear de Fukushima I en Japón de 2011, constituyen uno de los mayores desastres medioambientales de la historia.

Hemos sido capaces de ejercer dominio sobre el medio, poseer potencial para conocer y entender los fenómenos de la naturaleza en sus diferentes modulaciones como sus advertencias al mostrarse como un libro abierto para todos los ojos de la humanidad. Lo dijo en su momento Aristóteles:

"La naturaleza no hace nada en vano".

Sin embargo, hemos ignorado sus lecturas encontrándonos ahora en un desequilibrio ambiental mundial sin precedentes.

Pudiendo advertir de estos repasos que hemos sido observadores pasivos en el devenir de la vida al dar la espalda a los reclamos de la naturaleza por nuestros excesos, patentado en los usos y abusos de productos que emiten dióxido de carbono "CO2", dando lugar al calentamiento global.

6. SU DETERIORO LIMITA EL DERECHO BÁSICO A LA VIDA?

Reconociendo estas resonancias y emisiones claramente expresadas anteriormente por el ecosistema como reacción al mal uso y abuso del agua, elemento básico e imprescindible a la naturaleza del ser humano, a su esencia, su punto de partida para estar con vida.

El cambio experimentado ya nadie discute al constatarse la pérdida de navegabilidad de nuestros ríos por la sedimentación, la severa degradación de nuestros suelos, los procesos de desforestación, los desastres naturales, etc., afectando la calidad de vida en diversas poblaciones del mundo

Vida[10], hecho biológico de valor inapreciable que en términos de derechos humanos universales le otorgan un titulo de derecho primordial o básico ligándolo a su respeto y a su integridad configurándolo como la dignidad del ser humano inderogable e imprescriptible.

Consiguientemente, hablar de la vida y el derecho a ella registrada en el orden social, significa que es lo más valioso y supremo, elevado a titulo de exigible y firmemente unido a la realización personal y al desarrollo de las libertades.

Sin embargo, este derecho básico se encuentra actualmente limitado por causa del deterioro de su elemento básico***: el agua,*** efectos que han incidido en desastres naturales debido al calentamiento global y no precisamente a la agresividad proveniente entre los mismos seres humanos por el cual

10 Definición de vida: http://definción. de/ vida/

recurrimos al Estado en categoría de instancia para que nos brinden protección contra esas agresiones abarcados por el ámbito jurídico

Estas consideraciones permiten advertir que el valor de la vida si bien, es el elemento más preciado que se encuentra rodeado de garantías sobre la cual la injerencia regulativa del Estado es su viabilidad; no es menos cierto que, tal protección legal se torna insuficiente si no se toma en cuenta que la apreciación de la vida humana lleva en sí la posibilidad de supervivencia[11] resguardando el medio ambiente para que el ser humano tenga acceso seguro y permanente al agua potable, a alimentos sanos, suficientes y nutritivos que protejan su salud por la pretensión legitima de derechos elementales ligados con los principios de dignidad y libertad como justificados anhelos de un buen vivir.

7. AGUA COMO DERECHO HUMANO

Siendo entonces, este recurso esencial para la vida humana y todas las formas de vida, de suyo constituye un derecho humano

por ser Inherente a su persona y a su dignidad intrínseca potenciada a ser fundamental e irrenunciable al ser esencial para su vida, elementos predicados en la Constitución de la Republica del Ecuador, en su Artículo 12:

"*El derecho humano al agua es fundamental e irrenunciable. El agua constituye patrimonio estratégico de uso público, inalienable,*

11 Martínez Gómez Jesús Armando.-En torno al valor de la vida humana pg. 4 http//www.eumed.net/rev/cccss/09/jamg2.htm

imprescriptible, inembargable y esencial para la vida"

Esta afirmación de derecho fundamental subyace en función de la vida del ser humano más allá de los enunciados normativos como por ejemplo: integridad de la vida física y moral, prohibición de tortura y esclavitud etc. Atañe a su conexidad con la vida digna a la calidad de vida admisible de toda persona no individual sino colectivamente hablando como concepción de la sociedad, justificación moral suficiente para reclamar su salvaguardia y de todo el entorno en el cual subsiste.

Hecho que conllevó a la Asamblea General de las Naciones Unidas a aprobar el 28 de julio del 2010, en su sexagésimo cuarto periodo de sesiones a dictar una resolución[12] reconociendo al agua potable como derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos.

En esa línea, el derecho del ser humano a una vida digna con su fuente de vida el agua como derecho humano y originario de otros derechos, tiene varios factores según wikipendia, la enciclopedia libre[13], con la cual compartimos: 1.-La vida humana

12 "La resolución fue adoptada a iniciativa de Bolivia, tras 15 años de debates, con el voto favorable de 122 países y 44 abstenciones. La Asamblea de Naciones Unidas se mostro profundamente preocupada porque aproximadamente 884 millones de personas carecen de acceso al agua potable y más de 2.6000 millones de personas no tienen acceso al saneamiento básico y alarmada porque cada año fallecen aproximadamente 1,5 millones de niños menores de5 años y se pierden 443 millones de días lectivos a consecuencia de enfermedades relacionadas con el agua y el saneamiento".- ALAI, América Latina en movimiento: http://alainet.org/ active/39863

13 Derecho a la vida,pag.1 –Wikipendia, la enciclopedia libre: http://es.wikipendia.org/wiki/derecho a la vida

en sus formas corporales y psíquicas, 2.- La vida social de las personas por medio de la cual estos realizan obras en común; y, 3.- La vida de la naturaleza que relaciona a los seres humanos con las demás especies vivientes.

Estas tres caras o facetas forman indisolublemente un todo que debe tomarse en cuenta en su efectiva medida con una regulación realmente adecuada. Observando estos tres puntos dentro de lo que representa el respeto por este derecho hacen que el ser humano no solo sobreviva, sino que viva plenamente reencuentrandose con la naturaleza.

8. CRISIS DE VALORES

Si la crisis de valores desencadenada por la Segunda Guerra Mundial, provocó un remover de conciencias proyectado tanto en el ámbito interno como en el ámbito internacional con la aprobación de nuevas declaraciones de derechos fundamentales y de derechos humanos dando origen a nuevos mecanismos de protección conforme preceptúa el Articulo 3 de la "Declaración Universal de los Derechos Humanos[14]:

"*Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona*"

El Artículo XXX que cierra la Declaración

14 Los instrumentos jurídicos internacionales toman la forma de tratados (también conocidos como acuerdos, convenios o protocolos) que obligan a los Estados contratantes. Cuando se termina de negociar, el texto de un tratado tiene el carácter de autentico y definitivo, para lo cual los representantes de los Estados lo firman y ratifican. Derecho a la vida-Wikipendia, la enciclopedia libre: http:// es.wikipendia.org/wiki/Derecho_a_la_vida

de los Derechos Humanos, asimismo indica:

"nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho al Estado, a un grupo o a una persona para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración"

En la actualidad, ya no se trata solamente de impedir la muerte de una persona sino toda forma de maltrato que haga su vida indigna, nos induce a mirar más allá de esa vivencia histórica anotada ante el escenario dominante por el cual atraviesa el ser humano de acceder al recurso agua de una manera segura y viviendo en un ambiente sano como estándar de vida, es decir, a su preservación de un modo integral en orden a los tres factores mencionados anteriormente a fin de garantizar la existencia de las generaciones presentes y futuras.

El Ecuador es uno de los primeros países en reconocer en su Constitución, Articulo 14 el derecho a "*la población a vivir en un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, que garantice la sostenibilidad y el buen vivir"* posicionando a la naturaleza como: *sujeto de derechos*[15], y obligando al Estado como deber a garantizarlos[16]

En aplicación a tal derecho y con respaldo de norma positiva constitucional habilitada[17],

15 Constitución de la Republica: Artículo 10, inciso segundo

16 Costitución de la República, Articulo 277. No. 1.- Garantizar los derechos de las personas, las colectividades y la naturaleza

17 Constitución de la República, Articulo 71.- La naturaleza o Pachamana, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia

en la ciudad de Loja, el 30 de marzo del 2011 se planteo por parte de particulares, una acción de protección constitucional[18] contra el Gobierno Provincial de Loja, a favor del rio Vilcabamba, alegando contaminación de las aguas del rio, concluyendo con una sentencia favorable.

Dignificada la naturaleza como sujeto de derechos en rango supra legal al reconocerla como reproductora y realizadora de la vida[19] por ese recurso productor de vida: *agua*. Recurso igualmente indispensable para la existencia y pervivencia humana cuyo deterioro es notable, surge la necesidad de replantear un nuevo orden social alternativo al progreso acostumbrado. Significando que los Estados deben dar un cambio radical al modelo de desarrollo tradicional por nuevas políticas públicas encaminadas al equilibrio entre sociedades y ecosistemas, a fin de que el ser humano pueda desplegarse dentro de parámetros de respeto con el mundo que lo rodea, bajo un nuevo modelo cultural y económico, e involucrándonos todos con sencillos actos cotidianos, como: usar de una manera adecuada el agua, no botar basura en

---

y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos. Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza. Para aplicar e interpretar estos derechos se observaran los principios establecidos en la Constitución, en lo que proceda. El Estado incentivara a las personas naturales o jurídicas, y a los colectivos, para que protejan a la naturaleza, y promoverá el respeto a todos los elementos que forman el ecosistema.

18 Naturaleza, ¡sujeto de derecho! Cosas, Revista Internacional: http://www.cosas.com.ec/1941-naturaleza_suejto_de _derecho.html

19 Constitución de la República del Ecuador, Articulo 71

lugares impropios, reducir el uso del plástico, economizar energía eléctrica, etc.,

Porque la apreciación de la vida humana lleva en sí la posibilidad de la supervivencia y en tal sentido la vida hay que vivirla integralmente. Por excelente acogemos el pensamiento de Fernando de la Vega, citado por Jesús Armando Martínez en su Artículo "En Torno al Valor de la Vida Humana"[20]:

"La vida humana siempre será el primer valor que debe defenderse, y le siguen aquellos valores que tienen que ver con la dignidad de la persona. La vida no es el valor supremo, pero si el mas básico y constituye por eso, el primero de los derechos"

20 http://www.eumed.net/rev/cccss/09/jamg2.htm

DEBERES DE LOS PARTICULARES EN LA CONSTITUCIÓN Y MEDIO AMBIENTE

WILLIAM ZAMBRANO CETINA[1]

"INDUDABLEMENTE, CADA GENERACIÓN SE CREE DESTINADA A REHACER EL MUNDO.
LA MÍA SABE, SIN EMBARGO, QUE NO PODRÁ HACERLO.
PERO SU TAREA ES QUIZÁ MAYOR.
CONSISTE EN IMPEDIR QUE EL MUNDO SE DESHAGA".
ALBERT CAMUS.
TOMADO DEL DISCURSO AL RECIBIR EL PREMIO NOBEL DE LITERATURA.

El medio ambiente es sin duda uno de los elementos clave de la agenda universal del presente siglo. El calentamiento global, el manejo de los residuos tóxicos y radioactivos, la lucha por el agua, son desde ya problemas recurrentes, no sólo de los grandes líderes mundiales sino de cada uno de los habitantes del planeta[2]. No extraña entonces que dentro de los temas centrales que invocan los autores que se ocupan de la idea de ciudadanía para el nuevo siglo[3] se encuentre el tema de los deberes de todos y no únicamente de los Estados

1 Presidente de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado. Profesor de la Universidad del Rosario. Miembro Correspondiente de la Academia Colombiana de Jurisprudencia.

2 Ver Jacques Attali. Une brève histoire de l'avenir. Fayard Paris, 2007.

3 Ver entre otros: Andrés de Francisco. Ciudadanía y democracia. Un enfoque republicano. Catarata. Madrid, 2007 ps 63 y ss. Igualmente, Manuel Pérez Ledesma (comp) "Ciudadanía y Democracia", Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2000. ps. 3 y ss.

frente al medio ambiente.

La preocupación es relativamente nueva. El epígrafe de Camus que introduce este escrito expresa entre otros aspectos la incertidumbre generada desde los años 50s con el concepto y el modelo de desarrollo adoptado por los países industrializados y sus efectos. Empero, sólo en los años 70s comenzó a hablarse formalmente en el ámbito internacional[4] del derecho al medio ambiente sano como uno de los componentes principales de una tercera generación de derechos conocida como la de los *"derechos de solidaridad"*[5], que incluye además del medio ambiente, entre otros, el derecho a la paz, al desarrollo y al respeto del patrimonio común de la humanidad[6].

La doctrina ha señalado que existe una relación entre el medio ambiente y los derechos humanos pues la afectación del primero conlleva la violación de los derechos a la vida y a la salud. De allí que la protección al medio ambiente permita asegurar el bienestar y la supervivencia de las futuras generaciones[7].

4 A nivel internacional, en la Declaración de Estocolmo de la ONU, adoptada el 16 de junio de 1972, por vez primera se estudia de manera integral la materia.

5 Ver Karel Vasak, Amicorum Liber les droits de l'homme a l'aube du XXI, Siècle, Bruylant, 1999.

6 Ver Jacques Robert y Jean Duffar « Droits de l'homme et libertés fondamentales », Montchrestien, Paris, 1993 pag 65.

7 "Environmental protection may be cast as a means to the end of fulfilling human rights standards. Since degraded physical environments contribute directly to infringements of the human rights to life, health, and livelihood, acts leading to environmental degradation may constitute an immediate violation of internationally recognized human rights. The creation of a reliable and effective system of environmental protection would help ensure the well-being of future generations as well as the survival of those persons, often including indigenous or economically marginalized groups, who depend immediately upon natural resources for their livelihoods". Michael R. Anderson, Human Rights Approaches

Al respecto cabe recordar que a las múltiples clasificaciones posibles de los derechos humanos[8], establecidas desde la perspectiva de los individuos, considerados bien aisladamente, bien en sus relaciones con la sociedad y con el Estado, se han sumado en el último tiempo una serie de tipologías que integran una dimensión colectiva de los derechos y específicamente la existencia de categorías, aún discutidas[9], como la de derechos

to Environmental Protection, en Human Rights Approaches to Environmental Protection (Alan E. Boyle y Michael R. Anderson editors), Claredon Press, 1996, pp.3-4. Igualmente se ha señalado: ""From the ecological perspective, human rights are seen as a mechanism to protect holistic environmental concerns incorporating human and environmental needs alike, rather than as an argument used in support of supplying human wants at the expense of environmental considerations. The Tibet foundation for example defends their support of environmental human rights because "we are human and as such we are part of the environment, and also this ties in with the Buddhist philosophy of interdependence… we believe that social justice is inextricably intertwined with human rights. All living creatures are bonded and dependent to or on the environment. Therefore, when the environment is violated, human rights are dually violated". Jan Hancock, Environmental human rights, Ashgate, 2003, pp. 56-57.

8 Para un panorama de las diferentes tipologías sobre los derechos ver entre otros Luis López Guerra, Eduardo Espin, Joaquín García Morillo, Pablo Pérez Tremps, Miguel Satrústegui Derecho Constitucional Vol I. El ordenamiento constitucional derechos y deberes de los ciudadanos, Tirant lo Blanch. Valencia, 2000, ps 143 y ss. Ver Igualmente, Gregorio Peces Barba Martínez "Derecho y derechos fundamentales", Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1993. Y Alessandro Pizzorusso. Lecciones de Derecho Constitucional. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1984.

9 Ver Juan Antonio García Amado "Sobre derechos colectivos. Dilemas, enigmas, quimeras". En RACJ No 318 (Jun. 2001) Págs. 103-119. Así mismo Hill Kymlicka "Derechos individuales y derechos de grupo en la democracia liberal" en Rafael del Águila Fernando Vallespín y Otros. La democracia en sus textos, Alianza Editorial, 2r, 2003, pags 413 y ss. Ver igualmente Nicolás López Calera "¿Hay derechos colectivos? Individualidad y socialidad en la teoría de los derechos" Ariel,

colectivos o difusos, o para otros de derechos de solidaridad.

En relación con estos últimos, constantemente se afirma que los mismos pertenecen a cada individuo y a la vez a la comunidad de la que haga parte, e incluso a toda la humanidad. Por su especial naturaleza, son, por una parte, de defensa frente al Estado (el Estado debe abstenerse de violarlos) y, por otra, exigibles al Estado (el Estado debe crear las condiciones para su realización). El *quid* consiste en que se requiere de todos los actores sociales para su cumplimiento; lo que exige la concertación solidaria tanto del Estado como de los individuos, de la sociedad y de la comunidad internacional[10].

Los mismos implicarían la concreción del tercer elemento de la divisa revolucionaria francesa. Así, a los derechos civiles y políticos, conocidos como de primera generación, que se inspirarían en el valor de la libertad y a los derechos económicos, sociales y culturales, o de segunda generación, que buscarían realizar la igualdad, vendrían a sumarse un conjunto de derechos, denominados de los pueblos, que realizarían el concepto de fraternidad[11].

Precisamente una clasificación tripartita de los derechos fue en principio acogida en el texto constitucional colombiano de 1991, cuyo título II

Barcelona, 2000. En Francia Ver R.Pelloux « Vrais et faux droits de l'homme » RDP 1981 pag 67 y Jean Rivero «Vers des nouveaux droits de l'homme » Revue de Sciences morales et politiques 1982, p 674.

10 Ver Jacques Robert, ob. cit., p 65.

11 Ver Marie Gaille. Le citoyen. GF Flammarion. Paris. 1998, ps. 31 y ss. Ver también Jaime Vidal Perdomo. Introducción al control constitucional. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia, Colección Portable. Bogotá, 2007, ps. 74 y ss.

sobre "los derechos, las garantías y los deberes" diferenció los derechos fundamentales (capítulo 1) , los derechos sociales, económicos y culturales (capítulo 2), y los derechos colectivos y del medio ambiente (capítulo 3); al tiempo que la Carta también contempló mecanismos de protección y aplicación de los derechos (capítulo 4), así como un catálogo de deberes y obligaciones de las personas y los ciudadanos (capítulo 5), dentro de los que aparece, entre otros, el deber de proteger los recursos culturales y naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano.

Independientemente del valor normativo que tenga o no dicha clasificación[12], es claro que en la Constitución se hizo tanto un reconocimiento expreso de la existencia de una serie de retos colectivos que plantean una aproximación específica en materia de derechos y deberes, como un énfasis particular respecto de la protección del medio ambiente y de las riquezas naturales del país.

Así, de manera reiterada tanto la jurisprudencia[13] como la doctrina[14] han señalado

12 La Corte Constitucional puso de presente en las sentencias T-02 y T-406 de 1992 que la organización de los títulos y capítulos de la Constitución no fueron aprobados por la plenaria de la Asamblea Nacional Constituyente, como lo exigía el reglamento de ésta, sino que solo fueron definidos por la Comisión Codificadora. En ese orden de ideas, solo cabe darles un valor indicativo y no imperativo para definir la naturaleza de los derechos.

13 Ver la sentencia T-411/92, M.P. Alejandro Martínez. En el mismo sentido las sentencias: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P. Ruth Stella Correa Palacio sentencia del dieciséis (16) de abril de dos mil siete (2007) Radicación número: AP 44001233100020040006400 1, C-595/10. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-915/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-129/11, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-608/11 M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

14 Ver, entre muchos otros, Antonio Barrera Carbonell

que la Constitución colombiana es una "constitución ecológica"[15] en virtud de la cual: i) la protección al medio ambiente se erige como un principio que impacta en todo el ordenamiento jurídico, ii) se reconoce el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano, derecho que es susceptible de reclamarse a través de la vía judicial y iii) se imponen un conjunto de obligaciones a las autoridades y a los particulares[16].

En otras palabras, en atención a su carácter ecológico, la Constitución Política establece un complejo entramado de obligaciones y de deberes del Estado y de los particulares en función del respeto del derecho reconocido a todas las personas a gozar de un ambiente sano, al que incluso se ha llegado a calificar de fundamental por conexidad[17].

En ese orden de ideas se ha explicado[18]

"Los jueces y la justicia ambiental" en Revista Juris Dictio, La Revista de Asomagister. Bogotá, 2006 p 113.

15 "El medio ambiente se encuentra al amparo de lo que la jurisprudencia constitucional ha denominado la "Constitución Ecológica", conformada por el conjunto de disposiciones superiores que fijan los presupuestos a partir de los cuales deben regularse las relaciones de la sociedad con la naturaleza y que buscan proteger el medio ambiente". Consejo de Estado, Sala de Lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, C.P: Maria Claudia Rojas Lasso, Bogotá, D.C., primero (1) de noviembre de dos mil doce (2012), Radicación número: 27001-23-31-000-2011-00179-01(AP). Véase igualmente: Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, C.P: Ruth Stella Correa Palacio, Bogotá, D.C., veintitrés (23) de junio de dos mil diez (2010), Radicación número: 11001-03-26-000-2005-00041-00(30987).

16 Sentencia C-915/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

17 Ver las sentencias T-092/93, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez. C-671/01, M.P. Jaime Araújo Rentería, SU-1116/01, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet, C-486/09, M.P. María Victoria Calle Correa, T-203/10, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, T-1085/12, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-154/13, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

18 Ver, entre otras, las sentencias de la Corte

que mientras por una parte la Carta reconoce el medio ambiente sano como un derecho del que son titulares todas las personas, por la otra se le impone al Estado *1) la obligación de* proteger las riquezas naturales de la Nación (art. 8); 2) *el deber* de proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines (art. 79); 3) la función de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución. Además, el deber de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados. Así mismo, de cooperar con otras naciones en la protección de los ecosistemas situados en las zonas fronterizas (art. 80).

Igualmente, debe recordarse que corresponde al Estado, según los mandatos constitucionales: 1) organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio público de saneamiento ambiental, conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad (Art. 49), al tiempo que es objetivo fundamental de la actividad del Estado la solución de las necesidades insatisfechas de saneamiento ambiental y de agua potable (Art. 366); 2) regular el ingreso al país y la salida de él de los recursos genéticos, y su utilización, de acuerdo con el interés

---

Constitucional C-431/00, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-894/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-339/02 y C-1063/03, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-595/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, C-443/09, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T- 458/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. En similar sentido, ver entre otras la sentencia del Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Primera C.P. Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta once (11) de octubre de dos mil seis (2006) Radicación número: 15001-23-31-000 2001-01470-01(AP).

nacional; 3) intervenir, por mandato de la ley, en la explotación de los recursos naturales, en el uso del suelo, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes, y en los servicios públicos y privados, para racionalizar la economía con el fin de conseguir el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (art. 334); 4) promover la internacionalización de las relaciones ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226).

La Constitución también establece atribuciones específicas relacionadas con el medio ambiente en cabeza de determinadas autoridades tanto del orden nacional como local. Así, la Carta establece la potestad para el Presidente de la República, con la firma de todos sus Ministros, de declarar el estado de emergencia, cuando sobrevengan hechos que, entre otras posibilidades, perturben grave e inminentemente el orden ecológico (art 215).

Al legislador se asigna por su parte la tarea de 1) garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo (art. 79); 2) delimitar el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. (art 333); 3) regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos y entre ellos el ambiente (Art. 88); 4) destinar un porcentaje de los tributos municipales sobre la propiedad inmueble a las entidades encargadas del manejo y conservación del ambiente y de los recursos naturales renovables, de acuerdo con los planes de desarrollo de los municipios del área de su jurisdicción (Art. 317).

Así mismo, la Carta Política señala que 1) el procurador general de la nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tiene dentro de sus funciones la de defender los intereses colectivos, en especial el ambiente (art 277-4); 2) al defensor del pueblo corresponde velar por la promoción, el ejercicio y la divulgación de los derechos humanos e Interponer acciones populares en asuntos relacionados con su competencia; 3) el contralor general debe presentar ante el congreso un informe anual sobre el estado de los recursos naturales y del medio ambiente (art 268.7.), al tiempo que debe tener en cuenta que la vigilancia de la gestión fiscal del Estado incluye el ejercicio de un control financiero, de gestión y de resultados, fundado en la eficiencia, la economía, la equidad y la valoración de los costos ambientales (art 267).

A su vez en el nivel local, cabe recordar por ejemplo, que 1) por mandato de la ley los departamentos y municipios ubicados en zonas fronterizas podrán adelantar directamente con la entidad territorial limítrofe del país vecino de igual nivel, programas de cooperación e integración, dirigidos a fomentar entre otros temas la preservación del ambiente (art. 289); 2) la Constitución asigna competencias respectivamente a las asambleas y a los concejos para expedir normas sobre medio ambiente (art 300.2 y 313.9); 3) a los consejos indígenas les corresponde velar por la preservación de los recursos naturales, y por la aplicación de normas legales sobre usos de suelos y poblamiento en sus territorios.

Es pues clara la responsabilidad fundamental que en este campo le corresponde al Estado en su conjunto y el papel preponderante que él mismo debe asumir. Lo es también que la Constitución les asigna a los particulares precisos deberes que

no pueden considerarse menos importantes y cuyo contenido y alcance resulta interesante examinar.

Al respecto ha de recordarse que junto al reconocimiento del derecho de todas las personas a gozar de un ambiente sano (art 79 C.P.), la Constitución señala en el artículo 95 el principio general según el cual *"el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución implica responsabilidades"*, y dentro de los deberes de la persona y del ciudadano que enumera el referido artículo figura precisamente en su numeral 8 el de *"Proteger los recursos (...) naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano"*. Disposición que debe examinarse en armonía con el enunciado del artículo 8 superior según el cual *"es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas (...) naturales de la Nación"*.

En el mismo sentido cabe resaltar que al deber del legislador señalado en el artículo 79 superior de garantizar la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano -que debe concordarse con el fin esencial del Estado de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan (art. 2 C.P.)-, corresponde a su vez el deber correlativo de los particulares de participar con este objetivo, el cual encuentra sustento tanto en el ya señalado deber de protección y conservación del medio ambiente (art. 95-8), como en el que se enuncia en el numeral 5 del mismo artículo 95 de participar en la vida política, cívica y comunitaria del país.

Además, de manera especial ha de tenerse en cuenta que el Constituyente de 1991 señaló que *"la propiedad es una función social que implica obligaciones"* y que *"como tal, le es inherente una función ecológica*" (art. 58 C.P.). Así mismo que

"la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones" y que *"la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común"*, lo que hace que la Ley esté llamada a delimitar el alcance de dicha libertad económica *"cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación"* (art. 333 C.P.).

Son pues tres aspectos esenciales los que deben abordarse necesariamente a continuación para delimitar el contenido de los deberes de los particulares en este campo, a saber: i) El alcance de la correlación entre derechos y deberes que se establecen en la Constitución en materia de medio ambiente y las condiciones de exigibilidad de los mismos; ii) el significado y las consecuencias de haber reconocido una función ecológica para la propiedad; así como iii) el alcance de haber señalado para la empresa una función social, y de haber asignado al legislador la delimitación del alcance de la libertad económica cuando así lo exija el medio ambiente.

EL ALCANCE DE LA CORRELACIÓN ENTRE DERECHOS Y DEBERES QUE SE ESTABLECEN EN LA CONSTITUCIÓN EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y LAS CONDICIONES DE EXIGIBILIDAD DE LOS MISMOS.

De acuerdo con el artículo 2º de la Constitución colombiana las autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los *deberes sociales*

del Estado *y de los particulares.*

La jurisprudencia constitucional ha explicado en múltiples ocasiones[19] que la Constitución Política no sólo reconoce derechos en cabeza de las personas, sino que contempla obligaciones, deberes y cargas, correlativos a aquellos[20], cuyo cumplimiento se exige a los asociados como factor insustituible para la efectiva vigencia de los postulados y mandatos constitucionales y para la realización de un orden jurídico, económico y social justo, como lo preconiza la Carta desde su mismo preámbulo.

La Constitución alude en efecto a la palabra "*deber*" o a expresiones similares en un gran número de artículos. Así, al tiempo que enuncia específicamente deberes (arts 15, 55-2, 64, 70, 79-2, 80-2, 82, 90-2, 365) y obligaciones (arts. 8, 44-2, 47, 48-3, 54, 68-6) para el Estado y le asigna funciones de promoción, protección, garantía, intervención y contribución (arts 13, 41, 42-2, 43,45, 46, 49, 52-4, 53-3, 58-3, 60,61, 65 1 y 2, 69, 70-2, 71-2, 72, 75 78-2, 103-2, 109, 226, 227, 333-3, 334, 373), se refiere a los deberes (arts 4, 49-5, 95-1 a 7) y obligaciones (arts 8, 95) de las personas, a los deberes de los ciudadanos (95- 1 a 7) a los deberes y obligaciones de los nacionales (4-2, 95), de los extranjeros (art 4-2), de los colombianos (art 216), a las obligaciones y responsabilidades

19 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional C-657/97, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-1064/01, Ms.Ps. Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, C-071/04, M.P. Alvaro Tafur Galvis, C-034/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-810/11, M.P. Mauricio González Cuervo.

20 Sobre algunos de los aspectos de la correlación derecho-deber ver entre otros J.E. Penner "El análisis de los derechos." Estudios de Filosofía y Derecho. Nº 1 Bogotá, 2002.

de la familia y de la sociedad (arts 44-2, 45, 46, 67), a los deberes y responsabilidades de los particulares (arts 48, 83), a las obligaciones de los empleadores (art 54), a los derechos y deberes de la pareja, de los cónyuges y de los hijos (art 42), de los usuarios (art. 369), como genéricamente a los deberes sociales del Estado y de los particulares (art. 2). Igualmente, utiliza las expresiones deberes fundamentales (art 152-a) derecho deber (arts 22, 258), deber de obligatorio cumplimiento (art 22) derecho y obligación social (art 25), así como función social que implica obligaciones (arts 58, 333), y función ecológica (art. 58).

La Corte Constitucional ha hecho énfasis en que los deberes enunciados en la Carta deben entenderse no como una negación o restricción de las garantías que le asisten a las personas y a los ciudadanos, sino como una contribución para la obtención de los fines esenciales del Estado, a través de los cuales se les imponen ciertas conductas, comportamientos o prestaciones con fundamento en la Constitución y la Ley[21].

La misma corporación ha explicado que si bien el énfasis de los derechos individuales en las primeras declaraciones de derechos obedecía exclusivamente a la necesidad de rodear a la persona de garantías contra el ejercicio del poder político, y bajo esta concepción los deberes eran considerados preceptos de naturaleza moral o valores cívicos no exigibles jurídicamente, con la evolución del Estado liberal y su tránsito al Estado Social de Derecho, el valor jurídico de los deberes ha variado, pues, ha explicado la Corte,

21 Ver las sentencias C-261/02, M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

su incorporación en los textos constitucionales modernos, paralelamente a la idea de la Constitución como norma jurídica, y la concepción social del Estado de derecho, fundado en la solidaridad, la dignidad, el trabajo y la prevalencia del interés general (CP art. 1), se ha reflejado en la vigencia de los derechos fundamentales, pero también en la sanción constitucional al incumplimiento de los deberes constitucionales[22].

De esta forma, los deberes consagrados en la Carta Política han dejado de ser un desideratum del buen *pater familias*, para convertirse en imperativos que vinculan a los particulares y de cuyo cumplimiento depende la convivencia pacífica.

Empero, a pesar del valor normativo de los deberes constitucionales, y de su importancia práctica para la realización de los valores del Estado social, la forma general como fueron consagrados en el texto de la Carta hace que sea necesario concretar su contenido y alcance para poderlos aplicar.

Así que para que un deber constitucional sea exigible de un individuo en un caso concreto se requiere, a diferencia de lo que sucede con los derechos fundamentales que son directamente aplicables, de una decisión previa del legislador consistente en precisar el alcance del deber constitucional, en establecer si de éste se derivan obligaciones específicas, y en definirlas, así como en señalar las sanciones correspondientes, respetando los principios de razonabilidad y proporcionalidad[23].

22 Ver la sentencia T-125/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

23 Sentencia C-246/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias C-071/04 y C-034/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

En este sentido ha dicho la Corte Constitucional que, en principio, los deberes que surgen de la Constitución Política sólo pueden ser exigidos a los particulares si media una norma legal que defina su alcance y significado de manera precisa[24]. De esta forma, se entiende que los deberes enunciados en la Constitución cumplen la función de ser, principalmente, patrones de referencia para la formación de la voluntad legislativa, así como fundamento para la creación legal de obligaciones específicas que constituyan un desarrollo de la Constitución.

La Corte empero ha precisado que los deberes enunciados en la Carta excepcionalmente constituyen un criterio hermenéutico para la aplicación directa de las cláusulas constitucionales que se refieren a derechos fundamentales. En esa medida, cuando del incumplimiento de un deber consagrado en la Constitución se derive una afectación de un derecho fundamental, estos deberes excepcionalmente pueden exigirse directamente mediante acción de tutela[25].

La Corte ha dicho igualmente de manera reiterada que un *"un deber constitucional no puede entenderse como la negación de un derecho,*

24 El fundamento de dicha postura lo ha sintetizado la Corte en la sentencia C-246/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. En el mismo sentido ver las sentencias C-071/04, C-034/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-810/11. M.P. Mauricio González Cuervo y C-220/11 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

25 Ver las sentencias T-801/98, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, T-125/94, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-036/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-351/97, M.P. Fabio Morón Díaz, T-277/99, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, C-251/02, Ms.Ps. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas Hernández, T-520/03, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-071/04 y C-034/05, M.P. Álvaro Tafur Galvis, T-792/09. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-810/11 M.P. Mauricio González Cuervo, C-220/11. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, y C-728/09. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

pues sería tanto como suponer en el Constituyente trampas a la libertad"[26]. Así mismo que *"los deberes exigibles a las personas no pueden hacerse tan rigurosos que comprometan el núcleo esencial de sus derechos fundamentales"*[27].

Ahora bien, en materia de medio ambiente como ya se ha afirmado, la Constitución señala en el numeral 8 del artículo 95, dentro de los deberes de la persona y del ciudadano, el de *"proteger los recursos (...) naturales del país y velar por la conservación de un ambiente sano"*. Al tiempo que el artículo 8 superior prevé que *"es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas (...) naturales de la Nación"*[28].

En relación con dichos preceptos debe señalarse, a partir de las consideraciones que se han

26 Sentencia C-511/94, M.P. Fabio Morón Díaz. En el mismo sentido, ver entre muchas otras las sentencias SU-200/97, Ms.Ps. Carlos Gaviria Díaz y Jose Gregorio Hernández Galindo, SU-256/99, M.P. Jose Gregorio Hernández Galindo, C-776/01, M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-621/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

27 Al respecto ver entre otras las sentencias SU-200/97 y SU.256/99, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, C-251/02, Ms.Ps. Eduardo Montealegre Lynett y Clara Inés Vargas, C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-621/07, M.P. Rodrigo Escobar Gil y C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

28 En este sentido: "En resumen, la conservación del ecosistema no sólo es considerada como un asunto de interés general, sino principalmente como un derecho de rango constitucional del que son titulares todos los seres humanos, en conexidad con el ineludible deber del Estado de garantizar la vida de las personas en condiciones dignas, precaviendo cualquier injerencia nociva que atente contra su salud. Para el efecto, la Constitución de 1991 impuso al Estado la obligación de asegurar las condiciones que permitan a las personas gozar del derecho a un medio ambiente sano, y dispuso el deber de todos de contribuir a tal fin mediante la participación en la toma de decisiones ambientales y el ejercicio de acciones públicas y otras garantías individuales, entre otros". Sentencia T-458/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

hecho en este acápite sobre el entendimiento de los deberes y su exigibilidad, que independientemente del énfasis que quiso hacer el Constituyente en relación con las *"riquezas naturales de la Nación"*, y de la enunciación en un caso de un deber y en el otro de una obligación -conceptos en principio diferentes[29]-, que los mismos resultan claramente exigibles en la medida en que el legislador ha precisado su contenido y alcance, al tiempo que se han establecido mecanismos administrativos y judiciales para sancionar y prevenir el desconocimiento de la normatividad expedida para el efecto, con herramientas que incluso fueron previstas por el propio Constituyente.

El legislador colombiano se ha ocupado ampliamente de dar contenido concreto a los deberes y obligaciones enunciados en una serie de leyes que prevén un profuso catálogo de principios, procedimientos, prohibiciones y límites, tendientes a proteger los recursos naturales y el medio ambiente, y ello se ha dado con un particular énfasis a partir de los años 70s.

Así como lo recordó la Corte Constitucional en la sentencia T-774 de 2004 la historia de la protección legal del medio ambiente en Colombia comienza en el siglo XIX. El Decreto 0935 de 1884, de los Estados Unidos de Colombia, s*obre explotación de bosques nacionales*, estableció, como una condición de imprescindible cumplimiento, la obtención de una licencia por parte de las autoridades administrativas. Además, fijó claros y expresos deberes en cabeza de tales autoridades; todo esto como forma de garantizar la protección de los bosques naturales.

29 Para un análisis sobre los conceptos de deber y obligación jurídica ver Rafael de Asis Roig. Deberes y Obligaciones en la Constitución. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid, 1991.

Algunas leyes y Decretos expedidos a mediados del siglo anterior[30] abordaron la cuestión de forma parcial y gradual. De particular relevancia fue en consecuencia la expedición por el Congreso de la República de la Ley 23 de 1973, cuyo objeto era "prevenir y controlar la contaminación del medio ambiente y buscar el mejoramiento, conservación y restauración de los recursos naturales renovables, para defender la salud y el bienestar de todos los habitantes del territorio nacional" (artículo 1°). Dicha ley, también revistió al Presidente de la República de facultades extraordinarias "para reformar y adicionar la legislación vigente sobre recursos naturales renovables y preservación ambiental (...) [y para] expedir el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente". En ejercicio de las facultades conferidas y previa consulta con las comisiones designadas por las cámaras legislativas y el Consejo de Estado, el Presidente de la República expidió el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente, CRN (Decreto ley 2811 de 1974), el cual establece que el ambiente es patrimonio común, por lo que "el Estado y los particulares deben participar en su preservación y manejo, que son de utilidad pública e interés social." (Artículo 1°).

En desarrollo de la Constitución de 1991 -en cuya elaboración se resaltó enfáticamente la

30 Entre otras: Ley 10 de 1912 (Código Fiscal, establece normas para la protección de los bosques); la Ley 119 de 1919 (crea la categoría de Bosque Nacional); la Ley 200 de 1936 (introdujo el concepto de Reserva Forestal), el Decreto 1383 de 1940 (institucionaliza la Zona Forestal Protectora); el Decreto 2278 de 1953 (incluye la figura de Parques Nacionales); la Ley 2ª de 1959 (delimita y declara las primeras Zonas de Reserva Forestal); el Acuerdo 03 de 1969 (modifica la clasificación y definiciones de las Reservas Forestales).

importancia del medio ambiente y de su protección para las generaciones actuales y futuras y las responsabilidades de los particulares- se expidió la Ley 99 de 1993 "*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones"*, cuyo artículo 1° consagra los *principios generales ambientales*. Entre los que cabe resaltar los siguientes: 1. El proceso de desarrollo económico y social del país se orientará según los principios universales y del *desarrollo sostenible*[31] contenidos en la declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre medio ambiente y desarrollo. (...) 6. La formulación de las políticas ambientales tendrá en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al *principio de precaución* conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente. (...) 13. Para el manejo ambiental del país, se establece un sistema nacional ambiental, SINA, cuyos componentes y su interrelación definen los mecanismos de actuación del Estado y la sociedad civil.

De manera imperativa y categórica, la Ley advierte que "*las normas ambientales son de orden*

31 La Ley 99 de 1993 señala que por desarrollo sostenible se entiende aquel que "conduzca al crecimiento económico, a la elevación de la calidad de la vida y al bienestar social, sin agotar la base de recursos naturales renovables en que se sustenta, ni deteriorar el medio ambiente o el derecho de las generaciones futuras a utilizarlo para la satisfacción de sus propias necesidades" (artículo 3°).

público y no podrán ser objeto de transacción o de renuncia a su aplicación por las autoridades o por los particulares." (artículo 107, inciso 2°).

Por otra parte, la Ley 70 de 1993 señala que "conforme lo dispone el artículo 58 de la Constitución Política, la propiedad colectiva sobre las áreas a que se refiere esta ley debe ser ejercida de conformidad con la función social y ecológica que le es inherente. En consecuencia, los titulares deberán cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables y contribuir con las autoridades en la defensa de este patrimonio" (artículo 20). En el mismo sentido, cabe recordar el parágrafo 3 del artículo 85 de la Ley 160 de 1994[32] para el caso de los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas señala que los mismos estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las comunidades indígenas, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes.

De acuerdo con el numeral 11.5 del artículo 11 de la Ley 142 de 1994 *"por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se establecen otras disposiciones"*, las entidades que presten servicios públicos tienen la obligación de cumplir con su función ecológica, para lo cual y en tanto su actividad los afecte, protegerán la diversidad e integridad del ambiente, y conservarán las áreas de especial importancia ecológica, conciliando estos objetivos con la necesidad de

32 "Por la cual se crea el sistema nacional de la reforma agraria y desarrollo rural campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones".

aumentar la cobertura y la costeabilidad de los servicios por la comunidad.

La protección del medio ambiente y la asignación de responsabilidades a los particulares encuentran desarrollos también, por ejemplo, en la Ley 793 de 2002 que establece las reglas que gobiernan la extinción de dominio, la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, la Ley 769 de 2002, actual Código Nacional de Tránsito Terrestre.

A lo anterior cabe agregar que el Legislador ha incluso tipificado una serie de conductas que atentan contra los recursos naturales y el medio ambiente, en el Título XI, Libro I, del Código Penal (Ley 599 de 2000), y que el mismo legislador estableció -esencialmente en la Ley 99 de 1993- un detallado régimen sancionatorio en cabeza de las autoridades ambientales.

Normas todas -aquí simplemente enunciadas como ejemplo- que desarrollan el mandato superior señalado al Estado de prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados (art. 80 C.P.).

La propia Constitución estableció además que a la ley corresponde regular las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados, entre otros, con el ambiente, así como señalar los casos de responsabilidad civil objetiva por el daño inferido a los derechos e intereses colectivos. (art. 88 C.P.). Fue así como se expidió la Ley 472 de 1998 “por la cual se desarrolla el artículo 88 de la Constitución Política de Colombia en relación con el ejercicio de las acciones populares y de grupo”.

Las acciones populares se encuentran sustentadas en principios y valores como la solidaridad, la prevalencia del interés general y

la participación comunitaria[33]. En esta dirección, buscan promover la participación activa de los ciudadanos en la defensa de los intereses colectivos pues no puede olvidarse que un Estado Social de Derecho implica "un papel activo de los órganos y autoridades, basado en la consideración de la persona humana y en la prevalencia del interés público y de los propósitos que busca la sociedad, pero al mismo tiempo comporta el compromiso de los ciudadanos para colaborar en la defensa de ese interés con una motivación esencialmente solidaria"[34].

En el caso de las acciones populares, es importante destacar que el artículo 39 de la ley 472 de 1998 establecía el derecho para el demandante de recibir un incentivo que el juez fijará, al momento de proferir sentencia, entre diez (10) y ciento cincuenta (150) salarios mínimos mensuales. Este incentivo tenía como propósito, entre otros: i) estimular el ejercicio de las acciones populares, ii) compensar los esfuerzos económicos y personales en los que debía incurrir el accionante y iii) desincentivar la violación de los derechos e intereses colectivos[35].

De esta forma, la estructura de las acciones populares conjugaba el deber de solidaridad que tienen a su cargo los ciudadanos con la potestad estatal de estimular el ejercicio de las referidas acciones, aproximación reconocida por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia C-459 de 2004[36].

33 C-215/99, M.P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano (E).

34 Ob. cit.

35 Sentencia C-630/11, M.P. María Victoria Calle Correa y salvamento de voto de Luis Ernesto Vargas Silva.

36 M.P. Jaime Araujo Rentería.

Sin embargo, por las situaciones que se estaban presentando[37] y como una forma de reforzar el deber ciudadano de contribuir con la conservación del medio ambiente mediante la ley 1425 de 2010 se eliminó el mencionado incentivo, buscando con ello:

"Promover una mejor y más adecuada defensa de los intereses colectivos, promoviendo la interposición de las acciones populares que más afecten a la comunidad, y no que más lucren a las personas….la defensa del erario público, reducir la congestión judicial y promover comportamientos ciudadanos acordes con el principio de solidaridad. Se trata de asuntos que están estrechamente relacionados con la vigencia de diversos bienes constitucionales, como la celeridad en la prestación del servicio público de administración de justicia y el uso adecuado de los recursos del Estado y de los entes territoriales"[38].

---

37 En efecto, como consecuencia del reconocimiento del incentivo económico se evidenciaron situaciones que buscaron ser corregidas por el legislador pues se había generado un ejercicio abusivo de las acciones populares, las cuales en muchas oportunidades no se interponían con el propósito de proteger los derechos colectivos y la satisfacción de un interés general, sino por el interés personal de obtener una recompensa económica. Asimismo, se presentó una grave afectación del presupuesto de las administraciones públicas, pues como consecuencia de la cantidad y el valor de los fallos correspondientes a acciones populares, recursos del plan de desarrollo se tuvieron que destinar para dar cumplimiento a lo ordenado por los jueces. Finalmente se generó una importante congestión de los despachos judiciales en razón del número de acciones populares interpuestas, muchas de las cuales como se señaló buscaban, más que la defensa de los derechos e intereses colectivos, el reconocimiento del incentivo económico. Sentencia C-630/11, M.P. María Victoria Calle Correa. Véase igualmente sentencia del Consejo de Estado, C.P: Mauricio Fajardo Gómez, 3 de septiembre de 2013, Proceso No: (AP) 17001333100120090156601.

38 Sentencia C-630/11, M.P. María Victoria Calle Correa.

Adicionalmente, se advirtió que el reconocimiento del incentivo atentaba contra el deber ciudadano de velar por la preservación y conservación del interés público y común y favorecía a un grupo reducido de ciudadanos[39].

De otra parte, resulta pertinente precisar que si bien las acciones populares fueron el instrumento establecido por el constituyente para proteger el derecho al medio ambiente sano dado su carácter de derecho colectivo, y que efectivamente lo ha sido como lo muestra la amplia jurisprudencia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo en la materia[40], en una primera etapa, antes de la expedición de la ley que las regula la acción de tutela fue utilizada en no pocas ocasiones para intentar proteger el derecho al ambiente sano. Una vez expedida la Ley 472 de 1998, no habría razón

39 "Es deber de todo ciudadano velar por la preservación y conservación de los intereses públicos y comunes, acudiendo a las autoridades correspondientes para garantizar su efectividad y vigencia, por lo que pagar por conseguir su protección no solo se contrapone con el deber ciudadano, sino que además favorece solo a unos pocos, toda vez que no cualquier ciudadano está en capacidad de presentar una demanda ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y afrontar el correspondiente proceso, pues dada su rigurosidad y procedimiento solamente personas con cierta formación profesional acudirán a su ejercicio, y que en la práctica conlleva a que se conformen grupos especializados en la interposición de tales acciones muchas veces con temas recurrentes y reiterativos, que en modo alguno justifican el reconocimiento del incentivo correspondiente". Sentencia C-630/11, M.P. María Victoria Calle Correa.

40 Ver entre muchas otras las sentencias: Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera C.P. Ruth Stella Correa Palacio dieciséis (16) de abril de dos mil siete (2007) Radicación número: AP 44001233100020040006401 ; Sección Primera C.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo catorce (14) de marzo de dos mil siete (2007) Radicación número: A.P. 19001-23-31-000-2000-03737-01 ;Sección Primera C.P. Olga Inés Navarrete Barrero cuatro (04) de febrero del año dos mil cuatro (2005) Radicación número: 25000-23-27-000-2003-00181-02(AP).

para acudir a la acción de tutela. No obstante, en algunos casos excepcionales[41], la Corte Constitucional ha considerado que por tratarse de un derecho fundamental por conexidad, puede ser susceptible de protección mediante la acción de tutela (art. 86 C.P.) siempre que su afectación vulnere o amenace entre otros, los derechos a la vida, a la salud o a la integridad personal del actor[42].

No sobra recordar finalmente en este acápite que en la Constitución se consagra la acción de cumplimiento (art.87) y que "la ley puede establecer los demás recursos, las acciones, y los procedimientos necesarios para que puedan propugnar por la integridad del orden jurídico, y por la protección de sus derechos individuales, de grupo o colectivos, frente a la acción u omisión de las autoridades públicas" (art.89).

Es pues clara la exigibilidad de los deberes de los particulares en materia de respeto del medio ambiente y amplia la gama de instrumentos señalados en la Constitución para asegurar su cumplimiento, así como diversas las posibilidades para los particulares de exigir a las autoridades el cumplimiento de los que se asignan a ellas.

Ahora bien, una aplicación concreta de lo que se viene comentando respecto a la existencia de deberes a cargo de los particulares frente a la protección del medio ambiente se observa en el

41 Ver entre otras las sentencias de la Corte Constitucional T-028/94, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, T-226/95, Ms.Ps. Vladimiro Naranjo Mesa y Jorge Arango Mejía, SU-442/97, M.P. Hernando Herrera Vergara, T-123/99, M.P. Fabio Morón Díaz, T-771/01, M.P. Jaime Córdoba Triviño y C-339/02, M.P. Jaime Araujo Rentería.

42 Ver las sentencias SU-1116/01, M.P, Eduardo Montealegre Lynnet, T-605/10, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, T-203/10, M.P. Nilson Pinilla Pinilla y T-224/11, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

caso del derecho al agua, calificado este, no solo como un derecho humano[43], sino también como un derecho de naturaleza colectiva[44] y fundamental[45], el cual es susceptible de ser protegido a través de mecanismos judiciales como la acción popular o la acción de tutela[46].

Frente a este derecho, las cortes colombianas han tenido la oportunidad de construir y desarrollar una importante jurisprudencia. En esta dirección, se ha señalado que el derecho al agua, presupuesto básico para la realización de otros derechos como el de la vida, la educación,

43 Resolución 64/292 del 28 de julio de 2010, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

44 "La titularidad del derecho al agua como derecho subjetivo está en cabeza tanto de los individuos como de la comunidad; por ello, la jurisprudencia ha precisado que este derecho comparte la naturaleza de derecho individual y colectivo. El derecho al agua es un derecho colectivo, por ejemplo, respecto de la obligación de protección y conservación de las fuentes hídricas para las generaciones futuras. Estas obligaciones serán, en consecuencia, reclamables por medio de acciones judiciales como las acciones populares". Sentencia T-082/13.

45 "Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que el derecho al agua es un derecho fundamental". C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Véase igualmente las sentencias T-082/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-541/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y T-312/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

46 "La Corte Constitucional se ha ocupado en varias ocasiones del estudio de la procedencia de la acción de tutela para la salvaguarda del derecho al agua, el cual ha sido analizado desde dos perspectivas ya que de acuerdo con el uso que se haga del mismo, se puede decir que es un derecho de carácter fundamental, o un derecho colectivo, a partir de lo que se estructura la procedencia o no de la acción de tutela en estos casos, ya que como es sabido, la misma fue instituida para la salvaguarda de los derechos fundamentales. Así pues, solo en casos excepcionales procede para la protección de derechos colectivos, pues para éstos fueron creadas las acciones populares reguladas por la ley 471 de 1998". Sentencia T-312/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

la protección de la diversidad étnica y cultural, el medio ambiente, la salud, la alimentación y el trabajo[47], tiene una dimensión objetiva y subjetiva. Mientras que la primera fundamenta que el derecho al agua es vinculante para todos los poderes públicos, la dimensión subjetiva se refiere a que este es susceptible de ser reclamado ante las autoridades judiciales[48].

En lo que respecta a su contenido, la jurisprudencia colombiana lo ha soportado en la Observación No. 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales, Culturales de las Naciones Unidas. De allí que se haya señalado que en virtud del derecho al agua, los ciudadanos deben disponer de agua suficiente, saludable, aceptable, accesible y asequible para su uso personal y doméstico[49].

---

47 "Reconoce que el derecho al agua potable y el saneamiento es un derecho humano esencial para el pleno disfrute de la vida y de todos los derechos humanos". Resolución 64/292 del 28 de julio de 2010, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Véase igualmente las sentencias T-616/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, T-312/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-348/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

48 "Como derecho fundamental, el derecho al agua tiene tanto un alcance subjetivo como objetivo. La dimensión objetiva de los derechos fundamentales hace referencia a su poder vinculante frente a todos los poderes públicos. En efecto, los derechos fundamentales constituyen un sistema de valores positivizado por la Constitución que guía las decisiones de todas las autoridades, incluido el Legislador. Como derecho subjetivo, la tutela del derecho al agua puede ser reclamada ante las instancias judiciales en escenarios de vulneración tanto por parte del Estado como por parte de particulares, especialmente cuando se trata de agua para consumo humano". Sentencia T-082/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Véase igualmente la sentencia C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

49 "Dada la importancia del agua y su protección reforzada a nivel constitucional, esta Corporación en diversas oportunidades ha reconocido que el derecho al agua es un derecho fundamental. El contenido de este derecho ha sido

Por lo tanto, en atención a lo anterior, se ha concluido que los ciudadanos tienen derecho a: i) contar con un abastecimiento continuo de agua en cantidades suficientes para su uso personal y doméstico, ii) recibir agua que no contenga microorganismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que amenacen su salud, iii) acceder al agua sin discriminación alguna, iv) disfrutar de la prestación del servicio de acueducto a través de instalaciones adecuadas y que sean "culturalmente apropiados y sensibles a cuestiones de género, intimidad, etc", v) recibir información relevante sobre el agua y vi) eliminar cualquier barrera física o económica que impida su acceso[50].

precisado por la Corte de conformidad con la Observación General 15 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas de la siguiente manera: "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para el uso personal y doméstico". Sentencia T-082/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Véase igualmente las sentencias T-616/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-541/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

50 "La disponibilidad del agua hace referencia al abastecimiento continuo de agua en cantidades suficientes para los usos personales y domésticos. La cantidad disponible de agua debe ser acorde con las necesidades especiales de algunas personas derivadas de sus condiciones de salud, del clima en el que viven y de las condiciones de trabajo, entre otros. La exigencia de calidad del agua se relaciona con la salubridad del recurso, es decir, el agua disponible no debe contener micro organismos o sustancias químicas o de otra naturaleza que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. La accesibilidad y la asequibilidad tienen que ver con (i) la posibilidad de acceder al agua sin discriminación alguna, (ii) la factibilidad de contar con instalaciones adecuadas y necesarias para la prestación del servicio de acueducto, (iii) la obligación de remover cualquier barrera física o económica que impida el acceso al agua, especialmente de los más pobres y los grupos históricamente marginados, y (iv) el acceso a información relevante sobre cuestiones de agua. Finalmente, la aceptabilidad hace referencia a la necesidad de que las instalaciones y los servicios de provisión de agua sean culturalmente apropiados y sensibles a cuestiones de género,

Asimismo, y de forma correlativa a estos derechos, se entiende que surge para el Estado, entre otras, la obligación de: i) brindar una cantidad suficiente de agua para la satisfacción de las necesidades básicas de bebida, alimentación, limpieza y saneamiento de las personas, ii) garantizar el acceso permanente y físico a agua potable, a instalaciones sanitarias y de aseo, de eliminación de desechos y de drenaje, iii) abstenerse de desconectar de manera arbitraria o injustificada los servicios o instalaciones de agua, iv) regular y controlar de manera eficaz los servicios de suministro del líquido, v) adoptar las medidas necesarias para impedir que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad, vi) promulgar y exigir el cumplimiento de leyes encaminadas a prevenir la contaminación del agua, vii) adoptar medidas dirigidas a evitar que terceros contaminen o exploten indebidamente los recursos de agua[51], viii) asegurar la preservación y sustitución del recurso hídrico, ix) garantizar la buena calidad del agua[52], x) desarrollar estrategias y políticas dirigidas al uso racional del agua, y xi) vigilar y controlar el cumplimiento de las

---

intimidad, etc. Estos contenidos implican entonces tanto obligaciones positivas –y complejas- como negativas para el Estado". Sentencia T-082/13, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Véase igualmente la sentencia T-616/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

51 Sentencia T-188/12, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

52 "El Estado adquiere un papel de garante de la buena administración del recurso y de la garantía del derecho al agua. Por estas razones los artículos 2, 63, 79, 80, 121, 123-2 y 209 obligan a las autoridades a adoptar medidas dirigidas a asegurar la preservación y sustitución del recurso hídrico y la buena calidad del agua disponible". Sentencia C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

mencionadas políticas[53].

Con todo, debe señalarse que el Estado no es el único que tiene a su cargo el cumplimiento de las obligaciones y deberes dirigidos a la realización del derecho al agua, pues corresponde también a los particulares la protección y conservación de esta "toda vez que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la supervivencia de las futuras"[54].

Este deber de protección de los particulares puede verse claramente realizado a través de múltiples decisiones proferidas por las cortes colombianas, en donde a través de la acción de tutela, se ha protegido el derecho al agua ante violaciones originadas por acciones cometidas por particulares y se ha impuesto a estos la realización de ciertas acciones u ordenado la abstención de ejecutar otras.

Así, en la sentencia T-413 de 1995 la Corte Constitucional protegió el derecho al agua de un ciudadano que alegaba que el acueducto regional, que había sido construido para el uso doméstico de 250 familias, estaba siendo utilizado para fines distintos en virtud de acciones desplegadas por el presidente y el tesorero de la junta administradora

53 "En resumen, el Estado tiene un papel de garante de la buena administración del recurso hídrico y de la garantía del derecho al agua. El desarrollo de este rol es una tarea compleja, razón por la cual la Constitución obliga a diseñar múltiples estrategias dirigidas a garantizar el uso racional del agua, las cuales debe ser acompañadas del debido soporte técnico. Esa obligación se ha concretado en la creación de instituciones encargas de adoptar políticas ambientales y de buena utilización del agua, y de seguir, vigilar y controlar el cumplimiento de tales políticas. Esas instituciones tienen a su disposición múltiples herramientas, entre las que se destacan las económicas y cuya finalidad no es exclusivamente la obtención de recursos, sino también incentivar o desincentivar ciertas conductas". Sentencia C-220/11, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

54 Ob. cit.

del acueducto, como también por el fontanero de este. Específicamente, el agua del acueducto estaba siendo utilizada en bebederos de animales, un lago y una fábrica de ladrillos y también para adelantar la actividad de lavado de vehículos. Como consecuencia de este uso indebido, el agua no llegaba a la casa de los usuarios del acueducto. Por lo anterior, y en atención al derecho de acceder al agua, la Corte ordenó que esta fuera primordialmente destinada al uso doméstico, y por ende, que su uso en lagos y fábricas solamente fuera posible cuando existiera exceso de líquido y se contara con la previa autorización de la Asamblea General de usuarios del acueducto[55].

Otro caso en donde se vulneró el acceso al agua por acciones de particulares ocurrió en la sentencia T-379 de 1995. Allí la Corte Constitucional previno al accionado de abstenerse de adelantar actos que afectaran el derecho de los demandantes de disfrutar el recurso hídrico, lo cual se estaba presentando como consecuencia de la obstrucción que había realizado el particular al cauce del canal que alimentaba el acueducto que proveía de agua a la comunidad.

La Corte Constitucional colombiana también protegió el derecho al agua de una comunidad que vio vulnerado su derecho por la construcción de una obra que adelantaba un particular. En efecto, en la sentencia T-381 de 2009 se amparó el derecho fundamental al agua de los accionantes ordenando al concesionario de una importante obra en el país adoptar las medidas necesarias para asegurar el suministro de agua potable a estos, el cual se vio gravemente afectado como consecuencia de la construcción de un túnel. En

55 Sentencia T-413/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

este caso la Corte encontró que la construcción de la mencionada obra generó una disminución drástica de los recursos hídricos que eran utilizados por los accionantes para su consumo personal y doméstico.

Igualmente, la jurisprudencia ha protegido en múltiples oportunidades el derecho al agua de los ciudadanos ante infracciones cometidas por empresas prestadoras del servicio público de acueducto y alcantarillado. Lo señalado por la jurisprudencia en estos casos, es aplicable también a los particulares teniendo en cuenta que el ordenamiento jurídico colombiano permite que estos puedan tener a su cargo la prestación del mencionado servicio público[56].

En este sentido, en la sentencia T-616 de 2010 se decidió la acción de tutela instaurada por un ciudadano en contra de una empresa prestadora del servicio público de acueducto y alcantarillado. Allí, el accionante señaló que el inmueble donde habitaba no contaba con el servicio público mencionado y que la empresa que lo tenía a su cargo se había negado a prestarlo, alegando que frente al inmueble no se encontraban instaladas las redes de acueducto y alcantarillado que operaba la empresa y que eran necesarias para poder prestar el servicio. Para la Corte, esta razón no era suficiente para justificar la falta de

56 "El servicio público domiciliario -de conformidad con el artículo 365 de la Constitución-, puede ser prestado directamente o indirectamente por el Estado, por comunidades organizadas o por particulares, manteniendo éste la regulación, el control y la vigilancia de los servicios". Sentencia T-578/92, M.P, Alejandro Martínez Caballero. Véase igualmente las sentencias T-055/11, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, T-413/95, M.P. Alejandro Martínez Caballero y Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. C.P: Rafael E. Ostau De Lafont Pianeta, Bogotá, D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil diez (2010), Radicación número: 76001-23-31-000-2004-00212-01(AP).

acceso y disponibilidad al recurso hídrico y en consecuencia, se estaba vulnerando el derecho al agua del accionante, por lo que ordenó, que en un plazo máximo de un mes, la empresa le prestara el correspondiente servicio público[57].

Igualmente, en otra decisión la Corte Constitucional tuteló el derecho de la accionante a recibir el suministro de agua de forma permanente, pues la empresa de servicios públicos únicamente proveía de agua al ciudadano durante 3 días a la semana[58].

Adicionalmente, como una forma de garantizar el derecho al agua de las personas que están sujetas a una protección especial por parte del Estado, la jurisprudencia ha prohibido a las empresas prestadoras de servicio público de acueducto y alcantarillado suspender el servicio por mora en el pago de la factura bajo ciertas circunstancias. En efecto, aunque el cobro de los servicios públicos domiciliarios se encuentra autorizado por la ley y las empresas prestadoras tienen el derecho a suspender el suministro al usuario cuando este no haya realizado el pago del servicio durante dos periodos sucesivos, dicha suspensión no se podría realizar si con ello se genera la violación de derechos fundamentales de sujetos que se encuentren en estado de vulnerabilidad. Con todo, para que pueda operar esta protección, el usuario tiene el deber de informar a la empresa que la suspensión del servicio conllevaría la afectación de una persona especialmente protegida, y que la falta de pago es consecuencia de situaciones incontrolables y ajenas a su voluntad. Cumplidos estos requisitos, no podrá entonces la empresa suspender el servicio, pero sí modificar la forma

57 Sentencia T-616/10, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
58 Sentencia T-091/10, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

de suministrarlo, garantizando en todo caso una provisión mínima de agua[59].

Un ejemplo de lo anterior, se encuentra en la sentencia T-614 de 2010 en donde la Corte Constitucional ordenó a la empresa prestadora del servicio público realizar la reconexión del servicio de acueducto y alcantarillado a una persona que, aunque se encontraba en mora en el pago de la factura, era madre cabeza de familia, tenía a su cargo 8 hijos, 5 de ellos menores edad, y atravesaba una precaria situación económica.

Finalmente, en otra oportunidad se protegió el derecho de las personas a recibir un suministro de agua con calidad. En efecto, la sentencia T-410 de 2003, la Corte Constitucional ordenó al alcalde del municipio y al gerente de la empresa de servicios públicos adelantar los trámites administrativos, financieros y presupuestales requeridos para que en un plazo no mayor a 6 meses se garantizara al accionante y a la población el suministro efectivo del servicio público de acueducto, con los niveles de calidad, regularidad, inmediatez y continuidad señalados por la Constitución y la ley. Lo anterior, en atención a que la Corte encontró que el suministro de agua se realizaba no solamente bajo precarias condiciones de infraestructura, sino también suministrando agua contaminada no apta para el consumo humano.

El deber de los particulares de proteger y conservar el agua se encuentra también claramente materializado en el derecho positivo. Así, el artículo 86 del decreto ley 2811 de 1974 señala: "Toda persona tiene derecho a utilizar las aguas de dominio público para satisfacer sus necesidades elementales, las de su familia y las de sus animales, siempre que con ello no cauce

59 Sentencia T-348/13, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

perjuicios a terceros.

El uso deberá hacerse sin establecer derivaciones, ni emplear máquina ni aparato, ni detener o desviar el curso de las aguas, ni deteriorar el cauce o las márgenes de la corriente, ni alterar o contaminar aguas que en forma que se imposibilite su aprovechamiento por terceros".

En el mismo sentido se pronuncia el Decreto 1541 de 1978, por el cual se reglamenta el decreto ley 2811 de 1974, al permitir la construcción de obras para almacenar, conservar y conducir aguas lluvias siempre y cuando no se causen perjuicios a terceros (art. 144) y prohibir que se interfiera con el uso legítimo del agua por parte de los usuarios (art. 239) o se altere de manera nociva el flujo natural de las agua (art. 238), entre otros.

LA FUNCIÓN ECOLÓGICA DE LA PROPIEDAD Y SU SIGNIFICADO

Ahora bien, mención especial merece el señalamiento hecho por el Constituyente en el sentido que a la propiedad corresponde una función ecológica. Sin duda es en este aspecto que radica la novedad del texto constitucional de 1991, pues como se ha puesto en muchas ocasiones de presente, fue en la reforma constitucional de 1936 que se consagró en el ordenamiento jurídico colombiano la función social de la propiedad y fue entonces que se dieron los debates teóricos y políticos trascendentales para establecer, al menos en el texto constitucional, la transición de una visión absoluta del derecho de propiedad hacia un entendimiento solidario.

De la mano de la teoría solidarista de Duiguit fueron memorables los debates que acompañaron

dicha transición hacia una concepción social del Estado. Se dejó atrás una concepción puramente individualista, y gendarme del mismo, que prosperó bajo los designios de la Revolución Francesa, y se entró en el campo del denominado "derecho social" y del intervencionismo de Estado en pro del bienestar común[60]. Con la reforma de 1936 se abandonó la idea de la propiedad entendida como derecho absoluto, según la antigua tradición del derecho romano, renovada con fuerza en el ideario individualista liberal, y se pasa a una nueva concepción según la cual la propiedad es función social que implica obligaciones. Y se recalcó en la reforma, que esta función era parte constitutiva y no accidental del concepto de propiedad, motivo por el cual se prefirió la expresión "la propiedad *es* una función social" a la de "la propiedad *tiene* una función social".

Ahora bien, la Corte Constitucional ha puesto de presente que "La concepción de la Constitución ecológica hace parte integral del estado social de derecho" y "en esa medida, es un elemento central de sus instituciones"[61]. En ese sentido la función ecológica, no es simple "*límite*" a la propiedad, sino elemento constitutivo de la misma. Así, el segundo inciso del artículo 58 de la Constitución establece que "la propiedad *es* una función social que implica obligaciones. Como tal, le es *inherente* una función ecológica."

Así mismo que la consagración constitucional de la función ecológica de la propiedad, "constituye una novedosa respuesta del Constituyente a

60 Ver las palabras del senador Timoleón Moncada al comentar el proyecto de reforma constitucional y que aparecen citadas en el libro del profesor Gnecco Mozo. La reforma constitucional de 1936. Ed. ABC, Bogotá, 1938.

61 Ver la sentencia T-774/04, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

la problemática planteada por la explotación y uso indiscriminado de los bienes y derechos particulares en contra de la preservación del medio ambiente sano, considerado como un derecho y bien colectivo en cuya protección debe estar comprometida la sociedad entera (C.P. arts. 79 y 80)"[62]. En este contexto, la jurisprudencia ha entendido que la citada función ecológica implica una concepción del ambiente como presupuesto para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, propiciando lo que se ha denominado como *"ecologización de la propiedad"* En sentencia C-126 de 1998 la Corte señaló[63]:

> "Ahora bien, en la época actual, se ha producido una "ecologización" de la propiedad privada, lo cual tiene notables consecuencias, ya que el propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible. Por ello el ordenamiento puede imponer incluso mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios".

Esa función ecológica, afianza entonces

62 Ver la sentencia C-189/06, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En similar sentido ver entre otras las sentencias C-119/06, M.P. Jaime Araujo Rentería, C-364/12, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, C-666/10, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-760/07, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

63 M.P. Alejandro Martínez Caballero.

aun más el reconocimiento de la necesidad de asumir deberes específicos, que no son solo límites al ejercicio del derecho de propiedad sino presupuestos del mismo, y que implican un papel activo de los propietarios en pos del bien común.

Tal entendimiento inspira igualmente, aunque como veremos con necesarios matices, el alcance de la función social de la empresa y de su papel frente a los retos colectivos que plantea el respeto del medio ambiente.

LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA Y LA LIMITACIÓN POR EL LEGISLADOR DE LA LIBERTAD ECONÓMICA CUANDO ASÍ LO EXIJA EL MEDIO AMBIENTE

Resulta pertinente examinar en efecto el alcance de la prescripción constitucional del artículo 333 superior, según la cual la empresa, como base del desarrollo *tiene* una función social que implica obligaciones. Texto superior en el que además se señala que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común y que la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente, y el patrimonio cultural de la Nación.

Lo primero que hay que remarcar, es que a diferencia de lo señalado en el artículo 58 constitucional para el caso de la propiedad, el artículo 333 ibidem no señala que la empresa es una función social, sino que ella tiene esa función. En todo caso debe tenerse en cuenta que propiedad y empresa son conceptos que están íntimamente ligados, toda vez que la propiedad sirve de soporte

a la libertad de empresa.

La Corte Constitucional se ha ocupado ampliamente del alcance de estos preceptos. Así en la Sentencia C- 243 de 2006[64] hizo la siguiente síntesis:

> "*L*a Corte ha considerado[65], que la libertad *le otorga a toda persona el derecho de ejercer y desarrollar una determinada actividad económica, de acuerdo con el modelo económico u organización institucional que, como ya se anotó, en nuestro país lo es la economía de mercado,* pero se ha aclarado que ésta libertad, al tenor del Estatuto Supremo no es absoluta, *ya que el legislador está facultado para limitar o restringir su alcance cuando así lo exijan "el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación". Además, no puede olvidarse que la empresa, como base del desarrollo, tiene una función social qué cumplir, la que implica ciertas obligaciones, y que la libre competencia económica "supone responsabilidades".*

Así las cosas, como lo ha determinado la Corte, el Estado al regular la actividad económica *cuenta con facultades para establecer límites o restricciones en aras de proteger la salubridad, la seguridad, el medio ambiente, el patrimonio cultural de la Nación, o por razones de interés general o bien común. En consecuencia, la autonomía de la voluntad y por tanto de empresa ya no se proyecta sobre el mercado con la absoluta disponibilidad y soberanía de antaño, sus limitaciones de derecho público o privado forman parte ya del patrimonio*

64 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

65 Ver la sentencia C-524/95, M.P. Carlos Gaviria Díaz.

irreversible de la cultura jurídica contemporánea. Y, en tal sentido, no puede interpretarse que el mandato constitucional de la libertad de empresa comporta el desmantelamiento integral de todas esas restricciones y limitaciones[66].

De esta suerte, en el sistema colombiano a partir del reconocimiento de la función ecológica de la propiedad, puede limitarse el ejercicio de la libertad económica, en atención al impacto ambiental que su ejercicio genera en la colectividad y en las generaciones futuras[67]. *En este contexto, el Estado tiene l*a potestad para limitar la actividad económica de un particular cuando su ejercicio afecta el medio ambiente, tal como ocurre, en aquellos casos donde se presenta un uso indebido del recurso hídrico.

Esta situación se pudo advertir en el pronunciamiento que hizo la Corte Constitucional en la sentencia T-458 de 2011, en el que señaló que cuando una actividad económica tenga como fundamento la utilización de recursos naturales, como sería el lavado de autos, la autoridad ambiental puede restringir o prohibir dicha actividad si con ella se contamina el medio ambiente o su ejercicio no respeta los estándares ambientales[68].

66 Ob. cit.

67 "La función y la delimitación ecológica generalizada sobre las libertades económicas se configura desde la Constitución, por el impacto ambiental que en todo caso produce su ejercicio, uso y goce para el colectivo social y también para las generaciones futuras. En ese sentido determinan la ecologización que tales libertades, las cuales se reconocen cada vez más, como "derechos-deber", en los que el principio de libertad pueda ceder ante in dubio pro natura o principio de precaución". Sentencia T-282/12, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

68 "La actividad económica de los particulares se encuentra limitada y condicionada por el deber constitucional de preservación del ambiente, sobretodo cuando dicha

Igualmente, como consecuencia del deber de protección al medio ambiente por parte de los asociados, se ha reconocido que el ejercicio de la libertad económica puede llegar a ceder ante el principio de precaución[69], principio de innegable trascendencia para la preservación del medio ambiente por los particulares[70], *y sobre lo cual ha precisado la Corte Constitucional:*

el deber de protección a que se hace alusión no recae sólo en cabeza del Estado, dado que lo que está en juego es la protección ambiental de las generaciones presentes y la propia supervivencia de las futuras. Por ello, el compromiso de proteger el medio ambiente es responsabilidad de todas las personas y ciudadanos e involucra a los Estados, trasciende los intereses nacionales, y tiene importancia universal. En el ámbito nacional, se trata de una responsabilidad enmarcada expresamente por la Constitución como uno de los deberes de la persona y del ciudadano, al que se refiere el artículo 95. Por ello, la mención que el artículo acusado hace de los particulares, debe considerarse como la obligación que ellos tienen de tomar las medidas de precaución, cuando exista peligro de daño grave e irreversible al medio ambiente, aún en el caso de que el particular no tenga la certeza científica

actividad tiene su base en la utilización de recursos naturales, como ocurre en el presente caso, pues la tarea de lavar autos se realiza con agua tomada directamente del río y sus residuos luego se vierten en la misma fuente. Por esta razón, si la autoridad ambiental observa que los límites tolerables de contaminación se han excedido o que las prácticas de lavado de carros no se ajustan a los estándares ambientales, tiene el deber de restringir o prohibir las actividades de lavado de vehículos en la ribera del río Sinú". M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

69 Sentencia T-282/12, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

70 Al respecto ver entre otros Masclet, Jean-Claude. Le principe de précaution. L'Hartmattan. France, 2003.

absoluta de que tal daño se produzca[71].

Dicho principio de precaución, cuya consagración en los ordenamientos nacionales plantea actualmente importantes debates, -como en Francia por ejemplo[72]-, es apenas uno de los temas que traducen los retos actuales de lo que se ha denominado la responsabilidad social empresarial. Concepto este que necesariamente no puede entenderse como el simple cumplimiento de las obligaciones laborales y tributarias, como algunos lo han sugerido, y sobre el cual la doctrina ha puesto de presente que la misma bien puede convertirse simplemente en i) un cliché de moda, una forma de marketing camuflado, una manera de evitar las críticas a la actividad de las empresas centrada en el lucro, o una estrategia con el fin de evitar nuevas regulaciones, sobre la base de un esfuerzo de autorregulación por parte de las mismas; o bien ii) en una visión responsable de la empresa, un sincero compromiso y una oportunidad histórica para limitar los efectos negativos de la mundialización, dentro de un interés bien comprendido de las empresas de sus dirigentes y de sus accionistas para respetar el ambiente, los clientes y los asalariados[73].

71 Sentencia C-293/02, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

72 En ese país la Carta del medio ambiente fue incluso consagrada a nivel constitucional como integrante del bloque de constitucionalidad.

73 Ver CAPRON Michel, QUAIREL LANOIZELEE Francoise Mythes et realités de l'entreprise responsable, Ed. La Decouverte, Paris, 2004. "Companies can cause harm to the environment and potentially abuse work-forces and local communities whilst perfectly legitimately pursuing their legal obligations to the shareholders of the company. As a result of this, the concept of CSR has developed as an obligation that can be placed on companies to take into account stakeholders, other than just the shareholders, in their decision-making processes...even though CSR is not a legal responsibility, many companies are taking note of it. Many companies have specialized officers whose responsibility it is to incorporate

En nuestro medio, como se ha visto, dicha responsabilidad social empresarial encuentra claramente en la Constitución un fundamento expreso que no puede eludirse.

Ahora bien, como se ha visto existen innumerables herramientas jurídicas para exigir el cumplimiento de los deberes de solidaridad tanto de los particulares como del Estado en la protección del medio ambiente. Es claro sin embargo, que en éste, como en otros muchos temas, nos enfrentamos a un problema de cultura constitucional, en un Estado, en el que los individuos no se comprometen a asumir su papel ético de ciudadanos. Sobre este aspecto,, hace notar Cambó citado por Linares Quintana, (pag 143) la lección que mil veces dio la historia *"que cuando los ciudadanos no vibran por los grandes ideales, cuando no sienten el orgullo de ser ciudadanos y no tienen el coraje de luchar por mantener su dignidad de ciudadanos, la libertad está a punto de morir y el tirano ya está detrás de la puerta. Al ejercicio de los derechos y al cumplimiento de los deberes de la ciudadanía, no se encuentra ninguna compensación egoísta; encuéntrase tan solo una compensación de dignidad"* El mismo Cambó señalaba que *"el dictador que ha arrebatado a un pueblo los derechos políticos, no ha hecho generalmente más que arrancar plantas sin vida, instituciones que solo eran una sombra o un sarcasmo."*

La cita anterior nos recuerda, que la democracia está concebida como un sistema político en el que las personas pueden realizar una

---

these concepts into their policies and operating systems. Many business leaders now spouse the virtues of CSR. For example, the manager for corporate relations of Rio Tinto stated that "CSR is an essential element in any responsible business strategy". Stephen J. Turner, A Substantive Environmental Right, Kluwer Law International, 2009, p. 130.

vida en común. Con todo, para que dicho sistema sea posible, no es suficiente contar con elaboradas estructuras de poder democráticas y leyes sobre las cuales se sostengan; es imprescindible entonces, adoptar como ciudadanos los valores, actitudes y conductas que la democracia exige; parte importante de ello, es asumir la defensa de los intereses colectivos, no sólo como el mero cumplimiento de un deber, sino como una forma efectiva de auto conservación[74], y de ejercicio de la democracia. Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-519 de 1994, indicó:

"Al hombre, pues, le asiste el deber de cuidado, de promoción y de desarrollo del ambiente, los cuales debe ejercer bajo la virtud de la prudencia y la búsqueda constante de la dignidad personal y colectiva. Con este propósito, se deben procurar todos los medios necesarios para el amparo del entorno ecológico, de forma tal que la conservación del propio ser redunde en la conservación de los demás asociados. Atentar o destruir el ambiente significa, por ende, la autodestrucción de la persona humana o, lo que es lo mismo, la renuncia a conservarse a sí mismo en condiciones de dignidad. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, es requisito sine qua non que la persona comprenda a cabalidad la importancia de conservar su entorno vital. Se requiere para ello entendimiento y voluntad; es decir, una conciencia ecológica y una disposición constante de vivir bajo los deberes de solidaridad,

74 "La conservación y la perpetuidad de la humanidad dependen del respeto incondicional al entorno ecológico, de la defensa a ultranza del medio ambiente sano, en tanto factor insustituible que le permite existir y garantizar una existencia y vida plena. Desconocer la importancia que tiene el medio ambiente sano para la humanidad es renunciar a la vida misma, a la supervivencia presente y futura de las generaciones". Sentencia C-595/10, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

uno de los cuales es actuar en pro del ambiente sin consideraciones exclusivamente de índole particular o individual (Art. 95 Nums. 2o. y 8o.) Lo anterior porque, además, el sistema ecológico en definitiva es uno, como una es la humanidad"[75].

75 M.P. Vladimiro Naranjo.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO

FERNANDO SERRANO MIGALLÓN

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Más allá de la división tripartita del poder: el surgimiento de los órganos constitucionales autónomos. 3. Características de los órganos constitucionales autónomos. 4. Los órganos constitucionales autónomos en México. 5. A manera de conclusión: la naturaleza jurídica de los órganos constitucionales autónomos.

1. INTRODUCCIÓN

Desde la década de los noventa, el Estado mexicano ha experimentado una transformación de grandes dimensiones en su marco institucional, al reconocerse, a nivel constitucional, la existencia de órganos dotados de autonomía que cumplen fundamentalmente con funciones de carácter técnico y de control. Estos órganos son producto del proceso de transición democrática que se ha vivido en nuestro país, caracterizado por cambios graduales que buscan dejar atrás la idea y práctica del ejercicio monopólico del poder.

La estructura constitucional del país se ha visto enriquecida con la aparición en la arena institucional de diversos órganos que no pertenecen a ninguno de los tres poderes tradicionales, pero

que, a pesar de ello, tienen un papel de suma importancia en el sistema de frenos y contrapesos que existe en México. La aparición en escena de estos órganos, lamentablemente, está ligada a un desprestigio por la actuación ineficiente de los órganos centralizados del Estado[1], por lo que la autonomía constitucional ha sido una solución recurrente en nuestro país cuando se considera que alguna de las funciones estatales, por su importancia, requiere de contextos institucionales distintos a los de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial.

La figura de los órganos autónomos no es propia de México[2] y su historia data ya de varios años. Desde finales del siglo XIX, como señalara Manuel García-Pelayo, la noción de órgano constitucional empezó a ser implícitamente formulada por Jellinek en 1892 y explícitamente por Santi Romano en 1898, quien desde entonces empezaba a plantearse el problema de la distinción de estos órganos frente a los administrativos[3]. Conceptos próximos como el de órganos inmediatos construido por Gierke o los de órganos supremos, capitales o fundamentales del Estado empezaron a ser cada vez más comunes entre la doctrina, y, de esta forma, la idea de órgano constitucional y

1 En este sentido se ha pronunciado Ulises Schmill Ordoñez en el comentario a la obra de Moreno Ramírez Ileana, Los órganos constitucionales autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano, México, Porrúa, 2005, p. VII.

2 Véase Córdova Vianello, Lorenzo, "Estado actual y futuro de los órganos autónomos", en A.A. V.V., Memorias del Tercer Congreso Nacional de Organismos Públicos Autónomos. Autonomía, Reforma Legislativa y Gasto Público, México, CDHDF, 2008, p. 38. Córdova señala como ejemplos de este tipo de órganos a los garantes en el derecho italiano, a los defensores del pueblo o a los ombudsmen escandinavos.

3 García-Pelayo, Manuel, "El "status" del Tribunal Constitucional", en Revista Española de Derecho Constitucional, vol. 1, núm. 1, enero-abril de 1981, p. 12.

sus fines empezaron a responder a la necesidad inherente a cualquier organización de cierta amplitud y complejidad –y por tanto al Estado- de jerarquizar sus unidades y subunidades de decisión y acción, esto es, sus órganos[4]. Sin embargo, como también apuntara García-Pelayo, la noción de órgano constitucional entró en una cierta penumbra hasta el periodo del nuevo constitucionalismo europeo que sigue a la Segunda Guerra Mundial, en el que el concepto de órgano constitucional adquiere una gran relevancia en la doctrina y en la praxis jurídico-públicas alemana e italiana con motivo de las polémicas en torno al *status* del Tribunal Constitucional de la República Federal Alemana[5]. La autonomía con la que se pretende dotar a diversos órganos constitucionales y su función como elementos de control, hacen que, a partir de su surgimiento en Europa, la configuración de estos entes trascendiera los límites continentales y empezaran a expandirse también en los diseños institucionales de países en Asia y América. Esta expansión es producto de una nueva concepción del poder, bajo la idea de equilibrio constitucional basada en una serie de controles que deriva de la evolución de la teoría tradicional de la división de poderes que, sin perder su esencia, contempla una nueva distribución de funciones o competencias para hacer más eficaz el desarrollo de las actividades encomendadas al Estado[6].

4 Idem.

5 Ibidem, pp. 12-13.

6 La Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha pronunciado en este sentido en la sentencia dictada por el Pleno en la controversia constitucional 32/2005.

2. MÁS ALLÁ DE LA DIVISIÓN TRIPARTITA DEL PODER: EL SURGIMIENTO DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

El concepto decimonónico de Estado y sus características han variado sustancialmente a partir de la modificación de los contextos políticos y normativos en que esta forma de organización se desarrolla. El sencillo modelo de la división de poderes se ha vuelto "mucho más complejo, tanto por la intrusión en su funcionamiento de poderes originariamente extraestatales [...] como por fenómenos originados dentro del sistema estatal mismo"[7]. De esta forma, la división tripartita del poder se presenta simplemente como un subsistema dentro de un sistema más amplio conformado tanto por campos de poder ajenos a la organización estatal, como a partir de una nueva organización interna cuyo resultado es una mayor diversificación y dispersión efectiva del poder[8].

La división de poderes, que encuentra antecedentes desde la antigüedad clásica con la forma de gobierno mixto y cuya formulación teórica definitiva se da a través de los escritos de Locke y Montesquieu, ha adquirido nuevas dimensiones. Actualmente, como señalara León Duguit, sería absurdo pensar que un Estado pueda funcionar de forma eficaz si la doctrina de la división de poderes se sigue de forma estricta. Y es que la resonancia que encontró la formulación de la teoría de la división de poderes como respuesta al apogeo que en grandes naciones había tenido la monarquía absoluta[9], fue perdiendo fuerza ante el alejamiento

7 García-Pelayo, Manuel, Las transformaciones del Estado contemporáneo, 2ª ed., Madrid, Alianza Editorial, 1996, pp. 57 ss.

8 Ibidem.

9 Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona,

de la realidad que las concepciones de aquella época tuvieron en el siglo XX. De hecho, en lugar de una rígida división del poder en tres ramos, se han propuesto otras que parten de un análisis de la dinámica del poder, que se acercan más a la sociedad pluralista de masas que se afianza a partir del siglo XX, distinguiendo aspectos como la decisión política conformadora, la ejecución de esa decisión política y el control de carácter político[10].

Es verdad que muchos de los planteamientos que dieron origen a la división tripartita del poder aún siguen vigentes; sin embargo, muchos otros se han matizado y apuntan hacia direcciones diversas. Nadie podría negar, por ejemplo, que el poder que no es limitado lleva necesariamente al abuso y a la arbitrariedad, pero también es cierto que la clásica división de poderes es cada día más un esquema que puede considerarse obsoleto en muchos aspectos y que no se ajusta a la realidad del Estado contemporáneo[11]. La revisión a la división de poderes, principal sistema de frenos y contrapesos, de esta forma, se ha tornado indefectible en virtud del redimensionamiento que ha tenido la teoría que de ella deriva. Esta nueva dimensión surge a partir de diversos elementos que se han ido afianzando con el paso del tiempo en la realidad estatal. José Luis Caballero Ochoa señala, entre estos elementos, los siguientes:

El fenómeno globalizador con todas sus implicaciones;

Derecho constitucional mexicano y comparado, 7ª ed., México, UNAM-Porrúa, 2010, p. 409.

10 En este sentido se pronuncia Karl Loewenstein. Véase, por ejemplo, su Teoría de la Constitución, Barcelona, Ariel, 1983.

11 Ackerman, John M., "Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina", en Carpizo, Jorge y Carol Arriaga (coords.), Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa, México, UNAM-IIJ, 2010, pp. 16-17.

La integración regional;

El gran número de acuerdos comerciales que existen;

La prevalencia del *ius cogens*;

Los procesos de internacionalización de la tutela de los derechos humanos, incluso a través del surgimiento de verdaderos organismos jurisdiccionales, en donde los compromisos asumidos en el marco de la comunidad internacional rompen los estereotipos de la organización doméstica;

La recomposición interna de una sociedad exigente, que busca controles más severos hacia los órganos y sus titulares, en un ejercicio en donde lo democrático también dignifica por igual a las personas que, como gobernados, pueden exigir cuentas y responsabilizar a los que, representándolos, ejercen el poder político[12].

La combinación de estos elementos ha hecho necesaria una reconceptualización del poder y ha producido procesos de acotamiento entre poderes, lo que ha tenido como resultado el surgimiento en el constitucionalismo contemporáneo de los llamados órganos constitucionales autónomos[13]. La creación de estos entes:

se justificó por la necesidad de establecer órganos encaminados a la defensa de los derechos fundamentales y de lograr controlar la constitucionalidad de los actos de los depositarios clásicos del poder público, en virtud de la excesiva influencia que éstos recibían de intereses económicos, religiosos, de partidos políticos y

12 Caballero Ochoa, José Luis, "Los órganos constitucionales autónomos: más allá de la división de poderes", Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana, núm. 30, febrero de 2001, p. 154.

13 Ibid., p. 155.

de otros factores reales de poder, que habían perjudicado los derechos alcanzados hasta ese momento en beneficio de la clase gobernada, lo que motivó su establecimiento en los textos constitucionales dotándolos de garantías de actuación e independencia en su estructura orgánica para que alcanzaran los fines para los cuales se habían creado, esto es, para que ejerzan una función propia del Estado, que por su especialización e importancia social requería autonomía de los clásicos poderes del Estado[14].

En el caso de México, debe señalarse también que una sociedad cada vez más plural, que demandaba más espacios de actuación, chocaba frontalmente con un sistema político vertical, cerrado y profundamente autoritario en su funcionamiento[15]. Por ello se buscaron garantías democráticas a través de espacios dentro de la esfera de las instituciones públicas, pero que no dependieran y que pudieran, consecuentemente, actuar con autonomía frente al poder político[16]. De esta forma, a través de diversas reformas constitucionales se han establecido órganos autónomos a los que se les han encargado funciones estatales específicas, "con el fin de obtener una mayor especialización, agilización, control y transparencia de esas funciones, para atender

14 Considerando quinto de la sentencia recaída en la controversia constitucional 32/2005.

15 Córdova Vianello, Lorenzo, op. cit., nota 2, p. 39. Córdova agrega que era necesario que los temas que constituían las demandas principales de la "oposición" al régimen (en el sentido más amplio y genérico –no sólo político- del término), y que son los grandes temas (fundamentales) de toda transición a la democracia (que las elecciones sean una ruta cierta, confiable, abierta y eficaz para integrar a los órganos de representación política, y que los derechos fundamentales sean efectivos y estén protegidos), estuvieran realmente garantizados.

16 Ibidem.

eficazmente las demandas sociales"[17]. Esto, sin embargo, no quiere decir que estos órganos no formen parte del Estado mexicano, pues su misión principal radica en atender necesidades torales tanto del Estado como de la sociedad en general, conformándose como nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales[18].

3. CARACTERÍSTICAS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

La importancia en la vida institucional mexicana de los órganos constitucionales autónomos hacen que debamos descartar la imagen de estos entes como fenómenos pasajeros, como una moda o como algo utilizado exclusivamente por regímenes autoritarios para simular su compromiso con la rendición de cuentas[19]. Y es que los rasgos que los definen, han hecho de ellos elementos fundamentales en la vida democrática del país. No obstante lo anterior, es necesario no perder de vista, que precisar rasgos comunes a los órganos constitucionales autónomos puede ser más un ejercicio de prospectiva que de identificación y una búsqueda más que un recuento[20]. De hecho, Ackerman ha señalado que, a grandes rasgos, existen dos enfoques teóricos dominantes para analizar los órganos constitucionales autónomos. El primero de ellos, al que identifica como "enfoque maximalista", parte del esquema desarrollado por Manuel García-Pelayo al analizar el status

17 Considerando quinto de la sentencia a la controversia constitucional 32/2005.

18 Ibidem.

19 En este sentido Ackerman, John M., op. cit., nota 11, p. 4.

20 Caballero Ochoa, José Luis, op. cit., nota 12, p. 155.

del Tribunal Constitucional español[21]. Bajo esta perspectiva, este tipo de órganos tendrían cuatro características fundamentales: 1) Configuración inmediata por la Constitución; 2) Ser componentes fundamentales de la estructura constitucional; 3) Participar en la dirección política del Estado, y 4) Paridad de rango y relaciones de coordinación con otros órganos del Estado.

Sobre la primera de estas características, García-Pelayo señala que los órganos constitucionales

son establecidos y configurados directamente por la Constitución, con lo que quiere decirse que ésta no se limita a su simple mención ni a la mera enumeración de sus funciones o de alguna competencia aislada, como puede ser el caso de los órganos o instituciones constitucionalmente relevantes, sino que determina su composición, los órganos y métodos de designación de sus miembros, su *status* institucional y su sistema de competencias, o, lo que es lo mismo, reciben *ipso iure* de la Constitución todos los atributos fundamentales de su condición y posición de órganos[22].

Esta configuración directa por las normas constitucionales es, según el profesor español, una consecuencia lógico-institucional de la importancia decisiva que la Constitución concede a estos órganos[23].

---

21 Ackerman, John M., op. cit., nota 11, p. 5.

22 García-Pelayo, Manuel, op. cit., nota 3, pp. 13-14. Las ideas de este autor retoman los planteamientos de Jellinek, Stern, Wolff y Bachof.

23 Ibidem. Esto porque "de un lado [...] en ellos se condensan los poderes últimos de decisión del Estado siendo, así, el vertice dell'organizzazione statale, y, de otro, porque son la expresión orgánica no sólo de la división de las tareas en distintas unidades del sistema estatal, sino también y ante todo de la idea del Estado proyectada por la Constitución".

Sobre la segunda característica, es decir acerca de la idea de que estos órganos deben ser componentes fundamentales de la estructura constitucional, García-Pelayo menciona que en cada Estado existen órganos constitucionales peculiares, de acuerdo con los principios, valores y criterios organizativos que lo inspiran[24]. De esta manera, cada estructura constitucional cuenta con órganos que, según la expresión de Barile, son necesarios e indefectibles, cuya desaparición afectaría a la sustancialidad y, con ello, a la globalidad del sistema constitucional. Esto porque todo sistema está integrado por unos componentes y por un conjunto de relaciones fundamentales entre ellos cuya importancia es tal, que un cambio significativo en uno de los términos (órganos y/o relaciones fundamentales) produce un cambio en el sistema[25].

La tercera característica esencial que García-Pelayo atribuye a los órganos constitucionales es su participación en la dirección política del Estado, esto es, en la formación de la voluntad estatal, en la dirección del poder supremo del Estado, en las funciones de dirección y estructuración políticas, en el *indirizzo politico generale*, etc. En otros términos, y siguiendo a Santi Romano, García-Pelayo refiere que estos órganos son partícipes inmediatos en la soberanía a los que está confiada la actividad directa del Estado[26].

Finalmente, Manuel García-Pelayo señala que todos los órganos constitucionales pertenecen al mismo rango jurídico-político. En este sentido refiere que estos órganos:

No son agentes, comisionados, partes integrantes o subórganos de otros órganos, sino

24 Ibid., p. 15.
25 Ibidem.
26 Ibid., p. 22.

que cada uno de ellos es supremo *in suo ordine*, lo que en una estructura racionalizada del Estado quiere decir que son jurídicamente independientes de los demás órganos en el ejercicio de las competencias que le han sido asignadas por el orden constitucional y entre las que se comprende el establecimiento de reglas para su organización y procedimientos internos. De acuerdo con el principio de división de funciones y poderes del Estado, la paridad jurídica de los órganos constitucionales es compatible con el predominio de uno de ellos con relación al ejercicio de sus propias competencias, y con las potestades que el orden constitucional pueda conferir a otros órganos para el nombramiento de sus titulares, para iniciar su acción o para ciertas formas de control, siempre que no afecten a su independencia decisoria[27].

Ahora bien, dado que considera que el Estado no es un simple agregado, sino un sistema de órganos relacionados entre sí, mutuamente condicionados y de cuya integración surge como producto la unidad de acción y decisión del Estado, García-Pelayo afirma que la independencia jurídica del órgano respecto a una voluntad extraña en lo que se refiere al ejercicio de sus competencias no excluye la interdependencia organizativa o sistemática de los órganos entre sí, sino que más bien supone que el producto de la acción de los unos sea condición para la acción de los otros o que, cuando menos, tenga efectos sobre ella[28]. Las relaciones de coordinación entre los órganos constitucionales y su paridad en el rango son, así, rasgos esenciales de estas entidades públicas.

27 Ibid., p. 23.
28 Ibidem.

El enfoque de García-Pelayo es asociado por Ackerman con un enfoque en el que sólo son dignos de este nombre, los entes que cumplen a cabalidad las características señaladas. No obstante lo anterior, como señala el propio Ackerman, el contexto mexicano en el que surgieron los órganos autónomos no permite trasladar orgánicamente este enfoque que fue diseñado para entender la naturaleza de los Tribunales Constitucionales en Europa, pues más que colocarse al mismo nivel que los otros poderes estatales, en la realidad latinoamericana lo que se busca a través de estos órganos es ejercer de manera libre y autónoma la función de control de la gestión pública[29]. En consecuencia, dado que la aplicación estricta de las categorías de García-Pelayo a los órganos autónomos mexicanos resulta problemática, muchos autores han preferido adoptar un enfoque negativo o minimalista cuando buscan conceptualizar a entidades como el Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos o el Banco de México[30].

Desde el enfoque minimalista, no haría falta cumplir con una serie de características estrictas para llegar a ser un órgano constitucional autónomo, sino sería suficiente simplemente contar con un respaldo constitucional explícito y no formar parte de los otros órganos del Estado[31]. La idea que podría estar detrás de este enfoque es que debido a las diferencias que se encuentran entre los órganos constitucionales autónomos que existen en nuestro país, encontrar sus características es demasiado complicado. José Luis Caballero, por ejemplo, ha señalado que las reformas constitucionales que han introducido estos órganos "no han tomado

29 Ackerman, John M., op. cit. nota 11, pp. 7-8.
30 Ibid., pp. 9-10.
31 Ibidem.

en consideración ubicarlos en un solo rango y proponer rasgos comunes que los identifiquen en lo esencial y que, ulteriormente, permitan hacer las distinciones propias de su competencia técnica" [32]. Sin embargo, este autor refiere como notas que comparten los órganos constitucionales autónomos las siguientes:

1. Independencia de los poderes.- La aparición de los órganos constitucionales autónomos responde a una evolución, tanto en el discurso como en la praxis, del papel de los poderes en el Estado contemporáneo, en el que éstos aun cuando son parte del Estado, no se encuentran subordinados a los poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial. De esta forma, los órganos autónomos contribuyen no sólo a ampliar el margen de actuación de la entidad estatal por cauces diferentes a los tradicionales, sino también al redimensionamiento y al equilibrio de los poderes mismos, porque efectivamente se constituyen como un contrapeso eficiente, producen mecanismos de control constitucional y promueven la participación ciudadana no partidista en la toma de decisiones fundamentales.

2. Autonomía.- La autonomía de estos órganos supone como requisito *sine qua non* su pertenencia al Estado como nota común, pero también se refleja en: a) su previsión directa en el propio texto constitucional; b) la independencia presupuestaria, y c) su independencia orgánica.

3.- Entidades apolíticas.- A través de esta característica se resalta la autonomía de los órganos constitucionales autónomos respecto de los poderes tradicionales, los cuales sí están directamente inmersos en la praxis política. Además, con ella se privilegia de cierta forma el componente "ciudadano" en la integración de

32 Caballero Ochoa, José Luis, op. cit. nota 12, p. 155.

algunas de estas entidades y se enfatiza que lo propio de estos órganos es su competencia técnica en una materia específica, que debe mantenerse ajena al juego de los partidos.

4. El estatuto de los titulares.- Los titulares de estos órganos y sus principales colaboradores asumen un perfil que intenta conciliar formación profesional con imparcialidad; honorabilidad, con conocimientos técnicos; el ser apolíticos, con una fuerte vinculación hacia la sociedad; el ser apartidistas con el consenso de los mismos partidos representados en el Poder Legislativo. La nota común, de esta manera apunta al hecho de que se requieren personas de gran peso moral, así como con un conocimiento de primer nivel en la materia propia del órgano como titulares del mismo[33].

A estos rasgos comunes pueden agregarse las razones que, de acuerdo con lo planteado por Ileana Moreno, justifican la autonomía de estos órganos[34]. La primera de ellas es la neutralidad política, que es necesaria cuando las funciones que ejerce el órgano pueden desvirtuarse por la injerencia de intereses de partido en la toma de decisiones. Este aspecto es fundamental en el caso de los órganos que regulan algún sector, pues en estos casos se busca que toda decisión se tome con base en consideraciones estrictamente técnicas y, en consecuencia, se requiere que sus funcionarios sean especialistas en la materia regulada. Tratándose de órganos autónomos que no ejercen funciones de regulación, la neutralidad radicará, por su parte, simplemente en decidir conforme a lo dispuesto en el ordenamiento jurídico. El segundo elemento que justifica la autonomía de estos

33 Ibid., pp. 155-160.

34 Moreno Ramírez, Ileana, op. cit. nota 1, pp. 30-38.

órganos es la legitimidad. En este sentido, Moreno señala que dado que a veces el Estado carece de credibilidad en el ejercicio de una función[35], en ocasiones se encomienda esa función a un órgano autónomo cuya imparcialidad no esté en tela de juicio a fin de recuperar la confianza perdida. El tercer argumento para la autonomía de estos órganos constitucionales es la especialización técnica, pues comúnmente estos entes aparecen en sectores que requieren una regulación específica. La cuarta razón para justificar el hecho de dotar de autonomía a estas entidades es el que estén dotados de un estatuto orgánico que implica una garantía de autonomía técnica, autonomía de gestión, personalidad jurídica, así como patrimonio propios y autorregulación[36]. Miguel Carbonell, por su parte, menciona que los órganos

35 Entre las causas de esta ausencia de credibilidad se encuentran: la toma sistemática de decisiones que atienden a criterios políticos y no a lo ordenado por la ley, la corrupción en alguna institución o la interferencia de la rama ejecutiva en una función. Ibid., p, 34.

36 Ileana Moreno señala al respecto que "La autonomía técnica significa que el órgano autónomo no se ceñirá a los lineamientos de la administración centralizada de las ramas clásicas [...] La autonomía de gestión implica que la entidad puede actuar libremente, sin la intervención directa y continua de un superior jerárquico, el cual sólo determinará lineamientos a grandes rasgos. Es decir, toma sus propias decisiones internas [...] Por otro lado, es importante contar con personalidad jurídica propia, pues permite al órgano actuar por su propio derecho, sin la representación de otro órgano. El patrimonio propio es necesario en tanto que permite al ente aprovechar sus recursos materiales de la forma en que le parezca correcta. [Finalmente] hay personas públicas con facultades de autorregulación. Esto se traduce en contar con la libertad de emitir su propio reglamento, en oposición a que un ente superior jerárquicamente –o cualquier otro ente ajeno- dicte el conjunto de reglas que ordenan su funcionamiento interno. Por supuesto, ello es distinto al supuesto de contar con una ley orgánica, ya que ésta tendría que ser emitida por el Congreso General, que es el órgano facultado para dictar leyes". Ibid., pp. 39-40.

constitucionales autónomos se crean tanto en el derecho como en la práctica política comparados por dos motivos: a) por la necesidad de desarrollar funciones nuevas –normalmente más complejas- que el Estado no realizaba en tiempos pasados y que por sus características no pueden llevar a cabo los órganos incluidos en las tradicionales teorías de la división de poderes; y b) por cuestiones coyunturales de un Estado, determinadas por sus particulares necesidades de acción política[37].

Los rasgos comunes y las razones que justifican la creación de órganos autónomos, ofrecen una idea general sobre estos entes públicos cuya aparición en México ha respondido a necesidades particulares que hacen que las funciones que tienen encomendadas sean por demás diversas. Precisamente esta divergencia de funciones, provocó que la determinación de los elementos esenciales de estos órganos no fueran claros en el ámbito de la teoría constitucional. Esta situación, sin embargo, se ha ido dejando de lado y, aun cuando no existe algún precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado cuáles son las características esenciales de dichos órganos. Para la Corte los órganos constitucionales autónomos:

a) Deben estar establecidos directamente por la Constitución;

b) Deben mantener con los órganos del Estado relaciones de coordinación;

c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera, y

37 Carbonell, Miguel, "Órganos constitucionales autónomos", en Enciclopedia Jurídica Mexicana, t. V., México, Porrúa-UNAM, 2002, p. 380.

d) Deben atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad[38].

Las características señaladas por la Corte ofrecen luz sobre un tema en el que no existían definiciones concretas, sino simplemente construcciones doctrinales que hasta cierto punto podían considerarse divergentes. La importancia práctica de las construcciones de la Corte, sin embargo, va más allá, pues a través de la jurisprudencia de este órgano jurisdiccional se han determinado, por ejemplo, los alcances de la creación de órganos autónomos no sólo a nivel federal, sino también en las entidades federativas[39] o la legitimación activa de los órganos constitucionales en las controversias

38 ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. NOTAS DISTINTIVAS Y CARACTERÍSTICAS, Tesis P./J. 20/2007, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXV, mayo de 20007, p. 1647. En el mismo sentido, véase ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS. SUS CARACTERÍSTICAS, Tesis P./J. 12/2008, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Época, Tomo XXVII, febrero de 2008, p. 1871.

39 En la controversia constitucional 32/2005, por mencionar un caso, la Corte determinó que la creación por parte del Órgano Reformador de la Constitución del Estado de Jalisco, de un órgano constitucional autónomo denominado Instituto de Transparencia e Información Pública (independiente de los tres poderes constituidos) como órgano garante del derecho a la información en la entidad, no violaba ninguna disposición de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si se atendía a que, por una parte, la garantía constitucional del derecho a la información contenida en el artículo 6º de la Ley Suprema, deja implícitamente a cada una de las entidades federativas la regulación y, por ende, establecer las estructuras necesarias para el adecuado desarrollo de esa garantía en el ámbito de su esfera territorial y, por otro lado, que conforme a los artículos 39, 40 y 41 de la propia Norma Fundamental, los Estados son libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interno, por lo que es válido que a través de sus procedimientos de reforma a las constituciones locales, creen órganos autónomos.

constitucionales aún antes de que se estableciera expresamente en la fracción I del artículo 105 constitucional.

4. LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN MÉXICO

Nuestro texto constitucional contempla diversos órganos del Estado a los que otorga autonomía; sin embargo, no todos ellos deben ser tomados como órganos constitucionales autónomos, pues algunos pueden ser considerados "órganos auxiliares" u "órganos de relevancia constitucional". Estos últimos, como señala Miguel Carbonell, compartirían algunas, pero no todas, las características que definen a los órganos constitucionales autónomos. Normalmente, la característica que les falta es la que tiene que ver con la no inclusión en la estructura orgánica de alguno de los poderes tradicionales. En este sentido, podrían ser considerados órganos auxiliares o de relevancia constitucional, por ejemplo, la Entidad de Fiscalización Superior de la Federación, que depende de la Cámara de Diputados; el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral, ambos integrados dentro de la estructura orgánica del Poder Judicial de la Federación[40].

Con esta distinción en mente, a pesar de que en el texto constitucional se encuentran diversos órganos a los que se dota de cierta autonomía,

40 Carbonell, Miguel, op. cit. nota 37, p. 380. Carbonell agrega además que en los tres casos mencionados "es la propia Constitución la que los crea y les asegura un ámbito competencial propio y definido, concediéndoles en algunos supuestos incluso facultades de órganos límite; es decir, de órganos que toman decisiones no revisables por ninguna otra instancia, pero manteniéndolos orgánicamente ubicados dentro de uno de los poderes tradicionales".

puede decirse que los órganos constitucionales autónomos que derivan del texto constitucional son:

a) El Instituto Nacional para la Evaluación de la Educación (artículo 3º), definido en el texto constitucional como un organismo público autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio al que le corresponde evaluar la calidad, el desempeño y resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior;

b) El Instituto Federal de Acceso a la Información y Protección de Datos (artículo 6), descrito como un organismo autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y determinar su organización interna, responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados en los términos que establezca la ley;

c) El Instituto Nacional de Información Estadística y Geografía (artículo 26), que estará a cargo del Sistema Nacional en la materia y cuyos datos serán considerados oficiales y de uso obligatorio para la Federación, estados, Distrito Federal y municipios. El Instituto es considerado en el texto constitucional como un organismo con autonomía técnica y de gestión, personalidad jurídica y patrimonio propios, con las facultades necesarias para regular la captación, procesamiento y publicación de la información que se genere y proveer a su observancia;

d) El Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (artículo 26), que

es definido como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, a cargo de la medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como de emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley, la cual establecerá las formas de coordinación del órgano con las autoridades federales, locales y municipales para el ejercicio de sus funciones;

e) El Banco de México (artículo 28), que de acuerdo con el texto constitucional será un banco central autónomo en el ejercicio de sus funciones y en su administración. Su objetivo prioritario es procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado;

f) La Comisión Federal de Competencia (artículo 28), que es definida como un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados;

g) El Instituto Federal de Telecomunicaciones (artículo 28), que es un órgano autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tiene por objeto el desarrollo eficiente de la radiodifusión y las telecomunicaciones;

h) El Instituto Nacional Electoral (artículo 41), que la Constitución define como un organismo público autónomo dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios, en cuya integración participan el Poder Legislativo de la Unión, los partidos políticos nacionales y los ciudadanos. El Instituto tiene a su cargo, para los procesos

electorales federales y locales, entre otras, las siguientes funciones: la capacitación electoral; la geografía electoral; el padrón y la lista de electores; la ubicación de las casillas y la designación de los funcionarios de sus mesas directivas; las reglas, lineamientos, criterios y formatos en materia de resultados preliminares, encuestas o sondeos de opinión; observación electoral; conteos rápidos; impresión de documentos y producción de materiales electorales, así como la fiscalización de los ingresos y egresos de los partidos políticos y candidatos. Por otra parte, para los procesos electorales federales, tiene encomendadas las siguientes tareas: los derechos y el acceso a las prerrogativas de los candidatos y partidos políticos; la preparación de la jornada electoral; la impresión de documentos y la producción de materiales electorales; los escrutinios y cómputos en los términos que señale la ley; la declaración de validez y el otorgamiento de constancias en las elecciones de diputados y senadores, así como el cómputo de la elección de Presidente de los Estados Unidos Mexicanos en cada uno de los distritos electorales uninominales;

i) La Fiscalía General de la República (artículo 102), que será la entidad en la que se organizará el Ministerio Público y se constituye, de acuerdo con el texto constitucional, como un órgano público autónomo, dotado de personalidad jurídica y patrimonio propios;

j) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos (artículo 102), que será un organismo de protección de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano. La Comisión Nacional, de acuerdo con lo señalado en la Constitución, cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios.

Por su parte, nivel local, en el texto constitucional también se establecen organismos autónomos. En los artículos 116 y 122 se determina, por ejemplo, que las Constituciones de los Estados y las leyes del Distrito Federal establecerán organismos autónomos, especializados, imparciales y colegiados, responsables de garantizar el derecho de acceso a la información y de protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados, conforme a los principios y bases establecidos por el artículo 6 de la Constitución y la ley general que emita el Congreso de la Unión para establecer las bases, principios generales y procedimientos del ejercicio de este derecho. Asimismo, según lo establecido en el apartado B del artículo 102 constitucional, las Constituciones de los Estados y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal establecerán organismos de protección de los derechos humanos cuya autonomía deberá estar garantizada en las normas correspondientes.

Estos son los órganos constitucionales autónomos que se contemplan en el texto constitucional. Como puede apreciarse, las funciones que cumplen son muy variadas, por lo que, como señala Pedro Salazar, sería interesante realizar una taxonomía de estas autonomías para identificar sus particularidades, ya que del conjunto apenas pueden encontrarse algunas generalidades, como que son órganos que realizan tareas de enorme relevancia estatal[41]. Sin embargo, más allá de la autonomía compartida, estos órganos son muy distintos pues "algunos son órganos de garantía de derechos, otros instancias de control del poder, unos más autoridades regulatorias,

41 Salazar Ugarte, Pedro, "Las demasiadas autonomías", Nexos, núm. 434, febrero de 2014, p. 47.

técnicas, punitivas o de investigación. Además, unos brindan servicios a los gobernados, otros actúan ante el Estado y unos más gestionan áreas de operación de los llamados poderes privados”[42].

5. A MANERA DE CONCLUSIÓN: LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS

La variedad reflejada en el texto constitucional respecto a los órganos constitucionales autónomos plantea dificultades para determinar su naturaleza jurídica, pues la multiplicidad de sus funciones genera ambigüedades al momento de tratar de agrupar los rasgos que los caracterizan y el lugar que ocupan en el ordenamiento jurídico. Y es que el simple hecho de que un órgano haya sido creado por mandato del constituyente y se le otorgue cierto grado de autonomía, no resulta suficiente para considerarlo un órgano constitucional autónomo, ya que en muchas ocasiones éstos se encuentran incluidos en la estructura orgánica de los poderes tradicionales o no cumplen con alguna de las características que podrían determinar su adecuación al perfil o los fines que la doctrina ha adscrito a este tipo de órganos. No obstante lo anterior, puede decirse, retomando las características que se han mencionado, que los órganos constitucionales autónomos son entes pertenecientes al Estado, establecidos directamente por la Constitución y que cuentan un estatuto orgánico que asegura su independencia funcional y financiera, para asegurar que cumplan, sin influencias nocivas de carácter externo, alguna función estatal primordial, manteniendo, para ello,

42 Ibidem.

relaciones de coordinación con los demás órganos del Estado.

No debe olvidarse, sin embargo, como señalan Héctor Fix-Zamudio y Salvador Valencia Carmona, que en las constituciones vigentes en nuestra época se ha mantenido o incorporado de una manera u otra la división de poderes, lo que demuestra que no existe todavía una concepción que sustituya a la teoría desarrollada por Montesquieu. Pero es necesario tener presente también que esta teoría ha sufrido ajustes, pues la división de poderes no es rigurosa; por el contrario, actualmente posee un carácter flexible que obliga a entender este principio en el sentido de colaboración, equilibrio y autonomía de las funciones y de las ramas u organismos del poder público[43]. Precisamente por ello, debe dejarse de lado la idea de que la solución de problemas que han cobrado carta de naturalización en nuestro país se logra con la creación de órganos autónomos, pues si bien éstos han servido como catalizadores del cambio, muchas veces carecen de un marco normativo que les permita operar de forma coordinada para lograr los equilibrios que fortalezcan la operación estatal. La tendencia debería ser, por tanto, contraria a la que se ha venido afianzando en México; quizá sería mejor apostar a no engrosar la lista de autonomías en aras de un mejor diseño institucional del Estado a través de mecanismos de control, colaboración y profesionalización de los órganos ya existentes. Para alcanzar estos fines, sería conveniente necesario considerar la fórmula planteada por García-Pelayo hace ya más de tres décadas cuyo eje era la integración, caracterizada por la "síntesis dialéctica entre pluralidad y unidad,

43 Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *op. cit.* nota 9, pp. 411-412.

por la superación de la antinomia entre la simple suma o agregación, de un lado, y la uniformidad o la socialización en pautas homogéneas, de otro; por la transformación en interdependencia del antagonismo entre independencia total y dependencia unilateral"[44]. Esta idea integradora sumada a equilibrios fuertes y a la colaboración institucional podrían evitar que las autonomías siguieran creciendo en proporción a los problemas que las instituciones adscritas a los tres poderes tradicionales no han podido resolver.

44 García-Pelayo, *op. cit.* Nota 3, p. 27.

BASES CONSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA EXTERIOR MEXICANA 1.

RICARDO MÉNDEZ-SILVA 2

SUMARIO: 1. Condicionamientos de la Política Exterior 2. El anticolonialismo. 3. Las intervenciones extranjeras 4. La soberanía permanente sobre los recursos naturales. 5. Relaciones Bilaterales y Multilaterales. 6. Incorporación de los Principios de la Política Exterior a la Constitución Política. 7. Polémica sobre los Principios de Política Exterior. 8. Reflexiones Finales.

CONDICIONAMIENTOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR.

La Política Exterior de un Estado se encuentra condicionada por su aparición dentro de un determinado entorno histórico, su ubicación geográfica e importancia geopolítica, las experiencias positivas y traumáticas a lo largo de su evolución van conformando actitudes y posicionamientos, doctrinas políticas y eventualmente normas jurídicas tanto internas como internacionales.

México irrumpió en 1821 a la independencia política después de tres siglos de dominio español

1 * Ponencia presentada por el Doctor Ricardo Méndez-Silva en el Coloquio Franco-mexicano de Derecho Internacional Público de las Universidades París Sud- Universidad Nacional Autónoma de México.

2 Investigador de tiempo completo y Coordinador del Área de Derecho Internacional, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

y once de contienda libertaria. Prevalecía desde su advenimiento al orden internacional un flujo complejo de relaciones con sus pares estatales que, a decir verdad, no eran precisamente pares dada la raigambre aristocrática y hegemónica del orden que privaba a inicios del Siglo XIX, el Congreso de Viena de 1815, por ejemplo, y agudizado con la expansión de los Estados Unidos en el Continente Americano al influjo de las doctrinas Monroe y del Destino Manifiesto.

La visión idílica del orden internacional que en sus inicios tuvieron los nuevos Estados latinoamericanos se transformó pronto en un realismo descarnado, avivado por las convulsiones internas. Dentro de este contorno las intervenciones forasteras encontraron un campo fértil para sus pretensiones, entre ellas, el despojo de grandes extensiones de territorio. Consecuentemente, el vivir internacional impulsó a México a definir posturas políticas defensivas que fueron el germen de un orden jurídico general que cristalizó, no sin dificultades, en el correr del Siglo XX.

EL ANTICOLONIALISMO.

Tres siglos de coloniaje español dejaron una impronta anticolonialista en la personalidad del Estado mexicano. En la Carta de las Naciones Unidas se contuvieron dos capítulos que reflejaron la persistencia de un mundo colonial renuente a dejar la escena histórica: el correspondiente a la Administración Fiduciaria que suavizó el régimen de Mandatos instaurado en el Pacto de la Sociedad de las Naciones y el Capitulo XI sobre Territorios No Autónomos que contuvo proclamas retóricas sobre la posesión de territorios como una misión sagrada de civilización pero que eludía las horrendas

resonancias de la palabra independencia.[3] Al poco tiempo irrumpieron otras visiones contrapuestas, la más notable, la generada en la Conferencia de Bandung de 1955, punto de reunión de los países afroasiáticos que contribuyeron a empujar la agenda de la organización hacia las metas de la independencia política y la política del no alineamiento. Los principios adoptados respondieron a la ideología de las Naciones Unidas pero con el sello vibrante de ese mundo marginado que hacía valer sus reclamos de justicia y de igualdad efectiva.[4]

En el capítulo de la descolonización cobra relevancia la postura de México sobre Belice. El territorio fue usurpado por la Gran Bretaña desde la primera mitad del Siglo XVII sin que hubiera consolidado un título de soberanía, ello merced a los acuerdos pactados con la Corona Española y asumidos por México en calidad de Estado sucesor a raíz de la independencia y durante el Siglo XIX. De manera lamentabilísima, en la época del Porfiriato se suscribió en 1893 el Tratado Mariscal-Spencer Saint John sobre delimitación fronteriza con respecto al territorio cuyo efecto fue abandonar la parte mexicana de Belice al dominio inglés. Pese a ello, fue un tema que por mucho tiempo suscitó brotes y desplantes nacionalistas

3 Castañeda, Jorge, México y el Orden Internacional, 2a. ed., México, Colegio de México, 1981.

4 Los principios fueron fundamentalmente a) respeto a los derechos fundamentales del hombre y a los fines y principios de la Carta de las Naciones Unidas, b) Respeto para la soberanía y la integridad territorial, c) Reconocimiento de la igualdad de todas las razas y de todas las naciones, grandes y pequeñas, d) abstención de intervenciones o interferencias en los asuntos internos de otros países, e) el derecho a la legítima defensa individual y colectiva en el tenor de la carta de las Naciones Unidas, f) abstención de actos o amenazas de agresión y del uso de la fuerza, g) solución pacífica de las controversias.

encendidos que colocaba en aprietos a los gobiernos mexicanos en virtud de la experiencia traumática de la perdida histórica de territorios. Finalmente la posición oficial de definió al amparo del Derecho de la Descolonización propulsado por la Resolución 1514 (XV) de 1960 de la Asamblea General de las Naciones Unidas. A partir de 1975 México votó dentro a favor de la independencia de Belice, meta alcanzada en 1981 conforme a la recomendación del órgano deliberativo.

LAS INTERVENCIONES EXTRANJERAS.

El país padeció tres intervenciones extranjeras en el Siglo XIX y una en 1914. Dos de ellas las emprendió Francia. La primera en 1838 motivada por la exigencia al gobierno mexicano de cubrir indemnizaciones a súbditos franceses por los daños ocasionados durante las asonadas y convulsiones internas. Anecdóticamente, fue conocida con el mote de la Guerra de los Pasteles pues uno de los ciudadanos franceses era de oficio pastelero. Ha transcurrido mucho tiempo y si algo le podríamos reclamar a los franceses fue su mala puntería pues solo hirieron a su Alteza Serenísima, Don Antonio López de Santa Anna, que perdió una pierna y cuyas veleidades gubernamentales tanto perjudicaron al país.

La segunda incursión fue la aventura imperial de Napoleón III, tendente a la implantación de una monarquía encabezada por el Archiduque austriaco Fernando Maximiliano de Habsburgo, realizada con la mira de contener la influencia creciente de los Estados Unidos y asentar en el continente americano un frente de influencia mundial. Existió una consecuencia favorable, no es exagerado sostener que los sentimientos

de unidad nacional encontraron en esa gesta su definición y afloraron los principios de no intervención, autodeterminación y respeto al derecho internacional. Es de elemental justicia poner sobre relieve que México contó dentro de Francia con aliados de extraordinaria dignidad. Qué mejor oportunidad para hacer una recordación de ellos con la carta del 22 de mayo de 1862 dirigida por Victor Hugo a los mexicanos en esos momentos aciagos: "¡Mexicanos! Tenéis la razón y yo estoy con vosotros. Podéis contar con mi apoyo y habéis de saber que no es Francia quien os hace la guerra, es el Imperio. Estoy de veras con vosotros porque todos estamos frente al Imperio; vosotros en México y yo en España. Vosotros en la patria y yo en el destierro. Combatid, luchad, sed terribles y si creéis que mi nombre vale para algo, servíos de él..."

La otra tenaza intervencionista provino del norte, de la República Modelo. En 1846-1848, siendo Presidente James K. Polk, los Estados Unidos, ante la negativa de venderle Nuevo México y California, ambición latente desde la independencia de las trece colonias americanas, forzaron una guerra de anexión, origen de un sinfín de calamidades e infortunios. El desenlace es ampliamente conocido, México perdió más de la mitad del territorio nacional. Es de subrayarse que semejante a lo ocurrido en Francia, al interior de la sociedad norteamericana resonaron voces de autoridad contra la solución anexionista. En la turbulencia brilló la figura de Abraham Lincoln.

El país sufrió una nueva invasión estadounidense, en 1914, durante la revolución mexicana que había saludado al nuevo siglo un veinte de noviembre de 1910. Durante los años revolucionarios se vivieron numerosos incidentes

internacionales. Uno de los más conocidos fue el del Telegrama Zimmerman, misiva enviada por el Ministro alemán de Relaciones Exteriores de éste apellido, fechado el 16 de enero de 1917, al Embajador de su país en Washington a fin de que instruyera al Jefe de la Misión diplomática alemana en México para que propusiera al gobierno mexicano una alianza en los fragores de la Primera Guerra Mundial. La propuesta consistía en que México atacara a los Estados Unidos y lo mantuviera ocupado en su frontera sur, lejos del conflicto europeo, a cambio de la recuperación de los territorios perdidos en 1948, esto, obviamente, en el supuesto de que Alemania ganara la Guerra. Interceptado el telegrama por la inteligencia inglesa fue remitido a Washington que de inmediato instruyó a su embajador recientemente acreditado en México para que le diera un ultimátum al gobierno que consistía en la amenaza de una intervención armada fulminante en caso de que aceptara el ofrecimiento y exigía que México rompiera relaciones diplomáticas con Alemania y Austria-Hungría. Tanto el Secretario de Relaciones Exteriores, Cándido Aguilar, como el Presidente Venustiano Carranza, negaron haber recibido el telegrama y reiteraron la neutralidad mexicana en el Conflicto[5], pronunciada el 25 de septiembre de 1914, a un mes y días de haber estallado la Gran Guerra.[6]

En 1918, Venustiano Carranza, Primer Jefe

5 Astié-Burgos, Walter, Tres Siglos de Encuentros y Desencuentros entre México y Europa, México, Juan Pablos Editor, 2013.

6 Declaración: El Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Encargado del Poder Ejecutivo de la Unión, declara y notifica a todos aquellos a quienes concierne, que México observará estricta neutralidad en el conflicto armado que existe entre Alemania, Austria, Hungría, Bélgica, Francia, Gran Bretaña, Japón, Montenegro, Rusia y Servia.

de la Revolución y Presidente de la República, tras los numerosos problemas vividos en la Revolución, emitió en el Informe rendido ante el Congreso de la Unión el pronunciamiento conocido como la Doctrina Carranza sobre la No Intervención: "Todos los países son iguales; deben respetar mutua y escrupulosamente sus instituciones, sus leyes y su soberanía. Ningún país debe intervenir en ninguna forma y por ningún motivo en los asuntos interiores, sus leyes y su soberanía."[7]

LA SOBERANÍA PERMANENTE SOBRE LOS RECURSOS NATURALES.

La Constitución Política de 1917 proclamó como principio fundamental la propiedad original de la Nación sobre tierras, aguas y el subsuelo, la que posee la facultad de transmitirla a los particulares constituyendo la propiedad privada. El precepto tenía dedicatoria a las empresas petroleras extranjeras afincadas en territorio nacional durante la última cuarta parte del Siglo XIX, bajo el régimen liberal de la dictadura de Porfirio Díaz, en el poder durante tres décadas. La normatividad reivindicatoria se topó con los desacatos de las empresas que aprovecharon la debilidad de los nuevos gobiernos surgidos de la revolución, frágiles como estaban por la destrucción de la riqueza durante los años de contienda y las rencillas entre las fracciones revolucionarias. Fue trascendente la expropiación de las empresas petroleras extranjeras decretada en marzo de1938

7 Labor Internacional de la Revolución Constitucionalista de México, Ediciones de la Comisión Nacional Para la Celebración del Sesquicentenarrio de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana, México-1960, publicado originalmente en 1918.

por el Presidente Lázaro Cárdenas. El conflicto saltó a la arena internacional y estuvo rodeado por los amagos de una nueva intervención bélica, refrenada a fin de cuentas por la política del Nuevo Trato o New Deal del Presidente Norteamericano Franklyn D. Roosvelt y por la inminencia de una nueva guerra mundial.

5. RELACIONES BILATERALES Y MULTILATERALES.

El país cultiva con profesionalismo acendrado sus relaciones bilaterales con un abanico plural de Estados sobre la base estricta de la igualdad. Con motivo de la intervención francesa en 1864-1867 las potencias europeas reconocieron al gobierno imperial de Fernando Maximiliano en desconocimiento del gobierno constitucional, lo que trajo aparejada la terminación de los tratados en vigor. La postura del Gobierno republicano de Benito Juárez, de regreso a la Capital de la República el15 de julio de 1967, condicionó el restablecimiento de relaciones y la concertación de nuevos acuerdos únicamente si mediaba la iniciativa de las potencias europeas y con salvaguarda de los intereses de México. Con Francia, por ejemplo, después de algunos intentos infructuosos,8 fue hasta 1880 que se reanudaron las relaciones, esto es trece años después del retiro de las tropas francesas y del fusilamiento del "así llamado emperador" y de sus dos generales mexicanos, Tomas Mejía y Miguel Miramón. Tal posicionamiento fue conocido como la Doctrina Juárez, válida, por supuesto, para las secuelas de ese acontecimiento histórico.

Al mismo tiempo, México ha sido un partidario

8 Astié-Burgos, Walter, op.cit., nota 3.

decidido de la diplomacia multilateral. En 1889 participó en la Primera Conferencia Panamericana que conjuntó a los países latinoamericanos y a los Estados Unidos en un proyecto de cooperación continental, pie del Sistema de Conferencias Panamericanas dentro del cual los países latinoamericanos pugnaron durante varios años para arribar al reconocimiento de principios caros a la convivencia hemisférica. En la VII Conferencia Interamericana, celebrada en Montevideo, en 1933 fue adoptado el Convenio de Derechos y Deberes de los Estados[9]en donde fueron reconocidos los principios de la igualdad de los Estados, la autodeterminación y la no intervención con el voto a favor del Jefe de la Delegación norteamericana como resultado de la exigencia airada de las repúblicas latinoamericanas.[10] La acción conjunta de ellas doblegó en el medio diplomático la resistencia de los Estados Unidos, cuando en el telón de fondo ocurrían las intervenciones de la potencia en el Caribe y Centroamérica.

9 ARTICULO 3 La existencia política del Estado es independiente de su reconocimiento por los demás Estados. Aun antes de reconocido el Estado tiene el derecho de defender su integridad e independencia, proveer a su conservación y prosperidad y, por consiguiente, de organizarse como mejor lo entendiere, legislar sobre sus intereses, administrar sus servicios y determinar la jurisdicción y competencia de sus tribunales.

El ejercicio de estos derechos no tiene otros límites que el ejercicio de los derechos de otros Estados conforme al Derecho Internacional.

ARTICULO 4 Los Estados son jurídicamente iguales, disfrutan de iguales derechos y tienen igual capacidad para ejercitarlos. Los derechos de cada uno no dependen del poder de que disponga para asegurar su ejercicio, sino del simple hecho de su existencia como persona de Derecho Internacional.

ARTICULO 8 Ningún Estado tiene derecho de intervenir en los asuntos internos ni en los externos de otro.

10 Connell-Smith, Gordon, El Sistema Interamericano, México, Fondo de Cultura Económica, 1971.

El Sistema de Conferencias adelantó enormemente las concepciones jurídicas compartidas y culminó con su institucionalización en 1948 al ser formada la Organización de los Estados Americanos.[11] Si se cuentan los antecedentes del Sistema de Conferencias, iniciado, como queda dicho, en 1889, la OEA es la decana de las organizaciones públicas regionales. En su seno el país ha empeñado una política clara en momentos difíciles y situaciones comprometidas como lo demuestra su posición respecto a la imposición de sanciones a Cuba en 1964, medida impugnada jurídicamente por México, habiendo sido el único que mantuvo contra viento y marea las relaciones diplomáticas con la isla caribeña.

En la organización interamericana y en el foro mundial de Naciones Unidas así como en las numerosas instituciones de las que México es miembro, ha encontrado un espacio propicio para el desarrollo de su vocación multilateral.

En la Sociedad de las Naciones, la primera organización de alcance universal, creada al fin de la Gran Guerra, México no fue invitado a participar. Con penuria salía de las turbulencias revolucionarias y los excesos sufridos despertaban los escrúpulos, señaladamente, de los Estados Unidos. En 1932, la Asamblea General de la también llamada Liga de las Naciones, aprobó una resolución para invitar a México a unirse a la institución ginebrina como si hubiera sido Miembro Originario. La resolución aludió a un acto de justicia por considerar que la omisión había sido "contraria al espíritu de la sociedad" y determinó que se le invitara a aportar "su preciosa colaboración, como si hubiera sido

11 Thomas, A:V:W y Thomas A.J., La Organización de los Estados Americanos, México, Unión Tipográfica Editorial Hispano americana, 1968.

invitado desde el principio". Francia estuvo entre los países promotores del instrumento, figuraron además, España, Alemania, Gran Bretaña, Italia y Japón.[12]La "preciosa colaboración" de México se significó en una observancia fiel del régimen y de los propósitos de la Sociedad de las Naciones como lo probó su actuación en casos críticos como los de Etiopía, España, Austria, entre otros. Era claro que las transgresiones aparentemente aisladas que se sucedían en la década de los años treintas desembocarían inexorablemente en una conflagración de magnitudes imprevisibles.

México terminó envuelto en la Segunda Guerra Mundial. Como consecuencia del hundimiento de dos embarcaciones petroleras de bandera mexicana por submarinos alemanes en el Golfo de México, declaró la guerra el 22 de mayo de 1942 a las Potencias del Eje y se adhirió a la Declaración de las Naciones Unidas del primero de enero de 1942 suscrita por los Estados Aliados, autonombrados en esa fecha Naciones Unidas, denominación con la que se bautizaría a la organización naciente al caer el telón de la Segunda Guerra Mundial. A México le fue turnado el proyecto de la reunión de Dumbarton Oaks celebrada en Washington en 1944 entre los cuatro grandes, Estados Unidos, la Unión Soviética, el Reino Unido y China que contuvo los lineamientos generales de la Organización proyectada.[13] A diferencia de lo ocurrido en la Sociedad de las Naciones, México fue miembro de

12 Seara Vázquez, Modesto, Política Exterior de México, 2a. ed., México, Harla Harper & Row Latinoamericana, 1984.

13 El nombre de Dumbarton Oaks es el de una espléndida mansión que albergó a los delegados de los cuatro países mencionados. Las reunión se celebró en dos sesiones, una primera entre Estados Unidos, el Reino Unido y la Unión Soviética, del 21 de agosto al 28 de septiembre, la segunda del 29 de septiembre al 7 de octubre entre China, los Estados Unidos y el Reino Unido.

la ONU por propio derecho pues la Conferencia de San Francisco, fue abierta para los Estados que se encontraban en guerra con las Potencias del Eje. Varios países latinoamericanos que habían permanecido neutrales, declararon la guerra de último momento para cumplir el requisito y no quedar al margen.

Los principios de México, trabajados y compartidos con los países latinoamericanos a lo largo de su historia y resultados de la evolución del derecho internacional, quedaron plasmados en el Artículo 2 de la Carta. Sin embargo, tuvo opiniones particulares respecto a otros puntos de la regulación y la estructura de la institución, especialmente concebía a la Asamblea General investida de facultades más amplias. Visualizaba restringido el derecho de veto de los cinco Miembros Permanentes en el Consejo de Seguridad, planteaba la necesidad de contar con una Carta de Derechos Humanos (antecedente de la Declaración Universal de diciembre de 1948), sugería la confección de un listado de los Derechos y Deberes de los Estados (en sintonía con el Convenio de Montevideo de 1933), y se manifestaba a favor del conocimiento por la Organización de los asuntos de la jurisdicción interna de los Estados, posición rectificada en los primeros años de la ONU.[14]

Verdad es que como miembro originario de la Organización de las Naciones Unidas, el país ha sido un observante escrupuloso de su régimen e impulsor de nuevas e importantes vertientes de regulación. En razón del tema central de esta ponencia, se resalta el quehacer de la diplomacia mexicana en la elaboración y aprobación de la Resolución 2131 (XX) de 1965[15] concerniente al

14 Castañeda, Jorge, op.cit., nota 1.

15 "Declaración sobre la inadmisibilidad de la intervención en los asuntos internos de los Estados y

principio de la no intervención. La Carta de San Francisco no incluyó este principio y tuvieron que pasar veinte años para que la Asamblea General aprobara la Resolución antedicha y, mas todavía, trabajara en 1970 la relevante Resolución 2625 (XXV), que reúne y desglosa los Principios de Derecho Internacional referente a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estado de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, que reúne y desglosa los principios rectores de la organización neoyorquina en la cual el concurso de México fue también importante para la concreción del principio de la no intervención. Aun cuando estas resoluciones aprobadas por la Asamblea General poseen únicamente valor declarativo, los principios ya habían alcanzado fuerza obligatoria por la vía consuetudinaria. De cara a las insistencias de que el principio pertenecía sólo al reino de la política, la Corte Internacional de Justicia, en su fallo sobre los actos hostiles contra Nicaragua[16], refrendó la índole vinculante del principio.

6. INCORPORACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE LA POLÍTICA EXTERIOR A LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.

La Constitución Política de 1917 retomó las garantías individuales del Código Fundamental de 1857 e introdujo para el constitucionalismo mundial la categoría de los derechos sociales, no obstante, la regulación de las cuestiones

protección de su independencia y soberanía". García Robles, Alfonso, México en las Naciones Unidas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1970, Tomo I.

16 Caso de las Actividades Militares y Paramilitares en Nicaragua y contra Nicaragua Vs. Los Estados Unidos de America, sentencia de 27 de junio de 1986.

internacionales continúo sujeta a las tendencias del Siglo XIX. No fueron suficientes los diversos problemas en la época de la revolución mexicana para incluir formulas normativas en la materia internacional.

En vigor la Constitución Política del diecisiete hasta nuestros días, ha sido preciso introducir varias reformas y adiciones para actualizarla. Así, en 1988, fueron incluidos los principios tradicionales de la política exterior de México. Es indispensable hacer mención del entorno internacional. En ese año tenían lugar los graves conflictos que surcaban a Centroamérica, los de Guatemala, El Salvador y Nicaragua. Atizados por la Guerra Fría, producían dramáticamente decenas de miles de muertos, generaban desplazamientos de refugiados, traspasaban las fronteras y desestabilizaban a la región con la descarada ingerencia norteamericana a punto de traducirse en una intervención armada por la belicosidad del Presidente Ronald Reagan. El mandatario norteamericano consideraba a Centroamérica como la "cuarta frontera que los Estados Unidos debían defender, para asegurar su capacidad de acción en otros escenarios de enfrentamiento con la Unión Soviética..."[17]México, en apego a su política pacifista y por su vecindad con la región en llamas, promovió la constitución de un grupo junto con Colombia, Panamá y Venezuela, bautizado como Grupo Contadora por el nombre de la isla panameña en donde se formó.[18]

17 Ortiz Taboada, Mónica, Relación de Contadora, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

18 El Grupo fue formalmente constituido el 9 de enero de 1983. Uno de los puntos de la Declaración constitutiva rezaba: Se expresa su preocupación por la injerencia foránea, directa o indirecta, en los conflictos centroamericanos, y se afirma la necesidad de eliminar los factores externos que los agudizan y su inscripción en el contexto de la confrontación

El conflicto sacudió a la región y explayó sus efectos al interior del país. La política exterior había sido tradicionalmente un factor de consensos pero salieron a la luz entonces señales de derechización e intereses cruzados con los Estados Unidos, perceptibles incluso en el seno del gabinete presidencial. Si bien los principios de política exterior regían en el orden internacional como normas obligatorias, era pertinente y hasta urgente, reforzarlos y amacizarlos jurídicamente en el ámbito doméstico.

El ambiente caldeado, convenció sobre la necesidad de incluir los principios en la Constitución Política los que encontraron cabida en el artículo 89 fracción X relativo a las facultades del Presidente de la República en asuntos internacionales. De esta suerte quedó establecido que el Ejecutivo Federal en la conducción de la política exterior debería ajustarse a los siete principios normativos siguientes

la autodeterminación de los pueblos

la no intervención,

la solución pacífica de las controversias,

la proscripción del uso de la amenaza y el uso de la fuerza en las relaciones internacionales,

la igualdad jurídica de los Estados,

la cooperación internacional para el desarrollo,

y la lucha por la paz y la seguridad internacionales.

Este listado no abarcó a todos los principios que han guiado el actuar del Estado mexicano en su proyección internacional pero el legislador estimó que captaban un grado mayor de aceptación. Hubimos quienes abogamos[19]porque en esa

Este-Oeste. Idem.

19 Méndez-Silva, Ricardo, "Bases Constitucionales de la Política exterior", Problemas Actuales del Derecho

relación se incluyeran algunos más, destaco el del respeto y la promoción de los derechos humanos que esperó hasta la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 para que fuera adicionado dentro de los principios rectores de la política exterior[20]. El retraso de casi un cuarto de siglo se debió a la persistencia de una mentalidad chauvinista predominante en los círculos oficiales y, sin duda, también, porque existía, al igual que en la realidad presente un record no del todo impecable en la materia.

Los ocho principios de la Política exterior tienen un valor normativo dentro de la Constitución Política y se encuentran enlazados con normas de la sociedad internacional. Sin embargo, no existe un recurso interno de índole jurídica para hacerlos exigibles al Presidente de la República en la eventualidad de que se apartara de ellos o los desconociera. En el artículo 76 Constitucional se concede al Senado de la República la facultad de analizar la política exterior ejecutada por el Presidente de la República. Según se ve la redacción de éste precepto es tibia, pues la participación del Senado está reducida simplemente a "analizar". Nada impide que emita una censura pero con un carácter declarativo, carente de poder sancionatorio. Sin duda la opinión pública se manifestaría airadamente pero, dado el pulso de los tiempos no sería unívoca, aunque puedo opinar que mayoritariamente abrazaría la defensa de los principios.

No sobra señalar que la falta de una

Constitucional, estudios en homenaje a Jorge Carpizo, Serie G: Estudios Doctrinales, Núm. 161, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1994. Disponible: http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/883/25.pdf

20 Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011. Disponible en: http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011

previsión en este campo puede explicarse por que la adición constitucional ocurrió en los años del presidencialismo exacerbado propio de la era del Partido Revolucionario Institucional. Distinto sería el caso de la comisión de crímenes graves sancionados internacionalmente por los que, de acuerdo con los mecanismos del Estatuto de Roma, podría ser sometido a juicio acorde con la naturaleza complementaria de la justicia penal internacional.[21]

7. POLÉMICA SOBRE LOS PRINCIPIOS DE POLÍTICA EXTERIOR.

Como se ha dicho, los ocho principios de la política exterior incorporados a la Constitución, incluido el del respeto a los derechos humanos, están en comunión con normas inobjetables del plano internacional, no obstante, sobran las opiniones revisionistas de autores y posiciones de algunos gobiernos para minarlas y ajustarlas a sus intereses, particularmente en lo relativo a la proscripción del uso de la fuerza y de la amenaza y a la no intervención. Tales interpretaciones han permeado en alguna medida, no mayoritaria, en el medio mexicano, sobre todo cuando los Estados Unidos se han embarcado en operaciones bélicas saltándose a la normatividad internacional.

Un ejemplo contundente: México era Miembro No Permanente del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas en 2002-2003, años de la guerra del Presidente George W. Bush contra el Irak. Diversas figuras y algunos medios de comunicación, inclusive académicos, se mostraron festejantes de la opción bélica y los designios de

21 Artículo 110, Artículo 111 y Artículo 108, párrafo 2, Constitucionales.

Washington. Del lado norteamericano proliferaron las presiones, llamadas telefónicas frecuentes del Presidente W. Bush, del Secretario de Estado Colin Powell y hasta una visita odiosa del Presidente del Gobierno Español, José María Aznar, para torcerle el brazo a México a fin de que obsequiara su voto a lo que terminó siendo una de las violaciones más escandalosas al régimen de las Naciones Unidas y al Derecho Internacional. Es de reiterarse, contra las presiones, la asociación que implica el Tratado de Libre Comercio de la América del Norte y una corriente te opinión dentro del país México se negó a sumarse a la empresa guerrerista. En la Universidad de París Sud es motivo de orgullo recordar que México estuvo en el Consejo de Seguridad junto a Francia que capitaneó la corriente en aras de la paz.

El país es un adherente convencido del principio de la no intervención, principio que, vale la pena aclarar, es un régimen y no un mero enunciado, sujeto a la evolución de los tiempos y que por lo tanto admite excepciones en el derecho internacional contemporáneo. Ejemplo de ello son las resoluciones del Consejo de Seguridad adoptadas bajo el Capítulo VII de la Carta de San Francisco esto es, medidas coercitivas contra los Estados infractores del régimen de paz.[22] La letra de la Carta lo apunta claramente, la imposición de tales medidas no se estima un acto de intervención, sentido que cobra importancia pues en los últimos lustros han acontecido diversos conflictos internos que desparraman sus efectos allende las fronteras

22 7. Ninguna disposición de esta Carta autorizará a las Naciones Unidas a intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados, ni obligará; a los Miembros a someter dichos asuntos a procedimientos de arreglo conforme a la presente Carta; pero este principio no se opone a la aplicación de las medidas coercitivas prescritas en el Capítulo VII.

y constituyen una amenaza a la paz y la seguridad internacionales, acorde con las determinaciones del Consejo de Seguridad. Más aún, este órgano ha concluido que una violación masiva de los derechos humanos implica por si misma una amenaza a la paz y la seguridad internacionales.

Carentes de una base jurídica expresa en la Carta, la costumbre las ha validado y en la práctica su constitución ha reposado en la voluntad de los Estados, lo mismo de los que aportan contingentes que de aquellos a donde son destinadas. En virtud de su evolución y complejidad, en los últimos años algunas de las Operaciones han sido creadas con apego al Capitulo VII que implican de modo indudable una obligación para todos los Estados.

En el mismo orden de ideas figura la tesis de la responsabilidad de proteger, todavía una norma en difícil y controvertida gestación pero cuya eventual aplicación se ha encomendado al propio Consejo aunque este lo haría determinando una amenaza a la paz y la seguridad internacionales sin necesidad de invocar está doctrina, no exenta de detractores. Por otra parte, desde los primeros años de vida de la ONU, el Consejo aprobó misiones conocidas como Operaciones de Mantenimiento de la Paz para hacer respetar armisticios o acuerdos de paz, desarmar a las partes contendientes, vigilar fronteras, asistir a la población, etcétera.

De igual suerte, el régimen de los derechos humanos ha reconocido excepciones a la soberanía estatal, hoy no son admisibles las violaciones a los derechos humanos como una cuestión de estricto consumo interno. Prevalece una profunda mutación normativa en esta materia, una nueva concepción de la soberanía que es posible identificar como una soberanía humanitaria al servicio prioritario de la persona y no de un poder público omnipotente

Una de las innovaciones de la Carta fue incluir en el Preámbulo y en varios artículos los derechos del hombre. Tres años después, a partir de la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en diciembre de 1948, fue lanzada una de las vertientes revolucionarias del derecho internacional. Fortalecida la Declaración por la práctica consuetudinaria y vertidos sus enunciados con amplitud en los dos Pactos de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos de 1966[23] se ha integrado un régimen único en el orden subjetivo y, en el adjetivo, se ha esparcido un conjunto nutrido de instituciones y mecanismos judiciales y cuasi judiciales cuya misión bienhechora es proteger a la persona. En el ámbito político, inclusive, abundan los pronunciamientos institucionales frente a los abusos en campo tan sensible. El Estatuto de Roma de 1998 y la Corte Penal Internacional, en funciones desde 2002 evidencian un avance fenomenal que extrae de los órdenes domésticos los crímenes más graves para ser sancionados en el plano internacional con un carácter complementario a la jurisdicción interna.

8. REFLEXIONES FINALES.

Una de las críticas que se dirigen a la inclusión de los principios de la política exterior a la Constitución Política sostiene que se introducen elementos rígidos de regulación. Por supuesto, los principios a los que se les endilga el pecado de la rigidez son precisamente los de la prohibición del

23 Fueron aprobados por la Asamblea General en 1966 y entraron en vigor diez años después: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en vigor desde el 23 de marzo de 1976 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en vigor desde 3 de enero de 1976.

uso de la fuerza y el de la no intervención. Para empezar, una Constitución es un cuerpo rígido en contraste con las Constituciones no escritas y contiene principios y normas duras que están hechas para pervivir pero, en su caso, ante la fluidez del acontecer político y social se prevén mecanismos de reforma por el Constituyente Permanente.[24] En la esfera internacional han privado intentos de socavar el régimen de prohibición del uso de la fuerza con interpretaciones amañadas y de plano con violaciones ostensibles del derecho positivo internacional. Cuando ello ha acaecido, no ha prosperado una modificación al régimen de paz; una o más violaciones no anulan o derogan *per se* una norma debidamente pactada. En el derecho internacional es posible que una norma consuetudinaria se sobreponga a una norma convencional pero para que ello proceda es imprescindible que exista un comportamiento general en un determinado sentido y esté sustentado por la *opinio juris sive necessitatis,* esto es, la convicción compartida por el conjunto de Estados de que tal práctica encarna una norma jurídica. Los casos de actuación bélica, sin cumplir los requisitos del derecho internacional, han sido emprendidos en los tiempos de las Naciones Unidas por algunos Estados identificados, no por la generalidad de la sociedad internacional, la que contrariamente ha protestado con energía

24 Artículo 135 Constitucional. La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

sin conceder su aquiescencia. No es dable pensar que estos principios, cuestionados por los Estados poderosos y sus portavoces, vayan a alterarse en el mediano plazo. ¿Existe a la vista alguna razón convincente o situaciones que permitan pensar que se va a admitir el uso de la fuerza más allá de las previsiones en vigor? En los casos de parálisis del Consejo de Seguridad pueden surgir situaciones extremas como la acción de la OTAN contra la Ex Yugoslavia en 1999 o la invasión contra el Irak en 2003 pero son acciones fuera del sistema normativo, que sin duda lo socavan, provocan airadas controversias, suscitan el desaliento colectivo, pero no aniquilan a la regulación en beneficio de los partidarios de la fuerza.

Por otra parte, siendo realistas, la ejecución de la política exterior puede sufrir contradicciones por causas varias, impericia, improvisaciones, presiones o simple y sencillamente por conveniencias impropias. Pero ello es verdaderamente excepcional y para ello existen los Principios sancionados en la Constitución Política que marcan un cauce definido y firme para la actuación del Estado mexicano.

LA NUEVA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA FEDERAL EN MÉXICO.

ANGEL ZARAZÚA MARTÍNEZ

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. I.- ANTECEDENTES. I.1.- EL PACTO POR MÉXICO.I.2.- ADENDUM AL PACTO POR MÉXICO DEL 7 DE MAYO DE 2013. I.3.- COMENTARIOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL PACTO POR MÉXICO. II.- MODIFICACIONES SUSTANCIALES EN LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO MEXICANO. II.1.- ALGUNOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS. II.2.- INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS. II.3.- RELEVANCIA DE ALGUNAS FUNCIONES A REALIZAR POR LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS. II.4.- ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE DEBEN REVISARSE A LA LUZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES. III.- CONCLUSIONES. IV.- BIBLIOGRAFÍA. V.- HEMEROGRAFÍA.

INTRODUCCIÓN.

En el presente ensayo se revisan algunos aspectos generales sobre las recientes reformas constitucionales, sus antecedentes, así como los nuevos órganos que se crean bajo la modalidad de *"autónomos";* se plantea el cuestionamiento sobre si esto implica o no modificaciones a las atribuciones y facultades del titular del Poder Ejecutivo Federal; y de igual manera se llama la atención sobre los cambios a algunos principios

constitucionales, los cuales históricamente eran inamovibles.

Se hace una exposición objetiva del asunto, sin la intención de aprobar o no su procedencia, ni tampoco emitir adjetivos sobre su preparación, celebración y ejecución por parte de los actores políticos; se incluyen una serie de reflexiones finales, las cuales derivan de la realización del presente trabajo.

I.- ANTECEDENTES.

Con motivo de la alternancia en el ejercicio del Poder Ejecutivo Federal, resultado del proceso electoral federal 2011-2012, se plantearon una serie de modificaciones constitucionales y legales que entrañan cambios sustanciales en el texto constitucional, así como la modificación a principios otrora intocables, como lo son el de no reelección, así como la rectoría exclusiva del Estado en materia de explotación de hidrocarburos, por mencionar sólo algunos.

A mi juicio, implican también modificaciones fundamentales en la estructura administrativa del Estado Mexicano, con la proliferación de órganos autónomos, los cuales formalmente no dependerán de ninguno de los tres poderes clásicos, según se analiza en apartados posteriores, por lo que es correcto hablar de una Nueva Administración Pública Federal en nuestro país.

I.1.- EL PACTO POR MÉXICO.

Mediante el diálogo y la negociación, que fueron privilegiados por los tres partidos políticos más importantes a nivel federal, así como por el titular

del Poder Ejecutivo, se celebraron cerca de un centenar de acuerdos , que configuraron una especie de *desiderátum*, donde tuvieron cabida las propuestas del partido en el poder, así como las de la oposición.

Este gran acuerdo, políticamente correcto, fue severamente cuestionado desde el principio, alegando que obviaba el trabajo de los órganos legislativos y asimismo, que se trataba en realidad de un programa de gobierno para ejecutarse en un sexenio, haciendo nugatorio el Plan Nacional de Desarrollo, ya que éste se dio a conocer hasta unos meses después de haberse firmado el acuerdo político.

Fue el 2 de diciembre del año 2012, cuando en un acto público profusamente difundido se suscribió este gran acuerdo denominado "*Pacto por México";* a lo largo de su contenido aparecen todas las propuestas que en su oportunidad los suscriptores solicitaron se incluyeran, y hay que decirlo, el hecho de que formen parte del catálogo de propuestas, de ninguna manera implica que sean unánimes, según ha quedado de manifiesto, conforme se han ido ejecutando. Dada su trascendencia, fue publicado en el Diario Oficial de la Federación.

También se ha cuestionado el fundamento jurídico y constitucional para que proceda su firma, pero sobre todo su ejecución.

Queda claro que se trata de un Pacto de naturaleza política, sin embargo, admite el cuestionamiento a su procedencia jurídica, pues no se consideró al momento de suscribirlo ni a los diputados, y tampoco a los senadores. Más aún, al interior de los propios partidos políticos suscriptores han existido severas críticas hacia su dirigencia, pues consideran que haber firmado

tal acuerdo, implica sumisión al Poder Ejecutivo Federal y en general al gobierno en turno.

I.2.- ADENDUM AL PACTO POR MÉXICO DEL 7 DE MAYO DE 2013.

En el marco de la ejecución de lo que hasta ese momento parecía un acuerdo completamente concertado, sobrevino un proceso electoral en diversas entidades federativas del país, cuyos resultados fueron severamente cuestionados por los partidos de oposición celebrantes del Pacto, sobre todo por la evidente intervención de varios gobernadores, cuyo accionar, a su entender, incidió directamente en los resultados electorales.

El descontento se expresó a través de un agregado al Pacto original, y en resumidas cuentas se precisó que la reforma política-electoral, fuera privilegiada por encima de las otras propuestas, y que incluso se concretara antes del inicio del siguiente periodo ordinario de sesiones del Congreso de la Unión.

I.3.- COMENTARIOS SOBRE ALGUNOS ASPECTOS DEL PACTO POR MÉXICO.

Los intereses de los suscriptores del Pacto canalizados a través de propuestas para llevar a cabo reformas constitucionales y legales, no son todas unánimes y de hecho varias son antagónicas.

Ese es el mérito de este gran acuerdo, es decir, los esfuerzos y buenos oficios que hubieron de realizarse para que todas las propuestas cupieran en un solo catálogo.

En concreto, se plantearon reformas en materia educativa; energética; política-

electoral; fiscal y hacendaria; en materia de telecomunicaciones; sobre el campo mexicano; en materia de derechos humanos; la reforma política del Distrito Federal; sobre el crecimiento económico; empleo y competitividad; sobre derecho a la información y transparencia; un nuevo sistema de justicia penal, acusatorio y oral; la posibilidad de un gobierno de coalición; la seguridad social universal; así como la reelección de legisladores y presidentes municipales.

La amplitud del presente trabajo impide referirse de manera particular a todos y cada uno de los apartados anteriores, por lo que sólo se hace mención a aquellos que a juicio del actor tienen que ver con trascendentales modificaciones en la estructura de la administración pública federal.

II.- MODIFICACIONES SUSTANCIALES EN LA ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO MEXICANO.

Hacia la última parte del siglo XX surgió en nuestro país la modalidad de órganos autónomos que vinieron a realizar tareas que tradicionalmente realizaban alguno de los tres poderes, o bien, que por ser novedosas, aún no encontraban la naturaleza jurídica correspondiente.

Algunas otras, como la materia electoral, ante el contexto imperante basado en una exigencia para que los órganos de gobierno se abstuvieran de participar en la organización de las elecciones, trajeron consigo un proceso de "*ciudadanización*" de los órganos que habrían de tener como principal tarea la organización de las elecciones.

De esta manera nació el Instituto Federal Electoral precisamente como un órgano

autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propios, es decir, sin tener una relación de *supra* a subordinación respecto de alguno de los tres poderes. A la par nacieron también órganos de la misma categoría constitucional como es el caso de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

No obstante, el legislador anduvo con moderación y cautela el camino de los órganos autónomos. [1] No así en los años recientes, en los cuales acertadamente el Doctor Pedro Salazar Ugarte destaca el incremento de dicha modalidad de órganos en la Administración Pública Federal, número que además seguirá creciendo conforme avancen en su elaboración las leyes secundarias derivadas de las reformas constitucionales.[2]

El incremento por sí mismo de los órganos autónomos no debe ser criticado *per se*, la crítica en todo caso está enfocada a las atribuciones y facultades que se otorgan a dichos órganos, según se comenta en párrafos posteriores.

1 El investigador Pedro Salazar Ugarte nos informa lo siguiente: "Hasta diciembre de 2013 la palabra "autónomo" o "autónoma" aparecía 12 veces en el texto constitucional y servía para definir la naturaleza jurídica del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, del Banco Central (Bancomex), de la Comisión Federal de Competencia Económica, del Instituto Federal de Telecomunicaciones y del Instituto Federal Electoral", contenido en el artículo "Las demasiadas autonomías", publicado en la revista nexos, número 434, México, 2014, p.47.

2 El mismo autor precisa lo siguiente: "Este mismo mes se discutía una nueva reforma constitucional mediante la cual se crearían otros dos organismos con autonomía constitucional (Consejo General para la Evaluación de la Política de Desarrollo Social y la Fiscalía General de la República y Persecución del Delito). Así que además de los tres poderes tradicionales y tan solo en el ámbito nacional se cuentan 10 órganos constitucionalmente autónomos". Loc. Cit.

Genera preocupación el planteamiento relativo a si algunos principios básicos de la Administración Pública han sido trastocados por la proliferación de los órganos autónomos, según se revisa en el apartado siguiente y, asimismo, si se han disminuido o no facultades de la propia estructura de gobierno, empezando por el titular del Ejecutivo Federal.

II.1.- ALGUNOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS.

Destaca la creación de diversos órganos autónomos derivados de las recientes reformas constitucionales acordadas en el "Pacto por México", entre ellos el Instituto Nacional para la Evaluación Educativa, del Banco Central (Bancomex), de la Comisión Federal de Competencia Económica, del Instituto Federal de Telecomunicaciones y del Instituto Nacional de Elecciones, relacionados con las reformas en materia electoral, educativa, en materia de telecomunicaciones, entre otras.

II.2.- INTEGRACIÓN DE LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS.

Según las nuevas reformas constitucionales, para la designación de quienes habrán de llevar a cabo las tareas de los nuevos órganos autónomos intervienen preponderantemente el titular del Ejecutivo Federal, quien tiene a su cargo las propuestas, así como el Senado de la República, a quien corresponde designar de entre los candidatos que aparezcan en las propuestas.

Esto nos lleva a recordar que con motivo de la reforma constitucional de 1994 relativa a la reforma integral del Poder Judicial de la

Federación, se habló del inicio de una etapa de "judicialización de la política", lo cual se ajustaba a la realidad, pues efectivamente el legislador permanente otorgó facultades al Poder Judicial de la Federación para resolver conflictos surgidos entre los diferentes niveles de gobierno, así como entre los poderes federales y locales.

Estoseinstrumentómedianteelfortalecimiento y creación de formas de control constitucional, entre ellas la acción de constitucionalidad y las controversias constitucionales. De esta manera, el Poder Judicial de la Federación mediante las sentencias correspondientes resolvió conflictos entre los poderes políticos, por falta de diálogo y negociación entre éstos, por lo que ejerció facultades constitucionales producto de procesos legislativos, y no estaba actuando de oficio.

Se trata entonces de una judicialización de la política constitucional e institucional, por lo que no ha lugar a expresar peyorativamente que se generó un proceso de "judicialización de la política", por excesos del propio Poder Judicial.

Llama la atención que los procedimientos y mecanismos de designación de los integrantes de los nuevos órganos autónomos, cuenten en su mayoría con la intervención del Presidente de la República y del Senado, como instancias de propuesta y de designación, respectivamente.

Lo anterior debido a que el exceso de intervención de poderes políticos en la integración de órganos que habrán de resolver cuestiones de justicia administrativa, puede dar lugar a la denominada "politización de la justicia", que no es otra cosa sino la injerencia desbordada de los poderes políticos en los órganos de impartición de justicia o de resolución de conflictos, en cualquier materia.

Por supuesto que habrá que esperar el accionar de estos nuevos órganos, para aquilatar el grado de autonomía que sostengan sus integrantes no obstante el mecanismo de designación descrito.

II.3.- RELEVANCIA DE ALGUNAS FUNCIONES A REALIZAR POR LOS ÓRGANOS AUTÓNOMOS.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos consagraba algunos principios, considerados como logros del pueblo mexicano, producto del devenir histórico y valladares que impidieran regresar a etapas ya superadas.

Uno de estos principios es el de *"No reelección"*, que habría de convertirse en base ideológica de la democracia en nuestro país; en efecto, el pronunciamiento de Porfirio Díaz, en ese sentido fue retomado por los antirreleccionistas encabezado por Francisco I. Madero y fue el argumento principal para derrocar al oaxaqueño.

Entre otras razones, la reelección se había erradicado en razón de que se buscaba evitar la amarga experiencia de quienes pretendían perpetuarse en el ejercicio del poder público, y también impedir la irritación de determinados sectores que se tradujo en asonadas y motines sobre todo durante la primera mitad del siglo XIX.

Hoy no existe más ese principio de manera absoluta en la legislación mexicana, pues legisladores y presidentes municipales tendrán la oportunidad de reelegirse hasta más de una ocasión, según sea el caso.

Y aquí cabe también preguntarse si es válido que un integrante del Poder Legislativo, genere ordenamientos cuya ejecución se llevará a cabo hasta varios años después, incluso una vez que

ese legislador ha terminado su periodo de ejercicio constitucional; es decir, si se puede legislar a futuro, ya que considero que de aceptarse esto, las siguientes legislaturas se verían impedidas para resolver de manera inmediata cuestiones que se generaran en el contexto de su desempeño como legislador, o en su caso, que su tarea se enfocara a estar dejando sin efectos lo que el anterior legislador creó para el futuro.

Otra de las facultades que habrán de ejercer los órganos autónomos, en particular en el área de telecomunicaciones, es la posibilidad de que un nuevo cuerpo colegiado bajo la modalidad del Instituto Federal de Telecomunicaciones, tenga la facultad de otorgar concesiones en materia de radio y televisión, atribución que hasta antes de la reforma era facultad exclusiva del Ejecutivo Federal.[3]

El planteamiento de fondo radica en que hay una modificación respecto de las definiciones y contenidos constitucionales de las denominadas "áreas prioritarias" y "áreas estratégicas"; particularmente en el caso de radio y televisión genera preocupación el hecho de que existen empresas que tienen el carácter de "preponderantes" (así las denomina la nueva legislación), y que han hecho patente su capacidad de cabildeo con motivo de reformas constitucionales y legales que se han intentado en estas áreas, y que también se han

3 El autor Salazar Ugarte precisa: "Lo cierto es que la mayoría de estos órganos gestionan tareas que antes realizaba el Poder Ejecutivo. Ello supone una disminución en las facultades a cargo del presidente de la República pero nada garantiza que ese debilitamiento del gobierno se traduzca en un fortalecimiento del Estado…Para colmo algunos de estos órganos operan sin leyes secundarias o con legislaciones desactualizadas lo que supone una desarticulación también en el plano legislativo. Una constelación de autonomías sin sistema constitucional…" Loc. Cit.

manifestado en la promoción, se dice, de algunos legisladores afines a sus intereses.

Este es el cuestionamiento primordial de este ensayo: estamos ante una nueva modalidad de administración pública federal, y nos queda la duda si la ruta de los órganos autónomos es la más adecuada y conveniente para la actualidad de nuestro país.

II.4.- ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA QUE DEBEN REVISARSE A LA LUZ DE LAS REFORMAS CONSTITUCIONALES.

Entre los conceptos básicos sujetos a revisión con motivo de las reformas constitucionales que nos ocupan, destacan el de *"interés público",* así como el de *"orden público".*

El referente obligado de la administración pública lo constituye el interés público o interés general del Estado; algunos autores ponen a la par el interés de los ciudadanos, esto obedece a la etapa de evolución del Derecho Administrativo que corresponda.

Se hace hincapié en el concepto que se comparte por parte de la doctrina de interés público o interés general.

Desde mediados del siglo XIX, en sus *"Lecciones de Derecho Administrativo",* don Teodosio Lares expresaba estas ideas de la manera siguiente:

"El derecho administrativo, así considerado, es la ciencia de la acción y competencia del poder ejecutivo, de sus agentes, y de los Tribunales Administrativos, en relación con los derechos

e intereses de los ciudadanos, y con el interés general del Estado".[4]

En algunos casos, los fines del Derecho Administrativo y Administración Pública, se han expresado específicamente y el algunos otros, se contiene en las propias definiciones o conceptos.

En este sentido, el autor Acosta Romero, al emitir su concepto sobre administración pública expresa:

> *"Es la parte de los órganos del Estado que dependen directa o indirectamente, del Poder Ejecutivo, tiene a su cargo toda la actividad estatal que no desarrollan los otros poderes (Legislativo y Judicial), su acción es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una forma de organización jerarquizada y cuenta con: a) elementos personales; b) elementos patrimoniales y d) procedimientos técnicos".*[5]

Otros autores[6] no contemplan expresamente al "interés público" en sus conceptos, sin embargo, se deduce que la actividad administrativa del Estado, no puede tener otra finalidad sino el logro

4 Lares, Teodosio. Lecciones de Derecho Administrativo. México, UNAM, 1978, (versión facsimilar, p.2)

5 Acosta Romero, Miguel. Teoría General del Derecho Administrativo. México, Ed, Porrúa, 1990, p.108.

6 Es el caso del Doctor Jorge Fernández Ruiz, quien enseña que ..."el derecho administrativo es el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de éstas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado con los particulares". De esta definición se deduce que todo lo expresado no se puede tener otra finalidad sino el interés público mismo, pues el actuar institucional y el de éste con los particulares habrá de tener siempre el principio rector del interés general. Fernández Ruiz, Jorge, Derecho Administrativo y Administración Pública. México. Ed. Porrúa, 2006, p.p. 160 y 161.

y mantenimiento del orden público.

La cuestión primordial consiste en determinar los alcances de lo que habremos de entender como "interés público", para complementar nuestro planteamiento en el sentido de que éste es precisamente la teleología de la actividad administrativa del Estado.

Para tal efecto, señalaremos que todo interés particular o de grupo se debe sujetar a la preeminencia del interés general o público, ya que éste, a su vez, lo que busca es preservar el orden público.

Por éste último, habremos de considerar el siguiente concepto:

"Orden público…es el conjunto de reglas e instituciones que se encuentran establecidas en los cuerpos legales con la finalidad de lograr una adecuada convivencia en una comunidad, llámese país, nación o estado…[7]

El cuestionamiento que se formula en este ensayo es si el bloque de reformas constitucionales que se comentan, continúan observando como principios rectores al interés general o al orden público.

Se debe tener presente que diversos ordenamientos secundarios que regulan las materias a las cuales se refieren las reformas constitucionales, precisan en su primer numeral que sus disposiciones son de orden público y de interés general, de ahí su observancia obligatoria.

En relación con estas reformas constitucionales, existen todo tipo de opiniones, al grado de que algunos medios impresos han

7 Gómez Terán, Xitlali. EL Concepto de orden público, contenido en la revista Res Pública. Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo, México, 2005, p.69.

publicado números especiales para este tema. [8]

8 La revista *nexos* dedicó el número 434, correspondiente al mes de febrero de 2014 al análisis de las reformas constitucionales. En dicho ejemplar, en la página 40, explica las razones para su proceder y sintetiza el contenido de las multicitadas reformas en los términos siguientes:

México tiene una nueva Constitución sin haberlo declarado. Los cambios de 2013 piezas clave del contrato social. Fueron cambios no sólo del tejido legal, sino también de reglas que contravienen largos hábitos, viejas costumbres. Las reformas de 2013 asaltaron dos tabúes que parecían inconmovibles: el de la no reelección y el del monopolio energético. Establecieron un antes y un después en materia de competencia económica y de telecomunicaciones, en ambos casos contra prácticas monopólicas en sectores clave de la economía del país, especialistas en pactos y dominancias monopólicas. Fue llevado a rango constitucional el principio de la evaluación educativa, también un antes y un después en el sistema de enseñanza federal, preso del clientelismo sindical, la opacidad docente y la corrupción administrativa. En desafío a la tradición

federalista del país, se crearon un código penal único para toda la República y un instituto nacional de organización de elecciones. Se devolvió al gobierno federal el manejo del personal educativo en materia de pago de nóminas y negociaciones salariales. Las imperfecciones y traslapes de tantos cambios se irán advirtiendo en un camino largo de ajustes, litigios de derechos encontrados y controversias constitucionales. Es imposible saber cómo funcionará el país bajo las nuevas reglas, cuál país real emergerá de su ejercicio. Lo cierto es que tenemos un nuevo código y un nuevo espíritu constituyente. Lo que no tenemos es una nueva cultura constitucional. Dedicamos este número de *nexos* a explorar algunos de los rangos de esa cultura y del larguísimo texto que ha dado a luz a casi cien años de existencia _unas 60 mil palabras de las 22 mil originales. La debilidad mayor de nuestra Constitución es que no está hecha en lo fundamental para cumplirse, no tiene el peso de una norma que obliga, sino el aire nebuloso de un proyecto que ciudadanos y gobierno han de ir cumpliendo poco a poco, según lo permita el futuro. El texto resultante no puede sino ser una rareza: mezcla de necesidades políticas inmediatas y de sueños nacionales incumplibles. Lo primero explica que la hayan reformado más de 500 veces, lo

III.- CONCLUSIONES.

El Pacto por México es políticamente vinculante.

Este acuerdo entre las tres principales fuerzas políticas del país y el titular del Ejecutivo Federal dio origen a las recientes reformas constitucionales y las legales que deriven de éstas.

Estas reformas constitucionales implican cambios en la estructura orgánica del país.

Ha surgido una nueva administración pública federal en México, con la proliferación de órganos constitucionales autónomos.

Facultades constitucionales que eran exclusivas del titular del Poder Ejecutivo Federal, con motivo de las reformas constitucionales, ahora corresponde a órganos autónomos; conviene revisar su procedencia.

Es cuestionable que las reformas constitucionales recientes hayan mantenido inalterables principios como interés general o público, en aras de mantener el orden público.

Existen severos cuestionamientos a las reformas constitucionales por modificar principios rectores del Estado Mexicano, como el de no reelección y el facultades exclusivas del titular del Poder Ejecutivo Federal.

Debe otorgarse el tiempo necesario para que los nuevos organismos autónomos entren en funciones y así poder apreciar la eficacia de las

---

segundo que nadie se anime a decir que no es la misma. Tenemos la Constitución más vieja y menos parecida a su texto original de la América Latina. Los textos que siguen pasan lista a los defectos mayores de nuestra Constitución: obesidad, dislexia, irresponsabilidad presupuestal, inobservancia tolerada, consecuencias todas de una cultura jurídica proclive a la solemnidad verbal, la sensiblería histórica, el formalismo vacío, el oportunismo político y el cinismo judicial.

reformas constitucionales.

IV.- BIBLIOGRAFÌA.

CARPIZO JORGE, Estudios Constitucionales, México, UNAM, 1980.

_____ La Constitución Mexicana de 1917, México, UNAM, 1982.

_____ El Presidencialismo Mexicano, México, Siglo Veintiuno, Editores, 1979.–

CARRILLO PRIETO Ignacio, La ideología jurídica en la constitución del estado mexicano, 1812-1824, México, UNAM, 1981.

DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO, México, Porrúa-UNAM, 1999.

FERNÁNDEZ RUÍZ, Jorge, Poder Legislativo, México, Porrúa-UNAM, 2004.

GONZÁLEZ María del Refugio, et al, INTRODUCCIÓN AL DERECHO MEXICANO, México, UNAM, 1983.

CARRÉ de Malberg, Teoría General del Estado, México, Facultad de Derecho/UNAM-Fondo de Cultura Económica, 1998.

LEGISLACIÓN CONSULTADA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Secretaria de Gobernación, Marzo 1995.

_____, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la

Federación. 2012.

_____, México, Porrúa-UNAM, 2004.

_____, México, Instituto Electoral del Estado de Jalisco, 2007.

V.- HEMEROGRAFÍA.

Revista *nexo*s, número 434, febrero de 2014.

LA HOMOLOGACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA E INTERINSTITUCIONAL EN EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. LA EXPERIENCIA MEXICANA.

ALFONSO T. MUÑOZ DE COTE

SUMARIO: *I. Poder Judicial de la Federación.- II. La Suprema Corte de Justicia de la Nación- III.- El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.- IV. El Consejo de la Judicatura.- V. Tribunales de Circuito: Juzgados de Distrito; Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito; Funcionarios Judiciales Auxiliares.- VI. La Homologación Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación: naturaleza jurídica.- VII. El acto jurídico y el acto de administración.- VIII. Actos de Administración de los órganos del Poder Judicial de la Federación: atribuciones legislativas, atribuciones administrativas, Comités de Ministros.- IX. Creación del Comité Coordinador para Homologar criterios en materia administrativa e interinstitucional: a) objeto, b) acuerdos relevantes, c) integración, d) Secretariado Técnico, e) Comité Interinstitucional de coordinación y modernización administrativa.*

PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN (MÉXICO)

El Poder Judicial tiene su origen, dentro de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 49, el cual contiene el principio de división de poderes; estos son, el Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo y el Judicial. Este último es ejercido, en ejercicio de la función materialmente jurisdiccional, por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el Tribunal Electoral, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito y los Juzgados de Distrito. La administración, vigilancia y disciplina del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, estarán a cargo del Consejo de la Judicatura Federal.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación de México es el Máximo Tribunal Constitucional del país y cabeza del Poder Judicial de la Federación. Tiene entre sus responsabilidades defender el orden establecido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; mantener el equilibrio entre los distintos Poderes y ámbitos de gobierno, a través de las resoluciones judiciales que emite; solucionar, con carácter de definitivo (última instancia), los asuntos que son de gran importancia para la sociedad. En virtud de esta alta encomienda, no existe en México autoridad por encima de ella o recurso legal alguno contra sus resoluciones.

Se encuentra integrada por once Ministros[1], de los cuales uno es el Presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y también

1 Artículo 94 CPEUM.

cabeza del Consejo de la Judicatura Federal. Sus miembros son elegidos por el Senado, de entre una terna que le propone el Presidente de la República, por un periodo de 15 años, sin derecho a reelección.[2]

Funciona en Pleno o en dos Salas, el Presidente de la Suprema Corte no integra sala y durará en su encargo cuatro años.[3]

TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN[4]

El Tribunal Electoral es el órgano jurisdiccional del Poder Judicial de la Federación especializado en materia electoral, con excepción de las acciones de inconstitucionalidad contra leyes electorales federales o locales (que corresponden conocer a la Suprema Corte); por ello, sus resoluciones tienen el carácter de definitivas e inatacables por recurso alguno.

Para el ejercicio de sus atribuciones, el Tribunal Electoral funciona en una Sala Superior (plenaria) y cinco Salas Regionales.

Los *Magistrados Electorales* que integran la Sala Superior y las Regionales son elegidos por el Senado, o en sus recesos por la Comisión Permanente, a propuesta de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Los que integran la Sala Superior duran en su cargo un periodo improrrogable de 9 años[5], mientras los que integran las Salas regionales duran en sus cargos 9 años improrrogables (salvo que sean promovidos

2 Artículo 96 CPEUM.
3 Párrafo cuarto del artículo 97 CPEUM.
4 Artículo 99 CPEUM.
5 Décimo primer párrafo del artículo 99 CPEUM.

a cargos superiores).[6]

La *Sala Superior* es permanente y está integrada por 7 magistrados electorales. Tiene su sede en el Distrito Federal. De estos 7 Magistrados, uno será elegido para ser Presidente Magistrado del TEPJF, por un periodo de cuatro años.

Las *Salas Regionales* son permanentes, y se integran por 3 magistrados electorales y sus sedes son las ciudades designadas como cabecera de cada una de las circunscripciones plurinominales en que se divide el país, actualmente: Distrito Federal, Guadalajara, Monterrey, Toluca y Xalapa.

De conformidad con la Constitución y las leyes aplicables, este Tribunal es competencia judicial competente para: resolver, en forma definitiva e inatacable, las impugnaciones sobre las elecciones federales y locales; formular la declaración de validez de la elección presidencial y del Presidente Electo; resolver, en forma definitiva e inatacable, los medios de impugnación previstos en la Ley General de Sistemas de Medios de Impugnación en Materia Electoral, entre otros.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL.

El Consejo de la Judicatura Federal es el órgano que tiene a su cargo la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial del Poder Judicial de la Federación, con excepción de la Suprema Corte y el Tribunal Electoral. Además, debe velar en todo momento por la autonomía de los órganos del Poder Judicial de la Federación y por la independencia e imparcialidad de sus miembros.

Está integrado por siete miembros: el Presidente de la Suprema Corte de Justicia, quien

6 Décimo tercer párrafo del artículo 99 CPEUM.

también lo será del Consejo; tres Consejeros designados por el Pleno de la Suprema Corte, de entre los Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito; dos Consejeros designados por el Senado, y uno por el Presidente de la República.

Todos los consejeros, salvo el presidente, duraran cinco años en su cargo, son substituidos de manera escalonada, y no pueden ser nombrados para un nuevo periodo. Los Consejeros no representan a quien los designa, por lo que deben ejercer su función con independencia e imparcialidad

El Consejo funciona en Pleno o en comisiones. El Pleno resuelve sobre la designación, adscripción, ratificación y remoción de magistrados y jueces, así como de los demás asuntos que la ley determina. Mientras que las comisiones se encargarán de la administración, de la carrera judicial, de la disciplina, de la creación de nuevos órganos y de adscripción.

Para realizar sus tareas, el Consejo de la Judicatura Federal cuenta con los siguientes órganos auxiliares:

El Instituto de la Judicatura Federal;

La Visitaduría Judicial;

La Contraloría del Poder Judicial de la Federación;

El Instituto Federal de Defensoría Pública, y

El Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

TRIBUNALES DE CIRCUITO

Estos tribunales federales, que de acuerdo al número de magistrados integrantes pueden ser *unitarios* o *colegiados*, están distribuidos en todo el territorio de la nación y asignadas a ciertas zonas

geográficas denominadas *circuitos judiciales*. Los magistrados de estos tribunales durarán en su encargo seis años y de entre ellos eligen un presidente. En la actualidad, existen 32 circuitos judiciales, que abarcan el territorio de uno o dos estados mexicanos.

TRIBUNALES UNITARIOS DE CIRCUITO

Se componen de un magistrado y del número de secretarios, actuarios y empleados que determina el presupuesto.

Es de competencia judicial de los Tribunales Unitarios de Circuito: los juicios de amparo promovidos contra actos de otros tribunales unitarios de circuito, que no constituyan sentencias definitivas; la apelación de los asuntos conocidos en primera instancia por los Juzgados de Distrito; el recurso procesal de denegada apelación; la calificación de los impedimentos, excusas y recusaciones de los Jueces de Distrito, excepto en los juicios de amparo; los conflictos de competencia entre los Jueces de Distrito sujetos a su jurisdicción, excepto en los juicios de amparo; y los demás asuntos que les encomienden las leyes.

TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO

Los Tribunales Colegiados de Circuito se componen de 3 magistrados, uno de los cuales es su presidente. Además cuentan con un secretario de acuerdos y del número de secretarios, actuarios y empleados se determina el presupuesto. Pueden estar especializados en una materia: (penal, administrativa, civil, mercantil o laboral); o conocer de todas ellas.

Es de competencia de los Tribunales Colegiados de Circuito: los juicios de amparo directo contra sentencias definitivas, laudos o contra resoluciones que pongan fin al juicio por violaciones cometidas en ellas o durante la secuela del procedimiento; los recursos que procedan contra los autos y resoluciones que pronuncien los Jueces de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito o el superior del tribunal responsable; el recurso de queja; el recurso de revisión contra las sentencias pronunciadas en la audiencia constitucional por los Jueces de Distrito, Tribunales Unitarios de Circuito o por el superior del tribunal responsable, y cuando se reclame un acuerdo de extradición dictado por el Poder Ejecutivo a petición de un gobierno extranjero, o cuando se trate de los casos en que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia haya ejercitado la facultad prevista en el sexto párrafo del artículo 94 de la Constitución Política; los recursos de revisión que las leyes contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo federales y del Distrito Federal; los conflictos de competencia que se susciten entre Tribunales Unitarios de Circuito o Jueces de Distrito de su jurisdicción en juicios de amparo; los impedimentos y excusas que en materia de amparo se susciten entre Jueces

de Distrito, y en cualquier materia entre los magistrados de los Tribunales de Circuito; los recursos de reclamación; y los demás asuntos que expresamente les encomiende la ley o los acuerdos generales emitidos por la Suprema Corte.

Para ser magistrado de un tribunal colegiado se requiere ser ciudadano por nacimiento en pleno ejercicio de sus derechos mayor de treinta y cinco años al día de su nombramiento gozar de buena reputación, no haber sido condenado por delitos intencionales, o con pena privativa de libertad mayor de un año, contar con título de licenciado en derecho y práctica profesional de cuando menos cinco años. Deben retirarse al cumplir los setenta y cinco años de edad. Los magistrados duran en su encargo seis años y si son ratificados o promovidos se convierten en inamovibles hasta que cumplan la edad citada anteriormente.

JUZGADOS DE DISTRITO

Los Juzgados de Distrito se componen de un juez y del número de secretarios, actuarios y empleados que determina el presupuesto. Son los tribunales de primera instancia del Poder Judicial de la Federación. Actúan como Jueces de primera instancia en Juicios Ordinarios Federales. (Competencia concurrente).

Pueden estar especializados en determinadas materias (penal, administrativa, civil y del trabajo) o conocer de todas ellas.

FUNCIONARIOS JUDICIALES AUXILIARES.

Con la finalidad de administrar justicia de forma eficiente y pronta, los Jueces, Magistrados

y Ministros son auxiliados por otros funcionarios del orden judicial. Estos son:

Secretarios de Estudio y Cuenta: son funcionarios auxiliares de los Ministros, encargados del estudio, análisis y propuesta de proyectos de resolución de la Suprema Corte.

Secretarios: son funcionarios auxiliares encargados de dar fe de las actuaciones, examinar las solicitudes de demandas y requerimientos, y presentar proyectos de resolución al juez o magistrado respectivo. Los secretarios de los Tribunales de Circuito y de los Juzgados de Distrito pueden desarrollar distintas tareas, tales como:

Secretario de Acuerdos.

Secretario Proyectista.

Secretario de Compilación de Tesis.

Actuarios: son funcionarios auxiliares, que revisten el carácter de ministro de fe pública, encargados de notificar a las partes, o terceros, de las resoluciones de los tribunales, en los procedimientos tramitados ante ellos.

LA HOMOLOGACIÓN EN MATERIA ADMINISTRATIVA E INTERINSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

Establecer la naturaleza jurídica del Comité Coordinador es una tarea que bien podría simplificarse y simplemente señalar que se trata de un órgano del Poder Judicial de la Federación de carácter administrativo encargado de *homologar*[7]

7 De conformidad con el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua, es contrastar el cumplimiento de determinadas especificaciones o características de un objeto o de una acción.

Dentro de las finalidades del Comité Coordinador es unificar y fortalecer los criterios administrativos del Poder Judicial de la Federación respetando su

criterios en los aspectos administrativos de mayor relevancia para los órganos del Poder Judicial de la Federación, y de coordinar la adecuada y oportuna *ejecución de las medidas*[8] adoptadas.

No obstante, por las particularidades del Comité Coordinador, consideramos que se debe realizar un estudio y poco más profundo para desentrañar sus elementos y estar en aptitud de poder explicar el comportamiento de la institución.

"La expresión "naturaleza jurídica" indica aquellos rasgos que son necesarios y suficientes para comprender la presencia de los demás y para explicar el comportamiento de la institución; su correlato lógico es la definición propiamente dicha. Se dirá, por ejemplo, que la naturaleza jurídica de la letra de cambio consiste en un mandato, una representación, un acto abstracto, etcétera. Las definiciones propiamente dichas tienden a ser

autonomía, ya que, de lo establecido en el artículo 68 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, la administración se fragmenta en tres partes, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y Consejo de la Judicatura Federal.

8 De acuerdo con el citado diccionario, ejecución es llevar a la práctica algo, en este sentido y en lo que se refiere a la función administrativa conviene destacar que Jorge Enrique Calafell, indica que la ejecución del acto administrativo, se funda en que la necesidad de que las atribuciones del Estado que la legislación positiva ordena, se realicen en forma administrativa no estén sujetas a dilación por la intervención de un tercero. Basándose en la presunción de legitimidad de las resoluciones dictadas por los órganos del Estado dentro de la esfera de su competencia, esta presunción tiene también como fundamento el que dichos órganos son en realidad instrumentos que sólo persiguen la satisfacción de un interés general.

De lo anterior se advierte, que si en las atribuciones de los comités se omitiera facultar a éstos para ejecutar sus propias decisiones y derechos que se reconocen en los acuerdos emitidos, no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna.

comprehensionales, ya que en ellas predomina el esfuerzo por determinar las notas esenciales del concepto respectivo, en tanto que las definiciones descriptivas (o descripciones) tienden a la extensionalidad, ya que allí predomina la intención de determinar el ámbito al cual es aplicable el concepto. Las definiciones son reemplazadas cada vez más, en las normas legales, por descripciones, porque se considera que aquéllas no son propias del lenguaje que debe emplear la fuente del derecho, sino peculiares de la ciencia dogmática. Por eso resulta difícil encontrar la fórmula "naturaleza jurídica" en la legislación contemporánea; no así en la dogmática, donde su empleo es frecuente y legítimo. Delimitado de esta manera el sentido de aquella fórmula, notemos que ella puede todavía, sin embargo, prestarse a equívocos derivados del empleo del término "jurídico". Para despejarlos, nada mejor que notar cómo lo jurídico de la "naturaleza de una institución" no se refiere, en la dogmática, a la conducta efectiva, sino a la conducta, en cuanto ella es contenido de la regulación efectuada por la fuente del derecho. La naturaleza jurídica de una institución no se refiere, pues, a la institución efectiva, sino a la construida por la regulación jurídica, abstrayendo ciertos rasgos a partir de aquélla."

En ese contexto, para llegar a una conclusión respecto a la naturaleza jurídica abordaremos un estudio que transitará desde la conceptualización del acto jurídico administrativo, las facultades administrativas de los órganos del Poder Judicial de la Federación y las atribuciones conferidas al Comité Coordinador.

EL ACTO JURÍDICO ADMINISTRATIVO Y EL ACTO DE ADMINISTRACIÓN.

A efecto de dar la noción conceptual del acto administrativo, corresponde en primer lugar, distinguir el punto de vista material y formal. Considerado el acto desde el punto de vista material, habrá que referirse al contenido del mismo, y por ello sería acto administrativo, en sentido material, toda manifestación de voluntad de un órgano del Estado, sea éste administrativo, legislativo o judicial, con tal que la substancia, el contenido del mismo, sea de carácter administrativo. Por ello puede considerarse acto administrativo en sentido material, el emanado de un órgano legislativo, como sería la aprobación de un presupuesto. En el mismo sentido pueden producir actos administrativos, desde el punto de vista material, las autoridades judiciales. En el sentido formal se caracteriza el acto administrativo teniendo en cuenta la naturaleza del órgano del que emana y, por lo tanto, serán actos administrativos los que emanen de un órgano administrativo en el cumplimiento de sus funciones.

Ahora bien, como el órgano administrativo puede dictar también actos con contenido legislativo y actos referentes a la actividad interna de la administración o a la de la administración consultiva, surge claramente que no es posible llegar a una noción conceptual del acto administrativo, considerándolo únicamente desde el punto de vista formal. Habrá, entonces, que distinguir el acto administrativo en sentido formal, que llamaremos en lo sucesivo acto de la administración, y el acto administrativo en sentido formal y material, que llamaremos acto administrativo propiamente dicho o puro. Por lo demás, el concepto de acto

de la administración es más amplio que el de acto administrativo.

En nuestra opinión, pueden considerarse actos de administración los reglamentos dictados por la autoridad administrativa, los actos que resulten de la actividad interna de la administración, los pareceres emitidos por los órganos consultivos y los hechos materiales de la administración que impliquen una manifestación tácita de voluntad.

El acto administrativo supone el ejercicio de una actividad concreta, se refiere a casos concretos; de ahí que todo acto que tenga carácter general o abstracto no será un acto administrativo, pero podrá ser un acto de la administración. Tampoco serán actos administrativos los que resulten de la actividad interna de la administración, ni aquellos emitidos por los órganos consultivos, que son aquellos actos que no producen efectos jurídicos hacia terceros y, en general, hacia los organismos de la administración. Ello es así, porque el órgano de la administración activa, en ocasiones puede oír el parecer de un órgano consultivo y en otras obligatoriamente debe requerirlo, pero siempre es responsable por su resolución, por lo que conserva la libertad de seguir o apartarse del informe emitido.

En este sentido, deben excluirse del concepto de acto administrativo aquellos actos que se realicen en el interior del ordenamiento administrativo y que son indiferentes al derecho. Una noción estricta y usual del acto administrativo comprende solamente los dictados para proveer a un caso concreto especial, es decir, emitidos en el ejercicio específico de funciones administrativas. Se considera también como formando parte de actos de la administración, ciertos hechos materiales de

la misma que implican una manifestación tácita de voluntad.

En concreto, pues, repetimos, serán actos de la administración los reglamentos emitidos por la misma que tienen contenido legislativo, vale decir, general y abstracto; los actos derivados de la actividad interna de la administración; los pareceres de los órganos consultivos y los hechos materiales de la administración que impliquen una manifestación tácita de voluntad.

Estudiados los actos de la administración, podemos llegar a la noción conceptual del acto administrativo puro, que lo será, como dijimos, desde el punto de vista material y formal. Podemos decir que el acto administrativo puro es una declaración concreta de voluntad de un órgano de la administración activa en el ejercicio de su potestad administrativa.

El órgano administrativo debe obrar en ejercicio de una potestad administrativa que es pública, dando lugar su ejercicio al nacimiento de actos de derecho público. Quedan por ello excluidos del campo de los actos administrativos, aquellos que resulten de la actividad privada de la administración.

Por su parte Gabino Fraga, dentro de la clasificación de los actos administrativos señala que desde el punto de vista del radio de acción de los actos administrativos, éstos se pueden clasificar en actos internos y actos externos, según que sólo produzcan sus efectos en el seno de la organización administrativa o trasciendan fuera de ella.

Ese último grupo de los actos internos comprende toda una serie de actos, unos de naturaleza jurídica y otros de naturaleza material aunque conformes a las reglas de derecho, que

constituyen la vida interna de la administración. Comprenden medidas de orden y disciplina para el funcionamiento de las unidades burocráticas, tales como el señalamiento de las labores que a cada empleado corresponden dentro de una oficina, de la conducta que los mismos empleados deben observar, la fijación de horas en que informar a los superiores, la fijación de sistemas de contabilidad para oficinas con manejo de fondos, etc. Igualmente abarcan las reglamentaciones para los procedimientos o trámites que deben observarse en el despacho de los asuntos, imponiendo la necesidad de estudios previos, de consulta a los departamentos legales, médicos y, en general, a los departamentos técnicos, etc.; pero debe tenerse bien presente que esos actos de procedimiento sólo tienen el carácter de actos internos, cuando ellos no estén establecidos como una garantía para los particulares, sino solamente estén prescritos en interés del buen orden administrativo.

Finalmente deben considerarse como actos internos todas las circulares, instrucciones y disposiciones en las que las autoridades superiores ilustran a las inferiores en la aplicación de la ley, en su interpretación o en el uso de las facultades discrecionales que la misma ley otorga, siempre que tales circulares, instrucciones y disposiciones no agreguen nada nuevo al orden jurídico establecido por las leyes y reglamentos generales y siempre, por lo tanto, que no confieran ni lesionen algún derecho. Entre estos actos pueden considerarse los Manuales de Organización y Procedimientos.

Dentro de la categoría de actos externos quedan comprendidos los actos administrativos por medio de los cuales se realizan las actividades fundamentales del Estado, o sean las de prestar los servicios que son a su cargo, las tendientes

a su mantenimiento y conservación del orden público, las de ordenar y controlar la acción de los particulares y las de gestión directa.

En abono a lo anterior, es dable citar al Ministro José Ramón Cossio Díaz[9][10] quien, siguiendo a Hans Kelsen; expone que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, además de la atribución formal (jurisdiccional), también tiene atribuciones materiales (legislativas y administrativas). Huelga señalar que la conclusión a la que llega el Ministro aplica perfectamente para el caso del Consejo de la Judicatura Federal y del Tribunal Electoral.

> "Tradicionalmente se ha realizado una identificación excluyente entre órganos jurisdiccionales y atribuciones jurisdiccionales, de manera que pareciera no existir la posibilidad de que estos órganos llevaran a cabo ningún otro tipo de funciones jurídicas. Este criterio reduccionista debe ser excluido, toda vez, que para nosotros, los órganos jurisdiccionales también llevan a cabo funciones administrativas o legislativas. Sin embargo, utilizaremos la expresión "no jurisdiccionales" para destacar competencias que, si puede decirse así, no son específicas de los órganos no jurisdiccionales".[11]

9 COSSIO, Díaz José Ramón, Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003-2018.

10 COSSIO, Díaz José Ramón, "Atribuciones Legislativas del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", varios, ESTUDIOS JURÍDICOS EN TORNO A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917, EN SU SEPTUAGÉSIMO QUINTO ANIVERSARIO, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, págs. 311 y ss.

http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/956/15.pdf 30 de junio de 2011.

11 FIX- ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, Díaz, José Ramón, *El Poder Judicial en el Ordenamiento Mexicano,* cuarta reimpresión 2004, Fondo de Cultura Económica, México D. F., 1996, pág. 173.

Al respecto, FIX- ZAMUDIO y COSSIO Díaz[12] comentan que los actos *"no jurisdiccionales"* pueden dividirse partiendo de dos criterios:

a) Administrativo; como acto administrativo a todo acto de individualización de normas jurídicas en el cual se determine o establezca un acto coactivo;

b) Legislativo; por atribución legislativa a toda competencia mediante la cual su órgano sea susceptible de establecer normas de carácter general.

En este sentido, refiere Cossio Díaz: *"siendo los órdenes jurídicos dinámicos, los mismos se caracterizan por constituirse a través de sucesivos actos de creación/aplicación, actos que han de ser establecidos por los órganos estatales[13]"*, esta dinámica es para dar funcionalidad a los órganos estatales, y por consiguiente es factible aceptar esta dualidad de funciones (formales y materiales), es decir, no por el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea un órgano del Estado y su atribución principal sea jurisdiccional[14], carece de facultades para reglamentarse a nivel interno, es decir que delimiten y organicen sus atribuciones; concluyendo el Ministro que "*debe considerarse que sus disposiciones habrán de tener por su contenido la precisión de los órganos, y la complementación y distribución de las competencias apuntadas en la propia Ley Orgánica"*[15]

12 *Ibidem,* pág., 174.

13 *Op Cit.,* COSSIO, Díaz José Ramón, pág. 313.

14 Cossio Díaz siguiendo a Hans Kelsen, explica que la denominación del órgano estatal, obedece a factores históricos y posiblemente sea porque de algún modo es la actividad que con mayor frecuencia realiza. (*poder judicial,* por tanto, *función jurisdiccional*)

15 *Op Cit.,* COSSIO, Díaz José Ramón, pág. 318.

VIII. ACTOS DE ADMINISTRACIÓN DE LOS ÓRGANOS DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

De conformidad con el artículo 94 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el ejercicio del Poder Judicial de la Federación se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en un Tribunal Electoral, en Tribunales Colegiados y en Juzgados de Distrito; con excepción de la Suprema Corte de Justicia, la administración, vigilancia y disciplina de los otros órganos del Poder Judicial de la Federación, está a cargo del Consejo de la Judicatura Federal, conforme a las bases señaladas en la propia Constitución y en las leyes, principalmente la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

Es necesario precisar que en el caso del Tribunal Electoral, el párrafo décimo del artículo 99 de la Constitución, precisa que su administración, vigilancia y disciplina corresponden a una Comisión del Consejo de la Judicatura Federal; sin embargo, existen diferencias sustanciales entre la administración que ejerce el Consejo de la Judicatura Federal respecto a los Tribunales Colegiados y Juzgados de Distrito, y la correspondiente al Tribunal Electoral, por ese motivo, se aborda el análisis de la administración del Tribunal de forma independiente, en consecuencia al referirnos a los órganos que administran el Poder Judicial de la Federación, deberemos entender que son: la Suprema Corte de Justicia, el Consejo de la Judicatura Federal y el Tribunal Electoral.

En ese tenor, dichos órganos, cuentan con determinadas atribuciones materialmente

legislativas y administrativas que complementan el ejercicio de su principal función, la jurisdiccional, para precisar lo afirmado, en el siguiente cuadro se indican los fundamentos constituciones y legales que prevén dichas atribuciones:

Órgano.	Disposiciones normativas que prevén atribuciones legislativas y administrativas.
Suprema Corte de Justicia.	Artículos 94, párrafos segundo y octavo; 97, párrafos tercero y cuarto, y 98 de la Constitución, y 10, 11 y 14 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
Consejo de la Judicatura Federal.	Artículos 94, párrafos segundo, sexto y séptimo; 97, párrafo primero, y 100 de la Constitución, y 68, 81, 82 y 85 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.
Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.	Artículo 99, párrafo décimo de la Constitución y 186, 189, 191, 205 y 209 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación.

En este sentido, refiere Cossio Díaz: *"siendo los órdenes jurídicos dinámicos, los mismos se caracterizan por constituirse a través de sucesivos actos de creación/aplicación, actos que han de ser establecidos por los órganos estatales*[16]*"*, esta dinámica es para dar funcionalidad a los órganos estatales, y por consiguiente es factible aceptar esta dualidad de funciones (formales y materiales), es decir, no por el hecho de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sea un órgano del Estado y su atribución principal sea jurisdiccional[17], carece de

16 *Op Cit.,* COSSIO, Díaz José Ramón*,* pág. 313.

17 Cossio Díaz siguiendo a Hans Kelsen, explica que la

facultades para reglamentarse a nivel interno, es decir que delimiten y organicen sus atribuciones; concluyendo el Ministro que "*debe considerarse que sus disposiciones habrán de tener por su contenido la precisión de los órganos, y la complementación y distribución de las competencias apuntadas en la propia Ley Orgánica"*[18]

A. ATRIBUCIONES LEGISLATIVAS[19].

Siguiendo la conceptualización propuesta por FIX- ZAMUDIO y COSSIO Díaz, a continuación se presenta las atribuciones legislativas de la Suprema Corte de Justicia, del Consejo de la Judicatura Federal y del Tribunal Electoral, divididas en cinco categorías.

Primera categoría: Atribuciones reglamentarias. La Suprema Corte de Justicia cuenta con facultades para expedir los reglamentos interiores de la propia Suprema Corte; la denominación "reglamento interior" designa a un contenido normativo específico y no a un proceso especial de creación normativa. (Artículo 14, fracciones I, XIV XXI de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

De igual forma, el artículo 81, fracción II de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, otorga al Consejo de la Judicatura Federal la atribución para expedir los reglamentos interiores en materia administrativa, de carrera judicial, de escalafón y régimen disciplinario del Poder Judicial

denominación del órgano estatal, obedece a factores históricos y posiblemente sea porque de algún modo es la actividad que con mayor frecuencia realiza. (*poder judicial,* por tanto, *función jurisdiccional*)

18 *Op Cit.,* COSSIO, Díaz José Ramón, pág. 318.

19 *Op. Cit.* FIX- ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, Díaz, José Ramón, pág 174-177.

de la Federación.

En el caso del Tribunal Electoral, el artículo 209, fracción I, de la ley citada, precisa que la Comisión de Administración tendrá la atribución de elaborar el proyecto de Reglamento Interno del Tribunal y someterlo a la aprobación de la Sala Superior, la cual está facultada por el artículo 189, fracción X de dicha ley para aprobar el Reglamento Interno y dictar los acuerdos generales en las materias de su competencia.

Segunda categoría: Establecer o delimitar las competencias de las salas, de la Comisión (del comité) de Gobierno y Administración. Al fijarse las competencias en normas de carácter general se regula de manera abstracta el conjunto de hechos que son subsumibles en ellas; esa regulación se realiza también mediante el ejercicio de atribuciones legislativas.

Otro caso de esta segunda categoría se refiere a la delimitación de ciertas competencias de las salas. Confieren al Pleno atribuciones para remitir a las salas, mediante disposiciones generales, aquellos asuntos en los que considere que no se requiere su intervención. Nos parece que desde el momento que el Pleno fija la competencia material de las salas, ejercita una atribución de carácter legislativo. (Artículo 11, fracciones III, IV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Tercera categoría: Consideramos que el Pleno ejercía atribuciones legislativas cuando dicta las disposiciones por las que se establecen los órganos y sistemas para identificar, investigar y determinar las responsabilidades de los miembros del Poder Judicial. (Artículo 11, fracciones XIII, XIV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Cuarta categoría: Pleno formulará anualmente "el proyecto de presupuesto de egresos del Poder

Judicial de la Federación con vista al anteproyecto que propondrá de la Comisión de Gobierno y Administración de la Suprema Corte, atendiendo a las prevenciones del ingreso y del gasto público federal". (Artículos 11, fracción XVI y 14, fracción XV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Quinta categoría: Es la relativa a la jurisprudencia. En efecto, consideramos que las normas de carácter jurisprudencial son generales y que las atribuciones para establecerlas sólo pueden ser vistas como legislativas.

La jurisprudencia constituida obliga de manera general a una serie de órganos jurisdiccionales que no participaron en el litigio. (Artículo 11, fracciones VI, XIX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

ATRIBUCIONES ADMINISTRATIVAS[20].

Las atribuciones administrativas del Pleno de la Suprema Corte son muy numerosas, si bien, nos parece que pueden dividirse atendiendo a los criterios que exponemos a continuación.

Primer supuesto: El pleno de la Suprema Corte puede establecer órganos jurisdiccionales (Artículos 11, fracción XIV, 14 fracción XII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Segundo supuesto: El Pleno de la Suprema Corte puede también designar a los titulares de distintos órganos del Poder Judicial de la Federación, destacando entre ellos al presidente de la Suprema Corte de Justicia, a los ministros miembros de la Comisión (del comité) de Gobierno y Administración y a los miembros de las comisiones (de los comités) que sean necesarias. (Artículos 11,

20 *Ibídem*, pág 177-179.

fracción I, XI, 14 fracciones XVII, XVIII de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Tercer supuesto: El pleno de la Suprema Corte tiene también atribuciones en lo concerniente a licencias, retiros y sustituciones, en lo que hacen a los ministros. (Artículo 11, fracciones II, 14, fracción IX de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Cuarto supuesto: El Pleno cuenta también con atribuciones para garantizar que "la administración de justicia sea expedita pronta y cumplida en los tribunales de la Federación". (si bien esta atribución no esta explícitamente enunciada en el catalogo de atribuciones de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, ésta se puede inferir de cada atribución como el artículo 11, fracción VI, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

Quinto supuesto: Es el supuesto relativo a las atribuciones administrativas del Pleno de la Suprema Corte y se refiere a la distribución de los asuntos entre los juzgados y los tribunales. (Artículo 10, fracción XI, 11, fracción XV de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación).

De acuerdo a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en conjunto con el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y el Consejo de la Judicatura Federal, en ejercicio de sus atribuciones es posible inferir que dicho órganos del Poder Judicial puede expedir su reglamentación interna y además crear organismos interinstitucionales que faciliten su administración, como lo es, el *Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación.*

C. COMITÉS DE MINISTROS.

Los Comités de Ministros encuentran su fundamento en la fracción XI del Artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, así como en el capítulo Primero del Titulo Cuarto del Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Dichos Comités fungen como órganos de apoyo a la función administrativa encomendada al Tribunal Pleno y al Ministro Presidente de este Alto Tribunal; y cada uno tiene sus atribuciones específicas[21].

Comité de Gobierno y Administración[22].

En todo estudio del Poder Judicial de la Federación es necesario referirse al Comité de Gobierno y Administración, toda vez que éste es el órgano en el cual descansa buena parte de la labor administrativa.

Normalmente, el comité de Gobierno y Administración se reúne una vez por semana y a ella asisten los funcionarios superiores administrativos del Poder Judicial de la Federación. La orden del día se desarrolla a partir de las propuestas de los ministros integrantes del Comité y de aquellas que formulen los propios funcionarios. Al presidente le corresponde dirigir los debates, guardar el orden en las sesiones y recoger la votación. Los asuntos se someten a los tres integrantes del Comité, tomándose las decisiones por mayoría de votos.

21 Secretaria de seguimiento de comités de Ministros. http://www.scjn.gob.mx/2010/transparencia/Documents/Presidencia%20-%20%20Seguim%20Comites.pdf

01 de julio de 2011.

22 *Op. Cit.* FIX- ZAMUDIO, Héctor y COSSIO, Díaz, José Ramón, pág 187.

Dentro de las atribuciones[23] más importantes del Comité de Gobierno y Administración se encuentran:

Resolver los asuntos estratégicos y de alta dirección, de carácter prioritario, que por su trascendencia, magnitud o complejidad le sean presentados en materia de recursos humanos, materiales o tecnológicos, financieros y presupuestales, así como de contratación de adquisiciones, servicios, obras y desincorporaciones.

Establecer las directrices para los procesos de planeación, programación, presupuestación, control y evaluación del gasto y su ejercicio.

Autorizar en definitiva los Programas Anuales de Trabajo de los órganos de la estructura administrativa de la Suprema Corte, así como los proyectos específicos que de éstos se deriven, previo visto bueno, en su caso de los Comités de Ministros especializados en la materia de que se trate.

Validar el anteproyecto de presupuesto de egresos de la Suprema Corte, previamente a su presentación al Pleno.

Aprobar Acuerdos Generales en materia de Administración.

Aprobar las políticas de racionalidad, austeridad y disciplina presupuestal; en materia de adquisiciones y contratación de bienes y servicios restringidos, de inversión y obras nuevas, y en materia de tecnologías de información y comunicación.

Interpretar las disposiciones del presente acuerdo.

---

23 Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, Tomo XXXIII, Novena Época, Marzo de 2011, *Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, págs. 2570 y 2571

Evolución de los Comités de Ministros.

El veinte de enero de dos mil tres mediante Acuerdo del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 2/2003[24], se crean los Comités de Ministros[25] siendo los Comités De Gobierno y Administración, Comunicación Social y Difusión, Acuerdos y Reglamentos, Relaciones Públicas Nacionales e Internacionales, Programación y Agilización de Asuntos, Publicaciones y Promoción Educativa, Desarrollo Humano, Salud y Acción Social y Archivo, Biblioteca e Informática.

Posteriormente en la reforma al Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación el 31 de agosto de 2009, se modifican los comités para quedar los siguientes: Gobierno y Administración; Reglamentos, Acuerdos y Programación de Asuntos; Archivo, Biblioteca e Informática; Desarrollo Humano, Salud, Acción Social y Promoción Educativa y; Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales.

Finalmente el 25 de marzo de 2011, mediante Acuerdo del Comité de Gobierno y Administración[26] de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se

24 Acuerdo del Pleno.

http://www.scjn.gob.mx/2010/pleno/SecretariaGeneralDeAcuerdos/NormativaexpedidaporelPleno/Documents/Acuerdos%20Generales%20Jurisdiccionales%20Abrogados/Acuerdo022003.pdf

01 de julio de 2011.

25 Para la integración de los Comités de Ministros, el Reglamento Interior de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el artículo 107 determina: "… estarán integrados por el propio Presidente y dos Ministros, preferentemente uno por cada Sala, quienes serán designados por el Pleno, por un periodo de dos años, previa consulta a sus integrantes.

26 *Op Cit.* Semanario Judicial de la Federación, págs. 2563 a 2617.

modifican los comités para quedar los siguientes: Gobierno y Administración; Desarrollo Humano, Salud, Acción Social y Promoción Educativa; Publicaciones, Comunicación Social, Difusión y Relaciones Institucionales y Archivo, Biblioteca, sin embargo, el único comité conformado es el Comité de Gobierno y Administración, mismo que se encuentra integrado por el Ministro Presidente Juan N. Silva Meza, el Ministro Luis María Aguilar Morales, y el Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL

IX. CREACIÓN DEL COMITÉ COORDINADOR PARA HOMOLOGAR CRITERIOS EN MATERIA ADMINISTRATIVA E INTERINSTITUCIONAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.

El 24 de enero de 2008, se emitió el Acuerdo General Conjunto número 1/2008, del Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Comisión de Administración del Consejo de la Judicatura Federal y de la Comisión de Administración del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, por el cual se crea el Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación.

A. OBJETO DEL COMITÉ COORDINADOR.

Es establecer los lineamientos para la unificación de criterios en materia de administración de recursos

asignados al Poder Judicial de la Federación, a través de la emisión de Acuerdos Generales de observancia en los órganos de dicho Poder y con el apoyo operativo del Comité Interinstitucional de Coordinación y Modernización Administrativa del Poder Judicial de la Federación.

1. Sus atribuciones van encaminadas a profundizar en la unificación de criterios en materias tales como:

Imagen institucional percepciones y capacitación de los servidores públicos de Poder Judicial de la Federación.

Procedimientos para la contratación de pólizas de seguros y de otros bienes o servicios.

Mejores prácticas en materia de transparencia.

Acciones a la información pública gubernamental y protección de datos personales.

Sistemas de viáticos y de seguridad.

Así como en todos aquellos que resulten relevantes para el mejor funcionamiento del Poder Judicial de la Federación sin menoscabo de que funcione en su apoyo un Comité Interinstitucional análogo al referido en el considerando anterior.

B. ACUERDOS RELEVANTES.

Acuerdo General del Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación por el que se establecen las medidas de carácter general de racionalidad y disciplina presupuestal para el ejercicio fiscal dos mil once. Este acuerdo tiene como propósito obtener las mejores condiciones de calidad, oportunidad y precio, los Órganos del Poder Judicial promoverán de manera consolidada la contratación y adquisición de bines y servicios; teniendo sustento en los principios de

economía, eficiencia, imparcialidad y honradez previstos en el artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para el ejercicio de recursos públicos.

Acuerdo por el que se autoriza la publicación en el Diario Oficial de la Federación del Manual que Regula las Remuneraciones para los Servidores Públicos del Poder Judicial de la Federación para el ejercicio fiscal dos mil once. Este acuerdo se adoptó con la finalidad de establecer las normas y lineamientos que se deban observar para la asignación de las percepciones, prestaciones, y demás beneficios que se cubren a los servidores públicos a cargo del Poder Judicial de la Federación, conforme a su nivel jerárquico.

Acuerdo General Conjunto emitido por el Comité Coordinador para Homologar Criterios en Materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación, que regula el Proceso Contable de dichos órganos. Este acuerdo tiene por objetivo según se señala en el mismo que, los órganos del Poder Judicial de la Federación, a través de sus correspondientes Unidades Administrativas, darán cumplimiento a lo previsto en la Ley, a través de la observación de postulados básicos de contabilidad gubernamental y demás disposiciones que en su caso emita el Consejo Nacional, para facilitar el registro, transparencia, la rendición de cuentas y la fiscalización de los activos, pasivos, ingresos y gastos y, en general, contribuir a medir la eficiencia, economía y eficacia del gasto e ingresos de los órganos del Poder Judicial de la Federación, incluyendo las obligaciones contingentes y el patrimonio.

C. INTEGRACIÓN.

El Comité Coordinador está integrado por tres Ministros[27] que conforman el Comité de Gobierno y Administración de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; los tres Consejeros[28] integrantes de la Comisión de Administración del Consejo de la Judicatura Federal; los dos Magistrados[29] de la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y los tres Consejeros[30] que en conjunto integran la Comisión de Administración de dicho Tribunal.

D. SECRETARIADO TÉCNICO DEL COMITÉ COORDINADOR.

El oficial Mayor de la Suprema Corte de Justicia de la Nación[31], la Secretaria General de la Presidencia del Consejo de la Judicatura Federal[32] y el Secretario Administrativo del Tribunal Electoral del Poder Judicial[33] de la Federación, componen el Secretariado Técnico del Comité Coordinador.

1. Funciones.

Está a cargo del seguimiento de los acuerdos y la integración de grupos de trabajo compuestos

27 Sus integrantes son: Ministro Presidente Juan N. Silva Meza, Ministro Luis María Aguilar Morales, y Ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea.

28 Sus integrantes son: Consejero Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández, Consejero César Esquinca Muñoa y Consejero Juan Carlos Cruz Razo.

29 Sus integrantes son: Magistrada Presidenta María del Carmen Alanis Figueroa y Magistrado Constancio Carrasco Daza

30 Sus integrantes son: Consejero Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández, Consejero Jorge Efraín Moreno Collado y Consejero César Esquinca Muñoa.

31 Oficial Rodolfo Héctor Lara Ponte.

32 Secretario Luis Fernando Angulo Jacobo.

33 Secretario Gustavo Everardo Varela Ruiz.

por servidores públicos de las tres instituciones, cuya función es realizar análisis, estudio o propuestas que se les encomienden.

E. COMITÉ INTERINSTITUCIONAL DE COORDINACIÓN Y MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN Y SUS ATRIBUCIONES.

Como resultado de la creación del Comité Coordinador y con el fin de coadyuvar al logro de sus objetivos, en el Acuerdo General Conjunto número 1/2008, se determinaron las atribuciones del Comité Interinstitucional de Coordinación y Modernización Administrativa del Poder Judicial de la Federación y se plasmaron en las nuevas Reglas de Operación que le corresponden, aprobadas por el Comité Coordinador, entre las que destacan:

Supervisar la relación y entrega oportuna de los análisis o estudios que le sean solicitados.

Tratar los puntos en materia administrativa que se le encomienden;

Vigilar el cumplimiento de los acuerdos aprobados, y demás que le solicite el Comité Coordinador.

Informar periódicamente de las acciones realizadas, así como de los resultados obtenidos.

1. FACULTADES.

El Comité Coordinador para Homologar Criterios en materia Administrativa e Interinstitucional del Poder Judicial de la Federación, las cuenta con las facultades normativas y de coordinación, las cuales son de obligatorias para los órganos que

intervienen para su creación:

a. Normativas:

Expedir Acuerdos Generales de observancia en los órganos del Poder Judicial de la Federación; así como los relativos a sus reglas de operación y a las del Comité Interinstitucional de Coordinación y Modernización Administrativa.

Establecer los lineamientos generales de transparencia para la emisión de información de los órganos del Poder Judicial de la Federación tanto a entidades gubernamentales como al público en general.

De Coordinación.

Promover medidas de cooperación entre los órganos del Poder Judicial de la Federación.

Solicitar análisis o estudios dios a las áreas de los tres órganos del Poder Judicial de la Federación, que contribuyan a tomar las mejores decisiones en los asuntos o materias de su competencia.

Determinar la integración de grupos de trabajo en materia de Recursos Humanos, Materiales, Financieros, Informáticos, y de Comunicaciones, así como de los que estime necesarios para el ejercicio de sus atribuciones.

G. TOMA DE DECISIONES.

Las decisiones del Comité Coordinador serán tomadas por unanimidad o mayoría de votos[34]. Para tales efectos se considerará un voto por cada uno de los órganos.

34 Para que exista mayoría se requieren **cuatro votos**, porque para sesionar validamente se requiere la presencia de seis miembros que integran el Comité Coordinador.

H. SESIONES.

El Comité Coordinador sesionara válidamente con la presencia de la mayoría de lo integrantes de cada uno de los órganos del Poder Judicial de la Federación que lo integran[35].

I. TIPO DE SESIONES.

Las sesiones ordinarias tendrán lugar cada tres meses.

Las extraordinarias cuando se estime necesario, a petición de cualquiera de sus integrantes.

De cada sesión se levantará acta circunstanciada, en la que se harán constar los acuerdos tomados, misma que será suscrita conjuntamente por los integrantes del Comité Coordinador, en unión del Secretario Técnico.

Los Acuerdos Generales que emita el Comité serán identificados señalando el año, guión, y número consecutivo del acuerdo, todos en numerales arábigos.

El seguimiento de los acuerdos del Comité Coordinador, corresponde al Secretario Técnico del Comité y a los Secretarios Técnicos Adjuntos; quienes, para dar oportuno cumplimiento a los mismos, integrarán grupos de trabajo compuestos por servidores públicos de las tres instituciones, cuya función principal será, en el ámbito de su

35 Para que exista quórum se requiere la presencia de dos Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación; un Magistrado Electoral y dos integrantes del Consejo de Administración del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y finalmente dos de los Consejeros del Consejo de la Judicatura Federal; sin embargo es necesario aclarar que actualmente los consejeros Daniel Francisco Cabeza de Vaca Hernández y César Esquinca Muñoa ocupan dos cargos dentro del mismo Comité Coordinador, de acuerdo a lo señalado en las citas 7 y 9.

competencia, apoyar al Comité Coordinador mediante la realización de los análisis, estudios o propuestas que se les encomienden.

"EL EJERCICIO AUTONÓMICO DE LAS COMPETENCIAS ELECTORALES DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REFORMA POLÍTICA QUE SE AVECINA".

ALBERTO A. ELGASSI.

En atención al tiempo que nos ha sido otorgado, sólo me referiré muy puntualmente a la problemática y desafíos más significativos que entiendo yo hoy en día se nos representan en la Ciudad Autónoma de Buenos en materia electoral, partidos políticos y democracia participativa; pues sus fundamentos y estructura basal ya han sido abordados por el suscripto en la revista especializada ya referenciada. En consecuencia, sólo me referiré a ella en la medida que sea conducente y fecunda para arribar a la premisa de trabajo aquí planteada[1].

A) BLOQUE JURIDICIDAD:

La República Argentina adoptó el sistema republicano, representativo y federal de Gobierno en el cual las provincias desde tiempos fundacionales han reservado para sí sus competencias en derecho público, entre ellas las concernientes al derecho electoral, partidos políticos y democracia participativa (arts. 5, 122 y CC, CN). La Ciudad Estado de Buenos Aires, no es

1 "La Democracia Participativa en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", Revista Sufragio publicación semestral dic.`10 – may `11 – 3º época . Núm. 6, pàg. 179 y "Algunas precisiones sobre autonomías de los Gobiernos locales en materia electoral, Partidos Políticos y Democracia Participativa", Revista Sufragio publicación semestral Jun – Nov´13. 3º Época . Núm. 11, pág. 125) www.triejal.gob.mx.

la excepción y la ejerce también, aunque debido a su génesis sobreviniente, lo hace de acuerdo a las competencias que les fueran atribuidas al momento de su creación. Por tanto, su bloque de juridicidad se integra por la Constitución Nacional que le atribuyó autonomía con facultades de legislación y jurisdicción propias (cf. art. 129, ídem *y art. 4, ley nº 24.588*), condicionada de manera suspensiva por las normas federales que garantizan los intereses de la Nación en el distrito mientras sea Capital Federal de la República (CSJN, G.292.XXXIII, del 29/03/1997); la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires; sus normas reglamentarias; las leyes nacionales vigentes al momento de la autonomía que se aplican como propias a través de un reenvío formal no recepticio en tanto resulten compatibles con sus principios Constitucionales (por ejemplo el Código Electoral y la Ley Orgánica de Partidos Políticos) y la actividad pretoriana y reglamentaria del Tribunal Superior de Justicia con competencia electoral en instancia originaria.

B) HIPOTESIS DE TRABAJO:

Delineado a muy grueso modo el bloque de juridicidad en la materia procederá a exponer la premisa que constituirá las hipótesis de presente trabajo, a saber:

Más allá que el Sistema Federal Argentino mantiene y consagra, según sea el caso, las autonomías locales en materia electoral y de partidos políticos, el diseño institucional que adopten cada una de ellas no será neutro pues condicionará o blindará en mayor o menor medida el ejercicio de aquellas.

Para ser gráficos y polarizando extremos, no será lo mismo un Estado provincial que adhiera

a las normas federales de manera directa y que siempre realice elecciones en simultaneidad con la Nación, con otro que cuente con una regulación propia –sustantiva y adjetiva- y que elija a sus autoridades con cronograma electoral y calendario diferenciado (de manera "desdoblada").

Sea cual fuese el escenario (extremo o intermedio en sus diversos grados en que se puede representar) existirán necesariamente vínculos institucionales en el ejercicio propio de sus competencias más o menos intensos, dinámicos y porosos dentro del estado multinivel (Nación Provincia, Municipios y Comunas) y en los diversos órganos del estado (departamentos ejecutivo, legislativo y judicial).

Los procesos sólo serán virtuosos en la medida que, por un lado, aseguren y afiancen las competencias autonómicas en la materia y, por el otro, posibiliten un desarrollo progresivo de los procesos electorales y los derechos políticos de la ciudadanía a partir de las voluntades y experiencias (propias y concurrentes) de los protagonistas.

C) El DISEÑO INSTITUCIONAL ADOPTADO POR LA CABA:

A partir del año 2000 ha sido una constante muy sensata celebrar los procesos electorales del distrito de manera simultánea con la Nación cuando se tratan de elecciones intermedias y de manera desdoblada para elegir a su Jefe de Gobierno (cf. ley nº 875).

Sin perjuicio de lo cual deben tener presente que aún en el caso de simultaneidad de elecciones, siempre el reconocimiento de alianzas, oficialización de candidatos, la regulación de

los derechos políticos de sus ciudadanos o extranjeros, la organización del proceso electoral de estos últimos, la integración del padrón del distrito y proclamación de candidatos locales, es competencia excluyentemente local; quedando a cargo de las institucionales federales la organización del comicio de los electores nacionales tanto en territorio argentino como en el extranjero.

Mientras que si son desdobladas la organización integral de las elecciones estaduales quedan a cargo de la autoridad local, con la valiosa colaboración de la experimentada Justicia Nacional Electoral (Cámara Nacional Electoral y del Juzgado Federal electoral del distrito), por ejemplo a los fines de capacitar las autoridades de mesa, afectar los locales comiciales, aportar sus desarrollos tecnológicos y la información que surge de los registros públicos que obran en su poder (vg: registro y sub registros de electores nacionales, inhabilitados, residentes en el exterior, afiliados a partidos políticos, etc), entre otras.

D) Repasemos entonces algunos de esos vínculos multinivel significativos que se nos han representado independientemente se trate de una elección simultánea o desdoblada:

NACION – PROVINCIAS

Por ejemplo la Nación impacta en las competencias locales electorales:

- cuando modifica la mayoría de edad regulada por el Código Civil. En la Ciudad replicó de manera directa en el elector pasivo pues la

CCABA establece tal condición para ser elegido legislador. No así para ser elector activo pues nuestro Código Electoral preveía, antes del dictado de la ley local nº 4515, el voto a partir de los 18 años. Hasta la consagración del voto joven en el distrito el impacto federal de dicho reconocimiento fue netamente político.

- al regular las condiciones para adquirir la ciudadanía argentina (ley nº 346 y sus modificatorias). En la Ciudad se aplicó de manera directa pues posibilitó que el tribunal electoral local le reconozca el derecho político a candidatearse para Jefa de Gobierno a una ciudadana argentina "naturalizada" que, de acuerdo al derecho público local, le estaba vedado. En efecto, el art. 97, CCABA sólo admite la postulación para el cargo a los argentinos "nativos o por opción". Memoro que a la fecha de postulación de la candidata ejercía el cargo de Senadora nacional (cf. TSJ: *in re*: "Alianza coalición Cívica s/ oficialización de candidatos", resolución del 2 de junio de 2011).

- al tipificar los delitos electorales.

- al determinar los documentos habilitantes y el formato para emitir el sufragio. En efecto, la Reforma Política federal adoptó el denominado "DNI tarjeta" en lugar del "DNI libreta" lo cual, a su vez, también proyectó consecuencias a los fines de acreditar, por ejemplo, la residencia de los candidatos en el distrito si no son nacidos y a la hora de acreditar la emisión del voto a través de un troquel.

- a través de la jurisprudencia nacional. Por ejemplo el reconocimiento formulado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación que influyó positivamente en el distrito, a fin de reconocer a través de su Tribunal electoral el voto de los ciudadanos procesados –no condenados- que se

encuentran privados de libertad.

- al ejercer su competencia federal como autoridad de aplicación con respecto: i) a los partidos políticos con reconocimiento jurídico político en el orden nacional. Hasta el día de hoy no se ha reconocido personería jurídica política a partidos políticos excluyentemente locales o comunales); y ii) al registro de electores nacionales y sub registros de inhabilitados, procesados, ciudadanos residentes fuera del país y afiliados a los partidos políticos.

CIUDAD

Por su parte, la Ciudad ha innovado cuando:

-adoptó la urna cartón.

-designó "delegados judiciales" en todos los establecimiento de votación a los fines de conferir eficacia y optimizar las performance electorales.

-posibilitó la observación electoral a través del Programa de Observación Electoral de la Defensoría del Pueblo de la CABA

-instrumentó la transmisión electrónica de datos para acreditar la residencia de candidatos y oficiliazarlos.

-adoptó el padrón mixto para extranjeros.

-implementó las Juntas comunales, diseñando en consecuencia nuevas secciones electorales que pasaron de 28 a 15 (ley nº 1777).

- autorizó que los electores con necesidades especiales –alguna incapacidad física incluidos los no videntes- que les impida o dificulte realizar todos los pasos necesarios para sufragar, puedan, si así lo solicitan, ser asistidos por una persona de su elección siempre que acrediten algún vínculo con ella. En caso de que este requisito no esté acreditado, podrán ser asistidos por la persona de

su elección en forma conjunta con el Presidente de mesa.

E) La REFORMA POLITICA

Más allá que los ejemplos que muy brevemente fueron reseñados arriba y que permiten visualizar por sí mismo la hipótesis de trabajo delineada al inicio; la adopción de las Primarias, Abiertas, Simultáneas y Obligatorias efectuada por la Provincia de Santa Fe en el mes de diciembre de 2004 (ley provincial nº 12.367) constituye un supuesto paradigmático más que posibilita verificar categóricamente la premisa ya no sólo desde el plano vertical (Nación Provincias) sino también horizontal (entre Provincias).

Me explico, luego de su aplicación exitosa en el distrito provincial, fue adoptada con matices por el Gobierno Federal a partir de la sanción de la ley nº 26571 (denominada "Ley de Democratización de la representación política, la transparencia y la equidad electoral").

Ella a su vez influenció en una primera etapa de manera refleja en la CABA en la elección simultánea del año 2013 pues, pese a no estar consagrada en el ámbito local, fue utilizada *sui generis* por una alianza para definir sus candidaturas a cargos locales de acuerdo al resultado obtenido en las elecciones primarias que participó para cargos federales obteniendo su homologación por parte del Tribunal electoral estadual.

También recuerdo, por cierto, que el resultado electoral de la primaria proyectó efectos en el distrito desde el plano político partidista al fracturar frentes electorales federales en el ámbito local. En efecto, el pobre desempeño

electoral de algunos de ellos en las PASO, viabilizó candidaturas sobrevinientes para candidaturas locales por separado.

En esa misma ocasión, la reforma política federal también se aplicó a través de una conciliación judicial celebrada por ante la Cámara Nacional Electoral en la cual la Dirección Nacional Electoral concedió a las fuerzas políticas locales (listas cortas), espacios de publicidad reconocidos y fomentados por la norma federal que no había sido adherida por el Gobierno local.

Al poco tiempo y de seguro teniendo en cuenta esas experiencias federales y locales, la legislatura local sancionó en el mes de diciembre 2013 la ley nº 4894 que adoptó, con autonomía y matices, a las PASO en la Ciudad para todos los cargos públicos electivos en los cuales participen las agrupaciones políticas.

Digo con matices puesto que, en sustancia, se diferenció al momento de excluir de las PASO la precandidatura para Vice Jefe de Gobierno (pues deja abierta la integración de la fórmula en las elecciones generales para que pueda ser integrada con algún integrante de las fuerzas del espacio que participaron en las primarias y que fueron vencidos), al no admitir las adhesiones, ni las listas espejos, ni impone piso o umbral para la adjudicación de bancas y atribuye por un lado el ejercicio privado de funciones públicas a las agrupaciones políticas para la oficialización de precandidaturas y, por otro, la función revisora al Tribunal electoral (por apelación y de oficio).

Algo similar ocurrió con las boletas electorales en el año 2013, en la cual las listas cortas (que sólo participaron para cargos locales en la elección de medio término) adoptaron el formato (color y foto) del sistema federal lo cual, creo yo, evitó

confundir al elector y propender a la igualdad de trato entre las fuerzas políticas del distrito (con reconocimiento federal y/o local).

Ahora bien la Reforma Política de la Ciudad también implicó la adopción de la Boleta Única, similar al sistema cordobés y diferente al sistema federal como ya advertí, lo cual nos representa un nuevo desafío en cuanto a su adopción por parte del Gobierno Federal pues, en mi opinión y hasta tanto eso no suceda, en los procesos simultáneos se seguirán imponiendo el sistema de votación federal sobre la base de lo establecido por la ley que regula la simultaneidad de elecciones (ley nacional nº 15.262), los convenios suscriptos y, en suma, teniendo muy especialmente en cuenta el antecedente del Tribunal cimero de la República que tiempo atrás se pronunció a favor de la "simultaneidad de hecho" confiriendo preeminencia en tal caso por razones organizativas a la autoridad federal (cf. "Partido Justicialista Distrito Capital Federal s/ acción declarativa de certeza", competencia nº 624. XXXIX).

F) DEMOCRACIA PARTICIPATIVA:

La Constitución de la Ciudad de Buenos Aires consagra también una importante pluralidad de institutos vinculados a la democracia participativa, su fundamento constitucional lo encontramos plasmado en las actas de sesiones de la Convención Constituyente, en la cual se advierte que con su dictado se intentó asegurar la participación ciudadana a fin de avanzar progresivamente en el funcionamiento democrático de la Ciudad; dar respuesta a los conflictos sociopolíticos con efectividad y ser los instrumentos idóneos para la formación de políticas públicas.

Asimismo he formado opinión en el sentido que se las ideó como un complemento y no una sustitución del sistema tradicional de gobierno representativo, como mecanismos idóneos a fin de ampliar los espacios democráticos frente a las presiones que se podrían suscitar, por ejemplo, frente a determinados intereses corporativos y constituir una forma de revertir la apatía política de los ciudadanos de modo tal que puedan ser protagonistas directos de sus destinos.

De modo general, constituyen ejemplo de democracia participativa los artículos constitucionales nos°: 52) que establece el "carácter participativo del presupuesto" disponiendo que la ley debe fijar los procedimientos de consulta sobre las prioridades de asignación de recursos; 63) en tanto establece que la Legislatura, el Ejecutivo o la Comunas pueden convocar a audiencia pública para debatir asuntos de interés general de la Ciudad o zonal, resultando ser la convocatoria obligatoria cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado de la Ciudad o zona en cuestión y antes del tratamiento legislativo de proyectos de normas de edificación, planeamiento urbano, emplazamientos industriales o comerciales o ante modificaciones de uso o dominio de bienes públicos; 64) cuando consagra el derecho de iniciativa del electorado de la Ciudad para la presentación de proyectos de ley —salvo los proyectos referidos a la reforma de la Constitución, tratados internacionales, tributos y presupuesto—, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral; 65) al posibilitar que el electorado sea consultado por el Poder Legislativo y Ejecutivo, con ciertas condiciones, mediante un referéndum obligatorio y vinculante; 66) al admitir que la

Legislatura, el Jefe de Gobierno o la autoridad de la Comuna puedan convocar, dentro sus ámbitos territoriales y con algunas excepciones en razón de la materia, a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias, no resultando el sufragio obligatorio; y 67) al reconocer el derecho a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la ciudad o de la Comuna correspondiente.

De los institutos participativos reseñados arriba, se desprenden en mi opinión al menos dos grandes subgrupos:

a) cuando es la autoridad quien puede o debe, según el caso, como sujeto activo:

- convocar como facultad y no como deber a debatir asuntos de interés general en audiencia pública, aunque con carácter obligatorio, como vimos, cuando la iniciativa cuente con la firma del medio por ciento del electorado o en razón de la materia (art. 63, CCABA);

- poder consultar mediante referéndum obligatorio y vinculante destinado a la sanción, reforma o derogación de una norma de alcance general. En tal caso es el Poder legislativo quien convoca en virtud de ley que no puede ser vetada. A su vez el Jefe de Gobierno debe convocar a referéndum vinculante y obligatorio cuando la Legislatura no hubiera tratado en el plazo establecido un proyecto de ley por procedimiento de iniciativa popular que cuente con más del quince (15) por ciento de firmas del total de inscriptos en el padrón de la Ciudad (art. 65, CCABA);

- poder convocar la Legislatura, el Gobernador o la autoridad de la Comuna, dentro de sus ámbitos

territoriales, a consulta popular no vinculante sobre decisiones de sus respectivas competencias. En este caso el sufragio no será obligatorio. A su vez quedan excluidas las materias que no pueden ser objeto de referéndum, excepto la tributaria (art. 66 CCABA).

b) cuando es el propio electorado de la Ciudad, quien una vez alcanzado una mayoría de firmas porcentuales del padrón, tiene el derecho:

- de iniciativa popular para la presentación de proyectos de ley, para lo cual se debe contar con la firma del uno y medio por ciento del padrón electoral. Una vez ingresados a la Legislatura, seguirán el trámite de sanción de las leyes previsto por la Constitución. La legislatura debe sancionarlos o rechazarlos dentro del término de doce meses. No son objeto de iniciativa popular los proyectos referidos a la reforma de la Constitución, tratados internaciones, tributos y presupuesto (art. 64, CCABA);

- a requerir la revocación del mandato de los funcionarios electivos fundándose en causas atinentes a su desempeño, impulsando una iniciativa con la firma del veinte por ciento de los inscriptos en el padrón electoral de la Ciudad o de la Comuna Correspondiente.

El pedido de revocatoria no es admisible para quienes no hayan cumplido un año de mandato, ni para aquellos a los que restaren menos de seis meses para la expiración del mismo.

El Tribunal Superior de Justicia debe comprobar los extremos señalados y convocar a referéndum de revocación dentro de los noventa días de presentada la petición. Es de participación obligatoria y tiene efecto vinculante si los votos favorables a la revocación superan el cincuenta por ciento de los inscriptos (art. 67, CCABA).

Pues bien hoy en día y pese al tiempo transcurrido desde la sanción de la CCABA, pareciera ser que dichos Institutos constitucionales de democracia participativa no se han afianzado, tal vez porque, por un lado, refleja la anomía de la ciudadanía respecto de ellas, su desconocimiento o por protagonizar defectos de reglamentación que los tornan inalcanzables para el ciudadano común (plano negativo); o, por el otro, porque tal vez el pueblo "porteño" se siente debidamente representado por sus legisladores en la medida que no se aplica en el distrito umbral para la adjudicación de las bancas locales (plano positivo).

En verdad, sin ser un sociólogo o politólogo, intuyo que la respuesta debemos encontrarla en la sumatoria de todos ellos, o sea en un fenómeno político social que excede claramente a la ciencia jurídica y sus regulaciones.

Y eso no es todo, pienso además que en el escenario actual también deberíamos replantarnos si es correcto, por ejemplo, utilizar la revocatoria de mandato en pleno proceso electoral o en veda y reflexionar conjeturalmente sobre las debilidades que se nos pueden potencialmente representar al ser instados por quienes no están legitimados para obrar. Por ejemplo, que alguno de los institutos de democracia participativa enunciados en el punto B) fuesen instados o impulsados por el soberano -por sí o por terceros- de manera de intentar presionar a un juez en su función o justificar políticamente la desobediencia judicial.

El extremo teórico resaltado no quiere decir en lo absoluto que peligre la función revisora del Poder Judicial de los actos estatales que fueran descriptos y titulados apasionadamente por el Profesor Eduardo García de Enterría como la "Lucha contra las inmunidades del poder".

En efecto, poco o nada quedan de los actos institucionales, cuestiones políticas no justiciables y de la actividad discrecional de la administración frente al caso, causa o controversia. Empero y a su vez, ello no implica que hayan surgido nuevas tensiones en el reacomodamiento de los vínculos existentes entre la autoridad, la libertad y la función revisora de los órganos judiciales "contramayoritarios" cuando se judicializan los denominados derechos de incidencia colectiva o al objetarse la constitucionalidad de políticas públicas respaldadas por mayorías del voto popular incluso por legisladores opositores.

A tal fin y sin entrar al asunto que por cierto además de apasionante excedería el tiempo concedido a todos los expositores, sólo me permito darles a conocer para su reflexión el sistema inédito de control de constitucionalidad en abstracto ideado por el constituyente de la Ciudad de Buenos Aires, en el art. 113, 2º párrafo y reglamentado por los arts. 17 y siguientes de la ley nº 402.

El art. 113, en su parte pertinente dice así:

"ARTICULO 113.- Es competencia del Tribunal superior de justicia conocer:

(…)

2. Originaria y exclusivamente en las acciones declarativas contra la validez de leyes, decretos y cualquier otra norma de carácter general emanada de las autoridades de la Ciudad, contraria a la Constitución nacional o a esta Constitución. La declaración de inconstitucionalidad hace perder la vigencia la norma salvo que se trate de una ley y la legislatura la ratifique dentro de los tres meses de la sentencia declarativa por mayoría de los dos tercios de los miembros presentes. La ratificación de la legislatura no altera sus efectos en el caso concreto ni impide el posterior control difuso de

constitucionalidad ejercido por todos los jueces y por el Tribunal Superior".

Como se aprecia la acción declarativa de inconstitucionalidad resulta ser un instrumento idóneo, ágil y público de control concentrado de constitucionalidad contra las normas de alcance general, que fue pergeñado como una acción popular ante la autoridad máxima judicial del distrito y en defensa del interés superior de la ley; que a su vez posibilita su articulación con la "política de estado legislativa" –no partidista- cuando se declare la inconstitucionalidad de una ley, en un plazo muy breve y con la exigencia de un pronunciamiento expreso y con mayoría calificada.

Por cierto el control constitucional aludido no obstruye bajo ningún punto de vista la función revisora pergeñada para el caso, causa o controversia antes los jueces de grados ni tampoco con relación a las causas vinculadas a derechos de incidencia colectiva ante los jueces de grado. Cómo Ustedes advertirán el problema teórico no está conjurado de manera definitiva, pero si atenuado. Sólo para el supuesto excepcional en que se nos represente tensiones irresueltas que, a su vez, deriven en conflictos de poder la constitución local sabiamente también institucionalizó y reguló su trámite otorgándole la competencia a la máxima autoridad judicial del distrito (cf. art. 113.1, CCABA y art. 11 y cc, ley nº 402).

CONCLUSIÓN:

Es de esperarse, más temprano que tarde, que el Gobierno Federal Argentino no podrá ignorar los importantes avances tecnológicos en materia de voto electrónico y boleta única desarrollados por las Provincias Argentinas como Salta, Córdoba

o Santa Fe que las posiciona a la vanguardia de los acontecimientos. Mantener la situación dejará en evidencia la rigidez del sistema de votación federal argentino, pues es el mismo elector quien en escenarios de desdoblamiento electoral votará en el mismo año por distintos sistemas y resultará inevitable que realice comparaciones.

Algo similar ha de esperarse también en breve en cuanto al reconocimiento inédito que ha realizado el TSJ en el ámbito de la CABA al reconocer los derechos políticos de los condenados por considerarlo un derecho humano inherente a la persona (*in re* TSJ "Asociación por los Derechos Civiles (ADC) c/ GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", expte. nº 8730/12, resolución del 6 de septiembre de 2013), la admisión efectuada por el Ministerio Público Fiscal de la CABA a fin de considerar a la Defensoría del Pueblo de la CABA con legitimación pasiva para arribar a la mediación en los procesos penales por presunta infracción al art. 139, inc. "d", del Código Electoral vinculado a la emisión del voto de los fiscales partidarios por fuera de la comuna correspondiente (resolución Fiscalía General nº 356/2013, del 16 de septiembre de 2013 y la fórmula abierta en las precandidaturas a cargos ejecutivos locales (cf. arts. 3 y 39, anexo I, ley nº 4894).

Quién sabe, si hasta se podría instrumentar como ha acontencido en el Ecuador este año el voto de las personas enfermas hospitalizadas o en residencias geriátricas las cuales se encuentran por esas razones dispensadas de votar. Para ser claro, no se trataría de justificarles la no emisión de su voto sino asegurarles su derecho al mismo de ser esa su voluntad.

Por todo ello y de acuerdo al panorama

descripto, creo que podemos concluir que los ejercicios de competencias federales y locales en materia electoral y de partidos políticos convergirán natural, progresiva y virtuosamente no sólo en la optimización de los procesos electores sino además en la confianza ciudadana sobre la democracia y sus instituciones.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y LAS BASES REPUBLICANAS

FERNANDO R. GARCÍA PULLÉS
CATEDRÁTICO DE D. ADMINISTRATIVO. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES

RESUMEN:

El sistema republicano de gobierno no sólo reclama la sujeción de la Administración al Derecho, le atribuye el deber de realizarlo hacia los ciudadanos. Este postulado impone una nueva perspectiva en el fundamento del régimen de prerrogativas públicas típico del derecho administrativo, considerando su crisis actual, las respuestas que han dado los ciudadanos y las propuestas concretas para restablecer aquella funcionalidad.

Palabras clave: Administración y República – Sometimiento al Derecho y deber de realizarlo – Las prerrogativas administrativas desde esta perspectiva – Crisis – Respuestas y Propuestas.

ABSTRACT:

A republican government not only claims the submission to the Law by the Administration, but also imposes it the duty of enacting the Law for the citizens. This statement requires a new perspective in the administrative public prerogatives political and legal basis, considering its current crisis, the citizens reactions in the matter, and the proposals to reestablish its value.

Key words: Administration in a republican government – "Subject to the Law or enacting the Law" – Administrative prerogatives from this perspective – Crisis – Citizen reactions – Proposals.

El Derecho Administrativo y las bases republicanas [1]

I.INTRODUCCIÓN.

Una Jornada Académica es una oportunidad para la reflexión, para hacer y recibir llamados de atención que convoquen nuestras voces más profundas. Una aguda proposición del Dr. Mairal hizo posible que esta apertura se destinara a examinar cómo y en qué medida puede el derecho administrativo ponerse al servicio de la República.

He escuchado con avidez su exposición, lúcida, profunda y provocadora de asombros y réplicas, como siempre. Y en su transcurso me he preguntado cuál será la función de esta Universidad, de las Cátedras de Derecho Administrativo de esta nuestra República Argentina y aún nuestro lugar como asesores, contradictores o juzgadores de la Administración, para hacer posible que esta rama del derecho cumpla aquel servicio.

Seguramente dependerá de la vocación por lograr una sociedad más justa, que asegure las "bendiciones de la verdadera libertad". De esa libertad mentada por Wallace, en su "Sentido de la Constitución" [2]2. Aunque también se sostendrá

1 Este artículo traduce y amplía la exposición que su autor hiciera en la Primera Jornada Intercátedras de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en el mes de noviembre de 2008.

2 Wallace, Henry A. – El sentido de la Constitución – Ed. Ercilia, Santiago de Chile 1937, pag. 91 y ss. 3 Ver www. myriades1.com, "Borges como profesor", artículo de Josefina

en la capacidad de entender y hacer entender a gobernantes y gobernados en qué contexto republicano encarnan las instituciones más representativas del derecho administrativo.

Dejaré para el final la apelación a aquel heroismo. Recordaré por ahora que cuarenta años atrás, una tarde de huelga general, en el contexto de una Facultad de Letras signada por la turbulencia de las ideas, Borges llegaba tarde para la apertura de su clase de Literatura Inglesa. Al verlo demorado, el bedel le preguntó –con una sonrisa– si se había plegado a la huelga. El maestro le dijo que no y que su tardanza se debía a que se había detenido para afiliarse al partido conservador. Atónito, el bedel le dijo si no le parecía una afiliación contraria al progreso de las ideas políticas a lo que Borges respondió: No, porque es de caballeros defender causas perdidas [3]3.

II.LAS BASES REPUBLICANAS EN LO ATINENTE AL PODER EJECUTIVO.

Con esta admonición, intentaré desentrañar algunos aspectos que, a mi juicio, permiten entender y hacer entender cómo se inserta en el sistema republicano el funcionamiento de la Administración y sus características más esenciales.

A tal fin, me detendré unos instantes en repasar algunas opiniones trascendentes para comprender cómo se estructura el sistema republicano, en orden al papel que corresponde en él, particularmente, al Poder Ejecutivo.

García Pullés.

3 Ver www.myriades1.com, “Borges como profesor”, artículo de Josefina García Pullés.

Recordaré, para empezar, que en el escrito 51 de El Federalista, Hamilton indicó: "¿A qué expediente recurriremos entonces para mantener en la práctica la división necesaria del poder entre los diferentes departamentos, tal como la estatuye la Constitución? La única respuesta que puede darse es que como todas las precauciones de carácter externo han resultado inadecuadas, el defecto debe suplirse ideando la estructura interior del gobierno de tal modo que sean sus distintas partes constituyentes, por sus relaciones mutuas, los medios de conservarse unas a otras en su sitio"[4].

También Story, en sus Comentarios a la Constitución Estadounidense, señaló que el deber impuesto al Presidente para que cuide que las leyes sean plenamente ejecutadas o cumplidas sigue a la gravedad e importancia de su juramento y que el gran objetivo del departamento ejecutivo es cumplir este propósito, pues sin él, cualquiera fuera la forma de gobierno sería completamente inútil para impedir la vulneración de los derechos o hacer posible la protección de la felicidad, el buen orden y la seguridad del pueblo[5].

En parecidos términos, para no limitar las fuentes constitucionales a la tradición anglosajona y recuperar su vinculación con el sistema español, recordaré que los artículos 4° y 13° de la casi bicentenaria Constitución de Cádiz de 1812, establecieron que la Nación está obligada a conservar y proteger por leyes sabias y justas la libertad civil, la propiedad y los demás derechos legítimos de todos los individuos, como también que el objeto del Gobierno es el bienestar de los

4 El Federalista – Escrito Nro. 51.

5 Stroy – Comentarios a la constitución de los Estados Unidos – Capítulo XXXVI, pág. 325 y ss (Edit. Little, Brown and Company – Boston 1891)

individuos que componen la sociedad política.

Estos criterios, que permiten tener presente el sentido que tienen el gobierno y, en particular la Administración, en la organización de una República, tienen expresión argentina en las conocidas palabras del apartado XXIII de las Bases de Alberdi sobre el poder ejecutivo: "Llamado ese poder a defender y conservar el orden y la paz, es decir la observancia de la Constitución y las leyes ... ¿temeis que el poder ejecutivo sea su principal infractor? ... En vez de dar el despotismo a un hombre es mejor darlo a la ley ... Dad al poder ejecutivo todo el poder posible pero dádselo por medio de una constitución"[6].

Años después, en España, Manuel Colmerio sostenía que la acción administrativa debe procurar la utilidad común, guardando y haciendo guardar las leyes[7] y Santamaría de Paredes que: "Siendo el Estado un orden de actividad moral, sólo puede realizar jurídicamente sus fines mediante hechos morales" y "siendo el Estado un órgano del Derecho, claro es que mediante él habrá de relacionarse con la sociedad..."[8].

En los albores del siglo XX y en el prefacio a la obra "El Estado" de Woodrow Wilson, que fuera más tarde el 28° Presidente de los Estados Unidos de América, León Duguit expresaba "...después de un cuarto de siglo consagrado al estudio del derecho y de la política, he llegado a esta convicción profunda: que todo estudio o ciencia social no tiene más razón de ser o valor que el de formular

6 Alberdi, Juan Bautista – Bases – Ed. Librería de la Facultad, Bs.As. 1915 – pág. 157.

7 Comerio, Manuel – Derecho Administrativo Español – Imprenta y Librería de Eduardo Martínez – Madrid 1876, Tomo I, pág. 10.

8 Vicente Santamaría de Paredes – Derecho Político – Ed. Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé Madrid 1887, págs. 155 y 214.

una regla de conducta que imponga su respeto a los gobernantes”[9].

III.LA ADMINISTRACIÓN NO SÓLO ESTÁ SUJETA AL DERECHO SINO QUE TIENE EL DEBER DE REALIZARLO. EL QUICIO CONSTITUCIONAL Y POLÍTICO DEL “RÉGIMEN EXORBITANTE”.

He abusado de las estas citas para advertir que estos postulados, que plasmaron en la Constitución Argentina y fueron recogidos desde su origen institucional por la Corte Suprema, obligan a considerar que en el sistema republicano, el Estado, el gobierno y en especial la Administración, no sólo están sometidos al derecho, sino también encargados de su realización social.

Este cometido de realizar el derecho no es una mera indicación declamatoria o un anhelo paradigmático. Tiene un contenido importantísimo a la hora de hallar el sentido del ordenamiento jurídico, pues a partir de su admisión debe entenderse que “la finalidad de realizar el derecho por parte del Estado, el Gobierno y la Administración” es presupuesto de toda norma de competencia.

Al respecto, caber recordar que Villar Palasí[10] distinguió con agudeza las normas de competencia de las normas de conducta. Las primeras se refieren a la atribución que el orden jurídico hace a un órgano público o a una persona, del poder para producir determinados efectos jurídicos. Estas normas de competencia pueden expresarse de tres

9 Woodrow Wilson – El Estado – con prólogo de León Duguit – Ed. V.Giard & Briere – París 1902 .

10 Villar Palasí, José Luis – Consideraciones sobre el sistema jurídico, en Revista Española de la Administración Pública Nums. 100-102, Enero Diciembre 1983.

maneras diversas, a saber: a) las que prescriben qué persona está calificada para emitir el acto; b) las que prescriben el procedimiento a seguir para esa creación y c) las que prescriben el alcance posible de la norma con respecto a su sujeto, situación y materia. Las normas de conducta, en cambio reglan la manera en que el órgano o la persona competente ha de ejercer el poder que le fuera conferido.

Detengámonos con estos antecedentes en el régimen exorbitante, y más precisamente en lo relativo a sus prerrogativas más evidentes: la autotutela declarativa (que no es tan sólo la presunción de legalidad del acto administrativo, sino la facultad de la Administración de resolver sus propios conflictos con los ciudadanos mediante una declaración de derecho que se presume legítima), la autotutela ejecutiva (como aptitud se sustitución provisional de la voluntad del ciudadano por la de la Administración-en términos de Chiovenda-, con eventual ejercicio de la violencia legítima y de privar de efectos suspensivos a sus recursos) y la autotutela reduplicativa (como la facultad de impedir el control judicial si no se ha permitido previamente el autocontrol administrativo del acto)[11].

García de Enterría y Fernández[12] han explicado que estas prerrogativas de la Administración encuentran base en el "Antiguo Régimen" que precediera a la República, porque cuando el Monarca actuaba en los asuntos administrativos

11 He examinado estas prerrogativas con motivo del tratamiento de las medidas cautelares en el con- tencioso administrativo. Ver García Pullés, Fernando – Cautelares autónomas en el contencioso administra- tivo, Ed. Hamurabbi, Bs.As. 2006, pág. 28 y ss.

12 García de Enterría, Eduardo – Fernandez, Tomás Ramón – Curso de Derecho Administrativo – Ed. Civitas, 7ª edición, tomo I, pág. 472 y ss.

no necesitaba del respaldo de los Tribunales, como sí lo requerían los ciudadanos.

Juan Carlos Cassagne[13] ha indicado con claridad, entre nosotros, las características del régimen exorbitante, prefiriendo su denominación como régimen administrativo y justificando las prerrogativas que otorga a la Administración con su contrapartida en las garantías que a la par se establecen a favor de los ciudadanos.

Sin embargo, creo que es hora de avanzar un poco más en la consideración de estas prerrogativas y preguntarse en qué contexto son reconocidas por el derecho positivo o, desde otra perspectiva, de qué modo puede considerárselas compatibles con un sistema jurídico inserto en un contexto constitucional que adopta el sistema representativo y republicano de gobierno, que juntamente con su carácter federal, determinan la base a partir de la cual fue propuesto el surgimiento de la República Argentina, al menos desde la perspectiva de su Ordenamiento Jurídico.

Para ello será preciso volver a Villar Palasí, y tener en cuenta que "Leyes incompletas no quiere ni por asomo decir Ordenamiento Jurídico incompleto, pues la completitud del Ordenamiento es su posibilidad …de dar siempre y en todo caso respuesta a un problema jurídico"[14], en referencia a la validez de aquellos principios que subyacen a los preceptos y que los estructuran en un sistema ordenado y teleológico que le da sentido y lo completa.

Desde esta perspectiva, quiero advertir que el Derecho no regala a la Administración las

13 Cassagne, Juan Carlos – Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexos, 8ª edición, pág. 122,.

14 Villar Palasí, José Luis – Consideraciones sobre el sistema jurídico – Revista Española de Administración Pública nums. 100-102, enero-diciembre de 1983

prerrogativas por razones de mera eficiencia. Por el contrario, en un contexto republicano de división de poderes prevista para asegurar los beneficios de la libertad, tales prerrogativas han sido otorgadas con fundamentos concretos y de raíz moral.

Veamos:

Hemos dicho más arriba que el Estado y el Gobierno no sólo están sometidos al derecho, sino que tienen el deber de realizar el derecho, de actuarlo en sus relaciones con los ciudadanos y en las de éstos entre sí, y que tal postulado es el presupuesto de las normas atributivas de competencia.

Sin negar la influencia del Antiguo Régimen ni la importancia de su contrapartida en las garantías a que hicieran referencia García de Enterría, Fernández y Cassagne, es necesario admitir que, desde el punto de vista del sistema, el ideario y la moral republicanos, el otorgamiento de la prerrogativa de autotutela declarativa sólo se justifica si se presume y mantiene la vigencia de aquella función realizadora del derecho inherente a la Administración. Solo si se concibe una Administración preocupada por "actuar" el derecho, puede otorgársele la prerrogativa de decidir los conflictos en que es parte, a través de un acto que se presume legítimo.

También se ha recordado que la finalidad del gobierno es la consecución del interés público y que éste se jerarquiza por sobre los intereses particulares. Es aquí donde debe hallarse el justificativo republicano de la prerrogativa de la autotutela ejecutiva, pues únicamente si se tiene por dada esta procura esencial del interés público puede diferirse el tratamiento de los reclamos de los particulares en aras del bien común.

Todavía cabe señalar que la combinación de

aquellos dos presupuestos con la organización jerárquica de la Administración, la existencia de un control preventivo de legalidad reglamentado, sencillo y eficaz y el carácter de autoridad representativa que exhibe el Poder Ejecutivo -máximo responsable político de la Administración en nuestro país-, autorizan la admisión de una especie de principio republicano de deferencia, que descubrimos en el derecho anglosajón, pero que también tenemos implícito en esta tierra y que aparece detrás del principio del agotamiento de la vía administrativa, sólo validado por todas esas bases que lo sostienen.

IV.LA CONFRONTACIÓN DE AQUELLOS POSTULADOS CON LA REALIDAD ODIERNA.

A esta altura, se pensará que estoy describiendo una quimera, el sueño que Alejandro Nieto denuncia continuamente como "la ilusión de los administrativistas".

No es así. He dicho simplemente que la formación de las repúblicas no ha prescindido de aquellas prerrogativas del "Antiguo Régimen" para diseñar la Administración, pero también que una interpretación sistemática e histórica ellas exige entenderlas sustentadas de manera diametralmente diversa en el ordenamiento jurídico.

Y formulo esta advertencia porque los Gobiernos -no este gobierno, ni el anterior, ni el anterior del anterior; ni tampoco exclusivamente el de la Nación Argentinase han apropiado de las prerrogativas y asolado los paradigmas republicanos que las sostienen.

Concretamente:

i.En nombre de la eficiencia, de una supuesta representatividad popular -otorgada para administrar y no para legislar-, o de la urgencia como signo de los tiempos, las Administraciones han soslayado el principio de legalidad, sea bajo el manto de la denigración de la "ley plana" y la superproducción de fuentes de creación normativa no representativas de la voluntad popular, o por la invocación de superiores intereses nunca encontrados.

Las legislaturas, cediendo a las exigencias de los administradores, se han vuelto instrumentos de bendición de proyectos oficiales sin verdadero debate, cuando no vehículos para la dejación de competencias de dirección y control esenciales a la vida republicana.

ii.Las Administraciones también se han adueñado del interés público, haciéndole decir aquello que a veces es interés fiscal y otras interés del funcionario, quien ha olvidado y postergado el deber de convencernos de la razonabilidad de su decisión, en el oscuro jurídico de la discrecionalidad.

iii.Pero no se acaban allí las paradojas, porque los Gobiernos también se han apropiado de los beneficios de la deferencia, sin considerar su condición necesaria, es decir: el control preventivo de legalidad.

Es de toda evidencia, como denunciara Gordillo[15] entre nosotros y aún aquí, que el procedimiento administrativo se ha subvertido, para convertirse en una herramienta de dilación en el acceso al control jurisdiccional del ciudadano, en un trámite para mejorar la defensa de actos

15 Gordillo, Agustín – Tratado de Derecho Administrativo, Capítulo X, Tomo 2, 8ª. Edición, Ed. Fundación de Derecho Administrativo y también en su célebre "La Administración paralela", Ed. Civitas, Madrid 1982.

viciados, y hasta para mellar la voluntad del súbdito de defender su derecho.

V.LA RESPUESTA DE LOS CIUDADANOS AL "ASALTO DE LAS BASES REPUBLICANAS".

Esta es la realidad más visible de nuestros días. Pero hay otra que los gobiernos y las Administraciones parecen no ver, y que se vincula con la reacción que los ciudadanos han generado desde hace años frente a esta verdadera huída del derecho como rector del accionar administrativo.

Seguramente se hallarán muchas concausas para estas respuestas de los "administrados", pero será difícil negar su relación de causa a efecto con aquellos vicios. Y es necesario ponerlas a la luz, porque sin esa advertencia resultará inútil que sigamos expresando nuestro encono contra algunas instituciones, postulando su abandono a favor de otras que aún no hemos probado mejores.

i.Porque ante la denigración del principio de legalidad y su sustitución por el exceso reglamentario y la exacerbación de la producción legislativa de la Administración, que denunciara Alberto Bianchi[16], los ciudadanos han respondido con la creación de una legalidad supranacional, la de los Pactos de Derechos Humanos, controlada por una jurisdicción supranacional, que vuelve a poner "la legalidad" fuera del alcance aún de la "eterna emergencia" omniatributiva de competencias para-legales al Poder Ejecutivo.

ii.Porque ante la invocación espuria del interés público para justificar la ejecución forzada de actos viciados, han surgido los remedios sumarísimos de la acción de amparo y las medidas

16 Bianchi, Alberto - La delegación legislativa. Ed. Abaco. Bs.As. 1990.

cautelares que en Argentina llamamos autónomas, para impedir legitimar aquel recurso.

iii.Porque ante la transformación del procedimiento administrativo en un mero ritualismo inútil –conclusión que resulta incontestable cuando se advierte la escasísima proporción de actos revocados en sede administrativa, que es incompatible con la natural convicción que todos tenemos sobre la falibilidad humana-, el amparo se ha transformado y reclamó para sí la exclusión del requisito del agotamiento de la vía, mientras que los jueces han postergado todo principio de deferencia, al punto de ser señalados por los administradores como ensañados con ellos.

VI.LOS POSTULADOS QUE DEBERÍAN PREDICARSE.

Esta descripción no es del mundo de mañana. Como en la canción de John Lennon, es lo que nos pasa mientras estamos haciendo planes para el futuro.

Por eso, parece hora de preguntarse: ¿Qué planes?

Una respuesta viene abriéndose paso en las publicaciones, jornadas y seminarios, al menos en Argentina: Dejemos todo a las respuestas supranacionales. Abandonemos todo el sistema y sustituyámoslo por esos principios. No nos detengamos ni siquiera en el análisis.

La propuesta pareciera especialmente cara a una generación televisiva, cada vez más ajena a los tiempos que requiere la reflexión.

Quiero advertir que abandonarse a esta corriente no sólo es laxitud, es también adherir a un modelo que no hemos forjado, por la renuncia

a plantearnos severamente la posibilidad de recuperar el que sí construimos y a defender los valores que en su momento le dieron sentido y justicia.

Y si ello no fuera suficiente, todavía debo agregar un aspecto de la cuestión que usualmente queda en las sombras. Me decía hace apenas unas semanas la Dra. Irgmard Lepennies, con verdadero acierto, que examinar profundamente el sistema de control judicial de la administración es sólo una pequeña parte del camino, porque una porción mayoritaria de la sociedad, quien más lo necesita posiblemente, no acude ni tiene los medios para acceder a ese control judicial de juridicidad. No he de predicar esta consecuencia fuera de mi país, aunque propongo que se reflexione sobre ella.

De modo que un examen verdaderamente democrático y republicano debería considerar la legalidad, la ejecutoriedad y el control preventivo propio del procedimiento administrativo de cara a su ejecución oficiosa por la Administración.

Ello es requerido por el "ordenamiento jurídico integrado", completado por aquella base o presupuesto de la norma competencial antes señalada, esto es: el deber de realizar el derecho, que integra como un conector al ordenamiento jurídico de leyes incompletas.

Sin embargo, el desarrollo nos lleva a la encrucijada de Duguit: ¿Cómo lograr una regla de conducta que se imponga a los gobernantes?

Y es aquí donde la respuesta parece un perro que se muerde la cola. Porque si bien el control judicial no resulta alcanzable por una parte de la población, no es dudoso que, en otro contexto, el valor pedagógico de las sentencias impondrá a la Administración y a sus funcionarios la obligación

de volver por sus fueros[17].

Para ello, necesitamos una legislatura que retome sus competencias y utilice los mismos tiempos que insume para tratar proyectos oficiales complicadísimos por sus efectos y repercusiones en nuestras vidas, en examinar la sanción de otras normas, en especial, las destinadas al control del ejercicio de facultades de carácter legislativo del Poder Ejecutivo o el modo de integración de los organismos externos de control.

Necesitamos un Cuerpo de Abogados del Estado que haga de la independencia funcional un estandarte y de la preservación de la utilidad del procedimiento administrativo, como verdadero control preventivo de legalidad y realizador de la justicia y la equidad, un presupuesto insoslayable en cada dictamen de servicios jurídicos permanentes cuya ausencia injustificada no de lugar a la teoría de la subsanación[18].

Necesitamos un control judicial que no eluda tampoco su obligación de "realizar el derecho", vinculando toda declaración de invalidez de un acto administrativo o responsabilidad estatal a un pronunciamiento sobre la responsabilidad del funcionario en el dictado de los actos o la ocurrencia de los daños, que deberá ser citados como parte necesaria en esos procesos.

17 Hace algunos años Luis Martín Rebollo sostuvo esta idea del valor pedagógico del control judicial de la Administración entre nosotros (ver "Los fundamentos de la responsabilidad del Estado" en La responsabilidad del Estado y del funcionario público", Jornadas Organizadas por la Universidad Austral, Ed. Ciencias de la Administración, Bs.As. 2001, pág. 15 y ss.

18 En los términos de la sana doctrina postulada entre nosotros por Julio Comadira. Ver: "Función administrativa y principios generales del procedimiento administrativo", en Derecho Administrativo, Ed. Lexis Nexos, 2ª edición actualizada, pág. 123 y ss.

Pero, sobre todo, necesitamos asumir el esfuerzo que implicará la tarea de cambiar el actual estado de cosas.

1) Hemos dado algunas respuestas a la antijuridicidad denunciada, en el nacimiento de instituciones formadas a la vera de las leyes y en las Salas de los Tribunales. Recordamos recién algunas de ellas, como el amparo y las llamadas medidas cautelares autónomas.

2) Ahora deberá recordarse a cada paso, a los administradores y a los jueces, que será necesario proteger debidamente la practicidad y vigencia de tales herramientas, porque sin el amparo y sin las cautelares autónomas el instituto del agotamiento de la vía administrativa -de base meramente legales inconciliable con el derecho a la tutela judicial efectiva y el remedio expedito previsto en los Tratados de Derechos Humanos, pero también que, con estas válvulas de escape, es de convivencia posible.

3) Y a partir de esta convivencia posible, en el marco de un sistema de protección de los derechos y la libertades, deberá tenerse en cuenta que el procedimiento administrativo fue previsto como herramienta de fácil acceso para los ciudadanos, de trámite gratuito, oficioso, informalismo favorable, sujeción al principio de verdad real y adaptación a condiciones de celeridad mayores que las del proceso judicial.

4) Los autores de su regulación normativa, en Argentina y en otros lares, previeron esas normas pensando justamente en ciudadanos dificultados para acceder a los jueces y en una Administración que debía por sí realizar el derecho. Por eso deberá exigirse que, en beneficio de la custodia de esos mismos derechos que decimos defender, lejos de abolir el procedimiento

administrativo, lo transformemos en una etapa útil, que haga públicos sus resultados comparativos, de modo que brinde a los ciudadanos la seguridad de que sus reclamos serán considerados y devuelva a los jueces un principio de deferencia que no brindan las normas, sino los hechos.

En ese contexto, aquellas prerrogativas volverán a ser instrumento para realizar el presupuesto de las normas competenciales: no sólo la sujeción, sino también la realización del derecho por parte del Estado, del gobierno y de la Administración y podremos aplicarles las pautas que el propio sistema interamericano de derechos tiene para sí.

Con una tal transformación -con la compañía de un amparo que ya no admite ser tratado como remedio heroico, pues sólo debe entenderse procedimiento subsidiario por la exigencia de enfrentar a un acto de ilegalidad y arbitrariedad manifiesta que no debería ser lo ordinario de los poderes públicos; y de un sistema de medidas cautelares autónomas que pongan en quicio constitucional la autotutela ejecutivalas instituciones de nuestro régimen administrativo podrán jerarquizarse y servir a la república.

Es que temo que si ahondamos nuestra diatriba contra estas instituciones ello sólo redundará en la recarga ingobernable del ya agobiado Poder Judicial. Y en ese nuevo contexto, cómo habremos de conciliar la pretensión de demonizar todo el recaudo de agotamiento de la vía administrativa, cuando el mismo requisito es exigido en los Tribunales Internacionales del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no sólo para el agotamiento de las instancias nacionales, sino aún para el del procedimiento ante la Comisión, como quedara especialmente

aclarado

En ese caso, ¿también aboliremos el "agotamiento de la vía judicial argentina" cuando la cuestión sólo sea obtener el pronunciamiento de Tribunales internacionales? Y cuando tampoco éstos puedan darnos una respuesta acorde a los "tiempos televisivos", ¿cómo habremos de resolver nuestra ansiedad tuitiva?

Debe hacerse mucho, pero antes será necesario obrar -con esa diferencia entre lo externo y lo interno que marcaba la escolástica-. Será preciso comprometerse con el derecho, como con un amor exigente, de esos que reclaman un heroísmo particular. Recuerdo así, que hace años, una señorita -ahora mi mujer-, me regaló un poema de Benedetti, que creo que -con la sustitución debida de las circunstanciasviene al caso de este compromiso que debemos asumir con el derecho y nuestra vocación:

No te quedes inmóvil al borde del camino
no congeles el júbilo, no quieras con desgana
no te salves ahora, ni nunca. no te salves. No te llenes de calma,
no reserves del mundo sólo un rincón tranquilo no dejes caer los párpados pesados como juicios no te quedes sin labios, no te duermas sin sueño, no te pienses sin sangre, no te juzgues sin tiempo.
Pero si, pese a todo, no puedes evitarlo
y congelas el júbilo y quieres con desgana y te salvas ahora
y te llenas de calma
y reservas del mundo sólo un rincón tranquilo y dejas caer los párpados pesados como juicios y te secas sin labios y te duermes sin sueño
y te piensas sin sangre y te juzgas sin tiempo
y te quedas inmóvil al borde del camino y te salvas, entonces…
No te quedes conmigo.

LA SUMISIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO A LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS

GREGORIO FLAX

SUMARIO: Introducción. I. Procedimiento administrativo. 1.1. Estándares fijados por el SIDH. I.2. Elementos que componen el debido proceso/ procedimiento en sede administrativa. I.2.1. Audiencia para la determinación de hechos y derechos. I.2.2. Derecho a representación legal. I.2.3. Notificación previa sobre la existencia de un procedimiento. I.2.4. El derecho a una decisión fundada. I.2.5. La publicidad de las actuaciones administrativas. I.2.6. Cumplimiento por parte de la administración de plazos razonables. I.2.7. La revisión judicial de las decisiones administrativas. II. Ejecutoriedad del Acto Administrativo. – Régimen exorbitante e igualdad de armas. III. Poder de Policía. IV. Alcance de la indemnización en la revocación unilateral de la administración. V. Amparo por mora. VI. Reclamo Administrativo Previo. VII. Silencio Administrativo. VIII. Licencias administrativas. IX. Conclusiones.

INTRODUCCIÓN.

A partir de la reforma Constitucional de 1994 se produjeron grandes cambios en el ordenamiento jurídico de la República Argentina, y el derecho administrativo, no fue la excepción.

No solo se produjeron fuertes transformaciones en el procedimiento administrativo[1] sino que también otros institutos del derecho administrativo, sufrieron variaciones de fondo que el sistema judicial argentino comenzó en una forma incipiente a aplicar atento a la internacionalización del ordenamiento jurídico.

Por el art. 75 inc. 22 se incorporan diversos tratados de derechos humanos en las condiciones de su vigencia esto es, en las condiciones que es interpretado por los órganos jurisdiccionales internacionales, a nuestro ordenamiento jurídico.

Y es allí donde encontramos la obligatoriedad de los jueces de no apartarse de la doctrina que emana de los Tribunales internacionales de Derechos Humanos.[2]

Pero veamos como se refleja esta sumisión en los distintos institutos del Derecho Administrativo conforme la propia jurisprudencia nacional e internacional.

Procedimiento Administrativo

En relación al procedimiento administrativo, el funcionario que emite un acto administrativo en el marco de un procedimiento administrativo, no solo debe efectuar un control de legalidad, de dicho acto, sino también de Constitucionalidad y de Convencionalidad.

Es decir, que debe corroborar que dicho acto administrativo este en un todo encuadrado dentro de las normas legales, disposiciones constitucionales y contenidos de los tratados

1 Ver "El Control de Convencionalidad", Albanese Susana y Otros, Ediar 2008

2 GIROLDI, Horacio D. y Otro. CSJN 07/04/1995. En el mismo sentido BRAMAJO, Hernán Javier s/Incidente de excarcelación. CSJN 12/09/1996 y más recientemente CARRANZA LATREBUSSE, Gustavo c/ ESTADO NACIONAL – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut CSJN 06/08/2013.

internacionales de derechos humanos suscriptos por el Estado en cuestión.

El debido proceso adjetivo constituye un principio de raigambre constitucional aplicable a toda la actividad del Estado que comprometa derechos, y deriva de la garantía de defensa consagrada en los arts. 18 de la Constitución Nacional Argentina y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Si bien en tales disposiciones el principio parecería ser como una garantía unida al derecho penal, su extensión debe entenderse extendida a cualquier cauce formal y procedimental de actuación estatal.

En tal sentido, la regla del debido proceso expresa la idea más general de la prevalencia del Estado de Derecho, esto es, que las autoridades administrativas del Estado republicano y democrático se encuentran sometidas y subordinadas al ordenamiento jurídico establecido, el que regula y prescribe las formas de expresión de la voluntad pública.

La proyección y aplicación del debido proceso es múltiple, tanto como lo son las formas y modalidades que adquiere en la actualidad el procedimiento administrativo.

En general, todo acto administrativo que comprometa derechos requiere el conocimiento previo de los interesados, lo que supone el descargo, la prueba, la publicidad, la transparencia, la vista y el acceso irrestricto a las actuaciones, la motivación de los actos y el cumplimiento de los procedimientos especiales requeridos por la ley para determinados actos y decisiones.

En cualquier caso, no resultan admisibles las interpretaciones que proponen restringir o limitar indebidamente el alcance del debido proceso

y en ningún caso será legítimo prescindir de su observancia y cumplimiento.

No obstante encontrarse en un todo de acuerdo la doctrina, la jurisprudencia y las diversas legislaciones americanas la Comisión Interamericana de Derechos Humanos debió fijar posiciones3 sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el ámbito del procedimiento administrativo, estableciendo la obligación de estos de contar con reglas claras en cuanto al accionar de los agentes administrativo y políticos a fin de evitar márgenes de discrecionalidad que puedan fomentar practicas arbitrarias y discriminatorias.

Asimismo, fijo estándares a ser aplicados en el procedimiento administrativo tales como el derecho a una revisión judicial amplia y suficiente, la aplicación del plazo razonable en las decisiones administrativas, la publicidad del actuar de la administración y a contar con asistencia legal.

Estándares fijados por el SIDH

En el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos a sido clara la posición de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a través de diversas sentencias sobre la aplicabilidad de las garantías del debido proceso en el entorno del procedimiento administrativo4 relacionado con los derechos que involucran a agentes estatales, de migrantes y de pueblos indígenas.

En el caso Baena, Ricardo y Otros vs.

3 En WWW.CIDH.ORG ver OEA/Ser. L/V/II.129. Doc. 4 7 de septiembre 2007.

4 El art. 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos establece: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. (la negrita me pertenece).

Panamá, donde 270 empleados públicos fueron exonerados de sus cargos acusándolos de complotar en un golpe militar, ya que habían participado de huelgas y movilizaciones en defensa de sus derechos laborales que coincidieron con la asonada militar, en un principio a través de comunicaciones enviadas por orden del Presidente de la Republica y luego con fundamento en una ley especial posterior la que permitía un único recurso administrativo de reconsideración por ante el mismo funcionario que procedió a separarlo de su cargo y les fue aplicada retroactivamente, la CorIDH se manifestó sosteniendo que la aplicación de las garantías judiciales no se limitan exclusivamente a los recursos judiciales sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales (procedimentales) donde la actuación u omisión de los órganos estatales afecte derechos subjetivo o intereses legítimos de los administrados.

Asimismo sentencio que "Es un derecho humano el obtener todas las garantías que permitan alcanzar decisiones justas, no estando la administración excluida de cumplir con este deber. Las garantías mínimas deben respetarse en el procedimiento administrativo.....".

Vemos claramente en este caso, en donde se debatían cuestiones de empleo publico el pleno control que efectúa la CorIDH, haciendo prevalecer su interpretación de la Convención y el control de convencionalidad sobre el procedimiento administrativo efectuado por la administración.

Otro caso en donde podemos observar un accionar en el mismo sentido por la CorIDH es el de Ivcher Bronstein vs. Perú.

El Sr. Bronstein, nacido en Israel, obtuvo la nacionalidad peruana a los fines de desarrollarse

como empresario televisivo en la Republica del Perú donde una ley impide a los extranjeros tener paquetes accionarios mayoritarios en los medios de comunicación.

En dicho canal televisivo, realizaba programas de investigación periodística donde intento presentar casos de corrupción gubernamental.

A los fines de que cesara en sus intentos de exponer este tipo de programas, La Dirección General de Migraciones y Naturalizaciones dejo sin efecto el título de nacionalidad peruana por no encontrar el expediente administrativo y sin ponerlo en conocimiento del Sr. Bronstein a fin que este pueda ofrecer, producir y controlar elementos probatorios y ser oído en el procedimiento administrativo.

En este caso, la CorIDH entendió que el proceso (procedimiento) administrativo por el que el Estado privo al Sr. Bronstein de la nacionalidad vulnero los derechos consagrados en los arts. 8.1 y 8.2 de la Convención Interamericana.

En otro caso, relacionado con el plazo en resolver administrativa una petición5 ya que el Estado llevaba 15 años sin responder la solicitud de reivindicación territorial ancestral de una comunidad indígena la CorIDH se expidió manifestando "En el presente caso la Corte ha sido llamada a pronunciarse sobre las alegadas violaciones a los derechos consagrados en los citados artículos en cuatro procedimientos sustanciados en sede interna, a saber: i) procedimiento de reconocimiento de líderes; ii) procedimiento de obtención de personalidad jurídica; iii) medidas de no innovar, y iv) procedimiento de reivindicación

5 Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Republica del Paraguay con sentencia de 29 de marzo de 2006

de tierras (...) En consecuencia, en el presente capítulo la Corte analizará si dichos procedimientos se desarrollaron con respeto a las garantías judiciales y dentro de un plazo razonable, así como si constituyeron un recurso efectivo para asegurar los derechos de los recurrentes. Para ello, la Corte recuerda que el debido proceso legal debe respetarse en el procedimiento administrativo y en cualquier otro procedimiento cuya decisión pueda afectar los derechos de las personas...".

Resulta interesante analizar el informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos6 en el caso de los sacerdotes Riebe Star, Baron Guttlein e Izal Elorz que eran los representantes de la diócesis de san Cristóbal de las Casas en el Estado de Chiapas, en México.

Los tres religiosos fueron conducidos por la fuerza al aeropuerto de Tuxtla Gutiérrez y fueron luego trasladados en un avión del Gobierno hasta el aeropuerto de la Ciudad de México, donde fueron sometidos a un interrogatorio político por parte de autoridades mexicanas de inmigración.

Las autoridades mexicanas comunicaron a los sacerdotes que no tenían derecho a ser asistidos por un abogado, ni a conocer los cargos en su contra, las respectivas pruebas, los nombres de quienes los acusaban o a ser defendidos en manera alguna. Finalmente, se les anunció que serían expulsados por "realizar actividades no permitidas por su status migratorio".

A continuación, los sacerdotes fueron escoltados por agentes de migraciones e instalados en un vuelo con destino a los Estados Unidos. Recién a su arribo a ese país, recibieron un comunicado de la Secretaría de Gobernación de

6 www.cidh.org informe 49/1999, Caso 11.610 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, México, 13 de abril de 1999.

México, en el cual les hacían saber las causas de la deportación y las imputaciones hechas por las autoridades migratorias de México.

En su decisión sobre este caso, la CIDH reconoció la necesidad de fijar estándares en materia de procedimientos administrativos basándose en los ya establecidos por la Corte Europea de Derechos Humanos, donde son de resaltar los conceptos vertidos en los párrafos 66, 67 y 69 que dicen:

"Por su parte, la Comisión Europea de Derechos Humanos ha establecido en términos generales que los derechos al debido proceso y a la defensa en juicio son aplicables a los procedimientos e investigaciones administrativas (...) Respecto a la amplitud de las garantías del debido proceso que deben observarse en el procedimiento administrativo, la Comisión ha notado coincidencia en la jurisprudencia de varios países. Por ejemplo, la Corte Constitucional de Colombia ha establecido en tal sentido que "toda actuación administrativa deberá ser el resultado de un proceso en el que la persona tuvo la oportunidad de expresar sus opiniones así como de presentar las pruebas que demuestren su derecho, con plena observancia de las disposiciones procesales que lo regulen (...) No menos interesante es la perspectiva del jurista Agustín Gordillo sobre el particular: El principio de oír al interesado antes de decidir algo que lo va a afectar, no solamente es un principio de Justicia, es también un principio de eficacia, porque indudablemente asegura un mejor conocimiento de los hechos y por lo tanto lo ayuda a una mejor administración, además de una más justa decisión...."

Concluyendo finalmente al decir que entendía que tal derecho debió incluir la opción de

los administrados de ser asistidos por un abogado o una persona de su plena confianza durante el procedimiento administrativo.

Por su parte, la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias también se ocupó de establecer estándares sobre los alcances del debido proceso legal en el procedimiento administrativo.

Así, en abril de 2001, en su Segundo Informe de Progreso7, se pronunció sobre la vinculación entre los derechos de los trabajadores migrantes y el debido proceso legal en sede administrativa en los siguientes términos:

"En todo trámite o procedimiento de índole no penal a que pueda verse sometido un trabajador migratorio, debe regir también un cierto quantum de debido proceso (…) en todos los casos en los que está en juego el goce efectivo de un derecho o un interés legítimo, las decisiones de la autoridad pública deben adoptarse sólo después de que el interesado sea debidamente escuchado por las autoridades (…)

Este principio de debido proceso, con este grado de flexibilidad, se aplica no sólo a las decisiones jurisdiccionales sino también a las que adoptan las autoridades administrativas en la esfera de su competencia…"

Como conclusión parcial, arribamos a que los estándares hasta aquí reseñados dan una clara postura del Sistema Interamericano sobre el procedimiento administro y la aplicación del control de los mismos a través de los contenidos de la Convención.

Es de señalar que los casos hasta aquí vistos

7 www.cidh.org Segundo Informe de Progreso de la Relatoría sobre Trabajadores Migratorios y Miembros de sus Familias en el Hemisferio (OEA/SER./l/v/i111 doc. 20 rev.), 16 abril 2001

son a mero modo ejemplificativo ya que es amplia la jurisprudencia de la CorIDH y de la CIDH en este mismo sentido.

Limitaciones a la discrecionalidad Estatal.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se pronuncio en distintas oportunidad sobre la necesidad de poner limitaciones a la actuación discrecional de los Estados condicionando su actuación.

En el antes enunciado caso Baena, Ricardo y Otros vs. Panamá la CorIDH se manifestó recalcando que aun en materia administrativa la actuación discrecional del Estado tiene límites infranqueables siendo los Derechos Humanos uno de esos límites. Y siguiendo el mismo razonamiento conductor destaco la importancia que tiene la regulación del accionar administrativo a fin de reducir de evitar la invocación del denominado orden público y así evitar la reducción discrecional de los derechos de los administrados.

Otra clara muestra de la posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en relación a la necesidad de limitar el accionar discrecional de la administración en todo procedimiento administrativo lo observamos en el caso de los Cinco Pensionistas8 , donde estaba en juego la reducción del monto de los haberes jubilatorios de cinco pensionistas, que habían trabajado en la Administración pública de Perú, y la falta de acatamiento de las decisiones judiciales que ordenaron su pago conforme a su régimen originario de cálculo.

Aquí la CorIDH sostuvo que cualquier accionar que realice un Estado, interpretando su propia legislación, que pueda afectar

8 Caso Cinco Pensionistas vs. Perú. Sentencia del 28 de febrero de 2003. Serie C N* 98

intereses legítimos o derechos subjetivos de sus administrados debe realizarse en el marco de un procedimiento administrativo donde se respeten todos los derechos y garantías y que este accionar debe estar subordinado a las decisiones adoptadas por el Poder Judicial.

En otros casos9 destaco "in fine" que la ausencia de mecanismos o remedios procedimentales para apelar judicialmente una decisión administrativa es violatorio del régimen de los derechos humanos y que esta decisión debe ser tomada sobre la base de normas claras y objetivas que tiendan a restringir la esfera discrecional de la administración y que estas leyes no deben otorgar a los funcionarios que la apliquen una discrecionalidad amplia porque de esta manera se esta creando un espacio para la aparición de actos discriminatorios.

También la CIDH se manifestó en forma concurrente con esta posición de la CorIDH en el caso Perales Martínez, Eduardo vs. Republica de Chile10.

En este caso el peticionario presentó una denuncia a la CIDH contra la República de Chile por la presunta violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), libertad de pensamiento y expresión (artículo 13) y recurso judicial (artículo 25), juntamente con la violación de la obligación de respetar los derechos (artículo 1.1), previstos en la CADH. Dichas violaciones habrían sido ocasionadas a raíz de la desvinculación del peticionario del cuerpo de Carabineros de Chile en 1998, según éste, por haber contado un chiste crítico de dicha Institución.

9 Caso de las Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana. Sentencia del 8 de septiembre de 2005. Serie C N* 130

10 CIDH, Informe N* 57/05, Petición 12.143, admisibilidad, Eduardo Perales Martinez. Chile, 12 de Octubre de 2005.

La Comisión en su informe de admisibilidad remarco y destaco que "El peticionario también alega la violación al derecho al debido proceso administrativo (…) La Comisión encuentra que los hechos del caso presentan importantes cuestiones sobre los límites de las decisiones discrecionales en un Estado de Derecho y su relación con la Convención Americana.

En particular, la Comisión analiza en la etapa de fondo respectiva, "si los parámetros establecidos por la Convención admiten que una decisión puramente discrecional, tomada por el Presidente de la República, a proposición del general Director de Carabineros, a dar de baja un oficial de Policía, puede validamente destituirlo cuándo afecta derechos individuales reconocidos bajo la Convención Americana y la Constitución chilena.¿Tiene derecho un oficial de policía a un debido proceso en un procedimiento administrativo de carácter disciplinario - establecido por ley- , y el derecho a defenderse en contra de los cargos presentados? Y en caso de una respuesta afirmativa, ¿cuáles son las garantías requeridas para un debido proceso? Además, qué propósito tiene brindar garantías de debido proceso al acusado, si la última decisión sobre su remoción puede ser tomada por el Presidente, y ser puramente discrecional?"

Si bien, la Comisión admite que los Estados tienen la competencia de ejercer determinadas facultades discrecionales en el ejercicio de algunas de sus decisiones políticas de gobierno –por ejemplo, la designación y remoción de altos funcionarios de política como los Ministros de Despacho-, lo que determinará la Comisión en el presente caso es si, de acuerdo con la Convención Americana, pueden invocarse dichas facultades discrecionales para

afectar situaciones que involucran el ejercicio de derechos individuales (...).

Como podemos ver, a graves de las sentencias, e informes aquí reseñados, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos fijo estándares relativos al establecimiento de normas y pautas para la actuación de las autoridades estatales, limitando su accionar y la consagración del control que el mismo realiza sobre las diversas administraciones.

I.2. Elementos que componen el debido proceso/ procedimiento en sede administrativa.

I.2.1. Audiencia para la determinación de hechos y derechos

Esta debe ser previa al inicio de las actuaciones administrativas a los fines de permitir clarificar previamente cuales son los hechos acontecidos y el conocimiento de los administrados de cuales son los distintos derechos de los que goza e inclusive cuales son los derechos que se están poniendo en juego en el procedimiento administrativo a fin de permitir el pleno conocimiento de las imputaciones que se le efectuan y contar con plazos razonables para evacuar la prueba correspondiente y preparar y formalizar los correspondientes alegatos.

La CIDH en el informe de fondo del referido caso Loren Riebe y Otros11 considero que la ausencia de dicha audiencia fue en contradicción a lo dispuesto por el art. 8 de la Convención Americana.

11 Loren Laroye Riebe Star, Jorge Baron Guttlein y Rodolfo Izal Elorz, cit.

I.2.2. Derecho a representación legal

En el mismo informe antes mencionado la CIDH considero que la falta de asistencia legal de confianza en un procedimiento administrativo sancionatorio es violatorio del Art. 25 de la Convención Americana ya que se priva al administrado de estar en conocimiento de que cuenta con remedios judiciales expeditos y rápidos (Vg. Amparo, habeas data, etc.) que permiten evitar la violación de derechos y garantías.

I.2.3. Notificación previa sobre la existencia de un procedimiento

La posición del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y la necesidad e importancia de la existencia de este elemento en todo procedimiento administrativo podemos resumirla en el decir de la CIDH en el caso Ivcher Bronstein donde manifestó la configuración de violación del art. 8 de la Convención con el siguiente argumento: "En cuanto al artículo 8 de la Convención, la Comisión alegó que (…)…c) la privación del título de nacionalidad del señor Ivcher se efectuó en forma arbitraria. Para la emisión de la resolución que dejó sin efecto dicho título no se citó en ninguna oportunidad al señor Ivcher, éste no recibió comunicación previa y detallada del asunto sujeto al conocimiento de la autoridad, con información de los cargos correspondientes, no se le hizo conocer que el expediente de nacionalización se había perdido, ni se le requirió que presentara copias con el fin de reconstruirlo; tampoco se le permitió presentar testigos que acreditaran su posición; en suma, no se le permitió ejercer su derecho de defensa…" .

De esta manera, la CIDH destacó la importancia que posee la notificación previa sobre la existencia misma del proceso/procedimiento para el resguardo del debido proceso legal, y lo identificó como un componente esencial del procedimiento administrativo.

I.2.4 – El derecho a una decisión fundada

Este es otro de los elementos con los que debe contar todo procedimiento administrativo ya que todo acto administrativo que resuelve la pretensión de un administrado debe considerar expresamente la totalidad de las cuestiones propuestas, así como los argumentos que llevan al administrador a concluir en su decisión.12

En el caso Claude Reyes13 y otros, la CorIDH fue enfática en cuanto a la necesidad de que la Administración desarrolle los fundamentos de sus decisiones y los ponga a disposición de los administrados.

En el caso, la autoridad estatal se negó a resolver en forma satisfactoria una solicitud de información sin siquiera plasmar dicha denegatoria en una decisión escrita y debidamente fundada. Esta situación determinó que la Corte entendiera que tal actuar de la Administración resultó arbitrario y determinó la violación de la CADH.

La CIDH se expidió en el mismo sentido en los casos Elias Gatas Sahih14 y Jose Luis Tapia15.

12 Conf. Procedimiento Administrativo. Agustín Gordillo – Mabel Daniele y Otros. Segunda edición Pág. 64.

13 Caso Claude Reyes y Otros vs. Republica de Chile Sentencia del 19 de septiembre de 2006. Serie C N* 151. párrafos 122 y 123 “in fine”.

14 CIDH, Informe N* 9/05, Petición 1/03, Admisibilidad, Elías Gattass Sahih, Ecuador, 23 de febrero de 2005

15 CIDH, Informe N* 21/04, Petición 12.190, admisibilidad, José Luis Tapia González y Otros, Chile, 24 de febrero de 2004

I.2.5. La publicidad de las actuaciones administrativas.

Este elemento fue considerado por la CorIDH en el citado caso "Claude Reyes y Otros vs. Chile" donde insto a la gestación de procedimientos administrativos tendientes a garantizar el acceso a la información que obra bajo el control del Estado y por la CIDH en el Informe sobre Terrorismo y derechos Humanos donde sostuvo que ...Otro aspecto adicional del derecho al acceso a la información es "la presunción de que todas las reuniones de los órganos gubernamentales son abiertas al público". Esta presunción es aplicable a toda reunión en que se ejerzan poderes de toma de decisión, incluyendo las actuaciones administrativas, las audiencias de tribunales y los procedimientos legislativos. Toda limitación a la apertura de las reuniones debe estar sujeta a los mismos requisitos que la retención de información.

I.2.6. Cumplimiento por parte de la administración de plazos razonables.

Otro elemento al que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos le ha conferido un papel relevante, es el derecho al plazo razonable del proceso administrativo.

En este sentido, es de destacar que existen circunstancias propias del diseño y el funcionamiento de los mecanismos de determinación de derechos, que tienen efecto directo sobre los mismos.

Así, resulta relevante la garantía de "tiempo razonable" aplicada a los procesos en los que se determinan derechos, pues resulta evidente que la

duración excesiva de los procesos puede causar un daño irreparable para el ejercicio de estos derechos, forzando al administrado (la parte mas débil) a transar o resignar la integridad de su derecho.

Tanto la CIDH como la Corte IDH han desarrollado las vinculaciones entre el debido proceso legal en sede administrativa y el derecho al plazo razonable de los procedimientos administrativos.

En su demanda en el caso "Comunidad indígena Yakye Axa del Pueblo Enxet-Lengua contra la República de Paraguay"109, la Comisión hizo referencia a tal particular relación. En dicha oportunidad, la CIDH alegó que el Estado paraguayo no había garantizado el derecho de propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en trámite la solicitud de reivindicación territorial de la comunidad, sin que se hubiera resuelto esta situación lo que significó la imposibilidad de la comunidad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicó mantenerla en un estado de vulnerabilidad.

No olvidemos que para determinar la razonabilidad del plazo debemos tomar en cuenta tres variables y aplicarlas al caso en concreto, es decir, cual es el desempeño del administrado, la complejidad del caso y la diligencia del actuar administrativo.

I.2.7. La revisión judicial de las decisiones administrativas.

Un último elemento determinado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es la

obligatoriedad de la revisión judicial de las decisiones administrativas.

En este sentido es claro que la inexistencia, la falta de adecuación o la existencia de medidas o normas tendientes a trabar un libre y suficiente acceso a la impugnación judicial de las decisiones administrativas es violatorio de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana.

Los estándares fueron determinados en el Sistema Interamericano en el caso de las niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana y en el caso Loren Laroye Riebe Star y Otros vs. México en donde se concluyo en el primero de los casos que "…De acuerdo con la ley dominicana, existen dos vías procesales, la administrativa y la judicial, para la revisión de las resoluciones del Registro Civil sobre las declaraciones tardías. La vía administrativa se refiere a la revisión que realiza el Procurador Fiscal sobre las resoluciones del Registro civil, las cuales también pueden ser revisadas por la Junta Central Electoral. La segunda vía se refiere a la revisión que realiza el Juzgado de Primera Instancia. La Comisión considera que las dos vías son contradictorias e insuficientes, toda vez que no proveen la oportunidad de apelar una decisión negativa de las autoridades del Registro Civil de manera consistente con el artículo 8 de la Convención. Las madres de Dilcia y Violeta trataron de registrar los nacimientos de las niñas, pero sus solicitudes fueron rechazadas por oficiales del Registro Civil y a pesar de los esfuerzos de las demandantes, sus solicitudes nunca fueron revisadas por un tribunal competente (…) Del análisis de la documentación aportada en el trámite ante ella, la Comisión observó y concluyó que no existe en la legislación interna una disposición legal que

permita a un particular apelar la decisión que el Procurador Fiscal adopte en virtud del artículo 41 (vigente) ante un Juzgado de Primera Instancia, ya que de acuerdo con la Ley 659 sobre Actos del Estado Civil es el Procurador Fiscal quien está a cargo de presentar las declaraciones tardías ante el Juzgado de Primera Instancia y en el presente caso ello no sucedió (…)

El procedimiento establecido en el artículo 41 de la Ley 659 indica las etapas a seguir por parte de las autoridades en el supuesto de que se presenten los requisitos establecidos por la Junta Central Electoral; sin embargo, cabe señalar que ni este artículo, ni ningún otro, menciona cómo acceder a la instancia judicial de manera directa e independiente, en el caso que los demandantes deseen impugnar la decisión negativa del Procurador Fiscal. Por ello, la Comisión considera que la Ley 659 no contempla un recurso para acceder a un tribunal que permita revisar y corregir los actos de los oficiales administrativos…".

En el segundo de los casos la CIDH también hizo hincapié en el derecho a la revisión judicial de las decisiones de las autoridades estatales.

Respecto a otros institutos que podemos encontrar, voy a realizar una breve mención por una cuestión de tiempo y espacio.

Ejecutoriedad del Acto Administrativo. – Régimen exorbitante e igualdad de armas

El Decreto Ley Nacional de Procedimientos Administrativos Nº 19.549, dispone en su art. 12 que: "El acto administrativo goza de presunción de legitimidad; su fuerza ejecutoria (…) impide que los recursos que interpongan los administrados suspendan su ejecución y efectos, salvo que una norma expresa establezca lo contrario. Sin embargo, la Administración podrá, de oficio o a pedido de

parte y mediante resolución fundada, suspender la ejecución por razones de interés público, o para evitar perjuicios graves al interesado, o cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta."

Esta norma que ha sido interpretada por gran parte de la doctrina y jurisprudencia nacional y Provincial como típica prerrogativa de la administración frente a los particulares.

Podemos llenar una inmensa biblioteca con los fallos que hablan en este sentido y los manuales y tratados que lo manifiestan como una verdad inamovible.

Pero, por otro lado tenemos el principio de "igualdad de armas" que surge de los arts. 8 y 24 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que implica que el procedimiento y el proceso (aplicado al derecho administrativo) se debe construir en todas sus fases, instancias, etapas y tramites en forma equilibrada para las partes de modo que ninguna tenga ventaja sobre la otra.

Como vemos, la aplicación de este juego normativo nos lleva a que se amplia a tal punto las excepciones de tal forma que las transforma en principios.

De allí que la mera interposición de un recurso como principio suspende la fuerza ejecutoria del acto administrativo porque si bien la norma nacional determina que no lo suspende, la norma constitucional supranacional nos dice lo contrario.

Esto que parece tan claro tiene una conducta contraria por parte de la Administración y hasta donde sé, no tiene recepción jurisprudencial.

Poder de Policía.

En lo que hace a la regulación de los derechos individuales o colectivos por parte de la Administración, esto debe ser interpretado de manera más estricta a lo que se viene haciendo en los últimos años.

Si bien la parte orgánica de la Constitución permite al Poder Ejecutivo el dictado de reglamentos con sustancia legislativa como ser los reglamentos delegados del art. 76 o los famosos DNU del art. 99 inc. 3°, a fin de regular y/o restringir determinados derechos no podemos dejar de recordar principios básicos de la Convención Interamericana de Derechos humanos como los que surgen de los arts. 28[16], 29[17],

16 Artículo 28. Cláusula Federal

Cuando se trate de un Estado parte constituido como Estado Federal, el gobierno nacional de dicho Estado parte cumplirá todas las disposiciones de la presente Convención relacionadas con las materias sobre las que ejerce jurisdicción legislativa y judicial.

Con respecto a las disposiciones relativas a las materias que corresponden a la jurisdicción de las entidades componentes de la federación, el gobierno nacional debe tomar de inmediato las medidas pertinentes, conforme a su constitución y sus leyes, a fin de que las autoridades competentes de dichas entidades puedan adoptar las disposiciones del caso para el cumplimiento de esta Convención.

Cuando dos o más Estados partes acuerden integrar entre sí una federación u otra clase de asociación, cuidarán de que el pacto comunitario correspondiente contenga las disposiciones necesarias para que continúen haciéndose efectivas en el nuevo Estado así organizado, las normas de la presente Convención.

17 Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a. permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;

b. limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o

30[18] y 42[19].

Este planteo no tiene recepción jurisprudencial, aun, pero esperemos que a corto plazo el poder judicial empiece a entender estas limitaciones.

Pero así como mencione 2 temas que no tienen recepción jurisprudencial, quiero comentarles algunos casos paradigmáticos de aplicación de los Tratados de derechos humanos en el ámbito del derecho administrativo argentino.

Alcance de la indemnización en la revocación unilateral de la administración

En el caso Rabinovich contra la Municipalidad de Vicente López, de 1997, el actor tenía un permiso de edificación otorgado para la construcción de una obra en la localidad de La Lucila, Partido

---

libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;

c. excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d. excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

18 Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

19 Artículo 42

Los Estados partes deben remitir a la Comisión copia de los informes y estudios que en sus respectivos campos someten anualmente a las Comisiones Ejecutivas del Consejo Interamericano Económico y Social y del Consejo Interamericano para la Educación, la Ciencia y la Cultura, a fin de que aquella vele porque se promuevan los derechos derivados de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires.

de Vicente López el cual fue revocado en forma unilateral por la administración.

El Sr. Rabinovich pretendió la reparación integral, entendiendo por esta no solo el daño emergente sino también el lucro cesante.

La doctrina y jurisprudencia administrativa siempre sostuvo que en aquellos casos en donde por actividad licita del Estado se producía un daño al administrado, debía indemnizarse el daño emergente

Más a partir de este caso, sentó en un extenso fallo dividido una doctrina diferente apoyada en normas de la Convención Interamericana.

"…si bien es cierto que "la responsabilidad por actividad lícita del estado tiene carácter complejo por ausencia de normas específicas que regulen la materia (…) no puede desconocerse que el derecho es uno, el edificio jurídico es único y coronado por la Constitución nacional y los Tratados Internacionales que revisten su misma jerarquía (art. 75 inc. 22 de la Carta Magna); estas normas supremas son el elemento aglutinante y la base sobre la cual reposa todo el ordenamiento legal (…) Así los arts. 14 y 17 de la Constitución nacional garantizan la inviolabilidad de la propiedad y concordantemente el art. 21 inc. 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos reafirma tal postulado esencial al expresar que "Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa (…) La amplitud con la cual la Corte nacional ha conceptualizado a la propiedad y la garantía de indemnización justa que acuerda el pacto de San José de Costa Rica a toda persona que es privada de sus bienes, constituyen el fundamento básico que legitima el principio de reparación integral, que incluye al "daño emergente" y "al

lucro cesante", entendido este rubro, en su exacta acepción como la probabilidad objetiva, debida y estrictamente comprobada de las ventajas económicas justamente esperadas, conforme a las circunstancias del caso...".

Amparo por mora.

El amparo por mora es un instituto del derecho administrativo por el cual, en el supuesto de incurrir en mora la administración, el administrado puede ocurrir a la justicia a fin que el juez ordene a la administración expedirse

En el caso Tumminiello, Eliseo c/ Superintendencia de Servicios de Salud, se estaba discutiendo el encuadramiento asistencial atento a que se le había prescripto un transplante de medula ósea.

En el caso, la Cámara Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala IV) entendió que: "...Frente a la gravedad de la situación planteada -en la que se halla en juego el derecho a la vida de la demandante, que encuentra protección en los tratados internacionales, cuya jerarquía constitucional fue reconocida en el artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna (Conf. Art.. I de la Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, artículo 3 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; artículo 4° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos;; artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)- resultan claramente insuficientes los argumentos expuestos por el organismo público...".

Reclamo Administrativo Previo

El reclamo administrativo previo, es un instituto del derecho administrativo por el cual ante un hecho o una omisión de la administración, previo a ocurrir ante el poder judicial, debe agotarse la instancia administrativa a través de la presentación de un reclamo administrativo.

En este caso, el Sr. Bejarano (actora) presento demanda por cobro de diferencias salariales, producto de su incorrecta liquidación, contra Fabricaciones Militares.

La Sra. Juez de 1ª Instancia tuvo por no habilitada la instancia judicial, en virtud que los actores no habían interpuesto reclamo administrativo previo sobre la base de lo dispuesto en los arts. 30, 31 y 32 de la LPA.

El Sr. Bejarano, apeló y la Sala IV de la Cámara Nacional en lo Contencioso administrativo revoco el fallo de la Juez de 1ª Instancia poniendo de relieve que:

"...los actores dedujeron la presente demanda con el objeto de obtener el pago de la deuda salarial que se habría generado como consecuencia de la incorrecta liquidación de sus haberes y de la indemnización que les fue abonada cuando concluyó su relación con la demandada..."

En virtud de lo cual, se indicó que "...a pesar de que no se encuentra previsto como excepción en el nuevo texto legal, resultaría claramente un ritualismo inútil exigir el reclamo administrativo previo en el caso de autos, toda vez que consta al tribunal -en atención a los numerosos procesos análogos ya resueltos- la reiterada negativa de la demandada a admitir la procedencia de planteos de este tipo (...) En este sentido, no puede dejar de recordarse que el exceso de rigor formal (...) resulta incompatible con las reglas del debido proceso y el adecuado servicio de justicia (Conf. C.S.J.N.,

doctr. de Fallos: 311:700 y 2177; 317:1579, entre otros), máxime atendiendo al derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en diversos tratados de jerarquía constitucional (conf. art. XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, art. 8° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, y art. 8° del Pacto de San José de Costa Rica, arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos).

Para finalizar, trayendo a colación el citado caso "Palacios", afirmando que: "(...) A este respecto es adecuado traer a colación que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos ha sostenido que el derecho a la tutela judicial efectiva 'impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares. Las garantías a la tutela judicial efectiva y al debido proceso imponen una interpretación más justa y beneficiosa en el análisis de los requisitos de admisión a la justicia, al punto que por el principio pro actione, hay que extremar las posibilidades de interpretación en el sentido más favorable al acceso a la jurisdicción' (conf. informe N° 105/99, caso 10.194, 29/9/99)..."

Silencio Administrativo

El silencio administrativo se encuentra regulado en el art. 10 del Decreto Ley 19549 y brevemente funciona con la interposición de un pronto despacho ante la inactividad de la administración efectuada por el administrado, cumplido los plazos pertinentes, el administrado puede considerar como denegado lo peticionado y en el supuesto de un recurso jerárquico considerar agotada la vía administrativa y poder ocurrir a la justicia a fin de

hacer valer sus derechos.

Tradicionalmente fue concebido como una garantía de los particulares frente a la administración, pero si nos detenemos un poco a reflexionar, vamos a ver que en realidad choca con los principios, derechos y garantías incorporados a nuestro régimen por los arts. 8.120, 2421, 25.122 y 25.2 de la Convención Americana de derechos humanos ya que permite a la administración expresarse en forma ficta o mejor dicho no expresarse y que ese no hacer sea considerado una negación a lo peticionado.

Ahora bien doctrinariamente tenemos en claro este choque normativo, pero como respondió el poder Judicial a esta interpretación? En autos

20 Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

21 Artículo 24. Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

22 Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados partes se comprometen:

a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Transporte Servicor S.A. c/ Municipalidad de Lomas de Zamora manifestó que: "...Cabe descartar que el silencio de la comuna pueda interpretarse como una actividad capaz de constituir un medio apto para declarar su voluntad. Antes bien, tal proceder evidencia el incumplimiento del deber de pronunciarse en forma expresa y fundada frente al reclamo presentado (arts. 15, Const. provincial; 103, 108 y concs., Ord. Gral. 267/1980).

Esa actitud omisiva resulta, pues, violatoria del derecho de defensa de la reclamante, que se integra con el derecho a obtener una decisión no sólo motivada, sino también oportuna y que en el ámbito del procedimiento administrativo deviene una obligación de la Administración inherente al principio del debido proceso adjetivo que lo informa (art. 15 in fine de la Constitución provincial).

Doctrina posteriormente reiterada en autos "San José Sud Mouriño S.A. y otros c/ provincia de Buenos Aires (Dirección general de Rentas) s/ Amparo por mora", B 66.552, sentencia del 3 de noviembre de 2004, donde la Suprema Corte provincial estableció que: "...el derecho de petición" no se agota con el hecho de que el ciudadano pueda pedir, sino que exige una respuesta. Frente al derecho de petición se encuentra la obligación de responder. Ha de recordarse que en el artículo XXIV de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre -cuya jerarquía constitucional le fue acordada en el artículo 75, inciso 22 del nuevo texto de la Carta Magna- al reiterarse el reconocimiento del derecho a peticionar a las autoridades, se impone a éstas el deber de una pronta resolución.

Licencias administrativas

Este caso en realidad dude de traerlo porque fue derogada la vieja ley 22.285 de radiodifusión.

En la misma, en el art. 45 se determinaba que, para poder concursar para obtener una licencia se requería ser persona física o sociedad comercial por lo que se excluía a las sociedades cooperativas, asociaciones civiles sin fines de lucro y asociaciones mutuales.

Aquí, la CSJN manifestó apoyándose en el art. 13 de Convención Americana de Derechos Humanos que:

Corresponde examinar si tal exclusión guarda proporción y aptitud suficiente con los fines que inspiraron el dictado de la ley 22.285 y si, de tal modo, puede compatibilizarse con las normas constitucionales referentes a la igualdad, la libre expresión, y los derechos de asociarse y de ejercer industria lícita (...) en tales condiciones, no se advierte la existencia de un interés superior que autorice a prohibir que la actora intervenga en un concurso público para normalizar su situación legal y poder, en el caso de ser seleccionada, ejercer su derecho a la libre expresión. Por lo que el párrafo primero del art. 45 de la ley citada y las normas dictadas en su consecuencia, en cuanto impiden que la demandante participe en concursos para la obtención de una licencia por no constituirse en una sociedad comercial, resultan violatorias de los arts. 14, 16, 28 y 75, inc. 23, de la Constitución Nacional y del art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos....”

CONCLUSIONES

A manera de conclusión me permito decir, que:

En primer lugar existe una falta o incompleta armonización de las legislaciones nacional e

internacional incorporada a la Constitución. Entiendo que el aparato estatal debe transformarse en cuanto a la producción normativa y la aplicación de los ordenamientos existentes, para impedir que las asimetrías jurídicas existentes puedan producir desigualdades de trato, tanto positivas como negativas, que puedan considerarse discriminatorias.

En segundo lugar, El Estado tiene el deber de a) aplicar la norma más beneficiosa para el particular, incluso aquella que sea más perjudicial para la administración.

En tercer lugar, el Estado al establecer distinciones y restricciones a los particulares debe hacerlo conforme los estándares internacionales establecidos para ello por los tratados y los tribunales internacionales.

En cuarto lugar, esto conlleva a que todo funcionario público sea este de carrera o político debe adecuar su accionar tanto a lo establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, como a las sentencias de la CorIDH, como a las recomendaciones de la CIDH so pena de hacer caer al Estado en responsabilidad internacional por violación de la misma.

A TREINTA AÑOS DE LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS. REFLEXIONES DESDE EL DERECHO PÚBLICO.

GUILLERMO EDUARDO CONY

SUMARIO: Introducción. I. El Derecho Internacional de los Derechos Humanos. II. Evolución del derecho público nacional. 1. Período 1984-1994. 2. Período 1994-2004. 3. Tercera etapa: 2004/2014. III. Perspectiva.

INTRODUCCIÓN.

Los aniversarios constituyen un momento propicio para la reflexión. Sostengo esto a la luz de la importancia asignada por nuestra sociedad al Bicentenario de la Revolución de Mayo acaecido en 2010, que fue reivindicado como una oportunidad única para reflexionar y debatir acerca de la historia y de la identidad de la República Argentina como así también para proyectar la construcción colectiva hacia el futuro[1].

En esa línea, deseo señalar que este año se cumplen veinte años de la Reforma Constitucional de 1994, que constituyó el hecho que más impacto tuvo sobre el derecho público nacional. Su importancia fue tal que sus consecuencias siguen siendo asimiladas aún hoy, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia.

Solo señalaré como hitos trascendentes de

1 Decreto N° 278/2008, que declaró "Año del Bicentenario de la Revolución de Mayo" al año 2010 en conmemoración del Segundo Centenario de la Revolución de Mayo de 1810.

aquel suceso a la consagración de nuevos derechos, a la inclusión de garantías como el amparo o el hábeas corpus y, sobre todo, a la incorporación de los tratados de Derechos Humanos a los que se les confirió jerarquía constitucional. Evidentemente el alcance de la reforma fue mucho más amplio aunque su tratamiento excede ampliamente el objeto del presente trabajo.

Sin embargo, más allá de la importancia de la Reforma Constitucional de 1994, deseo retrotraerme diez años más, al año 1984 cuando la Argentina ratificó la Convención Americana sobre Derechos Humanos, porque considero que ese fue verdadero comienzo del proceso de transformación del Derecho Público, y como tal merece ser reconocido.

El objeto del presente trabajo será reseñar la transformación producida a partir de la incorporación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos al Derecho nacional, con énfasis en la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El análisis contemplará la realidad del Derecho Público nacional, pero también el estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en particular del Sistema Interamericano. Y de ese análisis, tratar de vislumbrar el rumbo en el que se desarrollará la cuestión en los próximos años.

I. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El origen del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se remonta a la finalización de la Segunda Guerra Mundial, y está vinculado al surgimiento de la Organización de las Naciones

Unidas.

Generalmente se reconoce como hecho fundador a la aprobación por la Asamblea General de aquella organización de la Declaración Universal de los Derechos Humanos[2], en la histórica sesión del 10 de Diciembre de 1948. Aunque justo es reconocer como antecedente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, aprobada por la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos en abril de ese mismo año[3].

La aparición del derecho internacional de los derechos humanos es un hecho novedoso y trascendental en la historia contemporánea, al punto que el reconocido jurista argentino Carlos Nino sostuvo que los derechos humanos son el invento más importante del hombre en el siglo XX[4]. También se la ha señalado como "la más grande prueba histórica que jamás se haya dado del *consensus omnium gentium* sobre un determinado sistema de valores[5]".

El surgimiento de esta disciplina significó un enfoque novedoso respecto de la relación entre el ser humano y el Estado, con nuevas normas, nuevos principios y sobre todo nuevas pautas de interpretación. "No se trata de la internacionalización de nociones e institutos vigentes en los derechos constitucionales nacionales –lo que supone

2 Adoptada y proclamada por la resolución 217 A (III) de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.

3 Aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana, en Bogotá, Colombia, 1948.

4 Citado por PINTO, Mónica, "Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano", 40 Revista del IIDH, 2004, 25-86, pág. 25.

5 BOBBIO, Norberto, "Presente y futuro de los derechos humanos", en Problemas de la Guerra y las vías de la paz, Barcelona, Gedisa, 2000, Pág. 132.

una traslación normativa sin más–, sino de una noción cualitativamente distinta que surge de un consenso mundial y que se apoya en las nociones de dignidad y libertad comunes a todas las culturas y civilizaciones[6]".

Esta nueva disciplina se fue desarrollando lentamente, a partir de su consolidación en tratados internacionales, así como en normas consuetudinarias, principios y jurisprudencia propios.

Sin embargo su incorporación al derecho nacional tuvo que esperar varias décadas y sobre todo, superar la etapa histórica de la dictadura militar que ocupó el poder en el período 1976/1983, lapso durante el cual se produjeron las más graves violaciones a los derechos humanos de la historia argentina.

Luego de la recuperación de la democracia en Diciembre de 1983, Argentina procedió a ratificar con urgencia los tratados de Derechos Humanos. En particular el 14 de agosto de 1984 ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos, también conocida como Pacto de San José de Costa Rica. En esos años también se ratificaron los dos Pactos Internacionales de Naciones Unidas[7], la Convención para la Eliminacion de toda forma de discriminación contra la Mujer[8], y la Convención contra la Tortura[9].

Está claro que el fundamento de la necesidad

6 PINTO, Mónica, artículo citado, pág. 26.

7 Suscriptos en la ciudad de Nueva York, Estados Unidos de América, el 19 de diciembre de 1966. Aprobados por la República Argentina por Ley N° 23.313, el 17/04/1986.

8 Aprobada por resolución 34/180 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Suscripta por la República Argentina el 17 de julio de 1980. Aprobada por Ley N° 23.179, el 08/05/1985.

9 Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1984, y aprobada por la República Argentina mediante la Ley N° 23.338, el 30/06/1986.

de ratificar estos tratados no era jurídico sino político, ya que el gobierno democrático envió una fuerte señal hacia sus instituciones y también a la comunidad internacional. Era imprescindible sentar las bases del nuevo orden institucional.

En ese contexto, no hubo posibilidad de realizar un análisis minucioso sobre la compatibilidad de los tratados y el Derecho interno. Se ratificaban sin más, con mínimas reservas o declaraciones interpretativas.

Sin embargo, también merece repararse en el estado del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en ese momento. En el Sistema Americano de Derechos Humanos existía un órgano con competencia consolidada como lo era la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que había cumplido un importante papel en nuestro país a partir de su visita en el año 1979, y de cuyo testimonio da cuenta el "Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Argentina[10]". Y si bien la Convención Americana sobre Derechos Humanos –en adelante Convención ADH- había sido aprobada en 1969, la Corte Interamericana de Derechos Humanos –en adelante Corte IDH- recién comenzó a funcionar en 1979. La primera sentencia que resolvió un caso contencioso es del año 1988. Resulta claro que hasta ese momento, la actividad de la Corte IDH estuvo centrada en una labor de docencia y orientación, a partir de la emisión de importantes Opiniones Consultivas.

Mientras esto ocurría, los estados americanos asistían a la implementación de un nuevo orden con distancia, respeto, y algo de desconfianza.

En el ámbito nacional, este decenio estuvo marcado por el recelo y la cautela inicial, aunque

10 OEA (Ser.L/V/II.42, doc. 19 del 11 de abril de 1980.

se advierten señales de recepción al nuevo orden. En ese sentido, que en 1985 se modificó el Plan de Estudios de la Carrera Abogacía de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, que incorporó el dictado de la Asignatura Derechos Humanos y Garantías.

Hasta ese momento, la jurisprudencia de la Corte Suprema sostenía la separación de competencias entre el ámbito interno y el internacional, y supeditaba eventuales conflictos entre ambos a la solución final de la supremacía constitucional[11].

En ese marco, la ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos planteó un nuevo panorama, pues a partir de ese momento los Estados asumen tres obligaciones básicas:

a) respetar los derechos y libertades reconocidos en ella;

b) garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (artículo 1.1 Convención ADH) .

c) adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (artículo 2).

Los Estados Partes en los tratados de Derechos Humanos han asumido la obligación de "organizar

11 Al respecto, PINTO, Mónica, "Temas de Derechos Humanos", Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 1997, pág. 76; GUTIÉRREZ POSSE Hortensia D.T., "Influencia de la actividad de la Comisión Interamericana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la evolución de la jurisprudencia y del derecho positivo argentino".

todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además, el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los derechos humanos[12]".

II. EVOLUCIÓN DEL DERECHO PÚBLICO NACIONAL

1. Período 1984-1994.

La incorporación de estas obligaciones presentó una nueva concepción del derecho público, que no fue fácil de asimilar.

Existe un precedente que es demostrativo de la situación aludida[13]. Se trata de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación –en adelante Corte SJN-, que resolvió en el año 1987 una cuestión que involucraba aspectos de derecho privado. El caso versó sobre el alcance de las normas del Código Civil en materia sucesoria que atribuían una porción hereditaria menor al heredero extramatrimonial, y su compatibilidad

12 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, Sentencia de 29 de Julio de 1988, Serie C: Resoluciones y Sentencias No. 4, punto 166.

13 Eusebio, Felipe Enrique s/sucesión ab intestato. Corte Suprema de Justicia de la Nación, Fallos: 310:1080, 09/06/1987.

con el artículo 17.5 de la Convención ADH[14]. La Corte SJN arribó a una solución correcta aunque con fundamentos cuestionables. En efecto, a partir de la lectura del artículo 2 de la Convención ADH, sostuvo que el proceso de compatibilización de los derechos allí consagrados ocurre a partir de la sanción de una ley específica, lo que supone declarar la programaticidad de tales derechos, al tiempo que entendió que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos era una cuestión ajena a la discusión en tanto no hubiera una norma interna que dispusiera su remisión. Esta sentencia no mereció mayores cuestionamientos por parte de la doctrina al momento de su emisión, debido en parte que la legislación civil ya había sido modificada suprimiendo la desigualdad denunciada.

El período finaliza con la gran sentencia de la Corte Suprema que sentó las bases que luego se impondrían en la discusión de la Asamblea General Constituyente. Me refiero al fallo Ekmekdjian con Sofovich. Allí, la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó las pautas de armonización del Derecho interno con el Internacional. Aquel precedente determinó la supremacía de los tratados internacionales sobre las leyes; la obligación de todos los órganos del Estado –sea el Poder Ejecutivo, el Legislativo o el Judicial- de hacer cumplir los tratados internacionales; además de la obligación que surgen de los tratados de reconoce, y que los Estados Parte en esa Convención debían seguir las orientaciones que surgían de los órganos del Sistema, como la Comisión Interamericana o la Corte IDH; y finalmente que los derechos de la Convención eran directamente operativos a

14 Artículo 17. Protección a la Familia... 5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

diferencia de lo sostenido en el precedente anterior.

Así, "todas estas cuestiones nos llevan a considerar el caso "Ekmekdjian c/Sofovich" como algo más que un *leading case*: es un punto de inflexión, que ha merecido innumerables reconocimientos tanto de la doctrina nacional como de la internacional. En este sentido, corresponde reconocer que este fallo se inscribe en la dirección correcta en lo referido a la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por parte de los tribunales nacionales e incluso avanza más allá de lo que puede verificarse en otras latitudes[15]".

2. Período 1994-2004.

Es la etapa de la consolidación, que comenzó nada más y nada menos con la Reforma Constitucional y la incorporación de los tratados al texto constitucional. El impacto fue revolucionario, y la recepción favorable. La doctrina nacional, en lugar de atemperar los efectos de la Reforma o enfatizar los aspectos diferenciales entre ambas esferas, por el contrario asimiló las propuestas[16].

A los tribunales de justicia le costó un poco más. Pero también, a su favor, corresponde señalar que la Corte IDH además en esa etapa avanzó en la consolidación de soluciones novedosas, asumiendo una posición activista que cuestionó los pilares más consolidados de la jurisprudencia nacional: la supremacía constitucional y la cosa juzgada.

15 ABREGÚ, Martín, "La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales: una introducción", en La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales, Cels, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 13.

16 Vease, MANILI, Pablo, El bloque de constitucionalidad, La Ley, Buenos Aires, 2003.

En efecto, a diferencia del Sistema Europeo en el que tradicionalmente el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se limitaba en su sentencia a señalar la violación por parte del Estado demandado, pues la supervisión del cumplimiento de la sentencia estaba en otro órgano del sistema, la Corte IDH impuso interpretaciones que significaron para los Estados adoptar, modificar, o derogar, disposiciones de derecho interno para cumplir con aquellas.

A modo de ejemplo de esa tendencia, la Corte IDH resolvió en ese lapso que la censura previa contemplada en la legislación de un Estado –en el Estado chileno se encontraba prevista en la propia constitución nacional- resultaba incompatible con la Convención DH[17]; que las disposiciones de la justicia militar resultaban incompatibles a civiles[18], o que los Estados debían modificar su régimen de tratamiento penal a los menores de edad[19].

También es de este período el principal fallo de la Corte IDH, dictado en el caso Barrios Altos[20], donde se dispuso que "…las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana[21]", aunque su impacto sobre el derecho argentino se percibirán

17 La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.

18 Caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de mayo de 1999. Serie C No. 52

19 Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2001. Serie C No. 77

20 Caso Barrios Altos Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Serie C No. 75.

21 Barrios Altos, cit., punto resolutivo N° 4.

una década después.

En lo que hace a la recepción de los criterios emanados de los órganos del Sistema Interamericano, éstos fueron acogidos favorablemente en una serie de pronunciamientos iniciales, que me limitaré solo a citar en mérito a la brevedad: Así, en los casos Giroldi[22], Chocobar[23], y Bramajo[24], fueron acogidos no solo los criterios de los instrumentos internacionales incorporados por la reforma constitucional, sino que se amplió su contenido sumando las interpretaciones de esos tratados[25] que realizan sus órganos de aplicación en especial, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y la Corte IDH[26].

Sin embargo debo señalar que la buena acogida fue breve. En efecto, dos sentencias de la Corte SJN, constituyeron un retroceso doctrinario. Tanto en Acosta[27], como en Felicetti[28], el tribunal se negó a evaluar la aplicación de pronunciamientos –informes- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, por considerar que tales informes no eran obligatorios -en abierta contradicción con lo resuelto en los precedentes Giroldi y Bramajo-, o que la jurisprudencia

22 Giroldi, Horacio D. y otro, Corte SJN, 07.04.995.

23 Chocobar, Sixto C. c. Caja Nac. de Prev. para el Personal del Estado y Servicios Públicos; Corte SJN, 27.12.1996 .

24 Bramajo, Hernán", Corte SJN, 12.9.96.

25 Al respecto, MANILI, Pablo; "La supremacía constitucional en relación al derecho internacional y a los instrumentos internacionales de derechos humanos con Jerarquía constitucional", en SABSAY, Daniel Alberto, "Derecho Constitucional - Colección de análisis jurisprudencial", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2002, 1era. Reimpresión, 2005, pág. 79.

26 Una visión crítica sobre los precedentes Chocobar y Bramajo, en ABREGÚ, Martín, art. cit., IV.3.

27 Acosta, Claudia Beatriz y otros S/ Hábeas Corpus, Corte SJN, 22.12.98.

28 Felicetti, Roberto y otros, Corte SJN, 21.12.2000.

internacional no puede constituir motivo de revisión de las decisiones judiciales.

Mientras estos casos se discutían en el ámbito interno, en el ámbito interamericano durante ese período, dos fueron los casos que falló la Corte IDH respecto de la Argentina: Garrido y Baigorria[29] y Cantos[30].

En el primero de ellos se en el que el Estado Argentino realizó un reconocimiento de responsabilidad por la desaparición forzada de las dos víctimas en la provincia de Mendoza en el año 1990, razón por la cual no hubo inconvenientes jurídicos en el cumplimiento de la sentencia, más allá de ciertas dificultades fácticas vinculadas con la reparación a los herederos de las víctimas.

El caso Cantos presentó aristas más interesantes. José María Cantos había iniciado una acción por daños y perjuicios contra el Estado Argentino por los daños sufridos como consecuencia del desapoderamiento del grupo económico del cual era titular durante el gobierno militar que ocupó el poder entre 1976 y 1983. La demanda tramitó directamente ante la Corte SJN, que falló en contra del actor. Por el monto demandado – alrededor de dos mil setecientos millones de pesos equivalentes al mismo monto en dólares de los Estados Unidos de América-, las costas judiciales impuestas a Cantos, así como la multa por la no integración de la tasa de justicia, ascendió a una suma exorbitante. Solo la tasa de justicia que debía integrar era de alrededor de ochenta y tres millones cuatrocientos mil pesos, a lo que debía adicionarse las multas por la no integración, así como los honorarios regulados a

29 Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina. Fondo. Sentencia de 2 de febrero de 1996. Serie C No. 26.

30 Caso Cantos Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de Noviembre de 2002. Serie C No. 97

los profesionales intervinientes, que debías ser calculado sobre el monto de la demanda.

La Corte IDH resolvió que si bien entendía que la sentencia de la Corte SJN no era arbitraria en sí, tales montos constituían un efectivo obstáculo al acceso a la justicia y que, como tales, debían ser removidos. Y en cuanto a las reparaciones dispuso que el Estado debía abstenerse de cobrar al señor José María Cantos la tasa de justicia y la multa por falta de pago oportuno; y que debía asumir el pago de los honorarios y costas correspondientes a todos los profesionales intervinientes, aunque ajustados a montos razonables.

Ello llevó a que el poder ejecutivo nacional hiciera una presentación ante la Corte SJN, en la que le pidió al Tribunal que adopte las medidas para el cumplimento de la sentencia dictada por la Corte IDH. La Corte SJN desestimó el planteo del Poder Ejecutivo, por entender que la vía procesal no era la adecuada, y entre sus fundamentos sostuvo.

"Que la petición efectuada por el procurador del Tesoro de la Nación no puede ser atendida por este tribunal, so riesgo de infringir ostensiblemente cláusulas de inequívoca raigambre constitucional que amparan los derechos cuya titularidad corresponde a diversos profesionales que han intervenido en la causa C. 1099, XX, "Cantos, José M. v. Santiago del Estero, Provincia de y/o Estado Nacional s/cobro de pesos", con patente y deliberada renuncia de su más alta y trascendente atribución, para cuyo ejercicio ha sido instituida como titular del Poder Judicial de la Nación, que es ser el custodio e intérprete final de la Constitución Nacional".

Advierto que aquí hay un apartamiento de los criterios sensatos sentados en el precedente

Ekmekdjian, pues si bien la Corte SJN se dirige a otro poder del Estado y no cuestiona de manera directa el contenido de la sentencia del tribunal continental, indirectamente se está desentiendo de la obligatoriedad de su pronunciamiento.

3. Tercera etapa: 2004/2014.

Durante este lapso la Corte IDH se consolida como tribunal generador de principios y doctrina orientadores de las pautas a aplicar por los distintos órganos nacionales, aunque especialmente por los tribunales. En efecto, "varios de los casos específicos conocidos y resueltos por la Corte han permitido, en efecto, llegar a conclusiones jurisprudenciales de un cierto carácter emblemático y de principios al desarrollar normas y principios generales del derecho internacional de los derechos humanos contenidos en -o derivados de- la Convención"[31].

En este período, la Corte IDH a partir de la sentencia recaída en el caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile[32], impuso el control de convencionalidad, según el cual "los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga

31 GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en La Corte Interamericana de Derechos Humanos - Un Cuarto de Siglo: 1979-2004"; San José, C.R. : Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pág. 323 y ss.García Sayán, cuarto de siglo, pág. 332.

32 Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana[33].

Cabe señalar que la doctrina del control de convencionalidad ha sido expresamente receptada por la Corte SJN en los fallos Mazzeo[34] y Videla[35].

Respecto de la Argentina, el precedente emblemático de este período es el caso Bulacio[36]. Allí se condenó al Estado argentino por las consecuencias derivadas de la detención ilegítima de la víctima, menor de edad, en una dependencia policial de la ciudad de Buenos Aires. Walter Bulacio falleció una semana después de ser liberado, como consecuencia de los golpes recibidos durante la detención. La justicia argentina, pese a tener elementos suficientes para avanzar en la determinación y sanción de los responsables, no lo hizo como consecuencia de los planteos defensivos consistentes en diferentes articulaciones y recursos -pedidos de prórroga, recusaciones, incidentes, excepciones, incompetencias, nulidades, entre otros-, y que culminó con la determinación de la

33 Almonacid..., cit., punto 124.

34 Mazzeo, Julio L. y otros, Corte SJN, 13.07.2007.

35 Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo, Corte SJN, 31.08.2010

36 Caso Bulacio Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de Septiembre de 2003. Serie C No. 100.

prescripción de la acción penal seguida contra el responsable de la detención.

La Corte IDH luego de admitir el reconocimiento de responsabilidad formulado por el Estado Argentino, fijó las reparaciones de carácter económico o patrimonial, y avanzó en la determinación de otras formas de reparación "mediante la realización de actos del poder público, que incluyen la investigación y sanción de los responsables, y que reivindiquen la memoria de la víctima, den consuelo a sus deudos y signifiquen reprobación oficial de las violaciones de los derechos humanos acaecidas y entrañen compromiso que hechos como los del presente caso, no vuelvan a ocurrir"[37]. Finalmente, determinó que el Estado debe concluir la investigación del conjunto de los hechos y sancionar a los responsables, para lo cual debe tenerse presente que "son inadmisibles las disposiciones de prescripción o cualquier obstáculo de derecho interno mediante el cual se pretenda impedir la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de derechos humanos... De acuerdo con las obligaciones convencionales asumidas por los Estados, ninguna disposición o instituto de derecho interno, entre ellos la prescripción, podría oponerse al cumplimiento de las decisiones de la Corte en cuanto a la investigación y sanción de los responsables de las violaciones de los derechos humanos[38]".

La Corte SJN tuvo oportunidad de evaluar esta doctrina al resolver la causa Espósito[39], donde se discutía la responsabilidad del responsable de la detención de Bulacio, y donde las instancias inferiores habían dictado la prescripción de la acción

37 Bulacio..., cit., punto 105.
38 Puntos 116 y 117.
39 Espósito, Miguel A., Corte SJN, 23.12.2004.

penal. La Corte SJN dictó su pronunciamiento más claro referido a la obligatoriedad de las decisiones de los órganos del sistema interamericano, despejando las dudas que podrían haber surgido a partir de los pronunciamientos anteriores reseñados.

En primer término, despejó toda duda al declarar que la sentencia de la Corte IDH "resulta de cumplimiento obligatorio para el Estado argentino (art. 68.1, CADH), por lo cual también esta Corte, en principio, debe subordinar el contenido de sus decisiones a las de dicho tribunal internacional"[40], y dado que en aquella sentencia se dispuso la inadmisibilidad de la prescripción, corresponde rechazarla.

Aunque luego, sentada la doctrina de la obligatoriedad, el tribunal nacional entendió necesario "dejar sentado que esta Corte no comparte el criterio restrictivo del derecho de defensa que se desprende de la resolución del tribunal internacional mencionado"[41]. Y a partir de allí, desarrolla sus propios argumentos respecto de la naturaleza de la prescripción y el alcance del derecho de defensa. En particular sostiene:

"Que, en consecuencia, se plantea la paradoja de que sólo es posible cumplir con los deberes impuestos al Estado argentino por la jurisdicción internacional en materia de derechos humanos restringiendo fuertemente los derechos de defensa y a un pronunciamiento en un plazo razonable, garantizados al imputado por la Convención Interamericana. Dado que tales restricciones, empero, fueron dispuestas por el propio tribunal internacional a cargo de asegurar el efectivo cumplimiento de los derechos reconocidos

40 Espósito..., cit., considerando 6to.
41 Espósito..., cit., considerando 12.

por dicha Convención, a pesar de las reservas señaladas, es deber de esta Corte, como parte del Estado argentino, darle cumplimiento en el marco de su potestad jurisdiccional[42]".

Ha sido destacado el argumento desarrollado por los jueces Zaffaroni y Petracchi, al señalarse que "el daño institucional de aplicar una mala decisión de la Corte Interamericana es sensiblemente menor al de incumplir con la decisión, pues ello implicaría cuestionar el mandato constitucional de reconocer el valor obligatorio de las sentencias del tribunal interamericano. La inaplicación de la sentencia internacional, hubiera echado sombras sobre la marcha del proceso de inserción del país en un sistema de justicia internacional, y puesto en duda uno de los principios fundamentales del programa constitucional tras la reforma de 1994[43]".

Con posterioridad al caso Bulacio, la Corte IDH ha aumentado considerablemente el número de sentencias dictadas. En particular, respecto de la Argentina ha habido distintos pronunciamientos[44], cuyo análisis excede al presente trabajo.

III. PERSPECTIVA

En cuanto a la tendencia a consolidar en los años inmediatos por venir, entiendo que la doctrina del

42 Espósito..., cit., considerando 16.

43 ABRAMOVICH, Víctor, "Una nueva institucionalidad pública. Los tratados de derechos humanos en el orden constitucional argentino", en Abramovich, Víctor; Bovino, Alberto y Courtis, Christian (comps.), "La aplicación de los tratados sobre derechos humanos en el ámbito local. La experiencia de una década", Editores del Puerto S.R.L., Buenos Aires, 2007, Introducción.

44 BAZÁN, Víctor, El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas, en JUSTICIA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES - EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD, 2011, Editores Víctor Bazán, Claudio Nash, KAS, Bogotá, Colombia, 2012.

fallo Espósito muestra una tendencia que deberá consolidarse: el sistema interamericano sienta los principios orientadores a los que deberá sujetarse el derecho nacional, aunque los tribunales locales siempre tendrán la posibilidad de expresar su opinión en cuanto al alcance de las cuestiones debatidas, generando un diálogo enriquecedor.

Tal tesitura ha sido reconocida por el juez de la Corte IDH Diego García-Sayán, en un voto concurrente al sostener que "altos tribunales latinoamericanos vienen nutriéndose de la jurisprudencia de la Corte en un proceso que podríamos llamar de 'nacionalización' del derecho internacional de los derechos humanos. Para que ocurra ese importante proceso de interacción entre tribunales nacionales e internacionales en la región, en el cual los primeros están llamados a aplicar el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y observar lo dispuesto en la jurisprudencia de la Corte Interamericana, es preciso que se continúe incentivando el diálogo sustantivo que lo permita. En el marco de las acciones de muy distinta naturaleza que permiten incentivar tal diálogo, la presente decisión de la Corte Interamericana de valorar positivamente lo actuado en materia de reparación del daño material en el ámbito interno constituye un paso importante en este camino[45]".

En idéntico sentido, se proclamó "la conveniencia de que se profundice un diálogo jurisprudencial entre la Corte IDH y los respectivos órganos de cierre de la jurisdicción constitucional de los Estados que conforman el sistema interamericano, a los fines de que aquella tenga presente las observaciones o discordancias que

45 Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de mayo de 2010. Serie C No. 213 Voto concurrente Juez García-Sayán, pto. 33

estos formulen a los criterios jurisprudenciales trazados por el Tribunal Interamericano para coadyuvar al mejoramiento de su labor jurisdiccional[46]".

Advierto que, en la medida que avance el dialogo entre los órganos del sistema, sobre la base del cumplimiento irrestricto respecto de las obligaciones adquiridas en materia de derechos humanos, dentro del respeto recíproco, el sistema se enriquecerá y sentará las bases para la ampliación a otras cuestiones que aún no han sido abordadas.

46 García Bazán, pág. 47

RESPONSABILIDAD DEL ESTADO Y DERECHOS SOCIALES

LEONARDO MASSIMINO

SUMARIO: Introducción. I. Los derechos sociales y los litigios complejos. II. Principales características del litigio complejo. III. Los desafíos del litigio complejo. IV. Los derechos sociales como derechos humanos. Las obligaciones estatales según los criterios judiciales. V. El marco legal de los derechos sociales. VI. Los derechos sociales como derechos humanos. Implicancias. VII. Las "funciones" del derecho humano a los derechos sociales. VIII. Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. 8.1. Los derechos económicos y políticos reenvían a los derechos sociales. 8.2. El reconocimiento de los derechos en los casos jurisprudenciales. IX. Las políticas públicas en materia de derechos sociales en la mirada jurisprudencial. X. La operatividad de los derechos sociales. XI. Los límites a los derechos sociales. La cuestión de los costos. Conclusión.

INTRODUCCIÓN.

La temática de la responsabilidad del Estado se estudia en el ámbito del derecho público, además desde la perspectiva de los principios o elementos que la diferenciarían con similar instituto del

derecho privado, desde la perspectiva de los requisitos para su procedencia y alcances del deber de responder en los distintos supuestos.

En este trabajo, en cambio, nos referimos a la responsabilidad en un sentido más genérico comprensivo/referido a/de ciertas acciones o conductas que debe llevar a cabo el Estado para atender, en este caso, los derechos sociales.

En virtud de que el tema así considerado resulta demasiado abarcativo, focalizaremos el análisis en sendos aspectos que incumben desarrollar al Estado para hacer frente a las mayores demandas de esos derechos, sea en el ámbito del derecho procesal - en el que plantean litigios complejos- y en el derecho de fondo o sustancial – en el que se plantean estos derechos como fundamento de reconocidos en conexión con derechos de fondo).

El trabajo se dividirá en dos partes; en la primera describiremos brevemente las principales características y desafíos de los conflictos estructurales que involucran a los derechos sociales y, en la segunda parte nos referiremos al modo en que las pretensiones de los derechos sociales son reconocidos en el ámbito judicial. Como se advertirá, en ambos casos, tomaremos en consideración ciertos precedentes jurisprudenciales procurando mostrar distintas tendencias en esta materia.

Debemos aclarar desde el comienzo que nos referimos a los derechos sociales, económicos y culturales", como "derechos sociales" a secas para contraponerlo a los "derechos civiles y políticos y que, si bien nos referimos a la litigación y estos derechos en el ámbito judicial, también es posible – y necesario- extrapolar sus consecuencias en el seno del procedimiento administrativo, respecto

del cual me referiré brevemente al final.

Los derechos sociales y los litigios complejos

La responsabilidad del Estado en materia de derechos sociales importa, en el plano procesal, el establecimiento de los mecanismos que viabilicen un abordaje adecuado de los conflictos complejos o estructurales que ellos importan.

El reconocimiento con jerarquía constitucional de los derechos sociales, económicos y culturales (art. 75 inc. 22 C.N.), las mayores demandas en materia social (vivienda, alimentos, medicina, sanidad, etc.) y sobre todo las crecientes dificultades en materia económica, son factores que repercuten en el nacimiento del llamado "litigio estructural" o también denominado "litigación compleja" o "reforma estructural".

A través de esta figura el magistrado coadyuva en el diseño e implementación de políticas públicas y dispone de medidas positivas para satisfacerlos. Este fenómeno, además de reavivar el debate sobre el rol contramayoritario de los jueces, genera una reformulación del proceso, rompe sus moldes tradicionales y plantea múltiples interrogantes en torno a la utilidad de la sentencia dictada.

En cuanto a los derechos sociales, el principal problema que plantean es su exigibilidad. Como dijimos, la reforma constitucional de 1994 otorgó jerarquía constitucional a numerosos Tratados de Derechos Humanos a través de la letra del artículo 75 inciso 22 que dispone: Entre dichos tratados se encuentra el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) que es la piedra de toque para el reconocimiento de esta clase de derechos.

Así dispone en su artículo 2 inciso 1 que "Cada uno de los Estados Partes se compromete a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, incluyendo medidas legislativas, para la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos".

La expresión "hasta el máximo de los recursos disponibles" y la expresa mención a las "medidas legislativas" ponen de relieve las dos dimensiones de exigibilidad de estos derechos, a saber, que para todos los derechos fundamentales (liberales y sociales) es imprescindible la existencia de un proceso y una estructura garantista que los vuelva exigibles y, además, su necesaria conexión con previsiones económicas que los sustenten, es decir, con las posibilidades materiales en consideración del sistema económico en el que se desarrollan.

En tal sentido, la principal diferencia entre los derechos políticos y los derechos sociales es que, en los primeros el Estado ya cuenta con estructuras para garantizar el derecho a la propiedad -posee la estructura de la justicia civil y penal, agencias policiales, registro de la propiedad inmueble, registros de automotor, etc- pero no cuenta en cambio como una estructura similar para garantizar, por ejemplo, el derecho a la vivienda.

Frente a tal circunstancia, es necesario como dijimos mecanismos externos que aseguren la realidad práctica de estos derechos, esto es el ámbito del control judicial.

Principales características del litigio complejo

La estructura y el funcionamiento del litigio estructural quiebra los moldes tradicionales del proceso mostrando, antes que una estructura

bipartita, una fisonomía compleja con pluraridad de partes, pretensiones y multidimensionalidad de las cuestiones involucradas.

En tal sentido, la primera particularidad a resaltar del litigio estructural es que constituye un ámbito de negociación entre todas las partes. El litigio tradicional tiene una arquitectura bipartita. En cambio, el litigio estructural, al existir multiplicidad de partes, es un proceso de toma de decisiones complejo.

Un claro ejemplo de esta multiplicidad de partes lo podemos encontrar en el precedente de la Corte Suprema "Mendoza Beatriz"[1]. En él, la demanda fue iniciada por un grupo de 17 (diecisiete) vecinos, ejerciendo derechos propios y algunos de ellos en representación de sus hijos menores contra el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Gobierno de la Nación y el de la Provincia de Buenos Aires. También se demandó a 44 (cuarenta y cuatro) empresas que, según se sostenía, ocasionaban la contaminación en la cuenca Matanza-Riachuelo. Luego, se presentaron espontáneamente diversas organizaciones protectoras del ambiente y se admitió la intervención del Defensor del Pueblo.

Este fenómeno, representa el aumento de la cuota democrática dentro de la esfera judicial (o escuchar a todos los interesados en la cuestión debatida a efectos de emitir una sentencia útil. La celebración de "audiencias públicas" o "mesas de diálogo" para oír distintas voces resulta una nota tipificante de este tipo de casos.

En tal sentido, por ejemplo, en la causa "Edenor[2]" en la que se discutía la posibilidad de aplicación de un ajuste de tarifas en forma

1 Fallo 239:2316 y fallo 331:1622.
2 Edenor c/DPN.

retroactiva, la justicia ratificó que correspondía la aplicación del incremento tarifario dispuesto en sede administrativa dado que en ese ámbito se había celebrado una audiencia pública. En efecto, si lo que se pretende es anular una decisión regulatoria, la decisión judicial no puede ser emitida útilmente sin citar a todos los interesados, lo que obliga a su intervención en la causa DPN.

La segunda característica más saliente del litigio estructural se refiere al carácter continuado de la intervención judicial en la ejecución de sentencia. Dependiendo del objeto del proceso y de la reforma emprendida sobre las burocracias estatales, el periodo podrá ir desde meses o años (limpiar el Riachuelo llevaría 20 años).

La fijación de objetivos, el cumplimiento gradual de las pautas establecidas, el control ejercido por el magistrado durante el proceso de ejecución de sentencia resultan ser los factores que justifican la intervención prolongada del juez como órgano de supervisión de la decisión adoptada ya que, a diferencia del proceso tradicional, esta modalidad no actúa retrospectivamente, sino que lo hace fijando conductas hacia el futuro. En tal sentido, pueden mencionarse algunos ejemplos paradigmáticos de sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Estas causas reflejan una reformulación del rol del juez que se refleja principalmente, por un lado en la flexibilización del principio procesal de congruencia y, además, en la adopción de un papel mas activo del magistrado como director del proceso, abandonando el típico sistema dispositivo.

La flexibilización del principio de congruencia obedece a la magnitud y cantidad de decisiones que se deben tomar; la trascendencia de los

derechos involucrados y la imperiosa necesidad de dar una solución colectiva al problema hacen que los límites de la actuación judicial se amplían, abandonando la búsqueda de la tradicional verdad formal e intentando dar un paso hacia la verdad material.

La tendencia jurisprudencial de la CSJN a partir de los precedentes "Verbistky[3]" y "Mendoza" [4], ha comenzado a receptar la necesidad de diseñar un remedio judicial que tienda a dar una solución colectiva a los problemas socioeconómicos a través de la cual el juez emprende una reforma de las burocracias estatales.

Un claro ejemplo de la flexibilización del principio dispositivo es el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el precedente "Mendoza Beatriz", de las facultades ordenatorias e instructorias previstas en el artículo 32 de la Ley Nº 25.675 en donde se dispone, en su parte pertinente, que "[E]l juez interviniente podrá disponer todas las medidas necesarias para ordenar, conducir o probar los hechos dañosos en el proceso, a fin de proteger efectivamente el interés general. Asimismo, en su Sentencia, de acuerdo a las reglas de la sana crítica, el juez podrá extender su fallo a cuestiones no sometidas expresamente su consideración por las partes."

En "*Verbitsky Horacio* la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la acción de habeas corpus correctivo y colectivo promovida por el actor, a raíz de las condiciones de detención de las personas en comisarias y establecimientos penales superpoblados en establecimientos penales.

3 C.S.J.N., "Verbitsky Horacio", Fallos 328:1146..
4 C.S.J.N., "Mendoza, Beatriz", Fallos 329:2316.

Por ejemplo, "*Asociación Benghalensis*" la mayoría de la Corte confirmó las ordenes al Ministerio de Salud y Acción Social de la Nación de "dar acabado cumplimiento a su obligación de asistencia, tratamiento y, en especial, al suministro de medicamentos –en forma regular, oportuna y continua- a los enfermos de SIDA que se encuentra registrados en los hospitales y efectores sanitarios del país".

De la misma forma en el precedente *"Campodónico de Beviacqua, Ana"* [5] el Máximo Tribunal de la Nación ordenó la prestación del tratamiento de la enfermedad de Kostman a través del Banco Nacional de Drogas Antineoplásicas, que había sido suspendido por el MSASN. Podemos seguir mencionado otros casos como *"Defensoría de Menores Nº3"* (Cam. Civil de Neuquén, Sala I, 10/3/1998, Expte. 77/ca 1998) en donde se confirmo la orden del Gobierno Provincial de crear o cubrir permanentemente tres cargos de enfermería mediante la contratación de personal para una unidad de cuidados intensivos del hospital de la zona.

En materia de vivienda el reciente fallo de la Corte *"Q.C., S. Y. c/Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/Amparo"* establece que *"el esfuerzo estatal realizado para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales que las normas constitucionales garantizan a la señora S. Y. Q. C. y su hijo no es suficiente o adecuado, ya que ni siquiera atiende a las mínimas necesidades que la situación del grupo familiar demandante requiere. Si bien puede admitirse que no hay una única manera de responder el derecho de vivienda, lo cierto es que las alternativas implementadas por la ciudad no dan una respuesta acabada, definitiva*

5 C.S.J.N., "Campodónico de Beviacqua, Ana" (2000).

y acorde a las extremas circunstancias que debe afrontar el recurrente."(Considerando Nº 13)

Los desafíos del litigio complejo

Las cuestiones que se suscitan en torno al litigio estructural y los derechos sociales en el ámbito del proceso judicial genera un nuevo abanico de interrogantes.

Se advierte que la principal dificultad que genera este tipo de procesos radica en el hecho de que inciden sobre la ejecución de políticas públicas e inciden en el principio de división de poderes. Sin embargo, es un hecho comprobable empíricamente que los ciudadanos concurren al ámbito judicial para exigir el resguardo de sus derechos sociales. La no respuesta eficaz quede dar lugar a responsabilidad del Estado en los ámbitos internacionales.

A la hora de desentrañar los límites de la actividad judicial, resultan sumamente ilustrativas las palabras de Balbín, quien sostiene que *"[l]os jueces no pueden diseñar las políticas públicas por el postulado de la división de poderes [...] El poder político –es decir el legislador y el ejecutivo- es quien debe planificar y ejecutar las políticas públicas por mandato constitucional y en razón de su legitimidad de carácter democrático. [...] De todos modos, el juez si puede y debe establecer los lineamientos básicos de las políticas públicas en términos de objetivos –reconocimiento y respeto de los derechos- pero no de su contenido"*

Otro desafío es que el juez debe redoblar su pericia en el decisorio, pues se trata de medidas judiciales que generan un importante efecto económico, razón por la cual un análisis de esta índole resulta fundamental a los fines de garantizar

la utilidad de la sentencia dictada.

Además, la capacidad técnica o científica del magistrado no es la misma que poseen los órganos políticos quienes cuentan con expertos en las más diversas áreas de decisión. El Poder Judicial se encuentra compuesto solo por abogados, motivo por el cual la necesidad de contar con un asesoramiento técnico calificado resulta menester a fin de evitar que la decisión adoptada por el juez no sea peor que la inacción demostrada por la administración.

Cuestión de los costos. Bobbio: "No se trata de establecer derechos que nadie niega, sino de establecer los mecanismos para que aquéllos sean efectivos".

En relación a estos temas, tengamos presente ciertas innovaciones en el proceso constitucional ante la CSJN que se vislumbran en los últimos años: las acciones de clase (causa Halabi), la administración judicial de grandes conflictos (causa Mendoza), la institución de los Amigos de Tribunal para ciertas causas, la creación de la oficina de Análisis Económico, la expansión de las acciones declarativas de certeza, los requisitos para el RE de la Acordada 4/2007 y otros temas en formación como el "per saltum", el paso del certioriai negativo al certiorari positivo, etc.

La insatisfacción de esos derechos sociales por las burocracias estatales lleva cada vez más a que las cuestiones que los involucran se resuelvan ante los tribunales de justicia. Este fenómeno, que se presenta como un nuevo paradigma en materia de activismo judicial, abre nuevos interrogantes y obliga a reinterpretar la función del juez frente a los derechos sociales que han sido tan postergados por los órganos políticos.

Los derechos sociales como derechos humanos. Las obligaciones estatales según los criterios judiciales [6]*

La jurisprudencia en torno a la aplicación de los derechos sociales es uno de los ámbitos del derecho en los que se evidencian las mayores novedades en la actualidad. El aspecto que, sin lugar a dudas, genera mayores interrogantes en torno a este derecho es el alcance que corresponde asignar a su reconocimiento en la normativa –tanto convencional como constitucional- y su recepción en los casos concretos.

Las preguntas más frecuentes, por esa razón, trasuntan por dirimir si tales derechos son de carácter operativo o, por el contrario, son programáticos[7]; es decir, determinar si el Estado está obligado a suministrar determinadas prestaciones a quien las demanda o, en cambio, a crear las condiciones para que ello ocurra; cuáles son los costos del reconocimiento de tales derechos[8], cuáles son las consecuencias que derivan de su reconocimiento[9], entre otras cuestiones.

En los apartados siguientes nos referiremos al marco legal de los derechos sociales y algunas de las implicancias del encuadre del derecho como un derecho humano; y en la segunda parte expondremos brevemente algunas consideraciones en torno a la jurisprudencia más relevante tanto en el país como en la Corte Interamericana de

6

7 Por ejemplo, en materia habitacional ver DANÉ, Laura I. El derecho constitucional a una vivienda digna en la ciudad autónoma de Buenos Aires. ¿Derecho efectivo o simple declaración de derecho?, Colección Thesis, Ediciones Rap, 2011.

8 SACRISTÁN, Estela, Profecías o sorpresas: derechos y garantías en la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ED, [248] - (10/08/2012, nro 13.056).

9 MASSIMINO, Leonardo F., Las nuevas visiones sobre el poder de policía, Doctrina judicial, LL, Año XXVIII, Número 08, 22/02/2012, p.1

Derechos Humanos.

El marco legal de los derechos sociales.

Los derechos sociales están reconocidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 11 inciso 1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos[10] que, por disposición del artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional se le otorga jerarquía constitucional ("… en las condiciones de su vigencia…")[11].

En virtud de la disposición del artículo 75 inc. 22 de la Constitución Nacional al Pacto de Derechos Económicos y Sociales se reenvía, en consecuencia, a las Observaciones Generales que dicta el Comité que se desarrolla en su ámbito como órgano de aplicación, las cuales – como veremos más adelante- se aplican en forma directa en la resignificación del derecho secundario interno del país[12].

Los derechos sociales como derechos

10 El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 11 inciso 1 reza: *"Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Los Estados Parte tomarán medidas apropiadas para asegurar la efectividad de este derecho, reconociendo a este efecto la importancia esencial de la cooperación internacional fundada en el libre consentimiento."*

11 Artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional dispone que *"…La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; (…) la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional…."*

12 GIL DOMINGUEZ, Andrés, Derecho a la vivienda adecuada, desalojo forzoso y competencia penal, LL CABA, 2011, (febrero), 1.

humanos. Implicancias.

Las mayores innovaciones que se vislumbran en esta materia son el reconocimiento del derecho a la vivienda como un derecho humano y las implicancias de ese calificativo en el plano jurídico. Sin pretender agotar las múltiples consecuencias que derivan de esta afirmación en la órbita jurídica, cabe distinguir preliminarmente entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquéllos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado.[13]

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio[14] y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que "hay" naturaleza humana.[15] Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de

13 Pérez Luño define a los derechos humanos como el "conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional". Por su parte, "derechos fundamentales" son, según el autor, "aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada" (cfr. PEREZ LUÑO, Derechos Fundamentales, 6ta ed., tecnos, 1995, p. 46.

14 DEL VECCHIO, Giorgio, Persona, Estado y derecho, p.349 citado por BIDART CAMPOS, Germán, Teoría general de los derechos humanos, 1991, p. 3.

15 MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre y la ley natural, p.89.

fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo con la inherencia a la naturaleza humana.[16]

La instalación de los derechos fundamentales en esta temática importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo su rol informante, motriz y autolimitadora, que serán abordadas en forma sintética en el apartado siguiente.

Las "funciones" del derecho humano a los derechos sociales

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.[17]

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un status satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función importa una doble implicancia, por un lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y tal sistema una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el

16 BIDART CAMPOS, Teoría general…op. cit., p. 3. FINNIS, John M. Aquinas. Moral, Political and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, 1988.

17 PECES-BARBA, Derechos Fundamentales, 3era. Edición, Madrid, Latina Universitaria, 1980, p. 109.

ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora, cabe decir que el sector de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácilmente una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristaliza valores que, no sólo completan la interpretación, sino que además promueven el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, una vida digna de las personas y sus implicancias – como el derecho a una vivienda digna - constituye un valor que informa todo el ordenamiento e impacta directamente en la actividad estatal.

La función motriz de los derechos fundamentales resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la vivienda. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales una función motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la vivienda[18].

18 En relación a este tema, se ha planteado lúcidamente, con motivo del paso del Estado legislativo al Estado constitucional, la transformación del rol de la jurisdicción, que abandona la función de decir el derecho o la voluntad de la ley y asume la tarea de efectivizar los derechos fundamentales. (cfr. WUNDER HACHEM, Daniel, Madado de injuncao e direitos fundamentais, Forum, 2012, págs. 93 y 192.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización efectiva de políticas de bienestar en el área económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.[19]

Los derechos económicos y sociales en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Los derechos económicos y políticos reenvían a los derechos sociales

En el sistema interamericano habría cierto vacío en cuanto a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Esta situación ha impedido que sean sometidos a la jurisdicción de la Corte casos cuya violación sea directamente ligada a alguno de estos derechos y, a su vez, ésta se ha visto imposibilitada de declarar de forma directa una violación en contra de éstos. En su defecto, la Corte ha debido interpretar estos derechos a través de los derechos civiles y políticos, o en otros casos, interpretar estos últimos a la luz de los derechos económicos y sociales.[20]

19 BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General de los Derechos Humanos, 1991, Astrea, p. 63.

20 MONGE, Arturo J., Evolución de la jurisprudencia de la

La Corte a través de sus medidas de reparación integral ha ordenado a los Estados medidas tendientes a mejorar las condiciones sociales, económicas y culturales de las víctimas de diversos casos, lo que de una forma indirecta, le ha permitido hacer valer estos derechos que son inalienables al ser humano.

Recordemos que el derecho a la vida establecido en el artículo 4 de la Convención Americana implica no solamente una obligación negativa del Estado de no privar de la vida, sino además una acción positiva de éste tendiente a asegurar un nivel de vida adecuado a sus habitantes, tomando en consideración su dignidad humana.

La estrecha conexión entre los derechos civiles y políticos y los económicos y sociales y culturales, basada en su indivisibilidad e interdependencia ha permitido a la Corte establecer conexiones entre ambas categorías de derechos. La violación de uno de los primeros puede implicar la vulneración de alguno de los segundos, lo cual, a su vez, ha dado pie a la Corte para establecer, indirectamente, violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales.

Asimismo, podemos considerar que la regresividad en materia de estos derechos, puede resultar justiciable, en virtud de la existencia de los Estados de un deber, si bien condicionado, de no regresividad. En términos generales esto implica que las leyes no deben empeorar la situación de regulación vigente de esos derechos. En todo caso, para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se

Corte Interamericana de derechos humanos en su aplicación de los derechos económicos, sociales y culturales, Revista iberoamericana de derecho público y administrativo, Ed. Colegio de Abogados de Costa Rica, Año 11, N° 11- 2011, p. 221.

deberá determinar si se encuentra justificada por razones de peso suficiente.

En definitiva, si bien la Corte no ha declarado violaciones directas a los derechos sociales podría decirse que ésta ha intentado, según sus competencias, no desconocerlos e incluirlos dentro de sus consideraciones de fondo, como modo de reparación a las víctimas. La pregunta que puede formularse es, sin embargo, si la Corte Interamericana determinará violaciones directas a éstos derechos, sin necesidad de de hacerlo a través de de los civiles y políticos.[21]

El reconocimiento de los derechos en los casos jurisprudenciales.

Teniendo en cuenta lo señalado en el apartado anterior, podrían mencionarse algunos casos resueltos por la Corte Interamericana que si bien guardan estrecha relación con la protección de los derechos civiles y políticos, también consideran aspectos propios de los derechos económicos y sociales.

Así por ejemplo, la Corte Interamericana dictó en el año 2004 sentencia el caso de la Masacre Plan de Sánchez v. Guatemala[22] cuyos hechos se refieren a la denegación de justicia y actos de intimidación y discriminación que afectaron los derechos a la integridad personal y a la libertad de creencias y religión y propiedad de los sobrevivientes y familiares de las víctimas

21 MONGE, Arturo, Evolución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana…op. cit, p. 221 y ss.

22 Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Fondo. Sentencia de 29 de abril de 2004. Serie C Nro. 105 y Corte I.D.H., Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116.

de la masacre de 268 personas , en su mayoría miembros del pueblo indígena maya en la aldea Plan de Sánchez, ejecutada por miembros del ejército de Guatemala y colaboradores civiles, bajo tutela del ejército.

En este caso, como en otros anteriores, se puede observar la interacción constante entre el artículo 21 de la Convención Interamericana (derecho a la propiedad privada) con algunos artículos del Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, tales como el artículo 10 (derecho a la salud), artículo 13 (derecho a la educación), y artículo 16 (derecho a la niñez), entre otros.

En el año 2005, a raíz del caso Comunicad Yakye Axa vs. Paraguay[23], la Corte utiliza nuevamente el artículo 26 de la Convención. En este caso, el Estado no garantizaban que el derecho de la propiedad ancestral de la Comunidad indígena Yakye Axa y sus miembros, ya que desde 1993 se encontraba en tramitación la solicitud de reivindicación territorial de la citada Comunidad, sin que se haya resuelto satisfactoriamente. Lo anterior había significado la imposibilidad de la Comunicad y sus miembros de acceder a la propiedad y posesión de su territorio e implicado mantenerla en un estado de vulnerabilidad alimentaria, médica y sanitaria, que amenazaba en forma continua la supervivencia con los miembros de la Comunidad y la integridad de la misma.

La Corte utilizó en este caso, a requerimiento de la Comisión, el artículo 26 de la CIDH no para su aplicación directa, sino para una interpretación

23 Corte I.D.H., Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

con el fin de dotar de contenido a los derechos civiles y políticos de la Convención que se consideraban vulnerados. La Corte consideró que uno de las obligaciones que ineludiblemente debe asumir el Estado en su posición de garante, con el objetivo de proteger y garantizar el derecho a la vida, es la de generar las condiciones de vida mínimas compatibles con la dignidad de la persona humana y a no producir condiciones que la dificulten o impidan. En este sentido, el Estado tiene el deber de adoptar medidas positivas, concretas y orientadas a la satisfacción del derecho a una vida digna, en especial cuando se trata de personas en situación de vulnerabilidad y riesgo cuya atención se vuelve prioritaria.

Señaló, además, que las afectaciones especiales del derecho a la salud, en íntimamente vinculadas con él, las del derecho a la alimentación y el acceso al agua limpia impactan de manera aguda el derecho a una existencia digna y las condiciones básicas para el ejercicio de otros derechos humanos como el derecho a la educación o el derecho a la identidad cultural. En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia.

La Corte dispuso que, mientras la Comunidad se encuentre sin tierras, dado su especial estado de vulnerabilidad y su imposibilidad de acceder a sus mecanismos tradicionales de subsistencia, el Estado debía suministrar, de manera inmediata y periódica, agua potable suficiente para el consumo y aseo personal de sus miembros; brindar atención médica periódica y medicina adecuadas para conservar la salud de todas las personas ,

especialmente los niños, niñas, ancianos y mujeres embarazadas, incluyendo medicinas y tratamiento adecuados para la desparasitación de todos los miembros de la Comunidad, entregar alimentos en cantidad, variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunidad; entregar alimentos en calidad, cantidad y variedad y calidad suficientes para que los miembros de la Comunicad tengan las condiciones mínimas de una vida digna; facilitar letrinas o cualquier tipo de servicio sanitario adecuado a fin de que maneje efectiva y salubremente los desechos biológicos de la Comunidad y dotar a la escuela una unidad en el asentamiento actual de la comunidad, con materiales bilingües suficientes para la debida atención de los alumnos.

Se observa, una vez más, el énfasis de la interacción y la indivisibilidad de los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales. En especial, casos sobre población indígenas y sus comunidades le han permitido a la Corte adentrarse en la interpretación de derechos civiles y políticos a la luz sobre derechos económicos, sociales y culturales, establecidos en el Protocolo de San Salvador y en el artículo 26 de la Convención Americana.

Las políticas públicas en materia de derechos sociales en la mirada jurisprudencial

Las políticas públicas en materia de derechos sociales han merecido tratamiento por parte de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justica de la Nación y de los tribunales locales.

En el ámbito nacional, la Corte Suprema de Justicia, en "Q.C.S.Y. c Gobierno de la Ciudad de Bs. A s/amparo", ha señalado que la respuesta a la ciudad de Bs As. prevé, en materia habitacional, para atender a una situación de extrema como la

que atraviesa una mujer en situación de calle y su hijo discapacitado, a los fines de dar cumplimiento a la manda contemplada en los arts. 14 bs de la Constitución Nacional y el art. 31 de la Constitución local, aparece como insuficiente, pues, ante la ausencia de un plan de vivienda definitivo y la imposibilidad de acceder a las líneas de crédito previstas en la ley local 341, las alternativas propuestas se reducen al alojamiento en el sistema de paradores, hogares, refugios, lugares que carecen de habitaciones, baños privados y alojan a más de una familia, resultando inadecuados para la patología del niño, o la entrega del beneficio previsto en el decreto local 690/06.

En este mismo precedente, luego de mencionar como características de los derechos fundamentales su carácter operativo (considerando 10) y de operativos indirectos, en el sentido que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado (considerando 11), señala que están sujetos al control de razonabilidad por parte del Poder Judicial.

En tal sentido, dice la Corte, que la razonabilidad, a los fines del control judicial con relación a los derechos fundamentales, como es el caso del derecho a la vivienda y al hábitat adecuado, que consagran obligaciones de hacer a cargo del Estado, implica que, sin perjuicio de las decisiones políticas discrecionales, los poderes deben atender a las garantías mínimas indispensables para que una persona sea considerada como tal en situaciones de extrema vulnerabilidad, interpretación que permite hacer compatible la división de poderes, la discrecionalidad política del Poder Ejecutivo y del Congreso, con las necesidades mínimas de los sectores más desprotegidos, cuando éstos piden el auxilio de los jueces.

Finalmente y en relación al control de la política implementada por la Ciudad, la Corte afirma que, aun cuando el esfuerzo económico de la Ciudad de Buenos Aires es considerable, a los fines de dar respuesta a la situación de calle de una madre y su hijo menor de edad y discapacitado, no parece ser el resultado de un análisis integral para encontrar la solución más eficiente y de "bajo costo" —en los términos expresados por el Comité de Naciones Unidas— ni el adecuado para garantizar la protección y la asistencia integral al niño con discapacidad que, conforme los compromisos internacionales asumidos por el Estado Nacional en esta materia, constituye una política pública del país.

La operatividad de los derechos sociales

La operatividad de los derechos sociales se vincula con la cuestión más general de la operatividad de los derechos fundamentales. Al respecto, antes de enlistar los casos referidos al acceso a la vivienda, se ha señalado[24] que resultan de referencia obligada en cuanto a la evolución de la operatividad de los derechos, los fallos de la Corte Suprema de Justicia recaídos en las causas "Hotel Internacional Iguazú"[25]; "Ekmekdjian c. Neustadt"[26], "Ekmekdjian c. Sofovich"[27]; "Urteaga"[28]

24 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas…op. cit.

25 "Hotel Internacional Iguazú S.A. c. Estado Nacional", Fallos: 310: 2653 (1987).

26 "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Neustadt, Bernardo y otros s/amparo", Fallos: 311:2497 (1988).

27 "Ekmekdjian, Miguel Ángel c. Sofovich, Gerardo y otros", Fallos: 315:1492, 1992.

28 "Urteaga, Facundo Raúl c. Estado Nacional - Estado Mayor Conjunto de las FFAA s/amparo ley 16.986", Fallos: 321:2767 (1998), esp. consid. 9º; ver, asimismo, Basterra, Marcela I., Reconocimiento constitucional del hábeas data, en Dalla Vía

y "Ramos"[29] .

Con posterioridad a estos fallos, el Máximo Tribunal tuvo oportunidad de expedirse en el precedente ya citado que, a la sazón se ha convertido en el leading case en esta materia. Se trata del decisorio recaído en "Q. C., S. Y."[30]. En este caso, la actora, madre de un menor con discapacidad –encefalopatía crónica no evolutiva– inició una acción de amparo para que se la incluyera en un programa oficial para acceder a una vivienda. La Corte Suprema mantuvo la tutela cautelar que había decretado la jueza de primera instancia, ordenando a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires que le brindara "alojamiento" con condiciones edilicias adecuadas a la patología del menor. En punto a la operatividad, dijo la Corte que las normas aplicables al caso indicaban que no se estaba ante una operatividad directa, sino ante una "operatividad indirecta" pues "las normas mencionadas no consagran (...) el (...) que, en principio, todos los ciudadanos puedan solicitar la provisión de una vivienda por la vía judicial". De este modo, operatividad indirecta implica una ligazón entre derecho y legitimación pues "no todos los ciudadanos" pueden solicitar, judicialmente, una vivienda".[31]

Por último, señala Sacristán a quien seguimos en este apartado[32], que en el ámbito porteño se

(dir.), Derecho..., cit., págs. 678/686.

29 "Ramos, Marta Roxana y otros c. Mrio. de Desarrollo Social y Medio Ambiente y otros s/amparo", Fallos: 323:3873 (2000). "Ramos, Marta Roxana y otros c. Pcia. de Buenos Aires y otros s/amparo", Fallos: 325:396 (2002).

30 Q. 64. XLVI. RHE "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12.

31 El entrecomillado es de Q. 64. XLVI. RHE "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12, consid. 11, in fine y es puesto de resalto por Sacristán en su publicación antes citada.

32 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas…op. cit.

han producido, también, una pluralidad de casos relevantes a efectos de colocar, en su adecuada perspectiva, la tensión entre consagración de derechos y su operatividad, por un lado, y medios para efectivizarlos: "Panza"[33] y "Toloza"[34], de 2006, sobre emergencia habitacional; "Alba Quintana"[35], sobre una temática similar; y "Ministerio Público - Morales Cortiñas"[36], relativo a la ocupación del Parque Indoamericano, en el cual el Tribunal Superior de Justicia resolvió por ante cuál fuero debía tramitar la causa, resultando incompetente el fuero contencioso administrativo y tributario local. Todos ellos dejan entrever la íntima vinculación entre operatividad y preexistencia de fondos al efecto, e irradian efectos hacia las decisiones que se gestan en las instancias inferiores.[37]

Los límites a los derechos sociales. La cuestión de los costos.

El reconocimiento de todo derecho importa un determinado costo. En el caso del derecho de

33 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. Nº 4270/05, "GCBA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en: 'Panza, Ángel R. c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA)'", del 23-5-06.

34 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. Nº 4568/06, "Toloza, Estela Carmen c. GCBA s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 9-8-06.

35 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. Nº 6754/09, "Alba Quintana, Pablo c. GCBA y otros s/amparo (art. 14, CCABA) s/recurso de inconstitucionalidad concedido", del 12-5-10.

36 TSJ Ciudad Autónoma de Buenos Aires, expte. Nº 7785/10, "Ministerio Público - Fiscalía en lo Contencioso Administrativo y Tributario Nº 3 de la Ciudad de Buenos Aires s/queja por retardo, privación o denegación de justicia en 'Morales de Cortiñas, Nora Irma y otros c. GCBA s/medida cautelar'", del 23-12-10.

37 Ver, por ejemplo, CCont.-adm. y Trib. CABA, "C. M. G. J. c. GCBA y otros s/otros procesos incidentales", del 9-9-11.

acceso a la vivienda, su establecimiento requiere computar las consecuencias económicas que derivan de reconocer ese derecho en cabeza de un determinado colectivo de beneficiarios. [38]

La jurisprudencia aludida permite colocar, casi al lado de la concreción de los derechos y garantías, la cuestión de los costos involucrados[39]. Por esa razón, no se trata de soslayar el reconocimiento de ciertos derechos – que, por cierto, nadie niega- sino tener presente los costos que importa su reconocimiento[40].

Con cierto sentido de la realidad emergente de esos costos, pero ante la acuciante realidad de quienes se hallan en situación de desamparo, se impondría un redimensionamiento o recálculo de las consecuencias de operatividad o exigibilidad del respectivo derecho. Ello, por claras razones de racionalidad. En otras palabras, a fin de que el derecho se torne operativo o real para los beneficiarios, parecería adecuado redeterminar el significado del derecho en cuestión. Así, el derecho a la vivienda digna, imaginado como un departamento o casa en la zona ribereña del

38 Sacristán recuerda que toda elección o decisión tiene sus costos. En tal sentido, recuerda la preocupación de Holmes y Sunstein: "Los derechos son costosos porque solventarlos es costoso. La exigibilidad es cara, especialmente la exigibilidad uniforme y justa; y los derechos objetivos son huecos en la medida en que permanecen inexigidos. Bajo una fórmula diferente, casi todos los derechos implican un deber correlativo, y los deberes sólo se toman en serio cuando la negligencia se castiga con el poder público sirviéndose de las cuentas públicas (...) Todos los derechos son costosos porque todos los derechos presuponen fondos de los contribuyentes para la eficaz maquinaria supervisora del control y la exigibilidad" (Ver SACRISTÁN, Estela, Profecías o sorpresas… op. cit.).

39 Q. 64. XLVI. RHE "Q. C., S. Y. c. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24-4-12.

40 En relación a las teorías que reparan en los costos emergentes de las decisiones estatales, ver MASSIMINO, Leonardo, Las nuevas visiones….op. cit, .p, 6.

medio ámbito porteño, sería redimensionado como hospedaje temporario hasta la obligatoria colocación laboral del carenciado por parte de asociaciones delegadas transestructurales del respectivo cometido estatal en un plazo razonable y la contemporánea obtención de un crédito blando para la adquisición de una vivienda en propiedad o, sin mediar tal mutuo, la obtención de vivienda bajo usufructo o de habitación vitalicio; todo ello, en áreas escasamente pobladas[41].

En relación al tema de los costos, convendría distinguir que para la operatividad de los derechos que necesitan para su concreción de fondos (derechos de prestación) difieren de los derechos que no requerirían de ellos (derechos de libertad)[42]. Entre los primeros, por cierto, se ubica el derecho a la vivienda cuya materialidad, en consecuencia, dependerá de las progresivas circunstancias imperantes.

CONCLUSIÓN.

El Estado, como responsable de prever la operatividad de los derechos sociales, debe asegurar los mecanismos/aspectos – procesales y sustanciales - para la vigencia progresiva de tales derechos en la vida de la gente.

41 SACRISTAN, Estela, Profecías o sorpresas… op. cit.

42 El caso de estos últimos afirma Sacristán ameritaría un estudio por separado, en especial dada su aparente reciente transformación, a la luz de cierta jurisprudencia de la Corte En el fallo "F., A. L.", del 13-4-12, la Corte Suprema construye una suerte de "derecho a abortar" o derecho a servicios o prestaciones estatales de aborto. Dice el consid. 25 de ese fallo: "Es el Estado, como garante de la administración de la salud pública, el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de poner a disposición, de quien solicita la práctica, las condiciones médicas e higiénicas necesarias para llevarlo a cabo de manera rápida, accesible y segura".

Las decisiones judiciales analizadas en este trabajo muestran el creciente compromiso de los Estados con la concreción de los derechos humanos entre los que cabe mencionar especialmente a los derechos sociales y culturales de las personas.

Los mayores interrogantes en torno de esta cuestión trasuntan, sin embargo, en determinar cuáles serán el perfil y el contorno concreto de esos derechos en la práctica en los casos futuros pues las políticas públicas parecen estar signadas por mayores requerimientos prestacionales por un lado; y menores recursos disponibles para satisfacerlas, por el otro. De esta manera, la mentada progresividad de los derechos sociales es una cualidad en potencia que aspira a transformarse en una realidad, lo cual depende de muchos factores y circunstancias cambiantes. Ello no debiera sorprender pues, al fin y al cabo, la historicidad de los derechos del hombre nos recuerda que éstos no son dados de una vez y para siempre, todos juntos, sino que van suscitándose en una paulatina evolución[43].

43 BOBBIO, Norberto, Síntesis panorámica, Derechos y libertados, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, año II, Enero Junio 1995, N° 4, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, p.111 y ss.

EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO PRINCIPIO RECTOR DE LA DEMOCRACIA

LUCAS CLARK

"EL DERECHO Y EL DEBER SON COMO LAS PALMERAS: NO DAN FRUTOS SI NO CRECEN UNO AL LADO DEL OTRO"

HUGUESFÉLICITÉ ROBERT DE LAMENNAIS[1]

"TENGAMOS FE EN QUE EL DERECHO CONSTITUYE LA FUERZA"

ABRAHAM LINCOLN[2]

SUMARIO: I. Introducción. II. Orígenes. Revolución Francesa y Estado de derecho, derecho administrativo y principio de legalidad. III. Filosofía nacional. Pensamiento y praxis. La influencia de Juan Bautista Alberdi y la conceptualización de fases de Salomoni. IV. Breves nociones sobre el quid de la reforma del estado en la Argentina. V. El desafío: desarrollar un marco teórico y un andamiaje jurídico para una verdadera integración latinoamericana.

INTRODUCCIÓN

Mucho se ha hablado acerca de "la crisis del derecho administrativo". Diversas conclusiones y estudios se han dado en tal sentido. Varios autores –en múltiples contextos- la han analizado ya sea

1 Filósofo y Teólogo Francés

2 Decimosexto Presidente de los Estados Unidos de Norteamérica

partiendo del endeudamiento excesivo de los estados, las corrientes migratorias, la seguridad e inseguridad y las privatizaciones[3], así como desde su relación con el Estado en general, la ley y los jueces[4]. Todos ellos, y tantos otros, caminos y conclusiones válidas y nutritivas, desde lo jurídico y desde lo político.

En el presente trabajo se intentará navegar -a partir de aquellas y de las propias opiniones- en las aguas del problema planteado pero con el norte de intentar establecer no solo una ruta sino además un sentido en la búsqueda de superar la crisis, no *per se*, sino intentando vislumbrar los principios que generan que el resurgimiento floreciente del derecho administrativo sea una necesidad y no una posibilidad. Asimismo, nos permitiremos *excursus* vinculados a la historia, la política y la ideología, desde la profunda convicción de que no es posible diagnóstico o solución alguna si nos apartamos de nuestra raíz, como ya analizaremos oportunamente, y entendiendo además que el derecho administrativo no es un "mecanismo objetivo del porvenir" sino uno operativo y de utilización intencional que permite cambiarle positiva o negativamente la calidad de vida a los administrados o ciudadanos[5].

3 GORDILLO, Agustín, "Condicionantes económicos y financieros del derecho administrativo" en "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" Tomo VII, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 102/106, disponible en www.gordillo.com

4 CASSESE, Sabino, "Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo" en "Revista de Documentación Administrativa" nums. 250-251, p. 217 y ss., disponible en http://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/5479/5533

5 No intentaremos ni realizaremos diferencia alguna entre ambos conceptos. Creemos que la discusión en este sentidoson redundancias académicas que no penetran en el fondo de la cuestión que, al menos en este artículo, pretendemos

Este no será, intencionalmente, un artículo completo ni definitivo,nunca un análisis que vincule lo jurídico y lo político puede serlo. Se seguirá escribiendo y pensando permanentemente. Nos conformamos con que sirva como un disparador que promueva repensar algunas cuestiones que la vorágine diaria muchas veces hace que dejemos de lado.

II. ORÍGENES. REVOLUCIÓN FRANCESA Y ESTADO DE DERECHO, DERECHO ADMINISTRATIVO Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La construcción teórica del liberalismo francés propuso al hombre un nuevo modo de relacionarse con si mismo –el antropocentrismo-, con sus semejantes y con el Estado.En los albores de la historia de la República, la revolución política, social y económica francesa, intentó trasladar ese ideario a los hechos.

Se produjo el fin del estado absoluto y se enarboló la primacía de la ley, la separación de la autoridad administrativa de la judicial y la relación de igualdad entre los individuos y los gobernantes. Así, comenzó a conformarse el conceptode Estado de Derecho y, a partir de ello, la primera noción cercanaal nacimiento del Derecho Administrativo.

Podemos entender por tanto, que en el conjunto de postulados llevados adelante por los revolucionarios franceses, encontramos los principios de lo que se constituiría en el futuro como la rama del derecho que organiza la relación de los ciudadanos con el estado. Debemos analizar también que el surgimiento

abordar. Si se insistiera en tal discusión, nos conformaríamos con afirmar que ambos términos se desarrollan en el marco de un sistema republicano de gobierno, lo cual aquí alcanza.

de todos estos lineamientos se dio en base a necesidades originadas en hechos puntuales. Así, podemos observar que lo que hoy conocemos como "jurisdicción administrativa" nace, en algún sentido, de la desconfianza de los hombres de la revolución para con los tribunales judiciales existentes previamente. Dicha desconfianza traslució también la necesidad de que en esa nueva época no ocurriera lo que había sucedido en la faz monárquica: la parálisis de la actividad del gobierno por consideraciones convenientes a quienes entonces ejercían la titularidad de la administración de justicia.

Esto generó entonces que se genere un plexo legal destinado a impedir la situación mencionada. Así, en 1790, aparece la Ley 16-24 que establecía en su art. 13° *"Las funciones judiciales son y serán distintas y quedarán siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán bajo pena de prevaricación, perturbar en forma alguna las operaciones de los cuerpos administrativos por razón de sus funciones".*En 1791, el Código Penal tipifica como delito la intervención de los jueces en la administración y la nueva Constitución, en su art. 5° sentenció que *"Los tribunales no pueden intervenir en las funciones administrativas ni citar ante sí a los Administradores, cualquiera que sea su especie"*. La Ley 16 de Fructidor, del año 1975, establecía que *"Se prohíbe terminantemente a los Tribunales, conozcan de los actos de la Administración, cualquiera que sea su especie".*

Este conjunto de prohibiciones generó de este modo la primera división entre administración del estado y de la justicia. No obstante, esto sucumbió las convicciones fundantes de la Revolución en tanto se generaba una suerte de "vacío de control" de los actos de la administración, con el consecuente

riesgo de arbitrariedad y su consecuente vuelta al estado anterior de las cosas. La imposibilidad del ciudadano de reclamar frente a una ilegalidad de la administración, puso en vilo lo sostenido en el Art. 5 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789[6] que sostenía:

"La ley sólo tiene derecho a prohibir los actos perjudiciales para la sociedad. Nada que no esté prohibido por la ley puede ser impedido, y nadie puede ser constreñido a hacer algo que ésta no ordene."

Este principio implicaba, como afirmó García de Enterría[7], que la legitimidad del poder surge de la voluntad comunitaria cuya expresión típica es la ley. De este modo, y acompañándose a la noción de división de poderes, se daba el concepto *prima facie* de la legalidad. Este concepto, en una situación de gobierno "sin control" temblaba, lo que hacía poner en riesgo también el marco teórico-político de la revolución.

Frente a esto, se ideo un sistema que permitiese la existencia de una autoridad competente en el marco de estos hechos. Así, entendiendo que los reclamos de los individuos podían ser resueltos por la misma administración, se estableció la figura de la institución de la *"administración-juez"*plasmada en la Constitución de 1799 a través del *"Consejo de Estado"*, que si bien tenía cosas en común con el monárquico *"Consejo del Rey"*, estaba limitado por el plexo legislativo anteriormente citado. Esto, si bien fue un avance, seguía manteniendo en manos del jefe del poder ejecutivo la decisión, ya

6 Disponible en http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/30/pr/pr23.pdf

7 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, Curso de Derecho Administrativo – Con comentarios de Agustín Gordillo, Buenos Aires, La Ley, 2006, p. 439/442

que el *Consejo* era solo un organismo asesor que estudiaba el caso y aconsejaba.

Sin embargo, como sostuviera el Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez[8], no debe perderse de vista que el sometimiento de las autoridades a un conjunto de normas jurídicas no implica necesariamente la aparición del Derecho Administrativo como tal, sino que es necesario para que este exista que dichas normas constituyan un cuerpo normativo separado de aquel que regula la actividad de los particulares[9]. De este modo, no fue sino con la evolución de los años cuando empezamos a encontrar en dicho país la conformación del Derecho Administrativo como disciplina autónoma.

En 1806 se crea en el marco del Consejo de Estado una *comisión contenciosa* que separe la asesoría en resolución de conflictos de todas las demás atribuciones de dicha institución. Esto, con el devenir de los años, generó en Francia la conciencia de que era el *Consejo* quien administraba justicia en estos casos. El corolario de tal situación se produjo en 1872, cuando mediante una ley se le reconoció su carácter jurisdiccional. Asimismo se creó el Tribunal de Conflictos, quien entendía en aquellos litigios donde no quedaba claro si la competencia era de tribunales comunes o

8 RODRIGUEZ RODRIGUEZ, Libardo, "Explicación Histórica del Derecho Administrativo", en "Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz" CIENFUEGOS SALGADO, David y LÓPEZ OLVERA, Miguel Alejandro (Coordinadores), Tomo I Derecho Administrativo, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2005, p. 295

9 En el mismo sentido razona Gordillo cuando en relación a la época monárquica afirma que "el derecho administrativo en cuanto conjunto de normas que regula las relaciones del Estado con los particulares, puede decirse que ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Pero ello no ha sido suficiente ab origenepara la creación de una disciplina". GORDILLO, Agustín, ob. cit., Tomo I, p. I-1.

administrativos.

Comenzó una nueva época: el Consejo de Estado era ahora juez de la administración y estaba dividido de la jurisdicción civil o penal.

En este sentido, podemos tomar como epicentro los fallos “Blanco” de 1873, del Tribunal de Conflictos Francés y“Cadot” de 1889 y “Terrier” de 1903,del Consejo de Estado.

En primer lugar, vislumbramos que estos casos tienen en común transmitir la necesidad de que exista una autoridad competente que juzgue la relación entre particulares y el Estado cuando este actúa como tal. En lo particular, podemos mencionar que en “Blanco” se establece una división de las actuaciones del Estado en tanto “gestión pública” y “gestión privada” donde el estado actua como un sujeto de derecho privado regido por el derecho civil. Así establece que en lo concerniente a lo “público” la competencia debe recaer en una jurisdicción ajena a la ordinaria. En “Cadot” se rompe la teoría de “juez-ministro” y se le adjudica la competencia contencioso-administrativa al Consejo de Estado. En “Terrier”, una vez diferenciada la actuación del Estado respecto a particulares y entendiendo la jurisdicción administrativa como prerrogativa del Consejo de Estado, se terminan de unificar los asuntos administrativos regionales con el estado ya que estos entran dentro de dicha jurisdicción. Se establece además lo que serán en adelante los principios generales de la jurisdicción y enarbola de manera más completa el concepto de servicios públicos.

No debe dejarse de lado que el porvenir de la revolución francesa no fue, en lo político, sino la negación de sus principios fundantes. No obstante, en lo que aquí respecta, la aparición del derecho

administrativo como tal permaneció latente y dio origen a su posterior desarrollo y consolidación, a nivel teórico y práctico.

FILOSOFÍA NACIONAL. PENSAMIENTO Y PRAXIS. LA INFLUENCIA DE JUAN BAUTISTA ALBERDI Y LA CONCEPTUALIZACIÓN DE FASES DE SALOMONI

Juan Bautista Alberdi, con la influencia –y pese a ella- de la escuela iluminista y del romanticismo a los que accedió durante su formación, fue un convencido de la necesidad de forjar una filosofía nacional que permitiese generar un marco conceptual adecuado para la formación del Estado.

Decimos también que "pese a ella" ya que más allá de lo aprendido de otros sistemas no concebía la posibilidad de que el andamiaje que diera lugar al Estado fuere copia o importación de un modelo extranjero[10] ya que entendía que no hay razón sin historia, no hay razón sin contemplar lo que nos aconteció y lo que sucede en la actualidad en el lugar donde nos toca vivir. Era necesariopara el autor, estudiar la historia y las distintas posiciones contrapuestas para encontrar una síntesis que abrevie en una filosofía nacional.

En el estudio de su pensamiento, podemos destacar su elocuencia a la hora de afirmar la necesidad de conciliar la faz filosófica del pensamiento con la praxis. De hecho, su obra estuvo signada coherentemente con su prédica ya que el autor plasma en primer lugar sus ideas en su obra "Fragmento preliminar al estudio del

10 En este sentido, Alberdi en "Bases…" afirma: "(…) la repetición del sistema que convino en tiempos y países sin analogía con los nuestros, sólo serviría para llevarnos al embrutecimiento y a la pobreza".

Derecho" y luego enarbola la forma en la cual aplicarlas en su memorable publicación titulada "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina".

Alberdi piensa un país que avance "desde el desierto" hacia la prosperidad. Como oportunamente citara Bianchi[11], este *prohombre fundador de la patria* afirmaba que el desierto es el enemigo de América y se preguntaba: "¿cuál es la Constitución que mejor conviene al desierto? La que sirve para hacerlo desaparecer; la que sirve para hacer que el desierto deje de serlo en el menor tiempo posible, y se convierta en país poblado (...) Las Constituciones de países despoblados no pueden tener otro fin serio y racional, por ahora y por muchos años, que dar al solitario y abandonado territorio la población de que necesita, como instrumento fundamental de su desarrollo y progreso (...) Necesitamos constituciones, necesitamos una política de creación, de población, de conquista sobre la soledad y el desierto.",y agregaba: "La nueva política debe tender a glorificar los triunfos industriales, a ennoblecer el trabajo, a rodear de honor las empresas de colonización, de navegación y de industria, a reemplazar en las costumbres del pueblo, como estímulo moral, la vanagloria militar por el honor del trabajo, el entusiasmo guerrero por el entusiasmo industrial que distingue a los países libres de la raza inglesa, el patriotismo belicoso por el patriotismo de las empresas industriales que cambian la faz estéril de nuestros desiertos en lugares poblados y animados".

Esta concepción del "derecho al desarrollo" se traslució en el art. 67 inc. 3 de su proyecto

11 BIANCHI, Alberto, "La Cláusula de progreso. Con especial referencia a los ferrocarriles" en "Revista de Derecho Constitucional", 22/11/2012, IJ-LXVI-604

de constitución el cual sostenía, en cuanto a las atribuciones del Congreso que a este le correspondía "(...)Proveer lo conducente a la prosperidad, defensa y seguridad del país, al adelanto y bienestar de todas las Provincias, estimulando el progreso de la instrucción y de la industria, de la inmigración, de la construcción de ferrocarriles y canales navegables, de la colonización de las tierras desiertas y habitadas por indígenas, de la plantificación de nuevas industrias, de la importación de capitales extranjeros, de la exploración de los ríos navegables, por leyes protectoras de esos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo(...)"[12]. Actualmente tal principio se encuentra contenido en el art. 75° inc. 18 de nuestra Constitución Nacional[13].

Esta cláusula marca una vez más la coherencia del autor, en tanto constituye la base fundamental en la concepción alberdiana del Estado y a su vez, esta es inédita en otro ordenamiento jurídico, como por ejemplo el de los Estados Unidos de Norteamérica y está basada en el tratado litoral firmado en Santa Fe en 1831[14]. En esta disposición se constituye no solo un deber y un derecho, sino que se edifica un marco teórico y

12 Disponible en http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2113/16.pdf

13(...)Proveer lo conducente a la prosperidad del país, al adelanto y bienestar de todas las provincias, y al progreso de la ilustración, dictando planes de instrucción general y universitaria, y promoviendo la industria, la inmigración, la construcción de ferrocarriles y canales navegables, la colonización de tierras de propiedad nacional, la introducción y establecimiento de nuevas industrias, la importación de capitales extranjeros y la exploración de los ríos interiores, por leyes protectoras de estos fines y por concesiones temporales de privilegios y recompensas de estímulo(...)

14SALOMONI, Jorge Luis, Teoría General de los Servicios Públicos, Buenos Aires, AD-HOC, 2004, p. 129 y 130

práctico entero sobre el cuál constituir una nación y una región.

Pensamiento y acción, filosofía y realidad, marco normativo e infraestructura. La ruptura y superación de estas dualidades significaba para Alberdi la posibilidad de constituir un Estado Nacional que garantice los medios necesarios para proveer de prosperidad a sus habitantes.

Más de un siglo después, el Maestro Jorge Luis Salomoni[15] proponía –en igual orden de ideas- pensar en 4 diferentes planos, distintos pero vinculados y necesarios entre si:

1°La concepción filosófico-política que fundamenta y explicita la concepción del Estado en cuanto a su origen y en relación con el poder.

2°La teoría constitucional y las normas constitucionales. Es vital no olvidar la importancia del ordenamiento supranacional, en tanto a partir de su incorporación al plexo constitucional es fuente directa y operativa del derecho administrativo.

3°El ordenamiento administrativo particular necesario para lograr la efectiva vigencia del sistema de derechos y potestades, entendiéndolo como la compleja maquinaria que los garantiza.

4°El plano fáctico, la realidad.

Cuando la evolución histórica de estos planos se produce de manera asimétrica[16], esto genera una deslegitimación del ordenamiento jurídico, por un lado y, por el otro, hace necesario que el intérprete

15 SALOMONI, Jorge Luis, ob.cit., p. 23/25

16 En palabras de Salomoni: "La disfunción se produce entonces, y entre otras razones, cuando el intérprete se encuentra que cambió la situación fáctica o la concepción filosófica política, pero se mantiene el antiguo ordenamiento constitucional o particular o viceversa, o cambia el ordenamiento constitucional y no el particular, y así sucesivamente. Se supone, es deseable, que los cuatro estamentos deben ser relativamente homogéneos entre sí, en un grado tal que permitan soluciones a los problemas que pudieran plantearse dentro del propio sistema.", ob.cit., p 25

se convierta en integrador del ordenamiento.

Esta situación genera la formación de una suerte de parasistema jurídico sostenido en que, al no existir correlación en la evolución de los planos y por lo tanto careciendo de un tejido normativo útil, quien interpreta termina haciéndolo muchas veces con argumentos fuera del marco jurídico. Este ejercicio, puesto en acción en la administración pública, constituye un grave riesgo que afecta la legalidad y por tanto amenaza al Estado de Derecho y a la Democracia, en general.

No es ajena esta situación para quien opera el derecho, ya sea jurista, funcionario, profesor o estudiante, ni es una responsabilidad exclusiva de los administradores. Todos aquellos que formamos parte de esta rama del saber debemos hacer un sobreesfuerzo para contemplar estos planos de conocimiento de manera integral.

BREVES NOCIONES SOBRE EL QUID DE LA REFORMA DEL ESTADO EN LA ARGENTINA.

La historia del derecho administrativo que mencionamos y la idea de estado alberdiana nos marcan el nacimiento de instituciones que hicieron mella a lo largo de la historia del mundo en general y de los países latinoamericanos en particular. Desde allí, intentaremos acercarnos a una época reciente donde ocurrieron cambios profundos que originaron grandes debates y reformularon algunos de los más importantes institutos de nuestra disciplina.

En la República Argentina, durante la proliferación de las políticas denominadas “neoliberales” o “desreguladoras” se produjo una profunda reforma del estado en la cual, entre

otros cambios de cáliz político y económico, se introdujo una profunda modificación en el sistema de servicios públicos.

Asimismo, en el año ´94 se reforma la Constitución Nacional cuya presunta aspiración de incorporar elementos del sistema parlamentario de gobierno terminó en los hechos derribada y su consecuencia fue una ratificación y fortalecimiento del híper-presidencialismo ya existente. Prueba de esto es la incorporación de la figura de los decretos de necesidad y urgencia en el art. 99 donde si bien se intentó regular una figura ya existente y utilizada, terminó por ser el aliciente donde reposa la discrecionalidad de todos los gobiernos hasta la fecha para cumplir desde el Poder Ejecutivo una función materialmente legislativa sin control alguno en los hechos. Las privatizaciones generalizadas y desordenadas pusieron en riesgo además los efectos de la "cláusula de prosperidad" ideada por Alberdi y sostenidos sus principios durante el tiempo en nuestro plexo constitucional.

Al respecto, el maestro Agustín Gordillo[17]sostiene que *"la inexistencia de consenso social acerca de la bondad del sistema regulatorio llevó a su incumplimiento y a la generación de reglas espontáneas de comportamiento social de los particulares y la administración pública"*.De esta manera, esta realidad generó, al igual que mencionábamos anteriormente, la puesta en funcionamiento de un "parasistema".

La Reforma del Estado ha generado además que los viejos y definidos fines del Poder de Policía hayan sido reemplazados por "conceptos jurídicos indeterminados" como por ejemplo el "bien común". Esto no solo sucedió en la teoría sino también en

17 GORDILLO, Agustín, Después de la Reforma del Estado, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1998, p. I-6

los hechos y la población dejó de percibir cual era el rol del Estado. La globalización y las nuevas tecnologías generaron además en esa época un mayor nivel de conflictividad ya que al aumentar y acelerarse la circulación de la información fue más fácil para la mayoría de los ciudadanos observar las asimetrías institucionales y sociales que acontecían. Esto, junto con la indeterminación de hacia dónde avanzaba el sistema, fortaleció la pérdida de legitimidad de las instituciones del derecho. Cuando una norma no es útil confrontándola con la realidad se transforma en un mito y no es posible construir el andamiaje jurídico-operativo de un sistema democrático en base a un relato normativo prodigioso pero inexistente.

Extendido es el debate en torno a la profundidad de la reforma en relación acerca de si fue una verdadera transformación del Estado. Sin entrar en profundidad en el quid de la cuestión –lo que requeriría al menos un artículo completo- creo que es posible sin embargo destacar que pese a algunos cambios de políticas acontecidos desde aquel tiempo a esta parte, han sido suficientes algunas cuantas y desordenadas normas para oscilar de un estado "desregulador" a uno "intervencionista", sin necesidad de recurrir a una transformación profunda u orgánica. Esto, tal vez, arroje un poco de luz en el tema e indique que aquella reforma del estado posiblemente no haya sido tal al observar la dinámica de la teoría y la praxis.

En igual medida, no son menores los cambios institucionales acontecidos en otros países de nuestra región los cuales también influyeron en la percepción de los gobiernos y de los administrados

de la realidad social y jurídica[18]. La corrupción sostenida por algunos funcionarios públicos como un derecho casi inherente a su condición y la impunidad en el juzgamiento de sus actos perturbaron, y continúan haciéndolo, la visión que los ciudadanos tienen de la llamada "clase política".

Esta separación entre "el pueblo" y la "clase dirigente" genera, la sensación de que los encargados de nuestro destino constituyen una casta diferente, generando de esta manera una sensación de separación cada vez más grande entre "administrado" y "administrador". De hecho, nos animamos a decir que la gran mayoría de las personas, en la República Argentina, percibe el Estado como aquellas personas que votan cada determinada cantidad de años y que toman decisiones "por ellos", "para ellos" o "en contra de ellos" y no como una compleja maquinaria destinada a garantizar derechos, hacer cumplir obligaciones y satisfacer necesidades, entre otras cosas.

La pretendida "salida del neoliberalismo" ocurrida a partir de principios del nuevo milenio en nuestra región, no solucionó la crisis a la cual nos referimos. La violencia racial[19], la proliferación

18 No es una novedad el hecho de ocuparse y preocuparse por los problemas de "la región" y no solo del propio país; Alberdi sostenía en su carta-introducción de Bases, escrita desde la ciudad de Valparaíso que"El espacio es corto y la materia vasta. Seré necesariamente incompleto, pero habré conseguido mi propósito si consiguiese llevar las miradas de los estadistas de Sud América hacia ciertos fines y horizontes, en que lo demás será obra del estudio y del tiempo".

19 Esto ocurre tanto entre nacionales en países pluriétnicos como Bolivia o Brasil, por citar un ejemplo, como entre personas de distintas nacionalidades en países que reciben una gran cantidad de inmigración, como la Argentina.

del narcotráfico[20], la falta de control por parte del estado[21] y la proliferación de ejercicios invasivos del poder ejecutivo hacia otros poderes y hacia las libertades públicas de sus ciudadanos[22] no hicieron más que acrecentar el trance por el que discurre la confianza en el Estado.

Esto generó, a su vez, una sensación de unidad entre algunos países pero plasmada en lo político y no necesariamente en lo jurídico. Además se pretende fundar una filosofía común sobre la base de la disrupción y no de la síntesis-integración. Quedaría además lugar para preguntarse si estas simbiosis ideológicas no terminan ejerciendo como un nuevo poder avasallador de las libertades ciudadanas ya que, en palabras de Gordillo debemos aprender *"a leer una sentencia o un acto gubernamental que no es leer sus fundamentos, sino pensarlo en su contexto"*[23].

EL DESAFÍO: DESARROLLAR UN MARCO TEÓRICO Y UN ANDAMIAJE JURÍDICO PARA UNA VERDADERA INTEGRACIÓN LATINOAMERICANA.

Hemos intentado, a lo largo del presente, observar como desde el nacimiento del derecho

20 Este avance parece no ceder y América Latina es sin lugar a dudas una región de producción y distribución descontrolada de estupefacientes.

21 Como citara Gordillo en relación al caso "Cromagnon" de la República Argentina y como ocurriere en similares catástrofes en Paraguay y Brasil.

22 Esto ameritaría un artículo entero, pero podemos mencionar como casos paradigmáticos aunque diferentes entre si, lo que acontece en Venezuela y en Argentina.

23 GORDILLO, Agustín, "Racionalidad, política, economía y derecho" en "Tratado de derecho administrativo y obras selectas" Tomo VII, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2013, p. 87, disponible en www.gordillo.com

administrativo y a lo largo de su historia, se han producido hechos que marcaron la perdurabilidad de figuras e instituciones y otros que pusieronen riesgo su operatividad positiva. Llega pues el momento de navegar las aguas más profundas, aquellas cuyo timón está en nuestras manos y a través de las cuales nos será posible comentar a construir la respuesta a la compleja pregunta que interroga (y sentencia a su vez):¿Qué hacemos?.

Decíamos anteriormente que Alberdi sostenía que había que generar un sistema propio, sin importar modelos ajenos,pero esto no obsta que en ese camino podamos observar hechos sociales que resulten útiles e inspiradores para realizar la tarea que la hora demanda.

Debemos pensar una teoría moderna basada en el hombre, sus derechos y obligaciones. Como los revolucionarios franceses tenemos la responsabilidad de animarnos a repensar el rol que cumplen el individuo y el estado en estas condiciones geopolíticas que nos toca vivir.

Debemos pensar nuevas instituciones y mejorar las existentes. Como los próceres que dieron nacimiento a la democracia en Latinoamérica debemos renovar aquellas instituciones que perdieron su función social, derribar las que carecen de sentido e imaginar ámbitos contenedores de las nuevas necesidades.

Platón sostenía que conocer es recordar. Debemos recordar de dónde venimos y observar lo que necesitamos. Tenemos que conciliar teoría con praxis.

En su Prefacio a la "Filosofía del Derecho", Hegel[24] hablaba del "Buho de Minerva" que "inicia su vuelo al caer el crepúsculo", simbolizando de

24 HEGEL, Guillermo Federico, Filosofía del Derecho, Buenos Aires, Editorial Claridad, Quinta Edición 1968, p. 37

este modo el vuelo de la razón y la sabiduría, que analizan, explican e intentan ordenar el mundo durante la penumbra, a la espera de la luz del día. ¿Será el breve instante del amanecer el que reúne razón y sabiduría con realidad? ¿Será en el derecho solo un luminoso momento donde podamos reunir norma jurídica con realidad?. No importa el quantum inicial del tiempo que esto dure, lo importante es permanecer a la vera del análisis jurídico como operadores responsables del derecho, lo cual permita que ese tiempo sea cada vez más duradero. Tal vez, el día que nuestra jornada de simetría entre filosofía, normativa y realidad sea permanente y amplia, será el día que el Derecho haya perdido su razón de existir. Ese será el momento donde empezará un nuevo desafío que dará lugar a otra reflexión que –sin lugar a dudas- corresponderá a generaciones mucho más lejanas pero, a su vez, debe ser nuestro horizonte en el ejercicio cotidiano de nuestra rama del saber.

La historia ha ido desde pequeños agrupamientos de población hasta los Estados Nacionales y de los Estados Nacionales hacia ámbitos comunitarios. No obstante el intento de armonización normativa y la formulación de plexos convencionales, seguimos asistiendo a una asimetría en el marco de los 4 planos que mencionábamos al principio.

Hablamos de los desafíos del pasado y de la necesidad de construir una filosofía nacional. Hoy naturalmente, nacen nuevosparadigmasy sin lugar a dudas es la hora de construirdesde el derecho una nueva filosofía, la cuál de ningún modo debe ser solo aquella sostenida por los gobiernos o las -siempre circunstanciales- corrientes mayoritarias de opiniónsino una que bajo el concepto de unidad-síntesis de Alberdi, disponga las bases

fundamentales para la construcción de una propia racionalidad del gran Estado Latinoamericano que permita asimismo optimizar, fortalecer y unificar los ámbitos jurídicos supranacionales -continentales y extracontinentales-, la cual no debe operar como una formulación política destinada a "enfrentar a otros bloques" sino una corriente técnico-jurídica de opinión tendiente a la permanente integración. Esto permitirá que el Derecho Administrativo opere permanentemente dinámico y congruente -aunque veces oculto a los ojos profanos a la materia, al igual que la maquinaria de un reloj- consolidando y operativizando derechos, como un verdadero principio rector de la Democracia.

EXCURSUS SOBRE LA CRISIS DE LA LICITACIÓN PÚBLICA Y LA FORMA DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS. CUESTIONES SUBYACENTES.

ISAAC AUGUSTO DAMSKY1

LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA HA SIDO FIEL Á SU SISTEMA DE BUSCAR LA RIQUEZA POR EL CAMINO DE LA LIBERTAD; DE SERVIR AL INTERÉS DEL FISCO POR MEDIO DEL BIENESTAR GENERAL; DE OBTENER EL AUMENTO DE LA RIQUEZA DEL GOBIERNO POR EL AUMENTO DE LA RIQUEZA DE LOS GOBERNADOS, QUE CONTRIBUYEN Á FORMARLA; DE AGRANDAR LAS RENTAS DEL ESTADO POR EL AUMENTO DE LAS RENTAS DE LOS PARTICULARES; Y DE SOMETER SU INVERSIÓN Á LAS MISMAS REGLAS DE PRUDENCIA Y DE BUEN JUICIO DE QUE DEPENDE EL AUMENTO DE LAS RENTAS PRIVADAS.

JUAN BAUTISTA ALBERDI, "SISTEMA ECONÓMICO Y RENTÍSTICO DE LA CONFEDERACIÓN ARGENTINA SEGÚN LA

1 Abogado (UCA-1994), Magister en Derecho Administrativo de la Universidad Austral (1997). Miembro Fundador y Activo de las Asociaciones de Derecho Público del Mercosur, Internacional de Derecho Administrativo e Iberoamericana de Derecho Administrativo. Profesor extranjero invitado de Derecho Administrativo de Universidades Europeas y Latinoamericanas. Miembro del European Public Law Organization. Miembro Honorario de las Asociaciones Mexicana y Nicaragüense de Derecho Administrativo. Consejero Editorial Internacional de Revistas Jurídicas Especializadas de Derecho Público en México, Colombia y Brasil. Profesor Adjunto Interino de Derecho Administrativo y de "Protección de Patrimonio Cultural" del Departamento de Derecho Público II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

isaacaugustodamsky@yahoo.com.ar, idamsky@ derecho.uba.ar

Constitución de 1853"[2]

Crisis de la Licitación Pública[3], su inadecuación a estándares internacionales y una nueva racionalidad embrionariamente contenida en los mecanismos excepcionales.

I.1. En mi opinión, el creciente abordaje doctrinario sobre las contrataciones administrativas irregulares derivado del progresivo endurecimiento jurisprudencial, permite inferir algo más que la preocupación por escudriñar la argumentación de las decisiones judiciales[4] o los alcances del

2 "Obras Completas de J.B. Alberdi" T. IV, Bs. As., Imprenta de "La Tribuna Nacional", 1886, p.310.

3 Ver en Farrando, Ismael, Director, "Contratos Administrativos", Bs. As., Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, 2002, especialmente en el Capítulo XI, ps.372 en adelante, al pronunciarse en estos términos: "Sin embargo ella (la licitación pública) ha sido pasible de importantes críticas que pueden agruparse, primordialmente, en las siguientes: a) las rígidas normas procedimentales que la inspiran impiden la concurrencia y alimentan la burocracia; b) no se aseguran los derechos de los contratistas que participan en el procedimiento de contratación de manera efectiva; c) se deja de lado la eficiencia como principio a conseguir a cambio de asegurar una honestidad que no siempre se consigue; d) no asegura, en todos los casos, el verdadero interés de la Administración; ya que, en ocasiones, la rigidez procedimental excluye por meros requisitos formales a oferentes que proponían mejores condiciones; con lo cual la Administración termina adjudicando no la "mejor oferta", sino la mejor de las pocas que quedaron luego de que se eliminaron las restantes por razones formales. (...) Lo expuesto no significa que el procedimiento de licitación pública no pueda ser mejorado atendiendo las críticas señaladas y teniendo en cuenta las circunstancias sociales, políticas y económicas del país. La tendencia mundial –de la que nuestro país no está excluido- hacia las economías abiertas, competitivas y desreguladas incide en los usos vigentes en materia de contrataciones del Estado. Se busca efectivizar los fines de toda contratación sin ritualismos ni formalismos estériles, intentando aumentar el número de oferentes nacionales e internacionales mediante licitaciones llevadas a cabo con transparencia y competencia" (obra y autor citado, ps. 372/373).

4 Ver en Farrando, Ismael, "Licitación Pública.

principio de legalidad en la materia[5]. Contiene una preocupación que trasvasa los ejes de las discusiones sobre los crónicos divorcios entre la realidad y la norma[6], o la pérdida cotidiana de la batalla por el imperio de la ley.

La doctrina argentina contemporánea nos presenta la siguiente paradoja: mientras que la judicatura postula intensificar el imperio de las formas, la realidad administrativa en su universo

---

Panorama de la Jurisprudencia actual", en La Ley, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, Bs. As., agosto-2010, ps. 210-217,. El autor, tras presentar los lineamientos jurisprudenciales de la Corte respecto de la forma como requisito esencial de existencia del contrato administrativo (punto 2 de su trabajo, p. 212), concluye su trabajo, en línea con su pensamiento citado en la nota anterior, rematando: "solo nos resta seguir pensando sobre qué otras medidas, además de su consagración como principio general, debemos ir adoptando, legislativamente –y en la práctica por parte de la Administración- para seguir combatiendo las desventajas de todo el sistema en sí mismo y la puesta "fuera de sistema" que logra, muchas veces, la corrupción".

5 Creciente interés graficado en el frondoso relevamiento evidenciado en: Ábalos Gorostiaga, Raúl, "El contrato administrativo inexistente. Precisiones sobre la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", Revista Jurisprudencia Argentina, 7/12/2010. Ver también: Bonina, Nicolás y Diana, Nicolás, "¿Un mundo felíz?", Suplemento de Derecho Administrativo, Revista La Ley, Bs. As., Marzo-2011, ps. 16-25.

6 Cfr. Rejtman Farah, Mario, "Desencuentros entre la Corte Suprema y la Administración Pública en materia de contrataciones administrativas", en Buenos aires, L.L., agosto-2010, Suplemento Extraordinario Administrativo 75 Aniversario, ps. 197-209; al decir: "debemos admitir que la administración pública nos presenta un panorama bastante desolador cuando, con contumaz rebeldía, ignora en materia de contrataciones públicas, la fuerza de los pronunciamientos de la Corte Suprema (…) Esta frecuente inobservancia, desconocimiento o violación de la doctrina judicial (…) constituye un nada despreciable testimonio de la conflictiva relación entre prácticas y normas (…) Los hechos, sin embargo, muestran una peculiar realidad. La licitación pública no es, en modo alguno, el procedimiento general al que apela la administración para contratar bienes y servicios".

contractual se impone cada vez más informal con la consecuente reducción de los entramados licitatorios a una mera formalidad. En esta suerte, ya no es osado reconocer que la licitación pública adolece, al menos, de una triple pérdida de legitimidad.

Primero, porque suele ser social y empresarialmente percibida como un instrumento ineficiente, dudoso y cuestionable. Cada vez mas es objeto de impugnaciones judiciales fincadas en que la licitación solo sería utilizada para favorecer al círculo áulico de turno 7. Así, es reducida a la mera instrumentalidad de vehiculizar la consolidación de un crony capitalism doméstico8.

Segundo, por la extendida percepción del funcionariado de que la licitación es, en realidad, un instrumento ineficaz si se trata de atender una necesidad pública en tiempo real9, de comprar o contratar el bien o servicio más adecuado a las reales necesidades y mejor ajustado en precio y

7 Mairal, Héctor, "Las raíces legales de la corrupción (O de cómo Derecho Público fomenta la corrupción en lugar de combatirla)", RAP, Cuadernos de la RPA, Editorial Rap, Buenos Aires, 2007.

8 Me remito a lo dicho en: Damsky, Isaac Augusto: "Sobre los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina", en "El Derecho Administrativo", Buenos Aires, 2007, ps. 467-483; "Variaciones y contrapuntos en los nuevos sistemas de contratación de actividades económicas públicas en Argentina. Crisis del estado, crony capitalism y alteración de la gobernabilidad económica", en "A & C, Revista de Direito Administrativo & Constitucional Nº 27", Curitiba-Brasil, ps. 11-42.

9 Cfr. Rejtman Farah, Mario, ob. cit., p. 203 (con cita a García Sanz, Agustín, "Licitación pública v. contratación directa ¿la batalla perdida?): "las licitaciones públicas celebradas por los diferentes organismos alcanzados por las previsiones del decreto delegado 1023/01 fueron solo de alrededor del 12% al 15% en el período 2004-2008 y un 19,3% en el año 2009, sin considerar las contrataciones no informadas y las efectuadas a través de mecanismos que no requieren comunicación a ese órgano rector"

condiciones.

Tercero, la licitación es vista además como un instrumento antieconómico. Tanto en el sector público como en el privado, se reconoce que la utilización de los mecanismos licitatorios conspiran contra la economía de recursos, no solo por los consabidos sobreprecios, sino también por los desfasajes provenientes de los extensísimos tiempos licitatorios.

A todo ello se suma la creencia funcionarial de que, si se la utiliza, se corre el riesgo de caer rehenes del poder de imposición de una suerte de Goliat económico agrupado tras las cámaras empresariales, un poder mas fáctico que jurídico y, por ello, acaso más efectivo. Pero esto último abriría a otra discusión que excede en mucho a este aporte.

Así es que, por ineficacia, por ineficiencia, o por la antieconomicidad del instrumento licitatorio, los autores reconocen que predominantemente el Estado compra, se abastece, refacciona y construye directamente sin contrato. Un porcentaje altamente significativo de obras públicas, servicios y aprovisionamientos estatales no discurren por los cauces formales, y son atendidos mediante mecanismos excepcionales desprovistos del cariz procedimental[10]. Ni siquiera bajo contratación directa, porque se sostiene que su trámite, similar

10 A modo de ejemplo, en los informes de auditoría de la AGCBA es común encontrar entre sus conclusiones que en materia de adquisición de muebles, insumos de librería y de hospitales, y alimentos para comedores escolares, hay un alto porcentaje de contrataciones realizadas bajo procedimientos de excepción, fondos de emergencia, y contrataciones directas. Además se detectó una reiterada falta de justificación de la urgencia argumentada en las mismas, e incumplimientos de los recaudos para la invocación de las aprobaciones de gastos, entre otras deficiencias. En www.agcba.gov.ar (Conf. Informes Finales de los proyectos 8.05.03, 2.09.08 A, 2.05.04, 4.07.10, 3.09.14).

al licitatorio, impide atender la necesidad pública en tiempo real. De allí, la recurrente utilización de los celerísimos mecanismos erogatorios previstos en las normas de administración financiera rotulados como "fondos rotatorios", "cajas chicas especiales", o las lisas y llanas "aprobaciones de gastos".

La preocupación oculta que, para mi, trasunta la doctrina, es la racionalidad licitatoria misma, la vetustez y obsolescencia de procedimientos que, pensados "en" y "para" otros tiempos, fueron estructurados desde la métrica de las antiguas prácticas de aprovisionamiento, hoy ya largamente superadas. Más allá de los casos puntuales, lo que está en crisis es la antigua formulación normativa, aún vigente, de los tradicionales procedimientos selectivos de contratistas, los cuales crujen y claman por modernizarse, por agilizarse y adaptarse a la velocidad y desestructuración de los tiempos actuales, en pos de la tan reclamada previsibilidad y seguridad jurídica[11].

11 Ver en Farrando, Ismael, obra citada, al señalar: "Más que hablar de sistemas "alternativos", creemos conveniente resumir las pautas que deben tenerse en cuenta para mejorar el procedimiento de la licitación pública como procedimiento regla en materia de contrataciones del Estado (…). a) Reforma legislativa. Es necesario la implementación de una seria y definitiva reforma legislativa que regule ordenadamente las contrataciones del Estado (…) b) Restablecimiento de los registros de proveedores en forma no limitativa. Una buena práctica contractual es implementar un sistema de registro de proveedores del Estado que permita –mediante un debido funcionamiento interconectado de organismos públicos nacionales, provinciales y municipales- contar con información actualizada y veraz acerca de los antecedentes contractuales, contables, fiscales, etc., del posible cocontratante de la Administración (…) c) Debida y razonable aplicación del principio de "informalismo a favor del administrado" (…) implica que deba flexibilizarse el estricto rigorismo aplicado a este procedimiento en aras de una mayor eficacia y respeto del principio de concurrencia de los ofertantes, limitándolo a los aspectos que conciernen al objeto mismo del contrato

I.2. Lo anterior verifica que tanto el abrupto desapego estatal hacia la licitación pública, cuanto el rechazo que concita en la sociedad civil, la empresa y el mundo académico, obedece principalmente a un hecho incontestable: La licitación, tal como está planteada hoy, no es mas ni un mecanismo adecuado, ni apropiado –ni mucho menos eficiente, eficaz o económico y ni que decir transparente- para atender necesidades públicas.

De allí que no sea osado sostener su inadecuación a los estándares internacionales que recaban el desarrollo de sistemas apropiados y eficientes de contratación pública.

Ello así pues advierto que la primera cualidad –la exigencia de sistemas apropiados de contratación- se contiene en el Art. 9º, inciso 1º, apartados b), c), d) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, al decir: "Cada Estado Parte (...) adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de

(...) d) Implementación de adecuados mecanismos de control social que aseguren la transparencia de la contratación (...) e) Asegurar un efectivo sistema de recursos y sanciones para lograr el reconocimiento de los derechos de los ofertantes (...) f) Reglamentación de distintas modalidades que puede asumir la licitación pública según el tipo de contratación de que se trate (...) g) Aplicación de los sistemas modernos de "mejora final de precio" (...) {Al respecto me remito a mis reflexiones en torno al sistema de 'data room' en mis trabajos citados en la nota 7 de este trabajo} h) Precalificación de "interesados inscriptos en los registros (...) facilita el trámite de la contratación pudiéndosele dar a los precalificados la posibilidad de participar en las etapas previas de confección de los pliegos licitatorios. i) Independencia de las comisiones evaluadoras (...) j) Los principios aplicables a la contratación deben facilitar la integración entre distintas jurisdicciones (...) En cuanto concierne a las contrataciones que se desenvuelvan en el ámbito del MERCOSUR, ellas se concretarán sobre la base de los procedimientos administrativos de los países que lo integran, mientras no se dicte una norma comunitaria que rija la materia" (Farrando, Ismael, obra citada, ps. 373-376).

contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones (...). Esos sistemas (...) deberán abordar (...) La formulación previa de las condiciones de participación, incluidos criterios de selección y adjudicación y reglas de licitación (...) la aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública a fin de facilitar la ulterior verificación de la aplicación correcta de las reglas o procedimientos (...) un mecanismo eficaz de examen interno".

Y por su parte, la segunda cualidad –la exigencia de sistemas eficientes de contratación- se contiene en el artículo 3º, inciso 5º de la Convención Interamericana contra la Corrupción, al decir: "los Estados Partes convienen en considerar la aplicabilidad de medidas, dentro de sus propios sistemas institucionales, destinadas a crear, mantener y fortalecer (...) sistemas para (...) la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado que aseguren la publicidad, equidad y eficiencia de tales sistemas".

I.2.1. Así planteadas las cosas, tampoco sería osado sostener que la nueva racionalidad aspirada en dichas normas internacionales se encontraría embrionariamente contenida en los mecanismos excepcionales de contratación.

Desde esta óptica y bajo el cuadro de situación descrito -respecto de la mecánica de aprovisionamiento estatal no por contratación directa sino directamente sin contrato- podría llegarse al extremo de sostenerse que la nueva racionalidad contenida en las normas internacionales comentadas discurriría –paradójicamente- por los mecanismos erogatorios imperantes –esos que luego son fulminados en sede judicial- fincado ello en la generalizada aceptación

de que su uso constituye el único mecanismo de contratación apropiado y eficiente para la atención en tiempo real de las necesidades públicas.

Si a lo anterior se le agrega la consideración de que tales mecanismos cuentan con reconocimiento legal, desarrollo reglamentario y amplio espectro de reconocimiento, entonces estaríamos frente a unas prácticas que lejos de desdeñarlas y fulminarlas judicialmente, debiéramos empezar a discutir seriamente en orden a la necesidad de intensificar la reglamentación de sus procedimientos, especificar el contenido de los derechos y las estructuras de las garantías de sus contratantes y cristalizar las especiales prerrogativas estatales que, de manera diferenciada, cuadren utilizarse por caso.

I.3. Pero remarco, de verificarse esta hipótesis, debe advertirse la necesidad de avanzar en el desarrollo de acciones de fortalecimiento, porque no solo la actual disfunción operativa del sistema licitatorio es fuente de inequidades, sino que además el mantenimiento de este status quo fomenta la corrupción estatal.

Hablo de status quo porque el aprovisionamiento administrativo al amparo de mecanismos excepcionales no suficientemente reglamentados y carentes de una adecuada y pormenorizada estructura de derechos y prerrogativas abre a una dudosa discrecionalidad. Y ello incentiva la corrupción estatal porque si frente a la ulterior negativa administrativa a la aprobación del gasto el contratista o proveedor decide reclamar judicialmente, se encontrará con que estas prácticas resultan luego severamente fulminadas en sede judicial con la subsecuente supresión de sus legítimas expectativas remunerativas. En el estado actual, la única alternativa del particular frente a tal escenario será aceptar el quantum que

graciosamente el comitente desee reconocerle, o quedarse sin nada.

El ciclo de conflicto en las denominadas contrataciones administrativas irregulares.

Un simple repaso de los hechos determinantes de casos como Ingeniería Omega u otros que nos ocuparan en este trabajo bastan para graficar lo expuesto.

El ciclo sería el siguiente:

Primero, el encuentro furtivo. Como mayoritariamente las necesidades estatales se atienden mediante carriles informales de aparente legalidad12, se genera en los contratistas y proveedores una apariencia de previsibilidad (a modo del "elixir de Dulcamara" de la ópera de Donizetti) en base al cual se avienen a concretar sus prestaciones, muchas veces, sin siquiera contar con previa orden de servicio. Esa aparente previsibilidad se logra por intermedio del dictado de reglamentos mediante los cuales se instrumentan los mecanismos erogatorios –derivados de las normas de administración financiera- los cuales, dotados de celeridad extrema, concentran las facultades aprobatorias del gasto en los propios estamentos superiores de conducción de la administración activa.

Segundo, el compromiso aparente. Dado el cuadro anterior, los servicios jurídicos permanentes –que de tanto en cuando se ven

12 Tal como reconoce Rejtman Farah, ob. cit., p. 203: "Sea pues por encontrar la contratación directa amparo en alguna de las causales previstas como de excepción –frecuentemente sin fundamentos de hecho que habiliten a hacerlo- o por acudirse a mecanismos tales como los legítimos abonos la utilización de fondos rotatorios, las contrataciones celebradas por caja chica o a través de la administración de fondos fiduciarios, lo concreto es que en la realidad administrativa el principio general de la licitación pública como procedimiento de selección al que la CSJN ha hecho referencia no tiene real incidencia".

llamados a intervenir- asistirán al fait accompli, acompañando o tolerando estas prácticas bajo variopintas justificaciones que a veces incluirán un rosario de retahílas genéricas y un recetario de recomendaciones impracticables. Eso sí, cuidando siempre de no alertar al destinatario con admoniciones concretas y certeras relativas a la ulterior fulminación jurisprudencial de tales vínculos y mucho menos despertando suspicacias respecto de la funesta pulverización de las endebles expectativas de lucro del contratista que tal línea jurisprudencial acarrea. No obstante, robustece la apariencia de legalidad y uso administrativo engendrada con el dictado de los reglamentos erogatorios.

Tercero, el idilio. Como la operatoria aparenta ser eficaz y el mecanismo es ágil, flexible, permite atender necesidades reales objetivas en tiempo real, dado que resulta exento prácticamente de controles y descontracturadamente ausente de formas esenciales -y también resulta permisivo de connivencias- su utilización crece exponencialmente y se generaliza a todos los ámbitos posibles de utilización.

Cuarto, el desengaño. Terminada la gestión del funcionario emisor de tales órdenes de servicio, su sucesor, muy probablemente remiso a continuar el escenario anterior, discontinuará selectivamente al contratista declamando su desacuerdo con tales prácticas. Desaprobará lo actuado, desconocerá los servicios prestados y, consecuentemente, no autorizará ni aprobará gasto alguno. A no dudar que pagarán justos por pecadores. Llevada a juicio la pretensión de reconocimiento del crédito, los vínculos anudados a la luz de estas prácticas resultarán judicialmente fulminados por violación de las formas esenciales y del principio de legalidad

en materia de contratos administrativos13. Tendrá lugar el imperio de la línea jurisprudencial que será objeto de análisis en este trabajo. Y con ello la perplejidad que invade a todo aquel que intente comprender este fenómeno, a cuyo tratamiento seguidamente me aboco.

III ¿El caso Ingeniería Omega modificó el régimen de nulidades del Decreto Ley de Procedimientos Administrativos?

III.1. Dentro de la tipología de casos que nos ocupa14, el caso "Ingeniería Omega" es de especial referencia. Sentenciado una década atrás por nuestra Corte Suprema, operó una modificación en la doctrina del Alto Tribunal en torno a la nulidad de los contratos administrativos celebrados al margen de las formas esenciales previstas en los

13 Como explicó el Profesor Farrando en su trabajo "Licitación pública. Panorama de la jurisprudencial actual": "1. Formalidades legales del procedimiento. Principio de legalidad: "la validez y eficacia de los contratos administrativos se supeditan al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación (…) La Corte sigue manteniendo este férreo principio que, podemos decir, se encuentra ya consolidado en la doctrina tradicional de aquella, en cuanto a la necesidad de que la Administración se conduzca –en la contratación administrativa- a través de procedimientos de selección "típicos" (…) Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para la conclusión de un determinado contrato, ella debe ser respetada porque se trata de un requisito esencial de su existencia. Esta es la causa principal del principio anteriormente analizado: la forma es un requisito "esencial": sin forma no hay contrato. Su incumplimiento hace a su existencia, y no a su validez. Si no se han cumplido las formas, la Corte, directamente, más que invalidar el contrato, en una postura radical, sostiene que el contrato no existe: es inexistente" (obra y autor citado, p. 212).

14 Puede accederse a un excelente relevamiento y ajustado análisis de esta casuística en el trabajo de Sebastián Alvarez: "Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en Rap-382, Bs. As. 2010.

regímenes contractuales estatales. Si hasta ese momento las contrataciones irregulares merecían la declaración judicial de nulidad mediante la aplicación del régimen de invalidez de los actos administrativos contenido en el Decreto Ley 19549/1972, la nueva solución endureció el cariz proyectando al campo del derecho público la tesis civilista del acto inexistente. En consecuencia, situaciones hasta ese momento nulificadas pasaron a fulminarse de inexistentes.

Centrada en éste último punto, unánimemente la doctrina comenzó a departir el viraje operado, en el convencimiento de que se estaba frente a un momento trascendental. Se erigió al Fallo en hito o acaso se lo mitificó. Esto último, porque la supuesta nueva solución en nada cambió la sustancia del problema ni la inequidad de la solución imperante, consistente en hacer recaer sobre el particular, –sin previa consideración de su obrar de buena o mala fe, o sin reparar en las calidades personales del contratista, su habitualidad o su carácter ocasional, todo el peso del incumplimiento administrativo proveniente de la deliberada decisión estatal de apartarse de los procedimientos esenciales licitatorios cuando son exigidos. Como explica moderna doctrina, el particular paga todo el incumplimiento de su comitente estatal sobre quien paradójicamente recae la obligación de gestionar y dirigirse bajo estricto sometimiento a las reglas y procedimientos derivados del principio de legalidad en materia de contrataciones administrativas.

De allí que el supuesto nuevo temperamento, al igual que sus modulaciones subsiguientes, no modificó el problema de fondo. Solo endureció una inequitativa línea jurisprudencial al profundizar la intensidad del reproche.

Este criterio imperó durante la casi totalidad de la primer década del Siglo XXI -si bien con sutiles atemperaciones- hasta el Fallo "CASE" (2010), a partir del cual la Corte pareciera retomar la senda anterior. No obstante, sería muy prematuro concluir que la doctrina de Ingeniería Omega ha quedado superada y la cuestión zanjada. Hay una cuestión pendiente, como dije, motivo de este trabajo, que subyace a los pronunciamientos en esta materia y que atañe a la compensación debida en los casos de comprobada buena fe de parte del contratista –que en estos casos, se tratan casi siempre de emprendimientos individuales o, en el mejor escenario, de empresas pequeñas- y a la atención de una realidad insoslayable: la funesta y recurrente fuga a los debidos procedimientos licitatorios de parte de las autoridades administrativas. Se encapsulan además otros problemas que ciertamente requieren de un llamado de atención institucional para que se pueda ir hacia una solución integral. Me refiero a la juridicidad que, a la hora de ponderar la solución más justa para estos casos , debiera imperar en materia contractual administrativa, integradora de todo el plexo normativo, constitucional y axiológico..

III.2. La pregunta es muy sugestiva y aún hoy sigue dando que hablar a una polémica inconclusa atinente a la problemática del contrato administrativo15 y las cuestiones subyacentes provenientes de la excepción empíricamente devenida en regla en materia de adquisiciones de bienes y servicios por el Estado16, seguida por su

15 Pondré mi acento en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, donde tomó cuerpo y lugar no solo el caso Ingeniería Omega sino la casi totalidad de los casos integrantes de la miríada de Fallos de cita doctrinaria frecuente relativos a vínculos anudados al fragor de los mecanismos de excepción.

16 Ver García Sanz, Agustín, Licitación Pública vs. Contratación Directa, ¿la batalla perdida?, ResPública

posterior fulminación en los Tribunales.

La cuestión es de suma actualidad y ajustada polémica. Nadie duda de su existencia, y tiene especial tratamiento[17] tanto por los organismos estatales especializados cuanto por las Organizaciones No Gubernamentales representativas en la materia[18].

Incluso –como ya referí, nuestra Corte Suprema ha adoptado diferentes criterios en este tipo de supuestos. Para dar cuenta de ello es que analizaré esta controvertida cuestión a partir de su decisión en el fallo "Ingeniería Omega"[19], para luego desarrollar los lineamientos seguidos en "Cardiocorp" y en "CASE".

En el primero de ellos, el Máximo Tribunal fulminó los aprovisionamientos estatales acometidos fuera de los procedimientos selectivos tradicionales mediante la teoría del acto inexistente, y mantuvo este criterio en gran cantidad de casos de reiterada reseña[20]. Aquel temperamento

---

Argentina 2006-3.

17 Ver García Sanz, ob cit; Rejtman Farah, Mario, "Desencuentros entre la Corte Suprema y la administración pública en materia de contrataciones administrativas", La Ley, Suplemento Extraordinario 75 aniversario, Agosto-2010, p. 197.

18 Tales como Transparencia Internacional, Oficina Anticorrupción, Oficina Nacional de Contrataciones Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia.

19 CSJN, "Ingeniería Omega Sociedad Anónima c/ Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", sentencia del 5/12/2000

20 Ver: "Distribuidora Médica de Elena Kapusi", del 11-9-2001; "Oxigenoterapia Norte", del 14-5-2002; "Sorridi S.A.", del 21-5-2002; "Rigecin Laboratorios S.A.C.I.F", del 28-5-2002; "Hius S.A.", del 11-6-2002; "Lemcol S.A.", del 11-6-2002; "Tuteur S.A.", del 2-7-2002; "Serendipia S.A.", del 11-7-2002; "Seguridad Argentina S.A.", del 18-7-2002; "Patricia y José García S.R.L.", del 20-3-2003; "Produlab S.R.L y otro", del 4-7-2003 (Cfr. RAP-382: Alvarez Sebastián, "Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación",

aparentemente habría insinuado modificarlo en "Cardiocorp" aunque no abiertamente, razón por la cual interesará aquí repasarlo.

Finalmente, en CASE, la Corte vuelve a sostener aquella doctrina acerca de la nulidad del contrato administrativo, dejando de lado su postura en Omega, en cuanto a que la violación del requisito de las formas en la contratación lo torna directamente inexistente.

IV. Algunas cuestiones excluidas de la discusión.

Tratada en numerosas oportunidades, quedan fuera de discusión –o se discuten muy minoritariamente- cuestiones atinentes a la justicia, equidad y legalidad que deben recabar de tutela efectiva, en esta materia.

La simple referencia a los hechos de esta tipología de casos resulta elocuente y nos revela, principalmente, lo siguiente:

Primero, la similitud de los sujetos contratantes exteriorizada en la presencia, por un lado, de mini PyMes nacionales y, por el otro, de reparticiones integrantes de la administración prestacional (Salud, Educación, Desarrollo Social, etc.).

Segundo, la universalización de estas prácticas de excepción que convierte en uso frecuente a la excepción, generando la percepción aparente de regularidad que luego es fulminada en sede judicial.

Tercero, la ausencia en la discusión acerca de la vinculación entre supuestos relacionados con los mecanismos erogatorios y aprobatorios de gastos junto con el ordenamiento al que concretamente refieren, por cuanto es frecuente que hechos muy similares al de los casos que

www.revistarap.com.ar).

nos ocupan se anuden al amparo de regímenes reglamentarios excepcionales contenidos en el régimen de administración financiera, y que se anudan al fragor de la inflación reglamentaria local21.

Cuarto, su habitualidad, en tanto estas modalidades excepcionales de contratación suelen ser el único sustento que nutre al giro empresario de algunas PyMES que, presumiblemente por su porte, no tienen acceso ni al mercado licitatorio estatal ni a la posibilidad de integrarse a alguna de las Cámaras empresariales con real presencia en el sistema de contrataciones estatales.

Quinto, reflejo de lo anterior, el carácter endeble tanto de los inexistentes o raquíticos estados financieros de estas pequeñas empresas (muchas veces modestísimos emprendimientos unipersonales) cuanto de los precarios títulos jurídicos de sus vínculos contractuales -que no pasarán de simples aprobaciones de gastos- revelará el carácter volátil de su presencia institucional que se desvanece con el cambio de gestión.

Sexto, la ausencia prácticamente absoluta de intervención en estas prácticas de los altos organismos estatales receptores o destinatarios de la Alta Contratación de infraestructura y servicios, de las empresas tradicionales en plaza, y de las Cámaras empresariales tradicionalmente vinculadas a dicho alto quehacer estatal pero jamás a un inversor extranjero.

Todo ello nos hace preguntar entontes

21 Se recomienda ver en la historia administrativo-municipal-capitalina reciente los regímenes sucesivamente estatuidos a través de los Decretos del GCBA n° 1264/99, 116/1999, 1370/2001, 2143/2007, 400/2008, hasta el flamante Decreto n° 556/2010 y su recientemente modificatorio Nº 752/2010.

cuál es la razón de ser de los procedimientos selectivos actualmente imperantes, si en materia de adquisición de bienes y servicios por el Estado, no solo la excepción se convierte en regla, sino que se utilizan mecanismos previstos en las normas de administración financiera, pero expresamente excluidos de los regímenes de contrataciones.

V. Breve identificación de la estructura jurídica de los mecanismos de excepción. Hacia el descorrimiento del velo de las formas.

V.1. Hay una realidad que convendría integrar a la discusión, como se apunto al inicio de este trabajo. Insisto, estas mal llamadas contrataciones irregulares frecuentemente se anudan por mecanismos que están absolutamente por fuera del sistema que las regula y no son siquiera "contrataciones directas", a pesar de que en los hechos sean las "más directas de las contrataciones" e integren el tráfico jurídico22.

22 A pesar de que su tratamiento merece un estudio aparte, los procedimientos utilizados como alternativa a la regla de la licitación pública existen en numerosas legislaciones extranjeras. A modo de ejemplo, si bien a diferencia de los supuestos que consignamos en este trabajo se encuentran contemplados normativamente y poseen un régimen jurídico especial y diferenciado, en España la figura de los "Contratos directos" ha sido objeto de debate y encuentra cierta resistencia en su aceptación como una alternativa válida para la no aplicación de la licitación pública. Es que, si bien éstos se encuentran contemplados en la misma Ley de Contrataciones con el objetivo de la "simplificación del procedimiento jurídico administrativo del contratación", su régimen jurídico se encuentra limitado a "la definición exclusiva por razón de su cuantía, a la necesidad de aprobar el gasto y a la de incorporar al expediente la factura correspondiente" (Moreno Gil, Oscar "Contratos Administrativos. Legislación y Jurisprudencia", Ed. Thomson Civitas, 5ta Ed., Madrid, p. 920 y 921). En relación a esta figura y su limitación en particular se ha indicado además que "el dato de la pequeña cuantía se ve reforzado por la idea del cumplimiento instantáneo o, en todo caso, en un lapso corto de tiempo; y la prohibición de fraccionamiento del contrato para eludir los requisitos procedimentales (artículo 74.1 LCSP) se ve complementada

Los mecanismos de excepción apuntados[23] poseen reconocimiento legal jerarquía reglamentaria y encuentran su enclave normativo en la propia ley de administración financiera aunque, paradójicamente, las administraciones de turno se esfuercen por desvincular su fundamentación, soslayar su tratamiento, o reducirlo a su simple mención[24].

En una rápida mención a la estructura jurídica de estos mecanismos se encuentra un enclave legal en el artículo 35 de la Ley de administración financiera 24156, norma que faculta a las administraciones de los tres poderes a establecer "los límites cuantitativos y cualitativos mediante los cuales podrán contraer compromisos (...) La reglamentación establecerá la competencia para ordenar pagos y efectuar desembolsos y las habilitaciones para pagar que no estén expresamente establecidas en esta ley". Y por su parte el artículo 81 establece las bases legales de los sistemas de fondos permanentes y cajas chicas. Y en lo que respecta a la actualidad del cambiante régimen erogatorio de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, tenemos lo siguiente. Primero, que los artículos 104 y 105 de la Ley 70 establecen el sistema de fondos permanentes y cajas chicas. Segundo, que mediante el Decreto

por la prohibición de prórroga", ello no obstante se les ha reconocido ser "la excepción a los principios de publicidad y concurrencia que resultan ser los contratos menores en el caso de las Administraciones públicas" (Jiménez Aparicio, Emilio (Coord.) "Comentarios a la Legislación de Contratación pública", Ed. Thomson Reuters, Madrid, Tomo II, p. 64.).-

23 Mecanismos ora denominados "cajas chicas especiales", "fondos rotatorios", "legítimo abono", "aprobaciones de gasto" o directamente por el número de la norma que los inviste. Por ejemplo, en el ámbito del "GCBA", se los conoce como "1370", "2143", etc.

24 Excepción hecha de la lacónica referencia a la ley 70 concretada en el "visto" del decreto 1370/GCBA/2001.

67/2010 se aprueba el régimen para los fondos rotatorios, cajas chicas especiales y comunes. Asimismo, el Decreto 752/10 establece el nuevo cuadro de competencias para los aprobaciones y autorizaciones de gastos de imprescindible necesidad.

V.2. A lo anterior se agrega la falta de tratamiento en los estrados judiciales tanto de los enclaves legales, como el apuntado, cuanto de su razón de ser y los alcances de los derechos que hipotética o presumiblemente cuadre reconocer al contratista25.

Ello nos invita a intentar encontrar un camino que permita superar las actuales soluciones inequitativas emitidas en legalidad pero con el sinsabor de la necesidad de mas justicia, ya que estos mecanismos erogatorios urgentes, base de las contrataciones ulteriormente fulminadas, constituirían derivaciones de mecanismos

25 De la misma forma, algunos autores cuestionan hasta qué punto el deber de diligencia debe exigírsele al contratista y hasta dónde debe presumirse su mala fe, cuando estamos frente a contrataciones administrativas reguladas por normas que son modificadas constantemente durante su ejecución, y donde la incertidumbre jurídica rige respecto de cuál es la reglamentación aplicable a ese contrato en particular. Así, se ha señalado que "este `deber`, -al parecer solo en cabeza del contratista- debe incluir, necesariamente, el conocimiento de la normativa a la que se sujetan las contrataciones, pero cabría agregar ahora y a tenor del fallo comentado, que dicho "deber" cede cuando existe una profusión de normas dictadas en un corto período de tiempo". Ello fue justamente analizado en el reciente fallo "Copacabana SA c. GCBA", en donde se "viene a poner en su justa medida el principio de buena fe y el cese de la obligación del contratista -en ciertos y particulares casos- de conocer las normas que rigen un determinado procedimiento de selección, cuando existe, como en este caso, una profusión de normas que excedan un parámetro razonable".En Cardaci Mendez, Ariel; Dubinski, Guido. "Una vuelta de tuerca a las formalidades del contrato administrativo (a la sombra de Ing. Omega)", en LLey, Suplemento de Derecho Administrativo, Noviembre 2010, p. 56.

reglamentarios que hunden sus raíces en disposiciones legales relativas al presupuesto público, como las comentadas y que por tal razón, y al integrar un sistema diferenciado, no suelen ser parte de la discusión del contrato administrativo. Frente a esta realidad, cuando no se rechaza totalmente la pretensión del contratista, el mecanismo de pago se lleva a cabo a través del instituto del "legítimo abono", que viene a invocarse como respuesta a este tipo se contrataciones esquivas a los procedimientos licitatorios regla pero que no está prevista como procedimiento legítimo[26] y, para peor, se admite sin previo análisis de costos y margen de utilidad razonable del contratista.

Desafortunadamente, ésta pareciera ser la única respuesta frente a tal controversial tema, que para mayor pesar del contratista, el pago que percibirá será sólo en contraprestación del servicio recibido de conformidad y no en base al contratación celebrada en oportunidad, ya que *"el contrato que eventualmente pudo haber mediado resultaría nulo por incumplimiento de las formalidades exigidas para su validez, por lo que el eventual crédito de quién prestó el servicio no surgiría directamente de él, pues ello importaría atribuir eficacia a un acto radicalmente nulo"*[27], lo que opera de excusa para no incluir el lucro y pagar sólo el valor de la prestación efectuada.

Se entiende por *legítimo abono* al *"acto administrativo que aprueba el pago de una factura emitida por un proveedor del Estado,*

26 Rejtman Farah, Mario, "Las brechas existentes entre la realidad y las normas en las contrataciones públicas". En Cuestiones de Contratos Administrativos. Homenaje a Julio Rodolfo Comadira. Jornadas organizadas por la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Ediciones RAP, p. 907. 1ra Edición, 2007.

27 PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

cuando no existe un contrato válido que pueda servir de fundamento del referido desplazamiento patrimonial –en razón de haberse omitido o encontrarse gravemente viciado el procedimiento de selección correspondiente- pero se verifican los extremos que habilitan la invocación de la doctrina del enriquecimiento sin causa"[28]. Por su parte, se considera *enriquecimiento sin causa* al ejercicio patrimonial que permite hacer uso de la *actio in rem verso*, al configurar los siguientes elementos: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito, que legitime la adquisición) y carencia de otra acción útil – nacida de un contrato o de la ley- para remediar el perjuicio[29].

Tanto la Procuración del Tesoro Nacional como la Procuración General de la Ciudad de Buenos Aires. A modo de ejemplo, con fundamento en esta teoría , el Máximo Órgano Asesor de la Ciudad de Buenos Aires aconsejó al a las reparticiones estatales las aprobaciones de gastos correspondientes a la prestación delcontratista. Reconociendo que se trata de *"una aprobación de gastos que no fueron gestionados a través de los procedimientos vigentes en materia de contrataciones"*, y frente a la efectiva prestación del servicio por parte de la empresa, ha dicho que *"resulta equitativo que se propenda a su retribución a fin de evitar un enriquecimiento sin causa por parte de la Administración"*. [30]

28 Marchietti, Luciano "¿Legítimo abono? Pagos efectuados por la Administración sin respaldo contractual válido", en El Derecho Administrativo serie especial. El Derecho, 2005. P. 706.

29 PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002.

30 Conf. Dict. PG 64950/2008. Ello sin perjuicio de que, frente a la inexistencia de justificación para la inobservancia

Con base en el criterio sostenido por la Procuración del Tesoro de la Nación, el razonamiento es la siguiente: *"…en primer lugar, cabe señalar que la contratación de que se trata, por haberse violado normas sustanciales del procedimiento de contratación, está viciada de nulidad absoluta (conf. art. 14 inc. a) Ley Nº 19.549 –B.O. 27/4/72-). 3.2. Sin embargo, no puede desconocerse el efectivo cumplimiento de la prestación por parte de la empresa (…) y su aceptación de conformidad (…). 4. Sobre la base del cumplimiento de la prestación por parte de la adjudicataria y su aceptación de conformidad (…) resulta pertinente entonces el reconocimiento de legítimo abono por la suma de tal concepto, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa. Ello así, ya que se encontrarían reunidos los requisitos que se exigen para la procedencia de la acción in rem verso: enriquecimiento de una parte, empobrecimiento de la otra, relación causal entre ambos, ausencia de causa justificante (relación contractual o hecho ilícito, delito o cuasidelito que legitima la adquisición) y carencia de otra acción útil –nacida de un contrato o una ley- para remediar el perjuicio"*[31].

Cabe reiterar que pese al reconocimiento de la prestación y la solución ofrecida para la procedencia de su pago, nos enfrentamos a otro

de los procedimientos regla aplicables a las contrataciones, y ante la posible existencia de faltas administrativas cometidas por los agentes que llevaron adelante la contratación, pueda esclarecerse y eventualmente efectivizarse la responsabilidad disciplinaria de los mismos a través de la instrucción del correspondiente sumario administrativo. La PTN coincide con ello explicando que la presunción de que en la contratación no se respetaron las normas del Reglamento de Contrataciones del Estado "hace ineludible la instrucción del sumario administrativo a fin de esclarecer los hechos y establecer las responsabilidades administrativas que pudieren emerger" (PTN, Dictamen N° 89, del 18 de abril de 2002, citado).

31 PTN, Dictamen Nº 93, del 22 de mayo de 2008.

inconveniente en desmedro de la contratista: y es que el monto que se abone por la prestación reconocida bajo la aplicación de la figura del enriquecimiento sin causa no comprende el lucro que le podría haber correspondido percibir. Así, aún en aquellos casos en los que se hace lugar a la pretensión de la empresa, no se le reconoce el pago del monto total de la factura presentada por el proveedor -que siempre incluye el lucro-, sino solamente la estructura de costos que finalmente se le reconozca. Es decir, el valor del enriquecimiento en la medida de su empobrecimiento. En mi opinión, ello da lugar al oscuro legado que abordaré sobre el final.

La Procuración General de la Ciudad ha dicho: *"el instituto no tiene por objeto reparar el perjuicio sufrido por el empobrecido, sino restablecer el equilibro patrimonial alterado a raíz de un movimiento de valores jurídicamente injustificado y que no tiene límites precisos, no pudiendo exceder su importe del efectivo desmedro del empobrecido ni ser mayor que el enriquecimiento logrado por la parte contraria (...), estando siempre sometido al límite menor (...)"*[32].

Esto podría verificar tres puntos de apoyo para la formulación de un nuevo interrogante: Si se rechazara la idea de que estos mecanismos, en su estado actual, no reunieran aún los estándares de sistema apropiado o eficiente de contratación recabado por las normas internacionales, acaso, ¿No serán *uso administrativo o costumbre* generadora de derechos?[33] En primer lugar, por

32 Dictamen PG Nº 68627, del 17/12/2008. El resaltado me pertenece

33 Ver Gordillo, Agustín, "Tratado de Derecho Administrativo", T. I, P. VII-47, nro. 19.2.; antiguamente: Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" T. I, p. 300, n° 77 y sgtes.

la habitualidad, continuidad y universalización de estos mecanismos. Segundo, por su desarrollo en plexos reglamentarios que los fomentan. Tercero, por los fundamentos legales contenidos en las normas de administración financieras, ya identificados en este trabajo.

Entrar en los hechos del caso Ingeniería Omega nos da una oportunidad para intentar correr el velo de una discusión *por las formas* para procurar en un futuro ingresar en un orden de discusión *por las sustancias*. Tras lo dicho hasta aquí trataré seguidamente los fallos que nos ocupan, para finalmente efectuar algunas consideraciones orientadas a responder la pregunta que nos convoca.

El caso "Ingeniería Omega"

VI.1. Los hechos

Se trata de una demanda interpuesta por Ingeniería Omega contra la ex Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, pretendiendo el cobro de facturas impagas por sus servicios prestados a partir de abril de 1990 en el Hospital Argerich. La demandada contestó argumentando que, para las contrataciones de servicios públicos y/o suministros que se lleven a cabo por la Administración comunal resultaba aplicable el Reglamento de Contrataciones del Estado, de suerte que éstas debían hacerse previa licitación pública y sólo en forma excepcional se podía recurrir a la contratación directa, a la licitación privada o al remate público. Su conclusión: la empresa no respetó los recaudos de fondo y de forma que todo proveedor debe observar para quedar habilitado a exigir el pago, por lo que la demanda debía rechazarse.[34]

34 Cfr. considerandos II y III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación, de fecha 29/2/2000.

La acción prosperó en Primera Instancia a partir de la valoración de un hecho determinante conformado por la siguiente tríada de reconocimientos del Municipio: (i) la relación contractual, (ii) la recepción de los trabajos realizados, y (iii) la existencia de deuda a favor de la actora[35]. A su turno, y con un razonamiento similar, la Cámara confirmó la sentencia del a quo, aunque, por aplicación de la teoría del enriquecimiento sin causa, admitió sólo el derecho a reclamar el precio o el valor de lo ejecutado o entregado en beneficio de la demandada.

El dictamen del Procurador General guardó concordancia y vinculación con la doctrina sentada en Fallo "Stamei S.R.L. c/ Universidad de Buenos Aires". Allí fulminó al contrato de nulidad absoluta con base en su Artículo 14 de la LPA, y acordó los efectos de la declaración a partir de las prescripciones de los arts. 1050 y 1052 del Código Civil, siguiendo su doctrina tradicional que aceptaba la aplicación analógica al derecho público de determinadas normas del sistema de nulidades del Código Civil[36].

Ahora bien, apartándose del criterio sentado por el Procurador General, el Máximo Tribunal decide revocar la decisión apoyado en la teoría del acto inexistente, siguiendo así la doctrina del antecedente "Mas Consultores"[37], que reemplazó la anterior calificación de esta tipología de casos como nulidades para sentar a partir de allí que la omisión de las formas esenciales determina en concreto la inexistencia del contrato.

35 Cfr. considerando III del dictamen del Sr. Procurador General de la Nación.

36 Cfr. Álvarez, Sebastián, ob. cit., pto. III.

37 CSJN, "Mas Consultores de Empresas SA c. Santiago del Estero, Provincia de (Ministerio de Economía) s/ cobro de pesos". Sentencia del 1 de junio de 2000.

Vincula la violación de las formas esenciales con la inexistencia del contrato señalando que "*la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación*", lo cual determina "*que, en razón del carácter administrativo del contrato que se dice celebrado, el caso debe ser juzgado con arreglo a los principios y reglas propios del derecho público (…) Los arts. 9 ley 13064 y 55 decreto ley 23354/1956 exigían que las contrataciones de la comuna se hicieran por licitación pública; y admitían, sólo en forma excepcional, la licitación privada y la contratación directa en determinados supuestos, entre los cuales no resulta de las actuaciones que se encuentren los que motivan este proceso*"[38].

Así, fungiendo como doctrina del caso, concluye que "*la prueba de la existencia de un contrato administrativo se halla íntimamente vinculada con la forma en que dicho contrato queda legalmente perfeccionado. Cuando la legislación aplicable exige una forma específica para su conclusión, dicha forma debe ser respetada pues se trata de un requisito esencial de su existencia. (…) Esta condición, que se impone ante las modalidades propias del derecho administrativo, concuerda con el principio general también vigente en derecho privado en cuanto establece que los contratos que tengan una forma determinada por las leyes no se juzgarán probados si no estuvieren en la forma prescripta*"[39].

Es de esta forma que, con Ingeniería Omega, la Corte complementará la declaración de inexistencia del contrato sentada ya en "Mas Consultores", con

38 Considerandos 5° y 6°
39 Considerando 8°

la determinación del medio jurídico para posibilitar la reparación del desequilibrio económico en que se hubiera incurrido en el caso concreto, estatuyendo que todo reclamo compensatorio nacido a la sombra de un acto inexistente, de no haber una acción específica, debe fundar su acción en los principios del enriquecimiento sin causa, incoando la pertinente acción *in rem verso*[40].

Cardiocorp [41]

En el caso, la Corte revocó el pronunciamiento de la Sala F de la Cámara Civil que condenó a la ex Municipalidad de Buenos Aires a reintegrar insumos hospitalarios que habían sido entregados sin la realización de la debida licitación, al sostener que en el supuesto resultaba inaplicable la teoría del enriquecimiento sin causa, a más de no haber sido formalmente demandada, por resultar violatoria del sistema de licitación de los propios efectores de salud en los que fueron utilizados dichos insumos.

El dictamen del Procurador Fiscal recrea la anterior doctrina de la Corte ya citada se destaca en el caso. Refiriéndose a anteriores Fallos de la Corte, comienza encuadrando su análisis en las implicancias del principio de legalidad en la materia. Así, señala: "*en materia de contratos públicos (…) las entidades estatales se hallan sujetas al principio de legalidad, en cuya virtud se desplaza la regla de la autonomía de la voluntad de las partes, en la medida en que somete la celebración del contrato a las formalidades preestablecidas para cada caso y el objeto del acuerdo de partes a contenidos impuestos normativamente, sobre los cuales las personas públicas no se hallan habilitadas para disponer sin expresa autorización legal (Fallos:*

40 Cfr. Álvarez, Sebastián, ob cit, pto. IV.
41 Fallos: 329:5.976.

316:3157)".

Bajo tal encuadre, recreará luego la doctrina sentada por la Corte en Ingeniería Omega, y rematará señalando que esta clase de casos amerita la declaración de inexistencia de contrato y no la declaración de nulidad. Ahora bien, no obstante el claro y lapidario criterio del Procurador General, no ocurrirá lo mismo con la Corte. Como advierte Sebastián Alvarez, será muy cuidadosa al resolver mediante un razonamiento rico en inferencias, vertebrado ora en la inexistencia ora en la nulidad imponiendo la obligación de ajustarse al procedimiento licitatorio, por sobre la teoría de los actos propios. En otras palabras, en el caso no existió contrato alguno, ya que la única vía para que la demandada prestara su consentimiento era a través del pertinente procedimiento administrativo especial selectivo de co-contratante estatal, el cual no fue realizado.

En cuanto a la aplicabilidad al caso de la teoría del enriquecimiento sin causa, entendió que implicaría el contrasentido el incurrir en la necesidad de convocar a otro procedimiento selectivo para obtener los insumos y entregarlos a un proveedor que no había contratado con el ente por medio del procedimiento legal obligatorio. Con ello, liberó a la demandada de la obligación de devolver los insumos médicos que había utilizado.

Como dato, y tomando como referencia lo señalado por Sebastián Alvarez, la CSJN exhibió dos líneas de pensamiento que presentan elementos de cada una de las líneas jurisprudenciales referidas. Mientras que los Ministros Maqueda y Zaffaroni ratificaron los argumentos seguidos en "Ingeniería Omega" basados en la teoría de los actos inexistentes y la constatación del enriquecimiento sin causa, los Ministros Petracchi

y Lorenzetti, sin referirse a la inexistencia de acto ni a su nulidad, fundaron el deber de restitución en la teoría del enriquecimiento sin causa y en lo previsto por el Artículo 1050 del Código Civil para actos anulados. Incluso, morigeraron los requisitos de acreditación de los extremos de la acción de enriquecimiento sin causa para que proceda la compensación, admitiendo la presunción de que el importe consignado en las facturas del proveedor está integrado en buena medida por el costo de su prestación, excepto prueba de sobreprecios, la que evidentemente debió haber estado a cargo de la demandada[42].

CASE SACIFIE [43]

En el caso, la empresa CASE SACIFIE demanda a la entonces Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires por el cobro de sumas de dinero derivada del contrato de concesión para la construcción, conservación y explotación de los Centros Geriátricos Municipales "Hogar Gral. San Martín" y "Programa de Chicos de la Calle".

El juez de primera instancia hizo lugar a la demanda y condenó a la demandada, criterio que fue confirmado por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, por entender que *"el Gobierno de la Ciudad, al recibir las notas presentadas por la actora en sede administrativa (…) había admitido que mantenía una deuda con la actora derivada de dicho convenio, tal como lo demuestra la renegociación pactada el 5 de octubre de 1993"*[44].

A diferencia de sus precedentes, la discusión

42 RAP-382: Alvarez Sebastián, "Principio de legalidad en materia de contratos administrativos en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", www.revistarap.com.ar.

43 CSJN, "CASE SACIFIE c/GCBA s/recurso de hecho", del 5 de octubre de 2010.

44 Dictamen de la Procuradora Fiscal, del 8/10/2009.

no discurre sobre el procedimiento de selección sino sobre los requisitos exigidos por la normativa aplicable para este supuesto de contratación en específico.[45] No obstante tal distinción, el Máximo Tribunal hace un giro en su decisión en la materia resolviendo que la contratación que no reúna los recaudos exigidos legalmente es declarada nula, ya no más inexistente.

El dictamen de la Procuradora Fiscal, al cual la Corte remite, tras recrear la doctrina judicial en la materia relativa al imperio del principio de legalidad sobre los contratos administrativos, concluirá que "*en este caso no se invocó ni se probó la observancia de estas disposiciones para el llamado a licitación pública ni que fuera precedida de una adecuada motivación de los actos que determinaban este régimen, recaudo que era de ineludible cumplimiento por tratarse de un contrato administrativo. En consecuencia, no cabe sino concluir en que el acto celebrado en las condiciones descritas era irregular y, por lo tanto, susceptible de ser anulado en sede judicial*".

Con fundamento en tales señalamientos, coincidiendo con la argumentación de la Procuradora Fiscal, nuestro Máximo Tribunal concluye que al tratarse de un contrato celebrado transgrediendo el principio de legalidad y sin cumplir con las formalidades exigidas por el derecho administrativo local, corresponde descalificarlo como acto judicial válido, revocando la sentencia de Cámara y declarando la nulidad de la contratación.

45 Estos son, la declaración de la obra como de interés público, y el ejercicio de la autoridad de aplicación de la opción entre la licitación pública y el concurso de proyectos integrales para determinar la forma más conveniente de contratar.

Aspectos remarcables.

Revisados los fallos, un elemento a considerar es el principio de legalidad proyectado a los contratos administrativos. La vigencia de este principio es total, aun cuando se contrate directamente, en cuyo caso es mayor la obligación de justificar su realización[46]. Incluso en el caso de ausencia de norma jurídica, se debe recurrir a los procedimientos consagrados en las normas vigentes[47].

De estas directrices, en los casos analizados, la falta de la forma debida imposibilitaba probar la existencia del contrato y, en consecuencia, devenía inadmisible la acción basada en las obligaciones que se habrían generado, dado que el cumplimiento de la forma contractual atañe a un requisito esencial de su existencia.

Como se advirtió, en Ingeniería Omega la Corte viró la fundamentación de estos casos y, aplicando la teoría del acto inexistente, impactó al sistema de nulidades, puesto que a partir de entonces se vinculó la existencia del contrato administrativo "al cumplimiento de las formalidades legalmente exigidas", lo que atañe a la validez y eficacia. En pocas palabras: sin la forma no existe el acto.

Previo ese momento, los procedimientos de selección del contratante de la Administración se ubicaban como uno de los elementos esenciales y sustanciales que exige el art. 7 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Precisamente, porque la omisión del procedimiento licitatorio o de otros equiparables importaba desnaturalizar los principios informadores de la licitación pública -la concurrencia garantizada por la igualdad y la publicidad- y su razón misma, que se traducía

46 CSJN, "OCA",

47 Cfr. Farrando, Ismael, obra citada,p 389, 390.

en el logro de la contratación más conveniente a efectos de satisfacer los intereses públicos y privados protegidos. De allí que se concluía que su omisión viciaba gravemente el acto de adjudicación determinando su nulidad absoluta (cfr. art. 14, inc., b de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos), debiendo ser fulminado de ilegitimidad[48]. Esta postura es, como hemos visto, la retomada recientemente en el fallo CASE.

Ahora bien, frente a este escenario, cuadra responder dos preguntas planteadas en doctrina. Primero, recreando su criterio en "Ingeniería Omega", ¿Por qué la Corte niega la existencia del contrato? Probablemente, por una asimilación con lo que ocurre en el Derecho privado cuando la forma es exigida ad solemnitatem, en las que "sólo mediante la constancia de haberse cumplido con la forma sustancial o constitutiva se brinda la prueba de la convención, de manera que si se está frente a una formalidad ad solemnitatem absoluta el contrato no sólo queda privado de sus efectos propios sino incluso de la producción de obligaciones civiles, engendrando sólo obligaciones naturales"[49].

Segundo, ¿qué consecuencias prácticas se seguirían de hacerse esta distinción con el derecho privado? Justamente, en el Derecho privado la omisión de la forma sustancial provoca la imposibilidad de demostrar que el negocio jurídico aparece en el escenario del derecho. Ello hace que resulte innecesario inquirir sobre su validez y eficacia, pues establecer la naturaleza y

48 Comadira, Julio R., "La licitación pública", 2000, Ed. Depalma, ps. 103/104.

49 Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, ob cit, citando a Mosset Iturraspe, Jorge, "Contratos" cit., p. 266; Spota, Alberto G., "Instituciones de Derecho Civil" cit., p. 192.

el contenido exacto de los derechos y obligaciones emergentes de esa relación jurídica se presenta como un momento lógicamente posterior y supeditado a esa primera demostración[50].

Dado el carácter extremo de la solución, se verificó una reacción doctrinaria contraria a esta teoría, fincada en la dificultad para distinguir los "actos inexistentes" de los "actos nulos", habida cuenta su enrostrada imprecisión como concepto jurídico, sus alcances, y con ello su inutilidad práctica. Más aún considerando el especial sistema de nulidades desarrollado en el régimen de procedimientos administrativos que adoptó la denominada "teoría de la bipartición" y que distingue entre "actos nulos de nulidad absoluta e insanable" (art. 14) y "actos anulables de nulidad relativa" (art. 15)[51].

Cabe recrear también la disputa que dentro de nuestra especialidad ha desatado la postulada teoría de la inexistencia, habida cuenta del amplio consenso entre los juristas en cuanto a que ella no tiene recepción en la LNPA. Originariamente tanto Escola[52] como Marienhoff la repudiaron, y lo propio ocurrió con Hutchinson[53] y Cassagne[54]. Contrariamente, Fiorini primero y luego Gordillo[55]

50 Ob cit, con cita de López de Zavalía, Mosset Iturraspe y Spota.

51 Cfr. Christe, Graciela y Sánchez Correa, Ramiro, "Nuevamente en torno al precedente de "Ingeniería Omega S.A.", SJA 5/12/2007 - JA 2007-IV-95.

52 Escola, Héctor J., "Compendio de Derecho Administrativo", vol. 1, Ed. Depalma, 1984, ps. 530/533.

53 Hutchinson, Tomás, "Ley Nacional de Procedimientos Administrativos. Ley 19549. Comentada, anotada y concordada con las normas provinciales", t. 1, p. 309 y ss., y en ps. 311 y 313 de la 3ª reimpresión, Ed. Astrea, 1997.

54 Cassagne, Juan C., "Derecho Administrativo" , t. II, 6ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1998, ps. 182/186.

55 Marienhoff, Miguel S., "Tratado de Derecho Administrativo" , t. II, 4ª ed. actualizada, Ed. Abeledo-Perrot, 1993, ps. 497/501.

y Mairal de alguna manera la aceptaron, aunque con reservas.

Interesa detenerse en la postura de Gordillo quien establece una relación con las vías de hecho de la Administración. El propio autor reconoce en su nota n° 11.2. que la Ley de Procedimientos Administrativos no habla de actos inexistentes sino de vías de hecho *"como comportamientos materiales de lo cual no trata en verdad la teoría de la inexistencia. Ésta se refiere a actos que parecen actos administrativos sin serlo. Los comportamientos materiales no parecen actos administrativos ni pueden confundirse con ellos. Son situaciones distintas, equiparadas por su inaptitud para producir un efecto jurídico contra los particulares, salvo la responsabilidad a que pueden dar lugar"*[56]. Entonces, en sus palabras, *"se trata de determinar si en ciertos supuestos que no estamos en presencia de una conducta que podamos legítimamente llamar acto administrativo ni siquiera nulo, debemos o no aplicar alguno de los criterios de apreciación que se utilizan en materia de nulidades de los actos administrativos"*[57].

Para este autor la inexistencia es una de las categorías de las nulidades administrativas. Dirá que *"existen supuestos en que no se reconoce a determinada actividad el carácter de acto administrativo, sea por encuadrárselo dentro de los denominados meros pronunciamientos de la administración, que no producen efectos jurídicos directos, sea por tratarse de actos que en razón de no provenir de la administración, o aún proviniendo de esta por adolecer de un vicio grosero se los descalifica como actos administrativos"*[58].

56 Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. III, p XI-30.

57 Autor y obra citados, p. XI-31.

58 Autor y obra citados, p. XI-46.

Entonces, vinculados con los efectos de la inexistencia y su comparación con la nulidad, tendremos los siguientes elementos: primero, la comparación con la estabilidad del acto, porque mientras el acto nulo no puede ser revocado en sede administrativa cuando de él han nacido derechos subjetivos en cumplimiento, para el autor no ocurre lo mismo respecto de la inexistencia porque ello es lo que determina la falta de virtualidad jurídica para producir efectos en derecho. Segundo, la facultad judicial de declarar de oficio la inexistencia, lo cual en su opinión no acontece en materia de actos nulos. Tercero, la presunción de legitimidad que alcanza al acto nulo que tiene presunción de validez, y que como tal debe ser obedecido por el particular hasta que se declare su invalidez, situación que, en cambio, no comprende al inexistente.

Continuando con la explicación de este autor, la inexistencia por él concebida no se condeciría con la inexistencia declarada por la Corte en Ingeniería Omega, porque pareciera ser que la noción de inexistencia aplicada en el caso refiere mas a la estructura del derecho privado que al derecho público. Así, la inexistencia en el Derecho Administrativo se verifica siempre que "*se encuentre un acto que no es acto administrativo, pero que presenta caracteres externos que podrían llevar a confusión y hacer creer que se trata en verdad de un acto administrativo aunque inválido*". En tales casos, "*no cabe aplicarle las consecuencias propias de los actos administrativos inválidos sino que corresponde tratarlo como un no-acto administrativo o como un mero pronunciamiento sin virtualidad jurídica*"[59].

A partir de lo expuesto, el punto en Ingeniería

59 Autor y obra citados, p. XI-37.

Omega radica en que la inexistencia que se verificó en el caso fue precisamente de un previo informe y un previo acto administrativo motivado mediante el cual se determina "*la aplicación del régimen excepcional, acreditando la real existencia de las circunstancias de emergencia*"[60]. Irónicamente, la inexistencia fue de todo acto, de mínimo respeto por las formas esenciales.

No resulta difícil adscribir a las tesis que rechazan la teoría de la inexistencia, por su innecesariedad y las dificultades que entraña distinguirla respecto de los actos que la ley denomina "irregulares". Dada la vasta tematización del régimen de nulidades del procedimiento administrativo y, a contracara, la falta de una acabada y uniforme doctrina por nuestros tribunales respecto de la inexistencia, comparto con Christe cuando sostiene que *"la figura de la inexistencia no tiene campo alguno de aplicación en un sistema que contemple un cuadro de invalidez bien definido, por cuanto ella -como ya vimos al comienzo- ha sido construida como una llave de salvaguardia residual, propia de ordenamientos deficitarios técnicamente"*[61].

Ahora bien, allende las calificaciones señaladas y el hecho de que nuestra Corte haya primero calificado a estos contratos como nulos, luego de inexistentes, y definir en CASE su retorno a la nulidad, vemos que para la Corte existe el deber del pretenso contratista de interponer en legal forma la *acción in rem verso* cuyo alcance se determina por la reparación de los gastos sin derecho al reconocimiento del lucro. Como ocurrió en Ingeniería Omega, no interpuesta expresamente la acción, la ulterior fulminación que haga el

60 Considerando 7º

61 Christe y Sánchez Correa, ob cit, citando a Santamaría Pastor.

tribunal no da derecho a la restitución de efectos.

En sentido contrario, vemos que el régimen de procedimientos administrativos ofrece dentro de su sistemática una solución distinta. La integración de las normas contenidas en sus arts. 7º y 14 determinan que fulminado el acto con la nulidad absoluta e insanable, sea por violación de la ley aplicable o de las formas esenciales, sus efectos reconducen a las prescripciones contenidas en los arts. 1050 y 1052 del Código Civil, obligando a las partes a restituirse mutuamente lo que han recibido o percibido en virtud o por consecuencia del acto anulado.

El *legítimo abono*, a través de la acción *in rem verso* por aplicación del instituto del enriquecimiento incausado, aparece entonces como una solución a la problemática de los pagos realizados sin respaldo contractual, que frente a la realidad actual, dista cada vez más de ser la excepción para pasar a ser regla en la materia.

Un oscuro legado.

Deberá saber todo aquel que aspire a contratar con la Administración que, probablemente, no le quede otra opción que ejecutar la encomienda en los términos propuestos por el funcionario de turno, al margen de la ley, para luego rogar que le paguen, pero considerando que frente al cambio de gestión, no solo se les negará el pago de los créditos devengados sino que ante la demanda judicial que intente, el estado le reconvendrá por nulidad o inexistencia de contrato fincado en la violación de las formas esenciales62. Con el afianzamiento de esta línea jurisprudencial, muy

62 No es así en otras realidades. Así, tal como comenta la doctrina española, el Superior Tribunal ha señalado que "Los requisitos formales para la contratación administrativa no pueden ser invocados por el organismo que los omitió" (Conf. Moreno Gil, Oscar "Contratos...", Ob. cit., p. 918).

probablemente, –parafraseando a Mairal lo digo- se corra el riesgo de "premiar al peor" porque se fomenta exponencialmente la inseguridad jurídica.

Al centrarse la vía de cobro en el cumplimiento de los recaudos de la actio in rem verso, en última instancia se reconducirá la cuestión a la prueba de un extremo de muy difícil fiscalización para toda contraparte –y en especial para la administración: la estructura de costos de la prestación base de un reclamo compensatorio originariamente contratado a valores de mercado y sin previo estudio de costos por parte del comitente. Entonces, ¿Cómo hará la Administración para controlar en juicio aquella estructura de costos base del reclamo en la que oportunamente no reparó?

Planteo esta inquietud con base en un dato de la realidad de la administración. De ordinario a la administración le es muy difícil costear y controlar los costos de sus contratistas. Es un dato que la administración carece de medios para costear sus contratos, tanto al proyectar sus bases cuanto al evaluar ofertas. Por este motivo es que, especialmente en materia de obra pública, también dentro de sus pocos procedimientos licitatorios acude a una excepción: convoca a licitación sobre la base de anteproyectos con precio global estimado. Algo similar ocurre con los suministros en los que convoca sin previo estudio de costos y sobre la base de estimaciones de precios. Luego, compara los precios ofertados solo con base en la información suministrada –como declaración jurada- por los contratistas en sus ofertas y que se vuelcan en los llamados itemizados obrantes en sus planillas de cómputo y presupuesto, en materia de obra. El análisis de costos y precios es limitadísimo o inexistente. Finalmente, aún en contratos de obra pública, suele adjudicar sobre la base del menor

precio o fundada en consideraciones de otra índole pero con argumentaciones casi siempre ajenas al mínimo apego a las reglas y prácticas frecuentes en materia de control o auditoria de costos.

Todo este ciclo conlleva el reconocimiento implícito de la dificultad de lograr en sede administrativa un estudio serio y a conciencia de los costos de las prestaciones. No digo nada nuevo si reconozco que los costos presentados por los oferentes, interesados y contratistas, muy frecuentemente, son aceptados sin reservas por su comitente estatal.

Frente a este escenario en el que el contratista sí es consciente de sus costos, me pregunto:

¿Cómo hará la defensa en juicio de la Administración para controlar ulteriormente la prueba de los costos que suministre el contratista pero que ella originariamente no pudo o no supo prever durante la tramitación de la instancia administrativa?

La contundente elocuencia de los anteriores señalamientos, creo, me exime de comentarios.

Por ello no es osado señalar que siguiendo estos lineamientos jurisprudenciales no arribaremos a soluciones en justicia. Por un lado, porque el particular inexperto verá sometidas sus legítimas expectativas de cobro a los voluntaristas arbitrios del funcionario de turno. Pero, distinto será el caso del contratante habitual, del empresario avispado quien sí será consciente de la incertidumbre estatal y de las limitaciones administrativas al conocimiento de sus costos reales.

Entonces, a no dudar que esa zona gris, ese ámbito de incerteza que para el comitente es la estructura de costos, será “pan comido” para aquellos contratistas expertos, en juicio, quienes muy probablemente arrimarán probanzas

documentales y contables de diabólica o muy difícil fiscalización para el comitente estatal en juicio, en pos de acreditar los recaudos exigidos por la *actio in rem verso*.

Acaso sea este el oscuro legado de la jurisprudencia comentada.

X. EPÍLOGO.

Creo en la necesidad de bregar por una reforma normativa de los procedimientos selectivos de contratistas, de intensificar la discusión sobre la crisis por la que atraviesa el sistema vigente, por sus paradojas, por la modernización y optimización de los instrumentos existentes en pos de un fortalecimiento institucional aventado de prácticas corruptas[63], que traduzca una mejor y mas efectiva atención de las necesidades públicas en el marco de procedimientos mas participativos, abiertos al control social, y democratizadores del poder de compra estatal.

Es un hecho que la Administración del Siglo XXI vive tiempos que imponen otros ritmos, que

63 Cfr. dijo el Prof. Héctor Mairal: "si aplicar ecuánimemente la ley constituye un favor discrecional que solo se consiente a unos pocos, la tentación de negociar el acceso al núcleo de beneficiarios es enorme porque el escarmiento a que somete a quien no negocia es terrible (...) Concluimos por ello que no es suficiente con combatir los efectos de la corrupción. Es necesario destruir las causas que la favorecen entre las cuales la más fácilmente corregible son las legales. La corrección de los factores jurídicos que alientan la corrupción y que venimos de listar no la eliminaría totalmente, pero reduciría su campo de acción en los casos en los que actualmente se recurre a ella ante la falta de mecanismos correctos de solución de conflictos frente al estado" (autor citado, p. 93, "Las raíces legales de la corrupción o de cómo el derecho público fomenta la corrupción en lugar de combatirla", Cuadernos Res Pública Argentina, Bs. As., noviembre de 2007).

claman por una eficacia y eficiencia empernada de celeridad pero enraizada en la télesis constitucional de prosperidad y libre comercio. Los tiempos actuales son dominados por las acuciantes urgencias y, muchas de las veces, las gestiones públicas se ven reducidas solo a la atención de las necesidades más urgentes y en la urgencia se frustran las libertades económicas. El innegable aceleramiento de los tiempos de decisión en las gestiones públicas es ya un hecho notorio que –conscientes o no de ello- impacta de lleno sobre el régimen de contrataciones administrativas, ora desplazándolo ora reduciéndolo a la inequidad.

De allí que la tipología de casos tratada en este trabajo me mueve a discutir sobre las cuestiones planteadas, por la primacía de la sustancia sobre las formas, de la realidad sobre las normas. No es ocioso que esta tipología de casos exteriorice soluciones que, si bien pueden ser consideradas en legalidad, reclaman por una juridicidad pendiente, por una solución justa y razonable, que debiera construirse con base en las *"circunstancias particulares de tiempo y lugar"* y "*a través de la amplitud y minuciosidad de las comprobaciones"*[64], en los hechos reales que los casos entrañan porque, recreando al Maestro Gordillo, "*la realidad es siempre una: no puede ser y no ser al mismo tiempo"*.[65]

El análisis de la casuística en esta materia nos brinda la posibilidad de apreciar la obsolescencia sistémica de los reglamentos de contrataciones estatales, en general, y de la actual formulación de la licitación pública, en particular.

Entiéndaseme bien: me refiero a la

64 Gordillo, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, p. I-26 con cita a Padilla y I-27 con cita a Letourneur.

65 Gordillo, Agustín, con cita de García de Enterría, Tratado de Derecho Administrativo, T. I, p. I-26.

obsolescencia que actualmente posee la regulación normativa de los mecanismos de contratación estatal –especialmente la licitación pública- y la consecuente necesidad de encarar un proceso modernizador de la actual régimen, tal como sostiene la moderna doctrina en la materia. Para ello, se insiste en la necesidad de profundizar la discusión en torno a los ejes bajo los cuales impulsar la modernización de un sistema que, al tiempo de optimizar la atención de necesidades públicas, fomente adecuadamente el desarrollo de un tejido económico competitivo.

Recordemos que en nuestro orden constitucional la contratación administrativa, en tanto técnica de intervención estatal en la economía, es técnica de progreso[66].

Este aspecto no puede ser desconocido como uno de los componentes del problema ya que, insisto, quien padece las inequitativas soluciones de estos casos suele ser el entramado empresarial mas pequeño, de capital netamente argentino[67].

Entonces, se trata de adecuarnos a las realidades, contextualizadas, para lograr un sistema de mayor previsibilidad, con ámbitos de discrecionalidad y de ejercicio de prerrogativa estatal adecuadamente acotados y racionalmente

---

66 En el recuerdo y por su vigencia, me remito in totum al pensamiento vertido en su Teoría General de los Servicios Públicos por mi querido –y aunque extinto, siempre vivo en mi memoria- amigo, gran constructor y Profesor Jorge Luis Salomoni a quien siempre retendré con toda la frescura, la ternura y admiración de auxiliar en los claustros de la UBA (autor y obra citados, Bs. As., Ad-Hoc, 1999).

67 Es que, si bien desde otra óptica, tal como reconoce Mairal, ob cit., p- 73, “dado el enorme poder de compra del estado, mejorar la eficiencia y la corrección en la adquisición de bienes y servicios necesariamente debe tener un efecto benéfico para la economía nacional, al premiar a los sectores eficientes y cumplidores”.

estructurados[68]. Un sistema más transparente y abierto a la concurrencia, más participativo, democratizador e inclusivo de la pequeña iniciativa económica nacional –insisto, la mas dañada por la inequidad de las soluciones jurisprudenciales comentadas- y por ello menos discriminatorio.

Porque creo que el norte en estas cuestiones podemos encontrarlo en la vigencia de las sabias palabras de nuestro Padre Fundador: "*Nuestra prosperidad ha de ser obra espontánea de las cosas, más bien que una creación oficial (…) En el terreno de la industria nuestra política debe despertar el gusto por las empresas materiales, favoreciendo a los más capaces de acometerlas con estímulos poderosos, prodigados a mano abierta. Una economía mal entendida y un celo estrecho por los intereses nacionales, nos han privado más de una vez de poseer mejoras importantes ofrecidas por el espíritu de empresa, mediante un cálculo natural de ganancia en que hemos visto una asechanza puesta al interés nacional*"[69]. Y parafraseándolo, concluiré con una exhortación: Que "todas las libertades económicas de la constitución" no queden anuladas ni "reducidas a doradas decepciones", ese es mi anhelo.

---

68 Es que tal como señala Mairal en su obra: "Una de las condiciones básicas para que la corrupción prolifere es la indefensión del ciudadano frente al poder del estado. La corrupción acompaña al poder como la sombra al cuerpo, ha dicho bien Alejandro Nieto (en La función pública y la corrupción). Por ello pretender eliminar o reducir la corrupción sin limitar el poder que, como representantes del estado, ejercen hoy día los funcionarios públicos argentinos, es ilusorio (…) No confiemos en las invocaciones éticas, limitemos el poder hoy casi omnímodo del estado argentino frente a los ciudadanos y veremos como disminuye la corrupción" (obra y autor citados, p. 95).

69 Cfr. Alberdi, Juan Bautista, "Escritos" Presentación y selección de textos por Oscar Terán, Universidad Nacional de Quilmas, 1996, "Bases y Puntos de Partida para la Organización Política de la República Argentina- Cap. XXXV "Política conveniente para después de dada la Constitución", p. 177.

LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS DEL PODER DE POLICÍA Y LA POLICÍA DE TRÁNSITO EN UN ESTADO FEDERAL: LA CUESTIÓN EN ARGENTINA

CLAUDIO MATIAS POSDELEY[1]

SUMARIO: I. El tránsito como hecho social. II. El poder de policía o regulación de derechos. Principios. III. Acerca del poder de policía de tránsito. IV. El esquema de competencias del poder de policía de tránsito en un Estado federal. V. Producción de normas de tránsito en un Estado federal.

EL TRÁNSITO COMO HECHO SOCIAL

El tránsito es un hecho del que participamos en la vida en comunidad, sea en calidad de peatones, conductores o acompañantes, cuando utilizamos la vía pública para desplazarnos de un punto al otro.

Este hecho social es objeto de regulación por parte del poder público. La realidad nos muestra que las calles y caminos de Argentina están sometidos a normas de tránsito que producen todos los niveles del Estado, es decir, la Nación,

1 Abogado por la Universidad Católica de Santa Fe —Sede Posadas— y Magíster en Derecho Administrativo por la Universidad Austral. Profesor de derecho administrativo en la Universidad de Buenos Aires y de derecho constitucional en la Universidad del Salvador. En el ámbito profesional, se desempeñó como abogado de la Agencia Nacional de Seguridad Vial – Ministerio del Interior de la Nación y asesor de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación; actualmente, es relator en la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal (Sala III) – Poder Judicial de la Nación.

las provincias, la Ciudad de Buenos Aires y los municipios, en el ámbito que —a su entender— es el que les corresponde.

En efecto, si el ciudadano desea transitar, debe hacerlo en base a las reglas que fija el Estado. Pero si va a hacerlo con un vehículo, además debe requerir una autorización, que comúnmente denominamos licencia de conducir.

A su vez, cualquier ciudadano sabe que al transitar con su vehículo por una ruta o camino del país, puede ser detenido por una autoridad administrativa con competencia en materia tránsito, que si detecta una infracción, lo sancionará.

Esto es algo que, con algunas diferencias, ocurre miles de veces en el país todos los días, y a simple vista se podría caratular como habitual y normal.

Pero pensemos: ¿tenía competencia la autoridad administrativa para actuar en el territorio donde estaba transitando el conductor?. Seguramente la autoridad dirá que, en base a la norma que estaba aplicando, sí la tenía. Ahora bien, el Estado que dictó esta norma ¿podía hacerlo válidamente para regir en el territorio donde la autoridad administrativa actuó e infraccionó?.

Por su parte, también es común que un conductor que circula por la misma ruta, en pocos kilómetros, se vea sorprendido por varias autoridades administrativas de distintos niveles estaduales (federales, provinciales, municipales) que despliegan el poder público para aplicar la norma que a su entender deben hacer cumplir.

El relato da cuenta de algo notorio: distintas especies de normas de tránsito (federales, provinciales, municipales; a veces con contenido diferente), dictadas por distintos niveles estaduales,

para ser aplicadas en un mismo espacio territorial (ruta o camino), para lo cual cada uno pone en marcha una serie de organismos, funcionarios y procedimientos, que inevitablemente se superponen en su actuación.

Por otro lado, el conductor o peatón, que probablemente no se preguntará por qué tantas autoridades públicas lo controlan, para evitar problemas elegirá someterse a cada una de ellas, sin cuestionarse si es competente y lo que hace es válido.

En definitiva, un gran clima de inseguridad jurídica para el ciudadano acerca de la regla de tránsito que en realidad debe cumplir, y la autoridad que en realidad se lo puede exigir.

EL PODER DE POLICÍA O REGULACIÓN DE DERECHOS. PRINCIPIOS

Noción de poder de policía

El poder de policía es, al decir de Balbín la "potestad de regulación estatal, mayor o menor, según el modelo y las circunstancias sociales, políticas y económicas, es decir, el poder de compresión de los derechos"2. El ejercicio de ese poder de regulación se muestra desde una doble faceta, pues si bien comprime determinados derechos, al mismo tiempo, hace posible el ejercicio de otros. En este sentido, Canda señala que "el poder de policía no es solo limitación de derechos, sino tutela de otros derechos y del interés general. Cuando se caracteriza al Poder de Policía como aquel que

2 Carlos F. Balbín, *Curso de derecho administrativo*, Tomo I, La Ley, Buenos Aires, 2007, p. 752.

restringe derechos, se está poniendo énfasis en el elemento objetivo o material del concepto. Pero se soslaya el elemento finalista o teleológico: el Poder de Policía restringe determinados derechos individuales para salvaguardar la adecuada vigencia de otros derechos individuales y de ciertos bienes jurídicos privilegiados que el legislador busca preservar por su trascendencia social"3.

Desde el punto de vista orgánico, en el modelo constitucional argentino el poder de policía recae, en principio, en el Poder Legislativo (art. 14, CN)4. Sin dudas, ese es el poder más representativo del pueblo entre los órganos del Estado. Por ello debe ser la "ley", en sentido formal y material, el acto estatal a través del cual se regulan los derechos constitucionales5.

Esta idea también se encuentra en los tratados internacionales incorporados por nuestra Constitución Nacional en su artículo 75, inciso 22. Sólo por citar algunos: a) Convención Americana de

---

3 Fabián Omar Canda, "Régimen jurídico de la actividad de policía", en *Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento, Universidad Austral*, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 113.

4 En igual sentido: Carlos F. Balbín, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo II, La Ley, Buenos Aires, 2011, pp. 380-382; Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 545; Maria Angélica Gelli, "Competencia nacional, provincial y municipal en materia de poder de policía", en *Jornadas sobre Servicio Público, Policía y Fomento, Universidad Austral*. Ediciones RAP, Buenos Aires, 2004, p. 646

5 Joaquín V. Gonzalez enseña que el artículo 14 de la Constitución inviste "al Congreso con la potestad de dictar todas las restricciones que nacen de la misma naturaleza de la sociedad, de los principios eternos de justicia y de moral, y del conjunto de medios y recursos ideados por la Constitución para afianzar la justicia, consolidar la paz, proveer a la defensa común, procurar el bienestar de todos y asegurar la libertad", en *Manual de la Constitución Argentina*, 24° edición, Estrada Editores, Buenos Aires, 1951, p. 110.

Derechos Humanos, artículo 306; b) Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 29, ap. 2.

La jurisprudencia de la CSJN a lo largo los años, ha interpretado una ampliación del fundamento o las razones que justifican el ejercicio del poder de policía. Recordemos, siguiendo a Balbín, que se reconocen tres etapas: a) la seguridad, salubridad o moralidad públicas; b) los intereses económicos de la sociedad y el bienestar general; c) la subsistencia del Estado7.

El poder de policía y los estados locales

Desde otro aspecto, el poder de policía corresponde, por regla general, a las provincias8. Recordemos que, a tenor del Art. 121 CN, todos los poderes no delegados al Gobierno Nacional, fueron reservados por las provincias. Esto constituye un principio general de interpretación de competencias entre la Nación y aquellas, en el diseño constitucional de nuestro Estado Federal, que a su vez pueden ser exclusivas, concurrentes, complementarias y compartidas.

---

6 En la Opinión Consultiva 6° (9/05/1986), la Corte Interamericana de Derechos Humanos dijo: "la palabra 'leyes' del artículo 30 de la Convención significa norma jurídica de carácter general, ceñida al bien común, emanada de los órganos legislativos constitucionalmente previstos y democráticamente elegidos, y elaborada según el procedimiento por las constituciones de los Estados Partes para la formación de las leyes".

7 Carlos F. Balbín, *op. cit.*, p. 761. El autor marca el inicio de cada etapa en los casos: "Saladeristas de Barracas"; "Ercolano"; "Peralta", respectivamente.

8 Cfr. Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo IV, Abeledo Perrot, p. 550. CSJN Fallos 268:166; 305:1866. En igual sentido, cfr. Joaquín V. Gonzalez, *Manual de la Constitución Argentina*, 24° edición, Estrada Editores, Buenos Aires, 1951, p. 654-655.

La mera consagración de un derecho en la Constitución Nacional no nos permite deducir, de plano, que su reglamentación corresponda exclusivamente a la Nación. En otras palabras, la noción de poder de policía, es decir, la potestad de regular derechos, no permite justificar, por sí solo, que sea el Estado Nacional quien deba ejercerlo, pues debemos atenernos a la distribución de competencias y al principio que señalamos. En definitiva, deberíamos complementar con alguna cláusula constitucional que habilite al Estado Nacional el ejercicio de la potestad de regular derechos, sea de manera exclusiva, sea de manera concurrente con los estados locales.

ACERCA DEL PODER DE POLICÍA DE TRÁNSITO

El derecho constitucional a transitar

La Constitución Nacional consagra en su artículo 14 el derecho de todos los habitantes a entrar, permanecer, transitar y salir del país, conforme a las leyes que reglamenten su ejercicio. Es principalmente a partir de esa cláusula que podemos hablar de un derecho constitucional a transitar o circular, tanto de los nacionales como de los extranjeros.

Pero aunque la Constitución no lo diga, este derecho no podría negarse, pues constituye una consecuencia lógica del principio de libertad de las personas propio del sistema republicano y democrático de Estado (arts. 1°, 18° y 19, CN).

El derecho a transitar consagrado en el artículo 14, en concordancia con otros artículos, puede ser visto desde distintas facetas, a partir

de la cual el legislador dicta leyes específicas. Aquí sólo nos interesa analizar el tránsito que las personas realizan por sí, o utilizando generalmente un vehículo terrestre automotor (sin descartar un vehículo con tracción a sangre). A su vez, nos interesa aquella regulación estatal que, independientemente de la finalidad personal con que se realice, tiene como objeto el tránsito sí mismo, fijando reglas generales para garantizar la seguridad, el orden, la salud, etc.

Noción, finalidad y contenido del poder de policía de tránsito

Si pensamos en las reglas de tránsito más conocidas, como no exceder determinada velocidad o tener las luces reglamentarias, se podría decir en una rápida conclusión que esa legislación es producto del ejercicio del poder de policía de seguridad, porque protege dicho bien, reconocido desde antaño por la jurisprudencia.

Pero la realidad demuestra que las personas transitan cada día a través de un contexto más complejo, y la regulación estatal debe generar legislaciones que acompañen esa complejidad de manera completa e integral. Desde este punto de vista, las leyes de tránsito no sólo persiguen fines de seguridad, sino también de orden, de salud, de protección del ambiente, entre otros.

Por eso nos parece apropiado hablar de un "poder de policía de tránsito" como concepto que hace referencia a la actividad, hecho o conducta social sobre la que recae la regulación del derecho (como el poder de policía bancario, etc.), y no la finalidad que persigue esa regulación (seguridad, moralidad, etc.).

Con los elementos que contamos hasta ahora, e intentando una definición, podemos decir que el poder de policía de tránsito es la facultad del Estado de regular por medio de la ley el derecho a transitar o circular de las personas en un ámbito público terrestre, que realizan por sí o utilizando principalmente un vehículo automotor, así como las consecuentes relaciones jurídicas que en ocasión de esa actividad social se derivan.

De la definición esbozada, es necesario precisar lo relacionado al "ámbito público". A lo que nos referimos es que al Estado le interesa regular el tránsito que realizan las personas utilizando espacios públicos, es decir, calles, autopistas, veredas, donde en definitiva se relacionan con terceros. En consecuencia, queda excluida la circulación que se realiza en territorios privados de los particulares.

Por ello, por ejemplo, no constituye falta de tránsito exceder la velocidad establecida cuando se circula en las calles de un predio rural, o hacerlo de noche con las luces apagadas, o no llevar el cinturón de seguridad, etcétera.

Ciertamente este criterio, que es el que sigue nuestra ley 24.4499, se adecúa al artículo 19 de la Constitución Nacional, en cuanto establece que las acciones privadas de los hombres que no ofendan

9 La ley 24.449, sancionada en 1994 por el Congreso de la Nación y publicada en el Boletín Oficial del 10 de febrero 1995, constituye la principal ley nacional de tránsito. Su ámbito de aplicación está definido en el artículo 1° en los siguientes términos: "La presente ley y sus normas reglamentarias regulan el uso de la vía pública, y son de aplicación a la circulación de personas, animales y vehículos terrestres en la vía pública, y a las actividades vinculadas con el transporte, los vehículos, las personas, las concesiones viales, la estructura vial y el medio ambiente, en cuanto fueren con causa del tránsito. Quedan excluidos los ferrocarriles. Será ámbito de aplicación la jurisdicción federal. Podrán adherir a la presente ley los gobiernos provinciales y municipales."

a la moral ni a las buenas costumbres, ni afecten a terceros, están exentas de la autoridad estatal.

No obstante, veremos que ámbito público es un concepto que no necesariamente se agota con los típicos bienes del dominio público (rutas nacionales, autopistas, etc.), pues sería admisible, según nuestra postura, que la regulación también comprenda bienes de los particulares destinados al tránsito público.

Las particularidades del tránsito como actividad susceptible de regulación. La interjurisdiccionalidad

La actividad de tránsito en la especie que aquí nos interesa, presenta algunas particularidades como hecho humano susceptible de regulación estatal. En efecto, la autoridad pública no conoce ni puede prever por qué jurisdicciones territoriales circularán las personas, dentro de todas las posibilidades que le ofrecen las calles, rutas y vías públicas habilitadas del país.

Esto es una circunstancia de hecho que, como objeto susceptible de ser alcanzado por el derecho, condiciona la regulación estatal, e influye en el criterio para determinar la legislación aplicable al caso, y la autoridad competente.

Analicémoslo con detenimiento a partir de un ejemplo. Cuando un persona empieza a transitar con su vehículo, en principio nada impediría que dentro de los caminos habilitados, su circulación: a) se limite al ejido municipal; b) traspase el mismo, pero no supere los limites de una provincia; c) supere los limites de una provincia, y pase a otra o a la Ciudad de Buenos Aires; d) supere los límites del país, hacia el extranjero.

Al ser una conducta librada al albedrío,

de antemano el Estado no puede saber a qué jurisdicción limitará su circulación el individuo, lo que condiciona la determinación del régimen jurídico aplicable y la autoridad competente.

Esto que señalamos en relación al tránsito, no ocurre con otras actividades. Así, por ejemplo, en el transporte automotor de pasajeros los recorridos están programados y autorizados bajo la normativa y por la autoridad correspondiente, que puede ser municipal, provincial o nacional, según supere o no los límites del Estado en cuestión10.

Pero en el caso del tránsito, es posible que un conductor utilice la ruta nacional para desplazarse dentro de su provincia, con lo cual en realidad al no superar la frontera, podría pensarse que la vía nacional funciona como una provincial porque conecta dos puntos de la misma jurisdicción. Idéntica hipótesis se puede dar en relación a las rutas o caminos provinciales, que se utilizan para transitar dentro de un municipio.

En definitiva, esta circunstancia fáctica es la que constituye la base sobre la cual debemos pensar toda construcción teórica de la regulación del Estado en materia de tránsito. La legislación que se diseñe y dicte en relación a ello, no puede soslayar estas particularidades, y el mayor desafío se vincula a la determinación de la ley aplicable, y la autoridad competente.

10 Es interesante la admisión del ejercicio concurrente de competencias federales y locales en materia de transporte automotor de pasajeros, que la Corte Suprema de la Nación realiza en el fallo *El Práctico S.A. c/Córdoba, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad*, Fallos 334:626 (2011), abandonando su jurisprudencia de hasta entonces (cfr. CSJN, *Transporte Interprovincial Rosarina S.A. c/ Provincia de Buenos Aires*, Fallos 324:3048 (2001))

EL ESQUEMA DE COMPETENCIAS DEL PODER DE POLICÍA DE TRÁNSITO EN UN ESTADO FEDERAL

La importancia del deslinde de competencias

Como la Constitución de la República Argentina consagra un Estado republicano y federal, necesariamente debemos preguntarnos por el deslinde de competencias. En la ley fundamental se delinean las competencias entre el Estado federal, los estados locales (provincias y Ciudad de Buenos Aires), y además se reconoce la existencia municipios autónomos.

Entonces, refiriéndonos al Estado federal, las provincias, la Ciudad de Buenos Aires, y los municipios, las preguntas que habría que formular son: ¿cuál de ellos puede dictar normas de tránsito, y en qué ámbito de aplicación?. Si pueden dictarlas, ¿lo hacen con carácter exclusivo, concurrente, o compartido?, y también ¿implica que además puedan tener órganos administrativos que hagan cumplir esas normas?.

La determinación de competencias reviste importancia, en tanto constituye un presupuesto necesario para evaluar la validez de las leyes y actos que rigen actualmente la materia de tránsito, y formar un criterio para casos de conflictos. Asimismo, permite evaluar la legitimidad con la que actúan los organismos administrativos encargados de la aplicación de esas leyes. Con todo, finalmente, se podrá reformular la distribución de funciones y diseñar un nuevo esquema legal.

Como paso previo a esa determinación es necesario indagar acerca de la existencia de un

poder de policía de tránsito en cada nivel estadual, y cuál es su fundamento constitucional.

En efecto, se trata de saber si el Estado federal tiene competencia para regular la materia del tránsito y en qué medida, o si ello corresponde únicamente a las provincias y a los municipios. En este último caso, si a los municipios les corresponde sólo con el alcance de determinen las provincias, o existe un contenido mínimo que no se les puede negar.

Por su parte, si se sostiene que la Nación y las provincias tienen competencias concurrentes en materia de tránsito (por ejemplo, en base a la cláusula del progreso), el desafío estribará entonces en la armonización de las mismas.

En conclusión, se trata de saber —más allá de la realidad normativa vigente— qué sujetos estatales pueden producir normas de tránsito, cuál es su ámbito de aplicación, y cuáles son los órganos públicos encargados de su cumplimiento.

A nuestro entender, la competencia de un Estado en materia de tránsito comprende dos aspectos: a) poder regular, es decir, ejercer el poder de policía stricto sensu; y b) en base a esa legislación, ejercer funciones administrativas tendientes a su cumplimiento.

Por ello, y a menos que exista una norma expresa, deben presentarse necesariamente los dos aspectos para aseverar que existe competencia del Estado en materia de tránsito.

Entre las posibles posturas que podrían esbozarse a favor y en contra de la competencia federal de tránsito —a favor, fundado en el dominio público de las rutas nacionales, o por tratarse de un establecimiento de utilidad nacional en los términos del artículo 75, inc. 30, CN—, nos parece que una tesis fundada en la cláusula del comercio

es la que da un sustento jurídico más sólido.

Tesis de la cláusula del comercio como justificativa de la competencia federal: Siguiendo esta tesis, se podría sostener que el Estado federal puede dictar y aplicar normas de tránsito en rutas nacionales, con sustento en la denominada "cláusula del comercio" prevista en artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, que atribuye competencia excluyente al Congreso de la Nación para regular el comercio con las naciones extranjeras y las provincias entre sí11.

Recordemos que el término "comercio" empleado por la Constitución ha sido entendido en sentido amplio tanto por la jurisprudencia como por la doctrina. La Corte Suprema expresó reiteradamente que "el vocablo comercio usado por la Constitución Americana igual al de nuestro inciso 12 del art. 67, ha sido interpretado en el sentido de comprender además del tráfico mercantil y la circulación de efectos visibles y tangibles para todo el territorio de la Nación, la conducción de personas y la transmisión de telégrafo, teléfono u otro medio, de ideas, órdenes y convenios. 122. U.S., 347.", agregando que "el poder para regular el comercio así comprendido es la facultad para prescribir las reglas a las cuales aquél se encuentra sometido y su ejercicio corresponde al Congreso de la Nación de una manera tan completa como podría serlo en un país de régimen unitario"12.

Por su parte, en relación con los poderes provinciales, la Corte ha señalado que "las provincias, si bien están facultadas, en principio, para reglamentar la libre circulación territorial

11 El artículo 75 de la Constitución Nacional dice que "Corresponde al Congreso: (...) 13. Reglar el comercio con las naciones extranjeras, y de las provincias entre sí".

12 CSJN, Fallos 154:104, reiteradamente citada. Ver Fallos 324:3048, entre muchos otros.

por medio de disposiciones ordinarias del poder de policía, de ningún modo pueden imponer restricciones que impidan el comercio y libre tránsito interprovincial y que puedan comprometer el interés nacional, cuya tutela corresponde al Gobierno Federal"13.

Desde la doctrina, Quiroga Lavié enseña que el artículo 75, inciso 13, CN, "es la llamada cláusula comercial según la cual es exclusiva competencia federal —a cargo del Congreso— la regulación del "comercio" entendido en sentido lato (todo tipo de tráfico, intercambio, comunicación y tránsito de objetos, cosas, mercaderías, personas, ideas, imágenes y sonidos) que en forma directa afectan las relaciones con el extranjero o de las provincias entre sí" 14.

Demostrada la amplitud que cobra el término "comercio" en nuestra constitución nacional, cabe analizar si la legislación en materia de tránsito —no de transporte, sobre lo cual no quedan dudas— es susceptible de ser incluida dentro del artículo 75, inciso 13 de la CN, siendo su dictado competencia exclusiva del Congreso de la Nación.

Al respecto, desde el derecho constitucional apoya esa tesitura Germán Bidart Campos quien, no obstante, aclara que "la ley del Congreso no podría ir más allá de lo necesario y conveniente para proteger y asegurar el tránsito interprovincial, dejando a las provincias la competencia no abarcada por ese objetivo"15.

---

13 CSJN, *Acuña Hnos. y Cía c/ Provincia de Santiago del Estero*, Fallos 252:39 (1962).

14 Humberto Quiroga Lavié, Miguel Ángel Benedetti y María de las Nieves Cenicacelaya, *Derecho constitucional argentino*, Tomo II, Rubinzal-Culzoni Editores, 2001, p. 943. En igual sentido, Alberto Dalla Vía, *Derecho Constitucional Económico*, 2° Edición, LexisNexis Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2006, p. 521.

15 Germán J. Bidart Campos, *Tratado Elemental de*

Desde el derecho administrativo también adhiere a esta tesis Miguel Marienhoff, para quien "la regla más segura para deslindar la competencia nacional de la provincia, en materia de calles y caminos"16 es la que emana del referido artículo constitucional. Al respecto, Marienhoff entiende que "será nacional la jurisdicción sobre todo camino que sirva al tráfico o tránsito interprovincial o internacional, y será local o provincial la jurisdicción sobre todo camino que sólo sirva al tráfico o tránsito interno de cada provincia"17, aclarando en este punto que camino nacional no es una sucesión de caminos locales que sirva al tráfico interprovincial, sino que el mismo debe integrar un sistema o red vial.

Por otro lado, y en consonancia con lo sostenido por Bidart Campos, Marienhoff explica que "cuando se trata de caminos sujetos a la jurisdicción nacional, ésta sólo se hace efectiva sobre el tránsito en sí mismo, mas no en lo atinente al resto de actividades que reflejen la vida social: costumbres, higiene, etcétera"18.

Finalmente, en lo que respecta a los delitos, el destacado administrativista señala que la jurisdicción federal corresponderá a los delitos que afecten el "transito", que representa el interés nacional, en tanto bajo la jurisdicción local caen aquellos otros delitos comunes que no afectan el citado interés nacional.

Por su parte, la Corte Suprema también parece enrolarse en esta postura. Así, en un

---

Derecho Constitucional, T. I, Ediar, Buenos Aires, 1994, p. 463.

16 Miguel S. Marienhoff, *Tratado de derecho administrativo*, Tomo V, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 629.

17 Miguel S. Marienhoff, *op. cit.,* pp. 629-630.

18 Miguel S. Marienhoff, *op. cit.,* p. 630.

caso19 referido a la construcción de un camino nacional en jurisdicción provincial, el máximo tribunal dijo que la cuestión debía encuadrarse sobre la base del artículo 75 incisos 13, 14 y 18, es decir las cláusulas de comercio y de prosperidad, y no por el inciso 30 de dicho artículo, esto es, del establecimiento de utilidad nacional. En la citada causa, el máximo tribunal reiteró su doctrina de que "los caminos nacionales interprovinciales, destinados a promover y facilitar la circulación de personas y productor en todo el territorio del país, constituyen un instrumento del gobierno federal (...)" (consd. 10). A nuestro modo de ver, esta postura en cuanto a la construcción de caminos nacionales, atento a la finalidad que cumplen los mismos, resulta extensible a todas las relaciones que con motivo del tránsito surgen cuando se liberan luego al uso público.

Según estos argumentos, una legislación nacional del tránsito encuadraría dentro del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional. Compartimos esta postura, por lo que desarrollaremos nuestros argumentos en torno a la materia del tránsito en el siguiente punto.

Nuestra postura: la cláusula del comercio aplicada al tránsito. La necesidad una regulación unificada en las rutas nacionales

El poder de policía de tránsito del Estado federal, a nuestro modo de ver, encuentra adecuado fundamento en la cláusula de comercio del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, que lo habilita para dictar y aplicar una legislación en esa materia en los caminos nacionales, estableciendo

19 CSJN, *Operadora de Estaciones de Servicios S.A. y otro c/ Municipalidad de Escobar*, Fallos 321:658 (1998).

una regulación coherente y uniforme a la actividad de tránsito y al mismo tiempo deslindando competencias con los estados locales.

Si bien el vocablo "comercio" del citado artículo normalmente se relaciona con las actividades comerciales, por la amplitud que tiene en nuestra Constitución, sin dudas también comprende la materia de tránsito.

En efecto, en un país federal como el nuestro en el que las jurisdicciones locales tienen facultades amplias e ilimitadas (art. 121, CN), la finalidad de esa cláusula es otorgar un instrumento a las autoridades nacionales para regular, y sobre todo asegurar la conexión y comunicación entre las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, como modo de integrar a una población que aunque se encuentra en distintos puntos territoriales, forma parte de un solo país.

Esta integración, en el caso de la cláusula del comercio, se realiza al permitir el tráfico, intercambio, comercio —stricto sensu— o circulación de los habitantes y sus bienes entre distintas jurisdicciones sin interferencia de las autoridades locales. Para asegurarlo, a veces la regulación estatal recae sobre una actividad, que puede ser comercial (como el transporte de cargas, o de personas), pero en otras ocasiones, para lograr la misma finalidad, se debe regular a partir del espacio territorial que permita el intercambio, y no la actividad en sí misma.

Esto es precisamente lo que ocurre con el tránsito, donde el espacio territorial constituye el elemento que determina el ámbito de aplicación de la norma, es decir la jurisdicción, y las actividades que allí se realicen son reguladas por llevarse a cabo en ese espacio. Por ello, como veremos, resulta irrelevante la finalidad con que se realice la

actividad, siempre y cuando se trate de "tránsito". Las rutas nacionales son, principalmente, esos espacios territoriales.

Como hemos dicho, el Estado no puede prever a qué jurisdicción las personas limitaran su actividad de tránsito: una ruta nacional puede servir para circular dentro de un municipio, una provincia, y entre éstas y la Ciudad de Buenos Aires.

Entonces la finalidad federal que fundamenta una legislación nacional de tránsito en base a la cláusula del comercio, no debe buscarse en la voluntad psicológica del conductor (si pensaba traspasar la frontera de una provincia), o de lo que efectivamente realiza con su vehículo (si traspasó la frontera de la provincia), sino en lo que potencialmente le permite hacer la ruta o camino nacional a cualquier habitante, esto es, circular por todo el territorio del país, entre jurisdicciones locales, o salir al extranjero.

En otras palabras, la ruta nacional tiene una finalidad federal que está siempre presente porque dicha vía de comunicación es un espacio físico y jurídico que le brinda al ciudadano la posibilidad de interconectar distintos puntos del país por vía terrestre, aunque este no lo haga en el caso concreto, cumpliendo así con la propósito de asegurar el "comercio interjurisdiccional" en los términos del artículo 75, inciso 13 CN, y la jurisprudencia de la Corte Suprema. Más precisamente, provincias entre sí, o con la Ciudad de Buenos Aires, o con un país extranjero.

A su vez, el artículo 75 inciso 13 de la CN permite una regulación coherente. Al tratarse de una legislación exclusiva, evita la concurrencia de las legislaciones locales sobre la misma materia, lo cual tiene dos aspectos positivos.

Por un lado, da una respuesta estatal acorde a las particularidades del tránsito a las que hacíamos referencia, porque la regulación tiene en vista el espacio, y no la actividad.

Por otro lado, evita que los estados locales, en ese espacio, interfieran la circulación interjurisdiccional dictando regulaciones dispares. En las rutas nacionales la legislación será única y uniforme, por lo tanto mientras se circule por ese espacio se deberá acatar las normas y las potestades de las autoridades federales. De este modo, se logra que el predicado intercambio que persigue la cláusula del comercio sea factible, pues quien circule por una ruta nacional sabrá que sólo debe someterse a las reglas de tránsito de la ley nacional, a las potestades de las autoridades de ese rango, y no a tantas como jurisdicciones atraviese la ruta.

Además, se afianza la seguridad jurídica, pues el ciudadano puede conocer las reglas que le serán aplicables y los requisitos que debe cumplir, los que serán los mismos siempre y cuando no abandone la ruta nacional.

Ahora bien, la predicada exclusividad es sólo respecto a aquellos hechos y materias que sean necesarios regular para asegurar la finalidad federal del tránsito interjurisdiccional, pues lo que no quepa en ello, corresponde a los estados locales. Entonces, ¿cómo trazar la línea divisoria en una materia que presenta zonas grises?.

En este sentido, para deslindar competencias, nos parece que la primera pauta es estarse al contenido de la ley nacional de tránsito. Es dable presumir que allí están comprendidos los hechos y materias que a entendimiento del legislador nacional se debe regular a través de la ley federal para hacer posible el tránsito interjurisdiccional, y

por lo tanto les está vedado a los estados locales.

Fuera de ese contenido exclusivo, queda reservado a las provincias y la Ciudad de Buenos Aires el ejercicio de su poder de policía en aquellos hechos o relaciones que, no obstante darse sobre una ruta o camino nacional, no afectan directamente al tránsito para el cual sirve.

En este sentido, es oportuno citar un caso resuelto por la Corte Suprema en el que se cuestionaba la facultad de un municipio para habilitar una estación de servicio en una autopista nacional. Al decidir a favor de la competencia local en esa materia, el tribunal sostuvo: "la condición de propietaria que reviste la Nación sobre el camino y obras anexas involucradas en el 'sub judice' es irrelevante a los fines discutidos en autos pues, como es sabido, en nuestra organización constitucional, puede existir jurisdicción federal sin dominio de aquélla y dominio —como en la especie— sin jurisdicción. No hay, entonces, ninguna razón que autorice a desconocer la competencia ejercida por el municipio y sus poderes son plenos en tanto —como señaló esta Corte— su ejercicio no vaya contra lo que constituye la razón de ser de la jurisdicción nacional en ellos: impedir que la comunicación entre los estados "sea obstruida o estorbada de un modo innecesario por la legislación de estos últimos" (Fallos: 201:536 y su antecedente, 192:350 —La Ley, 39-45; 26-681—). Y ninguna de estas circunstancias ha sido debidamente probada en la causa"20.

Incluso, en la definición del contenido de la ley nacional de tránsito, el legislador nacional podría considerar conveniente que el juzgamiento de las infracciones se realice por tribunales locales,

20 CSJN, *Operadora de Estaciones de Servicio c/ Municipalidad de Avellaneda*, Fallos 321:1052 (1998).

en base a una expresa atribución de esa facultad por el Congreso Nacional21.

En resumen: la materia del tránsito en un país como Argentina, con una vasta extensión territorial y red vial nacional, necesita de una regulación o política unificada que solo el Estado federal puede asegurar. De esa manera, se consiguen dos objetivos:

Que las rutas nacionales aseguren un espacio o vía de interconexión de las provincias y la Ciudad de Buenos Aires, fomentando comunicación y unificación del país, donde se pueden desarrollar actividades comerciales (transporte) o civiles (tránsito) bajo un solo bloque normativo y autoridades de aplicación.

Que las normativas locales (provinciales o municipales) no constituyan una obstrucción al tránsito entre jurisdicciones, por sus regulaciones y autoridades de aplicación distintas, generando incertidumbre sobre la ley aplicable, disparidad de criterios, etc.

Bajo una normativa o política del tránsito que sea dictada y aplicada por una autoridad nacional, se salvaguarda adecuadamente la finalidad federal de interconectar el país, permitiendo la circulación y realización de actividades comerciales en todo su territorio, en consonancia con el artículo 75, inciso

21 Cfr. CSJN, *Gabriel Canovas Amengual c/ Transportes San Francisco de Franciso Di Gerónimo*, Fallos 308:1239 (1986). Allí la Corte señaló que "la facultad exclusiva que al Congreso otorga el art. 67, inc. 12, de la Constitución Nacional —en cuanto a reglar el comercio marítimo y terrestre con las naciones extranjeras y de las provincias entre sí—, determina un ámbito específicamente federal en toda la materia concerniente al comercio y transporte interprovincial e internacional. Bien entendido que esto no impide al legislador nacional remitirse al derecho común para la regulación sustantiva y, de modo análogo, asignar competencia —si lo creyera conveniente— a los tribunales ordinarios para entender en las causas".

13 de la Constitución Nacional, y en coherencia con el deber de proveer al crecimiento armónico de la Nación al que hace referencia el inciso 19 de dicho artículo. Para esto, las rutas nacionales constituyen un instrumento eficaz, como también lo son las telecomunicaciones, las vías navegables, los ferrocarriles, etc.

PRODUCCIÓN DE NORMAS DE TRÁNSITO EN UN ESTADO FEDERAL

Es sabido que la validez de las normas depende de que la autoridad que las produce sea competente. Pero cuando se trata de la materia de tránsito, determinar quién es esa autoridad competente no resulta sencillo, toda vez que los niveles estaduales adoptan distintos criterios para considerarse habilitados para dictar normas.

Por otro lado, entendemos que esa competencia para sancionar o dictar normas válidas de la especie, comprende dos requisitos:

a) que el órgano pueda reglamentar un derecho constitucional: en primer término, la reglamentación del derecho a transitar sólo lo puede hacer aquel órgano facultado para dictar una norma con sustancia de ley, que es la forma que exige nuestra Constitución para regular los principales aspectos de un derecho consagrado en su texto (art. 28 y 18 CN)22. En este caso, la norma con sustancial legal tiene como objeto el conjunto de relaciones que se dan en ocasión del tránsito, básicamente sobre tres factores: personas, vehículos y estructura vial. A partir de aquella regulación infraconstitucional con sustancia de ley, es admisible normas de inferior jerarquía con

22 Remitimos a las consideraciones que efectuamos al abordar el concepto de poder de policía.

carácter de reglamentación;

b) que la reglamentación corresponda a las relaciones que se dan en ocasión del tránsito sobre un espacio terrestre determinado: el órgano, además de estar habilitado para regular el derecho, esto es, el conjunto de relaciones que se dan en ocasión del tránsito, deber poder hacerlo respecto de aquellas que se dan en un espacio terrestre determinado.

Criterio para determinar el ámbito para producir normas de tránsito

La idea de espacio territorial es un elemento que cobra especial relevancia para determinar la competencia del poder de policía de tránsito. Pero este elemento no se vincula con una relación de dominio, ni tampoco se estructura en base a la división territorial de los tres niveles de Estado, aunque la misma influya en su determinación.

En la tesis que sostenemos, cuando hablamos de espacio terrestre nos referimos a una vía de comunicación que tiene por finalidad permitir el tránsito de personas y vehículos, y que puede ser del dominio público del estado (camino, calle, ruta, autopista, etc.). Las legislaciones tradicionalmente tuvieron como objeto regular esa clase de vías de comunicación.

No obstante, pensamos que también podría ser admisible que el poder de policía de tránsito recaiga además en una vía de comunicación que, aunque pertenece al dominio privado del Estado o de los particulares, permite cumplir la misma finalidad de circulación abierta e indeterminada de personas. Es decir, a los efectos de la regulación no resulta relevante de quién es el dominio, sino

qué finalidad cumple23.

Lógicamente, no cualquier vía de comunicación resultará alcanzada, y en todo caso se debería exigir que la ruta, calle o camino integre un "sistema vial", conectado con otras.

A nuestro modo de ver, la finalidad que persiga un determinado el espacio destinado al tránsito es lo que fija la autoridad competente para regularlo. Si sólo permite transitar dentro de un municipio, la vía es municipal; si sólo permite transitar dentro de la Ciudad de Buenos Aires, la autoridad es de dicha Ciudad; si sólo permite transitar dentro de una provincia (entre municipios), será provincial; si permite transitar dentro del país y salir de él (entre provincias, entre éstas y la Ciudad de Buenos Aires, o entre el país y un país extranjero), será federal.

Aunque el poder de policía de tránsito de cada uno de los niveles estaduales tiene su propio fundamento constitucional —como veremos a continuación—, la finalidad del camino nos parece un criterio coherente para determinar la autoridad que puede dictar normas de tránsito. Este criterio surge del artículo 75, inc. 13, y su interpretación a contrario sensu.

b. Autoridades competentes para crear normas de tránsito

Estado federal: En cuanto al fundamento, el poder de policía de tránsito del Estado federal

23 Es la modalidad que adopta España en el Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprobó el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial. En su artículo 2°, ámbito de aplicación, dice: "los preceptos de esta Ley serán aplicables en todo el territorio nacional y obligarán a los titulares y usuarios de las vías y terrenos públicos aptos para la circulación, tanto urbanos como interurbanos, a los de las vías y terrenos que, sin tener tal aptitud sean de uso común y, en defecto de otras normas, a los titulares de las vías y terrenos privados que sean utilizados por una colectividad indeterminada de usuarios".

surge del artículo 75, inciso 13 de la Constitución Nacional, conforme a la tesis de la cláusula del comercio que desarrollamos.

En relación al órgano competente, en el ámbito federal corresponde al poder legislativo reglamentar el derecho a transitar, es decir, al Congreso de la Nación.

En atención al artículo 14 y 28 de la Constitución, la ley nacional es la especie normativa para efectuar la regulación del derecho. Queda preguntarse si el Poder Ejecutivo, o sus órganos inferiores, podrían regular el derecho constitucional en los aspectos reservados a la ley, a través de un decreto de necesidad y urgencia (art. 99, inc. 3, CN), o de delegación (art. 76, CN).

Por otro lado, en cuanto al ámbito de aplicación de la legislación nacional de tránsito, son los caminos que unan: a) dos provincias, b) una provincia y la Ciudad de Buenos Aires, c) una provincia y un país extranjero24.

Estos caminos pueden ser del dominio público, pero no es requisito que sean del Estado nacional. De acuerdo a nuestra tesis, como el poder de policía de tránsito no nace del dominio, el fundamento de la competencia para legislar aparece siempre que el espacio terrestre permite la comunicación interjurisdiccional, a los fines del artículo 75, inciso 13, CN.

Por esa razón, el ámbito de aplicación de la ley también pueden ser caminos del dominio público de las provincias o municipios, o de los particulares, aunque no sea la modalidad que

24 Siguiendo este criterio, el artículo 71 del decreto 779/95, reglamentario de la ley 24.449, en su último párrafo dice: "a los fines del presente será considerada jurisdicción nacional a las vías de circulación constituidas por rutas nacionales, puentes o túneles interjurisdiccionales o cualquier otra que interconecte distintas jurisdicciones".

adoptaron tradicionalmente las legislaciones de tránsito en Argentina.

Pero en cualquier caso, la circunstancia que un camino o ruta permita la comunicación interjurisdiccional por vía terrestre, no lleva consigo la automática sujeción al poder de policía de tránsito. En primer lugar, porque no todos los caminos son aptos para la circulación pública; en segundo lugar, porque constituiría un avasallamiento del dominio provincial o municipal, o de los particulares, en caso de que el camino no sea propiedad del Estado nacional.

Por esa razón, resulta coherente que el camino o ruta en cuestión esté integrado a un "sistema vial nacional", es decir, a un conjunto de vías terrestres de comunicación, programas, coordinadas, y aptas para el tránsito público. Bajo éste esquema, el Estado Nacional podría acordar la incorporación a ese sistema, de los caminos o rutas que no sean de su dominio, con la correspondiente contraprestación o beneficio, máxime si pertenece a los particulares.

Estado provincial: El poder de policía de tránsito de las provincias tiene su principal fundamento en el artículo el artículo 121 de la Constitución Nacional, en cuanto les corresponde todas las competencias no delegadas expresamente al Estado federal25.

25 Cfr. artículo 126, CN. La Corte Suprema tiene dicho reiteradas veces que: "de acuerdo con la distribución de competencias que emerge de la Constitución Nacional, los poderes de las provincias son originarios e indefinidos (art. 121), en tanto que los delegados a la Nación son definidos y expresos (art. 75) (Fallos: 304:1186, entre muchos otros)" (*in re, Telefónica de Argentina c/ Municipalidad de Chascomús*, Fallos 320:619 (1997)). Asimismo, en relación al límite con las potestades federales, la CSJN señaló: "el diseño del sistema federal en la Constitución Nacional reconoce la preexistencia de las provincias y la reserva de todos los poderes que éstas no hubiesen expresamente delegado en el gobierno central, a

En este sentido, lo que no sea materia de tránsito a las autoridades federales en relación a los caminos interjurisdiccionales, compete a las provincias reglamentar el derecho constitucional a transitar en su territorio.

La especie normativa para efectuar la regulación del derecho a transitar en territorio local es la ley provincial, y por ende el órgano competente es el poder legislativo provincial.

Como los estados provinciales son autónomos para darse sus propias instituciones y regirse por ellas, siempre dentro del sistema republicano, la posibilidad de que el poder ejecutivo provincial pueda regular el derecho por vía de decretos delegados, de necesidad y urgencia u otra especie que le permita dictar normas con sustancia legal, quedará sujeto al diseño constitucional rija en la provincia.

Por otro lado, vale decir que la provincia es libre de fijar las reglas de tránsito que estime conveniente en el ámbito de su territorio, y a esos efectos las leyes nacionales no constituyen límite alguno, siendo la Constitución Nacional y sus principios el único techo normativo.

Dentro de esa libertad, la provincia puede voluntariamente adherir a la ley nacional, adoptando así sus reglas, o transpolar y desarrollar las mismas reglas en la ley local, sin adherir, o simplemente establecer normas distintas (por ejemplo, la provincia podría decidir que en sus rutas se circule por la izquierda). También la provincia puede optar por legislar el tránsito en una o más leyes, o hacerlo en forma integral en un código.

---

la vez que exige aplicar estrictamente la preeminencia de los poderes federales en las áreas en que la Ley Fundamental así lo estableció" (*in re*, *Molinos Río de la Plata S.A. c/ Prov. de Buenos Aires*, Fallos 322:66 (2009)).

Finalmente, la provincia en su legislación de tránsito puede crear todos los organismos administrativos que estime necesarios para hacer cumplir las leyes, asignarle competencias y ámbito de actuación. Esto incluye, por ejemplo, la policía administrativa de tránsito para las rutas provinciales, o la autoridad administrativa emisora de licencias de conducir para esos caminos.

Aunque en general no ocurre en la práctica, la provincia podría exigir que para transitar en sus rutas el conductor tenga una licencia o autorización expedida por autoridad provincial, y en base a las leyes de tránsito provinciales. Esto implica la posibilidad de no reconocer, en las rutas locales, las licencias que fueron expedidas por los municipios o el estado federal en base a sus propias leyes de tránsito que, como vimos, podrían diferir de la de la provincia (exigencias distintas de edad para conducir, conocimientos teórico-prácticos, etc.).

En cuanto al ámbito de aplicación, ley provincial de tránsito debe regular los caminos y rutas que sirvan de comunicación dentro de la provincia, y entre municipios. Por ende queda excluido todo camino o ruta que inicie en un punto de la provincia y atraviese los límites políticos de la misma, sea hacia otra provincia, la Ciudad de Buenos Aires, o hacia un país extranjero, cuya regulación corresponde al Estado federal. Asimismo, en principio, quedan excluidas las avenidas y calles de los municipios que no superen el ejido.

Como el poder de policía de tránsito provincial tiene su fundamento en el artículo 121 de la Constitución Nacional y por su amplitud éste no exige que exista derecho real de dominio, en principio no es relevante quién es el titular de

las rutas o caminos. En forma análoga a lo que ocurre en relación al Estado federal, el ámbito de aplicación de la ley local puede recaer en rutas y caminos que no sean del dominio público provincial, sino que pertenezcan a los particulares, o a la Nación o los municipios. Estos últimos, por acuerdo con la provincia, pueden desafectar sus caminos del interés público federal y municipal —respectivamente— y decidir que los mismos integren el sistema vial de aquella.

Estado municipal: Las competencias de tránsito de los municipios en sus propios ámbitos no surge expresamente de la Constitución Nacional como en el caso de las provincias y del Estado federal. Queda reservado a las primeras determinar el alcance y contenido de la autonomía municipal dentro de los parámetros determinados por el artículo 5 y 123 de la CN.

Por lo tanto, habrá que remitirse al diseño constitucional de cada provincia para analizar el esquema de distribución de competencias vinculadas al tránsito en relación a sus municipios pues, como sabemos, de acuerdo al artículo 121, CN, los poderes originarios e indefinidos corresponden a las provincias, y de ellas derivan las prerrogativas de los municipios que le pertenecen.

Pero aun así, cabe preguntarse si la materia de tránsito es de aquellas que constituye un contenido mínimo de competencias que no se le podría negar a los municipios.

Desde la doctrina, Néstor Losa dice que "el tránsito vehicular es competencia preponderante de los municipios como incumbencia natural"26. Agrega el autor: "desde los municipios se generan diversas políticas públicas sobre las competencias

26 Néstor Osvaldo Losa, *Seguridad Vial. Jurisdicción y gobiernos locales*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2000, p. 74.

que ostentan. Cada gobierno local legisla con sustento en su propia realidad, costumbres, ubicación geográfica, fuentes de ingresos, cantidad de población, recursos naturales e históricos, ideologías y étnicas, entre otros aspectos". Asimismo, añade: "el municipio dejó de ser un mero prestador de servicios para asumir además, una de las series de líneas gubernativas más complejas en su ámbito jurisdiccional"27.

Por su parte, en relación al punto que estamos analizando, nos parece valioso citar una doctrina de la Corte Suprema, sentada antes de que en la jurisprudencia28 y en el texto de la Constitución Nacional se reconociera la autonomía municipal. En 1930, en el caso "Sebastián Cartagenova", el tribunal sostuvo que "la administración, el gobierno o el régimen municipal que los constituyentes reconocieron como esencial base de la organización política argentina al consagrarlo como requisito de la autonomía provincial (art. 5°), consiste en 'la administración de aquellas materias que conciernen únicamente a los habitantes de un distrito o lugar particular sin que afecte directamente a la Nación en su conjunto' (Gonzalez, 'Manual de la Constitución Argentina', N° 675, pág. 685) y, por lo tanto, debe estar investido de la capacidad necesaria para fijar

27 Ídem, p.75.

28 CSJN, *Rivademar, Ángela D.B. Martínez Galván de c/ Municipalidad de Rosario*, Fallos 312:326 (1989). Allí se dijo además que las municipalidades son organismos de gobierno de carácter esencial, que tienen un ámbito propio a administrar. Incluso, el tribunal sostuvo: "aún cuando no se reconozca que la autonomía de los municipios cuenta con base constitucional, tampoco puede prescindirse de que la necesaria existencia de un régimen municipal impuesta por el art. 5° de la Constitución determina que las leyes provinciales no sólo no pueden legítimamente omitir establecerlos sino que tampoco puedan privarlos de las atribuciones mínimas necesarias para el desempeño de su cometido (...)" (consid. 9).

las normas de buena vecindad, ornato, higiene, vialidad, moralidad, etc. de la Comuna y del poder de preceptuar sanciones correccionales para las infracciones de las mismas, pues aquellas sin éstas son propias de la moral y no del derecho"29.

Esos argumentos, sumado a la realidad histórica y actual de las ciudades, conduce a concluir que el tránsito es de aquellas materias que integran el núcleo básico de competencias o incumbencias que las provincias no pueden privar a los municipios, en tanto son esenciales para cumplir su cometido como organización jurídico-política.

El carácter federal de nuestro país implica un criterio de descentralización en la distribución del poder, a partir del cual es lógico que corresponda al municipio lo atinente al tránsito de los habitantes de su territorio, es decir, dictar las reglas, fijar las sanciones, y establecer los organismos necesarios para hacer cumplir las leyes. En otras palabras, a ejercer un poder de policía de tránsito municipal, dentro de los límites que veremos.

Pasando a otro aspecto, cabe decir que en el nivel municipal, el órgano competente para reglamentar el derecho constitucional de transitar es aquél que detente la función legislativa, es decir, el Concejo Deliberante o el órgano que haga de poder legislativo municipal.

Por su parte, la "ordenanza"30 será la especie

---

29 CSJN, *Sebastián Cartagenova, querella seguida en su contra por infracción al artículo 2088 del digesto municipal*, Fallos 156:323 (1930). Esa doctrina fue reiterada en numerosas oportunidades por el máximo tribunal. Cfr. Fallos 320:619; 321:1052, entre otros.

30 La Corte Suprema tiene dicho desde antes de la reforma constitucional de 1994 que las ordenanzas municipales son normas de sustancia legislativa, y no reglamentos administrativos. Cfr. CSJN, *Promenade S.R.L. c/ Municipalidad de San Isidro*, Fallos 312:1394 (1989).

de norma a través de la cual el poder legislativo municipal debe regular el derecho de tránsito en su ámbito.

A diferencia de las provincias, el municipio no cuenta con plena libertad para regular el tránsito. En efecto, a fin de determinar los límites de la competencia del municipio para legislar en materia de tránsito, deberá considerarse no sólo la Constitución Nacional, sino principalmente la Constitución y la ley provincial de municipios (o ley orgánica de municipios), en los cuales se deslindan las competencias que corresponden a éstos últimos. Por lo general, ese bloque normativo es el que fija el contenido de la autonomía que pueden desarrollar los municipios a través de sus cartas orgánicas y su legislación local (ordenanzas).

Como dijimos, la materia de tránsito no se les podrá negar, pero la extensión (relaciones, situaciones y lugares) con la que pueden ejercer su poder de policía municipal, así como los límites el de la provincia, depende del diseño que ésta haga al distribuir las competencias que le son originarias e indefinidas.

En cuanto al ámbito de aplicación, y según nuestro criterio, la ordenanza municipal debe alcanzar toda vía terrestre que permita el tránsito dentro de ese ejido (finalidad municipal), es decir calles y avenidas, excluyendo en principio aquella que al mismo tiempo permita el tránsito dentro de la provincia (finalidad provincial), o dentro del país (finalidad federal), según las reglas expuestas anteriormente.

Fuera de los supuestos vedados, las calles y avenidas de la ciudad son el ámbito propio de aplicación de la legislación local, e integrarán el “sistema vial municipal”. La inclusión del tramo de una ruta u otro camino que por las

reglas expresadas corresponda a la jurisdicción provincial o federal, dependerá de lo que acuerden los municipios con esos Estados, lo cual es factible.

Hay una hipótesis más que podría darse. Supongamos que dos ciudades densamente pobladas sean adyacentes, y sus avenidas se conecten sin otra distinción que el límite geopolítico, permitiendo la circulación habitual entre ambas jurisdicciones. Por tratarse de una vía terrestre que comunica dos municipios, y según el criterio que esbozamos, el poder de policía correspondería a la provincia.

Pero si a pesar de tratarse de municipios distintos, el flujo vehicular es vecinal, porque su población está integrada, también sería válido (y conveniente) que sean los municipios quienes regulen el tránsito en esas avenidas que conectan dos jurisdicciones distintas. Incluso, el interés público municipal de ambos sobre la parte de la avenida que se encuentra dentro de su territorio, puede ser administrado por acuerdos intermunicipales.

En definitiva, deberá analizarse el cada supuesto cuál es el interés público (municipal o provincial) que debe primar para asegurar una correcta regulación del tránsito.

Estado de la Ciudad de Buenos Aires: La competencia de la Ciudad de Buenos Aires para dictar normas en materia de tránsito nace principalmente del artículo 129 de la Constitución Nacional, y del artículo 80, ap. 2, inc. h) de su Constitución local, sancionada en octubre de 1996. El primero de ellos le asegura “facultades propias de legislación y jurisdicción”, en tanto que el segundo atribuye a la Legislatura local la facultad de legislar en materia de “obras y servicios públicos, cementerios, transporte y tránsito”.

Luego de la reforma constitucional de 1994, el poder de policía de tránsito de la Ciudad de Buenos Aires está perfecta y expresamente reconocido en esas normas, y goza de la autonomía que surge de interpretar en forma armónica el artículo 129, CN, la ley 24.588 y el art. 80, ap. 2, inc. h) de la Constitución local. Muestra cabal de que esa autonomía existe, es el hecho que al debatir el Código de Tránsito (ley 2148), la Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires se planteó si debía adherir a la ley 24.449, o dictar una norma distinta; finalmente decidió no adherir.

PROCEDIMIENTO DISCIPLINARIO INFLUENCIA DE LAS DECISIONES DE LA CIDH

MIRIAM MABEL IVANEGA[1]

SUMARIO: Introducción. I. El debido proceso. El caso de las faltas objetivas o de plano. 1. El procedimiento general. 2. El procedimiento disciplinario. II. El plazo razonable. 1. Referencia a la mora del Estado en dos decisiones de la CIDH. 2. Los efectos del plazo irrazonable. 3. La organización inadecuada y el exceso de trabajo. III. Conclusiones: la responsabilidad de los funcionarios. Una deuda con la sociedad.

INTRODUCCIÓN.

Sin perjuicio de la aplicación de los principios generales; el alcance de la potestad disciplinaria y los derechos que afecta, justifican que el procedimiento sumarial se encuentre informado por determinadas reglas, la mayoría de las cuales compartirá su génesis con el proceso penal, aunque con las particularidades de la disciplina administrativa.

En esta ocasión abordaremos sólo dos de dichos principios, uno de los cuales (el plazo razonable) parece no haber tenido un relevante

1 Doctora en Derecho y Ciencias Sociales, Magister en Derecho Administrativo, profesora de universidades públicas y privadas de su país y de Iberoamérica, Vicepresidente de la Asociación Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo, autores de libros y artículos de la especialidad.

desarrollo en este ámbito.

I. EL DEBIDO PROCESO. EL CASO DE LAS FALTAS OBJETIVAS O DE PLANO

El procedimiento general

La defensa en juicio es inviolable. Este principio se aplica tanto para anular una sentencia que impide la defensa, para una sentencia que le permite expresarse pero que ignora arbitrariamente su exposición; como para un procedimiento administrativo en el que se niega la vista al interesado o se lo priva de hacer oír sus razones y producir la prueba de descargo que quiera hacer valer[2].

La distinción entre el debido proceso adjetivo del sustantivo, obedece a que mientras el primero está conformado por los procedimientos judiciales o administrativos que deben cumplirse para que una ley, sentencia o resolución administrativa –referidas a la libertad individual– sea formalmente válida, el segundo se vincula con una garantía de ciertos contenidos o materia de fondo justos[3].

En cuanto a éste, se destaca la razonabilidad como principio de validez universal, aplicable tanto al legislador, como al administrador, al juez, e incluso a particulares, que se incorpora a nuestro derecho como garantía, por vía del derecho norteamericano, como parte del debido proceso

2 Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, Parte General, Tomo I, Buenos Aires, FDA, 2009, VI-28.

3 Linares, Juan Francisco, Razonabilidad de las leyes, Buenos Aires, Astrea, 1970, pp. 11 y 12.

en sentido sustantivo[4]. Trataremos el principio de razonabilidad separadamente.

Los Artículos 8º de la Convención Americana de Derechos Humanos y 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos incluyen una serie de garantías procesales, acceso a la jurisdicción, intervención del juez natural, independiente e imparcial, presunción de inocencias, igualdad y equidad, inviolabilidad de la defensa en juicio y decisión justa.

Es una garantía irrenunciable que no queda satisfecha por el cumplimiento de meros formalismo exigidos por el derecho de defensa. Por el contrario, su utilidad reviste la misma importancia que aquél. Ello implica que las decisiones de la autoridad pública deben estar debidamente fundadas y ajustadas a parámetros mínimos de razonabilidad[5].

En ese marco, se entiende que el objetivo del debido proceso legal es que el individuo pueda proteger de manera efectiva y eficaz sus derechos. "Es decir, el proceso tiene que ser idóneo para el ejercicio y goce de los derechos. La consecución de este propósito debe guiar la interpretación de cada una de las garantías procesal que lo integran"[6].

La vinculación con otra garantía procesal, la tutela judicial efectiva, se proyecta en el procedimiento administrativo. Esto se resume en la idea de que se "haga justicia", desplegándose en tres momentos: el acceso a la jurisdicción, el debido proceso y la eficiencia de la sentencia[7].

4 Gordillo, Agustín A., Tratado de Derecho Administrativo, op. cit., p. VI-28.

5 Thea, Federico G., "Las garantías del debido proceso en la toma de las decisiones públicas", en LL, Suplemento de Derecho Administrativo, 22-6-2009, p. 11 y sigs.

6 Ibidem.

7 Canosa, Armando, "El debido proceso adjetivo en el procedimiento administrativo", en Procedimiento y proceso

Este principio debe ser considerado no sólo respecto del procedimiento administrativo general, sino de todo procedimiento que aplique un órgano administrativo e incluso de los que se desarrollen en los órganos legislativo y judicial[8].

La Corte IDH ha confirmado reiteradamente este criterio[9], puntualizando que todos los órganos estatales deben cumplir con el debido proceso legal tanto en el ejercicio de funciones jurisdiccionales, como administrativas y legislativas[10].

En cuanto a las garantías procesales del debido proceso adjetivo que se aplican al procedimiento administrativo, se entiende que la exigencia de un control judicial sustantivo posterior de las decisiones administrativas no releva a los órganos de la Administración de cumplir de las reglas adjetivas del debido proceso, coincidiendo en que la violación de ello no resulta susceptible de ser saneado posteriormente[11]. Es por estas razones que no aceptamos la teoría de la subsanación.

2. El procedimiento disciplinario

En materia penal, el juicio previo es el inevitable camino a recorrer para arribar a la imposición de una condena, final de un proceso legal y regular,

administrativo, Buenos Aires, Lexis Nexis, 2005, p. 50/53.

8 Ibidem.

9 Opinión Consultiva OC-11/90 (supra nota Nº 2, p.28). Casos: "Tribunal Constitucional vs. Perú", sentencia del 31 de enero de 2001, Serie C-Nº71, p.70; "Baena, Ricardo y otros vs. Panamá", 2 de febrero de 2001, Serie CNª 75, p. 125; "Ivcher Bronstein vs. Perú", sentencia del 6 de febrero de 2001, Serie C Nª 74, p. 103.

10 CIDH "Claude Reyes y otros vs. Chile", sentencia del 19 de setiembre de 2006, Serie C, Nª 151. pp.120 y 122.

11 Ver, en ese sentido, Thea, Federico C., op. cit., pp. 15-17.

sustanciado conforme a los Códigos. Estas exigencias se cumplen en la medida en que se respete la garantía que asegura la inviolabilidad de la defensa en juicio, cumpliéndose con la secuencia de acusación, defensa, prueba, alegación sobre su mérito y sentencia suficientemente motivada[12].

Todo aquel a quien la ley reconoce personería para actuar en juicio y en defensa de sus derechos se encuentra amparado por la garantía del debido proceso legal consagrado en las Constituciones, sea que actúe como acusador o acusado, como demandado o demandante, ya que –en todo caso– media interés institucional en reparar el agravio si éste existe y tiene fundamento las Normas Fundamentales. Ella garantiza a todos los litigantes por igual el derecho a obtener una sentencia fundada previo juicio llevado en legal forma, cualquiera sea la naturaleza del procedimiento –civil o criminal– de que se trate[13].

Ahora bien, la aplicación de una sanción disciplinaria se sujeta a que se sustancie un procedimiento administrativo destinado a investigar la actuación del agente, en el cual se garantice el derecho de defensa y, más específicamente, el derecho al debido proceso adjetivo. También durante el transcurso del procedimiento deben

12 D'Albora, Francisco J., Proceso Penal (en general), Buenos Aires, LexisNexis – AbeledoPerrot, 1997.

13 CSJN, Fallos: 331:2.077. Ver también Fallos: 308:181; 312:1.042; 316:2.043. La Sala Laboral y Contencioso Administrativa de la Corte Suprema de Justicia de Tucumán declaró procedente el planteo de nulidad de un empleado público contra un decreto que lo dejó cesante por supuestas ausencias injustificadas, por violación flagrante y grave del principio de defensa, dado que dicha decisión se adoptó sin anoticiarlo en forma adecuada de la falta imputada y sin otorgarle la oportunidad de presentar descargo, lo que no puede ser subsanado por un recurso administrativo o judicial posterior. Causa "Tesoroni, Carlos c/ Municipalidad de Aguilares", del 21-12-2007.

efectivamente quedar demostradas las conductas que apreciadas objetivamente, configuran una concreta violación de deberes y obligaciones a cargo del agente y que, justifican el reproche disciplinario.

En este orden de ideas, los presupuestos que conforman el debido proceso constituyen una exigencia de la validez constitucional del sumario disciplinario. De allí que durante su desarrollo deben efectuarse todas las actuaciones que posibiliten el ejercicio del derecho de defensa amplia y oportuna, incluyendo la impugnación de las decisiones adoptadas. Así, se concretan las garantías sustanciales y procesales para la protección de los derechos fundamentales y las libertades de los empleados públicos[14].

El objetivo fundamental de este principio es la defensa y preservación del valor material de la justicia y, en consecuencia, debe sujetarse a los procedimientos previamente establecidos ajenos al arbitrio de la Administración. En ello se protege al agente público de eventuales conductas abusivas de las autoridades administrativas[15].

En esta línea de razonamiento, insistimos en la inconstitucionalidad de las denominadas "faltas objetivas", también llamadas "de plano", que consisten en conductas irregulares que se configuran automáticamente de reunirse los extremos legales (caso de las inasistencias injustificadas) y que dan lugar a una sanción automática, sin previa instrucción sumarial.

Entendemos que, en todos los casos en los

14 Mejía Acosta, Karolina y Mejía Ossman, Jaime, Temática jurisprudencial del proceso disciplinario, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley, 2009, pp. 244/245; con cita de jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana; entre otros, Sentencia C-095, del 18 de marzo de 1998; C-556, del 31 de mayo de 2001; y C-641, del 13 de agosto de 2002.

15 Ibidem.

que un agente público es pasible de una sanción, debe permitírsele el ejercicio de su defensa, máxime si está frente a una medida expulsiva.

La configuración "automática" de la irregularidad que conlleva una aplicación directa de la sanción no puede ir en menoscabo de los derechos individuales, debiéndose reconocer, como mínimo, la posibilidad de que el infractor tome conocimiento previo de los hechos y conductas imputables y, en su caso, presente un descargo brindando las explicaciones que estime pertinentes.

En concordancia con ello, "antes del dictado de la sanción expulsiva, si bien no era necesaria la instrucción de un sumario administrativo [...], sí lo era correr una vista al agente para permitirle efectuar su descargo [...]. El derecho a ser oído y a producir pruebas de descargo, considerados como aspectos fundamentales de la garantía de la defensa, deben ser aplicados e interpretados razonablemente [...], de lo que se sigue que debe darse al interesado la oportunidad de expresar sus razones antes de la emisión del acto administrativo"[16].

Creemos aplicable lo señalado por el Máximo Tribunal de Justicia de la Nación, en el sentido de que las normas sustanciales de la garantía de la defensa deben ser observadas en toda clase de juicio, sin diferenciar entre causas criminales, juicios especiales o procedimientos seguidos ante tribunales administrativos[17].

Las garantías constitucionales del debido

16 CCA Nº 1 Santa Fe, "Vega, Pablo César c/ Municipalidad de Esperanza s/ Recurso Contencioso Administrativo", del 27-12-2007, AyS, T. 11, p. 315; CCA de la 1ra. Nominación de Córdoba, "Oliva, Marcelo Alejandro c/ Municipalidad de Río Ceballos s/ plena jurisdicción", del 17-4-2012, en LLC, julio de 2012, p. 658.

17 CSJN, Fallos: 198:98; 310:1797; 316:1133.

proceso y de la defensa en juicio son de inexcusable observancia en los procedimientos administrativos de naturaleza disciplinaria; la configuración de las faltas objetivas no puede constituir una excepción a esta regla.

En todos los supuestos de responsabilidad disciplinaria, resulta indispensable que el agente en cuestión sea notificado de la existencia del procedimiento que se le sigue, tenga oportunidad de ser oído y de probar los hechos que considere conducentes a su descargo[18].

II. EL PLAZO RAZONABLE

Las sentencias "Forneron"[19] y "Furlan"[20] de la Corte IDH siguiendo una doctrina ya arraigada por ese Tribunal[21], nos merecen por lo menos dos

18 CSJN, Fallos: 324:3593.

19 Corte IDH Caso Forneron e Hija vs. Argentina, del 27 de abril de 2012.

20 Corte IDH, Caso Furlan y Familiares vs. Argentina, del 31 de agosto de 2012.

21 Por ejemplo: Casos Genie Lacayo Vs. Nicaragua, párr. 78; Anzualdo Castro Vs. Perú. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de Septiembre de 2009. Serie C No. 202, párr. 157; Acosta Calderón Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129, párr. 106; Caso López Álvarez Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No. 14, párr. 133; Baldeón García Vs. Perú, párr. 152; Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009 Serie C No. 196, párr. 113; Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 186, párr. 150, y Radilla Pacheco Vs. México. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209, párr. 245; Masacre de Pueblo Bello Vs. Colombia, párr. 184, Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C No. 148, párr. 293, y Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia, párr. 156. También TEDH Caso Ruiz Mateos vs. Spain sentencia de

reflexiones, que trascienden la actividad judicial cuestionada: una vinculada a la defectuosa organización dentro del cual se tramitan los procesos y procedimientos (incluyendo el exceso de trabajo) y la otra, la responsabilidad de los funcionarios públicos involucrados en las dilaciones indebidas.

Es así que el plazo razonable, a nuestro entender, se convierte en un principio del procedimiento disciplinario que debe ser aplicado conforme las circunstancias del caso, sin perder de vista los derechos de los agentes públicos, ni el interés público comprometido en su tramitación.

La progresiva degradación de las estructuras administrativas y de los mecanismos de control, sumado al incumplimiento de las normas, ponen en riesgo la ejecución de los fines estatales y logran que la mora estatal se convierta en una "enfermedad crónica" de la gestión, involucrando a todos los niveles del Estado.

En línea con lo señalado, si bien en las sentencias mencionadas el cuestionamiento está particularmente dirigido a la función judicial, los planteos formulados y las conclusiones a la que llega la Corte IDH tienen un efecto expansivo sobre todos los niveles estatales.

En efecto, así como la interpretación de la tutela judicial efectiva derivó en la consagración de la tutela administrativa efectiva, de similar forma el plazo razonable constituye un derecho/deber predicable de toda actuación del Estado y por ende exigible en el marco de los procedimientos y procesos que se articulen en los tres poderes y en los tres ámbitos: nacional, provincial y municipal.

Estamos frente a uno de las grandes preocupaciones del hombre: el tiempo, que ha

junio 23 de 1993, serie A, N° 262.

sido objeto de estudio de la física, la astronomía, la filosofía, la historia, la literatura, el derecho, entre otras disciplinas, y que ahora se inserta en el campo de los derechos fundamentales para convertirse en un elemento determinante de su concreción.

Su medición, los efectos, su incidencia en la existencia misma del hombre han llevado a que su regulación se extendiera por todos los rincones de la actuación humana, pues el tiempo resulta una condición inexcusable para hacer efectivos aquellos derechos.

1. Referencia a la mora del Estado en dos decisiones de la CIDH

Las sentencias de la Corte IDH dictadas en las causas "Forneron" y "Furlan" muestran las graves consecuencias que produce la dilación excesiva de procesos y procedimientos.

En ambas decisiones se insiste en que para determinar la razonabilidad del plazo existen diversos criterios: la complejidad de la prueba, la pluralidad de sujetos procesales o la cantidad de víctimas, el tiempo transcurrido desde la violación, las características del recurso consagradas en la legislación interna y el contexto en el que ocurrió la violación.

Estos elementos de interpretación no son decisivos por sí mismos y deben ser aplicados en concreto, interpretación seguida también por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos[22].

Un aspecto a considerar es la inversión de la carga de la prueba, al exigirse que sea el Estado el que demuestre las razones por las cuales un proceso insumió determinado tiempo, excediendo

22 TEDH H. c/France A-612 A, 24 de octubre de 1989.

pautas de razonabilidad. Y en caso que no lo pudiera demostrar es la Corte IDH la facultada para hacer las estimaciones correspondientes[23].

Lo cierto es que, la Argentina ya se encontraba en deuda respecto del plazo razonable, por ejemplo en el caso "Torres Millacura y Otros vs. Argentina", sentencia del 26 de agosto de 2011 (párr. 133 y 139) y con anterioridad en "Bayarri vs. Argentina" del 30 de octubre de 2008 (párr.74, 75)[24].

De las sentencias aquí consideradas, nos parece oportuno puntualizar algunos elementos centrales.

A. El caso "Forneron" se origina en un conflicto que en principio puede categorizarse como de derecho de familia. Pero en el desarrollo del proceso judicial se producen una serie de omisiones y otras irregularidades que llevaron a la Corte IDH a declarar la responsabilidad del Estado por su actuación judicial, principalmente.

Como síntesis, los hechos se vinculan con la violación al derecho de protección de la familia del Señor Forneron y de su hija biológica, que había sido entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien se vio separado y alejado de la menor. En ese contexto y habiéndose configurado graves anomalías de diversa índole, incluso en el proceso de adopción, los órganos estatales competentes omitieron ordenar e implementar un régimen de visitas y otras medidas, a pesar de las múltiples presentaciones que realizó el actor durante diez años.

23 Casos Caso Hilaire, Constantine y Benjamin y otros, supra nota 5, párr. 151 "Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia) vs. Brasil. Sentencia del 24 de noviembre de 2012.

24 Ver comentario de Gelli María Angélica, El valor de la jurisprudencia internacional. A propósito del caso «Bayarri" en un dictamen de la Procuración General de la Nación, LA LEY 2010-C 1192.

Luego de un análisis detallado sobre las dilaciones y desprolijidades cometidas en el juicio, en lo que nos interesa, el Tribunal estima que "El derecho al acceso a la justicia debe asegurar los derechos de las personas en tiempo razonable"; la irrazonabilidad es por sí sola, violatoria de las garantías judiciales (párr. 66).

Bajo esos argumentos, determina que los procesos tramitados no presentaban especiales complejidades, agregando una referencia relevante: la imposibilidad de alegar obstáculos internos, tales como la falta de infraestructura o personal para conducir los procesos judiciales como eximente de una obligación internacional[25].

Los hechos son dignos de diversas reflexiones, tanto por la tramitación del proceso como por los fundamentos de las sentencias dictadas por los tribunales locales y las omisiones de adoptar disposiciones en el derecho interno relacionados con los artículos 19, 8.1, 25.1 y 1.1 de la CADH en perjuicio de la niña y del señor Forneron.

Pero sin dejar de considerar la gravedad de las situaciones personales de los afectados por la demora irrazonable, el caso nos interesa particularmente porque además de declarar la responsabilidad del Estado por violación a las garantías judiciales, a la protección judicial y de la familia consagradas en la CADH, la Corte IDH dispone que el Estado debe verificar en un plazo razonable, la conformidad a derecho de los

25 Caso Garibaldi Vs. Brasil. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de septiembre de 2009. Serie C No. 203, párr. 137. La Corte IDH remite al TEDH, que sostuvo en similar sentido que una sobrecarga crónica de casos pendientes no es una justificación válida del retraso excesivo. Caso Probstmeier Vs. Alemania (No. 20950/92), Sentencia de 1 de julio de 1997, párr. 64, y Caso Samardžić y AD Plastika Vs. Serbia (No. 2844/05), Sentencia de 17 de julio de 2007, párr. 41.

funcionarios que intervinieron en los procesos internos vinculados al caso y en su caso determinar las responsabilidades que correspondan (el remarcado es nuestro).

Cabe destacar que la Comisión Interamericana había solicitado a esa Corte que ordenara al Estado investigar y aplicar las medidas o sanciones pertinentes, a todos los funcionarios públicos que resultaran responsables de las violaciones perpetradas en perjuicio de las víctimas del presente caso, en particular por la demora excesiva incurrida (más de 10 años).

Surge de la sentencia que durante la audiencia pública ante la Corte y luego como medida para mejor proveer, se requirió al Estado información detallada sobre las gestiones realizadas, con el fin de verificar la conformidad a derecho de la actuación de los funcionarios que intervinieron en los diversos procesos relativos al caso y cuáles fueron sus resultados. Sin embargo, "Argentina no respondió de manera precisa a la información solicitada por este Tribunal ni a la aportada por las representantes sobre los cuatro procedimientos por ellas iniciados, sino que se limitó a transmitir la información, por demás genérica, de las autoridades provinciales" (párr.171).

Frente a esta contestación y remitiéndose a casos anteriores[26], la Corte resolvió declarar la necesidad de que el Estado argentino establezca tales responsabilidades individuales.

A conclusiones similares había llegado en la causa "Bueno Alves vs. Argentina" del 11

26 De la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009. Serie C No. 211, párr. 233, inciso d., y Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Serie C No. 216, párr. 214

de mayo de 2007, en la que obligó al Estado a realizar las investigaciones para determinar las responsabilidades, además de asegurar a la víctima pleno acceso y capacidad para actuar en las etapas de los procedimientos y procesos.

B. La Causa "Furlan" es un claro ejemplo de falta de respuesta oportuna de las autoridades judiciales argentinas. Éstas incurrieron en una demora excesiva en la resolución de una acción por daños y perjuicios contra el Estado, de cuya respuesta dependía el tratamiento médico de la víctima, un niño con discapacidad.

La tramitación del proceso judicial contra el Estado demoró diez años[27] a lo que se sumó que obtenida la sentencia, el actor debió iniciar un procedimiento administrativo de consolidación de deuda, conforme a la Ley 23.928, para percibir la indemnización que se le reconociera[28].

Un dato a considerar es el planteo del Estado argentino –en el marco de las excepciones preliminares- acerca del agotamiento de los recursos internos, alegando que si las presuntas víctimas consideraban que la Ley 23.982 era contraria a la Constitución, debieron haber

27 La demanda fue interpuesta, el 18 de diciembre de 1990 -Juzgado Nacional Civil y Comercial Federal No. 9- contra el Estado argentino. La sentencia de primera instancia es de fecha 7 de setiembre de 2000, la de segunda instancia se dictó el 23 de noviembre de 2000.

28 El resarcimiento reconocido a favor de Sebastián Furlan quedó comprendido dentro de la Ley 23.982 que había estructurado la consolidación de las obligaciones vencidas de causa o título anterior al 1 de abril de 1991 que consistiesen en el pago de sumas de dinero. Las dos formas de cobro de indemnización fueron: 1) el pago diferido en efectivo o, 2) la suscripción de bonos de consolidación emitidos a dieciséis años de plazo. El actor optó por la suscripción de bonos de consolidación en moneda nacional, los que se encontraron a su disposición en marzo del 2003 (la liquidación judicial se encontró firme en mayo del 2001). Se entregaron Bonos de Consolidación con vencimiento en el año 2016.

articulado el recurso extraordinario federal -como remedio para cuestionar su constitucionalidad- y en su caso interponer recurso de queja por denegación del extraordinario.

Sin embargo, la Corte IDH insistió en su criterio[29] de que la regla del previo agotamiento de los recursos internos está concebida en interés del Estado, pues busca dispensarlo de responder frente a un órgano internacional por actos que se le imputen, antes de haber tenido la ocasión de remediarlos con sus propios medios.

Esto significa que deben existir formalmente esos recursos y que además deben ser adecuados y efectivos, como resultado de las excepciones contempladas en el artículo 46.2 de la Convención.

Sin perjuicio de las consideraciones acerca de la oportunidad para interponer dicha defensa por parte del Estado, consideramos relevante la posición asumida por la Corte en cuanto a "el recurso extraordinario de constitucionalidad es -como su nombre lo indica- de carácter extraordinario, y tiene por objeto el cuestionamiento de una norma y no la revisión de un fallo (...) de carácter "discrecional", "excepcional" y "no está sujeto a un plazo" tanto en relación con su aceptación como su duración" (párr.27)[30].

Por ello, entendió que dicho remedio no habría sido efectivo[31] para subsanar la alegada

29 Cita a los Casos: Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Fondo. Sentencia de 29 de julio de 1988. Serie C No. 4, párr. 61, y Caso Mejía Idrovo Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de julio de 2011. Serie C No. 228, párr. 27.

30 En relación al derecho a recurrir y el alcance del recurso extraordinario ver. Corte IDH Caso Mohamed vs. Argentina del 23 de noviembre de 2012.

31 Recordamos que la Corte IDH viene sosteniendo que no basta con la existencia formal de recursos, sino que éstos deben ser efectivos e idóneos, Casos "Acevedo Jaramillo y otros vs. Perú". Sentencia del 7 de febrero de 2006; "Acosta

demora en el proceso judicial que buscaba una indemnización "aspecto que constituye el eje central de los problemas jurídicos en el presente caso (...) la función de dicho recurso en el ordenamiento jurídico interno no era idónea para proteger la situación jurídica infringida y, en consecuencia, no puede ser considerado como un recurso interno que debió ser agotado" (párr. 27).

Esta interpretación nos lleva a otro plano: la relación entre los derechos afectados y los medios de impugnación en sede administrativa.

El agotamiento de la vía, instituto defendido y criticado con el mismo fervor y al mismo tiempo por la doctrina administrativa, ha de mirarse desde la óptica de que el recurso administrativo debe ser idóneo no solo para cumplir con su objetivo de "auto-revisión" de la actuación de la Administración, sino que dicha idoneidad ha de corresponderse con el derecho afectado, cuestión que amerita retomar el debate.

Ahora bien, volviendo al análisis de la duración del proceso y de la violación al plazo razonable, interesan las consideraciones acerca de la ejecución de las providencias judiciales. Ello porque insiste en que la falta de esa etapa además de tener "vinculación directa con la tutela judicial efectiva para la ejecución de los fallos internos", posee relevancia para contabilizar el término de duración de todo el proceso. Por lo tanto, debe computarse para poder determinar con certeza la configuración o no del plazo razonable (ver en este sentido párr.149).

De aquí se deduce un doble enfoque: la ejecución de una sentencia en sí misma como parte de un proceso o procedimiento y su relación

Calderón vs. Ecuador". Sentencia del 24 de junio de 2005, entre otros.

con el lapso que insume la tramitación total de éstos.

Remitiéndose al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, consideró que si el objetivo primordial de interponer la demanda fue la de obtener una indemnización por daños y perjuicios, para el análisis del plazo razonable el proceso no puede considerarse culminado hasta tanto dicho fin no se materializa.

Sentado ello, en el análisis de los elementos que la jurisprudencia fijó para determinar la razonabilidad del plazo[32], uno de los fundamentos determinantes en la decisión es la existencia de normas legales que fijan plazos procesales, cuyo incumplimiento se pone en evidencia con el lapso de diez años (más de doce si se calcula el tiempo del procedimiento de consolidación) que demoró la tramitación.

Este dato no es menor, en la medida que destaca un aspecto relevante a la hora de evaluar la actuación estatal: que el dictado de normas es insuficiente como instrumento de protección de los derechos humanos. En definitiva se trata de exigir que el Estado articule todos los mecanismos tendientes a dicho objetivo, ejerciendo sus tres funciones: legislativa, administrativa y judicial.

Son igualmente relevantes las apreciaciones acerca de las facultades ordenatorias e instructorias que tiene el juez y las consecuencias que aparejo su no ejercicio. En síntesis, la Corte concluye que las autoridades judiciales a cargo del proceso judicial no actuaron con la debida diligencia y el deber de celeridad que exigía la situación de vulnerabilidad

32 a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso.

en la que se encontraba el menor. Y así declara la responsabilidad estatal, entre otras causas, por la violación del artículo 8.1. en relación con los artículos 19 y 1.1 de la CADH, por haber excedido el plazo razonable, por la vulneración al derecho a la protección judicial y el derecho a la propiedad privada, por la violación del derecho a ser oído.

Si bien esta exigencia suele ser incluida en la legalidad o el debido proceso, postulamos su formulación como principio separado por su importancia a la hora de evaluar la satisfacción de los derechos. Incluso porque creemos que los principios generales a los que aludimos se verán cumplidos siempre que se realicen en tiempo oportuno y razonable.

2. Los efectos del plazo irrazonable

El mantenimiento de un sumario administrativo, entre la imputación y su conclusión por un plazo que excede parámetros razonables, ocasiona al agente público diversas afectaciones, que van desde el peso de cargar con un procedimiento de esas características, hasta los obstáculos para presentarse a concursos de promoción en la carrera administrativa por su calidad de sumariado.

La importancia de estos tiempos hasta implica su valoración independiente de la que se realice respecto de la prescripción, pues –como ha sostenido la Corte Suprema de Justicia de la Nación– la duración del proceso por más de dos décadas viola la garantía del plazo razonable del proceso y del derecho de defensa.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido: “La prosecución de un pleito inusualmente prolongado –máxime si tiene naturaleza penal– conculcaría el derecho de defensa

del recurrente, en tanto debe reputarse incluido en la garantía de defensa en juicio consagrada en el Artículo 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –después de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal”[33].

En la causa “Bossi y García S.A. c/ D.G.A.”, del 8 de noviembre de 2011 entendió que en virtud del derecho constitucional a obtener un pronunciamiento judicial sin dilaciones indebidas (sustentado en el Artículo 18 de la Constitución Nacional y en el Artículo 8º, inc. 1º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), la duración de un procedimiento penal aduanero por veintitrés años excedía todo parámetro de razonabilidad de duración del proceso penal y declaró extinguida la acción penal por prescripción[34].

También admitió su competencia originaria para dictar sentencia definitiva por razones de economía procesal y para preservar las garantías constitucionales de defensa en juicio y debido proceso en la causa “Baeza, Silvia O.”, atento el prolongado trámite al que dio lugar la sustanciación del proceso y el tiempo transcurrido desde el llamamiento de autos para sentencia[35].

En la causa “Losicer Jorge Alberto y otros

33 CSJN, Fallos: 332:2-657.

34 CSJN, Fallos: 334:1.264.

35 CSJN, Fallos: 334:376, con cita de las causas “Punte, Roberto Antonio c/ Tierra del Fuego, Antártida e Islas del Atlántico Sur, Provincia de” (Fallos: 329:809); “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios” (Fallos: 329:2.088); B. 853.XXXVI “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, sentencia del 11 de julio de 2006.

c.BCRA-Resol.169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)" del 26 de junio de 2013, se pone nuevamente atención en la cuestión del plazo razonable[36]. La Corte resolvió que el procedimiento sumarial iniciado por infracciones al régimen financiero tuvo una duración irrazonable, máxime que los hechos investigados no exhibían una especial complejidad, pues se trataba de incorrecciones contables y suministro de información distorsionada.

En aquella decisión se consolida su doctrina vinculada al control de la actividad de la Administración Pública, sentando una nueva configuración de ésta a partir de los Pactos de Derechos Humanos. Así, la importancia del caso reside en que la demora objeto de cuestionamiento se produce en el ámbito de un procedimiento sumarial previo a la aplicación de sanciones administrativas[37].

Se reafirma entonces, que las exigencias constitucionales son predicables de toda la actuación estatal. El tradicional criterio del "ámbito interno" que actuó como malla protectora de la potestad disciplinaria, en una suerte de justificativo dirigido a cumplir con el interés público, ya es desplazado por una concepción que interpreta dicho fin en el contexto de los derechos humanos.

---

36 En general este principio ha sido analizado en materia de prescripción de la acción penal CSJN Fallos 333:1639; 332:1512; " Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n° 24.079—".

37 En ese sentido Gutiérrez Colantuono Pablo, Derechos y prerrogativas públicas..op.cit. y Moray, Fernanda Control de Convencionalidad: ¿Complemento del control de constitucionalidad o nueva especie de control judicial? LA LEY 2012-E 207. La autora formula interesantes reflexiones acerca de los alcances del control de convencionalidad y un análisis crítico del fallo.

+3. La organización inadecuada y el exceso de trabajo

Sostuvimos que las sentencias de la Corte IDH tienen un efecto expansivo, característica que nos remite nuevamente a reflexionar sobre la organización administrativa y la exigencia del "plazo razonable". Su estructura, objetivos, presupuesto asignado, profesionalización de su personal, predisposición de éste a los cambios, plataformas informáticas, análisis de los procesos (vgr. por cuantos sectores pasa un expediente hasta su finalización), existencia de normas y procedimientos "paralelos", son algunos de los elementos esenciales para valorar las causas que impiden cumplir en tiempo y forma.

Es indiscutible, que si las dilaciones son provocadas por deficiencias de la estructura administrativa o judicial, existe una clara violación del derecho a ser juzgado en un plazo razonable, pues la celeridad está en cabeza del Estado[38].

Sin embargo, suele pasar inadvertido que el ámbito a través del cual se canalizan las peticiones de la sociedad, aquel que las "contiene" para darles forma a su aceptación o rechazo, no es más ni menos que la organización; en ella se tramitan los procedimientos, dictan los actos administrativos, suscriben contratos, administran los fondos públicos, etc..

Para ello, basta remitirse al caso "Furlan" y las dificultades para que el actor pudiera ejercer el derecho reconocido en la sentencia, a causa de un régimen de consolidación de deudas.

Tampoco los mecanismos que el régimen

38 En ese sentido, TEDH Caso Guincho c/ Portugal del 10 de julio de 1984 y Lombardo c/ Italia del 26 de noviembre de 1992.

legal prevé para la morosidad administrativa (amparo por mora, queja, silencio) ya son idóneos, pues que como bien se ha señalado, se encuentran deslegitimados para "obtener una decisión equitativa en tiempo razonable"; aspecto que ha llevado a que el derecho de petición comience a ejercerse mediante prácticas no formales pero efectivas, como las protestas sociales[39].

Una de las consecuencias de la desorganización y/o de la falta de recursos suele ser el exceso de trabajo como justificativo de la demora.

En estos supuestos, es probable que el funcionario judicial y/o administrativo no resulten directamente responsables de tales deficiencias, sino que también sean víctimas de ellas. Pero ello no libera de responsabilidad al Estado y a los funcionarios competentes que omitieron articular mecanismos efectivos.

Lo paradójico es que a pesar de esta realidad, se viene desarrollando hace tiempo un esquema de Administración pública de actuación proactiva en su relación con la sociedad. La llamada "buena administración", que se presenta como modelo a seguir, combina una serie de principios y herramientas vinculados por ejemplo, al acceso a la información, participación, control social, que en mayor o menor medida se ponen en práctica.

En ese marco, la exigencia del plazo razonable se incorpora como un objetivo de la organización, de forma tal que la eficiencia y la eficacia no se logran si los tiempos que insumen son desproporcionados. Por ende el plazo deja de ser un requisito o condición independiente, para constituirse en un presupuesto de estos

39 Damsky Isaac, Derechos Humanos y Mecanismos de Interdicción de la morosidad administrativa: una nueva legitimidad, en Jornadas "l Derecho Administrativo Hoy. 16 años después", Ediciones RAP, Buenos Aires, en prensa.

principios[40].

En definitiva, es necesario lograr progresivamente que el plazo razonable esté presente en cada actuación, mucho más en aquellas que involucran derechos fundamentales y que pueden perjudicar la situación jurídica del particular, en línea con la Corte IDH[41].

III. CONCLUSIONES: LA RESPONSABILIDAD DE LOS FUNCIONARIOS. UNA DEUDA CON LA SOCIEDAD

"La responsabilidad de los funcionarios públicos es una nota sustantiva y distintiva de toda república democrática"[42].

Hablar de la responsabilidad de los funcionarios públicos sólo es posible si se hace desde la realidad. De lo contrario es ineficaz. Como sostiene Tomás Ramón Fernández analizar la responsabilidad estatal y de los funcionarios desde lo abstracto es inútil, una pérdida de tiempo, pues "hay que referirse a ella desde una concreta realidad[43].

40 Se trata en definitiva del principio de celeridad del procedimiento administrativo, el cual ya no concebimos como un principio independiente sino como parte necesaria de la eficiencia y eficacia.

41 Puede verse en ese sentido: Caso Valle Jaramillo y otros Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de noviembre de 2008. Serie C. No. 192, párr. 155, y Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 3 de abril de 2009, Serie C No. 196, párr. 115.

42 Gelli Maria A., La responsabilidad política de los funcionarios, en Cuestiones de responsabilidad estatal y de los funcionarios, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2008, p. 964-971.

43 Fernández Tomás Ramón, La responsabilidad de la Administración: fundamento y tendencias actuales en El contencioso administrativo y la responsabilidad el Estado,

Pero la realidad es distinta a lo que deseamos.

En ese sentido, debe recordarse que la ausencia de mecanismos idóneos para determinar las responsabilidades de los funcionarios públicos, atenta contra la transparencia y es campo fértil para el desarrollo de la corrupción.

Ya hemos sostenido que la evolución de la responsabilidad estatal tuvo como contrapartida el retroceso de las responsabilidades individuales de los agentes públicos. Se ha producido una sustitución de sujetos responsables, pues se juzga al Estado como si los errores, las irregularidades, las omisiones que se le imputan no provinieran de seres humanos. Aquel que genera la anomalía, la falta, el perjuicio se convierte en un mero espectador, que "desde afuera" presencia como se responsabiliza a otro (el Estado) por sus acciones y omisiones[44].

La acción de repetición no ha constituido un objetivo prioritario a incluir en las agendas legislativas[45]. Lamentablemente seguimos verificando que la responsabilidad de los funcionarios públicos en particular aquellos que se encuentran en los niveles de decisión, salvo raras y elogiosas excepciones, se convierte en una utopía.

Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986, p. 96 y sss.

44 Ivanega Miriam M, Cuestiones de potestad disciplinaria y derecho de defensa, Ediciones RAP, Buenos Aires, 2001, Cap. I.

45 Corresponde destacar como manifestación de la responsabilidad de los funcionarios, el fallo "Mendoza Beatriz S." (Fallos 331:1622) en el cual la CSJN exigió (en relación a las medidas y programa ambiental que fijó) que frente al "incumplimiento de la orden dentro del plazo establecido, importará la aplicación de una multa diaria a cargo del presidente de la Autoridad de Cuenca". Sobre el tema ver Drucaroff Aguiar, Alejandro, La responsabilidad civil de los funcionarios públicos en la jurisprudencia de la CSJN, LA LEY del 23/07/08, p. 7.

Esta característica no pasó desapercibida para la Corte IDH en la causa "Forneron" –tampoco en "Bueno Alves"-.

Respecto de esta última causa, resulta interesante el voto del juez de la CSJN Juan Carlos Maqueda –autos "Derecho, René Jesús s/ incidente de prescripción de la acción penal —causa n° 24.079-"[46]— del que surge con claridad que al ordenar la Corte IDH investigar los comportamientos de agentes del Estado que generaron las violaciones denunciadas por el señor Bueno Alves, se está dando otro alcance a la responsabilidad estadual.

Por ello, la exégesis del deber de investigar impuesto en el pronunciamiento internacional debe efectuarse conforme al artículo 68 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. "Asimismo, el deber de cumplimiento corresponde a un principio básico del derecho sobre la responsabilidad internacional del Estado, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (pacta sunt servanda) y, como lo dispone el art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida" (Considerando 3).

Esta interpretación no hace más que confirmar que las responsabilidades de los funcionarios públicos encuentran base en el "derecho a la verdad", que a su vez constituye pilar del Estado constitucional de Derecho.

Cada una de las responsabilidades a las que están sujetos los funcionarios públicos,

46 CSJN Fallos 334:1504

protege distintos bienes jurídicos y ello tiene un sentido lógico-jurídico: la disciplina interna de la organización, el erario público, los derechos y las garantías de los particulares, son particularmente tutelados y si el servidor los afecta transgrediendo el orden jurídico es merecedor de sanciones (disciplinarias, penales, patrimoniales, civiles y contables).

Diversos factores constituyen válidos argumentos que alivian la carga de la responsabilidad estatal por su mora, pero pocos son los instrumentos que se articulan con el objeto de corregir las deficiencias de la gestión.

EL ACCESO AL SISTEMA INTERAMERICANO Y EL VALOR DE SUS DECISIONES EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN[1]

PAULA RODRÍGUEZ[2]

I.

En la actualidad, el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos se configura como un sistema bifronte en cuanto a la protección internacional de los derechos humanos en la medida que estructura mecanismos de protección de los derechos dirigidos a todos los estados miembros de la OEA, así como otros solamente aplicables a los Estados Partes que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos y otros instrumentos conexos[3]. En este contexto, aquellos estados que como Argentina han ratificado

1 Quiero agradecer a los profesores organizadores del coloquio Argentino-Mexicano de Derecho Administrativo por haberme brindado la oportunidad de participar en este enriquecedor intercambio académico, y muy especialmente al doctor Fernando García Pullés quien desde su cátedra siempre ha fomentado y alentado con enorme generosidad nuestro crecimiento en el ámbito profesional y docente.

2 Es abogada, graduada en la Universidad de Buenos Aires y maestrando en Derecho Administrativo y Administración Pública de la misma Universidad. Es auxiliar docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, en las materias Procedimientos y Recursos Administrativos y Derecho Procesal Administrativo de la cátedra de Derecho Administrativo del profesor Fernando García Pullés. Profesionalmente se desempeña como relatora en el Ministerio Público de la Defensa de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

3 PIZZOLO, Calógero, Sistema Interamericano, Buenos Aires, Ediar, 2007, p. 11 y ss.

esta última4, no solo se encuentran obligados por la Declaración Americana de Derechos Humanos, sino particularmente por la CADH y se encuentran vinculados al procedimiento de protección previsto ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos como los órganos rectores del sistema y cuya labor contribuye a delinear los límites y alcances de los derechos protegidos5.

Con el objeto de compartir nuestra experiencia nacional en materia de aplicación de los tratados de derechos humanos en el ámbito local, intentaré abordar sucintamente los casos judiciales más paradigmáticos resueltos por nuestra Corte Suprema de Justicia, como cabeza del poder Judicial de la Nación, que permiten trazar una evolución y un reflejo actual en cuanto al valor y exigibilidad en el ámbito interno de las decisiones emitidas por los órganos de control y vigilancia sobre cuya base se organizó la Convención Americana. En particular, comentaré el valor otorgado en el ámbito interno a la jurisprudencia de la Corte IDH en su faz contenciosa, así como los informes emitidos por la CIDH en el marco del trámite de peticiones individuales en los términos del art. 44 y ss. de la Convención.

II.

A ese fin, cabe en primer lugar recordar que a

4 La República Argentina mediante la ley 23.054 en el año 1984 ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos y aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana.

5 PINTO, Mónica, Temas de Derechos Humanos, Buenos Aires, Del Puerto, 2011, p. 119 y ss.; ABRAMOVICH, Victor, BOVINO, Alberto y COURTIS, Christian (compiladores), La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 126.

partir de la última reforma constitucional en el año 1994, a través del artículo 75 inc. 22, se otorgó jerarquía constitucional a once tratados sobre derechos humanos, a los cuales se adicionaron posteriormente otros no enumerados, aprobados por ley del Congreso mediante procedimiento especial6. Asimismo, establece la norma constitucional que dichos tratados "en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos" 7.

En este contexto, la primer decisión relevante

6 Con posterioridad a la reforma se otorgó ese mismo estatus a dos tratados, la Convención Interamericana contra la Desaparición Forzada de Personas (ley 24.820) y la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y Lesa Humanidad (ley 25.778).

7 La Constitución Nacional argentina reza en su art. 75 inc. 22 "...La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara. Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional..."

en materia de interpretación del alcance de dicha cláusula constitucional y en particular, del significado y contenido de los términos en los cuales debía aplicarse la CADH en el ámbito interno fue emitida por nuestro máximo tribunal en el caso "Giroldi" (1995) en el cual se expresó que "la jerarquía constitucional de la Convención Americana de Derechos Humanos (consid. 5º) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, "en las condiciones de su vigencia" (art. 75 inc. 22, párr. 2º), esto es, tal como la convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación"8. Y afirmó en cuanto al valor de las decisiones emitidas en el ámbito interamericano que "la aludida jurisprudencia debe servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida que el Estado argentino reconoció la competencia de aquella para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. arts. 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2º, ley 23.054)".

Posteriormente en el caso "Bramajo" (1996), la CSJN reiteró esta doctrina y extendió el mismo valor interpretativo a las opiniones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos9.

A riesgo de simplificar excesivamente la profusa jurisprudencia emitida por nuestro máximo tribunal en la materia, es posible afirmar, aun con matices, que estos criterios se mantuvieron durante casi una década, hasta el año

8 CSJN, "Giroldi, Horacio D. y otro s/recurso de casación" sentencia del 7 de abril de 1995, cons. 11.

9 CSJN, "Bramajo Hernán J. s/ Recurso de Hecho" sentencia del 12 de septiembre de 1996, consid. 8.

2005 en que se dictó la primera sentencia que, con disidencias, sentó una doctrina clara y consistente en relación con los deberes internacionales del Estado argentino, en particular, en materia de persecución de delitos de lesa humanidad. Me refiero al caso "Simón"10 (2005), en el cual se discutía la constitucionalidad de las leyes de Obediencia Debida (Nº 23.492) y de Punto Final (Nº 23.521), que impedían la persecución de los delitos cometidos durante la última dictadura militar en la Argentina11. Allí, expresó que "a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994, el Estado argentino ha asumido frente al derecho internacional y en especial, frente al orden jurídico interamericano, una serie de deberes, de jerarquía constitucional, que se han ido consolidando y precisando en cuanto a sus alcances y contenido en una evolución claramente limitativa de las potestades del derecho interno de condonar u omitir la persecución de hechos como los del sub lite"12. Y tomando la jurisprudencia de la Corte IDH como insoslayable para el Estado argentino, destacó que "la inadmisibilidad de las disposiciones de amnistía y prescripción, así como el establecimiento de excluyentes de responsabilidad que tiendan a impedir la

10 CSJN, "Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa Simón, Julio Héctor y otros s/ privación ilegítima de la libertad, etc. Causa N° 17.768C", sentencia del 14 de junio de 2005.

11 En dicha oportunidad, la Corte señaló que: "la progresiva evolución del derecho internacional de los derechos humanos -con el rango establecido por el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional- ya no autoriza al Estado a tomar decisiones sobre la base de ponderaciones de esas características, cuya consecuencia sea la renuncia a la persecución penal de delitos de lesa humanidad, en pos de una convivencia social pacífica apoyada en el olvido de hechos de esa naturaleza" (ídem nota 10, consid. 14).

12 Ídem nota 10, consid. 15.

investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos fue reiterada con posterioridad y configura un aspecto central de la jurisprudencia de la Corte Interamericana, cuyos alcances para casos como el presente no pueden ser soslayados"13.

En el mismo sentido, nuestro máximo tribunal emitió el fallo "Mazzeo" 14 (2007), caso en el cual se discutía la constitucionalidad de un decreto por el cual se había indultado a imputados en una causa vinculada también con delitos de lesa humanidad. Asimismo, a raíz del dictado de dicho decreto, se había sobreseído a los imputados, lo cual se suponía hacía cosa juzgada sobre los hechos. Finalmente, la mayoría de la CSJN se inclinó a favor de la inconstitucionalidad del decreto15.

Así las cosas, en cuanto al valor y exigibilidad de la jurisprudencia de la Corte IDH, la CSJN destacó que "se trata de una insoslayable pauta de interpretación para los poderes constituidos argentinos en el ámbito de su competencia y, en consecuencia, también para la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a los efectos de resguardar las obligaciones asumidas por el Estado argentino en el sistema interamericano de protección de derechos humanos"16.

Y a su vez, reproduciendo la doctrina elaborada por el tribunal americano en el caso "Almonacid"17 en relación al llamado "control

13 Ídem. nota 10, consid. 30.

14 CSJN, "Mazzeo, Julio Lilo y otros s/ rec. de casación e inconstitucionalidad", sentencia del 13 de julio de 2007.

15 Las disidencias de los Dres. Carlos Fayt y Carmen Argibay en la materia, se han manifestado reiteradamente (v.g. en los casos "Espósito" y "Derecho").

16 Ídem. nota 14, consid. 20.

17 Corte IDH, Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y

de convencionalidad" indicó que "el Poder Judicial debe ejercer una especie de `control de convencionalidad´ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana".

Esta importante doctrina se ha mantenido hasta la actualidad destacándose en el caso "Videla"18 (2010) con cita del caso de la Corte IDH "Trabajadores cesados del Congreso"19, que el control de convencionalidad debe efectuarse ex officio por el tribunal, función que no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto20.

Más cercano en el tiempo, en el caso "Rodríguez Pereyra" (2012) la Corte reiteró el criterio del control de convencionalidad de oficio sentado anteriormente, pero esta vez no ya en un caso vinculado a delitos de lesa humanidad sino en una temática diferente y polémica dentro del derecho público, esto es, el alcance de las reparaciones por responsabilidad estatal en el derecho interno. En este interesante precedente, analizó

Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.

18 CSJN, "Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación", sentencia del 31 de agosto de 2010, consid. 8 y ss.

19 Corte IDH, Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006, Serie C, Nº 174, párr. 128.

20 Dicho criterio viene a reiterar la doctrina sentada por la Corte argentina en Fallos: 327:3117 con arreglo a la cual la declaración de invalidez de normas inferiores a las Leyes Fundamentales es susceptible de ser tomada de oficio.

la compatibilidad de una ley especial que fijaba parámetros indemnizatorios al personal militar y la declaró inconstitucional –para el caso concreto- por considerar que no reparaba integralmente al actor, aun no habiendo sido impugnado dicho régimen por la víctima21. Y con reseña de numerosos casos del tribunal americano22 enfatizó que "los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado", dejando aclarando también con cita del mismo tribunal que el ejercicio del control de oficio por los magistrados debe tener lugar "en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes" 23.

III.

Ahora bien, a la luz de los casos reseñados parece claro que nuestro máximo tribunal ha tomado sin hesitaciones la jurisprudencia de la Corte IDH como un estándar de insoslayable aplicación en el orden interno. Sin embargo, con respecto a las decisiones que emanan de la Comisión, como el otro órgano rector del Sistema Interamericano, nuestra Suprema Corte no había sido tan categórica. En efecto, si bien había destacado la importancia de sus recomendaciones en el ámbito interpretativo,

21 CSJN, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otros c/ Ejército Argentino s/ daños y perjuicios", sentencia del 27 de noviembre de 2012.

22 Corte IDH "Caso Trabajadores Cesados del Congreso"; "Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña"; "Gomez Lund y otros"; "Cabrera García y Montiel Flores".

23 Ídem, nota 21, consid. 12 y 13.

nunca le había concedido carácter vinculante24.

Esta doctrina, experimentó un enorme viraje en el reciente caso "Carranza Latrubesse"25 (2013) en el cual la CSJN se pronunció a favor del carácter obligatorio que debe conferírsele en el ámbito interno a los informes emitidos por la Comisión Interamericana en el marco de su labor de vigilancia (conf. art. 51.2 de la CADH).

Me interesa detenerme particularmente en este fallo, pues considero que comporta un trascendente avance en materia de internalización de la labor de los órganos de control del sistema

24 En precedentes, como los ya citados "Giroldi" y "Bramajo" y otros como "Monges" (Fallos:319:3148) y "Chocobar" (Fallos: 319:3241) la CSJN había expresado que las opiniones de la Comisión deben servir de guía para la interpretación de la Convención (v. notas 8 y 9). Incluso aun desde una posición más refractaria se ha negado abiertamente su carácter vinculante, tal fue lo decidido en el caso "Claudia Beatriz Acosta y otro" (Fallos: 321:3555, del 22/12/98), en el cual se reiteró el carácter de guía sobre las opiniones y resoluciones de los organismos internacionales pero dejando en claro que la única decisión que, en virtud de la Convención, los Estados se comprometen a cumplir es la contenida en las sentencias de la Corte IDH. En consecuencia, en dicho precedente se expresó que si bien los estados debían realizar sus mejores esfuerzos en dar respuesta favorable a las recomendaciones efectuadas por la Comisión, ello no equivalía a consagrar como deber para los jueces el de dar cumplimiento a su contenido, al no tratarse aquellas de decisiones vinculantes para el Poder Judicial. Sin perjuicio de ello, debe destacarse por su trascendencia, el valor asignado al informe de la CIDH N° 28/92, declarados de observancia obligatoria, y que contribuyeron a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes de obediencia de vida y punto final en el ya citado caso "Simón" (v. nota 10). Al respecto, es interesante la completa reseña efectuada en ABRAMOVICH, VICTOR, BOVINO, ALBERTO Y COURTIS, CHRISTIAN (compiladores), La aplicación de los tratados sobre Derechos Humanos en el ámbito local, Buenos Aires, Del Puerto, 2006, p. 153 y ss.

25 CSJN, "Carranza Latrubesse, Gustavo c/Estado Nacional – Ministerio de Relaciones Exteriores – Provincia de Chubut", sentencia del 6 de agosto de 2013.

americano y revaloriza el rol de la Comisión como uno de los órganos principales de la Organización de los Estados Americanos.

En este caso, el actor demandó al Estado Nacional para que se dé certeza a su derecho y se declare que la República Argentina es responsable ante la comunidad internacional del cumplimiento del informe N° 30/97 emitido en relación a la denuncia efectuada por el señor Carranza Latrubesse en el año 1997 en el marco de la causa 10.087, y en consecuencia, se le indemnicen los perjuicios que sufrió a raíz de la violación de sus derechos. En efecto, el actor había sido removido de su cargo de juez de primera instancia de la Provincia de Chubut mediante un decreto emitido por el gobierno de facto en el año 1976. Años después, cuestionó judicialmente la medida y reclamó la reparación de los daños y perjuicios sufridos, no obstante no obtuvo respuesta ante los tribunales internos pues consideraron a la cuestión como "no justiciable". Ello, motivó su denuncia ante la Comisión, que finalmente en el informe 30/97 concluyó que el Estado argentino había violado sus derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, recomendando al Estado argentino que indemnice adecuadamente a la víctima.

Nuestra CSJN en el fallo que ahora comento, con disidencias, y con una mayoría también dividida en cuanto a los alcances de la decisión y sus fundamentos, decidió hacer lugar a la petición del actor, y en consecuencia, confirmó la sentencia de la instancia anterior que había condenado al Estado Nacional a indemnizar a Carranza Latrubesse en virtud de la responsabilidad estatal establecida en el informe de la CIDH.

En lo sustancial, uno de los principales

argumentos que sostienen la sentencia se apoya en el principio de buena fe que emana de la Convención de Viena en el cumplimiento e interpretación de los tratados para cumplir con su objeto y fin26, en virtud del cual se concluye que el Estado argentino debía realizar "sus mejores esfuerzos para aplicar las recomendaciones de un órgano de protección como la Comisión". Así las cosas, el tiempo transcurrido desde la emisión del "informe definitivo"27 (casi 10 años), sin que el Estado haya adoptado medidas para cumplir las recomendaciones ni alegado obstáculos fácticos o jurídicos que impidan su acatamiento, fue un factor determinante para condenar al Estado28.

A su vez, analizó de modo exhaustivo el alcance que debe darse al concepto "recomendaciones"29 teniendo especialmente en cuenta el régimen procesal en el cual se inserta, así como el trámite que ha de seguirse ante la Comisión luego de planteada una denuncia de violación de los derechos por un Estado parte (art. 44 CADH)30 para concluir, con

26 Conf. Arts. 26 y 31 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, ratificada por Argentina (aprobada por ley 19.865) y que entró en vigor en 1980.

27 Conf. Art. 51 CADH.

28 Ídem nota 25, consid. 3,

29 Expresó que "…además de que la voz recomendación, como acción o efecto de recomendar, que es su primera acepción corriente, no excluye un contenido obligacional (…) lo decisivo es que toda eventual hesitación al respecto se ve rápidamente despejada ni bien la expresión es puesta en su contexto, vale decir, ni bien se observa que el art. 51.2 de la Convención Americana expresa con toda elocuencia que el Estado, frente a las recomendaciones, "debe tomar las medidas que le competan para remediar la situación examinada", para lo cual, incluso, la Comisión le fijará un "plazo" (inc. 2). La itálica que se acaba de agregar al original del término "debe", confiere a las recomendaciones un inequívoco significado obligacional puesto en cabeza del sujeto a quien aquellas son dirigidas: el Estado…" (Ídem nota 25, consid. 6).

30 Cabe recordar que según el procedimiento establecido en la CADH, cualquier persona puede presentar a la Comisión

cita de la OC-4/84, que "la exégesis debe ser hecha de forma tal que no conduzca de manera alguna a debilitar el sistema de protección consagrado en la Convención y siempre teniendo en cuenta que el objeto y fin de la misma son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos"31.

Del mismo modo, destacó que el régimen procesal de denuncias ante la CIDH establecido en la Convención desemboca, en cuanto a la solución del fondo del asunto sometido, inexorablemente en una sola vía: en el "informe definitivo" de la Comisión, o bien, en la sentencia definitiva de la Corte IDH, ambas opciones excluyentes entre sí. En consecuencia, valoró que si el asunto no se presenta ante la Corte, la Comisión será el único órgano convencional competente para conocer sobre el cumplimiento de los compromisos contraídos por los estados partes, lo cual implica que sus facultades están dadas para precisar si la violación alegada existe y determinar las medidas necesarias para remediarla.

Este análisis, bajo la regla general de

peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención por un Estado parte (art. 44). Una vez superada la etapa de admisibilidad de la petición y desarrollado el procedimiento subsiguiente, si no se arribara a una solución, la Comisión redactará un "informe preliminar" que remitirá al estado involucrado, en el que expondrá los hechos y sus conclusiones, pudiendo formular además proposiciones y recomendaciones (art. 50). Si en el plazo de tres meses el asunto no ha sido solucionado o sometido a la decisión de la Corte IDH por la Comisión o el Estado interesado, la Comisión podrá emitir por mayoría absoluta su opinión y conclusiones sobre la cuestión sometida a su consideración, efectuando las recomendaciones pertinentes y fijando un plazo dentro del cual el Estado deberá tomar las medidas que le competan para remediar la situación ("informe definitivo"). Transcurrido el período fijado, la Comisión decidirá si el Estado ha tomado o no las medidas adecuadas y si publica o no su informe (art. 51).

31 Ídem nota 25, consid. 5

interpretación del “efecto útil”32 la lleva a concluir que no puede desconocerse la obligatoriedad para el Estado del pronunciamiento definitivo adverso a él dictado por una de las instituciones que, en su caso, tiene competencia exclusiva y excluyente para ello. Máxime cuando el propio régimen procesal internacional entraña una inferioridad de armas del peticionario frente al Estado y, por consiguiente, un notorio desequilibrio procesal en disfavor del destinatario del sistema: la persona humana, debiendo el exégeta de dicho procedimiento reconocer y resolver los factores de desigualdad para salvaguardar el principio de igualdad sobre el que descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional33. Es que, no es posible soslayar que el individuo carece de legitimación procesal para someter el asunto ante la Corte34, y paralelamente, el Estado parte ha tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa en el ámbito local como consecuencia del requisito del agotamiento de los recursos de la jurisdicción interna35, sumado a que luego en la instancia internacional, podrá optar entre solucionar el asunto cumpliendo las recomendaciones que efectúa la Comisión en el informe preliminar, o recurriendo a la Corte para que revise dicho procedimiento (contando en total con tres oportunidades para reparar el entuerto).

Asimismo, recordó que los tratados de

32 Ídem nota 25, consid. 11 y 16

33 Ídem nota 25, consid. 11

34 Es decir, el informe definitivo sobre el fondo emitido por la Comisión acarrea para el actor una decisión tan definitiva como obligatoria dado que carece de jus standi para someter el litigio ante la Corte IDH (conf. Arts. 51.1 y 61 CADH). Ello, además, con un notorio beneficio para el Estado quien goza de una suerte de res judicata o non bis in ídem que contempla el sistema (art. 47.d CADH y 33.1.b. Reglamento de la Comisión).

35 Ídem nota 25, consid. 8 y 9

derechos humanos constituyen una serie de limitaciones a la soberanía de los Estados, por lo que se requiere adoptar una actitud amplia en materia de hermenéutica de las obligaciones estatales. De tal suerte que, las cláusulas de un tratado de derechos humanos deben privilegiar las interpretaciones que promuevan el fortalecimiento e impidan el debilitamiento del sistema de protección internacional consagrado36.

En suma, destacó que las funciones de la Comisión y su rol como promotora de los derechos humanos, preexistente incluso a la propia CADH, y en particular, el régimen de peticiones que tramita ante ella, crea en la persona sujeta a la jurisdicción de un Estado parte de la Convención Americana "legítimas expectativas" de que existe un procedimiento real, efectivo, no conjetural o ilusorio para obtener del Estado denunciado una reparación integral de los agravios sufridos37. De lo contrario, si el régimen convencional padeciera de iguales debilidades que las denunciadas en el ámbito interno, más que proporcionar una solución al peticionario, se lo encerraría en un círculo vicioso, en un estado de indefensión intolerable a la luz de la finalidad para la cual fue creado el régimen internacional: respetar, garantizar los derechos humanos y asegurar una debida reparación a las víctimas (conf. art. 1.1. de la CADH)38.

Desde esta perspectiva, y desde aquella que emana del principio pro homine o pro persona, que informa todo el derecho de los derechos humanos, se impone entonces reconocer el carácter obligatorio de las recomendaciones del art. 51.2 de la Convención Americana a fin de

36 Ídem nota 25, consid. 14
37 Ídem nota 25, consid. 11
38 Ídem nota 25, consid. 16

evitar el "debilitamiento" del sistema de protección regional, y en proyección, del propio ser humano al cual está destinado a servir, reconociendo que el derecho de petición individual abriga la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional39.

Se descartaron cierto tipo de cuestionamientos planteados por el Estado y propuestos en el dictamen del Procurador General, en el sentido que no habría motivos que justificaran el otorgamiento de la potestad otorgada a la Comisión para incitar la competencia de la Corte IDH cuando, de no hacerlo el Estado, aquella terminaría dictando una recomendación obligatoria. Sin embargo, nuestro máximo tribunal argumentó que su sentido se encuentra en el carácter arquitectónico que tienen la CADH y la Corte IDH para los Estados, pues mientras que el informe definitivo de la CIDH es obligatorio en la causa que fue emitido, e incluso su doctrina sirve de guía a los Estados para interpretar la Convención, lo cierto es que, en éste último aspecto, el cometido central está en la obra de la Corte IDH, cuya jurisprudencia está llamada a constituir una suerte de patrimonio jurídico de todos los países y pueblos de la región40.

Finalmente, es preciso reconocer que el fallo comentado, pese a sus aciertos y su nutrida argumentación, deja algunas incertidumbres respecto a sus alcances41 -cuestiones que se

39 Ídem nota 25, consid. 18

40 Ídem nota 25, consid. 15

41 Vale distinguir el alcance otorgado a las recomendaciones en la primera mayoría (Jueces Zaffaroni y Fayt) quienes le reconocen el mismo valor, en cuanto a su obligatoriedad y ejecución, que una sentencia de la Corte IDH, respecto de aquel que le asigna la segunda mayoría (voto del Juez Petracchi, consid. 12) en cuanto le niega dicho valor equivalente al de las sentencias de la Corte Interamericana. Finalmente la tercera mayoría (voto del Juez Maqueda, consid. 11) si bien reconoce que el Estado deberá adoptar

desarrollan en los distintos votos que conformaron la mayoría- así como también algunas zonas grises planteadas en las disidencias42, aspectos que tal vez puedan clarificarse en futuras decisiones del tribunal. Con todo, las carencias apuntadas no alcanzan a opacar su incuestionable valor, en tanto constituye un quiebre en la doctrina del tribunal y traduce un mensaje concreto para el Estado, quien ya no podrá ignorar la decisiones de la Comisión, escudándose en su falta de obligatoriedad, y eludir así el compromiso internacional asumido en la protección de los derechos humanos.

IV.

A partir de la reseña efectuada, es sin dudas trascendente el camino que han delineado las decisiones de la CSJN, no sólo por sus alcances en los casos concretos sino porque revelan una enorme labor interpretativa en pos de internalizar los estándares que proyecta el sistema interamericano a través de sus dos pilares, Comisión y Corte, en el reconocimiento de que –en palabras de la propia Corte IDH- la evolución del sistema no depende, necesariamente, de la introducción

todas las medidas correspondientes para cumplir con las recomendaciones, éstas no podrán ser ejecutables en los términos del art. 68 de la CADH.

42 La disidencia conformada por el voto de los jueces Lorenzetti y Highton de Nolasco (v. consid. 7, 8 y 9) así como la disidencia minoritaria de la Jueza Argibay (v. consid. 13 y 14) retoma la estructura argumental de la jurisprudencia de la Corte IDH dictada en los casos "Genie Lacayo", "Caballero Delgado y Santana" y "Loayza Tamayo" en cuanto le niega carácter obligatorio a las recomendaciones de la Comisión. Ello así, soslayando una interpretación armónica con los alcances y aclaraciones efectuados en casos posteriores como "Blake", circunstancia que utiliza la mayoría para interpretar el carácter vinculante a fin de no debilitar el sistema de protección internacional. De este modo, las disidencias asientan su posición en las "carencias normativas" de la Convención en cuanto no prevé expresamente la obligatoriedad de las recomendaciones.

de reformas normativas, pues la "interpretación del plexo jurídico" puede constituir "una herramienta idónea para enriquecer y perfeccionar" el mentado sistema43. Es que, los tratados son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales.44

Al mismo tiempo, la importancia de la internalización en el ámbito doméstico de los estándares interamericanos no sólo reposa en la necesidad interna de los propios estados de avanzar en la protección de los derechos reconocidos en la Convención, sino que además se revela en las necesidades propias que demandan los órganos del sistema interamericano. Por una parte, a raíz del rol preponderante que reclama desde antaño la Comisión, y por otro, a causa de las restricciones presupuestarias sobre las que alertan los propios magistrados y la falta de gerenciamiento que afronta a diario la Corte IDH, la cual, pese a las circunstancias adversas, con tres décadas en su haber, ha servido bien a la causa para la que fue concebida, abriendo caminos y sugiriendo horizontes45.

Es por eso que resulta de vital importancia reflexionar acerca del rol de los operadores jurídicos en su calidad de artífices imprescindibles en la evolución que sobre el tema bajo estudio se viene dando en nuestro país. Con ello me refiero no sólo a los magistrados, en su calidad de intérpretes de las normas que conforman el bloque de constitucionalidad, sino también a los propios litigantes, órganos administrativos, legisladores, académicos y demás integrantes de la comunidad jurídica.

Desde esta perspectiva, los Estados no sólo deben garantizar los derechos asegurando la efectividad de los

43 Ídem nota 25, consid. 11 en referencia a la OC 20-09, párr. 2, solicitada justamente por Argentina.

44 Corte IDH Caso "Masacre de Mapiripán vs. Colombia" Fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de septiembre de 2005, párr. 106

45 OC-20/09 del 29 de septiembre de 2009, Sobre el "Artículo 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos", voto concurrente del Juez García Ramírez, párr. 66

recursos judiciales internos, sino que, además, deben poner en práctica las decisiones vinculantes de la Comisión y la Corte Interamericana que interpretan y definen las normas y estándares internacionales de protección de los derechos humanos46, pues es un deber de los Estados ser el primer espacio de protección de los derechos humanos.

En definitiva, tal como lo han resaltado reiteradamente los jueces de la Corte IDH, corresponde a los Estados en su papel de creadores y actores del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, el deber de asegurar la implementación a nivel nacional de las normas internacionales de protección, y hacer las veces de puente entre el sistema nacional e internacional, mediante la traslación de los estándares interamericanos a las leyes nacionales, a los criterios jurisdiccionales domésticos, a los programas específicos en este campo y a las acciones cotidianas que el Estado despliega en materia de derechos humanos, en suma, trasladarlos al conjunto de la experiencia nacional47. De ello depende, a fin de cuentas, la eficacia cotidiana de los derechos establecidos en el Sistema48.

46 GARCÍA-SAYÁN, Diego, "Una Viva Interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos", en la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Un Cuarto de Siglo: 1979-2004, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2005, p. 379.

47 Corte IDH Caso "Tibi vs. Ecuador", Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 7 de septiembre de 2004, voto razonado del juez García Ramírez, párr. 6.

48 Corte IDH Caso "Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 26 de mayo de 2010, voto coincidente Juez García Sayán, párr. 29.

LOS CONTRATOS PÚBLICOS COMO REGLA DE DERECHO EN EL NEOCONSTITUCIONALISMO

ALEJANDRO PÉREZ HUALDE

ÍNDICE: 1. Neoconstitucionalismo. 2. La globalización del derecho. 3. La construcción del Derecho Administrativo global y los contratos. 4. Reflexiones finales.

NEOCONSTITUCIONALISMO.

Aun cuando la doctrina en general no arriesga una definición precisa, el *"neoconstitucionalismo"* se nos presenta como un enfoque moderno de la Constitución que rige nuestros destinos. Algunos autores, con el fin de separar este nuevo punto de vista del constitucionalismo de sus reales orígenes, vinculados al iluminismo del siglo XVIII, y de las formulaciones positivistas del XIX, lo ubican como un fruto natural surgido después de la segunda guerra mundial. Más exactamente, lo precisan en el momento de la Declaración de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas en 1948; coincidente con la Constitución de Bonn de 1949, con su particular tratamiento de los derechos fundamentales del hombre.

Se trata de un abordaje a la Carta Magna comprometido con valores y principios vinculados a los derechos fundamentales del hombre[1] y a su dignidad que exceden su formulación escrita de tal modo que ha impulsado a un debate entre

1 Luis Prieto Sanchís, Neoconstitucionalismo y ponderación judicial, en Miguel Carbonell (editor), Neoconstitucionalismo(s), 2ª edición, Trotta, Madrid, 2005, p. 132.

quienes sostienen que estamos frente a una *"positivización"* del iusnaturalismo y quienes afirman que se trata de una *"iusnaturalización"* del positivismo. También hay una importante corriente, encabezada por Paolo Comanducci, que sostiene que en el *"neoconstitucionalismo"* se esconden una teoría, una ideología[2] y también una metodología[3].

Nos mantendremos al margen de esos interesantes debates ya que lo dejaremos a cargo de los filósofos del derecho, pues creemos que a ellos les toca. No obstante, avanzamos conscientes de que bajo el manto del *"neoconstitucionalismo"* se cobijan tendencias que son contradictorias entre sí, y de que, también consiste en que los derechos de la Constitución son principios que encuadran en un marco universal consensuado de valores formalmente receptados en convenciones, declaraciones y tratados internacionales que obligan a los Estados y los hacen responsables por sus omisiones y apartamientos.

Pero recogemos su mensaje: estamos ante un encuadramiento del texto constitucional en un orden de valores y principios que legitiman su formulación positiva y que se halla por encima de la impronta constituyente particular; y que se trata de valores y principios, en tal carácter *"reconocidos"* por el texto constitucional, preexistentes y superiores, en donde encuentran

2 Alfonso Santiago, En las fronteras entre Derecho Constitucional y Filosofía del Derecho, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, cap. VI. El autor considera al neoconstitucionalismo "como un proceso histórico, como una teoría o concepción acerca de la realidad jurídica y como una postura doctrinaria e institucional –se podría decir también ideológica– acerca de la misión que los jueces están llamados a realizar en una democracia constitucional".

3 Ver su conferencia Constitucionalización y teoría del derecho en Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Anales, tomo XLIV, año académico 2005, Córdoba, p. 175.

legitimidad esas afirmaciones escritas.

Es más, esos valores y principios sostienen con fuerza y vigor el acatamiento mismo al orden constitucional constituyéndose éste en una nueva moral laica exigible más allá del texto escrito coyuntural.

La llegada de este conjunto de valores y principios ha provocado, como consecuencias inmediatas, la valoración de los derechos humanos de rango social, la expansión de los principios de interpretación propia de su régimen y una perceptible desestatización de los derechos Constitucional y Administrativo.

También ha generado una recomposición del rol del Poder Judicial. Señala Santiago que *"la magistratura, que pasa a ocupar un lugar institucional clave, bien diverso del modelo legicentrista decimonónico imperante anteriormente en los sistemas jurídicos de base continental… De la soberanía del legislador se pasa a la palabra final a cargo de los jueces"*[4].

Las normas internacionales de protección de determinados derechos fundamentales del hombre adquieren una nueva dimensión y pasan a constituir un orden supra nacional que permite la interpretación universal de valor que lleva al compromiso supra estatal de custodia, en definitiva, de una percepción general acerca de la dignidad del hombre[5].

En este aspecto, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de las Naciones Unidas de 1948 se constituye en un hito fundamental en el nacimiento de este nuevo orden jurídico internacional, proyectándose en

4 Santiago, ob. cit., cap. VI, p. 4.

5 Peter Häberle, El Estado constitucional, estudio introductorio de Diego VALADÉS, trad. de Héctor FIX-FIERRO, Astrea, Buenos Aires, 2007, p. 81.

un orden económico internacional acerca del cual ya nos hablaba un sanjuanino, eminente constitucionalista, hace casi cincuenta años: don Pablo Ramella[6].

Es la línea trazada, también entre nosotros, por Germán Bidart Campos para quien el derecho internacional de los derechos humanos reviste prelación aún sobre el derecho de la integración y el derecho comunitario[7] ya que, como se ha destacado, la mencionada Declaración Universal de las Naciones Unidas, se ha constituido en un *"denominador axiológico común"* sobre las ideas de dignidad, libertad e igualdad humanas[8].

De igual modo, decimos, el concepto de constitución rebasa su percepción positiva, excede la clasificación tradicional de García Pelayo, en cuanto a su enfoque sociológico, racional normativo e histórico material, y nos lleva de la mano de Häberle a una concepción cultural de la Constitución. Cultural en el sentido enfocado por la filosofía alemana, en especial por los existencialistas, considerándola producto de todos los elementos de la cultura de un pueblo, de su riqueza espiritual. Su arte, su literatura, sus costumbres, sus tradiciones, sus valores, religiosos y de los otros, su orden jurídico, todo su entramado cultural desemboca en el acto constituyente.

Observa acertadamente Cassese la presencia

6 Pablo Ramella, Derecho Constitucional, 2da edición, Depalma, Buenos Aires, 1982, p. 611.

7 Germán José Bidart Campos, Las transformaciones constitucionales en la postmodernidad, Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 21.

8 María Luisa Marín Castán, Declaración Universal de Derechos Humanos y dimensión axiológica de la Constitución, en Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo Lucas Verdú, directores Raúl Morodo y Pedro De Vega, tomo III, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 1731.

de un orden binario en el cuál las particularidades conviven con un sistema de principios comunes donde, por un lado, la variedad extrema y creciente de regímenes nacionales y subnacionales, mientras por el otro, una malla que gradualmente se va extendiendo de principios y procedimientos universales[9].

Los valores y principios supra estatales, reconocidos en los textos constitucionales, constituyen un marco de acatamiento que se impone sobre los textos fundamentales y compromete a los estados particulares con una especial visualización de la dignidad humana como piedra angular de la interpretación y aplicación constitucional.

En una nota que pone en evidencia la magnitud cualitativa de la obra de Juan Bautista Alberdi, la Constitución Argentina se adelantó a algunas de estas consideraciones que hoy atribuimos a la postmodernidad. El art. 28 CN no sólo establece, ya desde 1853, la presencia de *"principios, garantías y derechos"* que no pueden ser desvirtuados por las normas legales que se dicten en su consecuencia, sino que, además, se refiere a ellos como *"reconocidos"* aceptando así su preexistencia y superioridad, y abriendo la posibilidad de que pueda considerarse válidamente que existen derechos *"con"* normas y *"sin"* normas, como lo destaca Bidart Campos[10]. Podríamos decir que nuestra Carta Magna estaba ya preparada para estos tiempos de universalización de valores y principios que sobrevendría cien años después de su dictado.

De esta visión de la persona humana y de sus derechos como nuevos ejes del sistema

9 Sabino Cassese, Oltre lo Stato, Editori Laterza, Roma, 2006, p. 104.

10 10 Bidart Campos, Las transformaciones…, ob. cit., p. 59.

jurídico se advierte el riesgo de avanzar hacia un desplazamiento de las normas constitucionales destinadas a la organización del poder y a garantizar el marco jurídico político de desenvolvimiento institucional[11].

Pero en el caso argentino debemos tener presente que esta obra se ve completada por la Reforma constitucional de 1994 en la medida en que también introdujo la expresión escrita de principios y valores concretos como los de *"equidad y solidaridad"* (art. 75 inc. 2 y 8 CN), de *"igualdad de oportunidades"* (art. 75 inc. 2, 19 y 23 CN), el progreso económico *"con justicia social"* (art. 75 inc. 19 CN), el *"desarrollo equilibrado de provincias y regiones"* (art. 75 inc. 19). Agrega a ellos, el derecho a un *"ambiente sano"* (art. 41 CN) y, concretamente en el terreno de los servicios públicos y del consumo, el derecho a la *"libertad de elección"* y a un trato *"equitativo y digno"* (art. 42 CN).

Es en ese ámbito en el que se agregan los Tratados Internacionales de Derechos Humanos incorporados expresamente por el art. 75 inc 22 CN y la obligación expresa impuesta al Congreso de la Nación de *"legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos"* (art. 75 inc. 23 CN). Texto que abre la posibilidad de efectivizar y regular directamente derechos contenidos en los tratados de derechos humanos que no están expresamente contemplados en el texto constitucional.

La cultura que muestra un concepto nuevo y general de la dignidad humana se impone por sobre

11 Así lo señala Santiago, ob. cit.

la voluntad de los estados[12], de sus constituciones particulares y de los contenidos precisos de su orden normativo derivado, adelantándose, en algunos casos, como nuestra Corte Suprema en *"Ekmekdjián c. Sofovich"*[13], a la formulación positiva que luego sobrevendría con la Reforma constitucional en 1994.

La presencia de cláusulas que abren el texto constitucional a la vigencia de tratados internacionales, como nuestro art. 75 inc. 22 CN, pone en evidencia clara esta tendencia mundial, que algunos autores marcan como de fuerte limitación al constitucionalismo. De igual modo ocurre con la admisión constitucional expresa de la posibilidad de sometimiento a competencias y jurisdicciones de organizaciones supra estatales contenida en nuestro art. 75 inc. 24 CN[14].

LA GLOBALIZACIÓN DEL DERECHO.

Estas previsiones constitucionales han traído como consecuencia la presencia efectiva de tribunales internacionales donde se ventilan conflictos que escapan a la jurisdicción de los estados particulares, por una parte, mientras que –por la otra-, los jueces de nuestro propio sistema judicial argentino aplican esos tratados por encima o, también, por el costado, de los textos legales y aun de los constitucionales. Es el llamado control de *"convencionalidad"*.

Esta realidad se impone en estos tiempos en que, además –como se ha señalado con acierto-, nuestro ordenamiento jurídico se encuentra

12 Luigi Ferrajoli, Pasado y futuro del Estado de derecho, en Miguel Carbonell, ob. cit., p. 21.

13 Fallos, 315:1492.

14 Cassese, ob. cit., p.183.

fuertemente devaluado[15]. Es por eso que numerosos reclamos en materia vinculada a contratos en la Argentina se encuentran planteados y en trámite ante el CIADI.

El CIADI funciona en el ámbito del Banco Mundial y ha sido acordada su intervención en numerosos tratados internacionales de promoción y protección recíproca de inversiones celebrados por Argentina entre 1990 y 2001 con cincuenta y siete naciones y también interviene en arbitrajes por controversias surgidas en el ámbito de otros tratados internacionales como el NAFTA.

Es en este contexto, donde la irrupción de los principios generales *"quiebra el carácter estatal de las fuentes del derecho"*[16], se caracteriza por mostrarnos un nuevo Derecho Administrativo también, consecuentemente, *"desestatizado"* gracias a dos efectos: el primero es el desarrollo de un derecho administrativo internacional no ligado a un estado determinado, sino a administraciones globales, y el segundo consiste en la afirmación de reglas globales, producidas por tratados o por organizaciones internacionales, dirigidas a los estados y a los privados interesados[17].

Nos encontramos con un mundo caracterizado por el choque de fuerzas incontroladas todavía y por el surgimiento de valores que pretenden someter a esas fuerzas bajo el imperio de principios y normas que nos permitan comenzar a superar, una vez más, como allá en 1215, en Inglaterra, la

15 Héctor Mairal, El efecto de la crisis económica en el Derecho, en Aniversario de la Revista de Administración Pública RAP, 23 de septiembre de 2004.

16 Häberle, El Estado…, ob. cit., p. 237. En igual sentido Juan Carlos Cassagne, Globalization and its impact on the rule of law, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa, Cameron May, London, 2010, p. 7.

17 Cassese, ob. cit., p. 73.

ley de la selva que hoy nos envuelve y colocar a este nuevo soberano bajo el imperio de la ley.

Los intereses y las lealtades de la globalización son distintos. Destaca Spota que *"la globalización en cierta forma, pero siempre con gran importancia y trascendencia, arremete y en los hechos desintegra la concentración de poder que significan tanto los estados naciones como las propias comunidades económicas o políticas"*; por ello *"lo característico será la negativa con mayor o menor éxito de las franjas de poder globalizadas a sujetarse al plexo legislativo de estados naciones o de comunidades económicas. Allí radicará y ya radica el centro o lugar de colisión"*[18].

Y la civilización de ese conflicto es la misión de esos órganos administrativos, de esos conjuntos normativos, de esa jurisprudencia administrativa y judicial internacional que conforman los instrumentos del nuevo *"Derecho Administrativo Global"* en la medida en que encarnen los valores y las conductas que le den contenido jurídico.

Y son esos contenidos los que resultarán decisivos para la verdadera globalización del derecho; pues si responden a imposiciones forzadas por aquellos que están en condiciones de imponer su voluntad en razón de su poder efectivo, comercial, financiero, político, etc., no habrá propiamente un derecho sino un conjunto de reglas con mayor o menor grado de adhesión en función de la debilidad relativa de cada incorporado.

Como señala Fayt, *"esto centra la cuestión en decidir si la Comunidad de las Naciones debe ser gobernada por las cosas o gobernada por el hombre, si la economía mundial globalizada es una fuerza elemental incontrolable que domina la vida*

18 Alberto Antonio Spota, Globalización, integración y Derecho Constitucional, revista jurídica La Ley, tomo

humana y puede, como un alud, precipitarse sobre ellos y sumirlos en crisis imparables. La producción de mercaderías no puede seguir siendo la deidad de nuestro tiempo. De ahí la imperiosa necesidad del señorío del hombre sobre las cosas y la defensa de la unidad, la solidaridad y la fraternidad como valores fundamentales del espíritu humano"[19].

Pues *"tanto economicismo y endiosamiento de la eficiencia como valor supremo nos colocan ante el abismo insondable de la desigualdad, pocas veces vista y tan injusta como en nuestros tiempos"*[20].

Es posible concluir en que todos los avances del constitucionalismo moderno en materia de derechos fundamentales como a la vida, a la libertad, en el terreno de las relaciones laborales, de la seguridad social, de la salud pública, del medio ambiente sano, de los servicios públicos, etc. han sido progresos que se han verificado en el marco jurídico del estado de derecho pero en un contexto de fuerte apoyo interdependiente con otros estados mediante el empleo de los organismos y tratados internacionales. Principios de profunda raigambre en los cimientos del derecho como lo son el *"pro homine"*, el *"pro actionem"* y el *"pro debilis"* han irrumpido con fuerza inusitada en nuestra interpretación constitucional y aun en su texto[21]. ¿Cuál, sino el principio *"pro debilis"*,

19 Carlos S. Fayt, Génesis de la sociedad posesiva de mercado. De la revolución comercial a la revolución industrial y la globalización, La Ley, Buenos Aires, 1999, p. 241.

20 Alberto Dalla Vía, El nuevo estado en el nuevo milenio, en Estudios de teoría del Estado y Derecho Constitucional en honor a Pablo lucas Verdú, directores Raúl Morodo y Pedro de Vega, tomo I, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM y Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2000, p. 245.

21 21 Germán Bidart Campos, Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio "pro homine", en Bidart Campos y Andrés Gil Domínguez, coordinadores, El Derecho Constitucional del siglo XXI: diagnóstico y perspectivas, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 16.

sirve de soporte al nuevo art. 42 CN sobre el que se asienta formalmente la doctrina constitucional argentina sobre los servicios públicos?

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2) establece que: *"cada Estado Parte se compromete a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter"*.

Esta obligación, además, debe ser interpretada de acuerdo con las pautas que rigen específicamente la materia de los derechos humanos en general, como los principios *"pro homine"*, expansivo o progresivo, de interacción, de promoción, de universalidad y de indivisibilidad. En especial, el principio expansivo, o *de progresividad*, es el que impone la obligación de adoptar todas las medidas necesarias para asegurar un estándar mínimo de vigencia de los derechos humanos, por ello *"se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos"* como lo prevé el art. 2-1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales[22].

La Corte Internacional del Pacto de San José

22 22 Néstor P. Sagüés, La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, en José Palomino Manchego y José Carlos Remotti Carbonell, Derechos humanos y Constitución en Ibero

de Costa Rica ha sostenido que *"este deber general del Estado Parte implica que las medidas del derecho interno han de ser efectivas (principio del effet utile), para el cual el Estado debe 'adaptar' su actuación a la normativa de protección de la convención"*[23]… y también que tiene el *"deber general del Estado de 'adecuación' a las disposiciones transnacionales"*, es decir, *"un país que ha celebrado un tratado debe modificar (amoldar) su preceptiva interna para asegurar la ejecución de las obligaciones asumidas"*. Como dice la mencionada Corte Internacional, *"esta disposición es válida universalmente y ha sido definida por la jurisprudencia como un principio evidente"*[24].

Finalmente, el mismo Tribunal ha señalado recientemente que *"la prestación de servicios públicos implica la protección de bienes públicos, la cual es una de las finalidades de los Estados. Si bien los Estados pueden delegar su prestación, a través de la llamada tercerización, mantienen la titularidad de la obligación de proveer los servicios públicos y de proteger el bien público respectivo. La delegación a la iniciativa privada de proveer esos servicios, exige como elemento fundamental la responsabilidad de los Estados en fiscalizar su ejecución, para garantizar una efectiva protección de los derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción y para que los servicios públicos sean provistos a la colectividad sin cualquier tipo*

23 Casos "Yatama vs. Nicaragua" (sentencia de 23 de junio de 2005, serie C n° 127, párr. 170); "Lori Berenson Mejía" (sentencia de 25 de noviembre de 2004, serie C n° 119, párr. 220); "Instituto de Reeducación del Menor" (sentencia de 2 de septiembre de 2004, serie C n° 112, párr. 205) y "Bulacio" (sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, párr. 142).

24 Casos "Almonacid Arellano y otros vs. Chile" (sentencia de 26 de septiembre de 2006, serie C n° 154, nota 6, párr. 117); "Instituto de Reeducación del Menor" (cit., párr. 205), y "Bulacio" (cit., párr. 140).

de discriminación, y de la forma más efectiva posible"[25].

Nos sirve de norte en este análisis recordar que Germán José Bidart Campos nos hizo notar que *"la obligación de garantizar el pleno y libre ejercicio de los derechos no se agota con la existencia de un orden normativo dirigido a hacer posible el cumplimiento de esta obligación, sino que comporta la necesidad de una conducta gubernamental que asegure la existencia, en la realidad, de una eficaz garantía del libre y pleno ejercicio de los derechos humanos"... "también se vulnera el deber internacional si no se adoptan las medidas realmente conducentes para dar efectividad al tratado"*[26].

De este esquema de fundamentación surge la mecánica propia de introducción de los derechos humanos que requieren de una actividad positiva del Estado y que vienen por ello acompañados de instrumentos de organización y de procedimiento para hacerlos efectivamente vigentes[27].

La doctrina italiana[28], aunque de un modo crítico, ha puesto de manifiesto la realidad que significa el desarrollo de un derecho administrativo internacional, no legado por el estado, con una administración global, y una afirmación de reglas

25 Corte Interamericana, caso "Ximenes Lopes vs. Brasil", sentencia de 4 de julio de 2006, párrafo 96.

26 Germán José Bidart Campos, La responsabilidad del Estado en los tratados con jerarquía constitucional, en Alberto José Bueres y Aída Kemelmajer de Carlucci, directores, Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor doctor Atilio Aníbal Alterini, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 427.

27 Conrado Hesse, Significado de los derechos fundamentales, capítulo III en Benda, Maihofer, Vogel, Hesse, Heyde, Manual de Derecho Constitucional, segunda edición, Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 102.

28 Cassese, ob. cit., p. 73; el autor sostiene una posición crítica por cuanto afirma que el derecho administrativo es esencialmente estatal.

globales, producto de tratados y de organizaciones internacionales, pero dirigidas a los estados y a los particulares; pues el derecho global no se funda en la soberanía de los estados[29].

Esa malla de principios y procedimientos que destaca la doctrina italiana, se convierte en un listado de limitaciones al constitucionalismo tradicional, pues este: 1) debe admitir un orden superior a la constitución; 2) debe soportar la introducción de normas extrañas en el derecho interno; 3) acatar decisiones de tribunales extranjeros que juzgan en función de una normativa superior y ajena a la constitución; 4) que ese derecho internacional llegue más allá de los tratados de base de acuerdo de los estados parte[30].

El Derecho Administrativo Global existe porque existe la actuación administrativa global[31]; parte de esa actuación es la de nivel contractual de los estados también sujetos de ese Derecho.

LA CONSTRUCCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GLOBAL Y LOS CONTRATOS.

Los instrumentos de construcción de este espacio global tienen origen en tratados, declaraciones, acuerdos, normas administrativas de organismos internacionales, de bancos de crédito multilateral, de organizaciones de comercio, etc. Se enriquece con normas y pautas que surgen de las

29 José Luis Meilán Gil, Global Administrative law and human rights, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa, Cameron May, London, 2010, p. 13.

30 Cassese, ob. cit., p. 184.

31 Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Approach to the principles of Global Administrative Law, en Javier Robalino Orellana and Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, Global Administrative Law. Toward a Lex Administrativa, Cameron May, London, 2010, p. 37.

relaciones, de las conductas, desarrolladas por los protagonistas que se desenvuelven en ese terreno. Entre esas relaciones ubicamos a los contratos, que es el motivo de este análisis.

Coincidimos con Moreno Molina[32] en que la contratación pública es uno de los ámbitos *"que mejor refleja en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de este derecho administrativo global"*. Como destaca el autor, en estos días contamos con legislación, acuerdos, órganos de decisión y jurisprudencia, que han fijado principios y normas de procedimiento en relación con los contratos.

Pero debemos estar atentos a dos realidades en materia de contratación pública global. Una es la realidad de la Unión Europea, que se desenvuelve bajo un sistema consolidado de normas y de instituciones fortalecidas a tal punto de haber construido una verdadera constitución común, y otra –muy distinta- es la que nos presenta el resto de los países que están fuera de esquemas sólidos.

En el terreno amplio de las contrataciones que están desligadas de esos esquemas completos, en tanto y en cuanto no poseen los organismos y los institutos reguladores de las distintas situaciones contractuales en modo organizado, la realidad es que son tratados parciales, con contenidos breves, que brindan algunas pautas básicas y algunas instituciones de aplicación.

Y dentro de este segundo esquema, también hay que distinguir las realidades que atraviesan las contrataciones entre organismos privados y aquellas que comprometen en sus términos algún organismo público estatal. El primer supuesto ofrece menos dificultades que el segundo.

32 José Antonio Moreno Molina, Derecho global de la contratación pública, Foro de Jóvenes Administrativistas, AIDA, IDEA, editorial Ubijus, México, 2011, p. 1.

El régimen público impone a los contratos administrativos otro parámetro de ponderación de la eficiencia en ese terreno, pues, no la habrá en modo alguno si se sacrifica en forma directa o indirecta, el objetivo de la imposición del régimen público; en otras palabras, y como ya dijimos, no hay eficiencia si no se sostienen en forma permanente los valores –no económicos- que determinan, inspiran, guían y condicionan el accionar de la administración.

Los factores directos que determinan, inspiran y sirven de guía al accionar de la administración en el ámbito de la contratación son aquellos objetivos políticos que sirven de causa a la decisión legal, normalmente de base constitucional, de atribuir a determinada autoridad de la administración las competencias para concurrir al acuerdo de voluntades; y también los que ha previsto la normativa legal que determina la finalidad de aplicación de los fondos.

Los factores indirectos que la condicionan al momento de contratar y ejecutar su cometido, son aquellos que, sin estar estrechamente vinculados al accionar concreto de ese procedimiento de contratación, son inevitables para la administración en su accionar. La política de protección del ambiente, de protección del trabajo digno, de fomento de sectores

–como la contratación de personas liberadas de las prisiones por cumplimiento de condena con fines dirigidos a su reinserción social-, etc. son condicionantes que la administración no puede soslayar.

A la hora de medir la eficiencia, entonces, será imprescindible tener en cuenta ambos factores porque son ellos los que jamás pueden ser sacrificados, so pretexto alguno, en el

accionar de la administración. Jamás podría haber calidad o eficiencia contractual sobre la base del apartamiento a alguno de esos factores fundamentales.

De acuerdo a la norma internacional ISO 9000:2000, calidad es el *"grado en que un conjunto de características inherentes cumple con los requisitos"*. Esos requisitos, en el caso de la contratación pública, en primer lugar, son aquellos factores directos que guiaron al legislador cuando le atribuyó al organismo público la competencia para llevar adelante el acuerdo de voluntades y determinó el fin de la inversión de los fondos; en segundo lugar, debe tenerse en cuenta a los factores indirectos que condicionan su actuación.

De todos modos cabe aclarar que la introducción de los requisitos del régimen público en la determinación de la eficiencia de la contratación administrativa no significa establecer la irracionalidad económica en su funcionamiento o la implantación de criterios autoritarios o confiscatorios. Solo significa la determinación de los factores preponderantes en su análisis, el canal por donde debe transitar su ejecución contractual y los límites en el control de su cumplimiento.

Y es a este sistema normativo, que rige la existencia misma de la contraparte contractual de quien concurre a contratar en el marco del derecho administrativo local, y lo hace desde el marco internacional, al que luego se pretende desconocer a la hora de plantear los conflictos en el ámbito de las soluciones internacionales.

En cualquier ámbito que se analice la realidad contractual de un estado miembro frente a un sujeto particular, más o menos globalizado, no puede escapar a una adecuada ponderación, el reconocimiento de aquellos principios que guiaron

el accionar del organismo público que contrató. Sobre todo cuando en el marco del contrato se incorporaron, y se transfirieron en su ejercicio, privilegios públicos que son los que hicieron necesario el carácter público del contrato.

Estos elementos públicos también contribuyen a la construcción del derecho administrativo globalizado, pues ignorarlos sería un grave defecto de percepción de la realidad contractual que se analiza y se somete a aplicación. Y en esa misma medida se encuentra sometido a principios propios de ese ámbito global, donde los derechos humanos fundamentales tienen particular significado y presencia[33].

El Estado que contrata, tanto cuando lo hace a nivel local como cuando fuera a nivel internacional, va acompañado de su sujeción a reglas propias de las que no puede apartarse y esa circunstancia no es ignorada por su contraparte. Esas reglas tienen efectos que no hay que magnificar; coincidimos con la doctrina española en la medida en que considera que *"el problema no ha de plantearse en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia, sino, más sencillamente, sin dramatismos, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la presencia subjetiva de la administración sobre la abstracta institución contractual"*[34].

Debemos tener en cuenta que la administración concurre al ámbito del contrato como medio apto para la realización de sus cometidos públicos sin estar obligada a ello; pues cuenta con otros instrumentos jurídicos que le permiten realizar esos fines. Pues, entonces,

33 Meilán Gil, ob. cit., p. 17 y 32.

34 Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, notas de Agustín Gordillo, Curso de Derecho Administrativo, tomo I, 1ª edición argentina, Thomson-Civitas, La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 694.

habiendo recurrido a ese instituto jurídico, debe someterse a sus reglas propias, sobre todo a sus principios esenciales, que lo rigen desde los tiempos del Derecho Romano, como el *"lex inter partes"* y el *"pactae sunt servandae"*, sin los cuales no hay contrato; ni público, ni privado, ninguno.

Y si bien, en principio, no es posible someter en modo definitivo los destinos públicos a compromisos contractuales asumidos por una administración coyuntural, tampoco es posible admitir la salida indemne y sin reparación suficiente al contratista particular tercero de buena fe cuya protección es principio generalizado en el sistema jurídico; sistema general al que no escapa el Derecho Administrativo.

No debemos olvidar, como destaca Rodríguez-Arana Muñoz con acierto, que en el mundo global concurren –al menos- dos culturas frente al sistema político: la europea, donde el centro del sistema es el Estado y la norteamericana donde ese centro está en el individuo y la sociedad[35].

La jurisprudencia de nuestra CSJN, siguiendo al art. 1198 CCiv, ha establecido que *"los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe y de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron o pudieron entender, obrando con cuidad y previsión. Dicha regla tiene singular importancia en los contratos administrativos, en los cuales se supedita su validez y eficacia al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales vigentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación"*[36].

En el contrato público, nacional o internacional,

35 Rodríguez-Arana Muñoz, ob. cit., p. 43. 36 CSJN, Fallos, 3316:382.

36 Rodríguez-Arana Muñoz, ob. cit., p. 43. 36 CSJN, Fallos, 3316:382.

lo que entendió y pudo entender la administración al contratar, su finalidad perseguida y el contenido exacto de su única intención posible, de acuerdo al principio de legalidad, es por principio general, formal y oficialmente conocido por su contraparte privada en la contratación, sea que fuera local o extranjera; es una presunción *"iure et de iure"*.

Tampoco es secreto su sometimiento a los principios que el Reglamento de Contrataciones del Estado describe en su art. 3°, bajo el título *"Principios generales"*, donde detalla los que regirán la gestión de las contrataciones: a) razonabilidad del proyecto y eficiencia de la contratación para cumplir con el interés público comprometido y el resultado esperado; b) promoción de la concurrencia de interesados y de la competencia entre oferentes; c) transparencia en los procedimientos; d) Publicidad y difusión de las actuaciones; e) responsabilidad de los agentes y funcionarios públicos que autoricen, aprueben o gestionen las contrataciones; f) igualdad de tratamiento para interesados y para oferentes.

Estos principios han sido sostenidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y refrescados hace no mucho tiempo en el fallo *"Lix Klett"*[37], donde se referencia a una trayectoria muy importante de ese Tribunal en su respaldo. Así se mencionan expresamente, y se remite a ellos, los casos *"Hotel Internacional Iguazú"*[38]

37 Expte. nº L.249.XLV, fallo del 31 de julio de 2012. Un excelente análisis de este fallo puede consultarse en Luciano D. Caparroz, Los principios que rigen a los contratos administrativos de acuerdo a la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de la Nación, en Micro Juris del 1 de febrero de 2013, cita: MJ-DOC-6132-AR.

38 CSJN, Fallos 308:618.

(1986), *"Radeljak"*[39] (1988), *"Vicente Robles"*[40] (1993), *"Más Consultores"*[41] (2000), *"Servicios Empresarios Wallabies"*[42] (2000), *"Ingeniería Omega"*[43] (2000), *"Carl Chung Ching Kao"*[44] (2001), *"Magnarelli"*[45] (2003), *"Laser Disc"*[46] (2003), *"Indicom"*[47] (2004) y

"Roberto Punte"[48] (2006).

El fallo *"Lix Klett"* mencionado recuerda otros dos principios, el de programación, en la medida en que fulmina con su inexistencia aquellos contratos que no están debidamente programados con su correspondiente partida presupuestaria con respaldo legal. Se ajusta al art. 6 del RCE que impone: *"Cada jurisdicción o entidad formulará su programa de contrataciones ajustado a la naturaleza sus actividades y a los créditos asignados en Ley de Presupuesto de la Administración Nacional"*; y el de legalidad, en tanto y en cuanto exige imperiosamente el cumplimiento de las formas legales que el RCE impone. Dice: *"la validez y eficacia de los contratos administrativos se supedita al cumplimiento de las formalidades exigidas por las disposiciones legales pertinentes en cuanto a la forma y procedimientos de contratación"*.

En cuanto a esos factores indirectos, fundados en otros valores importantes pero involucrados en forma general, como la protección del ambiente sano comprometido en todos los

39 CSJN, Fallos 311:2831.
40 CSJN, Fallos 316:382.
41 CSJN, Fallos 323:1515.
42 CSJN, Fallos 323:1841.
43 CSJN, Fallos 323:3924.
44 CSJN, Fallos 324:3019.
45 CSJN, Fallos 326:1280.
46 CSJN, Fallos 326:3206.
47 CSJN, Fallos 327:84.
48 CSJN, Fallos 329:809.

actos de la administración, le impedirán también asumir riesgos objetivos que suelen ser habituales en la contratación privada. Un empresario que conduce sus propios bienes, y sus propios riesgos, puede asumir, de hecho lo hace frecuentemente, la posibilidad de tener que enfrentar responsabilidades administrativas, civiles y hasta penales. Algo inadmisible en un funcionario que no es dueño de los bienes ni responsable de las consecuencias de los riesgos que asume en cumplimiento de sus funciones.

REFLEXIONES FINALES.

Sin duda alguna la actividad contractual pública de la Administración contribuye a la construcción de un Derecho Administrativo Global; y esta interacción en el ámbito internacional es un resorte de construcción de un orden internacional que cada vez es más requerido por el conjunto de naciones.

Y estas conductas relevantes desde el punto de vista jurídico, tienen un ámbito de normas y de principios –y valores- que las encausan y orientan, y que no pueden ser ignoradas por los estados en nuestra civilización actual.

La construcción de esta realidad jurídica se nos impone como un desafío especial para quienes buscamos expresarnos a través de la docencia universitaria y del asesoramiento jurídico especializado en el Derecho Público.

Chacras de Coria, 9 de enero de 2014.

EL SISTEMA DE SALUD EN LA ARGENTINA DEL TERCER MILENIO

VIVIANA BONPLAD

El Sistema de Salud que rige hoy en Argentina, amerita en primer término, una explicación de tipo histórica para comprender su integración actual.

Vale decir, se hace necesario contar como fue la evolución histórica del Sistema de Salud en nuestro país para abordar y comprender la complejidad y originalidad del Sistema vigente.

Los tiempos de la Colonia (siglos XVI, XVII y parte del s. XVIII) transcurren bajo la impronta del Liberalismo, como ideología dominante[1].

En aquellos tiempos las enfermedades afectaban a todos los estamentos de la sociedad por igual. La medicina y la tecnología no estaban desarrollados aún; y siendo el hombre un ser libre y autosuficiente, se entendió -ya imperante el liberalismo- que a él únicamente le competía el cuidado de su salud. Vale decir, cuidarse de las enfermedades era una tarea que correspondía en particular a cada persona. Sin embargo, la Administración quedaba legitimada para actuar cuando la enfermedad configuraba una amenaza para el cuerpo social, como en los casos de pestes y epidemias.

Para el modelo higienista primigenio la intervención del Estado estaba más relacionada con las prácticas autoritarias que con los derechos y la democracia; se centraba más que nada en una consideración pública (cuidar a la población

1 TOBAR, Federico "Breve historia de la prestación del Servicio de Salud en Argentina". Coord. Oscar Garay en Obra Colectiva Responsabilidad Profesional de los Médicos. Prov. De Buenos Aires. Ed. La Ley. 2002, pags. 1288/1301.

y sobre todo a sus ejércitos era fundamental). De hecho, la figura del médico sanitarista es muy anterior a la del médico como profesional liberal que vende servicios.

De la salud de las personas se ocupaba cada cual, y cuando el interesado no podía hacerlo como se trataba de una cuestión "privada" intervenían la Iglesia y las obras de caridad.

El Estado tradicional centró su intervención en salud en aspectos preventivos y especialmente en la regulación del ambiente y los estilos de vida. Esto es una paradoja por cuanto hoy, justamente criticamos al sistema moderno de salud por la excesiva orientación a la atención médica en desmedro de la prevención y de lo ambiental.

La Argentina al constituirse como Estado Independiente adoptó la Constitución de 1853 que en su articulo 33º se refiere a los derechos implícitos y da protección al derecho a la vida, aunque no de una manera expresa.

Surgen como consecuencia de las Guerras de la Independencia hospitales públicos para cuidar a los soldados que regresaban del frente de batalla.

La C.S.J.N. dicta en 1887 el fallo conocido como "Los Saladeristas de Barracas"[2] en el cual se pone en evidencia este ejercicio liberal del poder de policía sanitario. El Estado llevó adelante una protección de los derechos generales y una restricción de los derechos particulares, en pos de ese valor jurídico general que era "la salud pública". En este fallo se parte de la idea de que el poder de policía sanitaria le corresponde a la Provincia de Buenos Aires respecto de un establecimiento, un saladero que funcionaba en su territorio.

La C.S.J.N. afirmó en oportunidad de ese

2 "Los Saladeristas Podestá c/ Provincia de Buenos Aires" 14 de mayo de 1887. Fallos C.S.J.N 31:273.

fallo que “la autorización de un establecimiento industrial está siempre fundada en la presunción de su inocuidad, y no obliga al gobierno que la concedió, cuando esta presunción ha sido destruida por los hechos, pues en tal caso, “el deber que sobre él pesa de proteger la salud pública contra la cual no hay derechos adquiridos”, recobra toda su fuerza, y no solamente puede imponer al establecimiento nuevas condiciones, sino retirar la autorización concedida, si éstas no se cumplieran o fuesen ineficaces para hacerlos completamente inocuos”.

Más que un derecho individual la salud era un objetivo a lograr en forma preeminente para toda la población, lo cual se derivaba del Preámbulo de nuestra Constitución y del articulo 33 C.N. al considerar al derecho a la vida como un derecho no enumerado. En esta época la salud y el derecho a ella corren adheridos al derecho a la vida.

Los presupuestos vigentes en materia social durante la época liberal desconocían las nociones de “clase”, “grupo” o “colectivo”, se regulaban en esa época exclusivamente las relaciones entre “individuos”.

La igualdad formal es el tipo de igualdad jurídica por excelencia del modelo de Estado Liberal.

El postulado de que todos los hombres son iguales ante la ley ocultaba las diferencias reales, lo que implicaba también el ocultamiento de las contradicciones sociales de las que la Constitución Liberal no daba cuenta.

Estos principios llevaron a la consagración de un principio de Insolidaridad ya que constituyen el Individualismo y la Igualdad Formal las bases de un sistema estructuralmente insolidario donde el sujeto individual pasa a ser un absoluto en sí

mismo; y donde la relación social y la participación se dan exclusivamente a través del mercado. Estos presupuestos liberales definen también la relación del Estado y la Salud en el Modelo de Estado Liberal.

En esa relación la salud no fue vista como un derecho. Pero sí como objeto de la Acción Discrecional del Estado y por ende como una Cuestión prácticamente privada la mayor parte de las veces.

Sólo existía la obligación por parte del Estado de limitar derechos para resguardar la Salud Pública.

La Política adoptada por el Estado en materia de Salud revestía una cuota de gran discrecionalidad y no existían reclamos sociales en demanda de cobertura sanitaria, ni mandatos jurídicos que condujesen las Acciones en materia de salud.

Nos estamos refiriendo a la segunda mitad del siglo XIX, siendo que la Constitución Nacional Argentina fue aprobada en 1853.

De a poco se advierte durante la segunda mitad del siglo XVIII, y a principios del siglo XIX un cambio; y la pretensión regulatoria del Estado Liberal avanza de a poco de la mano de:

La creación de Instituciones Sanitarias con pretensión centralizadora.

La construcción de Hospitales.

El desarrollo de tareas de prevención.

Todas modalidades de Intervención Pública y a la vez se desarrollaron modalidades de Atención Privada que fueron Responsabilidad de Sociedades de Beneficencia, Mutuales sobre la Base de la Inmigración y la Nacionalidad o la Actividad productiva. Y finalmente surge la Atención –paga- a Médicos (profesionales liberales) en sus

consultorios privados.

Funcionaron en un primer momento por separado la Sanidad y la asistencia en este período, a pesar de que se crearon Instituciones que pretendieron centralizar ambos aspectos.

Se creó en el ámbito estatal en 1946 la Secretaría de Salud Pública dando nacimiento al Subsector Público de Salud.

En el área de la Sanidad y desde el Ministerio del Interior se había creado en 1880 el Departamento Nacional de Higiene asesor del PEN en materia Sanitaria que generó las primeras regulaciones sanitarias nacionales.

En el área de la Asistencia se habrá creado en 1906 la Comisión Asesora de Asilos y Hospitales dependiente del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, Institución que generó fricciones con el Departamento Nacional de Higiene, ya que se trataba de otro núcleo de decisión, administración y gestión de los equipos de salud.

Pero en realidad la asistencia era brindada en su mayor parte desde el Sector privado, a través de la Sociedad Nacional de Beneficencia, primero privada y avalada con fondos estatales desde 1880, manejada por la elite nacional con donaciones privadas.

En 1883 se habrá creado en Buenos Aires la Asistencia Pública que manejo una red importante de Hospitales.

Había en general financiamiento estatal para una gestión privada en materia de Asistencia Social.

Los Hospitales Nacionales fueron construidos por el Estado Central, Tareas de prevención como la Vacunación y el Poder de Policía en materia sanitaria recaerán en el ámbito público.

Se dictó la Ley de Defensa Sanitaria que

preveía la Intervención federal en las provincias en caso de epidemias, y la Ley de Vacunación.

Hubo resistencia a esta acción estatal.

La resistencia provino de 3 Actores:

Las provincias, b) La Sociedad de Beneficencia, c) Las Mutuales.

Las Provincias resistieron argumentando que la Constitución Nacional reservaba el poder en materia sanitaria a su decisión. Ya que se trataba de un poder no delegado a la Nación.

Pero luego la escasez de recursos económicos y la disgregación del poder hicieron que se adaptaran a la centralización de las decisiones en materia sanitaria.

Se dictaron entonces muchas Leyes Sanitarias desde el Congreso de la Nación y el mismo se apoyó para su dictado en la llamada Clausula del Progreso (a partir de 1945).

La Constitución Nacional no reconocía la existencia de un Derecho a la Salud, ya que se trataba de una Constitución que respondía al Modelo Liberal.

Desde muy temprano (Saladeristas Podesta) la C.S.J.N. se expresó respecto del poder de limitar el derecho a ejercer una industria por razones de salud pública diciendo que se trataba de una facultad provincial.

En 1950 con el advenimiento del Modelo de Estado Social de Derecho o Estado Benefactor todo esto cambia.

Surgen el Principio de Solidaridad y de Igualdad Material así como los Grupos Sociales Protegidos en la Constitución de 1949.

Hay un cambio de Paradigmas.

Surge el Estado Interventor[3].

3 TOBAR, Federico y VITA, Leticia refieren parte de las ideas descriptas en : Clerico Laura, Tratado de Derecho a la Salud, 1° Edición

Así, podemos señalar que con el movimiento peronista (segunda mitad del siglo XX) se da un cambio muy importante, ya que en ésta época el Estado Nacional asume el papel de Estado Benefactor. Esto es, pasamos del Estado Liberal o Estado Mínimo o Estado de Derecho (siglos XVIII y XIX), adonde sólo eran reconocidos a favor del individuo derechos de contenido negativo, a un estadío en el cual el Estado asume la titularidad de una cantidad importante de servicios y funciones sociales y públicas; y toma a su cargo además el ejercicio del poder de policía en materia económica.

Toda la década 1945-1955 estuvo signada por la intervención directa del Estado Nacional en la materia sanitaria, es la época en que se crea el sector estatal de salud en la Argentina, y se conforma un modelo de centralidad estatal en el país a la luz de la segunda posguerra. [4]

La tipología estatal que corresponde a este período de nuestra historia se ha dado en llamar Estado Social de Derecho (Estado Benefactor) puesto que alumbra el reconocimiento a favor de los individuos de una serie de derechos sociales y económicos, los cuales pasan a figurar en las cartas constitucionales de la época.

En la Constitución de 1949[5] se consagran por primera vez los derechos sindicales de los trabajadores, se protege su salud y se encarga al Congreso de la Nación el dictado de un Código de Derecho Sanitario de derecho común.

En la reforma constitucional de 1957 (vigente hasta 1994) se introduce la garantía de estabilidad

C.A.B.A.- Abeledo Perrot 2013. V1, 976p.

4 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. "La economía política de la política social argentina: una mirada desde la desregulación y la descentralización". Serie Políticas Sociales Nº 97. Santiago de Chile- Naciones Unidas- Cepal. 2004, pág. 15

5 Constitución de 1949- ADLA IX-A, pág 1.

de los empleados públicos, se encarga al Congreso Nacional -en carácter también de Legislación común- el dictado de un Código del Trabajo y de la Seguridad Social nunca dictado, se consagra el derecho a la seguridad social a favor de los individuos (se suprime el Código Sanitario).

Estos derechos sociales y económicos consagrados a favor de las personas (llamados derechos de la segunda generación), las más de las veces incumplidos, hacen que muchos hablen de que esos artículos hacen de la Constitución un "catálogo de ilusiones".

Para protección de éstos últimos habían surgido -como producto del movimiento sindical y del régimen de la seguridad social incipientes, asociaciones de diversos tipos que terminaron configurándose- primero a través de la Ley 18610 (década de 1970) y finalmente a través de las Leyes 23.660 y 23.661 (década de 1980), como prestadoras de salud y bienestar social para los trabajadores, con el nombre de Obras Sociales, y que funcionan y funcionaban con aportes de los patrones y de los empleados. Se configuró así un Subsector Semipúblico de la Salud[6].

La ley mencionada[7], en primer término, fue el primer intento de regular de un modo sistemático el funcionamiento de las mismas. La norma incluía las Obras Sociales de la Administración Pública Nacional, las de Empresas Públicas, las de Administración Mixta y las Obras Sociales Sindicales.

Los sindicatos obtuvieron un enorme poder con la consagración del aporte obligatorio por parte de todos los trabajadores y también de los empresarios siempre por rama de actividad. Además

6 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit-, pág 16 a 18.

7 Ley 18610- ADLA XXX-A- Pág. 180

se estableció la administración de esos recursos por parte de los sindicatos[8]. Sucesivamente se dictaron las Leyes 22269[9], 23660[10] y 23661[11] referidas a la materia.

Poco a poco las Obras Sociales con el paso del tiempo fueron dejando de ser prestadoras directas y se fueron transformando en financiadoras: a partir de este cambio progresivo toman un rol protagónico las aseguradoras privadas (prepagas) en quienes las obras sociales terminaron tercerizando la prestación de los servicios a su cargo.

A su vez, en el Sector Estatal se creó en 1946 sobre la base del Departamento Nacional de Higiene que funcionaba en el Ministerio del Interior, un área específica dedicada a la Salud Pública. Se creó la Secretaría de Salud de la Nación, con el Dr. Ramón Carrillo a la cabeza del mismo, quien fue un destacado médico sanitarista.

El área estatal a tono con la época creció sin parar hasta 1955. Se crearon infinidad de Hospitales Nacionales con sede en las Provincias. El Estado Nacional -a través del dictado de Leyes Nacionales con fundamento en la "cláusula del progreso" (artículo 67, inciso 16 de la Constitución Nacional)- expandió notablemente su competencia en materia sanitaria, y dictó numerosos regímenes legales referidos a esta temática. Luego para administrar estos regímenes legales y aplicar estas normas en el interior del país, creó las famosas delegaciones y unidades sanitarias federales (especies de pequeñas sucursales del Ministerio de Salud Nacional) en las Provincias.

Con el dictado de numerosas Leyes Sanitarias

8 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V., ob. cit. pág. 16

9 Ley 22269 –ADLA XL-C pág. 2541.

10 Ley 23660 –ADLA XLIX-A pág. 50

11 Ley 23661 –ADLA XLIX-A pág. 57.

desde el Poder Central el Ministerio de Salud de la Nación -fundado en la cláusula del progreso- y a través del dictado de normas de carácter legislativo por parte del Congreso de la Nación avanzó sobre el Poder de Policía de las Provincias en materia sanitaria. Estas normas contenían normalmente una cláusula de adhesión para que las Provincias adhirieran a ellas. Así obviamente no existía para éstas últimas la posibilidad de discutir los términos de las mismas.

Tobar dice al respecto: "... Como evidencia a favor de considerar que la Argentina avanzó en la incorporación de un estado de bienestar se puede argumentar que entre 1946 y 1951 se construyeron 35 policlínicos en todo el país. Esto llevó las camas públicas a más de 130.000, esto significa 7,4 camas cada 1000 habitantes.

En una década prácticamente se triplicó la cantidad de enfermeras y la de médicos se duplicó. En comienzos de los 50 se había erradicado el paludismo que solo cuatro años antes afectaba a trescientos mil argentinos y nuestro país contaba con una de las mayores coberturas del mundo. Durante los nueve años de la gestión de Ramón Carrillo al mando de la cartera sanitaria se institucionaliza una concepción propia de la Medicina Social. Durante el Primer Plan Quinquenal de Desarrollo (1947- 1951) se sancionan las leyes de sanidad pública (Nº 13.012) y de construcción, habilitación y funcionamiento de servicios de salud (Nº 13.019). a través de las mismas se garantiza la financiación y sostenibilidad de los servicios públicos para ofrecer asistencia médica, completa, y gratuita al 65% de la población argentina que era considerada no pudiente, y para ofrecer servicios a tarifas reducidos a otro 20% de la población en mejor posición económica. El acta fundacional del

Servicio Nacional de Salud británico, que hoy se considera paradigma de un sistema universal y público, data de 1949. Para ese entonces el sistema público de salud argentino superaba al británico tanto en recursos como resultados obtenidos.

Sin embargo, también se argumenta que la lógica de expansión de los servicios de salud no siguió el modelo igualitario y universal del Estado de Bienestar Europeo. Por este motivo algunos autores proponen no hablar de un Estado de Bienestar sino de un "Estado de compromiso" o aún de un "*Welfare State a la criolla*". Poco después de la gestión de Ramón Carrillo con sus avances en la implementación de un sistema público de salud, la dirección del sistema comenzó a avanzar en el sentido de un modelo de seguros de salud..."[12].

Vale decir, la década 1945-1955 estuvo dominada por la intervención directa del Estado Nacional en la materia sanitaria. Esto contrasta con la postura liberal adoptada en épocas anteriores, y sobre todo con el reconocimiento que se hacía con anterioridad respecto del derecho a la vida, ya que siempre se consideró que se trataba de unas facultades no delegadas por las Provincias a la Nación.

Se creó el Consejo Federal de Bienestar Social[13] y, antecedente del actual Consejo Federal de Salud, para conducir las acciones Nación - Provincias en estos temas. Quedó configurado un Subsector Público de Salud con sede en el Ministerio de Salud de la Nación.

En 1974 se creó el Sistema Nacional integrado de Salud[14], en el cual el Estado asumió por primera vez la responsabilidad en un instrumento legal de efectivizar el derecho a la salud de

12 TOBAR, Federico. ob cit. pág. 1296/1297

13 Ley 19717- ADLA XXXII-C pág. 3064 (1972)

14 Ley 20748 –ADLA XXXIV-D- Pág. 3282

todas las personas sin discriminación. Se ponía énfasis en la responsabilidad del Estado Nacional como fundador y como garante económico en la instrumentación de un sistema que pretendía ser único, solidario e igualitario para todos los argentinos. No pasó de ser una mera aspiración de deseos.

A partir de 1980 comenzó un proceso inverso de descentralización de servicios de salud. Fueron descentralizados una cantidad muy importante de establecimientos de salud[15]; se transfirieron Hospitales Nacionales a las Provincias y a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires[16]. Este proceso de Reforma del Estado[17]/[18] concretó con éxito las transferencias de activos a las Provincias. Posteriormente las Provincias no tuvieron igual resultado con la gestión de tales activos, ya que no contaron ni con el presupuesto ni con la capacidad de gestión necesaria para llevar a buen término la reforma estatal emprendida.

En 1991 también se transfirieron a las Provincias diversos Programas Nacionales, entre ellos, la compra de leche correspondiente al Programa Materno Infantil; el Programa continuó siendo nacional pero un aspecto de su operatoria se descentralizó. Se creó a partir de 1990 el Sistema de Hospitales Públicos de Autogestión (a nivel nacional)[19].

La Reforma del Estado y el dictado de la Ley 23.696 se convertirían en una insoslayable oportunidad para redefinir el rol del Ministerio de Salud de la Nación en el nuevo contexto de la

15 Ley 19337 –ADLA XXXI-C- Pág. 3027

16 Ley 21883 –ADLA-XXXVIII-D- Pág. 3303, y Ley 22002-ADLA-XXXIX-B- Pág. 1252

17 Ley 23696 –ADLA XLIX-C pág. 2444

18 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V- ob. cit.- págs. 18 a 20

19 Decreto 578/93- ADLA- LIII-B, pág. 1444.

denominada “Reforma del Estado”, así como las prioridades de políticas del sector. Por el Decreto Nº1259/92[20] se aprobaron las Políticas Nacionales de Salud, lo que conformó un precedente importante en la explicitación de las políticas públicas nacionales.

Respecto de la época en que se llevó a cabo el proceso de Reforma del Estado en los años noventa del siglo XX, Repetto y Alonso han expresado: “... En enero de 1993, el Poder Ejecutivo Nacional mediante el Decreto Nº 9 estableció la desregulación del sistema de obras sociales. La nueva disposición tenía alcance sobre los trabajadores comprendidos por la Ley Nº 23660, pero a diferencia de una propuesta oficial del año anterior, la libre elección por parte del afiliado quedaba limitada al universo de las obras sociales y no eran incorporadas a la competencia las empresas de medicina prepaga. En abril del mismo año, se dictó un nuevo Decreto reglamentario (Nº 576/93) de aquella norma, cuyo contenido buscaba armonizar con la nueva política desregulatoria inaugurada con aquél Decreto Nº 9/93. Este primer impulso desregulador entró en un *impasse* a la espera de su efectiva implementación...”.

“... Durante 1995 se reactivarían las iniciativas de política en el proceso de reforma del sistema de obras sociales. El Decreto Nº 292/95 estableció el criterio de distribución automática de los subsidios per cápita del Fondo de Redistribución. Este decreto también eliminaba la doble cobertura producto del múltiple empleo y establecía la unificación de los aportes. Luego, el Decreto Nº 495/95 estableció nuevas disposiciones que aceleraron el proceso de reforma: por un lado, se atenuaba la reducción, establecida por

20 Decreto 1269/92 –ADLA LII-C, pág. 3063

el anterior decreto, de los aportes patronales que contribuían a financiar el sistema: su alícuota sólo disminuiría en un punto, con lo cual quedaría en 5% sobre la nómina salarial; por otro, la cápita por afiliado a compensar, que en el decreto anterior había sido fijada en 30 pesos, ahora sería elevada a 40 pesos; además se establecía un mecanismo de fusión de obras sociales para aquellas que no alcanzaran los diez mil afiliados o no pudieran cumplir con el paquete de prestaciones básicas comunes. El Programa Médico Obligatorio (PMO) sería aprobado en mayo de 1996 por la Resolución 247 del Ministerio de Salud y Acción Social.

Hacia fines de 1996 se dieron otros pasos fundamentales hacia la implementación efectiva de la libre elección. El Decreto Nº 1.141 reglamentó el derecho de opción de cambio entre las obras sociales sindicales y el Decreto Nº 1.615 creó la Superintendencia de Servicios de Salud. en rigor, el nuevo organismo comenzó a operar a partir del Decreto Nº 405 de abril de 1998 cuando se aprobó su estructura orgánico- funcional y su plan estratégico. Durante 1997 y parte del año siguiente se operó la transición entre ANSSAL – la anterior agencia de regulación y control- y la Superintendencia.

Entre las principales funciones de la nueva Superintendencia se destacaban: fiscalización del PMO y de otros planes médico- asistenciales; contralor del cumplimiento del Programa de Garantía de Calidad por parte de los prestadores y la gestión del Registro Nacional de éstos; supervisión del derecho a la libre opción de obra social por parte de los beneficiarios del sistema; utilización, administración y actualización del padrón de beneficiarios; fiscalización administrativa, financiera y contable de las

obras sociales y atención al usuario del sistema y difusión de información. En términos generales, las funciones del nuevo organismo no implicaron una ruptura notable con las que ya disponía la ANSSAL; en todo caso los cambios introducidos –además de la atención directa al beneficiario- tales como el derecho a opción de obra social, así como la fiscalización del PMO exigían por definición una mayor capacidad de control y fiscalización para lograr cumplimiento efectivo.

Durante cuatro años la desregulación no tuvo vigencia. Recién a partir de enero de 1997, luego de múltiples idas y venidas, que incluyeron nuevos decretos, negociaciones y diversas situaciones de puja política entre el gobierno y el sindicalismo, comenzaría a darse un proceso de "libre afiliación" de obra social. Alguna normativa posterior al avance de la desregulación producido en 1997 no sólo falló en contrarrestar las debilidades en términos de equidad sino que, además, introdujo incentivos para profundizarlas. Por ejemplo. El Decreto N°504 de 1998 habilitó a las obras sociales a contraprestar a los nuevos afiliados solamente un PMO, aún cuando ésta sea una cobertura que se ubique por debajo de la que brinda a sus afiliados. Es decir que la lógica desreguladora conllevó en su normativa la posibilidad de ahondar los elementos de fragmentación y desigualdad del sistema, pues mediante la práctica de los planes diferenciales estos factores se introdujeron también dentro de cada obra social, y tiende a quebrarse la solidaridad intra-rama característica del subsistema..."[21].

Con la reforma Constitucional de 1994, el país incorpora al texto constitucional los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. A raíz

21 REPETTO, Fabián –ALONSO, Guillermo V. ob. cit. pág. 18 a 20

de ello, nuestro Estado está obligado hoy día al cumplimiento de esos Tratados Internacionales, que tienen primacía sobre las Leyes de la Nación y jerarquía equivalente a la Constitución Nacional.

Los derechos que esos Tratados consagran son Derechos Humanos y se aplican respecto de ellos los Principios acuñados por la Jurisprudencia a nivel internacional (Principio Pro-Homine; Principio de Progresividad; Interdicción de la Regresión en esta materia; Cumplimiento de un Mínimo; Posibilidad de Control Judicial, Operatividad como principio; Imposibilidad para los Estados Federales de excusarse alegando que se trata de una competencia local). [22]

A través de lo normado en el artículo 75, inciso 23 de la Constitución el Estado Nacional resulta haber asumido la calidad de "garante" de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales, y así lo ha declarado recientemente la C.S.J.N. en pronunciamientos reiterados en materia sanitaria. Esto no implica que estén a su cargo todas las prestaciones ni tareas en materia de Salud. De hecho, la Corte ha señalado que ser "garante" obliga al Estado Nacional a garantizar el derecho a la salud en el momento en que su cobertura resulte necesaria

En relación a este tema el Dr. Guillermo Horacio Corti ha señalado: "... Resulta notorio que los poderes constituidos, para asegurar el ejercicio y goce de los derechos básicos, deben estar organizados para ello, en particular en cuanto a sus estructuras ejecutivo- administrativas. El caso precedente nos ofrece un ejemplo paradigmático. Asegurar a toda persona y sin discriminación

22 COURTIS, Christian (Compilador) Obra colectiva: *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales.* 1º edición.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Ed. Del Puerto. 2006. Pág. 53/78.

alguna el derecho a la salud no sólo requiere el suministro de reactivos y medicamentos, sino organizar un sistema de salud adecuado…"

"…Esta idea clara y de suyo evidente ha sido sostenida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación *in re "*Giroldi, Horacio D. Y otros s/ recurso de casación", sentencia de fecha 7/4/1995 (LA LEY, 1995- D, 462), con voto de los doctores Nazareno, Moliné O'Connnor, Fayt, Belluscio, Petracchi y Boggiano.

En dicha oportunidad el más Alto Tribunal destacó la jerarquía constitucional de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (ADLA, XLIV –B, 1250), señalándose que la misma debe entenderse considerando su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación.

Sobre el tema que nos ocupa afirmó lo siguiente: "Que, en consecuencia, a esta Corte como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal le corresponde –en la medida de su jurisdicción –aplicar los tratados internacionales a que el país esta vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar la responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido, la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la convención, en cuanto los Estados parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella" sino además "garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción". Según dicha Corte "garantizar" implica el deber del Estado de tomar las medidas necesarias para remover los obstáculos que pueden existir para que los individuos pueden disfrutar de los derechos que la Convención reconoce… Garantizar entraña, asimismo, "el

deber de los Estados parte de organizar todo el aparato gubernamental y, en general todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos (opinión consultiva 10/90, parágrafo 23)..."[23].

Es decir, el Estado Nacional debe asumir -en virtud de lo previsto por el artículo 75, inciso 23 de la CN- a través de sus tres poderes, la tarea de garantizar un mínimo del Derecho a la Salud en el país. Este cometido tiene que ver con asignarle además, el rol regulador del Sistema de Salud en la Argentina.

Vinculado a este aspecto "...la C.S.J.N. en el caso "Hospital Británico de Buenos Aires c/ Estado Nacional (Ministerio de Salud y Acción Social)- sostuvo: "la necesidad de hacer efectivos los derechos contenidos en los pactos internacionales, concernientes a la vida, la salud y la dignidad personal, fue lo que impulsó al legislador a dictar la Ley 23.789 que declaró de interés nacional la lucha contra el SIDA, y posteriormente las leyes 24.455 y 24.754 que establecieron la cobertura de las prestaciones obligatorias en relación a los riesgos derivados de la drogadicción y del contagio del virus de HIV a las obras sociales y empresas de medicina prepaga respectivamente" (Voto del Dr. Adolfo R. Vázquez)..."[24].

Al respecto, Marcelo Daniel Iñiguez[25]

23 CORTI, Horacio Guillermo. "Crítica y defensa de la supremacía de la Constitución". LA LEY Tº 1997- F, Sec. Doctrina. Pág. 1033-1039.

24 FERREYRA, Rodolfo Fabián. Obra colectiva *Garantías y Procesos Constitucionales.* Director: Néstor P. Sagües. Ediciones Jurídicas Cuyo, 2003. Pág. 474.

25 IÑIGUEZ, Marcelo Daniel. "Contratos de Prestaciones de Salud y Derechos Humanos". Ed. Rubinzal- Culzoni. 2005. Pág. 160.

ha dicho: "... La República Argentina, sujeto indubitado de Derecho Internacional, suscribió y ratificó las Convenciones de Derechos Humanos que reconocen a la salud como un derecho internacional; el obligado a su cumplimiento es, pues, el Estado Nacional...".

"...Vale decir para el Derecho Constitucional argentino, el Estado Federal, con la participación de las provincias, debe procurar el bien común de toda la Nación, y por imperio del artículo 31 de la Constitución Nacional está obligado prioritariamente al cumplimiento de los deberes emergentes de los Tratados de Derechos Humanos. En pocas palabras, si bien en el orden interno se trata de una materia concurrente entre Nación y Provincias, la Nación está obligada a establecer un piso mínimo, que en materia de salud lo brinda la legislación nacional de manera específica, y como tal derecho está expresamente previsto, la parte obligada es el Estado Nacional...".

Felipe Seisdedos[26], citado por el autor antes referenciado ha analizado la relación entre la Nación y las provincias en la defensa ambiental y señala que la protección mínima es federal y la máxima es provincial. De esa visión extrae que se puede sostener que en materia de salud también existen sistemas de protección concurrentes, con diversas amplitudes y especificidades derivadas de cada lugar geográfico. De allí que, un programa de atención al mal de Chagas puede ser una mayor obligación para la provincia en donde su población se encuentre expuesta, según ejemplifica.

Iñiguez[27] cita que la Corte Suprema ha

26 SEISDEDOS, Felipe, obra colectiva. *Derecho Constitucional de la Reforma de 1994.* Buenos Aires, Depalma, 1995 T°1, pág. 365, citado por Iñiguez, ob. cit. pág. 160 llamada 45.

27 IÑIGUEZ, Marcelo Daniel, ob. cit. pág. 163.

mantenido todas esas directivas en el caso "Monteserín", adonde dicho tribunal señala que, " ... el derecho a la vida es el género y el que llama "a la preservación de la salud", su especie o su derivado, toda vez que dice "es comprensivo". Y agrega: "...La obligación internacional convenida por el Estado argentino, donde se compromete a asegurar prestaciones de salud a su población, es de medios; fundamos nuestra posición, precisamente, en el Derecho Internacional, por ser el Derecho aplicable en el supuesto de que se le atribuya al Estado la realización de un hecho ilícito internacional que le genere responsabilidad...".

"...Los Estados partes se han obligado "hasta el máximo de los recursos" de que dispongan para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos reconocidos en dicho tratado (art. 2º, inc. 1º). En lo que concierne al modo de realización en Estados de estructura federal, el propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha reconocido que dicha estructura exige que los cantones sean los responsables de ciertos derechos, pero también ha reafirmado que el gobierno federal tiene la responsabilidad legal de garantizar la aplicación del pacto (conf. Naciones Unidas. Consejo Económico Social. *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, sociales y Culturales. Informes iniciales presentados por los Estados partes con arreglo a los arts. 16 y 17 del Pacto. Observaciones. Suiza-* E/1990/5/Add.33-, 20 y 23 noviembre de 1998, publicado por la Secretaría de Investigación de Derecho Comparado de esta Corte en *Investigaciones* 1 (1999), ps. 180 y 181)...".

En la actualidad el Sistema de Salud en nuestro país está conformando de esta manera:

* Sistema Estatal: Areas Estatales y Hospitales públicos

* Sistema Semipúblico: Obras Sociales Sindicales o Especiales, Obras Sociales Universitarias y otras Mutualidades dependientes de Colegios Profesionales/ Hospitales de Comunidades.

* Sistema Privado: Seguros Privados o Empresas de Medicina Prepaga

Con respecto al Sector Privado, a cargo de los Seguros Privados y de las llamadas Empresas de Medicina Prepaga, se destaca el bajo nivel de regulación con que el mismo se vino desenvolviendo, ya que no se contaba hasta hace poco con normativa específica que regule el tema. Hoy en día rige la Ley 26682.

En cuanto al proceso de desregulación de las Obras Sociales que se inició en paralelo con el de Reforma del Estado en la década de 1990, no logró igual éxito que este último, quedando la iniciativa referida a las Obras Sociales a mitad de camino. Hoy en día las mismas han subcontratado en la práctica las prestaciones de salud con empresas de medicina prepaga. Es posible con ciertas restricciones mudar de Obra Social pero sólo entre Obras Sociales Sindicales; muchas Obras Sociales se encuentran desfinanciadas o no se han modernizado. Esto hace que la transformación de ese Sector haya quedado concretada sólo a medias[28].

Repetto y Alonso[29] dicen textualmente respecto de estos temas: "... A pesar de las idas y vueltas en la normativa, no se alcanzó, durante los noventa un marco regulatorio efectivo que

28 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit. pág. 18 a 20.

29 REPETTO, Fabián- ALONSO, Guillermo V. –ob. cit. pág. 20 a 25.

permitiese evitar estrategias de "descreme" mediante la diferenciación de planes al interior de cada obra social. Esta dinámica se ha acentuado con las asociaciones *de facto* entre algunas obras sociales y empresas de medicina prepaga u obras sociales de personal de dirección, que han avanzado en la competencia mediante la oferta de planes de servicios diferenciales para captar la demanda de mayor poder adquisitivo. Dichas tendencias han tendido a cristalizar la dualización del sistema entre obras sociales "ricas" y "pobres", e incluso ha erosionar el criterio de solidaridad segmentada que le era propio. Es que tanto la introducción de la libre elección de obra social como el establecimiento del "piso" común de acceso definido por el PMO presuponían como condición *sine qua non* la necesidad de un Estado eficaz para regular y fiscalizar, pero las capacidades institucionales heredadas por la "nueva" Superintendencia estaban lejos de garantizar este requisito indispensable...".

A los efectos de lograr un mejor servicio desde el Ministerio de Salud se impuso a las Obras Sociales[30] y a las Empresas de Medicina Prepaga[31] el cumplimiento de un PMO (Plan Médico Obligatorio) para uniformar la cobertura. Pero este sistema -de alcance legal a través de Leyes de Orden Público- sólo alcanza a las Obras Sociales Nacionales y a las Prepagas (quedando fuera las Obras Sociales Provinciales).

Por lo tanto, el sistema está plagado de contradicciones y no alcanza a cubrir a los individuos de una manera regular.

Este sistema debe ser -a todas luces- reformado y ello es una tarea a cargo del Estado

30 Ley 24455- ADLA- LV- B- pág. 1533
31 Ley 24754 –ADLA-LVI-E- pág. 6129

Nacional, en virtud de lo previsto en el artículo 75 inciso 23 de la Constitución Nacional. Este último debe proveer a la adecuada configuración de los Subsectores público, semipúblico y privado de la Salud -a nivel federal- a través de normas de policía, dado que las Obras Sociales y las Prepagas también forman parte del Sistema de Salud vigente en la Argentina, sistema que debe instrumentarse a partir de normas asegurativas de un mínimo en la materia, con nivel de Leyes Federales. En la especie, me refiero a las normas que el Estado Nacional debe dictar en calidad de "garante", atribuciones que son de carácter exclusivo de éste último.

Recordemos que las Provincias no han delegado la regulación de la Salud –en su propio ámbito- y por ende retienen la facultad de complementar y aún la de dar mayor protección a sus habitantes en ésta temática, de acuerdo al texto de cada Constitución Provincial.

Además, el Estado nacional debe en primer término a través del Ministerio de Salud encarar -a través del Consejo Federal de Salud- la tarea de coordinar a las Provincias y a la Nación para que arriben a acuerdos -propios del Federalismo de Concertación- que aseguren el Mínimo que debe proveer el Estado Nacional (como garante) y los Estados Provinciales como responsables primarios de la Política Sanitaria – asegurando en cada caso proveer al debido financiamiento concreto de la actividad sanitaria regulada-, configurando de este modo adecuadamente el Sector de la Salud en la Argentina en este Tercer Milenio.

EL DERECHO URBANÍSTICO COMO UNA RAMA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

FRANCISCO JAVIER COQUIS VELASCO*

SUMARIO: I. Concepto del Derecho Urbanístico II. Etapas del Derecho urbanístico. III. Fundamento Constitucional del Derecho Urbanístico IV. Estructura Normativa del Derecho Urbanístico

I. CONCEPTO DEL DERECHO URBANÍSTICO

En el mundo las llamadas "sociedades avanzadas" se enfrentan en general a un problema: el crecimiento desordenado de los centros de población, con los problemas conexos relacionados con la utilización racional del suelo, el desarrollo socioeconómico equilibrado, la protección del medio ambiente urbano, entre otros, lo que impacta negativamente en el mejoramiento de la calidad de vida.

Es por lo anterior, que resulta necesario hacer efectivo el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes del país, sobre todo en aquellas grandes ciudades donde se concentran la mayoría de los problemas urbanos.

Y es aquí donde nuestra materia interviene ya que es entre otras cosas, es el encargado de regular lo relacionado con urbanización. Según Ricardo

* Licenciado en Derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, Maestro en Administración Pública por el Instituto Nacional de Administración Pública, Doctor en Derecho por la UNAM, Profesor de la Facultad de Derecho tanto de la licenciatura como del Posgrado y Académico del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la propia Universidad Nacional Autónoma de México.

Estévez, "el Derecho Urbanístico es aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación en el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planeamiento urbanístico."

Por su parte Rebollo Puig define al Derecho Urbanístico como "el sector del ordenamiento que regula los asentamientos de población en el espacio o, mas concretamente, loso fenómenos de creación, desarrollo y progreso de las ciudades".

De acuerdo con Eduardo García de Enterria, el Derecho Urbanístico se encuadra en la organización administrativa y la participación ciudadana, los derechos ciudadanos y la incidencia urbanística de la ordenación y el derecho a la propiedad, así como en el régimen financiero de las urbes.[1]

Al respecto afirma Ruiz Massieu que atrás de ésta disciplina se halla un proyecto social, un proyecto ideológico o la llamada justicia urbana, siendo esta la que da contenido, racionalidad, orden y dirección a la cuidad. [2]

Nosotros consideramos que el Derecho Urbanístico es una rama del Derecho Administrativo conformada por el sistema de normas jurídicas, así como, el conjunto de principios, que a través de la planeación, regulan la ordenación del territorio y el uso del suelo, y por tanto fijan los derechos y obligaciones del propietario de éste, para la creación, desarrollo, modificación, y progreso,

1 Coquis Velasco, Francisco Javier, *Retos del Derecho Urbanístico,* Tesis de Doctorado, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2014, p. 43.

2 Ibidem, p. 44

de los núcleos de población en beneficio de la comunidad.[3]

Ubicación del Derecho urbanístico

Tradicionalmente hemos estudiado la división del derecho en tres apartados: publico, privado y social. Al derecho urbanístico lo debemos ubicar dentro del derecho público como parte importante o rama del derecho administrativo. .

Según el profesor Ricardo Estévez, "El derecho urbanístico es aquella parte del Derecho Administrativo que tiene por objeto la regulación del régimen jurídico aplicable a las distintas clases de suelo, haciendo compatible el derecho a la edificación en el cumplimiento de una serie de cargas establecidas en beneficio de la comunidad directamente por la legislación urbanística aplicable o, en su virtud, por el planeamiento urbanístico."[4]

Al ser de interés público la actividad que regula el derecho urbanístico, es consecuencia que pertenezca al apartado del derecho público. Ahora bien al ser controlado o gestionado por la Administración Publica, nos lleva a que se encuentre dentro del derecho administrativo.

Existen diversos autores que dividen sus opiniones, algunos a favor y otros en contra en relación a la autonomía del derecho urbanístico, lo anterior obedece al estudio que se hace de la disciplina en otros países, pues en algunos se encuentra muy desarrollado el temas y por tanto se está a favor y en otros países como el nuestro se niega una independencia del derecho urbanístico

3 Ibidem, P. 47
4 Ibidem, p. 42.

del derecho administrativo.[5]

Nosotros consideramos al derecho urbanístico como parte del derecho administrativo, siendo una rama de éste, ya que tal y como señala Oscar López Velarde,[6] para que una rama de la Ciencia del Derecho tenga independencia, debe poseer tres clases de autonomía:

Didáctica; que se imparta como asignatura independiente en las universidades

Jurídica; que tenga su propio cuerpo de leyes y disposiciones jurídicas, doctrina nacional o extranjera, principios generales del Derecho y jurisprudencia.

Científica; que tenga su propio método y principios técnicos, y se apoye en una ciencia auxiliar.

Luego entonces el derecho urbanístico carece aún de autonomía, ya que si bien es cierto que la autonomía didáctica existe ya que en Universidades como la Autónoma de Aguascalientes, Iberoamericana, La Salle o la Autónoma Metropolitana se imparte como una asignatura independiente, también lo es el hecho de que en cuanto a autonomía jurídica aun falta fortalecer la estructura normativa, pues como veremos las normas jurídicas que integran al derecho urbanístico se encuentran dispersas en la legislación federal, estatal y municipal.

Y en cuanto a la autonomía científica, no podemos dejar pasar inadvertido que el derecho urbanístico se apoya y fundamenta en los principios técnicos que se derivan de su ciencia auxiliar, que es el Urbanismo, actividad que se regula jurídicamente por sus principios y criterios técnicos.

5 Ibidem, p. 142.
6 Ídem.

Por lo anterior consideramos que el Derecho Urbanístico es una rama del Derecho Administrativo, ya que se trata de un derecho especial, que participando de las normas de Derecho privado y público, ofrece cierta peculiaridad que le distingue de éstos. Asimismo, se le ha considerado, como una rama jurídica interdisciplinaria y social, que formaliza jurídicamente al Urbanismo e integra un conjunto de normas jurídicas de naturaleza distinta, que tiene un objeto de regulación común. [7]

II. ETAPAS DEL DERECHO URBANÍSTICO.

Se deben considerar estas tres etapas para que se pueda dar la integración e implementación del Derecho Urbanístico:

1.- El Planeamiento urbanístico, referido a las clases de planes, su contenido, elaboración, aprobación y efectos.

2.- La gestión urbanística, consistente en la ejecución de los planes,

3.- La disciplina urbanística, consistente en la intervención administrativa de la autoridad de manera preventiva respecto de la edificación y el uso del suelo, así como de sanciones.

Lo anterior, asado en la normatividad constitucional y legal, así como en la distribución de funciones entre federación, estados y municipios.

1.- El Planeamiento urbanístico

Comenzaremos diciendo que la plantación es la acción anticipada para establecer los fines y medio necesarios que permitan realizar determinadas

7 López Velarde Vega, Oscar, citado por Coquis Velasco Francisco, Ibidem, p. 144.

actividades.

El termino plan como uno de los conceptos centrales del Derecho Urbanístico, "adquiere una significación equivalente a la de plano, aludiendo, por lo tanto, a una cierta forma de representación grafica de una realidad determinada y, mas concretamente, de lo que en el aspecto material quiere hacerse con esa realidad a resultas del concreto programa de acción al que el plan responde." [8]

En México la planeación se concibe como el medio para el desempeño eficaz de la responsabilidad del Estado sobre el desarrollo integral del país, corresponde al Ejecutivo Federal la conducción de la planeación nacional del desarrollo, entendida esta como la ordenación racional y sistemática de acciones que tiene como propósito la transformación de la realidad nacional, de conformidad con las normas, principios, y objetivos que la Constitución y las leyes establecen.

Mediante la planeación, se fijaran objetivos, metas, estrategias y prioridades; se asignaran recursos, responsabilidades y tiempos de ejecución, se coordinan acciones y se evalúan resultados.[9]

En México, el articulo 25 de la Constitución Federal, señala el fundamento de la obligación del Estado para llevar la rectoría del desarrollo nacional, el cual deberá realizar en términos reales mediante una planeación perfectamente definida, mientras que en el articulo 26 constitucional se prevé un Sistema Nacional de Planeación, la cual tiene como objetivo lograr un crecimiento económico que impacte en el empleo y sobre todo logre una justa distribución del ingreso y la riqueza

8 Fernández, Tomas-Ramón, citado por Coquis Velasco, Francisco Javier, Ibidem, p. 55.

9 Ibidem., p. 56.

con la que cuenta el país.[10]

Cabe destacar que la ley establece también los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social, además alentara y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y de esta manera contribuyen al desarrollo económico nacional, en los términos que la propia Constitución establece.[11]

Planes Estatales y Municipales

Por su parte los Planes Estatales de Desarrollo Urbano, derivan de la facultad establecida a las Entidades Federativas tanto en los artículos 25 y 26 de la Carta Magna, así como de la Ley de Planeación y la Ley General de Asentamientos Humanos, además de las propias leyes locales que son publicadas en razón de la facultad constitucional señalada en el artículo 73. Dichos Planes deberán estar acorde con el Programa Nacional de Desarrollo Urbano que deriva del Plan Nacional de Desarrollo.

Por lo que hace a los Planes de desarrollo Urbano Municipal, son derivados de la facultad constitucional establecida en los artículos 25, 26 y 115, así como de la Ley de Planeación y Ley General de Asentamientos Humanos.

Estos Planes deberán elaborarse acorde con el Programa Nacional de Desarrollo Urbano derivado del Plana Nacional de Desarrollo y con los Planes Estatales de Desarrollo Urbano, mismos que serán aprobados, ejecutados, controlados, evaluados y modificados por las autoridades locales, con las formalidades previstas en la legislación estatal de

10 Ibidem, p. 60.
11 Ibidem, p. 61

desarrollo urbano de cada entidad.12

2. - La gestión urbanística

Por gestión urbanística entendemos la ejecución de la planeación urbanística. Ya que una vez aprobado el planeamiento, se llevan a la práctica las disposiciones contenidas en él, lo que deberá hacerse no sólo edificando los terrenos según los usos y aprovechamientos establecidos, sino también dotándolos de la correspondiente infraestructura (calles, parques, jardines públicos, etc.). Con esta etapa, el derecho urbanístico hace realidad lo que anteriormente era un esquema o un prototipo de cuidad. La misma está basada en el valor originario y prescriptivo del planeamiento y en el principio de equidistribucion de beneficios y cargas entre los propietarios afectados.

En esta fase, se intenta conseguir la efectiva realización del modelo territorial fijado en la fase del planeamiento, ahora bien, como podemos imaginar, esta ejecución es una tarea compleja y además extensa que no puede llevarse a cabo en un solo acto y es por ello que deben considerarse distintas etapas para su implementación.

De acuerdo a lo anterior, la ejecución del planeamiento se podrá realizar directamente por la Administración actuante (normalmente municipal), como gestión pública directa o por un ente privado que al efecto la Administración Pública determine mediante el proceso correspondiente, llamado agente urbanizador.[13]

Es por ello que la plantación urbana debe estar vinculada con la programación y presupuestacion del gasto publico, estableciendo los mecanismos y

12 Ibidem, p. 63
13 Ibidem, p. 67

procedimientos necesarios para su ejecución, pero sobre todo sujetos al control y con la imposición de sanciones a las autoridades responsables en caso de incumplimiento, por lo que se hace necesaria la vinculación de normas urbanas a las de plantación y presupuestacion.[14]

3.- La disciplina urbanística

Una vez que el planeamiento ya ha procedido a diseñar la ciudad y que la ejecución ha llevado a cabo la urbanización y edificación de lo previsto en el planeamiento, las Administraciones publicas, no solo la responsable directa del planeamiento y de la ejecución sino todas, deben encargarse de la vigilancia de la concordancia entre lo que establece el planeamiento y lo realmente construido. Incluso los ciudadanos también son garantes de la legalidad urbanística, es decir del respeto a la ley.[15]

La disciplina urbanística es la vigilancia del incumplimiento de los deberes y limitaciones que impone el Derecho Urbanístico. Esta vigilancia, con comprobación *in situ* de las actividades de los administrados, es la que realiza la inspección, orientada a un función de prevención general y sobre todo, a preparar el posible ejercicio de las potestades administrativas de restablecimiento de la legalidad y sancionadora. No es una simple actividad material o técnica de la Administración sino el ejercicio de una potestad que los inspectores ejercen con la condición de agentes de la autoridad y con facultad para exigir información y colaboración de particulares y administrados. [16]

Luego entonces, podemos decir que para

14 Ibidem, p. 68
15 Ibidem, p. 71.
16 Ibidem, p. 72.

garantizar la conformidad con la legalidad urbanística se atribuye una serie de potestades a la Administración para que con base en los deberes, limites o prohibiciones establecidos por el Plan Urbanístico, se determinen una serie de sanciones para lograr que se cumplan las disposiciones o en su caso para reaccionar en caso de incumplimiento, y a esto se le conoce como disciplina jurídica.[17]

III. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DEL DERECHO URBANÍSTICO

Como sabemos la Constitución es suprema en nuestro orden jurídico mexicano y todas las disposiciones normativas y los actos de autoridad deben ajustarse a lo establecido en ella[18] por ende es necesario conocer los preceptos constitucionales que enuncian al derecho urbanístico en México y que son la base sobre la cual descansan las leyes que regulan nuestra materia.

La Constitución Federal en sus artículos 27, párrafo tercero; 73, fracción XXIX-C (que cual se complementa con lo dispuesto en los artículos 115 y 122 que otorgan facultades a los municipios y a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal respectivamente, para legislar en la materia)[19] regula al urbanismo y por ende estos preceptos constitucionales son la base de nuestro Derecho Urbanístico.

El artículo 27 establece el reconocimiento de la potestad estatal para determinar en cualquier momento las modalidades que dicte el interés público a la propiedad privada. Lo anterior implica un reconocimiento de un dominio eminente del

17 Ibidem, p. 73
18 Ibidem, p.152 y 153
19 Ibidem, p. 155.

Estado sobre el territorio, y de manera concreta sobre las tierras. Según se prescribe el Estado puede intervenir en el régimen de la propiedad privada a efecto de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, así como para llevar a cabo una distribución equitativa de la riqueza pública, cuidar de su conservación, lograr el desarrollo equilibrado del país y el mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural y urbana.[20]

De manera general podemos señalar que, el artículo 73, fracción XXIX-C, faculta al Congreso de la Unión para expedir leyes que establezcan la concurrencia del gobierno federal, de los estados y de los municipios, en el ámbito de sus respectivas competencia, en materia de asentamientos humanos, con el objeto de cumplir con los fines previstos en el párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución Federal, motivo por el cual se excedió la Ley General de Asentamientos Humanos.[21]

Y por lo que respecta del articulo 115 constitucional en el cual su fracción II, prevé la facultad de legislativa municipal para expedir bandos de policía y gobierno, reglamentos, circulares y disposiciones administrativas de observancia general dentro de sus respectivas jurisdicciones, que organicen la administración pública municipal, regulen las materias, procedimientos, funciones y servicios públicos de su competencia y aseguren la participación ciudadana y vecinal.[22]

Mientras que su fracción V, en el inciso a), establece que los municipios pueden formular, aprobar y administrar la zonificación y planes de

20 Ibidem, p. 158
21 Ibidem, p. 160
22 Ibidem, p. 161

desarrollo urbano municipal. En el inciso d) se prevén las facultades para autorizar, controlar y vigilar la utilización del suelo, en el ámbito de su competencia, en sus jurisdicciones territoriales, y en el inciso f), para otorgar licencias y permisos para construcciones en los términos de las leyes federales y estatales relativas.[23]

Finalmente el articulo 122 en su base primera, fracción V, inciso j), establece la facultad de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en materia de planeación del desarrollo; en desarrollo urbano, particularmente en uso del suelo; preservación del medio ambiente y protección ecológica; vivienda, construcciones y edificaciones; vías publicas, transito y estacionamiento, por ejemplo.[24]

IV. ESTRUCTURA NORMATIVA DEL DERECHO URBANÍSTICO

La materia urbana se encuentra regulada en diversos ordenamientos jurídicos de distinto nivel jerárquico y de diversas materias a las que podemos llamar Ordenamiento Jurídico Urbanístico, ya que en nuestro país, el Derecho Urbanístico se trata de una materia concurrente, razón por la cual participan los tres órdenes de gobierno, Federal, Estatal y Municipal.

Ahora bien, veamos el orden jerárquico de las normas jurídicas urbanísticas, las cuales son:

A nivel Federal o de Jurisdicción Federal:

- La CPEUM artículos: 25,26, 27, 73, 115

23 Ídem.
24 Ibidem, p. 162

y 122.

- Ley General de Asentamientos Humanos (ley rectora de la materia)
- Ley Agraria
- Ley de Vivienda
- Ley General de Protección al Ambiente
- Ley de Planeación
- Plan Nacional de Desarrollo
- Programa Sectorial de Desarrollo Urbano

A nivel Estatal:

- Leyes locales que pueden tener diversos nombres entre los más comunes se encuentran: Leyes de Desarrollo Urbano, Leyes de Asentamientos Humanos o bien Códigos Urbanos. Las 32 entidades tienen sus respectivas disposiciones en ordenamientos específicos, a excepción del Estado de México que lo hace en el libro 5to de su Código Administrativo.
- Leyes locales de Planeación
- Planes y Programas Estatales de Desarrollo Urbano

A nivel municipal:

- Destacan algunos Bandos de Policía y Buen Gobierno
- Planes y Programas de desarrollo Urbano Municipales.
- Reglamentos

Como vimos en el apartado anterior cuales son las normas constitucionales que dan sustento al Derecho Urbanístico, toca ahora conocer las leyes que forman parte de nuestro régimen legal:

Ley General de Asentamientos Humanos

La actual Ley General de Asentamientos Humanos publicada en el DOF el 21 de julio de 1993, tiene como objetivo establecer la concurrencia de la Federación, de las entidades federativas y de los municipios, para la ordenación y regulación de los asentamientos humanos en el territorio nacional; fijar las normas básicas para planear y regular el ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros de población; definir los principios para determinar las provisiones, reservas, usos y destinos de áreas y predios que regulen la propiedad en los centros de población, y determinar las bases para la participación social en la materia.[25]

Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente

Esta ley regula uno de los aspectos mas importantes para el Derecho Urbanístico ya que uno de los temas que convergen con la concentración de las zonas urbanas es el ecológico o ambiental ya que ambas no pueden desatenderse debido a que son fundamentales para la satisfacción de las necesidades humanas.

La Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente es una base para el urbanismo mexicano, debido a que como expone en su articulo 1° tiene el objeto de reglamentar la garantía del derecho de toda

25 Ibidem, p. 176

persona a vivir en un medio ambiente adecuado para su desarrollo, salud y bienestar; definir los principios de la política ambiental y los instrumentos para su aplicación; de preservar, la restauración y el mejoramiento del ambiente; de preservar y proteger la biodiversidad, así como establecer y administrar las áreas naturales protegidas; aprovechar de modo sustentable, la preservación y en su caso, la restauración del suelo, el agua y los demás recursos naturales, de manera que sean compatibles la obtención de beneficios económicos y las actividades de la sociedad con la preservación de los ecosistemas, previniendo y controlando la contaminación.

Por lo anterior podemos afirmar que existe una estrecha relación entre el urbanismo y el medio ambiente, y el importante contenido de normas urbanísticas en la ley ambiental.[26]

Ley de Vivienda

Esta ley es reglamentaria del articulo 4, párrafo séptimo de la Constitución Política Federal, en el cual se establece el Derecho que tiene toda familia a disfrutar de una vivienda digna y decorosa, que para ser considerada como tal, deberá cumplir las disposiciones en materias de asentamientos humanos y construcción.[27]

Además, menciona que el "mejoramiento de vivienda" es la acción tendiente a consolidar o renovar las viviendas deterioradas física o funcionalmente, mediante actividades de ampliación, reparación, reforzamiento estructural o rehabilitación que propicien una vivienda digna y

26 Ibidem, p. 194-195 y 197.
27 Ibidem, p. 198.

decorosa, mismas que además deberán realizarse conforme a las normas de carácter urbano.[28]

Ley Agraria

Esta ley refiere gran parte de su contenido a la materia urbanística, y en tal virtud señala que el ejercicio de los derechos de propiedad que la regula en lo relacionado con el aprovechamiento urbano y el equilibrio ecológico, se ajusta a lo dispuesto en la Ley General de Asentamientos Humanos, la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente y las demás aplicables a la materia.

Además de establecer que el Ejecutivo Federal promueva la coordinación de acciones con los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios, en el ámbito de sus correspondientes atribuciones, para la debida aplicación de la ley.[29]

Planes de Desarrollo Urbano

Los Planes de Desarrollo Urbano, son aquellos documentos elaborados por los órganos administrativos facultados para ello, con la finalidad de establecer los criterios, principios y procedimientos para la fundación, conservación, mejoramiento y crecimiento de los centros poblacionales. Dichos documentos suelen ser ejecutados bajo un programa, es decir bajo un orden cronológico establecido para su ejecución.

Nuestra Constitución regula la materia de plantación en su artículo 27 párrafo tercero, en él se menciona la obligación de planear y regular la fundación, conservación, mejoramiento y

28 Ibidem, p. 199.
29 Ibidem, p. 2010

crecimiento de los centros de población.[30]

Debemos destacar que la planeación y regulación de ordenamiento territorial de los asentamientos humanos y del desarrollo urbano de los centros de población forman parte del Sistema Nacional de Planeación Democrática, como una política sectorial que coadyuva al logro de los objetivos del plan nacional de los estatales y municipales de desarrollo.[31]

Leyes Locales de Asentamientos Humanos

Con fundamento en los artículos 27, 73 y 115 de la Constitución Federal y con apego a la Ley General de Asentamientos Humanos, las legislaturas de las entidades federativas expidieron entre 1976 y 1977 sus respectivas leyes locales de desarrollo urbano, con la que originalmente se integró en todos sus niveles, la estructura jurídica para la planeación y regulación de los asentamientos humanos en México. En la actualidad, casi todas las entidades federativas han actualizado su legislación urbana, especialmente a partir de la vigente Ley General de Asentamientos Humanos, siguiendo los criterios de la misma.[32]

COLCLUSIONES

En conclusión, el Derecho Urbanístico forma parte del Derecho y se puede considerar como una rama del Derecho Administrativo conformada por el sistema de normas jurídicas, así como, el conjunto de principios, que a través de la planeación, regulan la ordenación del territorio y el uso del

30 Ibidem, p. 219
31 Ibidem, p.220
32 Ibidem, p. 227

suelo, y por tanto fijan los derechos y obligaciones del propietario de éste, para la creación, desarrollo, modificación, y progreso, de los núcleos de población en beneficio de la comunidad.

Y las etapas de la urbanización son a) planeamiento, b) gestión y c) disciplina. A la planeación la consideramos como trazar o diseñar por dónde crecerá la cuidad en el suelo que no está urbanizado y que es susceptible de urbanización, destacando qué se va a hacer durante los próximos años en el suelo urbano; la gestión es la ejecución del planeamiento conforme a las normas y técnicas de la urbanización; y la vigilancia de la concordancia entre lo establecido en el plan y lo ejecutado, respectivamente. Y la disciplina, donde encontramos que es la inspección urbanística entendida como la acción de verificar o vigilar la ejecución de un acto conforme a la norma establecida y las sanciones como consecuencia de la violación a las normas urbanísticas.

Además vimos que la materia urbana se trata de una materia concurrente, razón por la cual participan los tres órdenes de gobierno, Federal, Estatal y Municipal.

A nivel Federal se encuentra la Constitución Federal (como base del Derecho Urbanístico) en sus artículos: 25,26, 27, 73, 115 y 122, y la Ley General de Asentamientos Humanos (ley rectora de la materia), la Ley Agraria, la Ley de Vivienda, la Ley General de Protección al Ambiente, la Ley de Planeación, el Plan Nacional de Desarrollo y el Programa Sectorial de Desarrollo Urbano.

Mientras que a nivel Estatal, encontramos las Leyes Locales las cuales pueden tener diversos nombres como: Leyes de Desarrollo Urbano, Leyes de Asentamientos Humanos o bien Códigos Urbanos. Enfatizando además que las 32

entidades tienen sus respectivas disposiciones en ordenamientos específicos, además de las Leyes locales de Planeación y los Planes y Programas Estatales de Desarrollo Urbano

Por su parte a nivel municipal destacan algunos Bandos de Policía y Buen Gobierno, Planes y Programas de desarrollo Urbano Municipales y Reglamentos

Como citamos antes, nosotros consideramos que el Derecho Urbanístico es una rama del Derecho Administrativo, ya que se trata de un derecho especial, que participando de las normas de Derecho privado y público, ofrece cierta peculiaridad que le distingue de éstos. Asimismo, se le ha considerado, como una rama jurídica interdisciplinaria y social, que formaliza jurídicamente al Urbanismo e integra un conjunto de normas jurídicas de naturaleza distinta, que tiene un objeto de regulación común.[33]

En nuestra opinión existe una gran necesidad de dar mayor evolución a normas de derecho urbanístico, ya que recordemos, vivimos en una de las zonas metropolitanas mas grandes y conflictivas del mundo, por lo cual no debemos de dudar de la importancia y necesidad de fortalecer esta nueva rama de la ciencia jurídica, cuya importancia radica en que es el principal instrumento de ordenación y regulación del desarrollo urbano y de los asentamientos humanos de nuestro país.[34]

33 López Velarde Vega, Oscar, citado por Coquis Velasco Francisco, Ibidem, p. 144.

34 Ibidem, p. 143.