

Álvaro Sánchez Bravo (Director)

---

# Semper Sapiens

Libro homenaje al Profesor  
Dr. Felipe Rotondo Tornarí



AADMDS

ASOCIACIÓN DE ACADÉMICOS  
DE MEDICINA Y DENTADURA

am



Álvaro Sánchez Bravo (Director)

# SEMPER SAPIENS

Libro homenaje al  
Prof. Dr. Felipe Rotondo Tornaría

## **Semper Sapiens**

Libro homenaje al Prof. Dr. Felipe Rotondo Tornaría  
VV. AA.

Editado por:  
Editorial Alma Mater  
Paseo de las Delicias, 30, 2º. Madrid (España)

info@editorialalmamater.com  
www.editorialalmamater.com  
Impreso en España  
ISBN: 979-88-01979-36-6

Maquetación, diseño y producción: Editorial Alma Mater  
© 2022 Editorial Alma Mater

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización por escrito de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de esta edición mediante alquiler o préstamos públicos.

# ÍNDICE

PRÓLOGO.....	11
PRÓLOGO.....	15
ECOLOGÍA INTEGRAL Y DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA	
Álvaro Sánchez Bravo.....	19
A PROTEÇÃO ESPELEOLÓGICA NO BRASIL E A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE CAVERNAS	
Alexandre Oheb Sion.....	39
EL IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PREDICIONES BASADAS EN ALGORITMOS: LAS GARANTÍAS DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS	
Ana Garriga Domínguez.....	59
LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REDES SOCIALES Y FUNCIÓN PÚBLICA EN URUGUAY	
Ana Inés Abarro Rognoni.....	75
PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS DESPLAZAMIENTOS MEDIOMBIENTALES	
Andrea Elena Grigore.....	89
BUENA ADMINISTRACIÓN Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y PRIMERAS MEDIDAS	
Augusto Durán Martínez.....	109
APUNTES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO	
Carlos A. Villanueva Martínez.....	135

## SUSTENTABILIDAD DE LAS COMPRAS PÚBLICAS

Carlos E. Delpiazzo.....149

## VULNERACION DERECHO IGUALDAD EM LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCOCIMIENTO

Carmen Algar Jiménez.....171

## A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E O DEVER DE REGULAÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Clovis Gorczewski.....183

## ¿POR QUÉ EL DIÁLOGO? EMERGENCIA DE LA PALABRA Y EJERCICIO DEL PENSAR

María Cristina Sánchez León PhD.....207

## LA ESTRATEGIA JURÍDICO-INSTITUCIONAL DE URUGUAY FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Cristina Vázquez.....219

## TOMA DE CONCIENCIA Y DIGNIDAD HUMANA: LA LUCHA Y EL GOCE DE LOS DERECHOS A PARTIR DE PAULO FREIRE

David Sánchez Rubio.....235

## LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN LA LEY 7/2021, DE 1 DE DICIEMBRE, DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA

Elisa Prados Pérez.....257

## MINERÍA Y HUELLA DEL CARBONO EN ESPAÑA

Encarnación Montoya Martín.....275

## EL JURISTA ANTE LOS RETOS DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA 4.0

Fernando H. Llano Alonso.....305

LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO GARANTÍA  
PARA EL ADMINISTRADO

Graciela Ruocco. .... 325

TRATAMIENTO EN EL IRPF DE  
LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS

Guadalupe Medina Casado. .... 341

DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD

Guillermo Sánchez Luque. .... 371

LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y  
EL USO DE VEHÍCULOS AUTÓNOMOS EN ÁREAS  
MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

Iraida Angelina Giménez. .... 395

LA TRANSPARENCIA EN LOS GOBIERNOS Y  
ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL  
REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL

Jaime Rodríguez-Arana. .... 411

MINIMALISMO CÍVICO Y EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA.  
DOS PROPUESTAS PARA PENSAR UNA TEORÍA POLÍTICA  
DE LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI

Jesús Ignacio Delgado Rojas. .... 443

CONSIDERAÇÕES SOBRE RAZÃO DE ESTADO E  
DEMOCRACIA EM NORBERTO BOBBIO

José Alcebíades de Oliveira Junior. .... 459

PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA:  
UNA INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICAMENTE  
ADECUADA

Marciano Buffon. .... 465

INTELIGENCIA ARTIFICIAL, NEURODERECHOS  
Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

María José Viega. .... 483

NOTICIAS FALSAS Y POSTVERDAD EN TIEMPOS  
DE COVID: CÓMO COMBATIR LA DESINFORMACIÓN

Nuria Belloso Martín..... 497

A NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA E O DEVER  
DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS  
CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE  
SERVIÇOS DE MAO DE OBRA

Rodrigo Coimbra..... 535

EL (NUEVO) DERECHO FUNDAMENTAL A LA  
PROTECCIÓN DE DATOS DE DATOS PERSONALES  
EN BRASIL EN EL CONTEXTO GLOBAL

Temis Limberger. .... 551

CONTROL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS  
EN MATERIA DE ÉTICA PÚBLICA

Ximena Pinto Nerón. .... 575



# SEMPER SAPIENS

Libro homenaje al  
Prof. Dr. Felipe Rotondo Tornaría







# PRÓLOGO

Escribir un prólogo o prefacio para el libro de homenaje al Profesor Felipe Rotondo es, desde luego, una tarea grata porque el personaje rebosa cordialidad por todos los poros de su piel, y difícil porque Felipe Rotondo, un uruguayo que siempre ha llevado muy alta el estandarte de su patria allí por donde ha pasado, es un profesor de amplia trayectoria en quien he visto, a lo largo de los años, confirmada una de las convicciones más intensas de otro grande del Derecho Administrativo, Mariano Brito, a quien Felipe, y quien escribe, consideramos un gran académico y, por sobre todo, una gran humanista.

Es de justicia, por tanto felicitar a la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y a la Editora Alma Mater de Punto Rojo Libros y, muy especialmente, al querido profesor Alvaro Sánchez Bravo por esta merecida y justa iniciativa que a todos los administrativistas nos llena de júbilo y alegría pues se trata, nada más y nada menos, que de homenajear a un hombre de bien que en su actividad académica ha desplegado las mejores virtudes del quehacer y del oficio universitario. Enseñar y transmitir el gusto por la búsqueda de la verdad y por hacer atractiva esa tarea tan relevante como olvidada en nuestro medio, cual es el compromiso con la justicia, con esa permanente y constante voluntad de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, lo que le es propio, lo que se merece.

Conocí a Felipe Rotondo con ocasión de un encuentro con los antiguos alumnos del INAP de España en la República del Uruguay. El INAP, el Instituto Nacional de Administración Pública del Reino de España, es una institución señera que, en materia de derecho administrativo y ciencia administrativa, ha abierto muchos espacios académicos y profesionales a funcionarios de allén de los mares. Felipe es uno de ellos, uno de los mejores representantes de esa legión de hombres y mujeres que día a día siguen transmitiendo el rigor, la ética y el compromiso de la función pública, una tarea cada

vez más importante en un mundo en que parece que lo único que cuenta es el poder, el dinero y la fama o la notoriedad.

La ejecutoria académica de Felipe Rotondo está entretejida de actividades académicas y de actividades profesionales coherentes con su compromiso docente. No podemos olvidar, por ejemplo, que todavía labora en el órgano colegiado de transparencia de la República del Uruguay, siguiendo la estela de tantos profesores de derecho administrativo que han querido arrimar el hombro a la actividad pública asumiendo funciones de servicio en diferentes momentos de su vida. Felipe es uno de ellos, un académico que siempre se ha distinguido por la noble vocación de servicio público que preside toda su vida.

Es notable registrar la nómina de autores que se han sumado a esta obra colectiva en honor del profesor Rotondo. Por supuesto, profesoras y profesores uruguayos, jóvenes y más veteranos, que certifican el afecto y admiración intelectual que profesan a Felipe. Pero también debe subrayarse la presencia de tantos colegas, muchos de ellos miembros de esa gran familia de administrativistas que es el FIDA, el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, que no han querido faltar, a pesar de compromisos de toda índole, a este evento académico y humano como es un liber amicorum como el que hoy ve la luz.

Pienso que se me ha encargado que escriba estas líneas por ser en la actualidad el presidente del FIDA, institución en la que ingresó Felipe hace ya muchos años de la mano de Mariano Brito y Carlos Delpiazzo, miembros fundadores de este club de amigos como gustaba decir al recordado profesor José Luís Meilán. Entre los compañeros del FIDA Felipe es querido y muy reconocido siendo sus aportes bien relevantes y constantes pues desde que entró a formar parte de la institución, siempre ha estado presente en las reuniones y congresos anuales enviando con puntualidad germánica sus aportaciones antes de la fecha establecida.

El lector comprobará que en esta obra colectiva hay trabajos que se refieren a los más variados aspectos del Derecho Administrativo, si bien los estudios sobre transparencia y protección de datos se llevan la palma por obvias razones. Es lógico, porque me parece que son los temas de la preferencia del profesor Felipe Rotondo y todos hemos querido hacer un esfuerzo para reconocer su magisterio precisamente en estas materias dedicando a su persona trabajos y estudios centrados en estas cuestiones hoy de gran actualidad en un mundo en el que se habla y se escribe por doquier sobre nuevas tecnologías y gobierno abierto.

Termino estas breves líneas pensando en que le diría Mariano Brito a Felipe Rotondo con tal ocasión. No es difícil, a mi juicio, adivinarlo. Le diría, nos lo dice a todos, que el Derecho Administrativo está fundado en la dignidad humana y que, por lo tanto, la transparencia y las exigencias de un gobierno abierto no son más, ni menos, que la lógica consecuencia de entender que el poder público existe, y se justifica, en la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales de la persona. Ojala que no se nos olvide.

A Coruña, diciembre de 2021.

Jaime Rodríguez-Arana.

Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global.

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.





# PRÓLOGO

He recibido, con alegría, la invitación del Dr. Álvaro Sánchez Bravo, para hacer el prólogo de esta obra en honor al Ilustre Maestro Prof. Dr. Felipe Rotondo Tornaría. Esto significa, para mí, mucho más que escribir una presentación singular, significa la oportunidad de una expresión afectiva y reflexiva sobre un compañero profesor que se hizo amigo.

Fue en la primavera de 2015 cuando tuve el gusto de conocer al Prof. Dr. Rotondo. Al visitar la Universidad de Santa Cruz do Sul, para participar en un evento internacional, nos reunimos, junto con otros colegas, entre ellos el Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo, de la Universidad de Sevilla. La empatía y generosidad del profesor Rotondo enseguida nos conquistó y pronto tuvimos la oportunidad, para nuestro deleite, de varios otros encuentros, algunos en las maravillosas tierras de Uruguay, donde una vez más se hizo patente su nobleza.

Dr. Rotondo es uno de esos personajes cautivadores, de los que disfrutamos y nos regocijamos al estar en su presencia.

Además de su reconocida trayectoria en el ejercicio de la abogacía, su intensa participación política, su ética y aporte a la sociedad, es un académico altamente reconocido.

Diplomado en Dirección y Administración Pública, por el Instituto Nacional de Administración Pública de España, es Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, y Doctor en Diplomacia por la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Fue Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República de Uruguay. Profesor en Cursos de Maestría de Derecho en la Universidad de Montevideo y en el Posgrado de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Integrante del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, del Consejo

Ejecutivo de la Unidad Reguladora y de Protección de Datos, así como miembro de la Comisión Nacional del Servicio Civil.

En su dedicación a la academia, contribuyó con numerosas actividades académico-administrativas: fue Director del Instituto de Derecho Administrativo de aquella reconocida Universidad, secretario general del Consejo Directivo Central de la Administración Nacional de Educación Pública; Gerente de la Caja de Jubilaciones y Pensiones de los Profesionales Universitarios e integrante del Consejo Nacional Consultivo de Educación Superior, y del Consejo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y de la Asamblea General de la Universidad.

Sus numerosas actividades académicas nunca le impidieron confraternizar con estudiantes, asesores y amigos.

Como doctrinador, es autor de numerosas publicaciones científicas en temas de Derecho Público y Protección de Datos. Merecen destaque su **Manual de Derecho Administrativo**, obra ya en su 11ª edición, así como la **Actualización en Derecho Administrativo**.

Se ha jubilado por la Universidad de la República, pero como dijo Max Amadeus, la jubilación es para los que nunca hicieron lo que quisieron. Aquellos que hacen lo que les gusta no quieren parar nunca. Así Rotondo, eterno maestro, continuó en la Universidad de Montevideo su noble misión como educador, influyendo a las nuevas generaciones de pensadores del derecho con clases de posgrado y como director del Máster en Derecho Administrativo Económico.

Por su experiencia, en el año de 2020 asume como presidente de la Unidad Reguladora y de Control de Datos Personales de Uruguay.

Deseo, además de elogiar la iniciativa del Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo, agradecer por la oportunidad de participar en este justo y

merecido homenaje que sus amigos le rinden al distinguido Profesor Dr. Felipe Rotondo Tornara. Un justo homenaje a quien tanto aporta al derecho y la justicia.

Desde Rio Grande do Sul, Brasil, en verano de 2022.

Prof. Dr. Clovis Gorczewski.



# ECOLOGÍA INTEGRAL Y DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA

Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo.  
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

Al querido Maestro, Amigo, y Ejemplar Intelectual, Felipe Rotondo Tornaría.

## 1. INTRODUCCIÓN. DOCTRINA SOCIAL DE LA IGLESIA (DSI)

La doctrina social es el anuncio de fe que hace el Magisterio ante las realidades sociales, que se elabora principalmente desde el punto de vista de la moral y de la justicia social, y propone principios de reflexión, extrae criterios de juicio, y da orientaciones para la acción<sup>1</sup>.

Como señala el Catecismo de la Iglesia Católica, *“la revelación cristiana [...] nos conduce a una comprensión más profunda de las leyes de la vida social”* (GS<sup>2</sup> 23). *La Iglesia recibe del Evangelio la plena revelación de la verdad del hombre. Cuando cumple su misión de anunciar el Evangelio, enseña al hombre, en nombre de Cristo, su dignidad propia y su vocación a la comunión de las personas; y le descubre las exigencias de la justicia y de la paz, conformes a la sabiduría divina.*<sup>3</sup>

---

<sup>1</sup> <http://www.lexicon-canonicum.org/materias/derecho-del-munus-docendi/doctrina-social-de-la-iglesia/>

<https://opusdei.org/es-es/articulo/que-es-doctrina-social-iglesia-preguntas-fe-cristiana/>  
<sup>2</sup> CONSTITUCIÓN PASTORAL *GAUDIUM ET SPES* SOBRE LA IGLESIA EN EL MUNDO ACTUAL (GS). [https://www.vatican.va/archive/hist\\_councils/ii\\_vatican\\_council/documents/vat-ii\\_const\\_19651207\\_gaudium-et-spes\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/hist_councils/ii_vatican_council/documents/vat-ii_const_19651207_gaudium-et-spes_sp.html)

<sup>3</sup> Catecismo de la Iglesia Católica (CIC), 2419.  
[https://www.vatican.va/archive/catechism\\_sp/index\\_sp.html](https://www.vatican.va/archive/catechism_sp/index_sp.html)

Sus principios fundamentales son el *bien común*, la *solidaridad* y la *subsidiariedad*<sup>4</sup>.

Se trata de una doctrina que se destina a la sociedad civil, por lo que sus materias no son objeto de regulación canónica en la Iglesia de modo directo, aunque sí influyen indirectamente en el ordenamiento<sup>5</sup>.

Esta enseñanza se presenta en documentos de diverso rango: encíclicas, exhortaciones apostólicas, radiomensajes, cartas apostólicas, pastorales. Este patrimonio eclesial de pensamiento y acción se ha ido organizando y reorganizando en los últimos años, a partir de la Encíclica *Rerum Novarum*<sup>6</sup> de León XIII (1891), bajo el nombre de “Enseñanza Social” o “Doctrina Social de la Iglesia”<sup>7</sup>, como un conjunto de principios de reflexión de valoración permanente, criterios de juicio y orientaciones para la acción, por las que la Iglesia anima a los cristianos a ser ciudadanos responsables.

---

<sup>4</sup> Compendio de Doctrina Social de la Iglesia (CDSI), 160-209. [https://www.vatican.va/roman\\_curia/pontifical\\_councils/justpeace/documents/rc\\_pc\\_justpeace\\_doc\\_20060526\\_compendio-dott-soc\\_sp.html](https://www.vatican.va/roman_curia/pontifical_councils/justpeace/documents/rc_pc_justpeace_doc_20060526_compendio-dott-soc_sp.html)

<sup>5</sup> *La doctrina social, por tanto, es de naturaleza teológica, y específicamente teológico-moral, ya que «se trata de una doctrina que debe orientar la conducta de las personas». «Se sitúa en el cruce de la vida y de la conciencia cristiana con las situaciones del mundo y se manifiesta en los esfuerzos que realizan los individuos, las familias, operadores culturales y sociales, políticos y hombres de Estado, para darles forma y aplicación en la historia». La doctrina social refleja, de hecho, los tres niveles de la enseñanza teológico-moral: el nivel *fundante* de las motivaciones; el nivel *directivo* de las normas de la vida social; el nivel *deliberativo* de la conciencia, llamada a mediar las normas objetivas y generales en las situaciones sociales concretas y particulares. Estos tres niveles definen implícitamente también el método propio y la estructura epistemológica específica de la doctrina social de la Iglesia. CDSI 73.*

<sup>6</sup> CARTA ENCÍCLICA RERUM NOVARUM DEL SUMO PONTÍFICE LEÓN XIII SOBRE LA SITUACIÓN DE LOS OBREROS. (RN) [https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf\\_l-xiii\\_enc\\_15051891\\_rerum-novarum.html](https://www.vatican.va/content/leo-xiii/es/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html)

<sup>7</sup> *La doctrina social de la Iglesia se desarrolló en el siglo XIX, cuando se produce el encuentro entre el Evangelio y la sociedad industrial moderna, sus nuevas estructuras para producción de bienes de consumo, su nueva concepción de la sociedad, del Estado y de la autoridad, sus nuevas formas de trabajo y de propiedad. El desarrollo de la doctrina de la Iglesia en materia económica y social da testimonio del valor permanente de la enseñanza de la Iglesia, al mismo tiempo que del sentido verdadero de su Tradición siempre viva y activa. CIC, 2421.*

Ahora bien, al margen de las diversas consideraciones respecto al concreto contenido que subyace bajo la denominación genérica de DSI, siguiendo a Juan Pablo II, es «la cuidadosa formulación del resultado de una atenta reflexión sobre las complejas realidades de la vida del hombre en la sociedad y en el contexto internacional, a la luz de la fe y de la tradición eclesial»<sup>8</sup>

Como señala la DSI, “*con su doctrina social la Iglesia «se propone ayudar al hombre en el camino de la salvación»<sup>9</sup>*: se trata de su fin primordial y único. No existen otras finalidades que intenten arrojarse o invadir competencias ajenas, descuidando las propias, o perseguir objetivos extraños a su misión. Esta misión configura el *derecho y el deber de la Iglesia* a elaborar una doctrina social propia y a renovar con ella la sociedad y sus estructuras, mediante las responsabilidades y las tareas que esta doctrina suscita<sup>10</sup>.

Aquí radica su única misión, que se erige como fundamento por la que la Iglesia tiene el derecho y el deber de desarrollar una doctrina social que forme las conciencias de los hombres y les ayude a vivir según el Evangelio y la propia naturaleza humana. Un cristiano coherente dirige todos los aspectos de su vida hacia Dios, viviendo según su designio salvífico<sup>11</sup>.

---

<sup>8</sup> CARTA ENCÍCLICA DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II A LOS SACERDOTES, A LAS FAMILIAS RELIGIOSAS, A LOS HIJOS E HIJAS DE LA IGLESIA, ASÍ COMO A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD, AL CUMPLIRSE EL VIGÉSIMO ANIVERSARIO DE LA POPULORUM PROGRESSIO. (SRS) 41.

<sup>9</sup> CARTA ENCÍCLICA CENTESIMUS ANNUS DEL SUMO PONTÍFICE JUAN PABLO II A SUS HERMANOS EN EL EPISCOPADO AL CLERO A LAS FAMILIAS RELIGIOSAS A LOS FIELES DE LA IGLESIA CATÓLICA Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD EN EL CENTENARIO DE LA RERUM NOVARUM (CA), 94. [https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf\\_jp-ii\\_enc\\_01051991\\_centesimus-annus.html](https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/es/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_01051991_centesimus-annus.html)

<sup>10</sup> CDSI, 69.

<sup>11</sup>La enseñanza social de la Iglesia contiene un cuerpo de doctrina que se articula a medida que la Iglesia interpreta los acontecimientos a lo largo de la historia, a la luz del conjunto de la palabra revelada por Cristo Jesús y con la asistencia del Espíritu Santo. Esta enseñanza resultará tanto más aceptable para los hombres de buena voluntad cuanto más inspire la conducta de los fieles. CIC, 2422.

<https://opusdei.org/es-es/article/que-es-doctrina-social-iglesia-preguntas-fe-cristiana/>

La caridad es una «fuerza capaz de suscitar vías nuevas para afrontar los problemas del mundo de hoy y para renovar profundamente desde su interior las estructuras, organizaciones sociales y ordenamientos jurídicos. En esta perspectiva la caridad se convierte en *caridad social y política*: la caridad social nos hace amar el bien común y nos lleva a buscar efectivamente el bien de todas las personas, consideradas no sólo individualmente, sino también en la dimensión social que las une»<sup>12</sup>.

## 2. CONCIENCIA ECOLÓGICA Y DSI

Señala Leonardo Boff, que nos encontramos, y se así se hace constante apelación, a una “*emergencia planetaria*” e incluso de un “*Armagedón ecológico*” que devastarían gran parte de la vida tal como la conocemos. Sería consecuencia de la nueva era geológica del antropoceno, quizá del necroceno mismo. Pocos son los profetas que claman en el desierto; son considerados apocalípticos y caballeros de la triste noticia. Pero los que superaron esta ceguera sienten el deber ético y moral de despertar las conciencias y preparar a la humanidad para lo peor <sup>13</sup>.

«Tomó, pues, Yahvé Dios al hombre y lo dejó en el jardín de Edén, para que lo labrase y cuidase» (Génesis 2,15).

Ya en el génesis nos topamos con el elemento basal de la perspectiva de la iglesia sobre la ecología: el hombre, creado a imagen de Dios, “recibió el mandato de gobernar el mundo e injusticias y santidad”. El uso de la naturaleza debe estar siempre revestido de respeto, pues el mundo es obra de Dios, su único dueño, quien además consideró que todo en la creación era bueno.

---

<sup>12</sup> CDSI, 207.

<sup>13</sup> Boff., L., ¿Un 'Armagedón' ecológico? La realidad puede ser peor de lo que imaginamos. [https://www.religiondigital.org/leonardo\\_boff-\\_la\\_fuerza\\_de\\_los\\_pequenos/Armagedon-ecologico-realidad-puede-imaginamos\\_7\\_2421427837.html](https://www.religiondigital.org/leonardo_boff-_la_fuerza_de_los_pequenos/Armagedon-ecologico-realidad-puede-imaginamos_7_2421427837.html)



Pero el hombre domina en nombre de Dios, como un estudio de la creación divina y por tanto ese dominio del hombre no es absoluto. Así, las elecciones y acciones relacionadas con la ecología (es decir, el uso del mundo creado por Dios) está sometida a la ley moral, tanto como las demás y elecciones humanas. Dios confió así el cuidado de los animales, plantas y demás elementos naturales a la persona humana<sup>14</sup>

Es por tanto muy relevante dejar claro que la acción del hombre con el mundo es un elemento constitutivo de la identidad humana. Se trata de una relación que nace como fruto de la unión, todavía más profunda, del hombre con Dios<sup>15</sup>.

En el Nuevo Testamento, Jesucristo viene al mundo a restablecer el orden y la armonía que el pecado había destruido. Y así, al sanar la relación del hombre con Dios, nos reconcilia también con el mundo. Aunque el fin último del hombre sea, en sentido escatológico, el Reino de los cielos, las ambrosías de ese cielo nuevo y esa tierra nueva se encuentran misteriosamente ya aquí, en este mundo. Los cristianos, continuando la obra de la salvación, tienen la preocupación de perfeccionar esta tierra, especialmente en lo que pueda contribuir al progreso de la sociedad humana<sup>16</sup>.

Pero, como señala el Aula de Doctrina Social de la Iglesia, “hay muchas propuestas para solucionar este problema, que van desde las humanistas, que intentan crear una responsabilidad del hombre sobre el uso de los recursos naturales, hasta las ecocentristas, que niegan al hombre el derecho de usar los recursos naturales y lo ponen más en el ecosistema, incluso declarando una superioridad de la naturaleza sobre el hombre. Aunque en los inicios del

---

<sup>14</sup> Catecismo de la Iglesia Católica, 2417. “Dios confió los animales a la administración del que fue creado por él a su imagen (cf. Gn 2, 19-20; 9, 1-4). Por tanto, es legítimo servirse de los animales para el alimento y la confección de vestidos. Se los puede domesticar para que ayuden al hombre en sus trabajos y en sus ocios. Los experimentos médicos y científicos en animales son prácticas moralmente aceptables, si se mantienen en límites razonables y contribuyen a cuidar o salvar vidas humanas”. CIC, 2417.

<sup>15</sup> CDSI, 452.

<sup>16</sup> <https://opusdei.org/es-es/article/que-dice-iglesia-sobre-ecologia/>

desenvolvimiento de la Doctrina Social de la Iglesia los problemas sociales estaban reflejados en la relación entre los hombres con respecto a la justicia, la igualdad, la libertad y la verdad en su interrelación, hoy los deterioros de la relación entre los hombres y del hombre con Dios creador han generado otro mundo de problemas, entre ellos los referentes a la conservación del medio ambiente, constituyéndolo como parte de la cuestión social en una dimensión mundial<sup>17</sup>.

Aunque que los primeros documentos pontificios no hacen referencia específicamente a los problemas ambientales, sin embargo, en el transcurso de su evolución histórica, podemos encontrar luces para discernir lo que podríamos llamar la concepción cristiana sobre la Creación y el desarrollo humano.

León XIII, en *Rerum Novarum* (RN), nos muestra la relación entre el mundo creado y el hombre, sobre el derecho que el hombre tiene de usar de la naturaleza gozando del fruto del trabajo vinculado a la transformación de las cosas creadas y por ello de poseerla como propia, tomando en cuenta la necesidad de todos. Ello le da al hombre un derecho a la propiedad administrativa, pero no solo individual, sino colectiva, es decir; una propiedad que no debe ser tomada como propia/individual, sino como personal y común<sup>18</sup>.

Pío XI, en la *Quadragesimo Anno*<sup>19</sup>, reafirma esta enseñanza poniendo un énfasis mayor en la función social de la propiedad.

---

<sup>17</sup> <https://auladsi.net/cuidado-casa-comun-dsi>

<sup>18</sup> RN, 7-ss.

<sup>19</sup> CARTA ENCÍCLICA QUADRAGESIMO ANNO DE SU SANTIDAD PÍO XI SOBRE LA RESTAURACIÓN DEL ORDEN SOCIAL EN PERFECTA CONFORMIDAD CON LA LEY EVANGÉLICA AL CELEBRARSE EL 40º ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA "RERUM NOVARUM" DE LEÓN XIII A LOS VENERABLES HERMANOS PATRIARCAS, PRIMADOS, ARZOBISPOS, OBISPOS Y DEMÁS ORDINARIOS DE LUGAR EN PAZ Y COMUNIÓN CON ESTA SEDE APOSTÓLICA, A TODOS LOS SACERDOTES Y FIELES DEL ORBE CATÓLICO (QA), 45. [https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-xi\\_enc\\_19310515\\_quadragesimo-anno.html](https://www.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html)  
CDSI, 467.

Juan XXIII, en *Mater et Magistra*<sup>20</sup> (MM), reafirma las enseñanzas de RN y QA: «Dentro del plan de Dios Creador todos los bienes de la tierra están destinados, en primer lugar; al decoroso sustento de todos los hombres (...) y, al mismo tiempo, como ministros de la divina Providencia, al provecho de los demás (MM 119)», pero advierte la necesidad de tomar en cuenta la necesidad de las generaciones futuras.

Pablo VI, en *Populorum Progressio*<sup>21</sup>, declara la necesidad de la industrialización para lograr el crecimiento económico y para el progreso humano, que es al mismo tiempo señal y factor de desarrollo. A mayor abundamiento, en *Octogésima Adveniens*<sup>22</sup>, con relación a la movilización de las personas y a la urbanización que produce la industrialización y los nuevos estilos de vida, advierte que el hombre se puede estar volviendo esclavo de los bienes que el mismo produce. La cuestión ambiental, aparece ya con identidad propia, en su componente socio-ambiental en cuando muestra cómo el hombre súbitamente se da cuenta de que, fruto de la inconsiderada

---

<sup>20</sup> CARTA ENCÍCLICA MATER ET MAGISTRA DE SU SANTIDAD JUAN XXIII SOBRE EL RECIENTE DESARROLLO DE LA CUESTIÓN SOCIAL A LA LUZ DE LA DOCTRINA CRISTIANA

A LOS VENERABLES HERMANOS PATRIARCAS, PRIMADOS, ARZOBISPOS, OBISPOS Y DEMÁS ORDINARIOS DE LUGAR EN PAZ Y COMUNIÓN CON ESTA SEDE APOSTÓLICA, A TODOS LOS SACERDOTES Y FIELES DEL ORBE CATÓLICO (MM), 79. [https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf\\_j-xxiii\\_enc\\_15051961\\_mater.html](https://www.vatican.va/content/john-xxiii/es/encyclicals/documents/hf_j-xxiii_enc_15051961_mater.html)

CDSI, 167.

<sup>21</sup> CARTA ENCÍCLICA POPULORUM PROGRESSIO DEL PAPA PABLO VI A LOS OBISPOS, SACERDOTES, RELIGIOSOS Y FIELES DE TODO EL MUNDO Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD SOBRE LA NECESIDAD DE PROMOVER EL DESARROLLO DE LOS PUEBLOS (PP), 25. [https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf\\_p-vi\\_enc\\_26031967\\_populorum.html](https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967_populorum.html)

CDSI 180.

GS 69.

<sup>22</sup> CARTA APOSTÓLICA OCTOGESIMA ADVENIENS DE SU SANTIDAD EL PAPA PABLO VI AL SEÑOR CARDENAL MAURICIO ROY, PRESIDENTE DEL CONSEJO PARA LOS SEGLARES Y DE LA COMISIÓN PONTIFICIA «JUSTICIA Y PAZ» EN OCASIÓN DEL LXXX ANIVERSARIO DE LA ENCÍCLICA «RERUM NOVARUM» (OA), 9. [https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/apost\\_letters/documents/hf\\_p-vi\\_apl\\_19710514\\_octogesima-adveniens.html](https://www.vatican.va/content/paul-vi/es/apost_letters/documents/hf_p-vi_apl_19710514_octogesima-adveniens.html)

CDSI, 458.

explotación de la naturaleza, la va destruyendo y va provocando también su propia destrucción<sup>23</sup>.

**Juan Pablo II**, en *Sollicitudo Rei Socialis*, en la perspectiva del verdadero desarrollo humano nos dice que este impone límites al uso de los recursos naturales, distinguiendo el «usar» del «abusar» como consecuencia de los nuevos estilos de vida consumistas. El Santo nos da un carácter moral al uso de la Creación, respecto a Dios y a los demás seres (cosmos). En *Centesimus Annus*, muestra cómo un gran desafío para el hombre actual con vistas a las generaciones futuras es corregir los estilos de vida reflejados en el consumismo e incentivar nuevas concepciones de vida con las que se alcance la verdad, la belleza y el bien. Pues, vinculando consumo y cuestión ecológica, «El hombre, impulsado por el deseo de tener y gozan más que de ser y crecen consume de manera excesiva y desordenada los recursos de la tierra y su misma vida»<sup>24</sup>.

Benedicto XVI, en *Caritas in Veritate*<sup>25</sup>, establece la necesaria consideración del desarrollo en la comunión con los deberes de la relación del hombre con el medio ambiente. Porque la naturaleza es un don de Dios, su uso representa una responsabilidad para con los pobres, las generaciones futuras y toda la humanidad. La naturaleza y el hombre en ella no es fruto del azar y, si se pierde la noción de que es una creación y un Don de Dios como proyecto de amor y de verdad, se cae en el error de pensar que el medio ambiente es un tabú intocable, o, por el contrario, se abusa de él.

Como señala Tatay, “si el pontificado de Juan Pablo II sienta las bases de la contribución antropológica y filosófica de la Iglesia al

---

<sup>23</sup> OA, 21.

<sup>24</sup> CA, 36-37.

CDSI, 359.

<sup>25</sup> CARTA ENCÍCLICA CARITAS IN VERITATE DEL SUMO PONTÍFICE BENEDICTO XVI A LOS OBISPOS A LOS PRESBITEROS Y DIÁCONOS A LAS PERSONAS CONSAGRADAS A TODOS LOS FIELES LAICOS Y A TODOS LOS HOMBRES DE BUENA VOLUNTAD SOBRE EL DESARROLLO HUMANO INTEGRAL EN LA CARIDAD Y EN LA VERDAD (CV), 51. [https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf\\_ben-xvi\\_enc\\_20090629\\_caritas-in-veritate.html](https://www.vatican.va/content/benedict-xvi/es/encyclicals/documents/hf_ben-xvi_enc_20090629_caritas-in-veritate.html)

debate de la sostenibilidad, el de Benedicto XVI profundiza en sus fundamentos teológicos, articulando de modo más equilibrado la ecología humana y la ecología natural, insertando la cuestión ecológica en una visión unificada de la creación y la redención”, estableciendo ya la prístina articulación de una ecología integral, como marco de reflexión católica<sup>26</sup>.

### 3. ECOLOGÍA INTEGRAL

El Papa Francisco, en *Laudatio Si*<sup>27</sup>, dedicada al medio ambiente, pero también a los desafíos de los nuevos modelos sociales, los valores en la sociedad tecnológica y el papel que todos, no sólo la Iglesia Católica, tenemos en la responsabilidad solidaria hacia la conservación del planeta, la *Casa Común* como la denomina el Santo Padre, establece su posición apostólica, manifestada ya en *Evangelii Gaudium*<sup>28</sup> y nos exhorta a la reflexión en torno a y a la búsqueda de una sociedad más justa e inclusiva. Posteriormente en su Exhortación Apostólica, “*Querida Amazonia*”<sup>29</sup>, desgrana sus

---

<sup>26</sup> Tatay, J., cit., p. XXIX.

<sup>27</sup> CARTA ENCICLICA *LAUDATIO SI* DEL SANTO PADRE FRANCISCO SOBRE EL CUIDADO DE LA CASA COMÚN. San Pedro de Roma, Vaticano, 24 de mayo de 2015. En adelante, LS.

El Cántico de las Criaturas, obra de San Francisco de Asís fue escrito, aproximadamente, a finales de 1224.

<sup>28</sup> EXHORTACIÓN APOSTÓLICA *EVANGELII GAUDIUM* DEL SANTO PADRE FRANCISCO A LOS OBISPOS A LOS PRESBITEROS Y DIACONOS A LAS PERSONAS CONSAGRADAS Y A LOS FIELES LAICOS SOBRE EL ANUNCIO DEL EVANGELIO EN EL MUNDO ACTUAL. (EG), especialmente en 215, cuando señala: “Hay otros seres frágiles e indefensos, que muchas veces quedan a merced de los intereses económicos o de un uso indiscriminado. Me refiero al conjunto de la creación. Los seres humanos no somos meros beneficiarios, sino custodios de las demás criaturas. Por nuestra realidad corpórea, Dios nos ha unido tan estrechamente al mundo que nos rodea, que la desertificación del suelo es como una enfermedad para cada uno, y podemos lamentar la extinción de una especie como si fuera una mutilación. No dejemos que a nuestro paso queden signos de destrucción y de muerte que afecten nuestra vida y la de las futuras generaciones”. Vid. Madrigal, S., “El cuidado de la Casa Común: Releyendo *Laudatio Si* en su Quinto Aniversario”, en *Estudios Eclesiásticos*, vol. 95, nº 374, septiembre 2020, pp. 497-532.

<sup>29</sup> EXHORTACIÓN APOSTÓLICA POSTSINODAL, *QUERIDA AMAZONIA*, DEL SANTO PADRE FRANCISCO AL PUEBLO DE DIOS. Y A TODAS LAS PERSONAS DE BUENA VOLUNTAD. Dado en Roma, junto a San Juan de Letrán, el 2 de febrero de 2020. En adelante, EAQA.

sueños respecto a los cultural, social, ecológico y eclesial que reclama la Amazonia y su grito desesperado por su propia supervivencia.

El medio ambiente considerado como *“bien colectivo, patrimonio de toda la humanidad y responsabilidad de todos”*<sup>30</sup>.

Y esta preocupación se trasluce a lo largo sus reflexiones, imbricando unas temáticas con otras, y teniendo como foco común no sólo la reflexión ante la crisis ecológica, sus causas y posibles soluciones, sino, sobre todo, el sentido radicalmente humanista y comprometido en la defensa de los pobres, de los marginados, de los desfavorecidos, como bien se resalta en el texto, al referirse a la hermana nuestra madre tierra *“ Hemos crecido pensando que éramos sus propietarios y dominadores, autorizados a expoliarla. La violencia que hay en el corazón humano... también se manifiesta en los sistemas de enfermedad que advertimos en el suelo, en el agua, en el aire y en los seres vivientes. Por eso entre los pobres más abandonados y maltratados, está nuestra oprimida y devastada tierra que <<gime y sufre dolores de parto>>”*<sup>31</sup>

Asumiendo y profundizando en la doctrina social de la Iglesia<sup>32</sup>, sobre la preservación de la naturaleza, y en los textos de sus predecesores en el Papado, Francisco de manera valiente y comprometida reconoce que *“son inseparables la preocupación por la naturaleza, la justicia con los pobres, el compromiso con la sociedad y la paz interior”*<sup>33</sup>. Asumiendo lo señalado por la conferencia episcopal neozelandesa nos recuerda, *“qué significa el mandamiento <<no matarás>> cuando <<un veinte por ciento de la población*

---

<sup>30</sup> LS. 95, p.75.

<sup>31</sup>LS. 2, p. 3.

<sup>32</sup>Compendio de la Doctrina Social de la Iglesia, Pontificio Consejo "Justicia y Paz". CAPÍTULO DÉCIMO. SALVAGUARDAR EL MEDIO AMBIENTE.

[http://www.vicariadepastoral.org.mx/8\\_compendio\\_doctrina\\_social/cdsi\\_17.htm](http://www.vicariadepastoral.org.mx/8_compendio_doctrina_social/cdsi_17.htm)

<sup>33</sup>LS. 10, p. 10.

*mundial consume recursos en tal medida que roba a las naciones pobres y a las futuras generaciones los que necesitan para sobrevivir>>*<sup>34</sup>

A mayor abundamiento, al final de la primera parte del texto pontificio, al diseñar los temas que posteriormente abordará más profundamente, e incluso como síntesis anticipada, señala: *“la íntima relación entre los pobres y la fragilidad del planeta, la convicción de que el mundo todo está conectado, la crítica al nuevo paradigma y a las formas de poder que derivan de la tecnología, la invitación a buscar otros modos de entender la economía y el progreso, el valor propio de cada criatura, el sentido humano de la ecología, la necesidad de debates sinceros y honestos, la grave responsabilidad de la política internacional y local, la cultura del descarte y la propuesta de un nuevo estilo de vida”*<sup>35</sup>

Como especialmente relevante, debemos considerar también la visión del pontifice, respecto a una incorrecta interpretación histórica de la antropología cristiana que pudo fundamentar un uso arbitrario e injusto de nuestra naturaleza. Esta posición valiente, no exenta de polémica, sintetiza, de nuevo, ese compromiso con el humanismo cristiano, con la doctrina social, con la verdadera proximidad a Cristo: *“Una presentación inadecuada de la antropología cristiana pudo llegar a respaldar una concepción equivocada sobre la relación del ser humano con el mundo. Se transmitió muchas veces un sueño prometeico de dominio sobre el mundo que provocó la impresión de que el cuidado de la naturaleza es cosa de débiles. En cambio, la forma correcta de interpretar el concepto del ser humano como <<señor>> del universo consiste en entenderlo como administrador responsable<sup>36</sup>...Al mismo tiempo, el pensamiento judío-cristiano desmitificó la naturaleza. Sin dejar de admirarla por su esplendor y su inmensidad, ya no le atribuyó un carácter divino. De esa manera se destaca todavía más nuestro compromiso ante*

---

<sup>34</sup>LS. 95, p. 75.

<sup>35</sup>LS. 16, p. 15.

<sup>36</sup>LS. 116, p. 91.

ella”<sup>37</sup>. Esta concepción cobra carta de naturaleza mística, al señalar, respecto a la Amazonia, que: “*En una realidad cultural como la Amazonia, donde existe una relación tan estrecha del ser humano con la naturaleza, la existencia cotidiana es siempre cósmica. Liberar a los demás de sus esclavitudes implica ciertamente cuidar su ambiente y defenderlo... Esto comporta que la humanidad [...] debe tener siempre presente la interrelación ente la ecología natural, es decir el respeto por la naturaleza, y la ecología humana*». Esa insistencia en que «*todo está conectado*» vale especialmente para un territorio como la Amazonia”<sup>38</sup>.

Ante esta constatación, es necesaria una nueva visión del cristianismo ante los problemas socioambientales, que se desgranar, sensible, pero contundentemente, en el Capítulo Segundo de *Laudatio Si*, que lleva por sugerente título: *El evangelio de la Creación*.

Así, partiendo de la radical e igual dignidad de todas las personas<sup>39</sup>, entronca con la preocupación del otro gran elemento axiológico de la existencia, la libertad. Esa libertad, considerada por algunos como bien absoluto, individual que abre la puerta a la apropiación insolidaria y egoísta de la naturaleza y sus frutos, cuando no, para otros, a una visión pacata de ultra ecologismo, de retorno aséptico a un pretendido estado de naturaleza. Ante esta tesitura, “*un retorno a la naturaleza no puede ser a costa de la libertad y la responsabilidad del ser humano, que es parte del mundo con el deber de cultivar sus propias capacidades para protegerlo y desarrollar sus potencialidades*”<sup>40</sup>.

Al contrario, la libertad debe ser el catalizador de una opción militante por la sostenibilidad, por la “apuesta positiva”, por un mundo mejor, frente a una loca huida hacia ninguna parte: “*La libertad*

---

<sup>37</sup>LS. 78, p. 61.

<sup>38</sup> EAQA, 41, pp. 33-34.

<sup>39</sup>“*La inmensa dignidad de cada persona humana, que «no es solamente algo, sino alguien. Es capaz de conocerse, de poseerse y de darse libremente y entrar en comunión con otras personas»*”.LS. 65, p. 51.

<sup>40</sup>LS. 78, p. 61.



*humana puede hacer su aporte inteligente hacia una evolución positiva, pero también puede agregar nuevos males, nuevas causas de sufrimiento y verdaderos retrocesos. Esto da lugar a la apasionante y dramática historia humana, capaz de convertirse en un despliegue de liberación, crecimiento, salvación y amor, o en un camino de decadencia y de mutua destrucción... <<debe proteger sobre todo al hombre contra la destrucción de sí mismo>>”<sup>41</sup>.*

La apuesta por una vuelta a la naturaleza no es a una visión estática de ésta; es la apuesta por una integración, ya referida anteriormente, con los aspectos sociales y axiológicos, cuyo no adecuado justiprecio puede causar enormes males y sufrimientos, pues *“cuando se propone una visión de la naturaleza únicamente como objeto de provecho y de interés, esto también tiene serias consecuencias en la sociedad. La visión que consolida la arbitrariedad del más fuerte ha propiciado inmensas desigualdades, injusticias y violencia para la mayoría de la humanidad, porque los recursos pasan a ser del primero que llega o del que tiene más poder: el ganador se lleva todo”<sup>42</sup>*

Por tanto, el punto de partida, debe ser la incorporación de *“una perspectiva social que tenga en cuenta los derechos fundamentales de los más postergados. El principio de la subordinación de la propiedad privada al destino universal de los bienes y, por tanto, el derecho universal a su uso es una <<regla de oro>> del comportamiento social y el <<primer principio de todo el ordenamiento ético-social>>”<sup>4344</sup>.*

Pero la fuerza de su mensaje, no se reduce a estas importantes consideraciones generales, sino que hace un apelo a cada uno de nosotros, a nuestro compromiso personal, a valorar lo que

---

<sup>41</sup>LS. 79, p. 62.

<sup>42</sup>LS. 82, p. 64.

<sup>43</sup>LS. 93, p. 73.

<sup>44</sup>La Encíclica sigue en este punto las enseñanzas de San Juan Pablo II, quien, en CA, establece enfáticamente que *“Dios ha dado la tierra a todo el género humano para que ella sustente a todos sus habitantes, sin excluir a nadie ni privilegiar a ninguno”*. Vid. CA, 831.

tenemos, sin alardear de ello, sin falsas apariencias, para ser conscientes, sensiblemente conscientes, que *“algunos se arrastran en una degradante miseria, sin posibilidades reales de superación, mientras otros ni siquiera saben qué hacer con lo que poseen, ostentan vanidosamente una superioridad y dejan tras de sí un nivel de desperdicio que sería imposible generalizar sin destrozar el planeta. Seguimos admitiendo en la práctica que unos se sientan más humanos que otros, como si hubieran nacido con mayores derechos”*<sup>45</sup>.

El punto de partida para el establecimiento de una correcta ecología, ambiental, económica y social, debe partir de la consideración del medio ambiente, reiterado en el texto, como una relación entre la naturaleza y la sociedad que la habita.

El núcleo de la propuesta de la Encíclica<sup>46</sup> es una ecología integral como nuevo paradigma de justicia, una ecología que *“incorpore el lugar peculiar del ser humano en este mundo y sus relaciones con la realidad que lo rodea”*<sup>47</sup>. De hecho no podemos *“entender la naturaleza como algo separado de nosotros o como un mero marco de nuestra vida”*<sup>48</sup>. Así pues, *“el análisis de los problemas ambientales es inseparable del análisis de los contextos humanos, familiares, laborales, urbanos, y de la relación de cada persona consigo misma”*<sup>49</sup>, porque *“no hay dos crisis separadas, una ambiental y la otra social, sino una única y compleja crisis socio-ambiental. Las líneas para la solución requieren una aproximación integral para combatir la pobreza, para devolver la dignidad a los excluidos y simultáneamente para cuidar la naturaleza”*<sup>50</sup>.

---

<sup>45</sup> LS. 90, p. 71.

<sup>46</sup> <http://www.conferenciaepiscopal.es/index.php/materiales-de-interes/resumenes-de-documentos/4389-resumen-de-la-enciclica-laudato-si.html>

<sup>47</sup> LS. 15, p. 16.

<sup>48</sup> LS. 139, p. 108.

<sup>49</sup> LS 141, p. 110.

<sup>50</sup> LS. 139, p. 108.

Esto vale para todo lo que vivimos en distintos campos: en la economía y en la política, en las distintas culturas, en especial las más amenazadas, e incluso en todo momento de nuestra vida cotidiana.

La perspectiva integral incorpora también una ecología de las instituciones. «Si todo está relacionado, también la salud de las instituciones de una sociedad tiene consecuencias en el ambiente y en la calidad de vida humana: “Cualquier menoscabo de la solidaridad y del civismo produce daños ambientales”<sup>51</sup>.

Especial atención debe prestarse, conforme reflexiona el pontífice, a la ecología cultural. La economía global tiende a homogeneizar la visión consumista de los seres humanos, y consecuentemente, las culturas, debilitando el multiculturalismo<sup>52</sup>. Por ello, debe incorporarse la garantía del respeto a los derechos de los pueblos<sup>53</sup>, que a través, de la degradación ambiental, sufren también la pérdida de modos de vida ancestrales<sup>54</sup>; especialmente para las poblaciones indígenas<sup>55</sup>.

---

<sup>51</sup> LS. 142, pp. 110-111.

<sup>52</sup> SANCHEZ BRAVO, A. y CERVI, J.R., (Editores), *Multiculturalismo, Tecnología y Medio Ambiente*, Punto Rojo Libros, Sevilla, 2015.

<sup>53</sup> “Hace falta incorporar la perspectiva de los derechos de los pueblos y las culturas, y así entender que el desarrollo de un grupo social supone un proceso histórico dentro de un contexto cultural y requiere del continuado protagonismo de los actores sociales locales desde su propia cultura. Ni siquiera la noción de calidad de vida puede imponerse, sino que debe entenderse dentro del mundo de símbolos y hábitos propios de cada grupo humano”. LS. 144, p. 113.

<sup>54</sup> “Muchas formas altamente concentradas de explotación y degradación del medio ambiente no sólo pueden acabar con los recursos de subsistencia locales, sino también con capacidades sociales que han permitido un modo de vida que durante mucho tiempo ha otorgado identidad cultural y un sentido de la existencia y de la convivencia. La desaparición de una cultura puede ser tanto o más grave que la desaparición de una especie animal o vegetal. La imposición de un estilo hegemónico de vida ligado a un modo de producción puede ser tan dañina como la alteración de los ecosistemas”. *Ibid.*

<sup>55</sup> “En este sentido, es indispensable prestar especial atención a las comunidades aborígenes con sus tradiciones culturales. No son una simple minoría entre otras, sino que deben convertirse en los principales interlocutores, sobre todo a la hora de avanzar en grandes proyectos que afecten a sus espacios. Para ellos, la tierra no es un bien económico, sino don de Dios y de los antepasados que descansan en ella, un espacio sagrado con el cual necesitan interactuar para sostener su identidad y sus valores. Cuando permanecen en sus territorios, son precisamente ellos quienes mejor los cuidan. Sin embargo, en diversas partes del mundo, son

Con muchos ejemplos concretos el Papa Francisco ilustra su pensamiento: hay un vínculo entre los asuntos ambientales y cuestiones sociales humanas, y ese vínculo no puede romperse. Esta ecología ambiental “es inseparable de la noción de bien común”<sup>56</sup>. El bien común entendido, siguiendo lo señalado en el Concilio Vaticano II, como “el conjunto de condiciones de la vida social que hacen posible a las asociaciones y a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de la propia perfección”<sup>57</sup>. Y todo ello basado en el respeto de los derechos básicos e inalienables de todos los seres humanos, el mantenimiento de la paz social y el compromiso de las instituciones<sup>58</sup>

Pero el bien común debe comprenderse de manera concreta: en el contexto de hoy en el que “donde hay tantas inequidades y cada vez son más las personas descartables, privadas de derechos humanos básicos”, esforzarse por el bien común significa hacer opciones solidarias sobre la base de una “opción preferencial por los más pobres”<sup>59</sup>. El bien común implica tener en cuenta las generaciones futuras, pues “no puede hablarse de desarrollo sostenible, sin una solidaridad intergeneracional”. Lo explica gráficamente el Santo Padre, al señalar como: “no podemos pensar sólo desde un criterio utilitarista de eficiencia y productividad para el beneficio individual. No estamos hablando de una actitud opcional, sino de una cuestión básica de justicia, ya que la tierra que recibimos pertenece también a los que vendrán”<sup>60</sup> y enfatizando que “se requiere

---

objeto de presiones para que abandonen sus tierras a fin de dejarlas libres para proyectos extractivos y agropecuarios que no prestan atención a la degradación de la naturaleza y de la cultura”. LS. 146, p. 114.

<sup>56</sup> LS. 159, p. 122.

<sup>57</sup> LS. 156, p. 121.

<sup>58</sup> “El bien común presupone el respeto a la persona humana en cuanto tal, con derechos básicos e inalienables ordenados a su desarrollo integral. También reclama el bienestar social y el desarrollo de los diversos grupos intermedios, aplicando el principio de la subsidiariedad. Entre ellos destaca especialmente la familia, como la célula básica de la sociedad. Finalmente, el bien común requiere la paz social, es decir, la estabilidad y seguridad de un cierto orden, que no se produce sin una atención particular a la justicia distributiva, cuya violación siempre genera violencia. Toda la sociedad –y en ella, de manera especial el Estado– tiene la obligación de defender y promover el bien común”. LS. 157, p. 121

<sup>59</sup> LS. 158, p. 122.

<sup>60</sup> LS. 159, p. 123.

*advertir que lo que está en juego es nuestra propia dignidad. Somos nosotros los primeros interesados en dejar un planeta habitable para la humanidad que nos sucederá. Es un drama para nosotros mismos, porque esto pone en crisis el sentido del propio paso por esta tierra”<sup>61</sup>.*

Este es el mejor modo de dejar un mundo sostenible a las próximas generaciones, no con las palabras, sino por medio de un compromiso de atención hacia los pobres de hoy como había subrayado Benedicto XVI: *“además de la leal solidaridad intergeneracional, se ha de reiterar la urgente necesidad moral de una renovada solidaridad intrageneracional”<sup>62</sup>.*

La ecología integral implica también la vida cotidiana, a la cual la Encíclica dedica una especial atención, en particular en el ambiente urbano. El ser humano tiene una enorme capacidad de adaptación y *“es admirable la creatividad y la generosidad de personas y grupos que son capaces de revertir los límites del ambiente...aprendiendo a orientar su vida en medio del desorden y la precariedad”<sup>63</sup>.* Sin embargo, un desarrollo auténtico presupone un mejoramiento integral en la calidad de la vida humana: espacios públicos, vivienda, transportes, etc. <sup>64</sup>

También *“nuestro propio cuerpo nos sitúa en una relación directa con el ambiente y con los demás seres vivientes. La aceptación del propio cuerpo como don de Dios es necesaria para acoger y aceptar el mundo entero como regalo del Padre y casa común; mientras una lógica de dominio sobre el propio cuerpo se transforma en una lógica a veces sutil de dominio”<sup>65</sup>*

---

<sup>61</sup> LS. 160, p. 124.

<sup>62</sup> BENEDICTO XVI, Mensaje para la Jornada Mundial de la Paz 2010, 8: AAS 102 (2010), 45.

<sup>63</sup> LS. 148, p. 115

<sup>64</sup> LS. 150-154, pp. 116-120.

<sup>65</sup> LS. 155, p. 120.

## 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

Las reflexiones de Francisco constituyen la expresión del sentimiento personal, íntimo, pero también teológico de su autor. Pero, lo ciertamente relevante, es que la defensa de la defensa socioambiental pivota sobre la inexcusable defensa de los derechos humanos, y de entre ellos, de los más pobres, olvidados, marginados. Magistralmente se asume la nueva dimensión de la protección ambiental desde la dinámica correcta que no solo está a la procura de la defensa de los elementos naturales, de una manera estática; sino desde la interacción con los habitantes que la comparten, la defienden, la protegen, frente a visiones capitalistas-consumistas que sólo aspiran a su rentabilidad económica, depredando y marginando a quienes son sus legítimos depositarios.

Es por ello por lo que el santo Padre nos llama a asumir un rol, como cristianos, militantes en la fe de Jesucristo; y como seres humanos, los que profesen otra fe o ninguna, en la defensa de nuestra tierra común, de nuestra casa, pero de una manera proactiva, militante, consecuente y solidaria.

Como señala Sonnet, en su opción por una ecobiografía, “la crisis actual nos llama a redescubrir un vínculo de empatía con las demás especies vivientes, vegetales y animales, en el espacio y en el tiempo del «paisaje», extendido a todo el planeta. El camino de búsqueda de sí mismo al que está llamado el ser humano no puede ser antropocéntrico y solipsista, como lo ha sido en la modernidad: la vida del «yo» pasa por su inclusión en el «nosotros» de los seres vivos, en el horizonte del mundo natural. Esta transformación tiene lugar en el plano de la «simpatía»: pasa por una percepción imaginativa y afectiva de los demás seres vivos de esta Tierra”<sup>66</sup>.

---

<sup>66</sup> SONNET, J.P., “Por una ecobiografía en tiempos de la crisis ecológica”, en *La Civiltà Cattolica*. 07.01.2022. <https://www.laciviltacattolica.es/2022/01/07/la-tierra-de-los-seres-vivos/>

Dejando atrás las diferencias, y caminando hacia un ecumenismo, de los afectos y la hermandad en amor al prójimo, podemos iniciar la senda hacia una nueva sociedad.

*Existen muchos hermanos necesitados que esperan ayuda, muchos oprimidos que esperan justicia, muchos desocupados que esperan trabajo, muchos pueblos que esperan respeto: ¿Cómo es posible que en nuestro tiempo, haya todavía quien se muere de hambre; quien está condenado al analfabetismo; quien carece de asistencia médica más elemental; quien no tiene techo donde cobijarse? El panorama de la pobreza puede extenderse indefinidamente, si a las antiguas añadimos las nuevas pobreza, que afectan a menudo a ambientes y grupos no carentes de recursos económicos, pero expuestos a la desesperación del sin sentido, a la insidia de la droga, al abandono en la edad avanzada o en la enfermedad, a la marginación o a la discriminación social...¿Podemos quedar al margen ante las perspectivas de un desequilibrio ecológico, que hace inhabitables y enemigas del hombre las vastas áreas del planeta? ¿O ante los problemas de la paz, amenazada a menudo con la pesadilla de guerras catastróficas? ¿O frente al vilipendio de los derechos humanos fundamentales de tantas personas, especialmente de los niños? El amor tiene por delante un vasto trabajo al que la Iglesia quiere contribuir también con su doctrina social que concierne a toda persona y se dirige a todas las personas*<sup>67</sup>.

---

<sup>67</sup> CDSI, 5.





# A PROTEÇÃO ESPELEOLÓGICA NO BRASIL E A NOVA REGULAMENTAÇÃO DA EXPLORAÇÃO DE CAVERNAS

Alexandre Oheb Sion.

Advogado. Pós-doutorando em Direito pela *Universidad de Salamanca* na Espanha (certificado pendente da defesa do doutorado). Doutorando em Ciências Jurídicas pela Universidade Autónoma de Lisboa em Portugal (créditos concluídos). Mestre em Direito Internacional Comercial - L.L.M. pela Universidade da Califórnia nos Estados Unidos. Especialista em Direito Constitucional. Pós-Graduação em Direito Civil e Processual Civil - FGV.

## 1. INTRODUÇÃO

O patrimônio espeleológico faz parte de um rico patrimônio da humanidade, guardando consigo informações valiosas da vida no planeta ao longo de milhares de anos, permitindo, assim, uma melhor compreensão da evolução da vida na Terra. De acordo com estudos realizados pelo Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas do ICMBio (CECAV),<sup>1</sup> as cavidades subterrâneas naturais podem ser encontradas em praticamente todos os estados brasileiros, com uma ocorrência maior em rochas carbonáticas, siliciclásticas e ferruginosas.

No Brasil, existe toda uma legislação pertinente à área espeleológica, promovendo a proteção, estudo e manejo das cavernas. Em decorrência do grande valor cultural e natural das cavidades subterrâneas naturais, elas foram declaradas bens da União pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CRFB/1988), em seu art. 20, X, sendo dever da União zelar pelos seus bens, a partir de medidas concretas para a sua conservação, ao tempo em

---

<sup>1</sup> ICMBIO. Anuário Estatístico do Patrimônio Espeleológico Brasileiro 2019. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. CECAV - Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas, Brasília, 2020.

que deve garantir as condições adequadas para o desenvolvimento econômico e sustentável dessas áreas. Além disso, existe previsão expressa no art. 216, V, da CRFB/1988, que as constituiu como patrimônio cultural brasileiro.

Tendo em vista as mudanças legislativas que ocorreram referentes ao patrimônio espeleológico nos mais de 30 anos da CRFB/1988, a presente pesquisa se debruçou sobre as normativas vigentes, bem como sobre o Decreto Federal recém-publicado que trouxe diversas alterações quanto à tratativa jurídica das cavidades naturais subterrâneas.

## 2. PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO BRASILEIRO

O Ministério do Meio Ambiente criou, em 2009, o Programa Nacional de Conservação do Patrimônio Espeleológico (PNCPE), através da Portaria nº 358/2009, com o objetivo de proteger o patrimônio espeleológico brasileiro, a partir do desenvolvimento de estratégias para sua conservação e uso sustentável. A direção do Programa ficou a cargo do CECAV, responsável pela sua elaboração, implementação e monitoramento.<sup>2</sup>

O patrimônio espeleológico, derivado do grego *spelaiou* = caverna, é um conjunto de ocorrências geológicas naturais e subterrâneas que criam formações especiais, grutas, cavernas, lapas, abrigos sobre rochas, sumidouros, drenagens subterrâneas, tocas e furnas, considerando os elementos bióticos e abióticos, subterrâneos ou superficiais, socioeconômicos e histórico-culturais, associados a ele.<sup>3</sup>

---

<sup>2</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria nº 358, de 30 de setembro de 2009. Institui o programa nacional de conservação do patrimônio espeleológico, que tem como objetivo desenvolver estratégia nacional de conservação e uso sustentável do patrimônio espeleológico brasileiro. Diário Oficial da União, Brasília, 01 out. 2009.

<sup>3</sup> MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; CHIOLDI, Cristina Kistemann. Proteção Jurídica do Patrimônio Espeleológico. In: RUCHKYS, Úrsula Azevedo et al (orgs). Patrimônio Espeleológico em Rochas Ferruginosas. Campinas: Grafia Mundo, 2015. Parte I. p. 56-77.

É nos terrenos cársticos – áreas compostas predominantemente de rochas solúveis como dolomitos e calcários, que se dá, preferencialmente, a ocorrência de cavernas.<sup>4</sup> De origem germânica, a palavra carste (karst) refere-se a uma região da Eslovênia onde predominam rochas calcárias, cujo relevo é marcado, tipicamente, por cavernas, formadas pela dissolução das rochas pela água,<sup>5</sup> podendo ser igualmente encontradas em regiões de pseudocarste, cuja formação é de rochas mais resistentes, como o minério de ferro.

Consideradas como celeiros naturais e culturais de registros arqueológicos, paleontológicos, antropológicos e paleoambientais, as cavernas ganham grande destaque pela importância dos achados científicos nelas encontrados para a humanidade.

No Brasil, os primeiros trabalhos científicos no campo espeleológico foram realizados na região metropolitana de Minas Gerais pelo dinamarquês Peter Lund.<sup>6</sup> Na arqueologia, o Brasil se destaca pela descoberta do crânio da ancestral mais antiga das Américas, Luzia, encontrado em uma caverna, à época, no carste de Lagoa Santa/MG.<sup>7</sup> Na seara da paleontologia, os depósitos fossilíferos são descobertos com maior frequência em cavernas, ocasião em que são encontradas ossadas de animais como preguiça-gigante, tigre dente-de-sabre, mastodonte entre outros.<sup>8</sup>

O trabalho realizado por Richard Krone entre os séculos XIX e XX também teve papel fundamental para a história da espeleologia no

---

<sup>4</sup> HARDT, R. Breve Inventário do Patrimônio Espeleológico. In: RUCHKYS, Úrsula Azevedo et al (orgs). Patrimônio Espeleológico em Rochas Ferruginosas. Campinas: Grafia Mundo, 2015. Parte I. p. 44-55.

<sup>5</sup> AULER, Augusto; ZOGBI, Leda. Espeleologia: noções básicas. São Paulo: Redespeleo Brasil, 2005.

<sup>6</sup> HOLTEN, Birgitte; STERLL, Michael. P. W. Lund e as grutas com ossos em Lagoa Santa. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2011. p. 137.

<sup>7</sup> NEVES, Walter Alves; PILÓ, Luis Beethoven. O povo de Luzia. São Paulo: Globo. 2008. p. 113.

<sup>8</sup> BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade / CECAV – Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas. II Curso de Espeleologia e Licenciamento Ambiental. Minas Gerais, 2010.

Brasil, com a descoberta e levantamento de cavernas encontradas no Vale do Ribeira, região que contempla 31 cidades de São Paulo e Paraná e cujo trabalho serviu de base para o desenvolvimento do cadastro da Sociedade Brasileira de Espeleologia (SBE).<sup>9</sup>

O ambiente de cavernas, sob o aspecto ecológico, abriga uma infinidade de ecossistemas e seres vivos com diversidade peculiar, existindo uma série de *habitats* subterrâneos, desde a superfície até o interior cavernícola que se apresentam com diferentes configurações e espécies. Quanto à fauna cavernícola, é possível a caracterização das espécies em (i) troglóxenos, considerados aqueles que necessitam sair das cavidades subterrâneas a fim de completar seu ciclo vital, habitando, geralmente, próximo à entrada das cavernas, como o morcego; (ii) troglófilos: seres vivos que conseguem completar todo o seu ciclo de vida no interior das cavernas e (iii) troglóbios,<sup>10</sup> caracterizados como sendo organismos, cujo ciclo de vida completo se restringe ao interior das cavidades subterrâneas, obrigatoriamente, habitando as zonas sem luz (afóticas) das cavernas e com características peculiares como alongamento dos apêndices sensoriais, ausência de olhos e de pigmentação.<sup>11</sup>

### 3. POSSÍVEIS IMPACTOS AO PATRIMÔNIO ESPELEOLÓGICO

Diversos setores da economia, com destaque para as atividades de mineração, turismo, agropecuária e abastecimento hídrico, vêm utilizando as áreas cársticas pelo seu expressivo valor comercial.

---

<sup>9</sup> HARDT, R. Breve Inventário do Patrimônio Espeleológico. In: RUCHKYS, Úrsula Azevedo et al (orgs). Patrimônio Espeleológico em Rochas Ferruginosas. Campinas: Grafia Mundo, 2015. Parte I. p. 44-55.

<sup>10</sup> ICMBio. Livro vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção. Brasília: ICMBio, 2018. V. 1. p. 44.

<sup>11</sup> BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade / CECAV - Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas. II Curso de Espeleologia e Licenciamento Ambiental. Minas Gerais, 2010.

As cavidades subterrâneas são consideradas domínios peculiares e frágeis, cujas paisagens demandam uma análise ambiental específica em decorrência das condições diferenciadas de seus ecossistemas. As fragilidades da formação cavernícola podem ser exemplificadas com a poluição hidrológica subterrânea, o abatimento (desabamento) de cavernas, e as condições bioespeleológicas.<sup>12</sup>

Quanto à questão hídrica no carste, a água apresenta função essencial na composição cavernícola, desenvolvendo drenagens subterrâneas capazes de atingir grandes extensões. Logo, a poluição desses mananciais é capaz de afetar significativamente as condições dos aquíferos, já que o comprometimento pontual no sistema hidrológico já é capaz de impactar áreas mais extensas.<sup>13</sup>

Com efeito, pequenas mudanças no ambiente de cavernas são capazes de comprometer a integridade do meio subterrâneo. Os impactos ambientais em cavernas podem ser tanto pontuais e de pequena magnitude, quanto de grande magnitude, como o abatimento da caverna. Os processos de supressão total das cavidades subterrâneas compreendem o desmoronamento do teto e paredes de cavernas, causando a formação de dolinas de colapso.<sup>14</sup>

Dentre as atividades econômicas que causam mais impactos em cavernas estão a mineração; obras de engenharia, como rodovias; a agropecuária e o turismo em massa, além do desmatamento, urbanização e uso religioso.

---

<sup>12</sup> LOBO, Heros Augusto Santos; TRAVASSOS, Luiz Eduardo Panisset. O ser humano e a paisagem cárstica. Campinas: SBE. 2012. p. 13.

<sup>13</sup> JACOBI, Cláudia Maria; CARMO, Flávio Fonseca do; CAMPOS, Iara C. de. Iron Geosystems: Priority Areas for Conservation in Brazil. In: Tibbett, M. (Org.). Mining in Ecologically Sensitive Landscapes. University of Western Australia: CSCIRO Publishing, 2015.

<sup>14</sup> Dolina é a depressão circular em relevo cárstico, formada a partir da depressão de solo e teto de cavernas, por meio de drenagem subterrânea. As dolinas de colapso são causadas pelo abatimento dos tetos das cavernas (TRAVASSOS, Luiz Eduardo Panisset. Princípios de carstologia e geomorfologia cárstica. ICMBio: Brasília, 2019. p. 107).

## 4. LEGISLAÇÃO CAVERNÍCOLA NO BRASIL

De acordo com a legislação atual, patrimônio espeleológico é o “conjunto de elementos bióticos e abióticos, socioeconômicos e histórico-culturais, subterrâneos ou superficiais, representados pelas cavidades naturais subterrâneas ou a estas associadas”.<sup>15</sup>

Na esfera constitucional, o patrimônio espeleológico está previsto nos arts. 20, 225 e 216, V, da CRFB/1988, que tratam especificamente dos patrimônios culturais brasileiros.

Art. 20 - São bens da União: [...] X - as cavidades naturais subterrâneas e os sítios arqueológicos e pré-históricos;

Art. 216 - Constituem patrimônio cultural brasileiro os bens de natureza material e imaterial, tomados individualmente ou em conjunto, portadores de referência à identidade, à ação, à memória dos diferentes grupos formadores da sociedade brasileira, nos quais se incluem: [...] V - os conjuntos urbanos e sítios de valor histórico, paisagístico, artístico, arqueológico, paleontológico, ecológico e científico.

Art. 225 - Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.<sup>16</sup>

As cavidades subterrâneas no Brasil são classificadas, pelos órgãos ambientais, a partir de graus de relevância, podendo ser designadas de acordo com os graus máximo, alto, médio ou baixo, conforme seus atributos “ecológicos, biológicos, geológicos,

---

<sup>15</sup> BRASIL. Resolução Conama nº 347, de 10 de setembro de 2004. Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. Diário Oficial da União, Brasília, 13 set. 2004.

<sup>16</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Diário Oficial da União, Brasília, 05 out. 1988.

hidrológicos, paleontológicos, cênicos, histórico-culturais e socioeconômicos”.<sup>17</sup>

Desde 2008, a partir do Decreto Federal nº 6.640/2008, as cavidades classificadas como grau máximo não podem sofrer impactos negativos irreversíveis, ocasião em que, doravante, as cavernas passaram a ser protegidas de uma série de empreendimentos de utilidade pública.

Até 2008, a legislação brasileira vigente sobre a temática era o Decreto Federal nº 99.556/1990, que dispunha sobre a preservação total do ambiente subterrâneo, incluindo, dessa forma, as cavidades naturais como parte do patrimônio nacional. Todavia, por determinação do Decreto Federal nº 6.640/2007, a legislação anterior foi alterada para passar a permitir a exploração de cavernas no âmbito do licenciamento ambiental, desde que seja classificada como de relevância alta, média ou baixa. Tal análise é guiada por fatores paleontológicos, biológicos, socioeconômicos, hidrológicos, geológicos, cênicos ou histórico-culturais, avaliados sob o ponto de vista local e regional.<sup>18</sup> As diretrizes para tal classificação foram determinadas pela Instrução Normativa do ICMBio nº 2/2009, posteriormente revogada pela Instrução Normativa nº 2/2017.

Em um contexto prático, o Decreto Federal nº 6.640/2008 trouxe a lume um novo contexto para a proteção das cavidades subterrâneas no Brasil, tendo em vista que, após a publicação da norma, tão somente as cavernas classificadas como de relevância máxima passaram a contar com a prerrogativa de proteção integral, ao passo que as cavernas de alto, médio e baixo graus podem ser objeto de

---

<sup>17</sup> Art. 2º do Decreto Federal nº 99.556/1990 (BRASIL. Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, 2 out. 1990).

<sup>18</sup> BRASIL. Decreto nº 6.640, de 7 de novembro de 2008. Dá nova redação aos arts. 10, 20, 30, 40 e 50 e acrescenta os arts. 5-A e 5-B ao Decreto no 99.556, de 10 de outubro de 1990, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 10 nov. 2008.

impactos negativos irreversíveis, desde que apresentada algum tipo de compensação ambiental.<sup>19</sup>

É possível apontar, também, a maior tecnicidade do Decreto Federal nº 6.640/2008 em relação a seu antecessor, como se depende, por exemplo, do estabelecimento de uma definição normativa para caverna e do estabelecimento de que as cavernas de máxima relevância teriam proteção integral. Desde que licenciadas, as cavernas de outros graus de relevância poderiam sofrer impactos negativos irreversíveis, incluindo o seu abatimento. A norma ainda trouxe um sistema de compensação: seria necessária a proteção de duas cavernas similares para cada caverna de alta relevância destruída. No caso da destruição de cavernas de média relevância, seria necessária a priorização dos recursos para pesquisa e conservação de cavernas de alta e máxima relevâncias.

A classificação de relevância de cada caverna deriva de uma combinação dos níveis de importância das cavidades sob o ponto de vista local e regional, conforme Instrução Normativa do ICMBio nº 2/2017. Não por menos, a despeito da classificação regional, uma cavidade classificada como de importância local acentuada terá uma relevância no mínimo média.<sup>20</sup>

Para que haja uma análise local e regional adequada, é necessário, inicialmente, a classificação regional definida por uma unidade espeleológica que englobe “a área com homogeneidade fisiográfica, geralmente associada à ocorrência de rochas solúveis, que pode congrega diversas formas do relevo cárstico e pseudocárstico tais como dolinas, sumidouros, ressurgências, vale cegos, lapíais e cavernas, delimitada por um conjunto de fatores ambientais específicos para a sua formação”.<sup>21</sup> Em seguida, há a classificação local que

---

<sup>19</sup> *Idem*.

<sup>20</sup> BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instrução Normativa nº 2, de 30 de agosto de 2017. Define a metodologia para a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990. Diário Oficial da União, Brasília, 21 ago. 2009.

<sup>21</sup> Art. 13, § 5º, da Instrução Normativa do ICMBio nº 2/2017 (*Idem*).



compreende uma “unidade geomorfológica que apresente continuidade espacial, podendo abranger feições como serras, morrotes ou sistema cárstico, o que for mais restritivo em termos de área, desde que contemplada a área de influência da cavidade”.<sup>22</sup>

De acordo com a Instrução Normativa do ICMBio nº 2/2017, ainda que classificada como de máxima relevância com base em atributos físicos ou biológicos, a cavidade deve passar por etapas de classificação sob aspectos regionais e locais, o que encontra justificativa se levada em consideração a necessidade de avaliação de impactos advindos de empreendimentos localizados próximos às cavidades.<sup>23</sup>

No campo do licenciamento ambiental, a Resolução Conama nº 347/2004, em seu art. 2º, IV, define a área de influência direta de uma cavidade como a “área que compreende os elementos bióticos e abióticos, superficiais e subterrâneos, necessários à manutenção do equilíbrio ecológico e da integridade física do ambiente cavernícola”.<sup>24</sup> O órgão ambiental competente define a área de influência sobre o patrimônio espeleológico e determina a realização de estudos específicos às custas do empreendedor, nos termos do art. 4º, § 2º, da Resolução Conama nº 347/2004”. A referida resolução ainda estabelece que “até que se efetive o previsto no parágrafo anterior, a área de influência das cavidades naturais subterrâneas será a projeção horizontal da caverna acrescida de um entorno de duzentos e cinquenta metros, em forma de polígono convexo”.<sup>25</sup> A área que tem prevalecido na prática é de 250m ao redor

---

<sup>22</sup> Art. 13, § 3º, da Instrução Normativa do ICMBio nº 2/2017 (*Ibidem*).

<sup>23</sup> BENTO, Diego de Medeiros *et al.* Mapeamento, caracterização ambiental e relevância do patrimônio espeleológico de Felipe Guerra/RN. In: 31º Congresso Brasileiro de Espeleologia. Ponta Grossa-PR, Anais do 31º congresso Brasileiro de Espeleologia, Ponta Grossa, 21-24 jul. 2011. p. 485-499.

<sup>24</sup> BRASIL. Resolução Conama nº 347, de 10 de setembro de 2004. Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. Diário Oficial da União, Brasília, 13 set. 2004.

<sup>25</sup> *Idem*.

da caverna, com raros estudos que indiquem uma área efetivamente maior.<sup>26</sup>

## 5. DECRETO FEDERAL Nº 10.935/2022

O Brasil assistiu a mais uma atualização normativa em matéria de cavidades subterrâneas em janeiro de 2022. O Decreto Federal nº 10.935/2022 traz como uma das principais inovações a possibilidade de que atividades econômicas possam impactar, de maneira irreversível, cavidades subterrâneas de quaisquer graus, inclusive as de relevância máxima, desde que haja autorização do órgão ambiental.

O decreto presidencial alterou algumas diretrizes e removeu as restrições quanto aos impactos negativos irreversíveis nas cavidades de máxima relevância, permitindo-os caso a atividade seja considerada de utilidade pública, não haja alternativa técnica e locacional viável e não cause a extinção de espécie que conste na cavidade impactada.<sup>27,28</sup> Ademais disso, o decreto apresenta alterações quanto aos critérios para classificação de uma cavidade subterrânea como de máxima relevância, reduzindo-os e, consequentemente, limitando o número de cavernas que poderiam se encaixar no grau máximo.<sup>29</sup>

A título de exemplo, em uma área de mineração existe uma série de cavernas tidas como de relevância máxima, até então não consideradas aptas à exploração em razão da proteção legal a elas

---

<sup>26</sup> BARROS, Jennifer de Sousa; BERNARD, Enrico; FERREIRA, Rodrigo Lopes. Ecological preferences of neotropical cave bats in roost site selection and their implications for conservation. *Basic and Applied Ecology*, Gottingen, v. 45, p. 31-41, jun. 2020.

<sup>27</sup> BRASIL. Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. *Diário Oficial da União*, Brasília, 12 jan. 2022.

<sup>28</sup> NOVAS regras pra cavernas? 5 min de Direito Ambiental explica o Decreto 10935/22. 5 min de Direito Ambiental. Pequim: 5 min de Direito Ambiental 12 jan. 2022. 1 vídeo (6 min). Publicado por Pedro Company.

<sup>29</sup> BERNARD, Enrico *et al.* No Ano Internacional das Cavernas e do Carste, as cavernas do Brasil estão em alto risco. *Revista (O) eco*, Rio de Janeiro, 10 jun. 2021. Análises.

conferida. O que muda com o novo decreto que, ao permitir que as cavidades de máxima relevância tenham impactos negativos irreversíveis? Automaticamente abre-se espaço para a exploração minerária, desde que sejam adotadas medidas compensatórias e que tenha autorização do órgão ambiental licenciador competente.

Para que o órgão licenciador autorize que cavidades de máxima proteção sejam objeto de impactos negativos irreversíveis, é necessário que o empreendedor demonstre:

Art. 4º. [...] I - que os impactos decorrem de atividade ou de empreendimento de utilidade pública, nos termos do disposto na alínea 'b' do inciso VIII do *caput* do art. 3º da Lei nº 12.651, de 25 de maio de 2012; II - a inexistência de alternativa técnica e locacional viável ao empreendimento ou à atividade proposto; III - a viabilidade do cumprimento da medida compensatória de que trata o § 1º; e IV - que os impactos negativos irreversíveis não gerarão a extinção de espécie que conste na cavidade impactada.

Quanto ao ponto específico acerca da extinção de espécies que habitam nas cavidades, tem-se um ponto que vem gerando polêmica entre estudiosos da área, já que tal previsão não leva em consideração que algumas espécies, por exemplo a de troglóbios - tipo de organismo altamente adaptado ao ambiente subterrâneo e em altas taxas de endemismo - embora apresentem-se em quantidade aparentemente razoável em duas ou mais cavidades, a eliminação de uma pode gerar um desequilíbrio nas que habitam outras cavernas e causar a extinção da espécie. Nesse sentido:

De acordo com o novo decreto, as cavernas que abrigam uma espécie de troglóbio raro são consideradas de máxima relevância. Hoje a legislação trata como troglóbio raro, troglóbios que ocorrem em até três cavernas. Aí eles decidem conservar a caverna com a maior população, por exemplo, e destruir as outras duas, porque aí, em teoria, você não extinguiu a espécie. Mas [nos] estudos rápidos que normalmente são feitos, [...] nada garante que aquela

maior população seja, de fato, a maior; e pode ser que, para a espécie sobreviver, as três populações sejam fundamentais. E aí depois que as duas cavernas forem destruídas e a espécie for extinta, já foi.<sup>30</sup>

Como compensação ambiental para impactos irreversíveis em cavidades de relevância máxima, o novo decreto previu a garantia pelo empreendedor da “preservação de cavidade natural subterrânea com atributos ambientais similares àquela que sofreu o impacto e, preferencialmente, com grau de relevância máximo e de mesma litologia”.<sup>31</sup>

Algumas considerações devem ser feitas nesse sentido: primeiramente, as cavernas de máxima relevância assim o são justamente, mas não somente, pelo seu caráter peculiar, o que por si só já levantaria relativa discussão acerca da similaridade dos atributos ambientais; de outra sorte, a utilização do termo “preferencialmente” quando da determinação do grau de relevância da cavidade que substituirá aquela suprimida e seu tipo de rocha (litologia) abre espaço para a compensação com cavidades de grau inferior ou rocha diferente daquela irreversivelmente impactada.

O Decreto Federal nº 10.935/2022 prevê que será considerada de máxima relevância aquela cavidade que apresentar ao menos um dos requisitos normativos: possuir gênese única na amostra regional; dimensões notáveis em extensão, área ou volume; espeleotemas únicos; ser abrigo essencial para a preservação de espécies em risco de extinção; ser *habitat* essencial para a preservação de troglóbios raros; possuir relevância religiosa ou histórico-cultural e ser considerada abrigo essencial para manutenção permanente de congregação excepcional de morcegos, “com, no mínimo, dezenas

---

<sup>30</sup> Entrevista de Rodrigo Lopes Ferreira *In*: MENEGASSI, Duda. Canetada de Bolsonaro retira proteção das cavernas mais importantes do Brasil. Revista (O) eco, Rio de Janeiro, 13 jan. 2022. Reportagens.

<sup>31</sup> Art. 4º, § 1º do Decreto Federal nº 10.935/2022 (BRASIL. Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. Diário Oficial da União, Brasília, 12 jan. 2022.).

de milhares de indivíduos”; ou possuir destacada relevância histórico-cultural ou religiosa.<sup>32</sup>

Em comparação com o Decreto Federal nº 6.640/2008, a nova normativa retirou 5 requisitos de classificação, fazendo com que o número de cavernas de máxima relevância seja ainda menor do que as existentes atualmente.

Nos termos do art. 8º do Decreto Federal nº 10.935/2022, a definição de metodologia de classificação da relevância das cavidades é de competência do “Ministro de Estado do Meio Ambiente, do Ministro de Estado de Minas e Energia e do Ministro de Estado de Infraestrutura” com oitiva do ICMBio e do Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (Ibama).

## **6. ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL Nº 935**

O referido decreto logo foi objeto de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) no Supremo Tribunal Federal (STF), proposta pelo partido político Rede Sustentabilidade sob alegação de inconstitucionalidade dado que, de acordo com o partido, “a medida realmente representa um grave retrocesso ambiental e um acinte à necessária proteção ao patrimônio histórico, cultural, artístico, turístico, paisagístico [...] arqueológico e paleontológico”, violando o art. 216, V, da CRFB/1988.<sup>33</sup>

Nesse sentido, o partido impugnou o Decreto Federal nº 10.935/2022 de forma integral, sob alegação de promoção de “mudanças inconstitucionais na medida em que promoveu mudanças inconstitucionais e profundas em todo o arcabouço protetivo ambiental arquitetado pelo anterior Decreto nº 99.556/1990”.<sup>34</sup>

---

<sup>32</sup> Art. 1º, § 4º do Decreto Federal nº 10.935/2022 (*Idem*).

<sup>33</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 935. Petição Inicial. 57f. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 14 jan. 2022. p. 12.

<sup>34</sup> *Idem*, p. 16.

Requeru, ainda, em cognição sumária, a suspensão do Decreto Federal nº 10.935/2022 e retomada do Decreto Federal nº 99.556/1990, cuja redação foi atualizada pelo Decreto Federal nº 6.640/2008; ou, como pedido subsidiário, a suspensão dos seguintes dispositivos: art. 2º, §§ 4º e 9º, arts. 4º, 6º, 7º e 8º, “com a imediata retomada da produção de efeitos dos dispositivos correlatos do então revogado Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990 [...], a saber: §§ 4º e 9º do art. 2º, art. 3º, e art. 5º, respectivamente”.<sup>35</sup>

Em decisão monocrática, o Ministro Relator Ricardo Lewandowski suscitou a íntima relação entre a dimensão ecológica da dignidade da pessoa humana e o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, previsto no art. 225 da CRFB/1988 e ressaltou o caráter de direito fundamental atribuído à proteção do patrimônio cultural, nos termos do art. 216, V, do texto constitucional.<sup>36,37</sup>

No mesmo sentido, argumentou pela possibilidade de enquadramento do objeto da ADPF como possível lesão ou ameaça de lesão a preceitos fundamentais, a saber, à dignidade da pessoa humana, prevista no art. 1º, III, da CRFB/1988; à vida (art. 5º, *caput*, da CRFB/1988); à saúde, prevista no art. 6º, *caput*, da CRFB/1988); à proibição de retrocesso institucional e socioambiental, prevista no art. 1º, *caput* e III; art. 5º, XXXVI e § 1º; e art. 6º, § 4º, IV, da CRFB/1988, “bem assim, de forma mais específica, ao direito à proteção ao patrimônio cultural, incluídos o histórico, científico, ecológico, arqueológico e paleontológico (art. 216, V, da CF), e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (art. 225 da CF)”.<sup>38</sup>

---

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 935-DF. Pleno. Ementa [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 jan. 2022. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, 24 jan. 2002. p. 21.

<sup>37</sup> STF e as cavernas - 5 min de Direito Ambiental explica a decisão sobre o decreto 10935/22. 5 min de Direito Ambiental. Pequim: 5 min de Direito Ambiental 25 jan. 2022. 1 vídeo (6 min). Publicado por Pedro Company.

<sup>38</sup> *Idem*, p. 24.

Uma questão apontada como relevante da exploração das cavidades naturais subterrâneas é a possibilidade de destruição da fauna e flora cavernícolas e a ameaça a espécies endêmicas em extinção, aumentando, também, o risco à saúde humana com o potencial surgimento de novas epidemias e pandemias. Além disso, outro ponto de destaque é o comprometimento dos recursos hídricos subterrâneos, “fator relevante relacionado ao fenômeno da seca, sobretudo nas regiões em que essas áreas são responsáveis pelo armazenamento de água, sendo úteis na recarga de aquíferos, rios subterrâneos e lençóis freáticos, que garantem o abastecimento de populações”.<sup>39</sup>

Por fim, o Ministro do STF decidiu pela suspensão da eficácia dos arts. 4º, I, II, III e IV e 6º do Decreto Federal nº 10.935/2022, com a imediata retomada dos efeitos do então revogado art. 3º do Decreto Federal nº 99.556/1990, com a redação dada pelo Decreto Federal nº 6.640/2008.

Com a suspensão liminar, resta proibida a exploração econômica de cavidades naturais subterrâneas com grau de relevância máximo, ainda que seja emitida autorização pelo órgão ambiental responsável pelo licenciamento das atividades econômicas, até que, com a cognição exauriente, decida eventualmente o STF de forma contrária.

## **7. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Data de milhares de anos o histórico dos ecossistemas cavernícolas, com muitas incógnitas evolutivas cujas respostas podem estar nos processos de adaptação da fauna e flora subterrâneas.

Os impactos nos ambientes cavernícolas (hipógeo), se comparados ao ambiente exterior às cavernas (meio epígeo) são mais significativos, especialmente pela instabilidade dos ambientes

---

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 25.

subterrâneos, em que qualquer mudança pode comprometer sistematicamente as espécies adaptadas à vida cavernícola, independentemente do seu grau de especialização à vida subterrânea.

A presente pesquisa teve por objetivo identificar a evolução normativa do patrimônio espeleológico brasileiro nos últimos anos. Foi realizado um levantamento das normas vigentes, desde a previsão constitucional de proteção do patrimônio espeleológico até os decretos e instruções normativas que norteiam a utilização, proteção e metodologias classificatórias das cavidades subterrâneas.

Uma novidade é o Decreto Federal nº 10.935/2022, recém-publicado, que revogou o Decreto Federal 99.556/1990 e alterou a previsão de proteção integral de cavidades classificadas com grau de relevância máxima, permitindo que sejam objetos de impactos negativos irreversíveis.

Em razão da insatisfação de diversas entidades de espeleologia e especialistas na área, o Partido Rede Sustentabilidade propôs ADPF impugnando totalmente a referida norma e requerendo, subsidiariamente, a suspensão dos seguintes dispositivos: art. 2º, §§ 4º e 9º, arts. 4º, 6º, 7º e 8º, que definem os requisitos para classificação das cavernas grau de relevância máximo; a possibilidade de revisão do grau de relevância das cavernas pelo órgão ambiental licenciador; a possibilidade de impactos a cavernas de máxima relevância; a possibilidade de existência de empreendimentos na área de influência de cavidades de todos os graus de relevância; a atribuição de grau de relevância máximo para cavidades-testemunho e a previsão de nova instrução normativa para definir a metodologia de classificação do grau de relevância, atributos ambientais e outras formas de compensação, respectivamente.

Ao analisar o impacto da atual legislação federal cavernícola brasileira, o Ministro do STF Ricardo Lewandowski decidiu, em medida cautelar, pela suspensão dos efeitos dos arts. 4º, I, II, III e IV e 6º do Decreto Federal nº 10.935/2022, com a imediata retomada dos



efeitos do então revogado art. 3º do Decreto Federal nº 99.556/1990, com a redação dada pelo Decreto Federal nº 6.640/2008, proibindo a exploração econômica de cavidades de máxima relevância. A Ação segue sendo votada no STF, com última movimentação de pedido de vista pelo Ministro Dias Toffoli e expectativa de que o resultado de tema tão caro ao nosso patrimônio histórico-cultural seja alcançado em breve.

## 8. REFERÊNCIAS

AULER, Augusto; ZOGBI, Leda. **Espeleologia**: noções básicas. São Paulo: Redespele Brasil, 2005.

BARROS, Jennifer de Sousa; BERNARD, Enrico; FERREIRA, Rodrigo Lopes. Ecological preferences of neotropical cave bats in roost site selection and their implications for conservation. **Basic and Applied Ecology**, Gottingen, v. 45, p. 31-41, jun. 2020.

BENTO, Diego de Medeiros *et al.* Mapeamento, caracterização ambiental e relevância do patrimônio espeleológico de Felipe Guerra/RN. *In*: 31º Congresso Brasileiro de Espeleologia. Ponta Grossa-PR, **Anais do 31º congresso Brasileiro de Espeleologia**, Ponta Grossa, 21-24 jul. 2011.

BERNARD, Enrico *et al.* No Ano Internacional das Cavernas e do Carste, as cavernas do Brasil estão em alto risco. **Revista (O) eco**, Rio de Janeiro, 10 jun. 2021. Análises.

BRASIL. [Constituição (1988)]. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, 05 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº 10.935, de 12 de janeiro de 2022. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 12 jan. 2022.

BRASIL. Decreto nº 6.640, de 7 de novembro de 2008. Dá nova redação aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º e acrescenta os arts. 5-A e 5-B ao Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990, que dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no território nacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, 10 nov. 2008.

BRASIL. Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990. Dispõe sobre a proteção das cavidades naturais subterrâneas existentes no

território nacional, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, 2 out. 1990).

BRASIL. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade / CECAV - Centro Nacional de Estudo, Proteção e Manejo de Cavernas. **II Curso de Espeleologia e Licenciamento Ambiental**. Minas Gerais, 2010.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Instrução Normativa nº 2, de 30 de agosto de 2017. Define a metodologia para a classificação do grau de relevância das cavidades naturais subterrâneas, conforme previsto no art. 5º do Decreto nº 99.556, de 1º de outubro de 1990. **Diário Oficial da União**, Brasília, 21 ago. 2009.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Portaria nº 358, de 30 de setembro de 2009. Institui o programa nacional de conservação do patrimônio espeleológico, que tem como objetivo desenvolver estratégia nacional de conservação e uso sustentável do patrimônio espeleológico brasileiro. **Diário Oficial da União**, Brasília, 01 out. 2009.

BRASIL. Resolução Conama nº 347, de 10 de setembro de 2004. Dispõe sobre a proteção do patrimônio espeleológico. **Diário Oficial da União, Brasília**, 13 set. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 935. Petição Inicial. 57f. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 14 jan. 2022.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 935-DF. Pleno. Ementa [...]. Relator: Min. Ricardo Lewandowski, 24 jan. 2022. **Diário de Justiça Eletrônico**, Brasília, 24 jan. 2002.

ENTREVISTA de Rodrigo Lopes Ferreira *In*: MENEGASSI, Duda. Canetada de Bolsonaro retira proteção das cavernas mais importantes do Brasil. **Revista (O) eco**, Rio de Janeiro, 13 jan. 2022. Reportagens.

HARDT, R. Breve Inventário do Patrimônio Espeleológico. *In*: RUCHKYS, Úrsula Azevedo *et al* (orgs). **Patrimônio Espeleológico em Rochas Ferruginosas**. Campinas: Grafia Mundo, 2015. Parte I. p. 44-55.

HOLTEN, Birgitte; STERLL, Michael. **P. W. Lund e as grutas com ossos em Lagoa Santa**. Belo Horizonte: Editora UFMG. 2011.

ICMBIO. Anuário Estatístico do Patrimônio Espeleológico Brasileiro 2019. Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade. **CECAV - Centro Nacional de Pesquisa e Conservação de Cavernas**, Brasília, 2020.

ICMBio. **Livro vermelho da fauna brasileira ameaçada de extinção**. Brasília: ICMBio, 2018. V. 1.

JACOBI, Cláudia Maria; CARMO, Flávio Fonseca do; CAMPOS, Iara C. de. Iron Geosystems: Priority Areas for Conservation in Brazil. *In: Tibbett, M. (Org.). Mining in Ecologically Sensitive Landscapes*. University of Western Australia: CSCIRO Publishing, 2015.

LOBO, Heros Augusto Santos; TRAVASSOS, Luiz Eduardo Panisset. **O ser humano e a paisagem cárstica**. Campinas: SBE. 2012.

MIRANDA, Marcos Paulo de Souza; CHIODI, Cristina Kistemann. Proteção Jurídica do Patrimônio Espeleológico. *In: RUCHKYS, Úrsula Azevedo et al (orgs). Patrimônio Espeleológico em Rochas Ferruginosas*. Campinas: Grafia Mundo, 2015. Parte I. p. 56-77.

NEVES, Walter Alves; PILÓ, Luis Beethoven. **O povo de Luzia**. São Paulo: Globo. 2008.

NOVAS regras para cavernas? 5 min de Direito Ambiental explica o Decreto 10935/22. 5 min de Direito Ambiental. Pequim: 5 min de Direito Ambiental 12 jan. 2022. 1 vídeo (6 min). Publicado por Pedro Campany. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=p11aQhe6NE>. Acesso em: 11 mar. 2022.

STF e as cavernas - 5 min de Direito Ambiental explica a decisão sobre o decreto 10935/22. 5 min de Direito Ambiental. Pequim: 5 min de Direito Ambiental 25 jan. 2022. 1 vídeo (6 min). Publicado por Pedro Campany.

TRAVASSOS, Luiz Eduardo Panisset. **Princípios de carstologia e geomorfologia cárstica**. ICMBio: Brasília, 2019.



# EL IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LAS PREDICCIONES BASADAS EN ALGORITMOS: LAS GARANTÍAS DEL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS<sup>1</sup>

Ana Garriga Domínguez.

Profesora Titular de Filosofía del Derecho. Universidad de Vigo.

## 1. LAS PREDICCIONES BASADAS EN GRANDES CANTIDADES DE DATOS Y SU IMPACTO EN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La cantidad de información personal disponible, recopilada por los distintos servicios y aplicaciones de la sociedad de la información o, entre otros, los dispositivos conectados como los Smartphone o el Internet de las cosas, nos sitúa por sí misma ante una nueva revolución tecnológica, el *Big Data*, que “no se cifra en las máquinas que calculan los datos, sino en los datos mismos y en cómo los usamos”<sup>2</sup>. Pues, no sólo es relevante a efectos del rastro digital, el tipo de información que ponemos a disposición de otros en Internet, sino que otro factor importantísimo es el de su cantidad, que va suponer por sí mismo un nuevo tipo de riesgo para los derechos. Los avances en la minería y análisis de datos y el aumento masivo de la capacidad informática de procesamiento y almacenamiento han ampliado exponencialmente la información que se encuentra

---

<sup>1</sup> Este trabajo se ha desarrollado en el ámbito del proyecto de investigación “La implementación del RGPD en España: El impacto de las cláusulas abiertas en la nueva LOPD, en su normativa de desarrollo y en la legislación sectorial” (PRODATIES) del Ministerio de Ciencia, Investigación y Universidades (ref.: RTI2018-095367-B-I00).

<sup>2</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER y K. CUKIER. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, Turner Noema, 2013, p. 18.

al alcance de las empresas, los gobiernos y los individuos. Asimismo, el número creciente de gente, dispositivos y sensores que están conectados por redes digitales ha revolucionado la capacidad de generar, comunicar, compartir y acceder a los datos<sup>3</sup>. Denominamos *Big Data*, por un lado, a la gran cantidad de datos disponibles y, por otro, aludimos al conjunto de tecnologías cuyo objetivo es tratar grandes cantidades de información<sup>4</sup>, empleando complejos algoritmos y estadística con la finalidad de hacer predicciones, extraer información oculta o correlaciones imprevistas y, en último término, favorecer la toma de decisiones. Para analizar estas inmensas cantidades de datos han surgido un conjunto de tecnologías que hacen referencia a los sistemas de información y “que pertenecen al campo de la inteligencia artificial (y) recibe el nombre de «minería de datos»”<sup>5</sup> y que, utilizando la ingente cantidad de datos disponibles los analizan buscando patrones recurrentes y correlaciones. Pero, el *Big Data* es algo más. Puede ser definido como un fenómeno cultural, tecnológico y académico, que se apoya en la interacción de la tecnología a través de la maximización de la potencia de cálculo y precisión algorítmica y que utiliza estos análisis para identificar patrones en esos grandes volúmenes de datos, que sirven hacer reivindicaciones económicas, sociales, técnicas y legales; pero también aportaría un elemento mitológico, entendido como la creencia generalizada de que los grandes conjuntos de datos ofrecen una forma superior de la inteligencia y que su conocimiento puede generar ideas que antes eran imposibles, con el aura de la verdad, la objetividad y la precisión<sup>6</sup>. Es, precisamente este aura de objetividad y verdad, unida a la falta de transparencia

---

<sup>3</sup> O. TENE y J. POLONETSKY. “*Privacy in the age of Big Data: a time for big decisions*”, Stanford Law Review Online, nº 63, Febrero de 2012, p. 63.

<sup>4</sup> M. BELTRÁN PARDO y F. SEVILLANO JAÉN. *Cloud computing, tecnología y negocio*, Paraninfo, Madrid, 2013, p. 16 y ss.

<sup>5</sup> A. RAMOS BERNAL. *Reflexiones sobre economía cuántica*, ECU (Editorial Club Universitario), Alicante, 2012, p. 186.

<sup>6</sup> BOYD, D. y CRAWFORD, K.; “*Critical questions for Big Data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon*”, Information, Communication & Society, Vol. 15, Número 5, Junio de 2012, p. 662 y 663.

que acompaña a las decisiones basadas en esta tecnología, lo que plantea más problemas para los derechos de las personas<sup>7</sup>.

Esta inmensa capacidad para buscar, agregar y realizar referencias cruzadas de los grandes conjuntos de datos<sup>8</sup>, que permiten extraer patrones de comportamiento y perfiles personales y que informan acerca de lo que somos y lo que hacemos<sup>9</sup> hace posible una peligrosa y nueva filosofía de la anticipación, cuyo extremo sería el de las predicciones preventivas<sup>10</sup> y que puede influir en los deseos de nuevas maneras, pero también puede mediar en los comportamientos reales de ciertos grupos sociales que, como los individuos, son alentados por retroalimentación para ajustarse a los patrones esperados<sup>11</sup>. Además, la elaboración de perfiles y el establecimiento de correlaciones y predicciones permite visibilizar “modelos colectivos de comportamiento”<sup>12</sup> y posibilita la clasificación social de los individuos y los grupos y la adopción de determinadas decisiones sobre ellos. El uso de perfiles permite determinar la información a la que vamos a tener acceso, limitando también nuestro derecho a recibir información veraz o siendo objeto de auténticas manipulaciones. Los servicios que utilizan algoritmos para personalizar las noticias u otros contenidos para cada usuario emplean “parámetros de medición basados en afinidades digitales (que

---

<sup>7</sup> Vid. C. O'NEIL. *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Capitán Swing, Madrid, 2017. Cathy O'Neil analiza el impacto real que han tenido en la vida de millones de personas los algoritmos predictivos basado en Big Data en campos tan diferentes como la prevención de la delincuencia, la contratación y los despidos de trabajadores, o su papel en la crisis económica de 2008.

Vid., asimismo, A. MONASTERIO ASTOBIZA. “Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos”, *Dilemata*, año 9 (2017), nº 24, pp. 185-217.

<sup>8</sup> D. BOYD y K. CRAWFORD. BOYD, D. y CRAWFORD, K.; “Critical questions for Big Data. Provocations for a cultural, technological, and scholarly phenomenon”, *Information, Communication & Society*, Vol. 15, Número 5, Junio de 2012, p. 662.

<sup>9</sup> T. CRAIG y M. E. *Privacy and Big Data*, O'Really, 2011, Sebastopol (California), p.6.

<sup>10</sup> I. KERR y J. EARLE. *Prediction, preemption, presumption: how Big Data threatens big picture privacy*, *Stanford Law Review*, online 65, Septiembre de 2013.

<sup>11</sup> D. LYON. *Surveillance Studies. An overview*, Polity Press, Malden, 2014, p. 101.

<sup>12</sup> BYUNG-CHUL H.; *En el enjambre*, En el enjambre, traducción de Raúl Gabás, Herder Editorial, Barcelona, 2014, p. 109.

*delimitan, para el usuario, ventanas de visibilidad que tienen el color de su red social*<sup>13</sup>.

Es importante señalar que, el impacto de la elaboración de perfiles, no se limita al derecho a la privacidad. Son muchos los valores y derechos afectados; así por ejemplo, las libertades de expresión e información, la libertad ideológica o los mismo valores democráticos. En este contexto y en la medida en que la exposición a noticias, opiniones e información cívica ocurre cada vez más a través de las redes sociales<sup>14</sup>, en las que la decisión sobre los contenidos o sobre cómo se presentan se toma en base a perfiles personalizados, los agentes políticos se ven compelidos a utilizar también estos medios por su eficacia y para conseguir una mayor visibilidad<sup>15</sup>. Ahora bien, no es lo mismo el debate de ideas o la publicidad legítima, que la propagación de noticias falsas y los fenómenos de desinformación que utilizan el potencial del *Big Data* y de la micro-segmentación para conseguir sus objetivos económicos o políticos<sup>16</sup>. Las posibilidades actuales de micro-segmentación y manipulación *online* basadas en las tecnologías de *Big Data* e inteligencia artificial que permiten la recolección, el almacenamiento, la combinación y el análisis de ingentes cantidades de datos personales hacen que el riesgo para los derechos de las personas sea hoy mucho más real y elevado. Como ha señalado el Supervisor Europeo de Protección de Datos existe una amenaza para los valores democráticos y los derechos fundamentales derivados de la incesante

---

<sup>13</sup> D. CARDON. *Con qué sueñan los algoritmos: nuestras vidas en el tiempo de los Big Data*, Dado Ediciones, Madrid, 2018, p. 43.

<sup>14</sup> BAKSHY, MESSING y ADAMIC. “Exposure to ideologically diverse news and opinion on Facebook”, *Science*, Junio de 2015, Vol. 348, nº 6239, p. 1130.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión vid. J. ECHEVERRÍA. *Entre cavernas. De Platón al cerebro pasando por Internet*, Triacastela, Madrid, 2013, especialmente pp. 175 y ss.

<sup>16</sup> Vid. *Disinformation and ‘fake news’: Final Report*, p. 11.

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf> y Final report of the High Level Expert Group on Fake News and Online Disinformation: “A multi-dimensional approach to disinformation” (12 de marzo de 2018). <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/final-report-high-level-expert-group-fake-news-and-online-disinformation>. Asimismo, *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de octubre de 2018, sobre la utilización de los datos de los usuarios de Facebook por parte de Cambridge Analytica y el impacto en la protección de los datos* (2018/2855(RSP).



vigilancia a la que son sometidas las personas en el espacio digital por empresas y Estados y, esta disminución de su espacio íntimo tiene como consecuencia “*un efecto alarmante sobre la capacidad y voluntad de las personas de expresarse y establecer relaciones con libertad, también en la esfera cívica, tan esencial para la salud de la democracia*”<sup>17</sup>. Cuando el entorno *online* se encuentra personalizado y micro-segmentado, los ciudadanos estamos expuestos a informaciones que refuerzan los sesgos ideológicos y es más difícil encontrar opiniones diferentes, lo que lleva “*a una mayor polarización política e ideológica*”<sup>18</sup>. En este sentido, también el Parlamento Europeo<sup>19</sup> ha analizado los riesgos de la elaboración de perfiles utilizando *macrodatos* y, entre otras consideraciones, insta a la “*Comisión y a los Estados miembros que velen por que las tecnologías basadas en los datos no limiten o discriminan el acceso a un entorno mediático pluralista sino que fomenten la libertad de los medios de información y el pluralismo*”. En su Informe de enero de 2018, el Grupo Consultivo sobre Ética del Supervisor Europeo de Protección de Datos<sup>20</sup> señalaba, entre las amenazas para la autonomía individual, la difusión algorítmica o humana de noticias falsas que debilita la capacidad de los individuos para discriminar entre lo que es información fiable y lo que no lo es y, así también, los procesos democráticos estarían en riesgo de debilitarse a través de las prácticas de marketing político basadas en técnicas de micro-segmentación y elaboración de perfiles psicográficos<sup>21</sup>; pues, las técnicas de micro-segmentación en el ámbito electoral cambia las reglas del discurso político, reduciendo el espacio para el debate y el intercambio de ideas<sup>22</sup>.

---

<sup>17</sup> *Opinion 3/2018, on online manipulation and personal data*, del Supervisor Europeo de Protección de Datos, adoptada el 13 de marzo de 2018, p. 3.

<sup>18</sup> *Opinion 3/2018, on online manipulation and personal data*, p. 7.

<sup>19</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los *macrodatos* en los derechos fundamentales: *privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley*.

<sup>20</sup> EAG; Report 2018: [https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25\\_eag\\_report\\_en.pdf](https://edps.europa.eu/sites/edp/files/publication/18-01-25_eag_report_en.pdf).

<sup>21</sup> *Ibidem*, p. 18.

<sup>22</sup> *Ibidem*, p. 28.

La toma de decisiones basadas en el tratamiento de la información personal afecta a un número cada vez mayor de servicios y ámbitos. Así por ejemplo en la banca, para valorar la aptitud crediticia de una persona a través de la asignación de una puntuación determinada calificándola, en el ámbito de los seguros para calcular el riesgo, su interés como cliente potencial o el precio final del seguro, en el ámbito de la policía preventiva o de la prevención del fraude, etc. En consecuencia, el establecimiento de perfiles y la toma de decisiones automatizadas puede afectar a las oportunidades vitales de las personas, que dependen de la categoría en la que las hayan situado, en diferentes ámbitos: en el empleo<sup>23</sup>, en las posibilidades de contratar un seguro o de acceder a un préstamo, en el precio de los bienes y servicios que se ofrecen en función del perfil, en la obtención de un visado, en el acceso a una prestación o subvención y la prevención del fraude<sup>24</sup>, en la vigilancia policial<sup>25</sup> o en la imposición de sanciones penales<sup>26</sup>. Pero, lo que es más importante, se trata de procesos que, en muchos casos, se caracterizan por su falta de transparencia, neutralidad y objetividad que utilizan

---

<sup>23</sup> Así, por ejemplo, AMAZON decidió prescindir de un algoritmo que discriminaba a las mujeres en el acceso al empleo. Esta herramienta de inteligencia artificial basándose en los archivos de los últimos 10 años de la compañía, aprendió que los hombres eran preferibles y empezó a discriminar a las mujeres. En [https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884\\_487716.html](https://elpais.com/tecnologia/2018/10/11/actualidad/1539278884_487716.html).

<sup>24</sup> Por ejemplo, en el ámbito europeo, el sistema SYRI (*System Risk Indication*), que se utilizaba con el fin de predecir la probabilidad de que solicitantes de beneficios estatales defraudaran en sus contribuciones a la seguridad social como en el pago de impuestos. Este sistema, que se probó sesgado hacia determinados colectivos desfavorecidos de la sociedad ha sido declarado contrario al artículo 8 (derecho a la vida privada) del Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950 por un tribunal de los Países Bajos, dictaminado que el algoritmo, que señalaba a los ciudadanos con menos renta y a grupos de población de origen inmigrante, no respetaba su derecho a la vida privada. En [https://elpais.com/tecnologia/2020/02/12/actualidad/1581512850\\_757564.html](https://elpais.com/tecnologia/2020/02/12/actualidad/1581512850_757564.html).

<sup>25</sup> Así, en Australia (Nueva Gales del Sur): una herramienta conocida como «Plan de Gestión de Objetivos Sospechosos» (STMP, por sus siglas en inglés), que, utilizando un algoritmo, evalúa el riesgo de reincidencia de una persona una vez ha cometido su primer delito. <https://www.nobbot.com/general/australia-policia-minority-report/>.

<sup>26</sup> A. MONASTERIO ASTOBIZA: *Ética algorítmica: Implicaciones éticas de una sociedad cada vez más gobernada por algoritmos*, ob. cit., p. 202.

los algoritmos que incorporan los prejuicios humanos sobre el sexo o el género, la raza, la nacionalidad o el origen socioeconómico<sup>27</sup>.

## 2. LA ADOPCIÓN DE DECISIONES AUTOMATIZADAS Y DE LA ELABORACIÓN DE PERFILES EN EL REGLAMENTO EUROPEO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS

Los riesgos para los derechos de las personas para su libertad de elección, ante las posibilidades de discriminación y exclusión, o ante las consecuencias de predicciones erróneas o inexactas, se tratan de conjurar en el Reglamento General de Protección de Datos (RGPD)<sup>28</sup> a través de su específica regulación<sup>29</sup>. El Reglamento garantiza el derecho del interesado *a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar*. Como sucedía en la Directiva 95/46/CE, se limitan las decisiones basadas exclusivamente en el tratamiento automatizado, es decir, aquellas que *“representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos sin la participación del ser humano”*<sup>30</sup>.

En el propio RGPD, en el artículo 4.4, se indica que debe entenderse por *«elaboración de perfiles»: toda forma de tratamiento*

---

<sup>27</sup> Vid., entre otros, A. CALISKAN, J.J. BRYSON y A. NARAYANAN. «Semantics derived automatically from language corpora contain human-like biases». *Science* 14 Apr 2017, Vol. 356, pp. 183-186. En <http://science.sciencemag.org/cgi/doi/10.1126/science.aal4230>.

<sup>28</sup> REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

<sup>29</sup> Podemos considerar como antecedentes de esta regulación, además del artículo 15 de la Directiva 95/46/CE, la Recomendación (2010)13 sobre la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal en el contexto de la creación de perfiles del Comité de Ministros del Consejo de Europa.

<sup>30</sup> *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679* del GT29, Adoptadas el 3 de octubre de 2017 y revisadas por última vez y adoptadas el 6 de febrero de 2018, p. 8.

*automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física*<sup>31</sup>. En este precepto se recogen los tres elementos que determinan que estemos ante una elaboración de perfiles: que se trate de un tratamiento automatizado, que se evalúen aspectos personales de una persona física y que ese tratamiento automatizado se base en datos personales.

El artículo 22 se aplica tanto a la elaboración de perfiles como a la adopción de decisiones automatizadas, estén o no basadas en perfiles. Como ya se ha explicado, la elaboración de perfiles implica la recogida de información sobre una persona o un conjunto de personas y la evaluación de sus características o patrones de comportamiento con el fin de clasificarlas, asignarlas a una determinada categoría o grupo con el objetivo de analizar o hacer predicciones sobre <sup>1</sup> sus características, intereses, capacidades o comportamiento futuro.

Sin embargo, como señala el Comité Europeo de Protección de Datos, “las decisiones automatizadas tienen un ámbito de aplicación distinto y pueden solaparse parcialmente con la elaboración de perfiles o derivarse de esta”<sup>32</sup>, ya que pueden llevarse a cabo con o sin elaboración de perfiles.

---

<sup>31</sup> En el Considerando 71 se ofrecen ejemplos de decisiones automatizadas y de perfiles, como respecto de las primeras pueden ser: “*la denegación automática de una solicitud de crédito en línea o los servicios de contratación en red en los que no medie intervención humana alguna*”; y respecto de la elaboración de perfiles: aquellos tratamientos de datos personales que evalúen “*aspectos personales relativos a una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relacionados con el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad o el comportamiento, la situación o los movimientos del interesado*”.

<sup>32</sup> *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, p. 8.

De acuerdo con la interpretación del Comité Europeo de Protección de Datos, el artículo 22 del RGPD contiene una prohibición general de tomar decisiones individuales basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos o efectos significativamente similares, si bien existen excepciones a esta norma general y, dichas excepciones cuando se apliquen, exigirán la adopción de medidas específicas para garantizar los derechos y libertades del interesado, así como sus intereses legítimos<sup>33</sup>. Como ya he mencionado, las decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, pueden tener graves consecuencias para las personas y, en este sentido, la aplicabilidad del artículo 22 dependerá de que se produzcan o se puedan derivar esas consecuencias relevantes para la persona; es decir, cuando produzca efectos jurídicos que afecten al interesado (por ejemplo, afecte a sus derechos, se le deniegue una prestación, produzca efectos en un contrato en el que sea parte) o le afecte significativamente de modo similar, es decir que sea suficientemente importante, como por ejemplo, que se le deniegue un crédito, que le afecte a su acceso a determinados servicios, en el acceso o promoción en el empleo, etc.

Ahora bien, en determinados casos en los que es posible la elaboración de perfiles o la adopción de decisiones automatizadas de acuerdo con lo previsto en el artículo 22 del RGPD. Para que esos tratamientos sean lícitos, obviamente han de contar con una base de legitimación válida y habrán de cumplir todos los principios relativos al tratamiento, si bien con las restricciones y garantías previstas en dicho precepto.

Un principio que parece especialmente relevante en este ámbito es el principio de transparencia, ya que estos procesos suelen ser opacos para las personas o a éstas les cuesta comprender su funcionamiento y la relevancia de sus aplicaciones y consecuencias. El principio de transparencia está íntimamente ligado al derecho a recibir una información completa, clara y sencilla relativa a todos los

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 16.

aspectos relevantes de un tratamiento de datos personales y a las posibles consecuencias que se podrían derivar de ese tratamiento. Esta exigencia de transparencia se conecta con el establecimiento de un contenido pormenorizado del derecho de información y de las correlativas obligaciones informadoras del responsable del tratamiento y, en especial, respecto de la existencia de decisiones automatizadas y la elaboración de perfiles así como *información significativa sobre la lógica aplicada, la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado* (arts. 13, 14 y 15 RGPD).

El cumplimiento de este principio es de la mayor importancia para garantizar uno de los derechos previstos en el artículo 22, la impugnación de la decisión automatizada basada en un perfil, cuando esta esté permitida. La impugnación de las decisiones fundamentadas exclusivamente en un tratamiento de datos personales, tratan de contrarrestar los efectos perjudiciales que pueden derivarse para un individuo en sus relaciones públicas o privadas, de la reconstrucción artificial de su perfil personal, en base al tratamiento de sus datos.

Pero no solamente se debe aplicar el principio de transparencia en la elaboración de perfiles; es necesario también el máximo rigor en la aplicación de los demás principios relativos al tratamiento (minimización, limitación de la finalidad, exactitud y veracidad, etc.)<sup>34</sup>. También las obligaciones derivadas del principio de responsabilidad proactiva.

El derecho recogido en el artículo 22 no es absoluto, estableciéndose una serie de excepciones. Este derecho no se aplicará cuando la decisión esté autorizada por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros que se aplique al responsable del tratamiento, sea necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento o se

---

<sup>34</sup> Vid. *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, en especial, p. 10 y ss.

base en el consentimiento explícito del interesado. En estos dos últimos supuestos el art. 22.3 exige que el responsable del tratamiento establezca medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado. Expresamente se establecen tres garantías o derechos para el interesado:

1. El derecho a obtener intervención humana por parte del responsable;
2. A expresar su punto de vista;
3. El derecho a impugnar la decisión.

Señala el Comité Europeo de Protección de Datos que dicha intervención humana ha de ser significativa, es decir, la *“revisión debe ser llevada a cabo por una persona con la autorización y capacidad adecuadas para modificar la decisión. El revisor debe llevar a cabo una evaluación completa de todos los datos pertinentes, incluida cualquier información adicional facilitada por el interesado”*<sup>35</sup>.

Finalmente, en el art. 22 se establece, además, una limitación en razón de la naturaleza de los datos personales prohibiéndose la adopción de decisiones automatizadas basadas en datos sensibles o especialmente protegidos (origen étnico o racial, opiniones políticas, convicciones religiosas o filosóficas, afiliación sindical, datos genéticos, datos biométricos, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientaciones sexuales) salvo que el interesado haya prestado su consentimiento explícito y esta posibilidad no esté prohibida por el Derecho de la Unión o de los Estados miembros o cuando el tratamiento sea necesario por razones de un interés público esencial, sobre la base del Derecho de la Unión o de los Estados miembros, que debe ser proporcional al objetivo perseguido, respetar en lo esencial el derecho a la protección de datos y establecer medidas adecuadas y específicas para proteger los intereses y derechos fundamentales del interesado. En ambos

---

<sup>35</sup> Ibídem, p. 30.

casos deberán tomarse medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado.

Además de las previsiones del art. 22, en relación con esta cuestión, el RGPD contiene otras garantías importantes respecto de los derechos de las personas. Así por ejemplo, en las disposiciones que regulan el derecho de oposición del artículo 21, se garantiza la posibilidad de oponerse a la elaboración de perfiles en cualquier momento, por motivos relacionados con su situación particular, si el tratamiento se basa en lo dispuesto en el artículo 6, apartado 1, letras e) o f) y, en cualquier caso y sin condición, el interesado tendrá derecho a oponerse, en todo momento, al tratamiento de los datos personales que le conciernan, cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, incluida la elaboración de perfiles en la medida en que esté relacionada con la citada mercadotecnia. Finalmente, se prevén otras garantías como la exigencia del artículo 35.2.a) de la realización de una evaluación de impacto relativa a la protección de datos cuando un tratamiento de datos personales suponga la *“evaluación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, como la elaboración de perfiles, y sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar”*.

### **3. CONSIDERACIONES FINALES**

El procesamiento de la información sobre personas posibilita su clasificación social y la adopción de determinadas decisiones que le afectan. El uso del perfil informático podrá significar su discriminación en muchas de las actividades de la vida cotidiana. De hecho, el mayor de los riesgos en la omnipresente vigilancia que nos rodea no es para la erosión de la privacidad, sino para la igualdad, ya que las técnicas de clasificación y la elaboración de perfiles favorecen y confirman la formación de estereotipos sociales determinando,



tanto la atribución de privilegios y derechos, como la exclusión social<sup>36</sup>.

La obtención del *perfil* supone establecer una correlación entre la posesión de determinadas características y comportamientos concretos. Es decir, implica encuadrar a una persona en un determinado grupo con particularidades determinadas, cuya utilización en la toma de decisiones, que afecten a los sujetos de tales operaciones, pueden suponer una valoración desfavorable de sus rasgos y características personales, lo que al final supondría su discriminación en el acceso a determinados bienes o servicios o la harían acreedora de una especial vigilancia y control al encajar en el perfil del posible delincuente o terrorista, del consumidor fallido, o del disidente de la ideología mayoritaria. Por otra parte, el uso de perfiles puede determinar incluso la información a la que vamos a tener acceso, limitando también nuestro derecho a recibir información veraz o siendo objeto de auténticas manipulaciones. A través de la elaboración del perfil se predice el comportamiento futuro y en función de ese posible comportamiento o reacción del individuo se adoptarán decisiones, favorables o desfavorables, pero potencialmente discriminatorias. Es, precisamente el aura de objetividad y verdad, unida a la falta de transparencia que acompaña a las decisiones basadas en esta tecnología, lo que plantea más problemas para los derechos de las personas; pues como señala Cathy O’Neil muchos ámbitos de *“nuestras vidas están cada vez más en manos de unos modelos secretos que blanden castigos arbitrarios”*<sup>37</sup>.

En el ámbito del mercado, el sistema banóptico de consumo basado en la construcción de perfiles tiene como consecuencia la «desmarketización» de los consumidores y en los demás sistemas banópticos que abundan en los espacios urbanos, puede tener como consecuencia que se impida *“el acceso a los servicios esenciales a las poblaciones proscritas conforme a sus perfiles*

---

<sup>36</sup> D. LYON. *Surveillance Studies. An overview*, ob. cit., p. 184 y 185.

<sup>37</sup> C. O’NEIL. *Armas de destrucción matemática. Cómo el Big Data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, ob. cit., p. 23.

personales”<sup>38</sup>, o en determinados casos que se valoricen “*algunos distritos y se demonicen otros*”<sup>39</sup>.

El establecimiento de perfiles afecta a las oportunidades vitales de las personas, que dependen de la categoría en la que las hayan situado. Esta realidad hace muy importante el principio de transparencia para poder conocer quién diseña esas categorías, quién decide sus significados y quién decide bajo qué circunstancias esas categorías serán decisivas<sup>40</sup>.

El uso desviado de la tecnología de tratamiento de datos personales supone claros peligros para la libertad, para el derecho a no ser discriminado y, asimismo, para la propia dignidad personal. El perfilado insta un determinismo incompatible con la autodeterminación, la presión del «juicio universal permanente»<sup>41</sup> puede producir mermas intolerables en la libertad individual; pues, que las decisiones que nos afecten se tomen en base a un precipitado automatizado de la personalidad supone, no solamente ser juzgado sin poder contradecir el resultado y sus consecuencias, sino también la posibilidad de ser discriminado y excluido. El ser humano pasa a ser mero objeto de información, dejando de ser un ser dotado de dignidad y sujeto de derechos fundamentales.

Por todo lo anterior, la protección de los datos personales en las nuestras sociedades debe perseguir, además de la genérica protección de la dignidad, la libertad y el disfrute de los derechos fundamentales de los ciudadanos, “*el equilibrio entre poderes y situaciones que es condición indispensable para el correcto funcionamiento de una comunidad democrática de ciudadanos libres e*

---

<sup>38</sup> Z. BAUMAN y D. LYON. *Vigilancia líquida*, traducción de Alicia Capel Tejer, Paidós, Barcelona, 2013, p. 133 y 134.

<sup>39</sup> *Ibidem*.

<sup>40</sup> D. LYON. *Surveillance Studies. An overview*, Polity Press, Malden, 2014, p. 186.

<sup>41</sup> Vid. A. E. PÉREZ LUÑO. *Vittorio Frosini y los nuevos derechos de la sociedad tecnológica*, en *Informatica e Diritto*, 1-2, Edizioni Scientifiche Italiane, 1992, p. 104.

*iguales*<sup>42</sup> y, en la época de los datos masivos, deberemos sustraernos a la dictadura de los datos ya que corremos el riesgo de fetichizar, tanto la información, como el resultado de su análisis. Pues, manejados de forma responsable los datos masivos servirán para adoptar decisiones racionales; pero *“empleados equivocadamente, pueden convertirse en un instrumento de poder, que algunos pueden convertir en una fuente de represión, bien simplemente frustrando a consumidores y empleados, o bien -y es peor- perjudicando a los ciudadanos”*<sup>43</sup>.

En el capitalismo de la vigilancia, afirma Shoshana Zuboff, son las exigencias de las diversas formas de modificación conductual, las orientan todas las operaciones hacia la búsqueda de unas totalidades de información y control. Se crearía *“así el marco propicio para un poder instrumental sin precedentes y sus implicaciones sociales consiguientes”*<sup>44</sup>. Los actuales niveles y sistemas de vigilancia, así como sus objetivos, en los que las tecnologías digitales y los datos personales ocupan un lugar fundamental en orden a la clasificación de las personas, producen peligros profundos para la democracia y las posibilidades de participación democrática, la crítica o disensión ética y los movimientos sociales alternativos<sup>45</sup>. Por ello, se hace imprescindible garantizar que en los procesos de decisiones automatizadas sobre personas se extremen al máximo las garantías legales y se adopten rigurosamente los principios de transparencia y consentimiento del interesado, así como que los procesos se diseñen desde el inicio de acuerdo con los principios de protección de datos personales.

---

<sup>42</sup> A. E. PÉREZ LUÑO. *Sobre el arte legislativo de birlibirloque. La LOPRODA y la tutela de la libertad informática en España*, Anuario de Filosofía del Derecho, Tomo XVIII, 2001, p. 361.

<sup>43</sup> V. MAYER-SCHÖNBERGER y K. CUKIER. *Big Data. La revolución de los datos masivos*, ob. cit., p. 188.

<sup>44</sup> S. ZUBOFF. *La era del capitalismo de la vigilancia*, Paidós, Barcelona, 2020, p. 97-98.

<sup>45</sup> D. LYON. *Surveillance Studies. An overview*, ob. cit., p. 5 y ss.



# LIBERTAD DE EXPRESIÓN, REDES SOCIALES Y FUNCIÓN PÚBLICA EN URUGUAY

Ana Inés Abarno Rognoni.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de la República (Uruguay). Profesora Adjunta de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho en el CENUR Litoral Norte.

## INTRODUCCIÓN

Constituye para mí un inmenso honor y compromiso que asumo con mucha emoción, el participar en esta obra colectiva, en un muy merecido reconocimiento a mi querido profesor Dr. Felipe Rotondo Tornarúa.

A Rotondo lo conocí personalmente en el año 2013, en un momento que él calificó como “Estado de necesidad.” Me encontraba ejerciendo el cargo de Ayudante de la Asignatura Derecho Público II en la Universidad de la República de Uruguay, -Cenur Litoral Norte Sede Salto- cuando se produce el fallecimiento del docente titular, el entrañable Dr. Carlos Rocca. Como consecuencia de ese lamentable suceso, debí asumir el cargo interino de Encargada del curso, naciendo allí un vínculo estrecho con el Profesor Rotondo, por estar bajo su supervisión en el dictado de los cursos; en su calidad de Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho.

Destaco y valoro mucho del Dr. Rotondo su alegría contagiosa, su “sentido común”, su sencillez para expresar ideas y conocimiento, que le brotan con una naturalidad propia de los grandes maestros. Sus razonamientos, experiencias y explicaciones de los distintos temas dentro del Derecho Público y en especial del Derecho Administrativo, nos iluminan y nos sirven de guía a docentes, estudiantes y profesionales del área.

Entre los muchos aportes que puede mencionarse del Profesor Rotondo, se destacan el sinnúmero de artículos publicados en revistas y libros nacionales y extranjeros, su obra ya considerada un clásico “Manual de Derecho Administrativo” (que ya va cumpliendo de 11ª edición), de lectura ineludible para estudiantes, docentes y todos quienes pretendan tener un acercamiento al Derecho administrativo. Además se dedicó mucho al estudio de la protección de datos personales, el acceso a la información pública y la sociedad de la información, ocupando cargos importantes en varios organismos públicos, como AGESIC (Agencia de Gobierno Electrónico y Sociedad de la Información), la Unidad Reguladora de Protección de Datos Personales; representando a nuestro país en varios eventos y organismos internacionales vinculados a este tema.

En virtud de ello, resulta relevante el análisis de uno de los aspectos dentro de la amplia gama de la protección de datos, las incidencias de las nuevas tecnologías y la sociedad de la información y cómo opera con relación a la función pública, temas que Rotondo ha estudiado con mucha profundidad.

## **2. ALCANCE DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL EJERCICIO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA, DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DOCTRINA Y DE DERECHO POSITIVO**

Rotondo y Delpiazzo, nos enseñan que la libertad de conciencia (o de pensamiento) refiere al ámbito interno de cada sujeto, mientras que la libertad de expresión supone la posibilidad de exteriorizar ese pensamiento y la libertad de comunicarlo alcanza a uno o más sujetos distintos al emisor, como son los receptores<sup>1</sup>.

Sin ningún lugar a dudas, es en el campo de las comunicaciones donde la tecnología ha incidido en forma más significativa,

---

<sup>1</sup> DELPIAZZO, Carlos y ROTONDO, Felipe. Informática y Derechos Humanos. En *Manual de Derecho Informático e Informática Jurídica*. Tomo II. FCU. Montevideo. 2018. Pág. 22.

desplazando abiertamente los medios tradicionales de comunicación por múltiples medios que surgen continuamente.

En Internet nacen y se desarrollan relaciones humanas de diversos tipos en forma permanente; siendo las redes sociales desde un punto de vista estricto con específica referencia a Internet, *servicios que permiten a los usuarios generar un perfil desde el cual hacer públicos datos e información personal y que proporcionan herramientas que permiten interactuar con otros usuarios y localizarlos en función de las características públicas de sus perfiles*<sup>2</sup>.

Estos autores, mencionan a Javier CREMADES, quien sostiene que las comunidades virtuales *“se basan en dos características culturales compartidas de gran importancia. La primera es el valor de la comunidad horizontal y libre. La actividad de las comunidades virtuales encarna la práctica de la libertad de expresión a nivel global, en una era dominada por los grandes grupos mediáticos y censoras burocráticas gubernamentales. El segundo valor compartido es la capacidad de cualquier persona para crear su destino en la red y, si no lo encuentra, para crear y publicar su propia información, suscitando así la creación de una nueva red”*<sup>3</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, la libertad de comunicación del pensamiento está reconocida desde nuestra primera Constitución de 1830 (artículo 141); actualmente se encuentra establecida en el artículo 29 de la Carta vigente, para todos los habitantes de la República, aplicándose, por ende, también a los funcionarios públicos.

Aníbal Luis Barbagelata, sostenía que la libertad de comunicación del pensamiento es no sólo un derecho humano fundamental, sino una garantía de los restantes derechos humanos, *“donde los*

---

<sup>2</sup> DELPIAZZO, Carlos y ROTONDO, Felipe. Informática y Derechos Humanos. Ob. Cit. Pág. 22.

<sup>3</sup> DELPIAZZO, Carlos y ROTONDO, Felipe. Informática y Derechos Humanos. Ob. Cit. Pág. 22 y 23.

*hombres no pueden comunicarse libremente sus pensamientos, ninguna de las otras libertades está segura”<sup>4</sup>*

A su vez, muchos instrumentos internacionales han reconocido este derecho, a los cuales ha adherido la República y que la vinculan; ejemplos de ello lo constituye la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, en 1948; La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, aprobado por la Ley número **13.751** de 11 de julio de 1969 y en vigor desde el 23 de marzo de 1976; La Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto San José de Costa Rica” aprobada por nuestro país por Ley número **15.737** de 8 de marzo de 1985 y ratificada en 19 de abril del mismo año.<sup>5</sup>

Cajarville<sup>6</sup>, entiende que el contenido del artículo 29 de la Constitución debe ser interpretado a la luz de los mencionados instrumentos internacionales, ya que éstos contienen derechos y libertades que nuestro país admite expresamente y otros que admite y reconoce como derechos “inherentes a la personalidad humana.”

Sostiene que debe reconocerse entonces a la libertad de comunicación de pensamientos un doble contenido: la libertad de expresión por un lado y la libertad de recepción de pensamientos o “derecho a la información” -libertad de buscar, difundir y recibir información-<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> BARBAGELATA, Aníbal. Conf. DELPIAZZO, Carlos y ROTONDO, Felipe. Informática y Derechos Humanos. Ob. Cit. Pág. 23.

<sup>5</sup>CAJARVILLE, Juan Pablo. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” En *Sobre Derecho Administrativo. Tomo II*. FCU. Montevideo. 2012. Págs. 477 y ss.

<sup>6</sup>CAJARVILLE, Juan Pablo. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. cit. Pág. 478.

<sup>7</sup> Conf., como interpretación del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: RODRÍGUEZ PINZON, Diego, MARTIN, Claudia y OJEA QUINTANA, Tomás, La



Ahora bien, no nos cabe duda que el derecho o libertad de expresión del pensamiento es un derecho de rango constitucional, llevado al ámbito de la función pública se nos plantea cuál es el alcance del ejercicio del mismo y si existen restricciones a su ejercicio.

Sayagués Laso<sup>8</sup> sostenía magistralmente *“cuando los funcionarios públicos actúan como particulares mantienen plena libertad para la expresión de su pensamiento, sin previa censura, siendo responsables desde luego por los abusos que cometieren (art. 29 de la Constitución). Pero en ejercicio de esa libertad de expresión y por los conocimientos adquiridos en el cargo público -los cuales no pueden olvidar, aunque quieran, cuando actúan como particulares pueden llegar a afectar ese deber de reserva. Se plantean así situaciones variadas, que presentan matices delicados, especialmente cuando los funcionarios se pronuncian en materias afines a la que habitualmente constituye su órbita de acción funcional.”*

Durán Martínez sostiene que el funcionario podrá exponer hechos no secretos, aunque los conozca en razón de su cargo, y manifestar opiniones sobre los mismos, siempre que lo haga en expresiones prudentes y mesuradas que no lesionen la consideración pública del servicio.<sup>9</sup>

Más adelante Cajarville<sup>10</sup> señala que *“sólo será legítimo responsabilizar al funcionario por la comunicación de pensamientos lesiva para la Administración cuando su conducta esté prevista*

---

dimensión internacional de los derechos humanos, BID-AU, Washington D.C., 1999, Pág. 288. Conf. En cuanto al contenido de la “libertad de expresión” en el derecho español: DE ESTEBAN, Jorge y LOPEZ GUERRA, Luis, El régimen constitucional español, T. 1, Barcelona, 1980, pág. 165. Citados por CAJARVILLE. Ob. Cit. Pág. 480.

<sup>8</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. Tratado de Derecho Administrativo tomo 1. Parág. 182, pág. 262. Citado por CAJARVILLE, Juan pablo. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. Cit. pág. 514.

<sup>9</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. El deber de reserva de los funcionarios públicos. Cit. Págs. 12, 15 y 16. Citado por CAJARVILLE, JP. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. Cit. Pág. 520.

<sup>10</sup> CAJARVILLE, J.P. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” ob. Cit. Pág. 527

legalmente como “abuso” para proteger un derecho de la entidad estatal”. Los medios y los fines con los que un funcionario puede hacer un uso indebido en provecho propio o ajeno de información privilegiada que cuente en razón de su función son muy variados.

Cuando la utilice comunicando pensamientos por cualquier medio para llegar a terceros, la conducta realizada sólo podrá considerarse un abuso de su libertad cuando exceda de los límites que se hayan establecido cumpliendo con los requisitos formales y sustanciales para ello: la limitación de su derecho deberá estar expresa y taxativamente establecida por ley formal, por motivos relativos al respeto de los derechos o la reputación de los demás, a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas<sup>11</sup>.

Las condiciones sustanciales para la limitación de un derecho como es la libertad de comunicación de pensamientos se traducen: a) licitud del fin perseguido, b) proporcionalidad, c) intangibilidad del contenido esencial del derecho y d) compatibilidad con el sistema democrático.<sup>12</sup>

Cajarville, concluye afirmando que en cada hipótesis de ejercicio de este derecho y de cuestionamiento de sus límites, habrá que recurrir a la normativa constitucional y a los principios de derecho de la misma jerarquía, reglas legales y reglamentarias cuya legitimidad y validez dependerá de su compatibilidad sustancial con aquellas reglas de derecho superiores<sup>13</sup>.

Cobra de esta forma trascendencia, la actividad de los jueces y la opinión de la doctrina al momento de tener que juzgar y aplicar el Derecho objetivo en las distintas situaciones que se plantean en la

---

<sup>11</sup> CAJARVILLE, J.P. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. Cit. Pág. 527.

<sup>12</sup> CASAL H., J. M., Condiciones para la limitación o restricción de derechos fundamentales, cit. págs. 2525 a 2534. Cit. CAJARVILLE, J.P. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” ob. Cit. Pág. 490.

<sup>13</sup> CAJARVILLE, Juan Pablo. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. cit. Pág. 530 y 531.

vida cotidiana, ya que son ellos quienes deberán ponderar y aplicar en cada caso concreto la solución acorde al ordenamiento jurídico positivo<sup>14</sup>.

### 3. PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES DICTADOS EN LA MATERIA

De lo que viene de decirse, se ajusta a lo vertido ut supra el fallo del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, -órgano constitucional que cumple función jurisdiccional en nuestro país, llamado a entender en acciones de nulidad de actos administrativos definitivos dictados por la Administración en el ejercicio de sus funciones-; en **Sentencia Nº 410 del 2 de octubre de 2018**, desestimando una pretensión anulatoria de un acto administrativo que impuso a un funcionario público una sanción de seis meses de suspensión preventiva sin goce de sueldo, por haber violentado a través de la red social Facebook la imagen de la entidad pública a la que pertenece.

El Tribunal entiende que *“al funcionario accionante se le imputa la comisión de una falta administrativa grave, en virtud de no haber observado los deberes de probidad, buena fe, lealtad y respeto en su desempeño funcional, al haber realizado denuncias de diversas irregularidades en el funcionamiento de la Colonia Psiquiátricas Etchepare y Santín Carlos Rossi sin aportar pruebas contundentes y utilizando medios inapropiados, todo lo cual afectó decididamente la prestación del servicio asistencial, su ambiente laboral y la imagen institucional del Organismo”*

El Tribunal argumenta que el ejercicio de la libertad de expresión que invoca el demandante debe ser ejercido con ponderación y medida por parte de los funcionarios públicos, a fin de evitar entrar

---

<sup>14</sup> CAJARVILLE, Juan Pablo. “Régimen jurídico de los Funcionarios Públicos” Ob. cit. Pág. 530 y 531.

en conflicto con otros derechos fundamentales y con sus propios deberes funcionales de probidad, buena fe, lealtad y respeto.

El Ministro Dr. CORUJO en su voto sostuvo: *“Lo que se discute en el subexamine no es el derecho del funcionario público a la libertad de expresión protegido constitucionalmente (art. 29 de la Carta Magna) ni su obligación de denunciar las irregularidades funcionales de las que tenga conocimiento (art. 177 C.P), sino los medios y mecanismos utilizados por el actor para dar a publicidad tales denuncias, desconociendo completamente los canales institucionales destinados a tales fines.*

*Sin entrar a evaluar el poder convictivo de las pruebas, los medios utilizados por el actor (red social Facebook A.A fs. 168-170, cartas abiertas en carteleras sindicales, utilización indebida de las fotos de un paciente fallecido, etc.) no parecen ser los adecuados como para ventilar legítimas denuncias de irregularidades cometidas en el servicio asistencial en cuestión, sino que por el contrario, los mecanismos elegidos a lo único que apuntan es a transformar tales denuncias en meras operaciones ilegítimas de “enchastre” y eso es lo sancionable en autos”.*

El planteo del accionante parece soslayar que el derecho a la libertad de expresión, reconocido constitucionalmente, no es absoluto, sino que tiene límites, impuestos en función de los derechos de otros sujetos, y que en caso de vulnerarse tales limitaciones puede generar responsabilidad para el emisor.

El Tribunal cita además a calificada doctrina nacional, que analizando el deber de lealtad o fidelidad, afirma junto a CAJARVILLE que éste puede relacionarse con el “principio de probidad”, que conforme al art. 20 de la Ley N° 17.060 *“(…) implica una conducta funcional honesta en el desempeño del cargo con preeminencia del interés público sobre cualquier otro”.* Asimismo, el deber de los funcionarios públicos de *“actuar con buena fe y lealtad en el desempeño de sus funciones”* está recogido en el art. 13 del Decreto N°

30/003, que establece las “Normas de conducta en la función pública”. Pero, explícitamente, ambas normas aluden a conductas en el desempeño del cargo o de las funciones, y no alcanzan a actitudes ajenas a tales circunstancias.

Como enseña el autor, refiriéndose a la relación entre el mentado deber de lealtad y el derecho a la libre comunicación de pensamientos: “(...) *la cuestión de la libertad de comunicación de pensamientos por los funcionarios públicos sólo se plantea fuera del ejercicio de la función (...), la incidencia sobre ella del deber de lealtad en su limitado alcance que excede del cumplimiento con “honestidad y honradez” de los deberes funcionales, queda en principio restringida a no incurrir en comunicación de pensamientos que lesionen los intereses de “la Nación”, o en su caso de la Administración o “del servicio público” para el que se trabaja, si con la mentada doctrina y jurisprudencia, pero con apartamiento de la norma constitucional, se admitiera que fueran esos los destinatarios de la lealtad debida*”. Y citando a CORREA FREITAS y VÁZQUEZ, apunta que el deber de lealtad consiste en “(...) *ser fiel a los intereses generales de la Administración, preservar en todo momento los principios fundamentales consagrados por la Constitución de la República, las leyes y los reglamentos*”. Entre “*los principios fundamentales consagrados por la Constitución*”, y naturalmente en cuanto sean conformes a ella por “*las leyes y los reglamentos*”, se encuentra la libertad de comunicación de pensamientos; de manera que su ejercicio legítimo por los funcionarios no puede entrar en conflicto con el deber de lealtad así entendido” (Cfme. CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, *Sobre Derecho Administrativo*, Tomo II, 3ª Ed. FCU, 2012, págs. 524 a 525).

De manera que, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, en la línea del Prof. CAJARVILLE, o desde otro enfoque, haciendo una ponderación de los derechos en juego, se estima que en el presente caso no puede primar el alegado derecho a la libertad de expresión, en tanto los hechos denunciados carecen de prueba respaldante y han sido ventilados por medios incorrectos, esto es, no se los ha encauzado por los canales debidos y ante las

autoridades correspondientes. Las denuncias no se desarrollaron en los ámbitos correspondientes, verificándose una campaña que podría calificarse de “panfletaria” en las propias dependencias de la Colonia y en las redes sociales, desprestigiando el servicio y utilizando información que encuadraría en la hipótesis de “privilegiada” por la función que ostenta (como la fotografía de un paciente fallecido para formular denuncia penal).

La Suprema Corte de Justicia, -órgano jerarca de nuestro Poder Judicial-, en Sentencia No 504/2013, en la que se cita la Sentencia No 127/2007 afirma: “(...) el ejercicio legítimo de la libertad de expresión consagrada en el Art. 29 de la Constitución Vigente Nacional y también en normas convencionales (Artículos 13 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos y 19 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos), ratificada en el Artículo 10. de la Ley No. 16.099, referido al contenido de la emisión del pensamiento de que se trate, no implica un absoluto. Por el contrario la prohibición de censura previa prevista por el constituyente tiene como contrapartida la prohibición de incurrir en abusos, lo que de verificarse genera responsabilidad, aun penal (Arts. 333 del Código Penal, y 19 de la Ley No. 16.099)”. Resultan ilustrativas las consideraciones que al respecto han formulado la C.I.D.H. y la Corte Interamericana citadas en el pronunciamiento antecedente, en la medida que han explicado que el ejercicio de los derechos humanos deben hacerse con respeto por los demás derechos y que en el proceso de armonización, el Estado juega un rol crítico mediante el establecimiento de las responsabilidades ulteriores necesarias para lograr tal balance (caso Eduardo Kimel vs. Argentina Sentencia No. 2508, op. cit. pág. 27).

Precisando: “Se ha hecho particular énfasis a lo largo de la jurisprudencia interamericana en las pautas que deben regir este ejercicio de ponderación y armonización cuando quiera que el ejercicio de la libertad de expresión entra en conflicto con el derecho a la honra, reputación y buen nombre de los demás.

*Según la Corte Interamericana, para establecer la proporcionalidad de una restricción cuando se limita la libertad de expresión con el objetivo de preservar otros derechos se deben evaluar tres factores: (i) el grado de afectación del derecho contrario -grave, intermedia, moderada- que en el caso debe reputarse grave. (ii) la importancia de satisfacer el derecho contrario y (iii) si la satisfacción del derecho contrario, justifica la restricción de la libertad de expresión. No hay respuestas a priori, ni fórmulas de aplicación general en este ámbito: el resultado de la ponderación variará en cada caso, en algunos casos privilegiando la libertad de expresión, en otros el derecho contrario” (Cfme. Sentencia SCJ N° 504/2013, de fecha 30 de octubre de 2013, disponible en Base de Jurisprudencia Nacional).*

En una oportunidad anterior, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo señaló: *“La libertad de pensamiento del funcionario público no puede negarse, pero tiene limitaciones impuestas por la situación legal y reglamentaria del empleado público sometido a jerarquía y por tanto no solo tiene las mismas limitaciones legales de cualquier ciudadano, sino las especiales que derivan de su calidad de funcionario público. De ahí el deber de abstención de publicar opiniones que puedan causar lesión a los intereses fundamentales del servicio público (Conforme Sentencia No. 743/1996)”* (Cfme. Sentencia N° 97/2015).

Analizando el punto, sostiene en su voto el Ministro Dr. CORUJO: *“Parece suficientemente acreditado que el accionante incurrió en cierto “abuso” del ejercicio de su libertad de expresión, al propalar por medios inadecuados e inapropiados denuncias de irregularidades en el Servicio en el que trabaja, con dudoso respaldo probatorio, incurriendo en una clara inobservancia de sus deberes funcionales de probidad, buena fe, lealtad y respeto. (...)*

*La Corte Constitucional de Colombia, en Sentencia T 1037 de 2008, M.P Jaime Córdoba Triviño, indicó en virtud al límite que tienen los*

servidores públicos para ejercer el derecho a la libertad de expresión:

*“...El derecho a la libertad de expresión cuando es ejercido por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, tiene limitaciones mayores a las que ostenta cuando lo ejerce un ciudadano del común. En este sentido, el derecho a la libertad de expresión se encuentra ordenado, como el resto de los derechos, por el principio fundamental de legalidad según el cual mientras los particulares pueden hacer todo lo que no esté prohibido, los servidores públicos sólo aquello que les está permitido...”*

*Aunque, en principio, su impacto pareciera no ir más allá de likes y retuits, lo cierto es que son cada vez más los casos de demandas y tutelas por propagación de mentiras, amenazas de muerte, señalamientos de delitos sin ninguna prueba y violación a la intimidad, entre otros, que tienen implicaciones jurídicas y disciplinarias.*

*La libertad de expresión no es un derecho que carece de límites, pues como se observó, las frases injuriosas que denoten falta de decoro, vejaciones, insultos, expresiones desproporcionadas y humillantes (...) no son cubiertas por la protección establecida en el artículo 20 de la Constitución”, sentenció la Corte Constitucional”.*

En definitiva, y por los argumentos señalados, estimó la Corporación que en la especie no existió vulneración del derecho a la libertad de expresión del accionante, sino que, por el contrario, se le aplicó correctamente una sanción disciplinaria por el abuso que de tal derecho realizó el funcionario, lesionado deberes que le son impuestos en virtud de su función (buena fe, lealtad, respeto).

En el mismo sentido que la sentencia comentada y utilizando la misma fundamentación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo en **Sentencia 59/2021 de 18 de febrero de 2021**, desestima



una pretensión anulatoria contra una resolución que impuso una sanción a un funcionario de la Intendencia de Florida. El sumario administrativo tuvo como objeto determinar la posible responsabilidad del actor a consecuencia de las declaraciones que había brindado en los programas radiales locales y otro televisivo. Asimismo, determinar su eventual responsabilidad en el contenido de los mensajes de texto que fueran enviados vía Whatsapp al Director de Cultura de la mencionada Comuna, vinculados a este tema.

Se le imputa como fundamento de derecho la violación del deber de reserva incluido en el art. 6º y 25.7 del Estatuto del Funcionario Municipal. El art. 6º dispone: “los funcionarios contraen, desde el momento de su incorporación hasta después de su cese, durante el tiempo que determinará la reglamentación, el deber general de discreción por los actos que lleguen a conocer normal o incidentalmente. Están asimismo obligados a la más estricta reserva y al secreto profesional en su caso con relación a terceros, por los actos en los cuales, personal o directamente deban intervenir por razón de su cargo. Entre los terceros incluyese a las autoridades que no sean superiores jerárquicos del obligado, a menos que por decisión funcional competente sean relevados de tal obligación”. Por su parte, el artículo 25.7 consigna “la prohibición de los funcionarios de referirse en forma despectiva por la prensa o cualquier otro medio a las autoridades o los actos de ellas emanados”.

El Tribunal de lo Contencioso Administrativo entiende, luego de estudiar exhaustivamente las actuaciones administrativas incorporadas en los obrados, que existen elementos de prueba suficientes para dar por debidamente acreditadas las faltas imputadas al actor y utilizando la misma doctrina y fundamentos del caso anterior entiende que el funcionario incurrió en falta administrativa grave al violar el deber de reserva, discreción y secreto y haber asumido una actitud extorsionadora a través de la red social Whatsapp, motivos por los cuales confirma la resolución resistida.

## 4. CONCLUSIONES

Las nuevas tecnologías de la información y comunicación juegan un rol importantísimo en la actuación y organización de las Administraciones Públicas generando nuevos espacios de interacción entre éstas y los administrados, permitiendo mayor acceso de los particulares en el momento de toma de decisiones, agilidad en el acceso a la información y a los diversos procedimientos administrativos, etc.

No cabe duda, que las Administraciones Públicas no escapan de la “era de Internet,” formando parte de la misma, sin embargo, el uso indebido de las redes sociales por parte de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones constituye una falta grave, entendiéndose que no se vulnera su libertad de expresión de pensamiento, cuando atentan contra la imagen del Servicio en que desempeñan sus tareas. En tal sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha fallado anulando pretensiones de nulidad de actos administrativos que imponían sanciones a funcionarios que incurrieran en este tipo de infracciones utilizando redes sociales, afectando claramente la imagen del Ente del que forman parte.

# PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LOS DESPLAZAMIENTOS MEDIOAMBIENTALES

Andrea Elena Grigore.

**EXORDIO:** "La igualdad es una necesidad vital del alma humana. La misma cantidad de respeto y de atención se debe a todo ser humano, porque el respeto no tiene grados". **Simone Weil.**

## 1. CONTEXTO ACTUAL

A lo largo de la historia de los desplazamientos humanos, tanto nacionales como transfronterizos, el factor medioambiental ha estado siempre presente. De hecho, es muy común encontrar estudios que abarcan el fenómeno migratorio como una de las formas clásicas de adaptación al cambio del entorno o hábitat.

Los cambios<sup>1</sup> que tan vertiginosamente se han presentado en el mundo a partir de la Revolución industrial han hecho que el ser humano se preocupe por la situación que guarda el ambiente. En poco más de 200 años, el hombre ha logrado afectar de manera notoria las constantes físicas del planeta y la existencia de las especies que habitan en él. Por ello, surge en el ser humano la necesidad de dar atención a los problemas ambientales que se presentan en el lugar que habita.

Como puede apreciarse, la visión amplia del derecho al medio ambiente, que lo identifica con el desarrollo sostenible, proclama el derecho del hombre a la libertad, la igualdad, y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad que le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar<sup>2</sup>, y tiene la solemne

---

<sup>1</sup> Recuérdese que "nada hay permanente excepto el cambio" según el filósofo griego HERÁCLITO

<sup>2</sup> SÁNCHEZ BRAVO, A., (2013) Justicia y Medio Ambiente, p.151

obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras.<sup>3</sup>

Actualmente, vivimos en una época de movilidad sin precedentes en la historia de la humanidad: movilidad de ideas, de bienes, de recursos naturales, de dinero y, cada vez más, de personas. 250 millones de personas residen y trabajan fuera del país donde nacieron. Otros 750 millones migran dentro de su propio país. La escala y el ritmo de la movilidad humana, sumados a una población mundial que, según los pronósticos, superará los 9.000 millones para mediados del presente siglo, determinan nuestra realidad demográfica. La migración representa un factor tremendamente importante de desarrollo y progreso, que brinda oportunidades a los individuos y las familias, transmite ideas y conecta el mundo actual. Pero esta cuestión también ha causado divisiones políticas y enfrentamientos sociales.

Al mismo tiempo, vivimos en una época de cambio ambiental sin precedentes. La actividad humana ha reconfigurado el planeta de forma tan profunda que los científicos apuntan a que se ha iniciado una nueva era geológica: el Antropoceno. En términos generales se admite que fue la Revolución Industrial el momento que marcó el inicio del Antropoceno. Sin embargo, algunos autores sugieren que se pueden trazar los orígenes a 8,000 años atrás con factores como la deforestación; o bien a 5,000 años con los cambios originados con la agricultura. El cambio y la degradación ambiental - la desertificación, la deforestación, la degradación de la tierra, el cambio climático y la escasez de agua- están redibujando de manera fundamental el mapa de nuestro mundo. La degradación ambiental afecta al lugar y el modo en que las personas pueden vivir. Impulsa el desplazamiento humano y la migración forzada, al poner en peligro la vida y hacer insostenibles los medios de sustento de la población, en especial de los más pobres y vulnerables.

---

<sup>3</sup> Estos principios se encuentran desde la Declaración sobre Medio Humano, producto de la Conferencia de Estocolmo de 1972

Entretanto, los conflictos armados generan otras corrientes de personas que huyen de la violencia dentro de sus propios países (desplazamiento interno) o a través de las fronteras internacionales (refugiados). Al analizar las guerras civiles de los últimos 70 años se observa que al menos el 40% guardan relación con disputas por el control o la utilización de recursos naturales como la tierra, el agua, los minerales o el petróleo. A finales de 2016 había más de 65 millones de refugiados o desplazados internos —la cifra más elevada desde el fin de la Segunda Guerra Mundial—, y 128 millones de personas precisaron ayuda humanitaria.

Las cuestiones ambientales han influido en los movimientos de la población desde que el ser humano emprendió su camino fuera de África por primera vez. Esos factores siempre han sido diversos y complejos, aunque es importante reconocer que, al menos históricamente, la degradación ambiental ha tendido a “preparar el terreno” para el desplazamiento, pero con frecuencia otros factores de vulnerabilidad<sup>4</sup> como la pobreza y la falta de oportunidades han impulsado de manera clave los desplazamientos. La diferencia ahora reside en que el grado de degradación ambiental y la capacidad para desplazarse se combinan en un efecto de incitación y disuasión cuya escala no tiene precedente.

Los efectos del alza de las temperaturas afectarán en forma desproporcionada a las poblaciones en situación de mayor vulnerabilidad a través de inseguridad alimentaria, alza del precio de los alimentos, pérdidas de ingresos, pérdidas de actividades de sustento, impactos en la salud y desplazamientos. Se prevé que las mayores secuelas afectarán a aquellas personas que dependen de las actividades agrícolas y costeras, a las poblaciones indígenas, a niños,

---

<sup>4</sup> La vulnerabilidad es el grado en que un sistema es susceptible a, o incapaz de manejar, los efectos adversos del cambio climático, incluyendo la variabilidad climática y los eventos extremos. La vulnerabilidad es una función del carácter, la magnitud y la velocidad del cambio climático, y del grado en que un sistema está expuesto, junto con su sensibilidad y su capacidad adaptativa. La vulnerabilidad aumenta a medida que aumenta la magnitud del cambio climático o sensibilidad, y disminuye a medida que la capacidad adaptativa incrementa según la definición de la OCDE (2010), Integración de la Adaptación en la Cooperación para el Desarrollo Guía sobre Políticas, OCDE, París.

niñas y personas mayores, a personas en situación de pobreza y a las poblaciones y ecosistemas de países insulares.

## 2. ¿QUE ES GÉNERO?

Mujeres y hombres somos iguales... y, por supuesto, somos diferentes. Para entender mejor este planteamiento, conviene hacer la distinción entre sexo y género. El sexo se refiere al conjunto de características biológicas que determinan quién es hombre y quién mujer, mientras que el género alude a la visión cultural que cada sociedad tiene sobre lo que corresponde a unos y a otras. El género se refiere a los valores, atributos, roles y representaciones que la sociedad asigna a hombres y mujeres. Queda claro entonces que las diferencias biológicas, naturales, no provocan desigualdad, sino que ésta es resultado de actitudes, atributos, roles y responsabilidades aprendidos: construidos social, cultural e históricamente y, por lo tanto, modificables.

Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), **el género** “se refiere a las funciones y las relaciones, los rasgos de personalidad, las actitudes, los comportamientos, los valores, el poder e influencias relativos, configurados socialmente, que la sociedad adscribe a las personas en función del sexo que se les ha asignado. El género encierra asimismo un aspecto relacional en tanto que se refiere no solo al hombre, a la mujer o a otros grupos de género, sino también a la relación entre ellos. Si bien la noción de género está profundamente arraigada en todas las culturas, también cambia con el tiempo y presenta amplias variaciones en el seno de una misma cultura y entre distintas culturas” (OIM, 2015).

Según la Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), “**el género** no se refiere únicamente a las mujeres. Cabe destacar que el concepto de género no es equiparable al de mujeres. El género se refiere a las mujeres, los hombres [y otros grupos de género] y a las relaciones a menudo desiguales entre ellos. [...] En la práctica,

los debates sobre género suelen centrarse en las mujeres porque ellas, como grupo, han sido las más afectadas por la desigualdad de género. Sin embargo, [todos los grupos de género] tienen un importante papel que desempeñar para lograr la plena igualdad. Por consiguiente, una perspectiva de género no significa una perspectiva de las mujeres” (Glosario del Centro de Capacitación de ONU Mujeres, 2017).

Para James Amelang el género es un elemento constitutivo de las relaciones sociales basadas en la diferencia, que distingue a los sexos, a su vez que es una forma primaria de relaciones de poder. De ahí que se puede observar que, un cambio en la organización de las relaciones sociales, corresponde siempre a cambios en las representaciones de poder (Amelang, 1990).

La proporción de mujeres migrantes no ha experimentado cambios significativos en los últimos 60 años. Sin embargo, cada vez son más las mujeres migrantes que emigran de forma independiente para trabajar, recibir educación o como cabezas de familia. A pesar de estos avances, es posible que las mujeres migrantes sigan sufriendo una mayor discriminación, sean más vulnerables a los malos tratos y experimenten una doble discriminación en su país de destino, en comparación con los hombres migrantes, por el hecho de ser mujeres y migrantes. No obstante, los hombres migrantes también están expuestos a vulnerabilidades en los procesos migratorios. Por lo tanto, los datos sobre la migración que tienen en cuenta las cuestiones de género pueden promover una mayor igualdad y ofrecer oportunidades a los grupos desfavorecidos.<sup>5</sup>

Como las mujeres forman la mayor parte de la comunidad de los pobres, podría afirmarse que la pobreza es también, como tal, un asunto de género. Sin embargo, existen muchas más razones para emplear un enfoque de género al considerar el ambiente. En este

---

<sup>5</sup> AMELANG, J. (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. en J. Amelang, & M. Nash, Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea (págs. 23-58). Ediciones Alfonso el Magnanim.

sentido, como Walker Bridges afirma, la pobreza es cada vez más un problema femenino en el mundo entero, pues las mujeres, los niños, y las niñas, resultan desproporcionalmente afectados en tiempos de crisis. Señala, además, que la comprensión de las relaciones de género se hace especialmente importante en esos casos, ya que aquellos programas que no toman el género en consideración pueden comprometer seriamente el futuro a largo plazo de las mujeres y su familia.

Ellas, que son mayoría entre la población más pobre, son quienes tienen mayor riesgo y probabilidad de sufrir las consecuencias de los daños medioambientales, desastres naturales y cambio climático. En caso de inundaciones en los países donde hay una significativa desigualdad de género mueren cuatro veces más de mujeres que de hombres y en otros casos de desastres naturales las mujeres, niños y niñas pueden llegar a tener hasta 14 veces más probabilidades de morir. Las cifras apabullan: el 80% de las personas refugiadas climáticas y medioambientales son mujeres. Las conductas de consumo, de reciclaje, de movilidad, etc. tampoco son idénticas entre mujeres y hombres. Esto es, la desigualdad de género todavía presente en nuestra sociedad se traslada al modo en que las mujeres sufren y se enfrentan a los cambios en el medio ambiente.<sup>6</sup> Por tanto, las mujeres están más expuestas y a la vez tienen menos capacidad de respuesta, sin haber participado hasta ahora en los procesos de toma de decisiones por su menor presencia en los órganos de poder donde se planifican las medidas de mitigación y adaptación relacionadas con el clima. De ahí que sea necesario plantear mecanismos que faciliten y fomenten que las mujeres intervengan en mayor medida en esos espacios donde se generan los planes de acción y las directrices a seguir en relación a los problemas medioambientales, que afectan, en definitiva, al futuro de las personas que habitamos este planeta.

---

<sup>6</sup> MELERO, N. (2011). La participación de la mujer en el acceso y gestión del agua. Una experiencia cubana. *Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, 10, 21-30.



En definitiva, la discriminación por razón de género se manifiesta en la falta de poder de las mujeres para tomar decisiones, en la invisibilidad o supresión de sus preocupaciones y prioridades a causa de normas culturales sesgadas, en sus niveles más bajos de educación y en su menor acceso a los servicios de salud.

Desde un punto de vista más general, los hombres disfrutan de algunas claras ventajas frente a las mujeres cuando se abordan las dificultades ambientales. En el caso de los desastres naturales y las penurias estacionales, las estadísticas registran habitualmente un mayor número de víctimas entre las mujeres que entre los hombres. Estos no solo disfrutan de una mayor fuerza física, sino que las normas sociales limitan la libertad e independencia de movimiento de las mujeres, lo que influye en su voluntad para abandonar el hogar en momentos de riesgo. El Observatorio de Derechos humanos de Mujeres Desplazadas confirma el hecho de que el desplazamiento afecta de manera desproporcionada a las mujeres porque a la histórica dominación que viven las mujeres en razón de su sexo y de otras condiciones relacionadas con su etnia, su edad, su condición social, se suma la condición de desplazadas que incrementa los niveles de vulnerabilidad y de inserción de múltiples discriminaciones.

### **3. DESPLAZAMIENTO MEDIOAMBIENTAL**

La noción de ambiente ha existido en la mente del ser humano desde los tiempos más remotos. De modo consciente o inconsciente, el hombre ha tenido una relación simbiótica con su ambiente, pues su dependencia de los recursos naturales es indiscutible. Los seres humanos son parte de la naturaleza y nuestros derechos humanos están interrelacionados con el entorno en que vivimos. Los daños ambientales interfieren en el disfrute de los derechos humanos y el ejercicio de esos derechos contribuye a proteger el medio ambiente y promover el desarrollo sostenible.

Cuando la discusión es acerca de los desplazados del mundo, los daños medioambientales irrumpen como un nuevo fenómeno a ser considerado. Antes de ser un desplazado, millones de personas “temen”, a “causas razonables de la naturaleza”, como la razón absoluta de ese doloroso desplazamiento.<sup>7</sup> Los desastres ambientales son uno de los principales impulsores de las migraciones y lo será cada vez más. El desplazamiento provoca un tremendo sufrimiento humano y es sin duda un problema humanitario dado que la atención y la manutención son a menudo prioridades inmediatas. También se reconoce como un problema del desarrollo, sobre todo en situaciones prolongadas, debido al importante impacto socio-económico que tiene en los desplazados por la fuerza, así como en las comunidades y los países de acogida, y los lugares de origen. La mayoría de los refugiados proceden de países en desarrollo y son recibidos en países en desarrollo, como es el caso de los desplazados internos, presentando un desafío particular para las personas extremadamente pobres y vulnerables, como los jóvenes, las mujeres y los niños.<sup>8</sup> Actualmente, el Banco Mundial realiza un estudio analítico sobre el desplazamiento forzado como una cuestión de desarrollo con el fin de mejorar el conocimiento en este campo.

En la actualidad la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible, adoptada el 25 de septiembre de 2015 por todos los estados miembro de la Asamblea General de las Naciones Unidas, se recoge en la declaración final de la Cumbre de Desarrollo, Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Entró en vigor el 1 de enero de 2016 y da un plazo de 15 años para erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todas las personas. Se inspira en los principios de la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración del Milenio y los resultados de las grandes conferencias y cumbres de las Naciones Unidas como las de desarrollo sostenible o población. La Agenda 2030 pretende ser un instrumento para

---

<sup>7</sup> CASTLES, Stephen. Environmental change and forced migration: making sense of the debate. Working Paper No. 70. Geneva: UNHCR, 2002. DOBSON, Andrew. Ciudadanía ecológica. ISEGORÍA, n. 32, p. 47-62, 2005.

<sup>8</sup> BLACK, Richard. Refugees, Environment and Development. London: Longman, 1998

la lucha a favor del desarrollo humano sostenible en todo el planeta y para ello define 17 objetivos, los denominados “Objetivos de Desarrollo Sostenible”, que contienen a su vez 169 metas, entre las que se incluyen temáticas clásicas de las agendas de desarrollo, tales como pobreza, hambre, desigualdad, etc., pero también otras (agua y saneamiento, crecimiento económico, infraestructuras, cambio climático, energía, biodiversidad, género, etc.), más relacionadas con el medioambiente y que interpelan a todos los países. En definitiva, sitúa a la inequidad y la injusticia social en el corazón de la Agenda. La igualdad es un elemento destacado, ya sea entre países o entre personas dentro de los países, tanto en aspectos políticos y sociales como en lo referente a compartir la riqueza y combatir la desigualdad de ingresos. En coherencia, la consecución de la igualdad entre los géneros y el empoderamiento de las mujeres y las niñas contribuirá decisivamente al progreso de todos los objetivos y metas, ya que no es posible realizar todo el potencial humano y alcanzar el desarrollo sostenible si se sigue negando a la mitad de la humanidad el pleno disfrute de sus derechos humanos y sus oportunidades. Por tanto, las mujeres y las niñas deben tener igual acceso a una educación de calidad, a servicios de agua potable y saneamiento, a los recursos económicos y a la participación política, así como las mismas oportunidades que los hombres y los niños en el empleo, el liderazgo y la adopción de decisiones a todos los niveles.

#### **4. EQUIDAD DE GÉNERO Y MEDIO AMBIENTE**

La igualdad de género y el empoderamiento de las mujeres son prioridades reconocidas globalmente, en materia de derechos humanos fundamentales, así como prerrequisitos para el desarrollo sostenible. Comprender el nexo género-medio ambiente, no solo es clave para analizar las desigualdades sociales y ambientales y las barreras al desarrollo sostenible, sino también para desbloquear opciones para la acción transformadora.

Los países y las instituciones han reconocido la importancia de un enfoque sensible al género, para abordar los desafíos ambientales y lo han incluido en los planes nacionales y acuerdos internacionales. Al día de hoy, la igualdad de género es un concepto que se ha incorporado a la mayoría de los acuerdos ambientales multilaterales (AAM). Las tres convenciones principales de Río, Diversidad Biológica (CDB), Cambio Climático (CMNUCC) y Lucha contra la Desertificación (CLD), así como las Convenciones de Basilea, Rotterdam y Estocolmo (BRS) y los principales mecanismos financieros ambientales, incluido el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (GEF por sus siglas en inglés), el Fondo Verde para el Clima (GCF por sus siglas en inglés), los Fondos de Inversión para el Clima (CIF por sus siglas en inglés) y el Fondo de Adaptación, todos tienen marcos rectores para garantizar la participación equitativa de las mujeres y asegurar que su implementación sea sensible al género. En el año 2007 se creó la Alianza Global de Género y Clima (GGCA), a raíz de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático celebrada en Bali, dedicada a promover el fortalecimiento organizacional para asegurar que las políticas de cambio climático, las iniciativas y la toma de decisiones transversalizan la perspectiva de género (GGCA, s.f.).

No se puede negar que ha habido importantes reconocimientos y logros de carácter legislativo, derivados de una gran conciencia de la necesidad de eliminar las desigualdades de género en todos los ámbitos. Sin embargo, en el ámbito ambiental las mujeres se encuentran en una posición de desventaja, que limita su acceso a los recursos y dificulta su participación en las decisiones relativas a la gestión ambiental, pese a ser las principales proveedoras y administradoras de los recursos naturales en los hogares.

Además, en el contexto del cambio climático, el Acuerdo de París reconoció que la adaptación al cambio climático y la creación de capacidad para la mitigación, deben ser sensibles al género, participativas y totalmente transparentes, a fin de cerrar las brechas de género y abordar con éxito las amenazas del cambio climático, tanto para los hombres, como para las mujeres. En el marco del

desarrollo sostenible, los ODS facilitan acciones de género que incluyen metas y objetivos específicos de género, e integran metas de género dentro de otras metas relacionadas con cuestiones sociales, económicas y ambientales, con indicadores explícitos y datos y análisis desglosados por sexo.<sup>9</sup>

Las distintas líneas de pensamiento en torno al género y medio ambiente que se han sucedido en el tiempo: ecofeminismo; mujeres y medio ambiente; género, medio ambiente y desarrollo sostenible; han logrado que la igualdad de género haya pasado a formar parte de las políticas ambientales, dando lugar a una compleja pero inexorable relación entre ambos enfoques. La incorporación de la perspectiva de género a la gestión medioambiental cuenta así mismo con un amplio marco legislativo internacional que le da cobertura. Todo país que se precie de progresista tiene en la equidad de género una de sus causas más nobles y, por cuanto al desarrollo social se refiere, más prometedoras. Ninguna nación puede ir lejos si deja de lado el equilibrio de oportunidades para mujeres y hombres, el trato justo. La razón es incluso simple: no hay sociedad que progrese si hace menos a la mitad de su población.

Hoy día no hay un solo foro nacional o internacional en el que no se manifieste la necesidad de incorporar el enfoque de género en las políticas ambientales. La nueva gestión ambiental (con equidad para el desarrollo sostenible) exige una clara conciencia de que la problemática y los efectos de la degradación ecológica son distintos para hombres y mujeres, pues a ambos corresponden roles diferenciados en el manejo de los recursos naturales, como también difiere su relación cotidiana con el entorno.

La equidad es la virtud de dar a cada cual lo que le corresponde, en un sentido natural de la justicia. La equidad es algo más que la igualdad: en la mayor parte de los países del mundo, la legislación

---

<sup>9</sup> ODRIOZOLA, Ignacio. Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de “refugiados climáticos”. Revista Jurídica de Buenos Aires, Fondo Editorial de Derecho y Economía, v. 42, n. 95, p. 87-112, 2017.

garantiza iguales derechos a todas las personas (la igualdad como derecho humano fundamental), pero ello no basta para asegurar las mismas oportunidades y beneficios o un trato en el que ninguna de las partes se vea beneficiada en perjuicio de la otra.

Equidad es reconocer la igualdad desde la diferencia. La equidad de género busca eliminar todas las barreras que impiden la igualdad de oportunidades económicas, políticas y de acceso a la educación, a los recursos y a los servicios básicos. Esta equidad no significa, simplistamente, que en todas las actividades haya el mismo número de mujeres y hombres, o niñas y niños, ni tampoco que se deba tratar a unos y otras en forma exactamente igual; se refiere más bien a la igualdad de derechos, responsabilidades y oportunidades, con reconocimiento de las necesidades, prioridades, limitaciones y aspiraciones específicas de cada cual. Como toda cuestión de derechos humanos y libertades fundamentales, la equidad de género no es un “asunto de mujeres”, sino que debe ser una preocupación y compromiso de ambos géneros. Tampoco es una condición que, una vez lograda, se mantenga automáticamente, sino que hemos de promoverla en forma constante y activa.

La igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres es condición previa necesaria para el desarrollo sostenible. En virtud de su género, hombres y mujeres asumen –voluntaria u obligadamente– diferentes funciones en la familia, el trabajo o la comunidad. En ese sentido, utilizan, manejan y conservan los recursos naturales de forma distinta, y si bien las actividades de ambos géneros dependen en gran medida del acceso a estos recursos, su control sobre los mismos también difiere. Basta un ejemplo: en el medio rural es común que las mujeres inviertan entre cuatro y cinco horas al día para acarrear agua, mientras que los hombres rara vez participan en esta actividad (su vínculo con el agua se circunscribe a actividades de riego o alimentación del ganado). La deforestación y el uso no sostenible del agua y de la tierra marginal exacerbaban aún más la pesada carga de trabajo de las mujeres y limitan su disponibilidad de tiempo porque deben caminar

distancias más largas para obtener el combustible y el agua que necesitan.<sup>10</sup>

Dado que las actividades de los hombres se consideran parte de la economía productiva, reciben toda la importancia a la hora de las decisiones sobre inversión para infraestructura. Así, en muchos lugares hay instalaciones para riego, pero no para suministro del líquido en los hogares. Las mujeres por lo general no participan en las decisiones que permitirían optar por el agua potable o por la construcción de lavaderos comunitarios.

Además, incluso cuando existen infraestructura y servicios, estos frecuentemente no satisfacen las necesidades de las mujeres. Aunque se han invertido grandes cantidades de dinero en la producción de energía, las necesidades básicas de combustible de las mujeres pobres todavía no están cubiertas y ellas siguen trabajando en cocinas llenas de humo. Por tanto, las mujeres de las poblaciones pobres son las más afectadas desde la perspectiva del ambiente pues sufren la falta tanto de recursos de calidad como de infraestructura pública adecuada. Como resultado, el ambiente personal de las mujeres difiere mucho del de los hombres y, en consecuencia, la exposición y los peligros ambientales son distintos.

Las mujeres tienen una función vital en el manejo ambiental y el desarrollo. Su participación plena es, por tanto, esencial para lograr el desarrollo sostenible, en base al Principio 20 de la Declaración de Río, 1992, institucionales y políticos de todos los niveles y de cualquier país. Incorporar una perspectiva de género en las políticas públicas significa no nada más asegurar que las mujeres participen en los programas previamente decididos, sino garantizar que tanto hombres como mujeres participen en la planeación y definición de los objetivos. Supone una nueva mirada y nuevas formas de pensar que se reflejen en los proyectos y programas, destino de

---

<sup>10</sup> WELZER, Harald. Guerras climáticas: Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI. Madrid: Katz, 2010.

los recursos, prácticas presupuestarias, mecanismos de contratación y capacitación de personal. Es común que los compromisos con la equidad de género contemplados en políticas y planes de acción se “evaporen” al llevarlos a la práctica. De ahí la importancia de que programas y proyectos contemplen.<sup>11</sup>

Para incorporar plenamente la perspectiva de género y lograr una transformación de fondo, es imprescindible:

- Modificar leyes, normas y políticas públicas para que incorporen, todas, un enfoque de género.
- Fortalecer la participación de la mujer en la sociedad, la economía, la vida política y todos los ámbitos de toma de decisiones y formulación de políticas.
- Propiciar la capacidad de autogestión de las mujeres, en forma individual y colectiva, en grupos y redes.
- Establecer como objetivo general la erradicación de la desigualdad entre hombres y mujeres, y orientar acciones, proyectos, programas y presupuestos específicos al logro de dicho objetivo.
- Incorporar criterios de equidad en todos los aspectos y actividades de las instituciones (gubernamentales, sociales y privadas), para que éstas modifiquen sus propias prácticas.
- Eliminar la discriminación que persiste hacia las mujeres en el acceso a puestos de decisión.
- Garantizar que hombres y mujeres reciban remuneraciones y beneficios idénticos por desempeñar las mismas tareas, y acabar con los procedimientos o criterios injustos de ingreso, ascenso y permanencia en los puestos de trabajo.
- Evitar lenguaje e imágenes que refuercen los roles tradicionales del hombre como productor y proveedor, y de la mujer con funciones reproductoras y en posición de subordinación.
- Generar y utilizar estadísticas e indicadores con enfoque de género y recopilar datos desagregados por sexo en todos los

---

<sup>11</sup> VÁSQUEZ, V. (2003). La gestión ambiental con perspectiva de género. El manejo integrado de ecosistemas y la participación comunitaria. *Gestión y Política Pública*, XII, (2), 291-322.



sectores, para hacer visibles y cuantificables las necesidades, condiciones y prioridades específicas de mujeres y hombres.

- Considerar o evaluar las implicaciones para las mujeres y para los hombres de cualquier decisión: planear, instrumentar, monitorear y evaluar todo proyecto o programa teniendo en cuenta los intereses de ambos sexos.
- Elaborar presupuestos sensibles al género (que contemplen diferentes impactos en ambos géneros, lo cual no necesariamente implica erogaciones adicionales o mayores presupuestos para las mujeres, sino una distribución de los recursos con base en criterios de equidad).
- Eliminar conductas discriminatorias y estereotipos sobre hombres y mujeres, en particular los que puedan impedir, dificultar o limitar el acceso a los recursos, a puestos laborales y a posiciones para la toma de decisiones.
- Promover en todos los ámbitos la conciencia de que integrar los intereses de ambos sexos en las políticas y programas redundan en un desarrollo más equitativo y sostenible.
- Avanzar en los compromisos internacionales para su debido cumplimiento.
- Monitorear de manera particular el impacto en las niñas y en la infancia y en la población especialmente vulnerable (con discapacidad, migrantes, refugiado), tanto en España como en los países socios de la cooperación española.
- Mejorar la eficiencia energética de las viviendas y acceso a aire acondicionado, especialmente entre familias de recursos más bajos en las que viven mujeres embarazadas, niños y jóvenes. En materia de actuaciones contra la pobreza energética es deseable realizar un análisis detallado con datos desagregados por sexo que permita conocer sus verdaderas causas a fin de proponer soluciones que se traduzcan en cambios estructurales, desde el apoyo a la rehabilitación de las viviendas, hasta una mejor regulación del suministro y precio de los servicios energéticos básicos (electricidad, gas, agua), campañas de concienciación sobre el medio ambiente y la necesidad de consumir recursos y de eliminar residuos de forma más responsable.

- Animar a la participación de mujeres en todos los foros y eventos locales, autonómicos y nacionales donde se debata la respuesta política contra el cambio climático y la problemática medioambiental, en general. En particular es necesario que sigan incorporándose mujeres a los órganos internacionales de decisión y gestión de los grandes acuerdos sobre el cambio climático. Para ello habría que habilitar ayudas (a la capacitación, a la participación, etc.) que propicien que la voz de las mujeres, como agentes de cambio, se oiga dentro de la agenda política alrededor de los tratados medioambientales y las medidas que emanan de ellos.
- Y en general, incorporar los derechos de las mujeres como prioridad horizontal en los fondos que financian la política medioambiental, así como el empoderamiento, el emprendimiento o cualquier otra medida de acción positiva, debe tenerse en cuenta la incorporación de la transversalidad de acción contra los desastres medioambientales.

## **5. CONCLUSIONES**

La gestión ambiental con equidad de género significa poner en marcha políticas y programas de manejo adecuado de los recursos naturales que incluyan de manera explícita las necesidades, prioridades y opiniones de ambos sexos. Al final del camino, la gestión ambiental con equidad de género propicia relaciones justas y complementarias entre hombres y mujeres, y deja establecido un enfoque global de los recursos naturales, un enfoque que toma en cuenta la diversidad biológica y cultural, y factores como la posición socioeconómica, el grupo étnico, la edad, etcétera.

La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) son una hoja de ruta para hacer realidad los derechos humanos de todas las personas y lograr la igualdad de género y el empoderamiento de todas las mujeres y niñas, tanto como un objetivo en sí mismo (ODS 5), como también un medio para alcanzar los restantes, así como en los medios para su implementación, seguimiento y revisión y en las asociaciones globales

para su financiación. Para la Agenda, las desigualdades de género y su expresión en la violencia y discriminación hacia las mujeres y las niñas siguen siendo uno de los marcadores de vulneración de derechos humanos más persistentes y estructurales en el mundo, por lo que es necesario reducir las desigualdades con el fin de lograr los demás ODS y otros objetivos acordados internacionalmente para el desarrollo y la paz sostenibles.

Con relación a los acuerdos ambientales, los instrumentos jurídicos y las decisiones emanadas de las Conferencias de las Partes y otros procesos intergubernamentales a lo largo de las últimas décadas han comenzado a integrar un lenguaje que reconoce y promueve la igualdad de género y los derechos humanos, incluidos en los resultados de los Acuerdos Ambientales Multilaterales (AMUMA): el Convenio sobre la Diversidad Biológica (CDB), la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), la Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación (CNULD) y los Convenios de Basilea, Rotterdam y Estocolmo (BRS), así como los principales mecanismos financieros ambientales, tales como el Fondo para el Medio Ambiente Mundial (FMAM, o GEF por sus siglas en inglés), el Fondo Verde para el Clima (FVC, o GCF por su sigla en inglés) y los Fondos de Inversión para el Clima (FIC, o CIF por sus siglas en inglés), Fondo de Adaptación (FA), entre otros.

Conforme al marco normativo internacional de los derechos humanos, los Estados tienen la obligación de respetar, proteger, y realizar los derechos humanos y las libertades fundamentales sin distinción de etnia, sexo, género, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad u otra condición. Los instrumentos de derechos humanos, y de manera específica la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), que ha sido ratificada por todos los Estados de América Latina y el Caribe, establecen obligaciones de los Estados para garantizar la igualdad sustantiva, y los derechos de las mujeres y adoptar medidas para poner fin a todas las formas de

discriminación. Las obligaciones son vinculantes para los Estados parte y se aplican en todas sus acciones, incluidas las ambientales.

De estas reflexiones se puede afirmar que la moral vigente es un producto de nuestra cultura. Solamente si entendemos que esta moral está construida y desarrollada desde lo humano y que está construida para deconstruirla porque es un producto de la cultura, esta preocupación invita a desarrollar cambios más profundos en la sociedad. La aceptación de la diferencia ya sea de género, etnia, cultural, remite a la importancia de la dignidad como valor fundamental en el relacionamiento humano, en el reconocimiento al otro/otra, puesto que la dignidad implica autonomía, o sea la libertad para poder escoger el estilo de vida que hombres y mujeres prefieran, y ello solo puede alcanzarse con el fortalecimiento de la democracia y la ciudadanía, sistema social en donde la diferencia no excluye, sino enriquece la cultura de la convivencia, la cual debe estar basada en la justicia.

Todo ello sin olvidar que a la hora de proponer y participar en las nuevas políticas medioambientales y de desarrollo incorporando las diferentes necesidades, prioridades y posibilidades de mujeres y hombres para mitigar los efectos negativos de los daños medioambientales y adaptarse a ellos, también se ha de potenciar la educación con perspectiva de género, la presencia de la mujer en el ámbito científico, la importancia del lenguaje a la hora de elaborar el discurso, o el análisis de cómo se ocupan los espacios públicos. El reto también está en que los niños y los hombres participen en este proceso transformador lejos de las ideas rígidas de la masculinidad, con demasiada frecuencia basadas en la conquista, el control y la dominación. Las mujeres ineludiblemente forman parte de la solución y quieren estar no sólo donde se decide, sino donde se actúa. Nos encontramos pues ante un gran desafío de la problemática medioambiental donde no hay soluciones fáciles, ni de un sólo paso. Por lo tanto, trabajar con hombres y mujeres en enfoques transformadores de género como respuesta a dicha problemática no es la única solución, sino una valiosa oportunidad para sincronizar diferentes voces hacia una preocupación compartida.

## 6. BIBLIOGRAFÍA ACADÉMICA

AMELANG, J. (1990). El género: una categoría útil para el análisis histórico. en J. Amelang, & M. Nash, Historia y género: las mujeres en la Europa moderna y contemporánea (págs. 23-58). Ediciones Alfonso el Magnanim.

CASTLES, Stephen. Environmental change and forced migration: making sense of the debate. Working Paper No. 70. Geneva: UNHCR, 2002. DOBSON, Andrew. Ciudadanía ecológica. ISEGORÍA, n. 32, p. 47-62, 2005.

ESPINOSA RUBIO, Luciano. Naturaleza e historia hoy: la crisis ecológica. Azafea, Rev. filos., n. 13, p. 109-129, 2011. HENRY, Sabine et. alii. The impact of rainfall on the first out-migration: A multilevel event-history analysis in Burkina Faso. Population and Environment, v. 25, n. 5, p. 423-460, 2004.

MARTÍN MATEO, Ramón. Manual de Derecho Ambiental. Cizur Menor: Thomson Aranzadi, 2003, 273 p.

MELERO, N. (2011). La participación de la mujer en el acceso y gestión del agua. Una experiencia cubana. *Anduli. Revista Andaluza de Ciencias Sociales*, 10, 21-30.

ODRIOZOLA, Ignacio. Desplazados sin nombre: dificultades y desafíos en torno a una definición universal de “refugiados climáticos”. *Revista Jurídica de Buenos Aires*, Fondo Editorial de Derecho y Economía, v. 42, n. 95, p. 87-112, 2017.

SÁNCHEZ BRAVO, A., (2013) Justicia y Medio Ambiente, p.151.

VÁSQUEZ, V. (2003). La gestión ambiental con perspectiva de género. El manejo integrado de ecosistemas y la participación comunitaria. *Gestión y Política Pública*, XII, (2), 291-322.

WELZER, Harald. Guerras climáticas: Por qué mataremos (y nos matarán) en el siglo XXI. Madrid: Katz, 2010.



# BUENA ADMINISTRACIÓN Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO. INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO Y PRIMERAS MEDIDAS

Augusto Durán Martínez.

Catedrático de Procesos Constitucionales en la Facultad de Derecho de la Universidad CLAEH. Ex Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República y en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Decano Emérito de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay. Miembro fundador de la Academia Nacional de Derecho del Uruguay.

## 1 LA BUENA ADMINISTRACIÓN

### 1.1. La buena administración tiene un contenido múltiple.

En tal sentido, y siguiendo los lineamientos de FREITAS<sup>1</sup> indiqué que la buena administración significa elegir los instrumentos adecuados para la consecución del fin debido, obtener los resultados procurados con el menor costo posible, no efectuar trámites inútiles, hacer un buen uso del tiempo pero también actuar con transparencia, con probidad; significa asimismo que los servicios públicos funcionen correctamente acorde a las necesidades reales del hombre de hoy, que los requerimientos de los administrados sean atendidos como corresponde y que todas las actuaciones administrativas sean seguidas cumpliendo con todas las garantías.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> FREITAS, Juárez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. Malheiros Editores. São Paulo, 2009, pp. 36 y ss.

<sup>2</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "La buena administración", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Buenos Aires, 2012, p. 175.

Posteriormente observé que este concepto comprende al desarrollo sostenible.<sup>3</sup>

Es en intento de lograr una definición esencial y no descriptiva entiendo que la buena administración consiste en procurar el logro del fin de la institución a través del cumplimiento de los fines específicos de sus órganos, por los medios atribuidos por las reglas de derecho.<sup>4</sup>

Como se comprenderá con esta noción no puedo dejar de reconocer que la eficacia, obviamente la eficacia efectiva -incluyendo la eficiencia- está en el cerno de la buena administración.

Aclaro que tomo los términos eficacia y eficiencia, no en las acepciones que tienen en las ciencias económicas y de administración, sino como sinónimos, como habitualmente se toman en derecho y en el lenguaje común.<sup>5</sup>

Esos términos significan hacer bien las cosas.

Ese hacer bien las cosas comprende tanto la correcta determinación de fines como la adecuada selección de medios para alcanzarlos. Es que si no se determinan correctamente los fines, las cosas no se pueden hacer bien; pero si se determinan bien los fines y no se eligen los medios adecuados, no se puede alcanzar el fin debido. Por tanto, aun admitiendo que lo más importante es la determinación de los fines, no se puede desdeñar los medios para hacer las cosas bien.<sup>6</sup>

---

<sup>3</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Desarrollo sostenible y derecho administrativo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, p. 209; DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Por una contratación pública íntegra, efectiva y sustentable", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2019, Nº 20, p. 549.

<sup>4</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Por una contratación pública íntegra...", loc. cit., p. 549.

<sup>5</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principio de eficacia y Estado Subsidiario", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Estudios de Derecho Público*. Montevideo, 2008, vol. II, pp. 5 y ss.

<sup>6</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Principio de eficacia y...", loc. cit., p. 7.



Eficacia o eficiencia, pues, supone determinar bien los fines y elegir los medios adecuados para su consecución.

Esto supone, naturalmente, no tomar los términos en el sentido económico o militar o con la precisión de los ingenieros, sino vinculados a la realización de los derechos humanos, como bien lo observa VIALE.<sup>7</sup> Es que la Administración está, en definitiva, al servicio de los seres humanos. La buena administración lo es, si es acorde a ese objetivo.

**1.2.** La buena administración, así entendida, es un principio, es un deber y es un derecho.<sup>8</sup>

**1.3.** Ese múltiple contenido de la buena administración y su triple dimensión de principio, de deber y de derecho, es precisamente recepcionada en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, del Centro Latinoamericano de Administración para el desarrollo (CLAD), aprobado en Caracas el 10 de octubre de 2013.<sup>9</sup>

Esta Carta es un instrumento de soft law pero, en virtud de la naturaleza de los principios allí contenidos es directamente operativa y aplicable.<sup>10</sup>

**1.4.** El concepto de buena administración no es nuevo. Ya estaba en HAURIOU<sup>11</sup> y en Uruguay se recoge en la Constitución de 1952

---

<sup>7</sup> VIALE, Claudio Martín. *Procedimiento administrativo*. Alveroni Ediciones. Córdoba, 2017, pp. 51 y ss.

<sup>8</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “La buena...”, loc. cit., pp. 172 y ss.; GALLI BASUALDO, Martín. *La buena administración en las organizaciones públicas nacionales y en la gobernanza global. Gobernanza, gobierno abierto, simplificación administrativa, better regulation y administración electrónica*. Marcial Pons. Buenos Aires, 2019, pp. 72 y ss.

<sup>9</sup> Ver texto completo en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2015, N° 11, pp. 649 y ss.

<sup>10</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derecho a trato imparcial y equitativo y en plazo razonable en el procedimiento administrativo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma de verlo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2017, p. 441.

<sup>11</sup> HAURIOU, Maurice. *Précis de droit administratif et de droit public*. Librairie de la Societé du Recueil Sirey. Paris, 1921, p. 14.

en su artículo 311 que, con el mismo número y redacción, pasó a la Constitución vigente. Pero es en los últimos años que alcanzó un considerable desarrollo hasta ocupar un lugar central en el Derecho Administrativo.

### 1.5. ¿Por qué ocurrió esto?

Por el cambio de paradigma que supuso el neoconstitucionalismo.<sup>12</sup>

Tomás de AQUINO había ya dejado muy claro que el poder político existe para la consecución del bien común.<sup>13</sup> Pero el Estado Liberal de Derecho, primera forma del Estado de Derecho, constituido a partir del Estado Absolutista, ignoró ese aspecto y construyó una Administración autoritaria, centrada en sí misma, cimentada en privilegios y potestades exorbitantes.

Fueron, así, las nuevas ideas generalizadas después de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado que apareció una nueva concepción del derecho, centrado en la persona humana. Queda claro, así, que la Administración tiene una naturaleza servicial, está al servicio de los intereses generales, en definitiva, al servicio de la persona humana.

Por eso la Administración no puede ser, sino buena. Por eso, si la Administración no es buena, es ilegítima. La buena Administración pasa de la zona del mérito a la de la legitimidad. Por eso es un principio jurídico que se impone a la Administración generándole deberes y resulta exigible por los ciudadanos como titulares de ese derecho fundamental a la buena administración.

---

<sup>12</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "En torno al neoconstitucionalismo", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, *Neoconstitucionalismo y...*, p. 10.

<sup>13</sup> DE AQUINO, Tomás. *Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*, en Tomás DE AQUINO. *Tratado de la ley. Tratado de la justicia. Opúsculo sobre el gobierno de los príncipes*. Editorial Porrúa. México, 1973, pp. 258 y ss.

Como bien señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ,<sup>14</sup> es la persona y sus necesidades la que explica la existencia de necesidades comunes a satisfacer, lo que, a su vez, explica la existencia de una organización política finalizada a su satisfacción, que genere el deber de actuar para la consecución de ese fin. Esto explica que ya no se pueda considerar a la buena administración como una cuestión de mérito, sino de legitimidad. Y esto revela el papel central que ella juega en el derecho administrativo de hoy.

## **2 LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS**

**2.1.** El cambio operado en el Derecho en general y en el Derecho Administrativo en particular, que como se ha visto, ha redimensionado a la buena administración, impacta, desde luego en el procedimiento administrativo. Es que el procedimiento administrativo es el instrumento principal para una buena administración.

**2.2.** La Administración de hoy no actúa como la tradicional, solo en un esquema imperativo del tipo vertical, de arriba hacia abajo, sino además, en forma horizontal en clave de cooperación, con otras Administraciones, con el medio social y, hasta en un ámbito transfronterizo en sentido horizontal con Administraciones de otros Estados y en un sentido vertical, de abajo a arriba, con relación a Administraciones supranacionales. Por eso en todos lados se advierte una preocupación de dotar de una nueva regulación al procedimiento administrativo. O, mejor dicho, a los procedimientos administrativos, puesto que no podemos hablar de uno solo, sino de varios, tanto del general como los especiales por materia, los propios de la Administración tradicional, como los que requieren una técnica de colaboración propia de la gobernanza, así como los previstos para cubrir las necesidades del derecho administrativo de la información, a fin de regular el derecho individual al acceso a la

---

<sup>14</sup> RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime, "Los principios de la buena administración en la ley salvadoreña de Procedimientos Administrativos de 13 de febrero de 2018", en RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime/ MEJÍA, Henry Alexander (Directores) *Comentarios a la ley de procedimientos administrativos*. Editorial Cuscatleca. San Salvador, 2019, p. 21.

información pública, el derecho de la Administración al acceso a la información privada, la regulación de ambos derechos en su relación con otros sujetos privados, los deberes del secreto de la Administración, así como las reglas sobre la utilización de las tecnologías de la información y del conocimiento.<sup>15</sup>

**2.3.** Por eso es que no puede haber solo una ley de procedimiento administrativo, sino que suele haber varias.

Son frecuentes las leyes que regulan los procedimientos administrativos tradicionales, tanto los que BARNES llama de primera y de segunda generación, finalizados para el dictado o la ejecución de un acto de efectos particulares, los primeros, y de actos generales los segundos, pero ambos en una concepción de Administración imperativa.<sup>16</sup>

En cambio, los de tercera generación, es decir, aquellos basados en relaciones de cooperación,<sup>17</sup> suelen tener regulación propia, incluso, diferente según los sectores.

El procedimiento administrativo no es necesariamente rígido desarrollado en esquemas pretrazados, sino que, en muchas ocasiones es flexible y se tiende, cada vez más, hacia un antiformalismo. No ejecuta exclusivamente programas legislativos precisos, sino que debe implementar e individualizar los márgenes de decisión abiertos por la ley; se convierte así, al decir de BLANKE, en un “modo de realización del derecho administrativo” en un fuerte condicionamiento de lo justo y en un medio relevante para la

---

<sup>15</sup> PITCHAS, Rainer, “Derecho administrativo de la información. La administración pública y el tratamiento de la información y del conocimiento en la era del gobierno electrónico y de la WEB 2.0”, en BARNES, Javier (Editor) *Innovación y reforma en el derecho administrativo*. 2ª edición, renovada y ampliada. Instituto Nacional de Administración Pública. Editorial Derecho Global. Sevilla, 2012, p. 200.

<sup>16</sup> BARNES, Javier, “Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado, procedimientos de tercera generación”, en BARNES, Javier (Editor) *Innovación y reforma...*, pp. 339 y ss.

<sup>17</sup> BARNES, Javier, “Algunas respuestas del derecho administrativo...”, loc. cit., pp. 343 y ss.

concreción del derecho administrativo material que así determina la decisión.<sup>18</sup>

La Administración no es solo regulada,<sup>19</sup> sino también reguladora, lo que exige nuevas formas procedimentales a fin de contemplar ese nuevo énfasis, puesto más que en la prestación, en la garantía de las prestaciones.<sup>20</sup>

**2.4.** No hay así un procedimiento administrativo único, sino procedimientos múltiples. Como bien expresa VIALE: “una sociedad que no se articula a partir de la noción jerárquica de las élites, tampoco desde la lucha de clases, sino a través de la interacción de segmentos sociales que no se identifican como grupos definidos según vínculos determinados, sino por intereses diversos, flexibles y permeables, que se interrelacionan a partir de la identidad, la integración, la coordinación y hasta la contradicción de dichos intereses, presenta una realidad social permeable que se configura, desde la dinámica y no desde la estructura. Esta realidad no puede reducirse ni remitirse a un procedimiento que responde a la noción clásica del procedimiento judicial, por que importa un cepo que desembarca en la represión política y el despotismo administrativo.”<sup>21</sup>

**5.** Los cambios operados, no solo impactan en los tipos de procedimientos sino, también, en la noción misma de procedimiento administrativo.

Tradicionalmente se ha definido el procedimiento administrativo en función del acto administrativo, tanto para su dictado como para

---

<sup>18</sup> BLANKE, Hermann-Josef, “La función del procedimiento administrativo para el cumplimiento del mandato de ejecución, protección y concretización del derecho administrativo. Márgenes de discrecionalidad y de apreciación”, en *ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coordinadores) Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Latinoamérica y Europa*. Eudeba. Konrad Adenauer Stiftung, Buenos Aires, 2012, p. 25.

<sup>19</sup> BARNES, Javier, “Algunas respuestas del derecho administrativo...”, loc. cit., p. 281.

<sup>20</sup> SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard, “Cuestiones fundamentales sobre la reforma de la teoría general del derecho administrativo. Necesidad de la innovación y presupuestos metodológicos”, en *BARNES, Javier (Editor) Innovación y reforma...*, pp. 104 y ss.

<sup>21</sup> VIALE, Claudio Martín. *Procedimiento...*, p. 31.

su ejecución. En el caso, por ejemplo de las definiciones propuestas por CAJARVILLE PELUFFO,<sup>22</sup> BANDEIRA DE MELLO<sup>23</sup> y HUTCHINSON.<sup>24</sup> Palabras más, palabras menos, se entiende por acto administrativo el conjunto de actos sucesivos encadenados, trámites y formalidades que sigue la Administración para el dictado de un acto administrativo o su ejecución.

Esas definiciones son correctas, por cierto, pero han sido superadas por la evolución señalada. Son aptas para definir los procedimientos de primera y hasta de segunda generación, por lo menos en Uruguay, porque entre nosotros pacíficamente admitimos que el reglamento es una especie de acto administrativo, pero no contempla necesariamente los procedimientos de tercera generación.

Otros autores en cambio definen al procedimiento administrativo poniendo el énfasis en la actividad de la Administración o en el ejercicio de la función administrativa, sin vincularla necesariamente al dictado de un acto administrativo especial. Es el caso de SAYAGUÉS LASO,<sup>25</sup> CASSAGNE,<sup>26</sup> GORDILLO,<sup>27</sup> por ejemplo. Así, palabras más, palabras menos, se dice que procedimiento administrativo es la vía, cauce o camino que sigue la Administración en el ejercicio de la función administrativa.

Esta definición, más amplia que las anteriores parece preferible porque comprende los procedimientos de las tres generaciones. El procedimiento administrativo es una vía, o un cauce o un camino,

---

<sup>22</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, "Procedimiento administrativo común", en CAJARVILLE PELUFFO, J.P., *Sobre Derecho Administrativo*. Tercera edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2012, t. II, p. 235.

<sup>23</sup> BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de direito administrativo*. 30ª edição. Malheiros. São Paulo, 2013, p. 495.

<sup>24</sup> HUTCHINSON, Tomás. *Régimen de procedimientos administrativos*. 8ª edición actualizada y ampliada. Astrea. Buenos Aires, 2006, p. 32.

<sup>25</sup> SAYAGUÉS LASO, Enrique. *Tratado de Derecho Administrativo*. Montevideo, 1953, t. I, pp. 461 y ss.

<sup>26</sup> CASSAGNE, Juan Carlos. *Curso de Derecho Administrativo*. 11ª edición actualizada y ampliada. LA LEY, Buenos Aires, 2016, t. II, pp. 5 y ss.

<sup>27</sup> GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. 9ª edición. Fundación de Derecho Administrativo. Buenos Aires, 2009, t. 2, p. IX-5.

como se dice habitualmente en forma alegórica, pero un camino que no siempre es pretrazado, como en los de primera y segunda generación sino que, en los de la tercera generación, a menudo, es un camino que se hace al andar.<sup>28</sup>

### **3 REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN URUGUAY**

**3.1.** Uruguay fue pionero en América Latina en cuanto a la regulación del procedimiento administrativo.

Al hacer esta afirmación, no me refiero al proyecto de ley de contencioso administrativo de Luis VARELA<sup>29</sup> de principios de siglo XX, que contenía una parte destinada al procedimiento administrativo porque, en definitiva, no se aprobó. Me refiero al decreto N° 575/966, de 23 de noviembre de 1966, que recibió clara influencia de la legislación española vigente en la época, y que tuvo un importante antecedente en el decreto de 12 de mayo de 1964.

Tan importante es este antecedente que sus principales artículos fueron recogidos, algunos de ellos totalmente, en los textos que regularon el procedimiento administrativo con posterioridad. Por eso MARTINS ha expresado que las disposiciones de este decreto de 12 de mayo de 1964, constituyen la fuente originaria de las garantías de nuestro procedimiento administrativo que rigen desde hace más de cincuenta años.<sup>30</sup>

El decreto N° 575/966, es un verdadero código de procedimiento administrativo que regula el procedimiento administrativo general, aspectos del procedimiento administrativo recursivo y, algunos

---

<sup>28</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Procedimiento administrativo: concepto, regulación y tipos", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho Administrativo. Otra forma...*, pp. 302 y ss.

<sup>29</sup> VARELA, Luis. *Estudios de Derecho Administrativo. De lo Contencioso Administrativo, t. II, Ensayo de un Código sobre la materia*. Turenne, Varzi y C<sup>a</sup> Editores. Montevideo, 1906.

<sup>30</sup> MARTINS, Daniel Hugo, "Historia de la regulación del procedimiento administrativo en el Uruguay", en *Estudios de Derecho Administrativo. LA LEY Uruguay*. Montevideo, 2014, N° 10, p. 43.

procedimientos especiales como el disciplinario, el de contratación administrativa y el expropiatorio. Es el primer código de procedimiento administrativo elaborado en América Latina.

En Uruguay se llama decreto a los reglamentos dictados por el Poder Ejecutivo. Pero no debe seguirse que el decreto N° 575/966 en su totalidad tenga valor y fuerza de reglamento porque, en puridad, es un texto ordenado que recoge, en forma sistematizada disposiciones constitucionales, disposiciones legales, disposiciones reglamentarias, recoge principios generales de máximo valor y fuerza e innova solamente en aquello que no ha sido regulado por normas de mayor valor y fuerza que el reglamento. De manera que el valor y fuerza de cada artículo depende de su origen.

**3.2.** Este decreto ha sido sustituido en lo que refiere al procedimiento general y al disciplinario por el decreto N° 640/973, de 8 de agosto de 1973 (que recibió influencia de la Ley Argentina de Procedimiento Administrativo de 1972), el que ha sido a su vez, sustituido totalmente por el decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991 que, con algunas variantes, es el que está vigente.

**3.3.** Se ha visto en la forma elegida en nuestro país para adoptar el citado código de procedimiento administrativo, una debilidad de nuestro sistema. En efecto, la ley da más garantías para la seguridad jurídica y la confianza legítima. De hecho, eso es lo que ha posibilitado a un Poder Ejecutivo, muy poco preocupado por las garantías, a efectuar reformas por el decreto N° 420/007, de 7 de setiembre de 2007 que significan un retroceso desde el punto de vista de los derechos humanos, justamente cuestionado por la doctrina especializada.<sup>31</sup>

Pero en verdad, esto rara vez ha ocurrido. Teniendo en cuenta que tenemos este sistema desde 1966, debemos admitir que los

---

<sup>31</sup> Ver DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, "Seguridad jurídica en el procedimiento administrativo con especial referencia al decreto N° 420/007, de 7 de noviembre de 2007", en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, pp. 329 y ss.



inconvenientes han sido mínimos. Y esa forma, pese a esa debilidad, constituye a su vez una fortaleza, porque favorece la flexibilidad que requiere el derecho administrativo actual. En efecto, esa forma permite aplicar los desarrollos de la doctrina y derecho comparado e implementar mejor el bloque de constitucionalidad, sin las trabas que supone una ley. Esa forma nos permite mejor evolucionar, manejándonos con los principios y aprovechar la fuerza expansiva de la buena administración en su triple dimensión.

**3.4.** El decreto N° 500/991, así como sus antecesores regula procedimientos de primera generación. Está pensado en función del acto administrativo de efectos subjetivos; tiene pocas referencias al acto de efectos generales. Eso no quiere decir que no existen en Uruguay procedimientos de la tercera generación. Existen para determinados sectores, regulados por leyes especiales, aunque los aspectos relacionados con la colaboración, que es la esencia de estos procedimientos, podría estar regulada mejor. Esas carencias, en buena medida producto de una cierta cultura aferrada a la Administración tradicional, pueden superarse con los principios, sobre todo, a través de la buena administración.

**3.5.** Centraré ahora mi atención en el procedimiento administrativo común o general, que es el regulado por el Libro I del decreto N° 500/991 y, concretamente, en su iniciación y en las primeras medidas posibles a adoptar.

## **4 -FORMA DE INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO**

**4.1.** Conforme al artículo 15, el procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a petición de persona interesada.<sup>32</sup>

---

<sup>32</sup> "Artículo 15º. El procedimiento administrativo podrá iniciarse a petición de persona interesada o de oficio. En este último caso la autoridad competente puede actuar por disposición de su superior, por propia iniciativa, a instancia fundada de los correspondientes funcionarios o por denuncia."

**4.2.** En los procedimientos iniciados con una petición, dada la amplitud de los términos empleados por el artículo 15, cabe sostener que esa petición puede ser formulada por cualquier persona, física o jurídica, pública o privada, nacional, extranjera o internacional. Tampoco se exige una legitimación activa especial: puede ser presentada por el titular de un interés simple o de un interés legítimo, tomando este término en su máxima amplitud comprendiendo también al derecho subjetivo. También el procedimiento puede ser promovido en virtud de un interés difuso.

El contenido de la petición puede ser muy amplio y variado. Se puede pedir la realización de algo que podría ser el dictado de un acto jurídico o una operación material, o que no se haga algo; se puede pedir el dictado de un acto administrativo nuevo o la revocación o modificación o ejecución de un acto administrativo preexistente; se puede pedir la entrega de una información o una opinión.<sup>33</sup>

El trámite en ambos casos es, en esencia, el mismo, pero existen algunas diferencias según sea formulada la petición por el titular de un interés simple o de un interés legítimo que no corresponde estudiar en esta etapa sino en la instrucción. Ahora solo diré que si la petición es formulada por el titular de un interés legítimo, genera en la Administración el deber de instruir y resolverla y si no lo hace dentro de determinado tiempo, se considera rechazada la petición (artículo 318 de la Constitución y 8 de la ley N° 15.869, de 22 de junio de 1987 y el artículo 118 del decreto N° 500/991.<sup>34</sup>

La Administración carece de discrecionalidad para instruir y resolver, debe hacerlo. Por supuesto, el contenido de la resolución dependerá del mérito del asunto. Si la petición es formulada por el titular de un interés simple (artículo 30 de la Constitución), la

---

<sup>33</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso administrativo*. Segunda edición actualizada y ampliada. F.C.U. Montevideo, 2015, pp. 115 y ss.

<sup>34</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso...*, pp. 135 y ss. y 139 y ss.

Administración tendrá discrecionalidad para darle trámite o no.<sup>35</sup> Pero esa discrecionalidad, como toda discrecionalidad tiene límites, entre ellos debemos mencionar a la buena administración ya que razones de buena administración podrán determinar la tramitación de una petición formulada por un interés simple.

Todas las peticiones deberán ser presentadas por escrito y cumplir con determinadas formalidades (artículo 19 del decreto Nº 500/991, en la redacción dada por el artículo 1 del decreto Nº 420/007, de 7 de noviembre de 2007).

**4.3.** El procedimiento de oficio puede comenzar: a) por iniciativa del titular del órgano competente para dictar la resolución final; b) por iniciativa de un subordinado; c) por iniciativa de quien tiene una primacía institucional o jerárquica al órgano competente para el dictado de la resolución final; d) por denuncia, tanto de un funcionario como de un particular.

Conforme al artículo 19 del decreto Nº 500/991, cualquier persona puede presentar exposición ante la Administración. Con una simple exposición no se pide nada pero, según su contenido, puede motivar una iniciación de oficio.

El procedimiento de oficio se iniciará siempre que existan razones de interés público para ello.<sup>36</sup> Esto impone una adecuada ponderación en donde la buena administración juega un papel central. No se puede empezar un procedimiento porque sí.

En los procedimientos sancionatorios, típicos procedimientos iniciados de oficio, esa ponderación debe ser especialmente cuidadosa.

---

<sup>35</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Contencioso...*, pp. 135 y ss. y 136 y ss.

<sup>36</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Procedimiento administrativo*. Ediciones Idea. Montevideo, 1992, p. 64 y ss.; GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio- medidas preliminares - notificación a terceros", en *Estudios de Derecho Administrativo*. LA LEY Uruguay. Montevideo, 2014, Nº 10, p. 109.

Existen normas que imponen a los funcionarios el deber de denunciar las irregularidades de que tuviera conocimiento en razón de sus funciones y a dar trámite a las denuncias que recibiere.<sup>37</sup>

La ejecución de estas normas exige mucha prudencia porque la sola iniciación de un procedimiento sancionador ocasiona daño y, a veces, considerable, al imputado.

CARNELUTTI, refiriéndose al proceso penal decía que se trata “de un caminar, de un recorrer un largo camino, cuya meta parece señalada por un acto solemne, con el cual el Juez *declara la certeza*, es decir, *dice que es cierto: ¿el qué?* Una de estas dos cosas: o que el imputado es culpable o que el imputado es inocente.”<sup>38</sup> Y enseguida agregaba: “Si es inocente, el proceso en verdad está terminado, y todos tienen la impresión de que ha terminado del mejor de los modos; pero la verdad es que en este caso la máquina de la justicia ha trabajado con pérdida, y la pérdida la constituyen, no solo el costo del trabajo realizado, sino sobre todo el sufrimiento de aquel a quien se lo imputó y a menudo hasta se lo encarceló, cuando nada de esto debía hacerse con él; sin hablar de que no raras veces para su vida ello ha sido una tragedia, si no una ruina. Desde ahora debéis comprender que la llamada absolucón del imputado es la quiebra del proceso penal: un proceso penal que se resuelve con una tal sentencia, es un proceso que no debiera haberse hecho, y el proceso penal es como un fusil que muchas veces se encasilla cuando no suelta el tiro por la culata.”<sup>39</sup>

*Mutatis mutandis*, lo que indicaba CARNELUTTI con relación al proceso penal puede decirse con relación al procedimiento administrativo represivo, ya que también por él se puede afectar la

---

<sup>37</sup> Artículos 175, 176 y 177 del decreto N° 500/991, de 27 de setiembre de 1991, que luego se transcribirán.

<sup>38</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace un proceso*. Monografías jurídicas. 56. Editorial Temis S.A. Bogotá, 2004, p. 17.

<sup>39</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Cómo se hace...*, pp. 17 y ss.

libertad, el patrimonio, el honor y, en definitiva, la dignidad de la persona.

Por eso es que hay que ser extremadamente prudentes para comenzar un procedimiento represivo. La potestad sancionatoria de la Administración es un arma que debe utilizarse cuando sea estrictamente necesaria para el mantenimiento del buen orden en el ámbito administrativo, pero no es un gatillo fácil.

Por tal razón, la obligación de denunciar o tramitar denuncias que diversos textos de derecho positivo imponen (por ejemplo, artículos 175 a 177 del decreto N° 500/991<sup>40</sup>) debe efectuarse razonablemente. No es legítima, y por ende compromete la responsabilidad, una denuncia infundada o su tramitación sin un ponderado análisis.

De ahí que el primer derecho que supone el *debido proceso* es el derecho a no ser objeto de una denuncia infundada.

Quien efectúa una denuncia debe hacerlo responsablemente y la Administración, al recibir una denuncia, debe ponderarla adecuadamente antes de darle trámite, a efectos de no lesionar indebidamente derechos fundamentales.<sup>41</sup>

Es de buena administración no dar trámite a denuncias infundadas. Si hay dudas razonables, es preciso tomar medidas preliminares para dar más seguridad y garantías.

---

<sup>40</sup> “Art. 175. Todo funcionario público está obligado a denunciar las irregularidades de que tuviera conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su repartición o cuyos efectos ella experimentara particularmente. Asimismo, deberá recibir y dar trámite a las denuncias que se le formulen al respecto. En uno y otro caso, las pondrá en conocimiento de sus superiores jerárquicos.”

“Art. 176. Lo dispuesto en el artículo anterior, es sin perjuicio de la denuncia policial o judicial de los delitos, de conformidad con lo establecido en el artículo 168 numeral 10 de la Constitución de la República y en el artículo 177 del Código Penal.”

“Art. 177. La omisión o denuncia administrativa y policial o judicial configurará falta grave.”

<sup>41</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Principio del debido proceso en el procedimiento administrativo represivo”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Neoconstitucionalismo y...*, p. 135.

4. Iniciado el procedimiento se pueden adoptar algunas medidas, como las llamadas medidas provisionales y la notificación a otros interesados.

Analizaré ambas medidas en el orden indicado.

## 5 -MEDIDAS PROVISIONALES

5.1. El artículo 16 del decreto Nº 500/991 prevé las medidas provisionales. En tal sentido establece:

“Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existieren elementos de juicio suficientes para ello.

No se podrán dictar medidas provisionales que puedan causar perjuicios graves o irreparables.”

5.2. En el derecho procesal más actual se suele distinguir entre medidas provisionales y medidas cautelares. En tal sentido, ABAL OLIÚ indicó que las medidas cautelares son las dispuestas por los titulares, en un proceso jurisdiccional, dirigidas a garantizar la ejecución forzosa de una sentencia. En cambio, las provisionales, son aquellas dispuestas por los tribunales en un proceso jurisdiccional, que consiste en hacer lugar provisoriamente la pretensión, a fin de evitar que se produzca un daño particularmente grave con la demora del proceso.<sup>42</sup>

---

<sup>42</sup> ABAL OLIÚ, Alejandro, “Medidas provisionales y cautelares en el proceso de anulación de actos administrativos”, en VÁZQUEZ PEDROUZO, María Cristina (Coordinadora). *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO*. F.C.U. Montevideo, 2011, pp. 665 y ss.

En el ámbito del procedimiento administrativo se suele tomar los términos medidas provisionales y medidas cautelares como sinónimos.<sup>43</sup>

El artículo 150 del decreto N° 500/991, referido al procedimiento administrativo recursivo, luego de prever la suspensión de la ejecución del acto impugnado como medida provisional, en su tercero inciso al decir, “Del mismo modo, se podrá dispones toda otra medida cautelar o provisional”, se deriva que ambos términos son tomados como sinónimos.<sup>44</sup>

Más que la cuestión terminológica planteada, me interesa advertir que no se puede trasladar sin más las soluciones de derecho procesal sobre medidas cautelares o provisionales al procedimiento administrativo, porque la Administración no tiene, ni puede tener las potestades de un juez. Para las medidas cautelares o provisionales en el procedimiento administrativo debemos tener en cuenta la regulación propia expresamente prevista en ellas y los principios que informan la actividad administrativa, sobre todo el de la buena administración. Las soluciones de derecho procesal, solo podrán

---

<sup>43</sup> En tal sentido ver HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, “Tendencias de los procedimientos administrativos en Venezuela”, en ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coordinadores) *Tendencias actuales del...*, pp. 578 y ss. JINESTA incluye la suspensión de la ejecución del acto administrativo como medida cautelar, medida que, como se ha visto, se considera en el actual derecho procesal, medida provisional, lo que demuestra que no encuentra distinción conceptual ente los dos términos. Ver JINESTA LOBO, Ernesto, “Tendencias actuales del procedimiento administrativo en Costa Rica”, en ABERASTURY, Pedro y BLANKE, Hermann-Josef (Coordinadores) *Tendencias actuales del...*, p. 482.

<sup>44</sup> El artículo 150 establece: “Fuera de los casos preceptivamente fijados por la ley, en los recursos administrativos interpuestos ante la Administración, ésta podrá, a petición de parte interesada o de oficio, disponer la suspensión transitoria, total o parcial, del acto impugnado, siempre que la misma fuere susceptible de irrogar a la parte recurrente daños graves y que de la mencionada suspensión no se siga perturbación grave a los intereses generales o de los derechos fundamentales de un tercero.

La reglamentación podrá asimismo prever la suspensión para todos o para determinada clase de actos, en las condiciones que se establezcan.

Del mismo modo, se podrá disponer toda otra medida cautelar o provisional que, garantizando la satisfacción del interés general, atienda al derecho o interés del recurrente durante el término del agotamiento de la vía administrativa, con el fin de no causarle injustos e inútiles perjuicios.”

aplicarse por analogía, en la medida en que sean compatibles con esos principios de derecho administrativo.

**5.3.** El decreto N° 500/991, prevé algunas medidas provisionales específicas. Ya vimos, la suspensión de la ejecución del acto impugnado en el marco de un proceso recursivo, sin perjuicio de que se puedan disponer otras, según lo prevé expresamente el artículo 150. En el marco del derecho disciplinario también se prevé la suspensión del funcionario sancionado, con o sin retención de haberes según los casos, hasta la mitad o la totalidad, según los casos y con un límite de seis meses o sin límite fijo, según los casos (artículos 186, 187, 188, 277, 228 y 229).

La única disposición prevista para el procedimiento administrativo común o general, es el ya mencionado artículo 16. A este artículo se circunscribirá este estudio.

**5.4.** Este artículo 16 comienza diciendo: “Iniciado el procedimiento, la autoridad competente para resolverlo podrá adoptar las medidas provisionales que estime oportunas...”.

Como se percibe, no aclara el texto si estas medidas pueden disponerse en procedimientos seguidos de oficio o a petición del interesado, si, además de la Administración, el peticionario o un tercero interesado podrá solicitarlas y si se deben disponer al comienzo mismo del procedimiento o también después, e incluso antes, a modo de medida preparatoria.

Este es un caso en que la insuficiencia del texto normativo debe ser superada por la aplicación directa de los principios generales, en especial el de la buena administración.

Estimo así, que la adopción de estas medidas puede tener lugar, tanto en procedimientos seguidos de oficio, como a iniciativa de interesado. También estimo que pueden ser dispuestas de oficio por la Administración, como a iniciativa del peticionario o de



tercero interesado, como lo sostuvo acertadamente GÓMEZ NACER.<sup>45</sup> También considero con GÓMEZ NACER que nada impide que estas medidas, además de poder ser tomadas con el inicio del procedimiento, se pueden adoptar después, e incluso antes.<sup>46</sup>

**5.5.** Algunos sostienen que las medidas provisionales requieren previa norma jurídica que atribuya a la Administración competencia para dictarla.<sup>47</sup> A juicio de GÓMEZ NACER, para nuestro procedimiento administrativo general esa norma es, precisamente, el artículo 16 del decreto N° 500/991, en estudio.<sup>48</sup>

HERNÁNDEZ-MENDIBLE sostuvo, que en virtud del principio de legalidad, las medidas cautelares o provisionales exigen norma legal expresa que las prevea.<sup>49</sup> Aunque, enseguida de esa afirmación la relativiza diciendo que esto admite matices por imperio de la Constitución.<sup>50</sup>

Por mi parte, estimo que las medidas provisionales derivan de las potestades de la Administración para resolver la cuestión de fondo. Estas potestades requieren sí, norma expresa que las atribuya. Podrá haber, desde luego, norma expresa que prevea las medidas provisionales; pero si no existe, estas surgen como poderes implícitos derivados de las potestades de fondo.

Por eso, el órgano competente para adoptarlas es el competente para resolver la cuestión de fondo.

**5.6.** El artículo 16 multicitado, refiere a medidas provisionales en general, sin mencionar alguna en especial como lo hacen los artículos ya referidos en materia de procedimiento disciplinario y

---

<sup>45</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., pp. 117 y ss.

<sup>46</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., p. 120.

<sup>47</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., p. 116.

<sup>48</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., p. 116.

<sup>49</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "Tendencias...", loc. cit., p. 579.

<sup>50</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "Tendencias...", loc. cit., p. 579.

procedimiento recursivo. Pero no establece limitación alguna, por lo que son admisibles todas las posibles y se aplicarán una u otra, según razones de buena administración.

El artículo 150 del decreto N° 500/991 al prever las medidas provisionales en el procedimiento recursivo prevé la suspensión total o parcial de la ejecución del acto impugnado. Dice suspensión de la ejecución, no suspensión de los efectos. La suspensión de los efectos es más amplia que la suspensión de la ejecución, ya que comprende la ejecución, pero también otros efectos que no son la ejecución misma.

Pienso que hay que darle al texto una interpretación amplia, admitiendo la suspensión de otros efectos aparte de la ejecución. El tercer inciso de ese artículo al omitir que se puede disponer toda otra medida cautelar o provisional avala esta posición.

Esa medida de suspensión también cabe en el marco del artículo 16. Se puede disponer la suspensión de la ejecución solo, o de todos los efectos o de algún efecto en particular, según razones de buena administración.

**5.7.** Según el artículo 16 en estudio, las medidas provisionales se pueden tomar “para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer.”

Por cierto que pueden adoptarse para eso. Pero, a mi juicio, este es uno de esos casos en que el texto normativo resulta insuficiente y corresponde la aplicación directa del principio de buena administración y habilita el dictado de una medida provisional, no para asegurar la eficacia de una resolución posterior, sino también para evitar un daño, sin estar necesariamente relacionada con una resolución posterior.

Las medidas provisionales, pues, no tienen únicamente la finalidad indicada en el artículo 16.

Con acierto STUPENENGO expresó: “las medidas provisionales tienen la finalidad de evitar los efectos perniciosos del transcurso del tiempo durante la tramitación del procedimiento administrativo. A diferencia de lo que ocurre con sus pares judiciales, aquí no se trata única y simplemente de garantizar la eficacia del eventual acto definitivo a dictarse, sino, con mayor amplitud, de evitar esa o cualquier otra consecuencia dañosa que, para los intereses involucrados –ya sean particulares o públicos–, pudiera derivar de la prolongación del procedimiento a lo largo del tiempo.”<sup>51</sup>

**5.8.** Para la adopción de medidas provisionales, el artículo 16 exige que debe existir elementos de juicio suficientes para ello y que no pueden causar perjuicios graves o irreparables.

El primer requisito alude al motivo. Esto es de principio. Debe existir un motivo que justifique la medida; de lo contrario ella es ilegítima.

Esos motivos no necesariamente serán coincidentes con los que motivarán la decisión final.<sup>52</sup>

La segunda exigencia deriva del principio de razonabilidad. En virtud de la provisoriedad de la medida se procura que, si se produce un daño, éste sea mínimo.

Como todo acto que puede causar perjuicio, su legitimidad depende de que pueda sortear con éxito el test de razonabilidad o de proporcionalidad, tan bien desarrollada por la jurisprudencia y

---

<sup>51</sup> STUPENENGO, Juan Antonio, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/AGUILAR VALDÉS, Óscar/ JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando (Directores) *Procedimiento administrativo*. LA LEY. Buenos Aires, 2011, t. II, pp. 504 y ss.

<sup>52</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, “Procedimiento administrativo: inicio...”, loc. cit., p. 111.

doctrina alemana,<sup>53</sup> en sus tres etapas sucesivas: de idoneidad, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto.

Esto debe reflejarse en la motivación del acto que dispone la medida. La motivación se impone por principio y para todo acto administrativo, tanto para el que adopte una medida provisional, como para el que pone fin al procedimiento.

**5.9.** Como su nombre lo indica, estas medidas tienen carácter temporal.<sup>54</sup> Se adoptan por un plazo determinado o por tiempo indeterminado cuya duración dependerá de la suerte del asunto principal.

Normalmente las medidas provisionales se adoptan en el marco de un procedimiento administrativo que se inicia simultáneamente a la medida o en el preexistente a ella. También puede ser previa a un procedimiento que se iniciará después.

Como está relacionada a otro procedimiento, tiene carácter accesorio<sup>55</sup> con relación a ese procedimiento. De manera que, si no se extinguió antes de la finalización del procedimiento principal, al resolverse este, expresa o implícitamente, se extingue la medida. No obstante, en casos que el acto administrativo que da fin al procedimiento principal haya sido impugnado, puede disponerse la continuidad de la medida provisional en espera de las resultantes de la acción anulatoria.

---

<sup>53</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª edición. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Madrid, 2007, pp. 91 y ss. y 523 y ss.; GROTE, Rainer, "Limitaciones para la ley en la regulación de los Derechos Humanos en el Derecho alemán", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. Universidad Católica del Uruguay/ Amalio M. Fernández/ Konrad Adenauer Stiftung. Montevideo, 2002, N° III, pp. 34 y ss.

<sup>54</sup> STUPENENGO, Juan Antonio, "Medidas provisionales en...", loc. cit., pp. 547 y ss.

<sup>55</sup> STUPENENGO, Juan Antonio, "Medidas provisionales en...", loc. cit., pp. 544 y ss.

**5.10.** Como normalmente las medidas provisionales se adoptan en el marco de otro procedimiento, han existido opiniones diversas en cuanto a la naturaleza del acto que las dispone.

Así, GÓMEZ NACER sostiene que se trata de un acto principal,<sup>56</sup> y HERNÁNDEZ-MENDIBLE las consideró un acto de trámite.<sup>57</sup>

Lo importante es que, sea como se lo considere, el acto que dispone una medida provisional, si causa un perjuicio es susceptible de ser impugnado con los recursos administrativos y con la acción de nulidad.<sup>58</sup> La amplitud de los términos de los artículos 317 y 309 de la Constitución no permiten otra conclusión.<sup>59</sup>

**5.11.** Por lo mismo que la medida procesal puede ocasionar perjuicio, debe dictarse previo cumplimiento de las reglas del debido proceso.<sup>60</sup> Los artículos 75 y 76 del decreto N° 500/991, que regulan la vista previa para los procedimientos iniciados a pedido de interesado o de oficio, respectivamente, no distinguen si se aplican con relación al acto principal o al que dispone una medida provisional. Por tanto, nada impide que se dé noticia al afectado para que pueda encarar su defensa. No solo nada impide, sino que ello se impone por aplicación del principio indicado que es de máximo valor y fuerza y está comprendido, como se ha visto, en la noción de buena administración. No obstante, con agudeza Natalia VELOSO observa que en circunstancias excepcionales pueden existir

---

<sup>56</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., pp. 113 y ss.

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "Tendencias...", loc. cit., pp. 579 y ss.

<sup>58</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., p. 118; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "Tendencias...", loc. cit., p. 580.

<sup>59</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de derecho administrativo*. Montevideo, 2010, vol. VI, p. 93.

<sup>60</sup> GÓMEZ NACER, María Gabriela, "Procedimiento administrativo: inicio...", loc. cit., p. 118; HERNÁNDEZ-MENDIBLE, Víctor, "Tendencias...", loc. cit., p. 579.

razones de urgencia que impongan la obligación inmediata de la medida sin que haya tiempo para otorgar una vista previa.<sup>61</sup>

## **6 -NOTIFICACIÓN DE LA INICIACIÓN DEL PROCEDIMIENTO A INTERESADOS**

**1.** La otra medida que se puede disponer en la fase inicial del procedimiento es la notificación de la iniciación del procedimiento a los interesados en el mismo.

**2.** Este aspecto está regulado en los artículos 17 y 18 del decreto N° 500/991.

“Artículo 17. Si de la petición resultara que la decisión puede afectar derechos o intereses de otras personas, se les notificará lo actuado a efecto de que intervengan en el procedimiento reclamando lo que les corresponde.

En el caso de comparecer, deberán hacerlo en la misma forma que el peticionario y tendrán los mismos derechos que éste.”

“Artículo 18. En caso de ser varios los interesados, podrán comparecer conjuntamente por medio de un solo escrito con el que se formará un único expediente, o de un mismo formulario, según corresponda, siempre que pretendan un único acto administrativo.”

---

<sup>61</sup> VELOSO GIRIBARDI, Natalia, “Régimen de las medidas cautelares y provisionales dictadas en vía administrativa”, en DELPIAZZO, Carlos E. (Coordinador). *Estudios sobre el procedimiento administrativo. En conmemoración de los 30 años del Decreto 500/991 de 27 de setiembre de 1991*. Universidad de Montevideo. Facultad de Derecho. Montevideo, 2021, p. 98.

**3.** Este artículo no es sino una especificación del principio de contradicción, principio que deriva del de debido procedimiento y del de imparcialidad, corolario del principio de igualdad.<sup>62</sup>

En efecto, por este principio se procura dar un mismo tratamiento a todas las situaciones<sup>63</sup> y asegurar que los que puedan verse perjudicados, tengan la oportunidad de ser oídos antes del dictado de la resolución.

Como se ha dicho, los principios indicados, son parte del contenido del de buena administración, por lo que también se puede decir que hace a la buena administración efectuar tal notificación.

**4.** Adviértase que el artículo 17 precedentemente transcrito, refiere a procedimientos realizados a petición de interesado. Nada dice respecto a los procedimientos iniciados de oficio. Pero igualmente corresponde esa notificación a todos los interesados en el procedimiento. La doctrina que ha opinado sobre este punto así se ha expedido.<sup>64</sup>

Esto procede en aplicación de los mismos principios indicados. Esos principios hacen, a estos efectos, que sea irrelevante la forma de iniciación del procedimiento. Lo relevante es que todos los interesados, aun en los procedimientos sancionatorios, estén en conocimiento de que la Administración ha comenzado un procedimiento que le puede provocar un perjuicio. Bien se puede coincidir con CAJARVILLE PELUFFO “que la defensa del interesado sirve

---

<sup>62</sup>DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “El procedimiento administrativo en Uruguay”, en DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Derecho administrativo. Otra forma...*, pp. 332 y ss.

<sup>63</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derecho a trato imparcial...”, loc. cit., pp. 446 y ss.

<sup>64</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Procedimiento administrativo...*, p. 96; GÓMEZ NACER, María Gabriela, “Procedimiento administrativo: inicio...”, loc. cit., pp. 122 y ss.

para decidir mejor”.<sup>65</sup> Y, decidir mejor hace a la buena administración.<sup>66</sup>

La no notificación de la iniciación de un procedimiento es propia de la época en que imperaba el sigilo y la Administración miraba al administrado con desconfianza.

Como bien observa TAWIL, la idea del enfrentamiento entre la Administración y los administrados, debe ser erradicada. La tendencia que se impone es la revalorización del principio de colaboración,<sup>67</sup> aun en los procedimientos que no forman parte de los de la tercera generación, sin perjuicio de que conserven sus rasgos más salientes. En efecto, aunque en los procedimientos de primera y segunda generación la Administración actúa en forma imperativa, no puede considerar al administrado como un adversario sino como un colaborador que la ayuda a administrar mejor.

No es de buena administración no efectuar tal notificación.

5. A mayor abundamiento debe decirse que la necesidad de la notificación a terceros interesados, configura también una especificación del principio de participación, concretamente en lo que refiere a la participación administrativa procedimental, muy bien estudiada entre nosotros, por ROTONDO TORNARÍA.<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo, “El derecho a defenderse en vía administrativa y la eficacia y la eficiencia de la Administración”, en CAJARVILLE PELUFFO, Juan Pablo. *Sobre Derecho...*, t. II, p. 228.

<sup>66</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto, “Derecho a un procedimiento de plazo razonable”, en GUTTIÉRREZ, Adrián, A. y ROBAINA RAGGIO, Ignacio (*Directores*) *Procedimiento Administrativo Disciplinario*. F.C.U. Montevideo, 2018, p. 88.

<sup>67</sup> TAWIL, Guido Santiago, “Sobre el futuro del procedimiento administrativo”, en POZO GOWLAND, Héctor/ HALPERIN, David/AGUILAR VALDÉS, Óscar/ JUAN LIMA, Fernando/ CANOSA, Armando (*Directores*) *Procedimiento...*, t. II, pp. 13 y ss.

<sup>68</sup> ROTONDO, Felipe, “El principio de participación y sus modalidades”, en DELPIAZZO, Carlos E. (*Coordinador*), *Estudios sobre el procedimiento administrativo. En conmemoración...*, pp. 54 y ss, en especial pp. 61 y ss.



# APUNTES SOBRE SERVICIOS PÚBLICOS, REGULACIÓN Y DERECHOS FUNDAMENTALES EN MÉXICO

Carlos A. Villanueva Martínez.

Profesor de Posgrado en la Universidad Panamericana (UP), desde 2012. email: cavillanueva@up.edu.mx. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA), de la Asociación Iberoamericana de Derecho de la Energía (ASIDE), del Instituto Internacional de Derecho Administrativo (IIDA), de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación (ASIER) y asociado del Instituto Nacional de Administración Pública (INAP). Candidato a Doctor en Derecho (UP).

## 1. INTRODUCCIÓN

Siempre es un honor ser convidado a ser parte de una obra avocada al reconocimiento de un jurista destacado, pero esta distinción se transforma en compromiso cuando al mérito profesional y académico del homenajeado, se suma el aprecio personal y la amistad.

En este sentido quiero hacer expreso agradecimiento al Dr. Álvaro Sánchez Bravo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla por la oportunidad de ser parte del reconocimiento al Dr. Felipe Rotondo Tornarí, jurista de cepa como parece ser la marca definitoria de la muy destacada escuela uruguaya del Derecho Administrativo, a quien me une no solo el agradecimiento académico sino el afecto personal. El Dr. Rotondo Tornarí es uno de esos casos de excepción en la academia, en los que a los méritos teóricos, prácticos y docentes, se suma una notabilísima calidad humana, que lo ha convertido no solo en un jurista de élite, sino en una persona entrañable para quienes hemos tenido la fortuna de conocerlo.

Sirvan por tanto las siguientes páginas como un sencillo homenaje personal a un amigo, mi muy querido Dr. Felipe Rotondo Tornaría.

## **2. RÉGIMEN CONSTITUCIONAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS**

Estimo difícil identificar algún otro tópico relacionado con las instituciones básicas del Derecho Administrativo que haya sido abordado con mayor frecuencia que el relativo a los servicios públicos, tema del que se han escrito una cantidad ingente de páginas, y que sin embargo siga siendo tan poco conocido y controversial. En consecuencia, a manera de limitación de responsabilidad y a fin de no exceder la extensión solicitada, expresamente hago renuncia de cualquier pretensión comparatista, de forma tal que me limitaré a formular algunas consideraciones exclusivamente referidas al régimen federal mexicano en la materia, en particular aquellas que estimo como falencias o limitaciones de su tratamiento jurídico.

Sin pretensiones historicistas, considero dable afirmar que el abandono de la neutralidad económica propia del modelo de Estado de Liberal clásico (adoptado en la Constitución de 1857), se materializó con la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917 (CPEUM), producto de la Revolución mexicana de 1910, que si bien no terminó con su promulgación, sí puede considerarse como el punto de partida del intento nacional de crear algo parecido a un modelo de Estado de Bienestar (sin perjuicio de las presiones que el modelo liberal había ya recibido desde el último tercio del siglo XIX con la expedición de las denominadas Leyes de Reforma que sentaron las bases para la secularización de diversas actividades hasta entonces en manos de la Iglesia), a partir del reconocimiento de los derechos sociales y más recientemente a los económicos, sociales y culturales (DESC).

Durante los dos primeros tercios del siglo XX, los gobiernos posrevolucionarios fueron desarrollando un complejo entramado de instituciones para atender diversas necesidades sociales, para lo cual

debieron crear un entramado jurídico que le diera sustento, claramente influenciado por los desarrollos dogmáticos del Derecho administrativo francés y los grandes maestros clásicos que inspiraron las obras de los autores mexicanos del siglo XX que promovieron el Derecho administrativo nacional, que aportaron el sustento dogmático que sirvió al legislador para revestir de legalidad las nuevas funciones que los Estados modernos asumieron; es así como el concepto de servicios públicos llega no solo al Derecho positivo mexicano sino al imaginario colectivo.

No obstante, cabe apuntar que el texto original de la CPEUM no contenía referencia alguna al concepto o al régimen general de los servicios públicos, ausencia que fue subsanada mediante reforma a la Carta magna en 1983. En la actualidad, los párrafos décimo primero y décimo segundo del artículo 28 Constitucional, establecen lo siguiente:

*“El Estado, sujetándose a las leyes, podrá en casos de interés general, concesionar la prestación de servicios públicos o la explotación, uso y aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, salvo las excepciones que las mismas prevengan. Las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de la prestación de los servicios y la utilización social de los bienes, y evitarán fenómenos de concentración que contraríen el interés público.*”

*La sujeción a regímenes de servicio público se apegará a lo dispuesto por la Constitución y sólo podrá llevarse a cabo mediante ley.”*

Se trata, por tanto, de un régimen jurídico que necesariamente debe establecerse mediante ley en sentido material y formal, es decir, mediante un acto legislativo, de manera que no sería procedente crear un servicio público mediante reglamento o acuerdo administrativo ni tampoco es factible hablar de los que la doctrina denomina como servicios públicos “impropios”. Sin perjuicio de

ello, la misma Constitución califica como tales diversas actividades, sin perjuicio de su regulación legislativa.

Supone la existencia de un interés general en la prestación del servicio, lo que genera una cierta ambigüedad. Puede tratarse, como dice la doctrina, de una necesidad compartida insatisfecha o de una decisión política basada en la mera oportunidad adoptada por la representación popular; la constitución no limita o condiciona la fuente o la razón que subyace a la determinación de la existencia de esa necesidad general, lo que permite un amplio margen de discrecionalidad al legislador ordinario, dando lugar a la diversidad, dispersidad e imprecisión que caracteriza la legislación en la materia.

El Estado es responsable de la prestación de los servicios públicos, dado que las leyes deben fijar las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia de su prestación. La eficacia debe entenderse como la pertinencia y aptitud de la actividad prestacional para satisfacer la necesidad general que los justifica, y se considera un mandato fundamental en la medida en que se trata de la única referencia normativa que implica, aunque sea de forma tácita, a los usuarios como destinatarios de esta actividad.

Por otra parte, la Constitución parte de reconocer que la prestación de los servicios públicos es una actividad que, salvo disposición en contrario, está abierta a la participación privada y específica que el título habilitante para ello es la concesión, la cual es considerada por la doctrina como un acto administrativo<sup>1</sup> y como

---

<sup>1</sup> “... en la concesión se trata de un acto constitutivo de derechos a favor del particular, donde se trasfiere una atribución que pertenece al Estado; en contraposición, la autorización y el permiso se refieren a la preexistencia de un derecho o de un derecho potencialmente ejercible, que requieren de la intervención de la autoridad administrativa para su ejercicio, principalmente como una forma de levantar la restricción legal y hacerlo un derecho eficaz... Otra importante distinción, por lo menos en el sistema jurídico-administrativo mexicano, es que la autorización, la licencia y el permiso, por regla general, no se destinan a una actividad que se considera de satisfacción de necesidades colectivas o que atiendan al interés general, sino que simplemente se refieren al ejercicio de derechos y la realización de una actividad lícita.” Luis José Béjar Rivera, “Algunos aspectos de la regulación de la concesión en

un acto mixto por la Poder Judicial de la Federación, de manera que puede considerarse como la manifestación de la *publicatio* de la actividad de que se trate; es decir, la declaratoria de que una actividad queda sujeta al régimen de servicio público supone la titularidad pública de la misma y constituye una ablación de la esfera de libertad económica de los particulares, lo que justifica que sea solo mediante ley que pueda imponerse.

Si bien el mismo artículo 28 Constitucional señala que en México están prohibidos los monopolios y las prácticas monopólicas, en materia de servicios públicos solo se deben evitar fenómenos de concentración que contraríen el interés público, lo que parece reconocer el privilegio o exclusividad que deriva de una concesión así como la existencia de condiciones que dificultan la competencia en materia de servicios públicos, como pueden ser los monopolios naturales o las barreras de entrada como es el caso de los altos costos de inversión, lo que naturalmente reduce la concurrencia en dichas actividades. Adicionalmente, el mismo artículo en comento dispone que no constituyen monopolio las funciones que el Estado ejerza de manera exclusiva que las áreas estratégicas que enlista (entre las que se incluyen ciertos servicios públicos) así como las que se señalen en las leyes federales. Existe por tanto un amplio margen para que el legislador determine y configure un mercado para los servicios públicos o bien, lo excluya.

Por otra parte, además del régimen general ya indicado, la Constitución califica como servicios públicos de forma expresa a diversas actividades, entre las que se incluyen la educación (artículo 3, frac. VIII); las telecomunicaciones y la radiodifusión (artículo 6, inciso B, fracs. II y III), a las que califica de forma absurda como servicios públicos de interés general (como si algún servicio público no tuviera esa calidad ínsita en su naturaleza), y las actividades de transmisión y de distribución de energía eléctrica (artículos 25, 27 y 28), que son provistas en principio por el Estado, pero en las que se

---

México”, en Jaime Orlando Santofimio y Luis José. *Las concesiones públicas. Fundamentación teórica* (Universidad Panamericana-Edit. Novum: México, 2014), 166-167.

reconoce la posibilidad de participación de los particulares mediante contrato, no a través de una concesión, de forma que se trata de una excepción al régimen general ya descrito.

En la actualidad, la legislación federal mexicana reconoce como servicios públicos las siguientes actividades, ya sea como desarrollo de su calificación constitucional como tales o por determinación estrictamente legislativa: *i)* Aeropuertos; *ii)* Transporte aéreo nacional regular; *iii)* Remolque maniobra en puerto; *iv)* Transporte ferroviario; *v)* Pilotaje o practicaje; *vi)* Correos; *vii)* Telecomunicaciones; *viii)* Radiodifusión; *ix)* Salud; *x)* Seguro Social; *xi)* Educación; *xii)* Transmisión y de Distribución de energía eléctrica; *xiii)* Sistemas de negociación busátiles sobre títulos inscritos en el Registro Nacional de Valores o listados en el Sistema Internacional de Cotizaciones; *xiv)* Servicio centralizado de depósito, guarda, administración, compensación, liquidación y transferencia de valores; *xv)* Servicio de contraparte central de valores y *xvi)* la Base de Datos Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro.

### **3. REGULACIÓN Y SERVICIOS PÚBLICOS**

Es un hecho aceptado que el servicio público es un instituto del Derecho administrativo de origen francés y que ha sido adoptado por los países cuyo régimen jurídico-administrativo se adscribe a la escuela europea continental del Derecho. Sin embargo, la existencia de necesidades cuya satisfacción requiere de la intervención pública ha sido resuelta en otras jurisdicciones mediante una técnica diversa que es la regulación de las actividades que revisten un interés general.

La técnica jurídica de intervención económica a través de la regulación tiene origen norteamericano y se asocia a la actividad de las denominadas agencias independientes que forman parte de la Administración Pública de dicho país. A diferencia del servicio público, la regulación de las *public utilities* no supone la titularidad

pública de la actividad ni necesariamente la intervención directa de la administración en su prestación, sino que se limita a intervenir en la forma en que la actividad se lleva a cabo para procurar la debida satisfacción del interés general.

Esta intervención se lleva a cabo mediante la emisión de normas de carácter general, abstracto e impersonal en sede no legislativa, sino administrativa, a través de la referidas agencias independientes, que además emiten actos de aplicación de las normas que emiten, llevan a cabo su interpretación, ejercen funciones de supervisión y vigilancia sobre los agentes que participan en el sector a su cargo, imponen sanciones por la contravención de sus normas y resuelven controversias (entre operadores o entre éstos y los usuarios), por lo que se suele decir que están investidas de facultades cuasi legislativas, cuasi ejecutivas y cuasi jurisdiccionales. Se trata en todo caso, de facultades delegadas por el Congreso mediante habilitación legal y por tanto no originarias, es decir, no previstas en la constitución norteamericana. Es por ello que, aún a la fecha, constituye un tema controversial entre los opositores y detractores del *Administrative state*, y quienes lo apoyan. Este modelo de intervención ha sido adoptado por diversos países cuyo sistema jurídico se adscribe al modelo del *Common law*, con los ajustes y adecuaciones que cada uno ha determinado.

La globalización y el predominio de una ideología liberal que adopta la competencia como un valor fundamental, han tenido como una consecuencia coyuntural la convergencia de los sistemas jurídicos anglosajón y la de derecho europeo continental, dando lugar al fenómeno de los préstamos jurídicos, siendo el modelo de intervención mediante la regulación uno de los más destacados, como se muestra claramente en el caso del Derecho comunitario europeo, en el que el término servicios públicos ha sido sustituido por los denominados servicios de interés general y servicios económicos de interés general.

En el caso de los países latinoamericanos, el préstamo jurídico ha sido diferente, ya que en términos generales, la institución del servicio público se conserva, aunque con diversos ajustes para convertir la actividad prestacional en una actividad *regulada*, con o sin publicatio, sin privilegios de exclusividad a fin de promover la competencia y con limitaciones a algunos de los principios tradicionalmente asociados a los servicios públicos, como son su sujeción a un régimen jurídico exorbitante del Derecho privado y la mutabilidad de ese régimen, a favor de principios como el de confianza legítima.

En el caso mexicano, los servicios públicos federales son hoy en día y en su gran mayoría, actividades gestionadas por particulares en régimen de competencia, y son por tanto actividades sujetas a regulación administrativa; al mismo tiempo, la regulación ha servido como título jurídico de intervención en sustitución del régimen de servicios públicos, siendo los casos más notorios los relativos al servicio de banca y crédito así como el suministro eléctrico calificado este último de forma expresa como un servicio de interés general.

Cabe aclarar que la nota que caracteriza en México al uso de la regulación como técnica jurídica de intervención parece ser la diversidad y dispersión sectorial, en función de la madurez y apertura a la libre concurrencia de las actividades reguladas y la diversa naturaleza de los órganos reguladores respecto de su especialización técnica e independencia del poder político, ya que si bien algunos (los menos), han alcanzado el rango de órganos dotados de autonomía constitucional (es el caso de la Comisión Federal de Competencia Económica y el Instituto Federal de Telecomunicaciones), apartándose de la estructura de la Administración Pública federal, la mayor parte de los existentes pertenece vinculado a ésta por lo que su autonomía respecto de las decisiones de política pública resulta cuestionable por decir lo menos (en su gran mayoría adoptan la figura de la desconcentración administrativa, que solo les



reconoce una limitada autonomía técnica y funcional, pero mantiene la relación jerárquica de control respecto de las Dependencias de la Administración a las que se les adscribe) así como su sujeción al sistema de planeación democrática que se instrumenta durante cada período presidencial).

Por otra parte, es conveniente destacar que la novedad de la regulación en México radica en el proceso (inacabado) de su reconocimiento como una atribución netamente administrativa para emitir actos de carácter general, abstracto e impersonal y no de mera ejecución de la ley ya que a diferencia de otras jurisdicciones, la CPEUM reserva en exclusiva al titular del Poder Ejecutivo la facultad reglamentaria (artículo 90 CPEUM). En consecuencia, su reconocimiento a sido constitucional, legislativo y jurisprudencia, de forma tal que con la excepción de los órganos dotados de autonomía constitucional que ejercen las atribuciones que originariamente les confiere la Carta Magna, los demás ejercen una atribución legislativamente delegada.

Un apunte adicional respecto de los usos de la regulación administrativa, que en México persiguen objetivos económicos, operan como sustituto del mercado ante la falta de condiciones efectivas de competencia implementando condiciones asimétricas en detrimento del agente económico preponderante en el sector de que se trate; objetivos de política social de carácter redistributivo ya sea mediante la imposición de cargas y obligaciones específicas para los agentes incumbentes, y más recientemente de gestión de riesgos potenciales asociadas al desarrollo de determinadas actividades.

Finalmente, es de rigor reconocer que existe una laguna sobre el tema que, salvo honrosas excepciones, los iusadministrativistas mexicanos no han sabido subsanar, lo que hace indispensable un *aggiornamento* de la dogmática de esta disciplina para colocarla a

tono con el desarrollo del Derecho positivo y la práctica iusadministrativa.

## **4. SERVICIOS PÚBLICOS Y DERECHOS FUNDAMENTALES**

Una consecuencia del abandono de la gestión pública y un error reproducido constantemente por la regulación ha sido, en mi opinión, la desadministrativación o mercantilización de la relación prestador de servicios-usuarios. En tal virtud, aquella idea de que la imposición del régimen de servicios públicos significa su sujeción a un régimen de Derecho público ha sido morigerada a favor de los prestadores privados para referirse únicamente a un régimen exorbitante del Derecho común, en el cual solo la relación concedente (regulador)-concesionario (regulado) permanece en la órbita del Derecho administrativo, mientras que la relación prestador-usuarios se remite a reglas de Derecho privado.

El término usuario no tiene sustento constitucional en México (de hecho no aparece en su texto como ha quedado apuntado en el primer apartado del presente trabajo), y la legislación secundaria los asimila a consumidores, lo que implica desconocer la asimetría jurídica inherente entre las partes de esta relación y por consiguiente, la indefensión material de los usuarios.

La legislación vigente en materia de protección a los consumidores, que sí tiene sustento constitucional, se limita en relación con los usuarios, al registro previo por parte de los prestadores de servicios de los contratos de adhesión que utilizan para formalizar la prestación de sus servicios; en caso de controversia se dispone de un procedimiento conciliatorio (en el que no intervienen los órganos reguladores ni como parte ni como coadyuvantes en el procedimiento), a cuya conclusión puede imponer multas al prestador pero deja a salvo a las partes para ejercer sus derechos en la vía jurisdiccional, ya que el procedimiento arbitral que ofrece es

optativo para ellas (sobra decir la práctica común de los prestadores de servicios es no someterse a dicho arbitraje).

En la práctica, si bien en México están prohibidas constitucionalmente las costas judiciales, ello no supone la gratuidad de la justicia para los usuarios, que deben contratar un abogado postulante que los represente (cuyos honorarios pueden fácilmente exceder los montos en disputa), y dado que el prestador tiene la potestad de suspender unilateralmente el suministro (en demérito de la atención de la necesidad que subyace a la organización del servicio), aunado a las deficiencias de la procuración de justicia, que puede ser cualquier cosa pero no pronta y expedita como dispone la Constitución, ponen en evidencia la clara asimetría entre las partes en perjuicio de los usuarios, lo que resulta contradictorio con el reconocimiento de una necesidad general cuya atención ha sido asumida por el Estado, sin que ello implique necesariamente su gestión directa por la Administración pública.

Tales limitaciones afectan incluso al régimen de las acciones colectivas, idóneas para el caso de los usuarios, constitucionalmente reconocidas en el artículo 103 constitucional, pero desarrolladas en el Código Federal de Procedimientos Civiles y que otorgan una preferencia a favor de la institución pública encargada de la tutela de los derechos de los consumidores y dificulta la intervención de organizaciones de la sociedad civil en su representación, imponiendo una *capitis de minutio* en perjuicio de los usuarios, confirmando la remisión a régimen de Derecho privado de estas controversias con las asimetrías descritas que ello implica. Lo anterior evidencia el peso que tienen los prestadores de servicios públicos como agentes que influyen en las determinaciones de política pública y por consecuencia, en la legislación sectorial, ya que ejercieron una abierta influencia en el proceso legislativo que reconoció la viabilidad de acciones colectivas.

Dada la cancelación la vía contencioso-administrativa para los usuarios en virtud de la *huida del Derecho administrativo* ya descrita;

las dificultades de acceso a la justicia y la asimetría inherente al recurso a la jurisdicción civil o mercantil, en México el juicio de amparo se ha constituido en la vía de defensa jurídica más favorecida en virtud de la potencia y la eficacia de sus efectos así como los de la suspensión como medida cautelar, a partir del mandato constitucional dirigido a todas las autoridades de los tres poderes de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, por lo que el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley (artículo 1º Constitucional).

Dicho mandato de protección a los Derechos Humanos a través del juicio de amparo ha colocado en el centro de la discusión jurídica diversos derechos fundamentales ya previstos en la Constitución (como el derecho a la educación, la salud, el medioambiente sano, a la alimentación, al agua, entre otros), a nuevos derechos reconocidos en la legislación ordinaria (como es el caso de los supuestos derechos humanos a la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a internet) y otros diversos de origen fundamentalmente jurisprudencial, entre los que cabe mencionar la tesis que reconoce a la dignidad humana como una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.

La justiciabilidad de la dignidad humana en concordancia con los principios pro persona y de progresividad constitucionalmente establecidos y jurisprudencialmente desarrollados, no pueden ser disociados en el contexto del Estado regulador del mandato constitucional de proveer a la eficacia de los servicios públicos. En este contexto, adquiere una enorme relevancia el concepto de Estado garante como complemento del Estado regulador que implica para éste asumir la responsabilidad sobre la idoneidad de las actividades prestacionales destinadas a la satisfacción de necesidades de

interés general, como es el caso de las actividades sujetas a régimen de servicio público.

En este contexto, los usuarios podrían sustraerse de la jurisdicción ordinaria mercantil, y reconducir sus reclamos por la falta, deficiencia o negligencia en la prestación de servicios públicos en la vía de Derecho público a través del recurso al juicio de amparo y el derecho procesal constitucional, imputando tanto al prestador que podría ser equiparado a una autoridad para efectos del juicio de amparo, así como a la autoridad reguladora por sus omisiones o fallos en la regulación, supervisión y control del prestador de servicios. Esta posibilidad plantea nuevos e importantes interrogantes para los juristas respecto de la conveniencia de permitir a los juzgadores intervenir en el desarrollo de las reglas de funcionamiento de los servicios públicos, desplazando al ente regulador especializado e independiente, con importantes consecuencias eventuales en materia de presupuestal y de finanzas públicas, en caso de que se reconozca como un derecho humano la prestación continua de algún servicio público, de modo que resulte jurídicamente improcedente su interrupción, incluso en caso de falta de pago, poniendo en riesgo la ecuación económico-financiera de las concesiones o la validez de las tarifas reguladas determinadas por las autoridades reguladoras.

## **7. CONCLUSIONES**

Las líneas anteriores constituyen apenas un esbozo de la complejidad y potencial litigiosidad que necesariamente se producirá en torno a los servicios públicos, y en particular respecto de las controversias entre los prestadores de dichos servicios y los usuarios de los mismos, como consecuencia de las barreras de acceso y limitaciones inherentes a la jurisdicción común frente al amplio abanico que ofrece la justiciabilidad de los Derechos Humanos o Fundamentales, bajo la óptica de la dignidad humana y los principios propersona y de progresividad.

En este contexto, el reto para los iusadministrativistas en México es retomar el estudio y desarrollo del régimen inherente a las actividades calificadas como servicios públicos, como una técnica específica de intervención administrativa que mientras incide en la esfera jurídica de los agentes dedicados a las realización de las actividades prestacionales, al tiempo que dota de centralidad al usuario como referencia y medida de la pertinencia de esa actividad prestacional para satisfacer la necesidad general que justifica su sujeción a este régimen.

En este contexto, la apertura a la intervención jurisdiccional en la determinación de dicho régimen parece riesgosa en la medida en que no parece adecuada la estructuración de un régimen general a partir de sentencias que resuelven controversias individuales y desde una perspectiva exclusivamente jurídica, en perjuicio de la regulación desarrollada por los órganos autónomos, independientes y especializados necesariamente interdisciplinarios, que parecen mejor equipados para llevar a cabo un desarrollo del régimen del servicio público de que se trate, ponderando los diversos derechos e intereses legítimos en juego, tanto de los agentes económicos que intervienen en la actividad prestacional como de sus destinatarios, haciendo efectivo el mandato constitucional de proveer a su eficaz prestación, que no puede sino interpretarse bajo los criterios tradicionales y los más novedosos aplicables a estas actividades, como son los relativos a su generalidad, continuidad, regularidad y más recientemente su asequibilidad, reconociendo la centralidad de la persona como sujeto y destinatarios del ordenamiento jurídico.

# SUSTENTABILIDAD DE LAS COMPRAS PÚBLICAS

Carlos E. Delpiazzo.

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay. Profesor Emérito de la Facultad de Derecho de dicha Universidad. Director de la Especialización y Maestría en Derecho Administrativo y Gestión Pública en la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Catedrático de Derecho Administrativo en dicha Maestría y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo. Ex Catedrático de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la Facultad de Derecho de la Universidad Mayor de la República.

## 1. JUSTO RECONOCIMIENTO

Es motivo de honra haber sido invitado a participar de esta obra colectiva en homenaje al Prof. Felipe Rotondo Tornaría pero, a la vez, me produce una enorme alegría ser parte de un acto de justicia.

En efecto, la sencillez y humildad que caracterizan al homenajeado hacen de él una persona que jamás procura la notoriedad ni el reconocimiento que, en justicia, le viene dado por quienes aquilatan los valores de su ser y de su enseñanza.

Más de 40 años de trabajo compartido en la Universidad de la República y en otras Universidades de nuestro país me permiten ser un testigo calificado de su dilatada trayectoria académica, aunque quizás no del todo objetivo ya que siento por él un fraternal afecto.

Hace poco tuve el privilegio de prologar la décimo primera edición de su “Manual de Derecho Administrativo”, un clásico de nuestro medio, permanentemente usado por estudiantes y profesionales

que, a la vez, es objeto de frecuente cita por doctrina y jurisprudencia.

En un país pequeño como el Uruguay es absolutamente excepcional que un libro de Derecho alcance tantas ediciones y que en todas ellas el autor haga gala de actualización y síntesis explicativa. Ello sólo es posible porque Felipe Rotondo es un docente nato y un trabajador incansable cuyos estudios honran las principales publicaciones nacionales y extranjeras.

Su generosidad y sensibilidad han trascendido la labor de enseñanza, ocupando importantes cargos en el gobierno universitario, en la Administración Nacional de Educación Pública, en la Comisión Nacional de Servicio Civil y en la Unidad de Regulación y Control de Datos Personales, entre otros servicios públicos.

Por todo ello y mucho más, sumarme a esta obra me permite expresar el agradecimiento que todos sentimos a un universitario de verdad.

## **2. OBJETO ELEGIDO**

Con gráfica expresión, Felipe ROTONDO habla de la “*marca administrativa*” que singulariza a la contratación administrativa<sup>1</sup>.

Hago pie en tal caracterización porque, siendo propia de la Administración su servicialidad, tanto en sentido etimológico como funcional, no puede ser ajena a su consideración a la hora de contratar el contemplar no sólo los requerimientos inmediatos sino la proyección mediata de las decisiones que adopta con impacto en las generaciones futuras.

---

<sup>1</sup> Felipe ROTONDO TORNARIA - “Manual de Derecho Administrativo” (F.C.U., Montevideo, 2021), onceava edición, pág. 316.



Emerge así lo que ha dado en llamarse “contratación sostenible” o “contratación sustentable”, enmarcada en una concepción según la cual el modelo económico debe ser capaz de generar riqueza y bienestar, al mismo tiempo que no comprometer el medio ambiente y promover la cohesión social, preocupándose por los problemas del mediano y largo plazo y no sólo por las exigencias del hoy y el ahora.

En tal sentido, tras un primer momento en que comenzó a hablarse de “contratación pública verde” para designar las estrategias de articulación entre el instrumento contractual y el respeto al medio ambiente, rápidamente se migró hacia la más amplia noción de “contratación pública sostenible” para abarcar no sólo aspectos ambientales sino también sociales y éticos <sup>2</sup>.

Así, siguiendo a nuestro homenajeado, puede decirse que la contratación administrativa sostenible consiste en la integración de aspectos ambientales, sociales y éticos en la preparación y ejecución de los contratos que celebran los organismos del sector público <sup>3</sup>.

### **3. PERSPECTIVA AMBIENTAL**

Hoy es valor unánimemente aceptado que la protección del ambiente es un cometido esencial del Estado de nueva generación, determinado por la concientización -que Máximo Severo GIANNINI llama “convicción difusa” <sup>4</sup>- de la importancia de preservar los recursos naturales que la propia humanidad ha puesto en peligro, principalmente a través de un desarrollo económico incontrolado

---

<sup>2</sup> Ernesto JINESTA - “Modernización de la contratación pública en el entorno iberoamericano: la contratación pública ecológica”, en A.A.V.V. - “Contratación Pública” (Ardus, Arequipa, 2013), volumen 1, pág. 545 y sigtes.

<sup>3</sup> Felipe ROTONDO TORNARIA - “Sustentabilidad en los contratos públicos”, en Rev. CADE de Doctrina y Jurisprudencia (Montevideo, 2018), tomo XLV, pág. 39 y sigtes.; y “Contratación pública sustentable”, en Estudios de Derecho Administrativo (La Ley Uruguay, Montevideo, 2019), Nº 20, pág. 325 y sigtes.

<sup>4</sup> Máximo Severo GIANNINI - “Ambiente: Saggio sui diversi aspetti giuridici”, en Riv. Trimestrale di Diritto Pubblico (Milano, 1973) tomo XXIII, Nº 1, pág. 15 y sigtes.

(contaminación, vertidos, ruidos, malos olores, cambio climático y otras consecuencias) menoscabante de las condiciones de vida.

### 3.1. EL DESAFÍO

Sin que éste sea el lugar para definir el ambiente, el concepto puede reconducirse al entorno vital natural o conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres vivos (básicamente aire, tierra y agua) y los procesos biológicos ligados a ello. Desde esta perspectiva, el medio ambiente estaría constituido por los recursos naturales (aire, suelo, agua, flora, fauna y costas), así como las relaciones que entre ellos se generan (clima, paisaje y espacios naturales).

Al presente, la protección del ambiente ha devenido un cometido esencial del Estado contemporáneo como consecuencia de la intensidad de su presencia y de los poderes jurídicos atribuidos en la materia, lo cual no inhibe la actuación -incluso debida- de otros agentes al respecto, pero se diferencia claramente de ella por la inherencia a su condición de gestor privilegiado del interés público comprometido en la defensa de bienes primordialmente colectivos y no patrimoniales <sup>5</sup>.

### 3.2. LA RESPUESTA DEL DERECHO URUGUAYO

**Con carácter general**, sin perjuicio de otros antecedentes, la tutela del ambiente adquirió carta de ciudadanía en una norma de máximo rango normativo en el *art. 47 de la Constitución* (resultante de la reforma de 1997), a cuyo tenor “La protección del medio ambiente es de interés general. Las personas deberán abstenerse de cualquier acto que cause depredación, destrucción o

---

<sup>5</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” (A.M.F., Montevideo, 2015), volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 504 y sigtes.

contaminación graves al medio ambiente. La ley reglamentará esta disposición y podrá prever sanciones a los transgresores”<sup>6</sup>.

En cumplimiento del mandato constitucional, el art. 1º de la *ley No 17.283 de 28 de noviembre de 2000* declaró “de interés general, de conformidad con lo establecido en el art. 47 de la Constitución de la República:

- a) La protección del ambiente, de la calidad del aire, del agua, del suelo y del paisaje.
- b) La conservación de la diversidad biológica y de la configuración y estructura de la costa.
- c) La reducción y el adecuado manejo de las sustancias tóxicas o peligrosas y de los desechos cualquiera sea su tipo.
- d) La prevención, eliminación, mitigación y la compensación de los impactos ambientales negativos.
- e) La protección de los recursos ambientales compartidos y de los ubicados fuera de las zonas sometidas a jurisdicciones nacionales.
- f) la cooperación ambiental regional e internacional y la participación en la solución de los problemas ambientales globales.
- g) La formulación, instrumentación y aplicación de la política nacional ambiental y de desarrollo sostenible”.

---

<sup>6</sup> Héctor GROS ESPIELL - “La protección del medio ambiente en el Derecho Constitucional”, en A.A.V.V. - “Reforma Constitucional 1997” (U.C.U., Montevideo, 1997), pág. 53 y sigtes.; y Marcelo J. COUSILLAS - “La protección constitucional del ambiente”, en A.A.V.V. - “Reflexiones sobre la reforma constitucional de 1996” (F.C.U., Montevideo, 1998), pág. 139 y sigtes.

Complementariamente, el art. 3º, inc. 2º de la misma ley agregó: “Declárase por vía interpretativa que, a efectos de lo establecido en el art. 47 de la Constitución de la República y en la presente disposición, se consideran actos que causan depredación, destrucción o contaminación graves del medio ambiente, aquellos que contravengan lo establecido en la presente ley y en las demás normas regulatorias de las materias referidas en el art. 1º. Asimismo, se entiende por daño ambiental toda pérdida, disminución o detrimento significativo que se infiera al medio ambiente”.

**En el caso específico de la contratación administrativa**, corresponde señalar en primer lugar que todos los contratos que tienen por objeto obras o infraestructuras están alcanzados por la *ley N° 16.466 de 19 de enero de 1994*, que impone la evaluación ambiental previa a través un procedimiento administrativo tendiente a determinar los efectos (impactos) que una determinada actividad u obra puede tener sobre el medio ambiente, con el objetivo de decidir acerca de la conveniencia o mejor forma de llevarla adelante <sup>7</sup>.

De acuerdo al art. 1º de dicha ley, se declara de interés nacional “la prevención del impacto ambiental negativo o nocivo”, el cual se define en el art. 2º como “toda alteración de las propiedades físicas, químicas o biológicas del medio ambiente causada por cualquier forma de materia o energía resultante de las actividades humanas que directa o indirectamente perjudiquen o dañen:

- a) la salud, seguridad o calidad de vida de la población;
- b) las condiciones estéticas, culturales o sanitarias del medio; y
- c) la configuración, calidad y diversidad de los recursos naturales”.

---

<sup>7</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 526 y sigtes.

Consecuentemente, la ley sujeta a un conjunto de actividades y obras públicas y privadas que enuncia (no taxativamente) en el art. 6º a la obtención de un acto de autorización previa del Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (art. 7º), la que será otorgada o denegada según no provoque o sí lo haga un impacto ambiental negativo o nocivo superior a los mínimos admisibles (art. 16).

En segundo lugar, cabe hacer referencia al *art. 45 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008*, incorporado como art. 61 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (TOCAF) aprobado por el Decreto N° 150/012 de 11 de mayo de 2012 <sup>8</sup>, en virtud del cual se comete al Poder Ejecutivo reglamentar el otorgamiento en las compras públicas “de márgenes de preferencia en el precio de los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por productores o proveedores de cualquier nacionalidad, siempre que cumplan con normas o certificaciones de calidad, de seguridad, medio ambientales o de cualquier otro tipo, que se entiendan necesarios y adecuados para estimular la presentación de mejores ofertas”.

En tercer lugar, el *art. 23 de la ley N° 18.834 de 4 de noviembre de 2011* (art. 152 del TOCAF) dispone que “El Poder Ejecutivo reglamentará las políticas, bases y lineamientos de los aspectos de sustentabilidad ambiental que deberán observarse en las contrataciones de bienes, obras y servicios con el objeto de optimizar y utilizar de forma sustentable los recursos para disminuir costos ambientales”.

En cuarto lugar, a partir del el art. 1º de la *ley N° 18.597 de 21 de setiembre de 2009* se proclamó “de interés nacional el uso

---

<sup>8</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “A propósito del tercer TOCAF”, en *La Justicia Uruguaya*, tomo 146, sección Doctrina, pág. 3 y sigtes.; y “Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera” (F.C.U., Montevideo, 2021), décimo sexta edición actualizada y ampliada, pág. 33 y sigtes.

eficiente de la energía con el propósito de contribuir con la competitividad de la economía nacional, el desarrollo sostenible del país y reducir las emisiones de gases de efecto invernadero en los términos establecidos por el Convenio Marco de las Naciones Unidas para el Cambio Climático, aprobado por la ley N° 16.517 de 22 de julio de 1994”.

Sin que este sea el lugar para abundar al respecto, se define como uso eficiente de energía “a todos los cambios que resulten en una disminución económicamente conveniente de la cantidad de energía necesaria para producir una unidad de producto o para satisfacer los requerimientos energéticos de los servicios que requieren las personas, asegurando un igual o superior nivel de calidad y una disminución de los impactos ambientales negativos cuyo alcance abarca la generación, transmisión, distribución y consumo de energía”, así como “la sustitución en el uso final por parte de los usuarios de energía de las fuentes energéticas tradicionales por fuentes de energía renovables no convencionales que permitan la diversificación de la matriz energética y la reducción de emisiones de gases contaminantes” (art. 2º, lit. A) <sup>9</sup>.

Consecuentemente, en virtud del *art. 26 de la ley N° 18.957* (art. 79 del TOCAF) se dispone que “En aquellas contrataciones públicas que tengan por objeto la adquisición de equipamiento intensivo en el uso de energía, la Administración Central, las Administraciones Municipales, los Entes Autónomos y los Servicios Descentralizados deberán considerar, en la evaluación de las propuestas, el costo asociado al ciclo de vida de los productos, contemplando a tales efectos no sólo el costo directo asociado a la provisión de los equipamientos, sino también el costo asociado a la operación durante su vida útil y los costos asociados a su disposición final”,

---

<sup>9</sup> Felipe ROTONDO TORNARIA -“Sustentabilidad de los contratos públicos con especial referencia al Uruguay”, en Jaime RODRIGUEZ ARANA, Carlos E. DELPIAZZO y otros (Editores) - “Bases y retos de la contratación pública en el escenario global” (Editorial Jurídica Venezolana International, 2017), pág. 615 y sigtes.

cometiendo a la reglamentación especificar “la fórmula de cálculo para cuantificar el beneficio”.

## **4. PERSPECTIVA SOCIAL**

Como ya quedó dicho, si bien inicialmente la contratación pública sostenible se identificó con la contratación ecológica o verde, al presente el concepto de sustentabilidad comprende también aspectos sociales.

Se trata de verificar que oferentes y adjudicatarios en los procedimientos de selección propios de la contratación administrativa cumplan con los derechos fundamentales de los trabajadores -sea directamente o indirectamente cuando se actúa a través de empresas subcontratadas- procuren la reducción de la pobreza, la vigencia de la justicia social y la solidaridad, atiendan a las personas más desfavorecidas, promuevan la justicia social empresarial, prefieran a las pequeñas y medianas empresas y, en general, el desarrollo de un comercio justo <sup>10</sup>.

### **4.1. EL DESAFÍO**

De lo dicho se desprende que actualmente constituye un capítulo fundamental del tema bajo análisis, el fomento y regulación de las denominadas “compras públicas sociales”, incluyendo normas y buenas prácticas relativas a la inserción laboral de colectivos desfavorecidos, a la atención de los discapacitados, a la promoción del comercio justo y la responsabilidad social empresarial, a la procura de la calidad del empleo y cumplimiento de las normas laborales y de seguridad social, a la igualdad de oportunidades entre hombres

---

<sup>10</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Contratación Administrativa” (Clásicos Jurídicos Uruguayos de F.C.U., Montevideo, 2019), pág. 70 y sigtes.

y mujeres, al fomento de las pequeñas y medianas empresas, y a la promoción de la solidaridad <sup>11</sup>.

El fundamento que sustenta esta nueva etapa es la comprobación de que los contratos públicos no constituyen exclusivamente un modo de abastecerse de las materias primas o servicios en las condiciones más ventajosas sino que son un instrumento privilegiado para la realización de las políticas públicas y, en tal sentido, deben considerar los impactos de sostenibilidad involucrados <sup>12</sup>.

Significa que, tanto en la etapa de preparación como en la etapa de ejecución de los contratos públicos, se deberá atender no sólo a aspectos tales como la tutela del medio ambiente y el fomento de la eficiencia energética, sino también a la promoción de las pequeñas y medianas empresas, el aseguramiento de adecuadas condiciones laborales, la protección de los discapacitados y la lucha contra la corrupción, entre otros.

## 4.2. LA RESPUESTA DEL DERECHO URUGUAYO

**Con carácter general**, nuestro ordenamiento jurídico ha ido incorporando a la legislación diferentes disposiciones aisladas o incorporadas en leyes destinadas a la atención de ciertos colectivos (como, por ejemplo, los jóvenes, los liberados y los discapacitados) o a la promoción de determinadas empresas en atención a su tamaño y proyección (como es el caso de las micro, pequeñas y medianas) <sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> FORO DE CONSUMO DE NAVARRA - “Guía de Contratación Pública Sostenible. Incorporación de criterios sociales” (Ideas, Navarra, s/f), pág. 17 y sigtes.

<sup>12</sup> José María GIMENO FELIU - “La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española” (Civitas, Madrid, 2006), pág. 17.

<sup>13</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Contratación pública y sustentabilidad”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública” (U.M, Montevideo, 2015), tomo II, pág. 57 y sigtes.; y “Sostenibilidad y contratación del sector público”, en Rev. de Derecho y Tribunales (Montevideo, 2016), N° 30, pág. 89 y sigtes.



Con respecto a estas últimas, en virtud de la *ley N° 16.201 de 13 de agosto de 2001*, “Decláranse de interés nacional la promoción, desarrollo y tecnificación de las micro, pequeñas y medianas empresas con el objetivo de propender a su descentralización geográfica, al aumento de la productividad de sus recursos y a la generación de empleos en todo el territorio de la República” (art. 1º). Agrega el art. 5º que “el Poder Ejecutivo establecerá la definición de micro, pequeñas y medianas empresas, conforme a la realidad socio económica del país y a las recomendaciones nacionales e internacionales, teniendo en cuenta, entre otras variables, el capital invertido y la mano de obra empleada”.

Respecto a dichas empresas, el art. 305 de la *ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990*, complementado por el art. 3º de la citada ley N° 16.201 y sus reglamentaciones, pone a cargo de la Dirección Nacional de Artesanías, Pequeñas y Medianas Empresas (DINAPYME), dependiente del Ministerio de Industria, Energía y Minería, las siguientes acciones:

- a) coordinar todas las actividades de fomento que se desarrollen en el país a su respecto;
- b) promover el desarrollo de actividades de capacitación y formación de pequeños y medianos empresarios, con el objetivo de fortalecer su organización y gestión empresarial, así como facilitar el acceso a todo tipo de información necesaria para la creación y desarrollo de empresas;
- c) realizar diagnósticos sectoriales a los efectos de individualizar aquellos sectores cuyas respuestas sean más rápidas y eficientes, a fin de proceder a su tecnificación y modernizar su gestión empresarial; y
- d) facilitar la realización de los trámites administrativos que requiera la instalación y el funcionamiento de las empresas, asesorando

a los empresarios y procurando la simplificación y adecuación de aquéllos a las reales posibilidades de éstas.

**En el caso específico de la contratación administrativa**, son varias las disposiciones que pueden citarse en tal sentido <sup>14</sup>.

En primer lugar, al tenor del *art. 43 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008* (art. 59 del TOCAF), se crea el “Programa de Contratación Pública para el Desarrollo, en cuyo marco podrán emplearse regímenes y procedimientos de contratación especiales, adecuados a los objetivos de desarrollar proveedores nacionales, en particular micro, pequeñas y medianas empresas y pequeños productores agropecuarios y de estimular el desarrollo científico tecnológico y la innovación” <sup>15</sup>.

En segundo lugar, el *art. 44 de dicha ley N° 18.362* (art. 60 del TOCAF) prevé que el referido Programa de Contratación Pública para el Desarrollo incluirá, entre otros, los siguientes Subprogramas:

- a) de Contratación Pública para el Desarrollo de las Micro, Pequeñas y Medianas Empresas;
- b) de Contratación Pública para el Desarrollo de Pequeños Productores Agropecuarios; y
- c) de Contratación Pública para el Desarrollo de Científico Tecnológico y la Innovación.

---

<sup>14</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Contratación pública sostenible en Uruguay”, en José PERNAS GARCIA y Rafael VALIM (Coordinadores) - “Contratación pública sostenible: una perspectiva iberoamericana” (Bubok, La Coruña, 2014), pág. 67 y sigtes.; y “Contratación pública y sustentabilidad”, en *Rev. Derecho & Sociedad* (Lima, 2015), N° 44, pág. 65 y sigtes.

<sup>15</sup> Laura D. REINALDO - “Programa de Contratación Pública para el Desarrollo”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Comentarios al TOCAF sobre la Contratación Pública” (U.M., Montevideo, 2013), pág. 143 y sigtes.

En tercer lugar, en virtud del *art. 136 de la ley N° 18.046 de 24 de octubre de 2006*, modificado por el *art. 198 de la ley N° 18.172 de 31 de agosto de 2007*, con la redacción dada por el *art. 46 de la ley N° 18.362 de 6 de octubre de 2008*, se dispuso que “En las contrataciones y adquisiciones realizadas por Poderes del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados, Gobiernos Departamentales y otros organismos públicos, se otorgará prioridad a los bienes, servicios y obras públicas, fabricados o brindados por micro, pequeñas y medianas empresas, definidas éstas según criterios establecidos por el Poder Ejecutivo, excepto para aquellas áreas del sector público que están en competencia directa (inc. 1º) <sup>16</sup>.”

En cuarto lugar, en materia de derechos de los trabajadores, el *Decreto N° 475/005 de 14 de noviembre de 2005*, invocando el Convenio Internacional del Trabajo N° 94 ratificado por la ley N° 12.030 de 10 de diciembre de 1953, dispuso que “En los pliegos de condiciones generales o especiales relativos a la contratación de empresas para prestar servicios al Estado (limpieza, vigilancia, mantenimiento, etc.), deberán incluirse cláusulas que garanticen a los trabajadores de esas empresas: a) los salarios, horas de trabajo y demás condiciones de empleo de acuerdo a las leyes, laudos y/o convenios colectivos vigentes para dichas ramas de actividad; b) que se cumpla con las normas de seguridad e higiene que correspondan; y c) que se viertan los aportes y contribuciones de seguridad social al Banco de Previsión Social” (art. 1º).

En quinto lugar, también en materia de derechos de los trabajadores, según la *ley N° 18.098 de 12 de enero de 2007*, “Toda vez que la Administración Central, el Poder Legislativo, los organismos comprendidos en los arts. 220 y 221 de la Constitución de la República, los órganos departamentales y las personas públicas no estatales contraten la ejecución de servicios a su cargo con terceros, en los pliegos de bases y condiciones particulares se deberá

---

<sup>16</sup> Carlos E. DELPIAZZO y Graciela RUOCCO - “Tratado Jurisprudencial y Doctrinario sobre Actos y Contratos de la Administración” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2013), tomo I, pág. 270.

establecer que la retribución de los trabajadores de la empresa adjudicataria, asignados al cumplimiento de dichas tareas, deberá respetar los laudos salariales establecidos por los Consejos de Salarios” (art. 1º).

En sexto lugar, en la misma línea de las disposiciones anteriores, al tenor del *art. 1º de la ley Nº 18.099 de 24 de enero de 2007*, se dispuso que “Todo patrono o empresario que utilice subcontratistas, intermediarios o suministradores de mano de obra, será responsable solidario de las obligaciones laborales de éstos hacia los trabajadores contratados, así como del pago de las contribuciones a la seguridad social a la entidad previsional que corresponda, de la prima de accidente de trabajo y enfermedad profesional, y de las sanciones y recuperos que se adeuden al banco de Seguros del Estado en relación a esos trabajadores” (inc. 1º). “El Poder Ejecutivo, el Poder Legislativo, los Organismos comprendidos en los arts. 220 y 221 de la Constitución de la República, las Intendencias Municipales, las Juntas Departamentales, y las personas públicas no estatales, cuando utilicen personal mediante algunas de las modalidades previstas en el inciso anterior, quedan incluidos en el régimen de responsabilidad solidaria regulado por esta ley” (inc. 2º)<sup>17</sup>.

En séptimo lugar, a fin de contemplar el trabajo de los liberados tras haber cumplido penas privativas de libertad, en virtud del *art. 14 de la ley Nº 17.897 de 14 de setiembre de 2005*, se estableció lo siguiente: “Inclúyese en todos los pliegos de licitaciones de obras y servicios públicos, la obligatoriedad del o de los empresarios contratantes, de inscribir en las planillas de trabajo un mínimo equivalente al 5 % del personal afectado a tareas de peones o similares, a personas liberadas que se encuentren registradas en la Bolsa de Trabajo del Patronato Nacional de Encarcelados y Liberados” (inc. 1º). “Asimismo, el Poder Ejecutivo podrá establecer un sistema de bonificaciones para aquellas empresas que inscriban liberados

---

<sup>17</sup> Jorge ROSENBAUM y Alejandro CASTELLO - “Subcontratación e intermediación laboral” (F.C.U., Montevideo, 2008), pág. 87 y sigtes.

registrados en la Bolsa de Trabajo referida, por encima del 5 % estipulado precedentemente” (inc. 2º).

En octavo lugar, respecto a los discapacitados<sup>18</sup>, conforme al *art. 71 de la ley N° 18.651 de 19 de febrero de 2010*, “En todos aquellos pliegos de licitación para la construcción de edificios públicos por parte de organismos del Estado, Gobiernos Departamentales y personas públicas no estatales, deberá disponerse de una cláusula que establezca la obligatoriedad de aplicar las normas técnicas a las que hace referencia la presente ley [que trata de la protección integral de las personas con discapacidad]. El incumplimiento de esta norma traerá aparejado la nulidad de los mismos”.

En noveno lugar, complementariamente, la *ley N° 19.159 de 25 de octubre de 2013* regula los denominados Talleres de Producción Protegida, considerando tales a las organizaciones sin fines de lucro que produzcan bienes o presten servicios con el objetivo de capacitar y ocupar laboralmente a personas con discapacidad que no estén, en forma transitoria o permanente, en situación de integrarse al mercado laboral abierto. Dicha ley contiene dos previsiones relativas a los contratos públicos.

Por una parte, su art. 9º prevé que “En los procedimientos competitivos de contratación de adquisiciones de bienes y prestaciones de servicios que otorguen las Administraciones públicas, se dará preferencia a la producida por los Talleres de Producción Protegida”, añadiendo que “Los criterios de preferencia podrán ser cualitativos, cuantitativos o mixtos y deberán establecerse con toda precisión en el pliego particular de condiciones respectivo”.

Por otra parte, el art. 10 de la misma ley autoriza la contratación directa “para adquirir bienes o contratar servicios cuya producción

---

<sup>18</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Tutela estatal de menores, discapacitados y adultos mayores”, en AIDA - Rev. de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (México, 2007), Año 1, N° 2, pág. 53 y sigtes.; y “Alcance del rol tutelar del Estado a menores, discapacitados y adultos mayores”, en Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones (Montevideo, 2016), N° 4, pág. 135 y sigtes.

o suministro esté a cargo de un Taller de Producción Protegida, debidamente acreditado ante el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, hasta el monto establecido para la licitación abreviada”.

## 5. PERSPECTIVA ÉTICA

En lo que antes de ahora he calificado como “juridización de la ética pública”<sup>19</sup>, nuestro Derecho positivo ha plasmado en normas de diverso rango reglas tendientes a cuidar el recto ejercicio de la función pública.

Como bien ha dicho Felipe ROTONDO, el nuevo Derecho público no puede resultar dominado por una lógica de tipo matemático sino que, por el contrario, debe responder a la lógica de lo razonable en la cual juegan un rol primordial los principios generales cuya base ética es evidente<sup>20</sup>.

### 1. EL DESAFÍO

El desafío que se plantea al moderno Derecho Administrativo es ser garante de la ética pública<sup>21</sup> y, como tal, velar por el desempeño ético de los agentes de la función administrativa<sup>22</sup>, tanto en el momento de acceder al mismo, como durante su desarrollo, y aún después de su cese.

---

<sup>19</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Juridización de la ética pública. A propósito del Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003”, en Rev. de Derecho de la Universidad de Montevideo, Año III (2004), N° 6, pág. 7 y sigtes.; y “Derecho Administrativo General” (Montevideo, 2020), volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 77 y sigtes.

<sup>20</sup> Felipe ROTONDO TORNARIA - “Sustentabilidad de los contratos públicos con especial referencia al Uruguay” cit., pág. 626.

<sup>21</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “El Derecho Administrativo como garante de la ética pública”, en Suplemento de Derecho Administrativo de Rev. El Derecho (Buenos Aires, 27 de abril de 2011), Año XLIX, N° 12.737, pág. 1 y sigtes.

<sup>22</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Ética y Administración Pública” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2017), pág. 109 y sigtes.; “Ética no exercício da função administrativa”, en Rev. Informativo de Direito Administrativo e Responsabilidade Fiscal (Curitiba, 2001), N° 5, pág. 420 y sigtes.; y “Ética en el ejercicio de la función administrativa”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2003), N° 3, pág. 27 y sigtes.

Se trata de “regenerar la vida pública” no limitándose a la reacción frente a la corrupción sino garantizando la vigencia y realización de todos los valores éticos en el ámbito de la Administración, fundados en la naturaleza trascendente de la persona y en el carácter servicial de la Administración ya que, “en definitiva, es la dignidad humana la que marcará las pautas de conducta. Dignidad en el administrador y en el administrado, en el que realiza las funciones administrativas y en su destinatario” <sup>23</sup>.

Evidentemente, siendo el de la contratación pública un campo de amplio encuentro entre operadores públicos y privados, el comportamiento ético de ambos adquiere una dimensión trascendente frente al flagelo de la corrupción.

## 2. LA RESPUESTA DEL DERECHO URUGUAYO

**Con carácter general**, sin perjuicio de las normas anticorrupción dictadas tanto desde el ámbito internacional como interno de cada Estado, la revalorización de la ética pública pasa por la aplicación de los principios generales de Derecho, el establecimiento pedagógico de reglas claras de actuación funcional, la difusión de buenas prácticas y el cultivo de las virtudes humanas, sin las cuales no es posible llevar adelante ningún cambio <sup>24</sup>.

En primer lugar, entre los *principios generales de Derecho* que actúan como soportes primarios del sistema jurídico todo <sup>25</sup> y, en particular, del ejercicio de la función administrativa, cabe mencionar los de juridicidad, prevalencia del interés público, transparencia,

---

<sup>23</sup> Jesús GONZALEZ PEREZ - “La ética en la Administración pública” (Civitas, Madrid, 1996), pág. 33.

<sup>24</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Transformación del Estado y ética pública”, en Rev. Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo (San José de Costa Rica, 2013), No 13, pág. 78 y sigtes.

<sup>25</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Recepción de los principios generales de Derecho por el Derecho positivo uruguayo”, en Mariano R. BRITO, Juan Pablo CAJARVILLE EPLUFFO, Carlos E. DELPIAZZO y Augusto DURAN MARTINEZ - “Los principios en el Derecho Administrativo uruguayo” (A.M.F., Montevideo, 2009), pág. 47.

veracidad, objetividad, imparcialidad, responsabilidad, eficacia, seguridad y buena fe.

En segundo lugar, la explicitación por el Derecho positivo de específicas *reglas de actuación*, que concreten los enunciados principios generales, cumple una indudable función ordenadora y pedagógica <sup>26</sup>. Entre otras, son reglas de conducta que deben observar quienes desempeñan función pública, las siguientes: servicialidad, probidad, lealtad, ponderación, discreción, obligación de denunciar, autonomía técnica, idoneidad, diligencia, y neutralidad política.

En tercer lugar, las *buenas prácticas* refieren a estándares de comportamiento que tienen un valor complementario de las disposiciones estatutarias sobre deberes funcionales, las cuales deben ser adoptadas por los funcionarios públicos en aspectos tales como: utilización adecuada de los bienes públicos, uso adecuado de la información, facilitación del conocimiento y la misión, publicidad de los gastos, buen trato, prevención de conflictos de interés, no aceptación de beneficios de ningún tipo, ajuste a normas técnicas conocidas, difusión de resultados, y cuidado de la calidad del trabajo.

En cuarto lugar, no es posible una actuación ética de la Administración si sus funcionarios no cultivan las *virtudes humanas* en el desempeño de sus tareas <sup>27</sup>. En el marco de lo previsto en el art. 8º de la Constitución -a cuyo tenor se proclama el principio de igualdad entre las personas sin reconocer “otra distinción entre ellas sino la de los talentos y las virtudes”, es decir, lo que a cada uno viene dado y lo que cada uno construye por sí- cabe señalar, entre otras, las siguientes virtudes requeridas a los funcionarios públicos:

---

<sup>26</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Profesionalización de la función pública en Uruguay”, en A.A.V.V. - “La profesionalización de la función pública en Iberoamérica” (INAP, Madrid, 2002), pág. 256 y sigtes.

<sup>27</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Ética y Administración Pública” cit., págs. 63 y sigtes., y 89 y sigtes.



prudencia, justicia, fortaleza, templanza, orden, perseverancia, paciencia, optimismo, sinceridad, y solidaridad.

**En el caso específico de la contratación administrativa**, además de la adhesión a la Convención Interamericana contra la corrupción y el dictado de normas internas dirigidas a su concreta aplicación, nuestro Derecho ha consagrado reglas concretas que vale la pena destacar en orden a la jerarquización de la ética pública como capítulo medular de la sostenibilidad contractual.

En primer lugar, en virtud de la *ley N° 19.823 de 18 de setiembre de 2019*, superando el precedente *Decreto N° 30/003 de 23 de enero de 2003*, se codificó y explicitó una serie de reglas de conducta en la función pública, incluyendo aspectos prácticos de la contratación administrativa <sup>28</sup>.

En segundo lugar, el *art. 659-VI de la ley N° 16.170 de 28 de diciembre de 1990*, modificado por el *art. 52 de la ley N° 18.834 (art. 149 del TOCAF)* explicita los siguientes principios en materia de contratación y, en general, de actuación y control de la Administración: flexibilidad, publicidad, igualdad, concurrencia, razonabilidad, delegación, ausencia de ritualismo, materialidad, veracidad, transparencia y buena fe <sup>29</sup>.

Innecesario resulta referirse en detalle a cada uno de ellos para advertir la trascendencia que dichos principios generales tienen en

---

<sup>28</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Acerca del llamado Código de Ética en la Función Pública. Primera lectura de la ley N° 19.823 de 18/9/2019”, en *La Justicia Uruguaya* (Montevideo, 2019), tomo 157, pág. 111 y sigtes.; e “Importancia práctica de los Códigos de Ética en la función pública”, en Carlos E. DELPIAZZO y Natalia VELOSO GIRIBALDI (Editores) - “Presente y futuro de la función pública en Iberoamérica” (La Ley Uruguay, Montevideo, 2021), pág. 625 y sigtes.

<sup>29</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Normas y principios de la contratación administrativa” (F.C.U., Montevideo, 2002), pág. 27 y sigtes.; y Carlos E. DELPIAZZO - “Extensión de los principios generales”, en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - “Comentarios al TOCAF sobre la Hacienda Pública” (U.M., Montevideo, 2012), pág. 43 y sigtes.

el campo contractual <sup>30</sup>, cumpliendo todos la cuádruple función directiva, interpretativa, integradora y constructiva del ordenamiento sectorial respectivo.

## 6. COLOFON

Sabido es que al Poder Ejecutivo, como conductor de políticas sectoriales <sup>31</sup>, le compete fijar los lineamientos a seguir en cada sector de actividad.

Bajo esa perspectiva, no puede sino mirarse con ojos positivos el dictado del *Decreto N° 402/918 de 3 de diciembre de 2018*, en virtud del cual se establece una política de Compras Públicas Sostenibles (CPS), cuya coordinación se comete a la actual Agencia Reguladora de Compras Estatales asistida de un Consejo Asesor (arts. 5° a 7°).

Conforme al art. 2° de dicho Decreto, se establece que la política de Compras Públicas Sostenibles tiene como **objetivo general** “propiciar, a través de las compras y contrataciones del Estado, la producción de bienes, servicios y obras con el mejor desempeño económico, social y ambiental posible”, a fin de “contribuir a la optimización de los recursos públicos y la eficiencia en los procesos del sistema nacional de contratación pública” buscando que “la gestión de las compras públicas incorpore la obtención del mayor valor por dinero posible, integrándose en la valoración el impacto económico, ambiental y social de los bienes, servicios y obras a lo largo del ciclo de vida de los productos”.

---

<sup>30</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Eficacia aplicativa de los principios generales de Derecho en la contratación administrativa”, en *Anuario de Derecho Administrativo*, tomo XIII, pág. 65 y sigtes.

<sup>31</sup> Carlos E. DELPIAZZO - “Derecho Administrativo Especial” cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 269 y sigtes.; y Juan Pablo CAJARVILLE PELUFFO - “El Poder Ejecutivo como conductor de políticas sectoriales”, en *Estudios de Derecho Administrativo*. Publicación en homenaje al centenario de la Cátedra de Derecho Administrativo (Montevideo, 1979), tomo II, pág. 69 y sigtes.

A tal efecto, se definen como **objetivos específicos** de esta política los siguientes (art. 3º):

- a) obtener un compromiso de todas las partes involucradas;
- b) proporcionar lineamientos sólidos, coherentes y bien coordinados;
- c) mejorar el diálogo con el mercado y la sociedad civil;
- d) incentivar el desarrollo de productos y servicios sostenibles de origen nacional y, en especial, de las micro, pequeñas y medianas empresas; y
- e) propiciar el seguimiento de la implementación de las Compras Públicas Sostenibles a los efectos de introducir mejoras continuas y legitimar el proceso.

Para ello, la política de Compras Públicas Sostenibles se basa en los siguientes **lineamientos estratégicos** principales (art. 3º):

- a) coordinación interinstitucional;
- b) promoción de mecanismos de diálogo con el sector privado que estimulen la oferta de productos con características deseables en términos de sustentabilidad;
- c) promoción de acciones de formación de recursos humanos, de investigación y divulgación a fin de concientizar sobre la relevancia de la consideración de factores ambientales, de cumplimiento de la normativa laboral y gestión eficiente de los recursos públicos;
- d) promoción de instrumentos de fomento a la comunicación responsable y científicamente válida sobre características económicas, ambientales y sociales de los productos;

e) promoción de procesos de compras públicas que desarrollen una cultura de cumplimiento de la legislación laboral y la inclusión de sectores en situación de vulnerabilidad socioeconómica;

f) impulso del etiquetado ambiental; y

g) revisión periódica y actualización de los criterios de Compras Públicas Sostenibles adecuándolos a las exigencias de desarrollo del mercado y cambios en las tecnologías y prácticas de producción.

En virtud del posterior *Decreto N° 222/O19 de 5 de agosto de 2019* se aprobó el Plan Nacional Ambiental para el Desarrollo Sostenible y en el mismo se incluyó con particular énfasis el diseño de compras públicas sustentables.

En suma, es preciso concluir que la contratación administrativa sustentable frente a la anterior (o tradicional) no encierra sólo una cuestión de palabras sino que traduce las importantes transformaciones contemporáneas en la materia <sup>32</sup>.

---

<sup>32</sup> Carlos E. DELPIAZZO - "Derecho Administrativo General" cit., volumen 1, tercera edición actualizada y ampliada, pág. 450 y sigtes.; "Los tres tránsitos de la contratación pública", en Rev. de Derecho Público (Montevideo, 2013), N° 44, pág. 59 y sigtes.; "Tránsito de la contratación administrativa a la contratación pública", en Carlos E. DELPIAZZO (Coordinador) - "Nuevos aspectos de las relaciones administrativas" (F.C.U., Montevideo, 2011), pág. 337 y sigtes.; y "Acerca de la contratación administrativa electrónica", en Rev. Peruana de Derecho Administrativo Económico (Lima, 2006), N° 1, pág. 153 y sigtes.

# VULNERACION DERECHO IGUALDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y EL CONOCIMIENTO

Carmen Algar Jiménez.  
Máster en Derecho.

***Declaración Universal de los Derechos Humanos: art 1:***

*“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”.*

## 1. SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y CONOCIMIENTO

La denominada, World Wide Web (WWW), una red con la que poder conectar varios ordenadores para compartir información, fue creada por el científico informático Tim Berners-Lee, a principios de los años noventa. Con la WWW nace el sueño del nacimiento de una herramienta universal que permitiera entre otras cosas, una conexión global para el acceso a la información, comunicación, conocimiento, divulgación de ideas y por tanto a una mayor igualdad al tener disponibilidad, como nunca antes se había tenido a la información y al conocimiento, surge con ello las TIC 'S, las Tecnologías de la Información y Comunicación.

Las Tecnologías de la Información y Comunicación han marcado el nacimiento de la denominada Cuarta Revolución, la Revolución Digital, transformando casi todos los ámbitos de la sociedad, con nuevas formas de interacción, afecta los servicios públicos de interés general, las relaciones de las Administraciones Públicas, las relaciones entre compañías y empresas, entre el Estado y los ciudadanos las relaciones sociales y nuestra vida cotidiana, estamos inmersos en la denominada Sociedad de la Información y el Conocimiento. Esta es una sociedad interconectada por las innovaciones

tecnológicas que permite un fácil acceso a la información y por tanto al conocimiento, llegando incluso a la configuración de una economía del conocimiento debido a que los trabajos de esfuerzo físico están quedando relegados ante los trabajos que requieren habilidades de manejo de la información y, con ello la necesidad de una constante formación y de habilidades tecnológicas. En este nuevo paradigma social y económico el acceso a Internet, se convierte no solo en necesario, sino en un derecho de la población para poder integrarse, e interactuar en el nuevo paradigma de la Sociedad y Economía de la Información y el Conocimiento.

Según la Internet Society, en su Informe Impacto 2020, Internet como salvavidas;” Internet se convirtió en un salvavidas virtual que brinda a las personas información vital sobre salud y acceso a atención médica. Permitió que las personas trabajen a distancia y que las empresas se mantengan a flote a través de las ventas en línea. Fue precursor de una capacitación en línea sin precedentes. Permitió a personas aisladas conectarse con sus seres queridos. Internet también permitió que las personas siguieran ejerciendo sus derechos y promoviendo el cambio. No obstante, esta fue la realidad solo para las personas con conectividad a Internet.”

Los datos del Banco Mundial arrojan que, en 2019, el 56,72% de la población usaba internet. Los datos de la UIT (Unión Internacional de Telecomunicaciones), señalan que, en septiembre del año 2020, la tasa de penetración mundial de usuarios de Internet era del 53,6%. La cifra en los países en desarrollo desciende al 47% y en los países menos adelantados (PMA) la tasa a no llega a 20%, (19,1%). Estas cifras arrojan datos importantes, 2020, el año en que cambió nuestra forma de relacionarnos, de trabajar, estudiar, realizar negocios y que en muchos ámbitos de manera fundamental va a persistir, casi la mitad de la población seguía sin tener acceso a internet y en los países menos desarrollados para el 80% era inexistente esta opción.

Estas cifras demuestran la existencia de una gran brecha digital que genera una desigualdad en la población mundial y hace necesario plantear el derecho al acceso a Internet como un derecho humano y fundamental.

## **2. DERECHOS HUMANOS E INTERNET**

Los derechos humanos, nacen con las personas por el simple hecho de serlo y por tanto son anteriores a cualquier pacto social o consenso entre los Estados. No nacen de una concesión del Estado, pero si deben estar consagrados y garantizado por los mismos.

Los derechos humanos son universales, porque les pertenecen a todas las personas en cualquier tiempo y lugar. Son indivisibles, interdependientes, integrales y complementarios. Son indisolubles, irrenunciables e imprescriptibles, por lo tanto, representan un estatuto personal que sigue a la persona dondequiera que se encuentre y no puede ser obligada a renunciar a ellos en ninguna circunstancia. Son inalienables e inviolables.

Se ha establecido una clasificación generacional o tres tipos de generaciones de derechos humanos. Los de la Primera Generación comprenden la protección de los derechos civiles y políticos. Los de la Segunda Generación que protegen las necesidades de los ciudadanos como grupo social, son los derechos económicos, sociales y culturales. Los derechos de la Tercera Generación, son los denominados derechos de solidaridad. Ante la nueva Sociedad de la Información y el Conocimiento cabe plantearse nuevos derechos pertenecientes a una Cuarta Generación, como consecuencia de la Cuarta Revolución o la Revolución Digital.

El Consejo de Derechos Humanos en julio 2018 afirmó que los mismos derechos que tienen fuera de línea las personas también deben protegerse en línea, reafirmando los derechos humanos y las libertades fundamentales consagrados en la Declaración Universal

de Derechos Humanos y los tratados internacionales pertinentes de derechos humanos, en particular el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

En octubre de 2020, el propio creador de la WWW, Tim Berners-Lee reivindicó ante el Parlamento Europeo, el reconocimiento del acceso a Internet como un **derecho humano con el objetivo de que se pueda “garantizar que sea segura y empoderar a todos”**

Se configuraría así el acceso a internet como un derecho que todo ser humano tiene para obtener y transmitir información, así como para expresar sus ideas libremente y el ejercicio de derechos fundamentales. Derecho que debe ser asegurado por el Estado, para que no se genere brecha digital en la población.

### **3. VULNERACIÓN DERECHO IGUALDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y CONOCIMIENTO**

Los denominados derechos de Primera Generación, son los más antiguos en su desarrollo normativo y corresponden al individuo frente a cualquier autoridad y Estado. Estos derechos solo pueden ser limitados en los supuestos previstos en la Constitución de cada país y engloban libertades fundamentales y derechos civiles, tales como:

- Derecho a la libre circulación y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.
- Derecho reunión y asociación.
- Derecho a ocupar un cargo de elección.
- Derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos.



- **Derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales** competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

Los derechos de Segunda Generación son derechos económicos, sociales y culturales que tienden a garantizar un desarrollo, económico, social y cultural integral y engloban:

- **Derecho al trabajo** (libremente escogido y aceptado): involucra salario digno y condiciones seguras y salubres de trabajo; derecho a fundar y ser parte de organizaciones sindicales y a participar en huelgas.
- Derecho a la seguridad social.
- **Derecho a la salud física y mental.**
- **Derecho a la educación.**
- **Derecho a la cultura:** beneficios de producciones artísticas, científicas y literarias.
- Derecho al medio ambiente sano.
- Derecho a la familia.
- Derecho a la vivienda.
- Derecho a la alimentación.

El impacto de Internet en la sociedad como consecuencia de la crisis sanitaria iniciada en el año 2020 ha hecho que la brecha digital ya existente se haya agudizado. Sin Internet, los efectos de la crisis habrían sido mayores a nivel mundial, pero solo las sociedades desarrolladas, con un acceso mayoritario a esta herramienta han podido hacer frente a la misma e incluso iniciar nuevas formas de relaciones comerciales, interpersonales, relacionarse con la Administración, formas de comunicación a la que no han tenido acceso las poblaciones y los países que carecen de conectividad a Internet.

Algunos de los Derechos Humanos, tanto de Primera como de Segunda Generación se están ejerciendo de forma mayoritaria tras esta crisis a través de Internet, lo que evidencia la necesidad de considerar este acceso como un derecho humano. Es necesario

hacer llegar Internet a aquellas comunidades incomunicadas hoy, de lo contrario pueden quedar excluidas, de la actividad económica, la salud, la educación, la cultura, así como el recurso efectivo ante tribunales y administración, y del acceso a una información útil e importante, y por tanto del ejercicio pleno de sus derechos fundamentales.

El ejercicio de los derechos humanos que más se han visto afectado durante la crisis sanitaria del 2020 han sido el trabajo, la educación, la salud, la cultura e incluso el acceso a la justicia y administración. El teletrabajo, la educación a distancia, el acceso a través de Internet a los servicios de salud, la cultura y la interrelación con la Justicia y la Administración, se han convertido en la forma mayoritaria de relacionarse durante estos dos últimos años y muchos de estas formas de organización y de relacionarse han llegado a nuestra sociedad para quedarse y convertirse en el nuevo paradigma social y económico. Un nuevo paradigma que solo es accesible para la población que tiene acceso a Internet en tres vertientes, conectividad, recursos económicos para hacer frente a las herramientas necesarias para poder acceder y los recursos económicos para hacer sufragar el coste de la conexión, así como el conocimiento imprescindible para el manejo de las TICS.

- **DERECHO AL TRABAJO** (libremente escogido y aceptado): involucra salario digno y condiciones seguras y salubres de trabajo.

Durante la crisis sanitaria de 2020, el teletrabajo se impuso como la forma de organización laboral que permitió a muchas empresas y personas trabajadoras continuar con la actividad laboral. La implantación de esta nueva forma de trabajo se hizo de forma apresurada y sin planificación, debido a las circunstancias excepcionales que a nivel mundial se estaban dando. Esta implantación en su momento no fue libremente escogida si bien fue aceptada. Tampoco se valoraron si los hogares de las personas trabajadoras cumplían condiciones seguras y salubres para realizar el trabajo,

teniendo en cuenta que el confinamiento en el hogar no involucra solo al empleado o empleada, sino a toda la unidad familiar.

Transcurrido el momento de improvisación en el que no se tuvieron en cuenta las condiciones de la prestación laboral, cabe plantearse si dos años después, el teletrabajo que se ha adoptado por muchas empresas y trabajadores ha implantado un sistema de verificación y control de esas condiciones, o por el contrario la prestación de servicios en el hogar en convivencia con otros miembros de la familia como pueden ser los hijos (estudiando a su vez a distancia) ha supuesto un retroceso en los derechos a un trabajo en condiciones dignas, seguras y salubres, así como el derecho al descanso y a la desconexión digital.

Esta forma de organización laboral, propia de la Sociedad y Economía de la Información y el Conocimiento excluye por completo a la población que no tiene acceso a Internet, tanto a nivel de conectividad como de recursos, es decir, excluye a casi a la mitad de la población mundial. El 46,4% de la población no tiene acceso a Internet, y por ello quedan excluidos de la posibilidad de realizar teletrabajo, forma organizativa solo accesible para quien presta servicios en países desarrollados.

La brecha digital no se produce solo entre países desarrollados y en vía de desarrollo o menos desarrollados, también se da brecha digital de género, generacional y geográfica, entre la población urbana y rural. La Sociedad y Economía de la Información y Conocimiento está generando mayor desigualdad y excluyendo del derecho humano al trabajo a un gran porcentaje de la población.

Dentro de las áreas con una conectividad plena, la brecha que se ha generado es una brecha de género, son menos las mujeres que acceden y desarrollan carreras tecnológicas. Esta brecha a su vez deriva en otra brecha, la salarial y las mujeres tienen más dificultad de conciliar el teletrabajo con la vida familiar y educación de sus hijos (que están estudiando a distancia). También existe una brecha

generacional, las personas mayores tienen más dificultad para el manejo y utilización de las TICS, así como para su acceso y por último cabe hablar de las poblaciones rurales sin conectividad dentro de los países desarrollados, donde el teletrabajo no se ha podido implementar por falta de acceso a Internet. El año 2020 ha sido el año del cambio organizativo laboral y la implementación de teletrabajo, pero también el del crecimiento de grandes brechas digitales.

## • DERECHO A LA EDUCACION.

El Derecho Humano a la Educación está indisolublemente ligado a la Declaración Universal de Derechos Humanos (1948) y a muchos otros instrumentos internacionales en derechos humanos. La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, también recoge en su Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS 4) pleno derecho a la educación como un medio para lograr un desarrollo sostenible. Millones de niños y adultos siguen sin poder tener acceso a la educación. Con la crisis sanitaria de 2020 y la implementación de la educación a distancia, muchos de los colectivos que habían tenido acceso a la escolarización se han visto sin la posibilidad de continuar con la educación que hasta ese momento tenían, por falta de conectividad, herramientas o recursos económicos para poder acceder a Internet.

En la Sociedad de la Información y el Conocimiento la brecha de conectividad agrava aún más la brecha educativa. Según datos recopilados por el Equipo de Trabajo sobre Docentes, una alianza internacional coordinada por la UNESCO, sobre la base de los datos procedentes del Instituto de Estadística de la UNESCO y la Unión Internacional de Telecomunicaciones de la Unesco, “la mitad del total de los alumnos –unos 826 millones de estudiantes– que no pueden asistir a la escuela debido a la crisis sanitaria no tienen acceso a una computadora en el hogar y el 43% (706 millones) no tienen Internet en sus casas, en un momento en que se utiliza la

educación a distancia por medios digitales para garantizar la continuidad de la enseñanza en la inmensa mayoría de los países.”

Durante estos dos años la igualdad de oportunidades para acceder a la educación se ha visto mermada en detrimento de la población no solo menos favorecida económicamente, sino también por localización geográfica dentro de los países con conectividad. Incluso para el personal docente de países que poseen una infraestructura de tecnología de la información y la comunicación y conectividad en los hogares, la rápida transición al aprendizaje en línea ha sido complicada. En el caso de los profesores de las regiones en las que el acceso a las TIC y otras metodologías de aprendizaje a distancia es más reducido, la transición ha sido aún más difícil o hasta imposible. Todo ello ha afectado igualmente el derecho a una educación de calidad.

#### • DERECHO A LA SALUD.

La salud también es un derecho humano y está interrelacionado con otros derechos humanos. Sin salud no se puede tener acceso al trabajo a la educación, a la cultura. Los Estados tienen la obligación de proporcionar un sistema de protección sanitaria y el acceso a los servicios médicos a su población.

Las TICS han permitido la aparición de la denominada ciber salud o eHealth, entendiendo esta, según la Organización Mundial de la Salud como el “uso de las tecnologías de información y comunicación para fomentar la salud, ya sea in situ o a distancia”. La ciber salud ha estado en el programa de trabajo del UIT-T desde el año 2003 y esta labor se ha visto impulsada por la Asamblea Mundial de Normalización de las Telecomunicaciones (AMNT-12) y que adoptó la Resolución 78 - Aplicaciones y normas de las tecnologías de la información y la comunicación para mejorar el acceso a los servicios de ciber salud.

Los sistemas de salud se han beneficiado del desarrollo que han generado las TICS, y con ello el disfrute de los derechos humanos ya que permite una mejor calidad de vida y atención sanitaria. Este desarrollo, protección y acceso sanitario una vez más ha incrementado la brecha digital geográfica, económica y también generacional agudizada durante los dos últimos años como consecuencia de la crisis sanitaria. Durante esta situación el incremento de la ciber-salud a distancia ha suplido la sanidad presencial e incluso esta implementación que surgió ante una situación de emergencia, y con un posible carácter temporal se está transformado en el modo habitual de la prestación de la salud y en una normalización de la asistencia sanitaria para aquellos, países y zonas geográficas que tienen conectividad, para aquellos colectivos que tienen acceso a las herramientas y pueden afrontar los costes. Una vez más este acceso incluso dentro del segmento de población que tiene la posibilidad técnica y económica de utilizar la ciber-salud, genera una brecha generacional importante. La población mayor, que más necesita la prestación sanitaria y que no posee los conocimientos para su aprovechamiento se ha visto obligada a una sanidad a distancia e impersonal en detrimento del ejercicio de este derecho humano.

El derecho humano a la salud a través de la ciber-salud o eHealth no es un derecho efectivo para la población sin conectividad.

### • ACCESO JUSTICIA -ADMINISTRACIÓN.

Cabe por último analizar como el acceso de los ciudadanos a la Justicia y Administración se ha visto afectada como consecuencia de la implementación de la E-justicia o Justicia digital, puesto que este ámbito no ha permanecido ajeno a la transformación social que las TICS han generado. La justicia tradicional o la E-justicia difiere en un principio en las herramientas utilizadas, formas de comunicación e interrelación entre los ciudadanos y la Administración, pero detrás de esta forma de interrelación es donde aparece de nuevo la brecha digital económica, geográfica y generacional,

sobre todo en el acceso a la Administración y la relación de los ciudadanos con las autoridades administrativas. En las sociedades desarrolladas se ha establecido casi con carácter obligatorio y exclusivo la comunicación entre Administración y administrados vía telemática. La imposibilidad del acceso a Internet y la falta de conocimiento en el manejo de dichas herramientas produce de facto imposibilidad de acceso e interrelación. La brecha generacional, en las sociedades donde la conectividad no es problema, se configura de facto como imposibilidad de ejercer este derecho humano.

## **4. CONCLUSIONES**

La WWW como una herramienta universal que permite entre otras cosas, una conexión global para el acceso a la información, comunicación, conocimiento y divulgación de ideas ha dado lugar a la Cuarta Revolución o Revolución Digital, a la Sociedad del Conocimiento e Información y con ello a entenderse y reivindicar el acceso a Internet como un derecho humano de Cuarta Generación.

El sueño de la WWW como herramienta para propiciar una mayor igualdad y oportunidad de acceso a derechos humanos como la salud, educación, cultura y trabajo ha sido así para una parte de la población mundial, para ese 56,4% que tiene acceso a Internet y dentro de ese colectivo para aquel segmento de la población que por ubicación geográfica, recursos económicos y conocimientos se ha beneficiado de esta Revolución Digital. Para la población que no tiene conectividad se genera una brecha digital, brecha digital que se interrelaciona con otras brechas, como la brecha digital económica, de género, geográfica, generacional, y que imposibilita el acceso a derechos humanos tales como el derecho al trabajo, la educación, salud y justicia e incluso el ejercicio de algunos de estos derechos en detrimento de condiciones y calidad.

El nuevo paradigma social y económico debe reconocer el derecho humano a la conectividad, la eliminación de la brecha digital en

todas y cada una de las variantes que se generan y el ejercicio pleno de los derechos fundamentales y humanos.

## 5. BIBLIOGRAFIA

- Dr. Miranda Bonilla Haideer (2016). El acceso a internet como derecho fundamental. Revista Jurídica IUS Doctrina. N° 15,
- Isaías Jorge Acata Águila (2022). Internet, un derecho humano de cuarta generación. Revista Misión Jurídica.
- Manual autoinformativo sobre acceso a la justicia y derechos económicos y sociales. Instituto Interamericano de derechos humanos.
- El uso de las tecnologías y derechos humanos. (2016). Revista Dfensor.
- Informe Impacto 2020. Internet como salvavidas. Internet Society.
- Dividendo Digitales, panorama general Banco Mundial. Informe sobre el desarrollo mundial 2016.
- 'Human rights and technology: the impact of intrusion and surveillance systems on human rights in third countries' European Parliament Report. (2014)



# A PROTEÇÃO DE DADOS NO BRASIL E O DEVER DE REGULAÇÃO POR PARTE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA PARA CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS<sup>1</sup>

Clovis Gorczewski.

Doutor em Direito pela *Universidad de Burgos* (2001), pós-doutorado pela *Universidad de Sevilla* (CAPES - 2007) e pela *Universidad de La Laguna* (CAPES - *Fundación Carolina* - 2010). Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul.

## 1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Tratam-se, estas reflexões de um breve ensaio sobre os avanços no Brasil com a implementação da recente legislação sobre a Proteção de Dados Pessoais. Contudo, o enfoque que se pretende abordar é relativo ao dever do Estado de regulamentação, fiscalização e fomento de políticas voltadas a concretização do direito fundamental a proteção a vida privada e intimidade, justamente por se tratar de um direito tão primordial a dignidade humana.

Como todo direito fundamental, pode-se dizer que nasce como uma barreira aos arbítrios do Estado em relação à possíveis violações, ou seja, o Estado afigura no polo passivo no sentido não apenas de respeitar, mas também de garantir, o que a doutrina reforça no nível da dimensão vertical dos direitos fundamentais. O que se revela controverso, como sempre e especialmente em se tratando de direitos fundamentais de defesa, é como os particulares figuram no polo passivo do direito, ou seja, se tal vinculação, em sendo reconhecida, se opera apenas por meio da dimensão objetiva dos

---

<sup>1</sup> Este trabalho é fruto de discussões e reflexões realizadas com a colega Professora Dra. Caroline Muller Bittencourt. Agradeço sua indispensável contribuição.

direitos fundamentais (no sentido de que o Estado deve criar normas de sanção e proibição endereçadas a particulares) ou se para além disso ocorre uma vinculação direta.

Para tanto, a era da informação, virtualização e comunicação virtual impõe um grande desafio a entidades públicas e privados, de manter ambientes tecnológicos e de inovação, mas coadunando-se com os compromissos e calores expressos pela Constituição brasileira.

## **2. O DIREITO À INTIMIDADE E VIDA PRIVADA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 NA LÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

A Constituição brasileira declara invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem<sup>2</sup>, elevando expressamente esses valores humanos à condição de direito individual, considerando-o um direito conexo ao da vida, ao desenvolvimento da personalidade e como condição de realização da dignidade. A tutela constitucional visa proteger as pessoas de dois atentados particulares: ao segredo da vida privada e à liberdade da vida privada. A privacidade está relacionada com a vida privada em sentido amplo e, portanto, com todas as relações pessoais, tanto aquelas de carácter íntimo como aquelas de cunho profissional, comercial, entre outras<sup>3</sup>.

Engloba, entre outros a protecção em geral da: interferência na vida familiar e doméstica; Integridade física e moral; taques a honra e a reputação; comunicação dos fatos relevantes/ embaraçosos relativos à privacidade; utilização do nome, identidade e ou retrato; sigilo das comunicações; Intervenção de correspondência; protecção

---

<sup>2</sup> Art. 5º (...) X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

<sup>3</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

do domicílio e proteção de dados, tanto da informação em si, quanto da manipulação dos dados e seu uso<sup>4</sup>.

O direito à privacidade é composto por dois sub-direitos: 1) Direito a impedir o acesso de estranhos a informações sobre a vida privada e familiar; 2) Direito a que ninguém divulgue as informações que tenha sobre a vida privada e familiar de outrem. Assim, outros direitos fundamentais funcionam como garantias do direito à privacidade: 1) A inviolabilidade do sigilo de correspondência; 2) A inviolabilidade do lar e local de trabalho; 3) A proteção dos dados pessoais. Também se destaca a distinção existente entre o “segredo do ser” – relacionado ao direito à imagem, à voz, à intimidade da vida privada; e um direito ao “segredo do ter” – relacionado ao sigilo de dados em geral, sigilo bancário e financeiro, sigilo fiscal, sigilo patrimonial<sup>5</sup>.

A teoria das esferas já ocupou um papel relevante da jurisprudência na definição do âmbito de proteção do direito à vida privada e intimidade. Basicamente a Teoria das Esferas de Heinrich Hubmann, busca sistematizar o direito de personalidade para fins de sua proteção em três esferas: 1) íntima, a qual guarda o maior âmbito de proteção pois compreende o foro mais secreto e íntimo para o desenvolvimento da personalidade, razão pela qual deve ser absolutamente protegida da coletividade, sequer podendo ser limitada por regulação normativa; 2) esfera privada: essa envolve relações de sua vida cotidiana com pequenos e seletos grupos que compartilham em parte de sua intimidade, mas não estão expostos ao âmbito da coletividade; 3) esfera pública: essa abarcando ações, informações e comportamentos que podem ser acessíveis ao público, podendo ser expostas sem reservas. Evidente que a utilidade dessa divisão reside não na sua aplicação rigorosa, mas pode contribuir no âmbito de sua proteção, especialmente em se tratando da necessidade de solucionar casos concretos pelo intérprete, em

---

<sup>4</sup> MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomos I a VII.

<sup>5</sup> CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

especial, no âmbito da ponderação. Conforme o nível de proteção oferecido a determinada informação pessoal em razão do direito à privacidade, exige-se um interesse comunitário mais ou menos relevante no exame de proporcionalidade em sentido estrito. Tais formulações nada mais fazem do que adaptar a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais – posição que não pode ser restringida em qualquer hipótese, bem como a aplicação do princípio da proporcionalidade para diferenciar a restrição permitida conforme o caso concreto<sup>6</sup>.

Como se trata de um direito fundamental, para além da perspectiva subjetiva de seu destinatário, há de ser compreendido em uma dimensão também objetiva. Essa, como é sabido, apresenta diversos desdobramentos, constituindo fundamentos para outras funções, tais como: funções eficácia dirigente com relação ao que desencadeia em relação aos órgãos estatais, no sentido de uma ordem permanente dirigida ao Estado para a concretização dos direitos fundamentais; outro desdobramento seria a eficácia irradiante (pois como objetivos oferecem impulsos e diretrizes para aplicação e para a interpretação do direito infraconstitucional; a questão dos deveres de proteção (no sentido que cabe ao Estado zelar pela proteção dos direitos fundamentais dos indivíduos contra agressões do Estado e também de terceiros particulares); a questão da eficácia horizontal (sua incidência na esfera privada, que mais adiante será abordada mais especificadamente); e ainda, como parâmetros para a criação e constituição de organizações estatais (no sentido que com base nos seus conteúdos, pode extrair consequências para interpretação e aplicação das normas procedimentais, bem como parâmetros para organização e procedimentos que beneficiem a proteção dos direitos fundamentais, evitando o risco de redução do significado do seu conteúdo material)<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

<sup>7</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 154-160.

Assim, o Estado em face de seu dever de proteção regula uma série de normas infraconstitucionais que possuem o condão de proteger e resguardar esse direito fundamental. É exatamente isso que será objeto também de enfrentamento no âmbito da relação normativa, como os particulares terão deveres relativos a proteção da intimidade e vida privada, no caso dessa investigação, no tocante a proteção de dados pessoais. Não é novidade no caso brasileiro<sup>8</sup> que tem se consolidado tanto na doutrina quanto na jurisprudência a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, o que coloca um papel relevante dos particulares no comprometimento com tais normas<sup>9</sup>, quanto mais, quanto tal mediação entre seu reconhecimento e condição de aplicabilidade se dará mediada por lei, como ocorre no caso da proteção de dados no Brasil. Longe se ser um problema superado, mas acredita-se que a legislação avança no âmbito da responsabilização e clareza no tratamento dos dados, em suas diferentes dimensões. Tais avanços serão objeto de enfrentamento no último tópico desse trabalho.

---

<sup>8</sup> STF (RE 158.215-RS, in RTJ 164/757) COOPERATIVA - EXCLUSÃO DE ASSOCIADO - CARÁTER PUNITIVO - DEVIDO PROCESSO LEGAL. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa. STF (RE 201.819/RJ, in Informativos STF nº 370 e 405) Sociedade Civil de Direito Privado e Ampla Defesa - A Turma, concluindo julgamento, negou provimento a recurso extraordinário interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro que mantivera decisão que reintegrara associado excluído do quadro da sociedade civil União Brasileira de Compositores - UBC, sob o entendimento de que fora violado o seu direito de defesa, em virtude de o mesmo não ter tido a oportunidade de refutar o ato que resultara na sua punição - v. Informativos 351, 370 e 385. Entendeu-se ser, na espécie, hipótese de aplicação direta dos direitos fundamentais às relações privadas. Ressaltou-se que, em razão de a UBC integrar a estrutura do ECAD - Escritório Central de Arrecadação e Distribuição, entidade de relevante papel no âmbito do sistema brasileiro de proteção aos direitos autorais, seria incontroverso que, no caso, ao restringir as possibilidades de defesa do recorrido, a recorrente assumira posição privilegiada para determinar, preponderantemente, a extensão do gozo e da fruição dos direitos autorais de seu associado. Concluiu-se que as penalidades impostas pela recorrente ao recorrido extrapolaram a liberdade do direito de associação e, em especial, o de defesa, sendo imperiosa a observância, em face das peculiaridades do caso, das garantias constitucionais do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

<sup>9</sup> FREITAS. Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. P. 35-56.

Certo é que atualmente, em razão das tecnologias de comunicação, informações sobre a pessoa são de fácil circulação e armazenamento. Antes privados, mormente grandes empresas, violam constantemente a privacidade individual, especialmente de consumidores, por meio de invasões consubstanciadas pela filmagem ou fotografia de situações da vida particular, pela constituição e manutenção de vastos e abrangentes bancos de dados de informações pessoais – nos quais a inclusão da pessoa é feita sem sua prévia consulta, pela venda de todas essas informações, etc. Mas o maior violador continua sendo o Estado. Em tempos de recrudescimento do combate ao terrorismo e à violência urbana as garantias individuais sofrem constante açoite. A privacidade é sacrificada não só pelas autoridades policiais, mas também pelo próprio legislador, em nome da segurança e da investigação criminal.

Evidente que o ataque ao sigilo dos dados tem desafiado os Estados nacionais e tanto cidadãos quanto empresas estão cada vez mais vulneráveis diante as constantes violações<sup>10</sup>. No Brasil, não tem sido diferente, basta acompanhar as notícias veiculadas nos últimos tempos para se compreender o tamanho desafio jurídico a que nos referimos. Em janeiro de 2021, um dos maiores escândalos nacionais de vazamento de dados pessoais identificado pela empresa PSafe segurança, expôs os dados pessoais de mais de 220 milhões de brasileiros<sup>11</sup> que tiveram sua privacidade exposta. Evidente que tal vazamento deu ensejo a sucessivas outras violações, como chantagem, compra de dados, os mais variados golpes por meio virtuais e até mesmo a utilização de dados de pessoas falecidas para cadastros em banco de dados oficiais e acesso a benefícios e políticas públicas.

---

<sup>10</sup> Sobre o tema ver em: MACHADO, Joana de Moraes Souza. A tutela da privacidade na sociedade da informação: a proteção dos dados pessoais no Brasil. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. E-book. Disponível em: <https://www.editorafi.org/494joana>. Acesso em: 12 maio 2019.

<sup>11</sup> Reportagem publicada pelo Estadão, disponível em: <https://link.estadao.com.br/noticias/cultura-digital,vazamento-pode-ter-exposto-cpf-de-220-milhoes-de-brasileiros,70003588485>

Não menos gravoso foi o ataque ao site dos Superior Tribunal de Justiça<sup>12</sup>, e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, que além de inviabilizar as consultas e processos, mas operações que afetam a própria segurança pública da sociedade e prestação jurisdicional. O grupo que promoveu o ataque, segundo fontes jornalísticas, pediu US\$ 5 milhões a 10 milhões a depender do prazo para liberar os documentos e não vazá-los. Ainda, recentemente dois fatos abalaram o debate sob a proteção de dados no Brasil. O primeiro, aconteceu com o vazamento da chave pix de mais de 160 mil usuários do banco do Brasil, que tiveram seus dados expostos como nome completo, CPF, instituição, número da agência e conta. O segundo, refere-se ao vazamento dos dados do Ministério da Saúde que teria afetado os 243 milhões de brasileiros cadastrados no Sistema único de Saúde, expondo nome completo, CPF, endereço e telefone dos cidadãos cadastrados. Em outro ataque a esse mesmo órgão no final de dezembro de 2021, todos os dados referentes ao programa nacional de imunização foram prejudicados por determinado período, chegando a ficar sem dados dos vacinados e de casos leves de covid-19, assim como o sistema de dados de hospitalizações e mortes, prejudicando assim, várias ações que dependiam dos dados no enfrentamento na pandemia<sup>13</sup>.

Tais exemplos de casos brasileiros servem de ilustração ao problema que se está buscando chamar atenção: é preciso investir em

---

<sup>12</sup> “ Como foi noticiado na última semana, a base de dados de processos em andamento do Superior Tribunal de Justiça foi alvo de um ataque de *ransomware*. Trata-se de um tipo de *malware* (software malicioso, popularmente conhecido como “vírus”) que codifica os dados do sistema afetado, tornando-os inacessíveis pela vítima até o pagamento de um “resgate”, normalmente na forma de transferência de criptomoedas. O acesso aos processos foi recuperado e os danos, na melhor das hipóteses, se limitaram à paralisação do Tribunal por cerca de seis dias. Há ainda o risco de vazamento dos dados por parte dos autores da invasão. De qualquer forma, a mera possibilidade do Tribunal ter ficado indisponível por tempo ainda maior exige que esse caso seja lembrado como mais um alerta de que a segurança cibernética não está sendo tratada com a devida seriedade nos órgãos públicos brasileiros”. SALVADOR, João Pedro Favaretto; Guimarães, Tatiane. O ataque ao STJ é mais um grito de socorro da segurança cibernética no Brasil

Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/ataque-ao-stj-e-mais-grito-socorro-seguranca-cibernetica-brasil>

<sup>13</sup> Reportagem disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/saude/apagao-de-dados-do-ministerio-da-saude-deixa-monitoramento-da-pandemia-a-deriva/>

responsabilização e segurança na proteção de dados, e tal tarefa, é também um dever de prestação do Estado via administração pública. A regulação, fiscalização e responsabilização deve ser compreendida na ótica do dever e não do poder da administração pública. Como diz Celso Antônio Bandeira de Mello, trata-se de um dever/poder<sup>14</sup> da administração pública a tutela dos interesses públicas, nesse caso, a proteção do direito fundamental a privacidade.

### **3. O PAPEL DO ESTADO DENTRE OS DEVERES DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O NECESSÁRIO CONTROLE E ATUAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA:**

Essa sociedade e esse indivíduo Pós-Moderno encontram-se num sistema de organização Estatal sujeito ao dever ser da opção constitucional de cada Estado-Nação. O Estado, portanto, recebe o atributo de direito, pois está sujeito ao império da legalidade e à perspectiva democrática por pressupor a legitimidade a partir da gestão compartilhada com a participação popular da administração do interesse público. Todas as situações de polarização, exclusão e inclusão, liberdades individuais e direitos coletivos que envolvem o homem Pós-Moderno dependem de sua garantia e positivação nos Estados Democráticos, especialmente a partir do Direito Administrativo, que é o responsável pela prestação de serviços e promoção tanto de igualdades quanto do respeito das diferenças. Os mecanismos de combatê-las são as políticas públicas. É dever do Estado produzir a informação pública nesse ambiente<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Quando se trata de administração pública, o seu Poder está sempre relacionado a uma obrigação legal, na qual lhe impõe um DEVER de agir. Nesse sentido, é que se tem um de Dever de agir em prol do interesse público e um poder para fazê-lo. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

<sup>15</sup> BITENCOURT, CAROLINE MÜLLER; RECK, JANRIÉ RODRIGUES. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção? SEQUÊNCIA (UFSC), v. 43, p. 183-208, 2020.



O modelo de Estado Democrático de Direito, enquanto opção política e jurídica da sociedade, teria como principal compromisso a realização dos direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder, de qualquer poder, diga-se de passagem, pois a ideia de controle é ínsita ou mesmo anterior a sua própria existência, e é também aquilo que o justifica. A limitação e vinculação à lei e a normatividade constitucional seriam suas marcas na modernidade. Se há divergentes perspectivas quanto ao paradigma do Estado Pós-Moderno é ponto praticamente pacífico na doutrina que a caracterização do modelo de Estado Democrático de Direito, enquanto opção política e jurídica da sociedade, teria como principal compromisso a realização dos direitos fundamentais e tem como principal característica a existência de limites legais ao exercício do poder, de qualquer poder, pois a ideia de controle é ínsita ou mesmo anterior a sua própria existência, é também aquilo que o justifica. O embate é sempre relacionado sobre qual a melhor forma de o direito administrativo concretizá-la, aí entra a discussão quanto aos responsáveis pela prestação do serviço, aos atores envolvidos e suas respectivas.

Os avanços tecnológicos são uma caminho sem volta e cada vez mais buscarão moldar a sociedade e suas formas de interação a partir desse paradigma, o que inevitavelmente requer contínuo aprimoramento dos ambientes digitais também pelas administrações pública, na verdade, por ser o ambiente propício a concretização dos interesses públicos, deveria ela ser a vanguarda nesse processo de transformação, que tem sido denominado como a 4ª Revolução industrial: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia, entre outros. A revolução tecnológica como marca de revolução, impõe profundas mudanças em relação ao modo como vivemos em sociedade, está marcada pela sua velocidade, amplitude e profundidade, propiciando o avanço, a fusão de

tecnologias e a interação nos domínios físicos, digitais e biológicos<sup>16</sup>.

Para além dos desafios naturais oriundos da Revolução tecnológica que impõem um dinamismo constantes nos processos cotidianos, no caso brasileiro, os desafios parecem ainda mais acentuados diante um país continental que coaduna realidades a ser enfrentadas pela administração pública de ordens infinitamente distintas, por exemplo, enquanto caminhamos no debate da regulação de uma administração pública digital<sup>17</sup>, big data, inteligência artificial e outros, por outro lado, enfrentamos o problema de falta de saneamento básico, exclusão digital e mais de 50 milhões de brasileiros na linha da pobreza<sup>18</sup>.

O problema relacionado aos limites da atuação do Estado e seus mecanismos de controle é uma questão tão antiga e tão crucial quanto a própria legitimação do Estado. Na verdade, a legitimação

---

<sup>16</sup> BITENCOURT, C. M.; GABARDO, E. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, v. 9, p. 41-74, 2021.

<sup>17</sup> Por governo digital entenda-se: Com efeito, a contemporânea concepção de Governo digital pode responder, dentre outros vieses, pelo emprego de tecnologias de informação e comunicação na prestação de serviços públicos, sobretudo para a concretização de direitos sociais, inclusive de forma a superar o modelo de Governo eletrônico (emprego incremental de TICs) e representar, portanto, um novo e disruptivo modelo de governo. O aproveitamento de tecnologias nos serviços públicos tende a potencializar o caráter social instituído na Constituição de 1988, o que não exclui a necessária realização de estudos técnicos para determinar as melhores estratégias e âmbitos de aplicação. Igualmente, não se pode desconsiderar que o paradigma do Governo digital enfrenta desafios, entre eles a falta de efetivo e qualificado acesso a tecnologias por (ainda) considerável parcela da população brasileira, a urgência de uma estrutura mínima de TICs no âmbito administrativo e, também, a abertura do gestor público ao experimentalismo nas ações públicas. A fim de empreender a análise crítica destas e de outras questões, parte-se do debate acerca das temáticas que gravitam em torno de questões como tecnologia, disrupção e Governo digital. CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. *Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil*. *Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>.

<sup>18</sup> BITENCOURT, C. M.; CRISTOVAM, J. S. S.; TAVARES, A. A. A Lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. *NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS (ONLINE)*, v. 26, p. 788-814, 2021.

da atuação do Estado não pode ser desvinculada da necessidade de fiscalizar sua atuação, bem como os níveis de intervenção que assume no âmbito das liberdades individuais e coletivas.

Sob o manto do Estado Democrático de Direito, não restam dúvidas que a forma de instituição do próprio controle, do preenchimento de seus conteúdos, bem como seu campo de incidência e os limites de atuação devem ser prioridades da administração pública. Duas são as funções do controle no âmbito das democracias contemporâneas: primeira função, é a de legitimidade enquanto elemento fundante, que decorre da soberania popular e da formação da vontade política, como o princípio que se responsabiliza pela tomada de decisão referente ao interesse público; a segunda função, a de garantia, relacionando-se a adequação do poder dentro de suas funções e limites de forma a coibir abusos<sup>19</sup>. Pensar em critérios de limitar a regulação do Estado, não é apenas condizente com as diretrizes constitucionais, como também é necessário, assim como o dever de justificação quando assim o faz. Portanto, o mérito quando a necessidade de prever controle, inclusive dos procedimentos, aqui não parece ser o ponto central da discussão, mas sim os caminhos e diretrizes eleitos para sua concretização.

Divergências a respeito sobre o tamanho do Estado e papel que o mesmo deve desempenhar, permanecem até hoje a partir dos diferentes enfoques políticos acerca do tema, mas “o dever constitucional imposto ao Poder Público de justificar suas intervenções normativas aplica-se a qualquer dessas visões, em qualquer de seus desenvolvimentos”<sup>20</sup>. Nesse sentido, diretrizes que busquem estabelecer limites a autorregulação do Estado e sua forma de

---

<sup>19</sup> BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista direitos fundamentais & democracia (unibrasil)*, v. 23, p. 126-153, 2018.

<sup>20</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A lei da liberdade econômica, análise de impacto regulatório e a Constituição*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR Ano 5 - Número 1 - Abril de 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-03.pdf>

intervir na própria sociedade é inerente a atividade Estatal, e deve ser perseguida pelos seus agentes, órgãos e mesmo entidades.

Outra questão relevante levantada por Barcellos ao tratar de qualquer ação estatal, seja ela normativa ou administrativa, é que qualquer atuação estatal se impõe o dever de racionalidade, o que não lhe autoriza agir de forma irrazoável ou desproporcional. Toda e qualquer proposição estatal deve demonstrar qual o problema pretende resolver, quais as soluções propostas para essa finalidade e como tais soluções respeitam as diretrizes sejam elas constitucionais e/ou legais <sup>21</sup>.

#### **4. OS AVANÇOS E OS DESAFIOS COM A LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS PESSOAIS COM A REGULAMENTAÇÃO NORMATIVA**

A preocupação com o tratamento de dados é crescente e tem ocupado pauta dentre as preocupações das administrações públicas. Evidente, que a exposição de dados é um problema que afeta os indivíduos e a coletividade, contudo, a forma de resguardar a tutela dos direitos, é um problema que depende de ação e regulamentação Estatal. Fica latente a necessidade dos países se comprometerem com a temática aqui exposta, uma vez que na atual realidade de uma economia orientada a dados, o valor da informação tem movimento o mercado e tem sido inclusive um mecanismo de competitividade. A vulnerabilidade que os sujeitos individuais se encontram no atual cenário, não deixa de ser reflexo da forma pouco segura para não dizer irresponsáveis com que tais armazenamentos, manuseio e comercialização de dados tem ocorrido <sup>22</sup>.

---

<sup>21</sup> BARCELLOS, Ana Paula de. *A lei da liberdade econômica, análise de impacto regulatório e a Constituição*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR Ano 5 - Número 1 - Abril de 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-03.pdf>

<sup>22</sup> COELHO, Amanda Carmen Bezerra. *A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira Como Meio de Efetivação dos Direitos da Personalidade*. Orientador: Alfredo Rangel

Por tal razão, é que a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD)/ Lei nº 13.709/18, que entrou em vigor em setembro de 2020, constitui um importante avanço nessa temática tão sensível na perspectiva da proteção dos direitos fundamentais, como garantia da própria instituição democrática, basta lembrar os impactos causados nas eleições com escândalo de Cambridge analytica<sup>23</sup>. É fato que os impactos têm reflexos diretos tanto no meio empresarial, quanto na atuação do próprio Estado, e, em ambos os casos gerando fortes consequências econômicas à própria sociedade.

No caso brasileiro, até o advento da referida Lei, a proteção jurídica dava-se, especialmente, a partir da Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, nosso Código de Proteção ao Consumidor e em face da Lei nº 12.965/2014, conhecida como Marco Civil da Internet. A questão é: o que muda então com o advento da Lei de Proteção de Dados? Pode-se dizer que a administração pública age dentro de seu dever de regulação e proteção ao promulgar essa Lei?

A amplitude e a forma como a presente Lei organiza de que forma deve se dar o tratamento dos dados, trabalha criteriosamente a distinção que deve se dar ao tratamento de dados “sensíveis”, deveres dos responsáveis pelo armazenamento dos dados e sua correta forma de manuseio, transparência no trato do dado, a exemplo das informações relativas ao compartilhamento, direitos dos titulares dos dados, responsabilizações e sanções, bem como, inova ao criar a chamada Autoridade Nacional de Proteção de Dados. Digase também, que seguindo o intuito de outros diplomas normativos como a própria Lei de Acesso a Informação, Lei nº 12.527/11, demonstra uma preocupação com os deveres da administração pública

---

Ribeiro. 2019. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14305/1/ACBCO5052019.pdf>.

<sup>23</sup> Esse escândalo de vazamento de dados que abalou a perspectiva de democracias é abordado na obra de Castells, Manuel. *Rupturas. A crise da Democracia Liberal*. Trad. Joana Angélica D'Ávila Melo. São Paulo, Zahar, 2018.

e com as boas práticas também administrativas decorrentes da necessidade de eficiência e transparência da administração pública, razão pela qual, tem um capítulo dedicado a boas práticas e Governança.

Também vale destacar, que os princípios informadores do tratamento dos dados pessoais, guardam estreita relação, como era esperado, com os requisitos dos atos administrativos, com os princípios constitucionais, em especial, os princípios da boa administração pública. Assim, o tratamento dos dados deverá ter evidente finalidade legítima e ao mesmo tempo não discriminatória ou atentatória aos valores da dignidade humana, cumprindo requisitos dentro na noção de proporcionalidade, pelo dever de adequação e necessidade, ou seja, compatibilidade do tratamento com as finalidades informadas e limitação do tratamento ao mínimo necessário para a realização de suas finalidades. Orientado pelo dever de transparência e responsabilidade, inclusive na prestação de contas pelo agente acerca do cumprimento do disposto na Lei, além do compromisso com a segurança e prevenção, que requer a adoção de medidas técnicas a fim de evitar acidentes, ilicitudes, perdas e danos em razão de um tratamento não adequado aos dados pessoais<sup>24</sup>.

Sua intencionalidade é abrangente, conforme anuncia em seu art. 1º, com intuito de proteger a liberdade e privacidade, garantido o desenvolvimento da personalidade humana em condições de respeito à dignidade. Sua abrangência é, portanto, de regular todo: (..) o tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado (...).” Dessa forma, pode afirmar que a legislação é clara e contundente ao afirmar que todos os dados pessoais tratados por pessoas jurídicas de direito público e privado, coletados no Brasil e que seus titulares estejam em território nacional, estendendo-se

---

<sup>24</sup> Vide Art 6º. BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

aqueles que tenham oferta de produtos no território nacional, estão albergados pela Lei. A contrário censo, não se aplica os disposto na Lei, os dados realizado por pessoa natural para fins exclusivamente particulares e não econômicos ou com a finalidade jornalísticas e artísticas ou acadêmicas. Também aqueles dados segurança pública, defesa nacional, segurança do Estado ou atividades de investigação e repressão de infrações penais<sup>25</sup>.

Contudo, em relação ao tratamento de dados pessoais por pessoas jurídicas de direito público, evidente que serão as mesmas já elencadas pela Lei de Acesso à informação, Lei n. 12.527/11 em seu art.10, “deverá ser realizado para o atendimento de sua finalidade pública, na persecução do interesse público, com o objetivo de executar as competências legais ou cumprir as atribuições legais do serviço público”<sup>26</sup>, destaca-se que as dificuldades se acentuam, especialmente no tratamento de dados sensíveis tão relevantes para o desenvolvimento de políticas públicas, como toda alimentação de dados do IBGE, os cadastros para concessão de benefícios assistenciais ou programas de inclusão de políticas públicas<sup>27</sup>. Em grande parte, razão pela qual, o art. 25 determina que os dados obtidos deverão ter formato interoperável e estruturado para o uso compartilhado, com vistas à execução de políticas públicas, à prestação de serviços públicos, à descentralização da atividade pública e à disseminação e ao acesso das informações pelo público em geral.

Para além do fundamento da privacidade, liberdade de informação/expressão e autodeterminação informativa, a lei também busca proteção o desenvolvimento econômico e tecnológico em

---

<sup>25</sup> Vide Art 4º BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

<sup>26</sup> Vide Art. 23 BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

<sup>27</sup> Sobre a temática vale a leitura de: GONÇALVES, Tânia Carolina Nunes Machado; VARELLA, Marcelo D. Os desafios da Administração Pública na disponibilização de dados sensíveis. Revista Direito GV, [S.l.], v. 14, n. 2, p. 513-536, set. 2018. ISSN 2317-6172. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/77110/73916>.

ambientes de inovação, respeitado a livre iniciativa, concorrência e direitos do consumidor, tudo isso, conforme os ditamos do princípio da dignidade humana que requer o respeito ao livre desenvolvimento da personalidade e comprometimento com os direitos humanos<sup>28</sup>

Antes de adentrar em aspectos mais operacionais relativos ao tratamento de dados, é relevante conceituar o que a Lei trata como dado pessoal e qual a sua diferença para os denominados dados sensíveis. Por dado pessoal, entenda-se qualquer dado relacionada a pessoa natural identificada ou identificável, tais como seu cpf, identidade; telefone, entre outros. Já o dado sensível<sup>29</sup> é aquele que carrega segundo o art. 5º, II “dado pessoal sobre origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou à vida sexual, dado genético ou biométrico, quando vinculado a uma pessoa natural” (...). Contudo, é relevante que a legislação só consolidou uma terminologia que a literatura nacional já vinha diferenciando, muito embora, concorda-se que não é apenas o dado sensível que pode revelar aspectos importantes relacionados a intimidade:

---

<sup>28</sup> Conforme art 20 BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

<sup>29</sup> O tratamento de dados pessoais sensíveis poderá ocorrer nas seguintes hipóteses: I - quando o titular ou seu responsável legal consentir, de forma específica e destacada, para finalidades específicas; II - sem fornecimento de consentimento do titular, nas hipóteses em que for indispensável para: a) cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador; b) tratamento compartilhado de dados necessários à execução, pela administração pública, de políticas públicas previstas em leis ou regulamentos; c) realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais sensíveis; d) exercício regular de direitos, inclusive em contrato e em processo judicial, administrativo e arbitral, este último nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 (Lei de Arbitragem); e) proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro; tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária; ou g) garantia da prevenção à fraude e à segurança do titular, nos processos de identificação e autenticação de cadastro em sistemas eletrônicos, resguardados os direitos mencionados no art. 9º desta Lei e exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais.



(...) qualquer dado pessoal e não somente o dado sensível é passível de, em determinadas circunstâncias, dar origem à discriminação ou ao controle, diminuindo as liberdades de escolha de uma pessoa. Os efeitos geralmente atribuídos são tratamento indiscriminado dos dados sensíveis também podem ocorrer quando da manipulação de dados não sensíveis – tanto é que os dados não sensíveis também merecem proteção, apenas em uma escala inferior. O motivo dos dados sensíveis merecerem uma proteção mais intensa é justamente uma consideração probabilística de que tais dados são mais afeitos a apresentarem problemas mais graves quando de sua má utilização – daí exatamente o fato de denominá-los como “sensíveis” em relação aos demais, enfatizando sua peculiaridade neste sentido<sup>30</sup>

No art. 5º da Lei encontra-se uma interpretação autêntica, haja vista que seu texto tem caráter conceitual, pois para além de qualificar o que considera como dado sensível, traz outras definições fundamentais<sup>31</sup> a sua correta aplicação, tais como a definição do que considera banco de dados, quem é considerado controlador, encarregado, operador e titular para fins da legislação, dentre outros. Nesse sentido, a tentativa é de trazer clareza e indicação para a correta implementação tanto no âmbito público quanto no âmbito privado.

A Lei dedica boa parte de seu texto ao importante e inovador aspecto do tratamento dos dados pessoais, trazendo como diretriz norteadora a necessidade de consentimento do titular, que deverá fazê-lo por escrito<sup>32</sup>, ou através de outro meio que deixa claro a

---

<sup>30</sup> DONEDA, Danilo. Privacidade e transparência no acesso à informação pública. In: MEZZARROBA, Orides; GALINDO, Fernando. Democracia eletrônica. Zaragoza: Pressas Universitarias de Zaragoza, 2010. p. 179-216. Pp.191

<sup>31</sup> Vide todas as definições dispostas no art 5º BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em:

[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

<sup>32</sup> As especificidades do consentimento estarão expressas no art 8º BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em:

concordância da vontade do titular do dado. Da mesma forma, caso deseje compartilhar os dados, novamente necessitará autorização expressa. Conforme art 7º, pode-se observar, em quais hipóteses é possível realizar o tratamento dos dados pessoais:

I - mediante o fornecimento de consentimento pelo titular;

II - para o cumprimento de obrigação legal ou regulatória pelo controlador;

III - pela administração pública, para o tratamento e uso compartilhado de dados necessários à execução de políticas públicas previstas em leis e regulamentos ou respaldadas em contratos, convênios ou instrumentos congêneres, observadas as disposições do Capítulo IV desta Lei;

IV - para a realização de estudos por órgão de pesquisa, garantida, sempre que possível, a anonimização dos dados pessoais;

V - quando necessário para a execução de contrato ou de procedimentos preliminares relacionados a contrato do qual seja parte o titular, a pedido do titular dos dados;

VI - para o exercício regular de direitos em processo judicial, administrativo ou arbitral, esse último nos termos da [Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996 \(Lei de Arbitragem\)](#);

VII - para a proteção da vida ou da incolumidade física do titular ou de terceiro;

VIII - para a tutela da saúde, exclusivamente, em procedimento realizado por profissionais de saúde, serviços de saúde ou autoridade sanitária;

IX - quando necessário para atender aos interesses legítimos do controlador ou de terceiro, exceto no caso de prevalecerem direitos e liberdades fundamentais do titular que exijam a proteção dos dados pessoais; ou

X - para a proteção do crédito, inclusive quanto ao disposto na legislação pertinente.

Dentre as novidades trazidas pelo diploma legal, estão os agentes de tratamento de dados pessoais, estão o controlador, o operador e o encarregado, assim como, assume destaque a Autoridade Nacional De Proteção De Dados (ANPD) e Do Conselho Nacional De Proteção De Dados Pessoais E Da Privacidade.

Tratando-se inicialmente das figuras do controlador e operador, os mesmos devem manter registro das operações de tratamento de dados pessoais, sendo o último os responsáveis por fornecer às instruções para o operador. Também é tarefa do controlador indicar o encarregado dos dados pessoais e dentre suas tarefas está aceitar reclamações e comunicações dos titulares, prestar esclarecimentos, receber comunicações da autoridade nacional e executar as demais atribuições determinadas pelo controlador. De todas as comunicações e informações recebidas deverá dar providências e encaminhamentos. Já a Autoridade Nacional de Proteção de Dados (ANPD), órgão da administração pública federal, vinculada à Presidência da República, com a seguinte composição: Conselho Diretor, Conselho Nacional de Proteção de Dados Pessoais e da Privacidade, Corregedoria, Ouvidoria, órgão de assessoramento jurídico próprio; unidades administrativas e unidades especializadas. Dentre suas tarefas dispostas no art 55 -J, destaca-se zelar pela correta aplicação, elaborar diretrizes de políticas públicas, fiscalizar e aplicar sanções, elaborar relatórios e diretrizes, promover ações para divulgação e conhecimento, realizar auditorias, ou seja, todas incumbências necessárias para que a Lei Geral de Proteção de Dados cumpra seus objetivos de acordo com seus princípios norteadores.

Evidente que há uma preocupação com às boas práticas e governança, bem como a responsabilização por possíveis violações decorrentes do incorreto tratamento dos dados, razão pela qual, os agentes de tratamento respondem solidariamente pelos danos e sua reparação por não seguirem as determinações legais no tratamento de dados. Contudo, é justamente o aspecto preventivo que parece assumir destaque na legislação, a noção de boas práticas e *compliance*<sup>33</sup> tanto no setor público como no setor privado, parecem ser indicativos para fins de evitar danos, que podem ser irreversíveis na perspectiva da proteção do direito fundamental em questão, qual seja, a intimidade, a vida privada e o desenvolvimento da personalidade.

## 5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O que fica bastante evidente, é o extremo desafio a sua implementação legislativa, haja vista ser uma mudança de concepção e cultura geral no âmbito do tratamento dos dados, seja nos setores público ou privados; para além de requer um grande operacional de criar barreiras para que tais violações, vazamentos e mesmo comercialização dos dados não sejam constantes violações do direito fundamental a privacidade, como também mecanismos perigosos de mercantilização do mundo da vida, ataques contra a democracia e mesmo exercício de nossas liberdades.

Não restam dúvidas que é dever do Estado a regulação, proteção e promoção de políticas públicas que visem a proteção de dados pessoais, afinal, o que está em jogo é a tutela efetiva dos direitos

---

<sup>33</sup> Art. 50. Os controladores e operadores, no âmbito de suas competências, pelo tratamento de dados pessoais, individualmente ou por meio de associações, poderão formular regras de boas práticas e de governança que estabeleçam as condições de organização, o regime de funcionamento, os procedimentos, incluindo reclamações e petições de titulares, as normas de segurança, os padrões técnicos, as obrigações específicas para os diversos envolvidos no tratamento, as ações educativas, os mecanismos internos de supervisão e de mitigação de riscos e outros aspectos relacionados ao tratamento de dados pessoais. BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

fundamentais e o respeito ao pleno desenvolvimento de personalidade humana.

## 6. REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A lei da liberdade econômica, análise de impacto regulatório e a Constituição*. Revista Jurídica da Escola Superior de Advocacia da OAB-PR Ano 5 - Número 1 - Abril de 2020. Disponível em: <http://revistajuridica.esa.oabpr.org.br/wp-content/uploads/2020/04/revista-esa-11-cap-03.pdf>

[BITENCOURT, C. M.](#); CRISTOVAM, J. S. S.; TAVARES, A. A. . A Lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. NOVOS ESTUDOS JURÍDICOS (ONLINE), v. 26, p. 788-814, 2021.

[BITENCOURT, C. M.](#); GABARDO, E. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. Interesse Público, v. 9, p. 41-74, 2021.

[BITENCOURT, Caroline Müller](#); RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista direitos fundamentais & democracia (unibrasil)*, v. 23, p. 126-153, 2018.

[BITENCOURT, Caroline Müller](#); RECK, Janriê Rodrigues. Os Desafios do Acesso à Informação e o Controle Social no Estado Pós-Democrático: normalidade ou exceção?. SEQUÊNCIA (UFSC), v. 43, p. 183-208, 2020.

BRASIL, Lei nº 12.527, de 18 de novembro de 2011. Regula o acesso a informações. Brasília, DF: Presidência da República, 2011. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12527.htm).

BRASIL, STF (RE 158.215-RS, in RTJ 164/757) (RE 201.819/RJ, in Informativos STF nº 370 e 405)

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da

República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

BRASIL. Lei n.º 13.709, de 14 de agosto de 2018. Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, 2018. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13709.htm).

BRASIL. Lei nº 12.965, de 23 de abril de 2014. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Brasília, DF: Presidência da República, 2014. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm).

BRASIL. Lei nº 13.853, de 8 de julho de 2019. Cria a Autoridade Nacional de Proteção de Dados; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 2019. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/lei/l13853.htm).

BRASIL. Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, 1990. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l8078compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8078compilado.htm).

CANOTILHO, J.J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 3. ed. Coimbra: Livraria Almeida, 2003.

CASTELLS, Manuel. *Rupturas. A crise da Democracia Liberal*. Trad. [Joana Angélica D'Avila Melo](#). São Paulo, Zahar, 2018.

COÊLHO, Amanda Carmen Bezerra. A Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais Brasileira Como Meio de Efetivação dos Direitos da Personalidade. Orientador: Alfredo Rangel Ribeiro. 2019. 52 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, 2019. Disponível em: <https://repositorio.ufpb.br/jspui/bitstream/123456789/14305/1/ACBCO5O52019.pdf>.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. Revista Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Disponível em:

<https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>.

Disponível em: <https://portal.fgv.br/artigos/ataque-ao-stj-e-mais-grito-socorro-seguranca-cibernetica-brasil>.

DONEDA, Danilo. Privacidade e transparência no acesso à informação pública .In: MEZZARROBA, Orides; GALINDO, Fernando. Democracia eletrônica.

Zaragoza: Prensas Universitarias de Zaragoza, 2010. p. 179-216.

FREITAS. Luiz Fernando Calil de. Direitos Fundamentais Limites e Restrições. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MACHADO, Joana de Moraes Souza. A tutela da privacidade na sociedade da informação: a proteção dos dados pessoais no Brasil. Porto Alegre, RS: Editora Fi, 2018. E-book. Disponível em: <https://www.editorafi.org/494joana>.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 33. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional. Coimbra: Coimbra Editora, 2007. Tomos I a VII.

SALVADOR, João Pedro Favaretto; Guimarães, Tatiane. O ataque ao STJ é mais um grito de socorro da segurança cibernética no Brasil.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. Curso de direito constitucional. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2021.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.





# ¿POR QUÉ EL DIÁLOGO? EMERGENCIA DE LA PALABRA Y EJERCICIO DEL PENSAR

María Cristina Sánchez León PhD.

Docente de planta de la Pontificia Universidad Javeriana (Cali-Colombia) en la carrera de Filosofía del Departamento de Humanidades perteneciente a la Facultad de Humanidades y Ciencias Sociales. Doctora en Ciencias Sociales (2017) por la Universidad de Manizales y CINDE, Magister en Historia y Teoría del arte y la arquitectura por la Universidad Nacional de Colombia (2007) y Filósofa por la Pontificia Universidad Javeriana (Bogotá) (2000).

*“La escuela del educador tiene su origen en las siguientes consideraciones: que nuestros pedagogos carecen ellos mismos de una educación adecuada, que la necesidad que de ellos tenemos es cada vez mayor y que su calidad es cada vez peor; que la ciencia, por la natural división científica del trabajo, apenas puede oponerse a la barbarie; que no hay un tribunal de cultura que, prescindiendo de los intereses nacionales, pondere el progreso espiritual del género humano: un Ministerio internacional de pedagogía”*

*Nietzsche, F. Observación 18 sobre cultura, estado y educación en Sobre el porvenir de nuestras escuelas.*

*“La conversación representa el medio viviente como el agenciamiento colectivo de expresión donde se forjan los deseos y las creencias que constituyen las condiciones de toda formación de valores. En este sentido, hasta la teoría económica debe incluir la conversación en su análisis, ya que la empresa no se dirige a clientes ut singuli, sino a públicos”*

*(M. Bajtin, Interpsicología)*

Normalmente cuando nos acercamos al fenómeno del diálogo, somos espectadores de una serie de planteamientos, formulaciones y hasta teorías que, desde la filosofía, muy especialmente, se centran en la figura platónica de la conversación. En otros momentos, la cercanía a la pregunta por la constitución humana del diálogo nos puede conducir a temas de ética que bien pueden estar relacionados con la posibilidad humana de la palabra y del lenguaje como factor decisivo y decisorio en el acceso al relacionamiento humano.

Cercana a la pedagogía, la reflexión en torno al diálogo se acerca a la forma como es posible acercar a los estudiantes o aprendientes -como en ocasiones se les conoce- a aquello que se puede llamar conocimiento o contenidos de aprendizaje, según sea el caso. Encontramos con frecuencia, definiciones, usos e importancia del diálogo como aquella instancia en la que la escena de lo común, se plantea desde la conversación e incluso encontramos definiciones que están relacionadas con la importancia política de la conversación, en escenarios donde sencillamente es impajaritable acceder al mundo del otro por vía de la palabra, porque la instalación de una mesa de discusión o “diálogo” ya denota *per se* una instancia de reconocimiento digno y fundamental. Por otro lado, pero quizá en la misma dirección, son también varios los análisis de los instructivos que nos hacen pensar que el diálogo, especialmente en el aula, es una estrategia, una dinámica o un recurso con el cual se logra el cumplimiento óptimo de procesos de aprendizaje. Hay en este sentido manuales que van desde las instrucciones para plantear una pregunta hasta instructivos para conducir un tema de manera asertiva.

Esta sección de este libro quiere justamente desplazar el nivel de la pregunta *¿qué es el diálogo?*, recuperando aquella que no es planteada con mucha frecuencia y es por qué el diálogo. Es decir, más allá de resaltar la pregunta por la definición de diálogo; el propósito es justamente explicitar qué ocurre con la relación entre palabra y pensar y cómo este vínculo, señala una forma de responder la pregunta ya mencionada.

Cabe anotar desde esta perspectiva que no se trata de ignorar el contenido de una definición básica o inicial, pues sin ello difícilmente podría establecerse nuestro canal de comunicación con nuestros lectores. Por esta razón, de entrada, podemos considerar que el diálogo se constituye como una *relación dispar pasada por la palabra, cuyo acento en la singularidad de las partes permite ser una posibilidad abierta de confrontación y relectura de sí mismo*. Esta relación dispar pasada por la palabra es “dialógica” porque ocurre entre dos seres absolutamente distintos, con experiencias y formas de acceder al mundo distintas. A su vez, esta relación, es pasada por la palabra porque la significación de lo que los implicados son y lo que dicen, se expresa con su voz y novedad. Hay pues una singularidad de las partes porque resulta casi imposible reducir al otro a mi campo de comprensión del mundo que veo y me rodea. Finalmente, hay que decir que el diálogo es posibilidad abierta de confrontación y relectura de sí mismo, porque creemos que en definitiva, -tal como aquí lo queremos entender- el diálogo instaura una visión novedosa de la propia perspectiva, de lo contrario, sería un fenómeno locucional básico.

Hemos de decir pues, que indagar por el porqué del diálogo, es una pregunta que en sí misma contiene su respuesta: la pregunta por el por qué presupone la existencia de unas razones, lo cual de entrada ya pone al diálogo en un horizonte de justificabilidad que es necesario explicitar. Asumir el porqué del diálogo es, señalar que de entrada es importante porque se constituye en *razón* para que “alguna cosa” ocurra o acontezca. En suma, las razones por las cuales el diálogo se hace necesario estriban, o mejor, radican en la relación que hay entre la emergencia de la palabra y el ejercicio del pensar.

### Emergencia de la palabra y el ejercicio del pensar.

Es curioso que el ser humano, suela ufanarse de ser poseedor del lenguaje y suela decir con ahínco, que es este lo que lo diferencia de los animales. En otras ocasiones resulta curioso también que la

palabra se relacione sólo y estrictamente con la unidad sonora o léxica de significado y que, por otro lado, se entienda como una suerte de “instancia moral” que denota un ser humano que es fiel a sí mismo y que con actitud honrosa da “su palabra” como forma de crédito y confianza.

Diremos aquí que la emergencia de la palabra tiene que ver con el vínculo que existe entre la presencia del otro en mi horizonte comprensivo y que, por ello, en ese sentido es la palabra que se dice, la que le otorga un tipo de existencia al ser que la recibe, la oye o la escucha. Diremos también que aquello de la emergencia puede entenderse en su doble acepción: desde la situación apremiante por ser atendida, hasta la forma en la que algo sale a la superficie. Digámoslo de una forma quizá aún más directa: más allá de aportar presencia contundente al que la pronuncia, la palabra es la forma de hacer presente al otro no sólo porque la recibe, sino porque en el momento en que la pronuncio hago parte de una escena que de ahí en adelante será protagonizada y construida por quienes ponen su palabra en juego. De hecho, no podría la emergencia de la palabra es un punto de referencia que tiene lugar en el cuerpo otro y en la experiencia otra; lo que en definitiva plantea de entrada todo un trabajo de sentido en lo que puede denominarse conversación.

Arriesgamos así una forma de asumir la emergencia de la palabra: como aparición de algo que no estaba a “la luz” y que solo mediante una suerte de agenciamiento o apropiación del hacerse presente, sale al encuentro del otro.

La emergencia de la palabra es un agenciamiento de la propia individualidad en el sentido de exponer, en el sentido de Agere (como mover, como moverse a actuar) de allí que dicho agenciamiento sea un ejercicio plural, siempre vinculante. Agenciamiento es pensar. Agenciarse es conversar. Agenciamiento es establecer un territorio de o-posición. El agenciamiento es territorial. Agenciamiento es actancia en el sentido de construir un territorio de fragmentos hechos en común, dar la palabra es ceder el territorio.

En cada agenciamiento tiene lugar el contenido y la expresión, en él la expresión proviene de un sistema semiótico.

Si hemos recordado en otros lugares la figura de Platón, también podría recordarse la figura de la disputatio. Pasamos también al problema típico de la sabiduría medieval, alegando que la enseñanza y a su vez, el aprendizaje de la filosofía, se envuelve bajo la forma de la disputatio, de la validez o invalidez del lenguaje con relación a los hechos. Se ha recurrido también históricamente, aunque no de modo frecuente, a aquellos siglos en donde se hiciera una seria apuesta por la libertad y la autonomía y por la vuelta sobre el yo individual y todas sus primitivas formas. La filosofía se nos va presentando así, como una de las disciplinas que indaga por el conocimiento y las formas de aprehensión de la verdad y sin embargo alguien como Nietzsche nos enseña cuán importante es desplazar la verdad por la ficción. Es hacia este terreno hacia el que hago un llamado: ¿Hablar de didáctica no es hablar de órdenes relacionados con el estar o ser apto, ser o estar dispuesto, entrenado en el arte de la enseñanza? ¿no constituye la disciplina la actividad del que se sabe discípulo? Curiosamente la raíz dok, de la que proviene la palabra latina docere y la palabra griega dokein, es la que da origen a términos como doctrina, documento, doctor e incluso didáctica. Quizá desde el lugar que lo requiramos la didáctica es ya un tipo de sabiduría o de conocimiento relacionado con el dominio, específicamente con el dominio de la enseñanza. Sin embargo y para nuestra fortuna, el problema se nos aumenta cuando revisamos que el concepto de disciplina en su origen *discere* adquiere el sentido de aprender y/o conocer.

Estaríamos pues ante una discusión en donde enseñanza y aprendizaje no son trabajos o actividades opuestas sino modos de ser de la misma actividad. Tanto al doctor como al discípulo les compete una suerte de dominio, de capacidad y de conocimiento, y pareciera que a prueba lo ponen en su relación con el conocimiento del otro. Sólo para reflexionar: tal como lo quisiera proponer en este trabajo, la didáctica no es la consolidación de herramientas, estrategias o especies de modos de acercar o de facilitar el

conocimiento, es poseer ya un conocimiento y ese conocimiento es el de la enseñanza, dicho sea de forma problemática, quizá lo que vale reflexionar aquí es que la didáctica estaría más cercana a enseñar la enseñanza. Muchas son las sorpresas que en este sentido nos encontramos cuando por ejemplo en libros del nuevo testamento, como el de Marcos, la disciplina se constituye como un adherirse a un conocimiento y vivir conforme a él, incluso seguir “con” y a la “fe” en la palabra.

Decíamos pues que es casi un lugar común acudir a los griegos muy especialmente a Aristóteles y a Platón, cuando hablamos de cuestiones relativas a la pedagogía y a la didáctica. En esta ocasión, en este caso, se ha optado por escoger la conversación como una finalidad didáctica, cuestión que puede considerarse desde tres frentes, que aunque distintos, están completamente relacionados; cuestión que al mismo tiempo nos da qué pensar si consideramos que el sentido inmediato de la conversación también se ratifica en la procedencia de su significado pues curiosamente nada tiene que ver con el concepto de diálogo. Con-versación, proveniente de la palabra latina *conversatio* es un hecho en donde se instala una doble actitud: la de compañerismo -muy seguramente a nuestros ojos, comunidad- y la de disputa. El prefijo latino con, significa reunión, el verbo *vertere* como lo sabemos significa cambiar, dar vueltas, girar, versus, es la palabra que usamos para contraponer dos elementos, el sufijo *tio*, significa efecto, acción. Quizá esto nos sirva para pensar que la conversación es la reunión que se propicia entre cercanos con el fin de dar vueltas sobre algo, con el fin de cambiarlo constantemente en el sentido de cambiar de lugar, de forma. Quizá debamos ser aún más arriesgados y considerar que le corresponde a la conversación propiciar el no volver a ser el mismo, el no permanecer en la posición inicial. Le decimos a alguien “versado” considerándolo sabio, el versar de la conversación se nos presenta aquí como la sabiduría que se constituye y se pone a prueba en el otro, con el otro. Podríamos también considerar que conversar puede ser saber, *conocer lo otro en lo común*, conversar puede ser conocer-se en la comunidad. Decantémoslo.

Decía que considerar la conversación como finalidad didáctica es tarea que puede abordarse desde tres frentes: el primero de ellos es la correspondencia, el segundo es la cercanía con la noción de juego, el tercero es la dimensión estética que acompaña a la conversación. Esto tres frentes funcionan como tres momentos en los que considero puede aparecer la enseñanza filosófica, sería tema de tratar en otra oportunidad si la enseñanza filosófica es lo mismo que la enseñanza de la filosofía.

Lo primero que quisiera mostrar es la importancia de la correspondencia. Aludiré pues a algunos rasgos que en el filósofo alemán Walter Benjamin son determinantes en ese estilo epistolar que constata la didáctica de lo común, la didáctica de la amistad. Precisamente, quisiera antes dedicar una mención muy breve a una de las formas como Benjamin considera que surge la amistad.

Al inicio de su texto *Las veladas estudiantiles de literatura*, Walter Benjamin recuerda la importancia que tiene el reconocer la inespiritualidad y la apatía en quienes él llama comunidad estudiantil. Esta afirmación hace parte de unas palabras que quiere pronunciar en torno a la “bancarrota” en la que han caído las veladas literarias. Quisiera en este momento hacer eco a la manera como el trabajo filosófico se da en perspectiva estética, esto es, en dirección hacia la capacidad de hacerse sensible en los modos de aprender, escuchar, narrar. Quisiera también no hacer una defensa de una sensibilidad inmediata, sino recordar como para algunos filósofos el ejercicio de la conversación requiere una voluntad de espíritu que se gesta en la vida con los otros, en eso que solemos llamar comunidad en nuestro caso, por qué no, académica. Afirmémoslo entonces: propongo la conversación como un motor estético, que exige el establecimiento de la comunidad que crea mundo. Sostengo que la conversación es el principio didáctico del conocimiento filosófico porque la lectura es conversar, porque la escritura es una apuesta para conversar. Benjamin concibe las veladas de literatura de la siguiente manera: “Una velada literaria promovida por estudiantes no puede determinar por decreto la medida de su espiritualidad. Desde el principio debe someterse a una ley prescrita por el

arte, a saber: concitar a una comunidad a su alrededor”. La velada en la que se conversa se da entre el arte y el público, insta una suerte de genialidad asociada con la libertad del decir, con la seguridad de que la capacidad de pensar se da en la capacidad de lenguaje, con la intención de hacerme visible para el otro cuando lo escucho. Algunos de los que nos dedicamos a la filosofía y a la docencia como oficio, nos preguntamos en ocasiones, que tan autores o que tan escritores somos cuando enseñamos, y en este sentido, que tan escritores y que tan autores los que nos escuchan. Ahora, algunas palabras sobre la correspondencia.

Muchas son las referencias que en la historia de la filosofía se conocen con respecto a la testificación de la amistad filosófica bajo la forma epistolar, algunos ejemplos los hallamos en los contactos que mantuvieron Pedro Abelardo y Eloísa, Descartes y Mersenne, Spinoza y Willem Van Blijenbergh, Hannah Arendt y Martin Heidegger, Lou Andreas Salomé y Sigmund Freud, sólo por nombrar algunos casos. La correspondencia entre Walter Benjamin y Scholem, caso que he escogido en esta ocasión, testifica cómo la filosofía nace desde las preocupaciones más profundas y cotidianas, y cómo la filosofía se instala en las líneas escritas de forma más simple y a su vez más conversada. En el prólogo de *Historia de una amistad*, Scholem advierte lo siguiente: “Lo que estoy personalmente en condiciones de ofrecer aquí es la historia de nuestra amistad y mi testimonio sobre el hombre Walter Benjamin, tal como yo lo he conocido. La propia naturaleza del asunto exige que en algún que otro lugar, particularmente al comienzo y, en general, a propósito de algunas cartas y diversos apuntes míos, tenga que hablar también de mí mismo en tanto ello se haga necesario para la comprensión de nuestra amistad”.

Los amigos se distancian, pero quizá sea en este caso la distancia lo que promueve esa voluntad espiritual de conversar, los amigos se distancian y no queda fácil establecer la línea que divide el aprendizaje de la filosofía y el aprendizaje de la amistad. La correspondencia con lo que de ello entendemos por su significado literal, se alza sobre la tensión que existe entre la privación del que me



discute y el que a distancia me responde. En una carta que Benjamin le escribe a Scholem, se salvaguarda el rigor intelectual y el terror de la fuga: “Tal como las cosas parecen presentarse ahora, cobra importancia la cuestión de si no sería posible asegurarme en Palestina una estancia de varios meses. (no me imagino que esto pudiera darse con tus propios recursos financieros). La situación es que, entre las diversas zonas de peligro que en este planeta se reserva a los judíos, Francia es actualmente la más amenazadora para mí, ya que aquí me encuentro absolutamente aislado desde el punto de vista económico. En una carta posterior trataré de adentrarme en tus comentarios sobre el “Baudelaire”. En su mayor parte, al menos en una primera lectura, me han parecido muy dignos de ser tomados en cuenta” Ya hemos visto como la conversación puede volverse una didáctica de la amistad, y en ese sentido cómo se puede hacer filosofía entre amigos.

Ahora revisemos algo a propósito de la conversación como juego y como alternativa estética. Varias son las ocasiones en las que Friedrich Nietzsche alude a la importancia del olvido en la vida humana, entre otras explicaciones, lo ubica como un estado privilegiado de pura creatividad en Las tres transformaciones presentes en Así hablaba Zaratustra, y como la actitud histórica más digna en su obra Sobre los valores e inconvenientes de la historia para nuestra vida. Podríamos entonces creer que el olvido es susceptible de ser uno de los motores que contribuye a la formación filosófica cuando aparece en el juego. Revisémoslo.

Seguramente otros filósofos podrían haber considerado supremamente valioso hablar de la didáctica de la filosofía desde una profunda discusión sobre el método, seguramente otros hubieran acudido a una seria reflexión en torno a la importancia del rigor de la lectura y de la escritura en la producción filosófica. Quisiera sostener aquí que es precisamente la conversación como juego lo que reclama dos elementos fundamentales: por un lado, la legitimación de las reglas -que no se debe confundir con la legalidad de las mismas- y por otro, la capacidad de olvido como principio de innovación. Veamos.

La figura de la conversación es un combate, -ya se ha insinuado en otro lugar-. Quizá como se ha de entender desde un arte marcial como el Kung Fu, combatir es batirse con, no batirse en contra de. En este orden de ideas, el ámbito de las reglas es supremamente importante en el juego, al punto que constituye la efectividad de este, el contrato que se hace de forma explícita. Sin embargo, la virtud del juego radica en el desvanecimiento de la regla en la jugada, tenemos aquí la tensión entre lo explícito de la regla y lo implícito de la alternativa, de la brillantez, del olvido de la regla por la activación de la innovación. Es claro que las reglas dan especificidad al juego, especificidad en sus propiedades y especificidad en el uso que de ellas se pueda hacer, sin embargo, esto no discute con la idea de hacer “jugadas” que aún cuando no hagan parte de la especificidad de la regla, motivan la legitimación del juego en un orden distinto, alterno, hay que decirlo, estético. La legitimación del juego se halla en el cumplimiento de la regla, pero también y con fuerza, en la supremacía de la jugada sobre la regla.

Sería quizá tan injusto como arriesgado ignorar un aspecto que es determinante en el concepto filosófico de juego más reconocido, me refiero al concepto de juego en Wittgenstein. Si asumimos la conversación como juego podemos asumir también que el juego abre el conocimiento y el saber de forma variada y variable. A propósito de los juegos de lenguaje Wittgenstein sostiene en sus Investigaciones filosóficas: “Podemos imaginarnos también que todo el proceso del uso de palabras en uno de esos juegos por medio de los cuales aprenden los niños su lengua materna. Llamaré a estos juegos «juegos de lenguaje» y hablaré a veces de un lenguaje primitivo como un juego de lenguaje. Y los procesos de nombrar las piedras y repetir las palabras dichas podrían llamarse también juegos de lenguaje. Piensa en muchos usos que se hacen de las palabras en juegos en corro. Llamaré también «juego de lenguaje» al todo formado por el lenguaje y las acciones con las que está entretenido”. No es casualidad entonces que el concepto de juego esté en la misma dirección de la conversación, sobre todo si revisamos que la palabra latina *iocus* significa broma, palabra de la que deriva juego, quizá como si esa innovación de sentido fuese una de las

atribuciones tácitas del ejercicio de conversar, pues si bien lo recordamos, la broma no tiene que ver de forma directa con la falta de gusto o de orden en lo que se dice, sino con la variación o viraje que se puede dar fácilmente a una expresión. Nietzsche nos lo dice bellamente: “Madurez del varón: la seriedad que sólo un niño tiene al jugar”. Juego y olvido son así nuestra otra forma de entender la conversación, claro está, juego como creatividad olvido como inocencia o posibilidad abierta a lo otro.

Quiero finalmente decir algo sobre la apuesta estética que aquí se ha intentado configurar. Hay que recordar con frecuencia que la filosofía viene de la no-filosofía. Sabemos que no es casualidad que comencemos en la formación de los filósofos con la recordación de los poetas, pero sabemos también cuán diferente es Homero de Hesiodo. Mientras que en los dos encontramos la fuerza moral, en Homero la vivenciamos desde el héroe, mientras que en Hesiodo la vivenciamos el hombre del juicio y del trabajo. Hago esta referencia porque en el origen de la filosofía fue tan importante el terreno de la razón como el terreno de la adivinación; no es casualidad por ejemplo encontrar a un Sócrates que recuerda a Diótima como una mujer de Mantinea -no olvidemos que mantiké en griego traduce adivinación- que le ha contado algo sobre el amor.

En este sentido recurrir al terreno de lo otro como lo distinto de la razón, se constituye como una actitud de apertura y de novedad, que instala a la filosofía entre la razón, el juicio, la poética y la mítica, cuestión que proyecta una estética de la actividad filosófica. En este orden de ideas, pareciera que la conversación en filosofía se constituye como una tarea, pareciera que es un lugar de llegada, pues varias son las ocasiones en las que es necesario “haberse preparado” para conversar.

Si hemos de pensar en la dimensión estética de la conversación es por cuanto consideramos que es posible gozarse en la escucha, disfrutar el conocimiento que aparece en las palabras de la enseñanza, asumir el reto dificultoso de mantener abierta la pregunta,

impulsar la interrogación. La conversación también se nos traduce como una actividad fisiológica: más que una anatomía se origina en el funcionamiento y movimiento de la capacidad de dar sentido, diríamos que la conversación no es la construcción de la forma del pensamiento, sino el arte de dar forma a este. Se da forma en la forma: ¡Cuántas meditaciones para el filósofo que, sustrayéndose al tumulto del mundo, recorre una casa de locos! Encuentra ahí las mismas ideas, los mismos errores, las mismas pasiones, las mismas desgracias: el mismo mundo; pero en una semejante casa los rasgos son más fuertes, los colores más vivos, los afectos más contrastantes, puesto que el hombre se muestra ahí en toda su desnudez, no disimula su pensamiento, no oculta sus defectos, no da a sus pasiones aquella fascinación que seduce, ni a sus vicios los adornos que lo embellecen”

Los que amamos la filosofía creemos firmemente en que nada es más difícil que conversar, los que queremos hacer filosofía creemos firmemente en que la investigación en filosofía consiste en volver a creer en una voluntad filosófica como la de Guillermo de Baserville.

## **BIBLIOGRAFIA**

Benjamin, Walter. *Metafísica de la Juventud*. Editorial Altaya. Barcelona 1994.

Nietzsche, Friedrich. *Más allá del bien y del mal*. Alianza editorial. Madrid. 1981.

Scholem, Gershom. *Walter Benjamin, Historia de una amistad*. Ediciones península. Barcelona, 1987.

# LA ESTRATEGIA JURÍDICO- INSTITUCIONAL DE URUGUAY FRENTE AL CAMBIO CLIMÁTICO

Cristina Vázquez.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República - Udelar (Uruguay); Master en Ciencia de la Legislación y Governance Política de la Università di Pisa (Italia); Posgrado en Utility Regulation and Strategy de la University of Florida (USA); Posgrados en Gestión de las Energías Renovables y El Sector de Petróleo y sus Derivados del Centro de Educación a Distancia para el Desarrollo Económico y Tecnológico (CEDDET) y Posgrado en Defensa de la Competencia de la Comisión de Defensa de la Competencia (España); Catedrática de Derecho Administrativo de la Udelar y de la Universidad de Montevideo.

Es para mí un enorme gusto el de participar en publicación de homenaje al querido Profesor Felipe Rotondo. Largos años de docencia nos han encontrado en la vocación docente y en la amistad.

Destaco del Profesor Rotondo su ponderación en la academia y en la vida profesional y personal. Esa misma ponderación, tanto como el respeto por los clásicos, han signado también sus aportes y posturas doctrinarias en el Derecho administrativo, alejándolo de modas pasajeras y convirtiéndolo en fuente de consulta obligada de magistrados, profesionales y demás diversos operadores del Derecho en Uruguay.

## 1. INTRODUCCIÓN

A partir de 1972 han venido desarrollándose las llamadas “*Cumbres de la Tierra*”, expresión utilizada para denominar las Conferencias de Naciones Unidas sobre el Medio ambiente y el Desarrollo. Se trata de encuentros internacionales entre jefes de Estado, en los que se procura alcanzar acuerdos sobre el medio ambiente, el

desarrollo, el cambio climático, la biodiversidad y otros temas relacionados.

La primera de estas Cumbres tuvo lugar en Estocolmo (Suecia), entre el 5 y el 16 de junio de 1972. Luego de transcurridos veinte años se llevó a cabo la segunda, en Río de Janeiro (Brasil), entre el 2 y el 13 de junio de 1992.

Posteriormente, se realizaron la de Johannesburgo (Sudáfrica), entre el 23 de agosto y el 5 de setiembre del 2002, y la de Río de Janeiro (Brasil), en junio de 2012 (bajo la denominación de Conferencia de Desarrollo Sostenible Río+20).

La primera gran conferencia de la ONU sobre cuestiones ambientales internacionales, de Estocolmo, en 1972, marcó un verdadero punto de quiebre en el desarrollo de la política internacional del medio ambiente, con la asistencia de representantes de 113 Estados Miembros de las Naciones Unidas, así como de los organismos especializados de esta organización.

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático, conocida como CMNUCC (UNFCCC en inglés) fue adoptada durante la Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro, en 1992. La misma entró en vigor el 21 de marzo de 1994 y ha sido ratificada por más de 190 Estados, que constituyen las “Partes”.

El órgano supremo de la CMNUCC es la Conferencia de las Partes (COP) (artículo 7° de la Convención), compuesta por todos los Estados “Partes”. Ella se reúne anualmente en conferencias mundiales en las que se adoptan decisiones en que se consideran los objetivos de lucha contra el cambio climático.

En el Preámbulo de la Convención Marco se reconoce la existencia de un cambio climático que *“requiere la cooperación más amplia posible de todos los países y su participación en una respuesta internacional efectiva y apropiada, de conformidad con sus*

*responsabilidades comunes pero diferenciadas, sus capacidades respectivas y sus condiciones sociales y económicas debido a la actividad humana, con principal responsabilidad de los países industrializados en la lucha contra este fenómeno”.*

En su artículo 2º se señala como objetivo último de la Convención y de todo instrumento jurídico conexas, el logro de la *“estabilización de las concentraciones de gases de efecto invernadero en la atmósfera a un nivel que impida interferencias antropógenas peligrosas en el sistema climático. Ese nivel debería lograrse en un plazo suficiente para permitir que los ecosistemas se adapten naturalmente al cambio climático, asegurar que la producción de alimentos no se vea amenazada y permitir que el desarrollo económico prosiga de manera sostenible”.*

Importa destacar que, en 1988, se creó el Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático (IPCC), *“con la finalidad de proporcionar evaluaciones integrales del estado de los conocimientos científicos, técnicos y socioeconómicos sobre el cambio climático, sus causas, posibles repercusiones y estrategias de respuesta.”* En su ámbito se han producido informes voluminosos que avalan la existencia del fenómeno.

Sorprendentemente, todavía en 2022 se escuchan voces que cuestionan la realidad de un cambio en el clima que pueda considerarse resultado del hacer humano, pretendiendo hallar explicaciones en la incidencia de los cambios en la actividad solar o aludiendo a imprecisiones en los modelos de predicción climática, por ejemplo.

Lo cierto es que, al ingresar en esta materia, resulta abrumadora la información científica acumulada, sobre todo en las últimas décadas, la cual es fuertemente indicativa de algo que, por otra parte, no debería sorprendernos: el ser humano aparece como el

---

<sup>1</sup> [http://www.ipcc.ch/home\\_languages\\_main\\_spanish.shtml](http://www.ipcc.ch/home_languages_main_spanish.shtml)

principal responsable de los cambios operados en el clima, como viene siéndolo de tantas otras manifestaciones de su actividad de transformación de la naturaleza.

Con fecha 11 de diciembre de 1997 se adoptó el Protocolo de la Convención Marco que es conocido como Protocolo de Kyoto (nombre de la ciudad de Japón en que se formuló). El mismo tuvo por objetivo reducir las emisiones de seis gases de efecto invernadero que causan el calentamiento global: dióxido de carbono (CO<sub>2</sub>), gas metano (CH<sub>4</sub>), óxido nitroso (N<sub>2</sub>O), y otros tres gases industriales fluorados: hidrofluorocarbonos (HFC), perfluorocarbonos (PFC) y hexafluoruro de azufre (SF<sub>6</sub>), en un porcentaje de al menos un 5 %, dentro del periodo comprendido entre 2008 y 2012, en comparación a las emisiones a 1990.

Su entrada en vigor tuvo lugar el 16 de febrero de 2005.

El acuerdo exigía a 37 naciones más la Unión Europea una reducción específica para un período definido (conocido comúnmente como un “*top-down approach*” o enfoque de arriba hacia abajo).

La realidad es que no determinó reducciones significativas entre 2005 y 2012, además de no comprometer a uno de los 37 países con más importancia en términos de política climática, los Estados Unidos (uno de los principales emisores de gases de efecto invernadero), y de motivar a los países en desarrollo (entre los cuales se encuentran grandes contaminantes) a reducir sus emisiones sin objetivo específico.

A la luz del limitado impacto del Protocolo de Kyoto, en la COP17, en 2011, las Partes crearon el Grupo de Trabajo Ad Hoc en la Plataforma de Durban (“*Ad Hoc Working Group on the Durban Platform for Enhanced Action*”, o simplemente ADP), responsable de desarrollar instrumentos legales que pudieran aplicarse a todos los países y ser adoptados a más tardar en 2015. Dicho grupo de



trabajo decidió pedir a cada una de las Partes la creación de sus propios objetivos de reducción, conocidos como los INDCs (“*Intended Nationally Determined Contributions*” o Contribuciones Previstas Nacionalmente Determinadas). Es así que las negociaciones climáticas optan por un “*bottom-up approach*” (o enfoque de abajo hacia arriba). La Cumbre de París, en 2015, fue la primera ocasión en que dichos INDCs fueron presentados.

En este trabajo se analizarán los aspectos más destacados de la COP21 de 2015, en París, y de las que le han sucedido, así como la estrategia jurídico-institucional de Uruguay para sumarse a la defensa contra el cambio climático.

## 2. EL ACUERDO HISTÓRICO DE LA COP21 Y LO OCURRIDO EN LAS POSTERIORES<sup>2</sup>

En diciembre de 2015, tuvo lugar **la COP21**, en que se aprobó el antes mencionado Acuerdo de París.

Laurent Fabius, Presidente de la COP21, se mostró emocionado el sábado 12 de diciembre de ese año, al presentar el nuevo acuerdo climático firmado por representantes de 195 países, calificándolo de “*ambicioso y equilibrado*”. Desde entonces numerosos líderes mundiales se han felicitado por dicho acuerdo. Entre otros, Miguel Arias Cañete, entonces Comisario Europeo de Acción por el Clima y la Energía, lo catalogó de “*acuerdo histórico*”.

En el artículo 2° del Acuerdo de París se establecen los siguientes objetivos:

*“a) Mantener el aumento de la temperatura media mundial muy por debajo de 2°C con respecto a los niveles preindustriales, y proseguir los esfuerzos para*

---

<sup>2</sup> SANIN, María Eugenia y VÁZQUEZ, Cristina - ¿Cambio climático? “*E pur si muove*”, en Revista de Derecho y Tribunales N° 31, Mont., abril 2017, ps. 155 y ss.

*limitar ese aumento de la temperatura a 1,5°C con respecto a los niveles preindustriales, reconociendo que ello reduciría considerablemente los riesgos y los efectos del cambio climático;*

*b) Aumentar la capacidad de adaptación a los efectos adversos del cambio climático y promover la resiliencia al clima y un desarrollo con bajas emisiones de gases de efecto invernadero, de un modo que no comprometa la producción de alimentos;*

*c) Elevar las corrientes financieras a un nivel compatible con una trayectoria que conduzca a un desarrollo resiliente al clima y con bajas emisiones de gases de efecto invernadero.”*

La norma agrega que el Acuerdo “se aplicará de modo que refleje la equidad y el principio de las responsabilidades comunes pero diferenciadas y las capacidades respectivas, a la luz de las diferentes circunstancias nacionales.”

En realidad, el acuerdo puede calificarse de relativamente ambicioso, considerando:

a) el objetivo de aumento de temperatura media mundial previsto en el artículo 2° citado;

b) un “objetivo colectivo cuantificado que será como mínimo de 100.000 millones de dólares anuales” para financiar mitigación y adaptación en países en desarrollo a partir de 2020;

c) la intención de alcanzar un balance carbono mundial igual a cero en 2050.

Otro aspecto altamente positivo es que, por primera vez, todos los participantes presentaron sus INDCs (Intended Nationally Determined Contributions - Contribuciones Previstas Nacionalmente Determinadas) y que varios de ellos han implementado alguna medida de tarificación de las emisiones.

Lamentablemente, las reducciones resultantes de los INDCs presentados resultan insuficientes para mantener el calentamiento global por debajo del objetivo de 2°C que pretende el propio acuerdo. La suma de las reducciones incluidas en los INDCs lleva a una trayectoria de 3.5°C de calentamiento en 2100 (con más de 66% de probabilidad) según estimaciones del Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente (UNEP).

Como ha quedado expresado, el Acuerdo de París ha supuesto la adopción de un nuevo sistema multilateral de cooperación, que define objetivos que pueden calificarse de ambiciosos, a los que se apuesta a partir de contribuciones voluntarias de los Estados e iniciativas de los actores privados.

Dada la gran incertidumbre en términos de pérdida de bienestar, ligada a los escenarios que superan los 2°C previstos en dicho Acuerdo, se esperaba de la cumbre en Marrakech, de 2016 (**COP22**), la creación de plataformas para reducciones adicionales y la generación de herramientas de implementación del acuerdo de París. Dicha COP22 fue presentada como la “*COP of Action*”, o COP de Acción, más que como una reunión para negociaciones diplomáticas.

I4CE (Institute for Climate Economics) ha identificado como resultados clave de la COP22, los cuatro siguientes<sup>3</sup>:

- a) La firma de la “*Marrakech Action Proclamation*” (Proclamación de Acción de Marrakech), confirmando la

---

<sup>3</sup>[http://www.i4ce.org/wp-core/wp-content/uploads/2016/12/I4CE-Climate-Brief-n%C2%BO43-COP22-in-Marrakech-a-push-for-accelerated-action-by-2018\\_-1.pdf](http://www.i4ce.org/wp-core/wp-content/uploads/2016/12/I4CE-Climate-Brief-n%C2%BO43-COP22-in-Marrakech-a-push-for-accelerated-action-by-2018_-1.pdf)

voluntad política de los Estados de avanzar hacia la neutralización de las emisiones de gases de efecto invernadero.

b) La adopción de un plan de trabajo para 2017 y 2018 dirigido a operacionalizar plenamente el Acuerdo de París hacia 2018, particularmente en lo que respecta al apoyo a los países en desarrollo.

c) La participación oficial de los ministros de finanzas en los diálogos de alto nivel sobre el financiamiento climático, demostrando el propósito de alinear los compromisos de los Estados con los recursos financieros disponibles.

d) El desarrollo de la “*Marrakech Partnership for Global Climate Action*” (Asociación de Marrakech para la Acción Climática Mundial), una asociación dirigida a fortalecer el impulso de los actores no estatales.

El Acuerdo de París podía culminar siendo una carcasa vacía si no se explicitaba cómo alcanzar los objetivos definidos. Tal era el desafío principal de Marrakech. Adicionalmente, dada la insuficiencia para alcanzar el objetivo fijado de 2°C, se esperaba una posible anticipación de la revisión obligatoria de los INDCs, respecto de la prevista para 2023.

Ciertas iniciativas marginales al Acuerdo de París fueron consolidadas en Marrakech, pero no muchos progresos fueron realizados en términos del acuerdo multilateral. En definitiva, Marrakech no pudo adelantar la revisión de los INDCs ni concretar esfuerzos o financiamientos específicos que permitieran desviarse de la trayectoria de calentamiento.

**La COP23**, celebrada en la ciudad de Bonn (Alemania), en 2017, se concentró en el llamado “*libro de reglas*”, para definir las regulaciones que implementaran el Acuerdo de París. En la misma se debatió sobre aspectos de financiación de los cambios imprescindibles y se trató el tema de la necesaria descarbonización de la economía.

**La COP24** de Katowice (Polonia), realizada en 2018, consiguió un pacto orientado a desarrollar el Acuerdo de París a partir de la siguiente década, logrando acordar parte del reglamento para su aplicación.

En **la COP25** -que se preveía celebrar en Chile en el 2019 y finalmente se desarrolló en Madrid en virtud de la renuncia de aquel país- se llegó al acuerdo denominado “*Chile-Madrid. Tiempo de Actuar*”. En el mismo se plantea aumentar la “*ambición climática*” en 2020 y cumplir el Acuerdo de París, para evitar que el aumento de la temperatura supere 1,5°C este siglo. El acuerdo de Madrid ha sido calificado de “*débil*”, entre otros aspectos porque no incluye el apartado sobre regulación de mercados de carbono.

**La COP26**, que iba a tener lugar en Glasgow en noviembre de 2020, se pospuso debido a la pandemia de COVID-19, llevándose finalmente a cabo en la misma ciudad, en 2021. De esta Conferencia resultó el Pacto de Glasgow para el Clima<sup>4</sup>, como fruto de intensas negociaciones entre casi 200 países, en un contexto de intereses y voluntades políticas que permitieron un paso calificado por el Secretario General de las Naciones Unidas, António Guterres, como “*importante aunque insuficiente para superar algunas contradicciones fuertemente arraigadas.*”

Con una reducción de las emisiones globales de gases de efecto invernadero que sigue estando muy por debajo de lo necesario para preservar un clima habitable, lo acordado en Glasgow es, en lo fundamental, lo siguiente<sup>5</sup>:

- a) Reafirmación del objetivo de temperatura del Acuerdo de París, en cuanto a mantener el incremento de la

---

<sup>4</sup> Vid. <https://www.un.org/es/climatechange/cop26> COP26: Juntos por el planeta

<sup>5</sup> [https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021\\_L16S.pdf](https://unfccc.int/sites/default/files/resource/cma2021_L16S.pdf)

temperatura media mundial por debajo de 2°C con respecto al nivel preindustrial, esforzándose por limitarlo a 1,5°C.

b) Invitación a los países a intensificar la acción por el clima, presentando con prontitud planes nacionales más energéticos.

c) Exhortación a acelerar el desarrollo de tecnologías y políticas para la transición hacia sistemas energéticos con bajas emisiones, tendiendo a la eliminación gradual de la energía del carbón generada sin medidas de mitigación y de las subvenciones ineficientes a los combustibles fósiles. Estos dos aspectos han sido controversiales. Por un lado, se ha valorado su inclusión, ya que, pese a la centralidad de su incidencia en el calentamiento global, no se habían mencionado explícitamente con anterioridad. Pero, por otro lado, se ha cuestionado que no se adoptara un texto más enfático.

d) Financiación para la acción climática, reafirmando el compromiso de proporcionar a los países en desarrollo 100.000 millones de dólares al año.

e) Incremento del apoyo a los países en desarrollo en la adaptación ante los efectos del cambio climático y el fortalecimiento de la resiliencia.

f) Avance en la formulación de normas de aplicación del Acuerdo de París.

g) Fortalecimiento de red que conecte a países vulnerables con proveedores de asistencia técnica, conocimientos y recursos.

h) Formulación de nuevos pactos y anuncios, en temas como el de la conservación de los bosques y la calidad de las tierras, la limitación de emisiones de metano (Compromiso Global por el Metano), la comercialización de vehículos de emisiones cero y la descarbonización del transporte por carretera, el apoyo a la transición hacia una economía con bajas emisiones de carbono en Sudáfrica, la reconducción de fondos hacia el objetivo de lograr las emisiones netas cero a nivel global (por ejemplo a través del Glasgow Financial Alliance for Net Zero).

### **3. EL MARCO JURÍDICO-INSTITUCIONAL URUGUAYO**

#### **3.1. LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL AMBIENTE**

La protección del medio ambiente goza en Uruguay de jerarquía constitucional. En efecto, el artículo 47 de nuestra Carta declara que dicha protección es de interés general y dispone que las personas deben abstenerse de cualquier acto que cause su deprecación, destrucción o contaminación graves. La redacción de estos textos fue dada por la Reforma Constitucional aprobada por plebiscito<sup>6</sup> de 8 de diciembre de 1996.

#### **3.2. LA INSTITUCIONALIDAD DE PROTECCIÓN DEL AMBIENTE**

Recientemente, dentro de la Sección V. titulada “*Eficiencia del Estado*”, el artículo 291 de Ley N° 19.889 de 9 de julio de 2020 crea el Ministerio de Ambiente, jerarquizando a su vez el ámbito institucional para el ejercicio de una competencia que antes se había cometido a una Dirección Nacional dentro del hasta entonces

---

<sup>6</sup> Mecanismo por el cual las personas habilitadas son convocadas para decidir si se aprueba o no un proyecto de reforma constitucional.

llamado Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente.<sup>7</sup>

En los artículos siguientes de la Ley, se comete al Poder Ejecutivo fijar la política nacional ambiental y se definen las atribuciones del Ministerio de Ambiente, incluyendo la formulación, ejecución, supervisión y evaluación de los planes nacionales en el tema, la coordinación con otras entidades, la centralización de información a través del Observatorio Ambiental Nacional, fomentar la conciencia ambiental y ejercer la competencia en materia de cambio climático, entre otras.

La Ley también asigna recursos humanos y materiales y atribuye potestades inspectivas y sancionatorias al Ministerio.

Por el artículo 525 de la Ley N° 19.924 de 18 de diciembre de 2020, es creado en el Ministerio de Ambiente el cargo de Director Nacional de Cambio Climático, responsable de la Unidad Ejecutora Dirección Nacional de Cambio Climático.

### **3.3. EL MARCO REGULATORIO EN MATERIA DE CAMBIO CLIMÁTICO**

La Ley N° 16.517 de 22 de julio de 1994 aprueba la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático.

El Protocolo de Kyoto, por su parte, fue aprobado por Ley N° 17.279 de 23 de noviembre de 2000, en tanto que la Ley N° 19.439 de 17 de octubre de 2016 ha aprobado el Acuerdo de París.

---

<sup>7</sup> Uruguay ya contaba con organismos con competencia en esta materia, desde la creación del Instituto Nacional para la Preservación del Medio Ambiente (INPMA) por Ley N° 14.053 de 30 de diciembre de 1971. El primer Ministerio al que se asignó este cometido fue el Ministerio de Vivienda, Ordenamiento Territorial y Medio Ambiente (MVOTMA), creado por Ley N° 16.112 de 30 de mayo de 1990. Actualmente la competencia de dicho Ministerio se ha distribuido entre el nuevo Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Vivienda y Ordenamiento Territorial.



A su vez, la Política Nacional de Cambio Climático y la Primera Contribución Determinada a Nivel Nacional<sup>8</sup> fue aprobada por Decreto N° 310/017 de 3 de noviembre de 2017. Esta norma señala que *“el cambio climático es el mayor desafío ambiental que enfrenta la humanidad para su supervivencia y para el desarrollo sostenible de las comunidades, tanto a nivel global, como nacional y local”* y destaca la necesidad de profundizar en todo el territorio nacional *“las acciones en materia de adaptación y mitigación del cambio climático en el marco de las diversas políticas nacionales de carácter económico, social y ambiental vinculadas a la temática y de las obligaciones contraídas por la República al respecto en tratados internacionales en la materia ratificados por el país”*.

El contenido de dicha política nacional fue elaborado por el Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y variabilidad<sup>9</sup>, con la participación del sector público, el privado, la academia y la sociedad civil, incluyendo una instancia de consulta pública.

El mismo consolida un instrumento estratégico y programático con horizonte a 2050, *“que incorpora el enfoque de cambio climático en todos los ámbitos y sectores de la economía y sociedad, promoviendo un desarrollo sostenible para el país, más resiliente y bajo en carbono, que toma en cuenta la equidad.”* Incluye, asimismo, los objetivos a 2025 y las medidas de mitigación y adaptación que Uruguay realizará en el marco de la implementación del Acuerdo de París.

El documento consta de 27 párrafos agrupados en 7 capítulos: *“Objetivo general y enfoque”, “Dimensión Gobernanza”, “Dimensión Conocimiento”, “Dimensión Social”, “Dimensión Ambiental”, “Dimensión Productiva”, “Desarrollo e implementación”*. Indica orientaciones estratégicas de largo plazo y líneas de acción concretas de corto y mediano plazo.

---

<sup>8</sup> La propuesta de Primera Contribución Determinada a nivel Nacional fue puesta en consulta pública entre el 24 de agosto y 24 de setiembre de 2017.

<sup>9</sup> Ámbito instituido por Decreto N° 238/009 de 20 de mayo de 2009.

También se prevén procedimientos de seguimiento y de participación para evaluar y fortalecer la acción en el tiempo.

Cumpliendo con el Acuerdo de París, en cuanto prevé la presentación cada 5 años de las antes mencionadas Contribuciones Previsitas Nacionalmente Determinadas (esfuerzos que cada Parte se plantea realizar en términos de mitigación y adaptación, así como necesidades de apoyo para alcanzar el objetivo definido en relación a la temperatura media mundial), Cambio Climático lideró el desarrollo de la Primera de ellas, aprobada por el Decreto N° 310/017 citado. El proceso fue también desarrollado en el marco del Sistema Nacional de Respuesta al Cambio Climático y variabilidad, sustentado en la Política Nacional de Cambio Climático, y contó con una etapa de consulta pública.

La Contribución Determinada a Nivel Nacional de Uruguay se compone de las siguientes secciones: 1ª. *“Objetivos para mitigar el cambio climático”*; 2ª. *“Contexto y principales medidas que aportan al alcance de los objetivos de mitigación”*; 3ª. *“Contexto y principales medidas de adaptación a los efectos adversos del cambio climático”*; 4ª. *“Contexto y principales medidas de fortalecimiento de las capacidades y generación de conocimiento sobre cambio climático”*; 5ª. *“Información para dar transparencia, mejorar la comprensión de los objetivos de mitigación y facilitar el seguimiento de su progreso”*.

Como ejemplos de la vocación de Uruguay en su compromiso con una estrategia de lucha contra el cambio climático, pueden mencionarse la transformación llevada a cabo en el sector de la generación de energía, así como las primeras experiencias en la producción de carne verificada como carbono neutral.

Por un lado, el país ha conseguido redefinir completamente su matriz energética. En la actualidad, cerca del 98% de la energía uruguaya procede de fuentes renovables (fundamentalmente hidráulica, eólica y fotovoltaica, con menor componente de biomasa).

Por otra parte, en diciembre de 2021, Uruguay ha comenzado a exportar -esta vez con destino a Suiza- carne verificada como

carbono neutral, protagonizando el primer embarque de estas características de toda Sudamérica. Por la modalidad en el sistema de producción, basado en pasturas naturales y con un componente de conservación de monte nativo, el exportador logró una captura de CO<sub>2</sub> superior a sus emisiones. El proceso verificado abarca todas las etapas de la producción ganadera, incluyendo el nacimiento del animal, la cría y engorde hasta su llegada a frigorífico para la faena (“*Cradle to Gate*”).

#### **4. REFLEXIONES FINALES**

El tema de la lucha contra el cambio climático trae a consideración una de las cuestiones que, en la actualidad, más convoca a los administrativistas: el de las obligaciones derivadas de la solidaridad intergeneracional.<sup>10</sup>

Se atribuye a Víctor Hugo describir la inmensa tristeza que produce pensar que la naturaleza habla mientras el género humano no escucha. Me alivia sentir que, en Uruguay, estamos haciendo importantes esfuerzos por ser atentos en esta escucha imprescindible.

---

<sup>10</sup> Vid. Fracchia, Fabrizio - I doveri intergenerazionali. La prospettiva dell'amministrativista e l'esigenza di una teoria generale dei doveri intergenerazionali, en *Il diritto dell'economia*, Milano, 2021, pp. 55-69:  
<https://www.ildirittodelleconomia.it/wp-content/uploads/2022/01/AttiPantaloneDEF.pdf>



# **TOMA DE CONCIENCIA Y DIGNIDAD HUMANA: LA LUCHA Y EL GOCE DE LOS DERECHOS A PARTIR DE PAULO FREIRE**

David Sánchez Rubio.

Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

## **1. INTRODUCCIÓN: SABER NUESTRO LUGAR, TOMANDO CONCIENCIA Y REACCIONANDO**

Para mí, hay tres nombres emblemáticos que se me vienen inmediatamente a la cabeza, cuando medito, de repente, sobre el pensamiento brasileño de las ciencias sociales y de humanidades, sin caer en reduccionismos y sin dejar de valorar y desmerecer a una gran cantidad de mujeres y hombres admirables que pertenecen a la cultura e historia de ese hermoso y querido país que tanto admiro, quiero y respeto. Esos tres iconos son el geógrafo-filósofo Milton Santos, el pedagogo-filósofo Paulo Freire y el teólogo-filósofo Leonardo Boff. Curiosamente, no me sorprende que sobre ellos se descargue una batería de descalificativos demonizándolos y criminalizándolos, pues a lo largo de la historia de la Humanidad, quienes se ponen de lado de las víctimas de cualquier sistema social y denuncia sus injusticias, sufren el acoso de los sátrapas y sus adláteres, al igual que les sucede a las propias víctimas vulnerabilizadas que luchan. Quienes quieren mantener sus dominios, sus sometimientos, sus subordinaciones y sus sujeciones, solo quieren un mundo en el que quepan solo ellos o unos pocos. Las élites y oligarquías, siempre desoxigenadas por moverse en las alturas de la ambición de poder, deshumanizan a todos aquellos que pretenden construir un mundo en el que quepamos todos con dignidad.

En este escrito solo me voy a limitar a hablar de Paulo Freire ampliando la mirada al campo de los derechos. Pienso que,

inútilmente, el populoquista descerebrado Jair Bolsonaro y sus abrazafarolas, le han intentado denigrar. No han tenido éxito. Tal como muy bien ha expresado en su último libro Walter Kohan (2020), Paulo Freire más que nunca es necesario. Intentaré relacionar, sin mucho detalle, algunos de los aportes que el pensamiento del pedagogo pernambucano me ha aportado en mi modo de concebir y practicar los derechos humanos como luchas, medios o satisfactores que hacen posible la dignidad de la gente, sin humillaciones ni desprecios, cuya base debe cimentarse en una co-enseñanza y en una co-educación que nos sensibilice a todos, con coresponsabilidad y respeto, a tratarnos siempre unos a otros como sujetos relacionales y desde las acciones, las prácticas y las tramas sociales intersubjetivas. Vayamos por partes...

El primer contacto que tuve con la pedagogía de Freire fue hace más de 24 años, con motivo de la realización de mi tesis doctoral sobre la proyección jurídica de la filosofía de la liberación latinoamericana y la obra de Leopoldo Zea y Enrique Dussel. Entonces descubrí en la región, todo un clima cultural, desde disciplinas diferentes, que analizaban, entre otras cosas, las causas de la situación de dependencia que históricamente tenía América Latina con respecto a Europa y Estados Unidos, y de cómo afectaba esto a su forma de ser y a su producción filosófica, artística, jurídica, política y económica. Asimismo, se visibilizaban las peculiaridades de las identidades y subjetividades culturales de sus sociedades tan afectadas por sucesivas migraciones a lo largo del tiempo y las repercusiones en sus condiciones socioeconómicas, con especial mención al perverso tratamiento realizado, hasta nuestros días, sobre los pueblos indígenas originarios existentes antes de la llegada de españoles y portugueses, sumando a ello el posterior proceso de esclavitud establecido sobre las comunidades afro-descendientes. Todos los estudios buscaban la forma de enfrentar mejor las consecuencias de una historia caracterizada por la violencia y la desigualdad estructural, tanto interna como externa y colonial.

El caso es que en torno al concepto de “liberación” surgieron distintas corrientes, teorías y perspectivas epistemológicas en el

ámbito teológico, filosófico, económico, sociológico, antropológico, pedagógico y artístico (Wolkmer, 2006: 107 y ss.). Todos sus pensadores y pensadoras trataban de responder buscando soluciones al por qué de los estados de marginación y desigualdad sistémica, articulando un ataque frontal contra los posibles condicionantes que producían esa ausencia de sensibilidad y de atención a las necesidades y a las demandas del pueblo considerado y producido como oprimido. El concepto polisémico de liberación condensaba la percepción interdisciplinar de una realidad adversa que demandaba una necesidad de cambio, de propuestas de alternativas, de búsqueda de soluciones transformadoras (Sánchez 1999: 19 y ss.). Los métodos, así como los enfoques fueron muchos, con fuerte influencia del pensamiento, humanista, marxista y del sistema de creencias religiosas y teológicas del cristianismo originario cimentado sobre la justicia en favor de los pobres.

No sorprende que, desde casi todos los puntos geográficos de Latinoamérica, se proclamara y se pusiera de relieve que la cultura europea y usamericana, con la colaboración de determinados colectivos oligárquicos y minorías plutocráticas nacionales, habían ocasionado diversas formas de alienación, extendiendo y consolidando sobre la región un sistema estructuralmente opresivo en todos los terrenos económicos, políticos, ideológicos, filosóficos, jurídicos y culturales. Ante la dependencia frente a las grandes potencias de los países del Norte aquilatada por el capital y la división internacional del trabajo, se precisaba reaccionar y confrontar mediante la liberación como proceso no sólo teórico, sino fundamentalmente práctico, necesario para conseguir una plena y auténtica libertad de los pueblos latinoamericanos en lo institucional, lo existencial y lo socio-material (Sánchez, 1999: 22).

En lo referente a Paulo Freire, él se dio cuenta que entre los mecanismos que normalizan, naturalizan y, por tanto, consolidan los sistemas opresivos, está el modelo educativo tradicional, bancario, el cual, aparte de ser elitista y formal, descontextualiza y abstrae la realidad social injusta y ajena a las necesidades reales de la ciudadanía. Por ello, para el pedagogo brasileño, la educación tiene que

dirigirse a los diferentes sectores marginados por la cultura de dominación, con una pedagogía comunitaria y popular que proporcione la toma de conciencia de la injusticia y deshumanización estructural y las bases de su transformación para recuperar la dignidad del bloque social de los oprimidos a través de luchas concretas de liberación.

Además, Paulo Freire se muestra totalmente contrario a toda estructura que coarta al ser humano su vocación ontológica e histórica de humanizarse, de ser cada vez más. Por esta razón elabora un sistema educacional en favor de los más desfavorecidos (Freire, 1970 y 1972). Uno de los principales objetivos de este sistema es la concientización personal, psicológica y existencial, la toma de conciencia de toda la realidad en todos sus planos y en todas sus facetas, para saber qué elementos de ellas son opresores y/o adversos, y cuáles liberadores (Salazar Bondy, 1975: 85-86). No obstante, no es un simple acto mental, sino que implica también un compromiso práctico y participativo, con el que todo ser humano tiene que sentirse protagonista desde un espíritu crítico y problematizador de las relaciones que impiden su florecimiento y el desarrollo de sus capacidades. La educación, que es co-educación, pues en ella todos co-aprendemos, un@s de otr@s, supone un intercambio de experiencias, siendo el diálogo el instrumento que permite la colaboración solidaria, fraternal, horizontal y sin subordinaciones ni jerarquías. El reconocimiento mutuo y recíproco entre los seres humanos, sabiendo escuchar al otro, razonando, comprendiendo y argumentando a partir de la apertura y el respeto a la alteridad, evita nuevas formas de opresión y de discriminación (Fiori, 1975: 19, 101 y ss.).

Algunas de estas ideas del pedagogo pernambucano, junto a las de muchas otras voces de la teoría crítica del derecho y del pensamiento de liberación latinoamericano, me han servido para ir armando una concepción y una teoría de los derechos humanos basada en la lucha instituyente, desde las víctimas del sistema, para construir un mundo en el que quepamos todos, en condiciones de goce y disfrute de una vida digna para toda la Humanidad.



A continuación, mencionaré algunas de estas ideas que están bastante interrelacionadas, pero que voy a circunscribir únicamente al ámbito de las convicciones personales que, generalmente, me mueven a la hora de entender, comprender, practicar y co-educar en derechos humanos y que, a modo de criterios previos orientadores, me suelen inspirar. También sugeriré, sin profundizar demasiado, algunos contenidos concretos que hay que tratar o a los que hay que acudir para una más rica pedagogía en derechos humanos:

### *1. Luchar es poder ser más que lo que dicen que somos.*

En primer lugar, afirma el escritor uruguayo Eduardo Galeano que somos más que lo que dicen que somos. Si lo proyectamos sobre las normas jurídicas y sus instituciones, podríamos manifestar que somos más que lo que las normas y las instituciones dicen que somos. Claro que en el caso de que sirven para permitirnos ser más, bienvenido sea, pero si no, ahí están las luchas que los movimientos sociales han desarrollado para reivindicar y demandar espacios de libertad y dignidad coartados, impedidos o limitados. En ellas, ese proceso de humanización al que se refiere Paulo Freire, nos hace ser y nos permite ser, siempre más.

No hay que olvidar que el origen histórico de los derechos humanos se cimienta en procesos de lucha y reivindicación frente a distintos excesos de poder. Tienen en su reclamación frente a una injusticia a uno de sus componentes más importantes. La burguesía fue un movimiento social que se levantó frente al orden medieval de los reyes, de la Iglesia y de los señores feudales; la clase trabajadora y el proletariado demandaba y demanda los derechos laborales violados por parte del orden burgués y el sistema capitalista; las mujeres lucharon y luchan contra el orden patriarcal de unos y otros; el orden colonial es interpelado y enfrentado por los pueblos indígenas y por las culturas que han sido ahogadas y explotadas por el efecto expropiador y de desposesión de Occidente; gays, lesbianas, personas trans, intersexuales, queer, denuncian la

opresión de las homofobias y los sistemas dualistas hegemónicos; los movimientos ambientales cargan contra el efecto depredador y eco-cida de la economía capitalista; etc.

Gracias a las luchas pasadas y presentes, nos damos cuenta y tomamos conciencia solidaria de que somos siempre más en ese proceso de humanización incluyente, cuyos pilares se sostienen desde la pluralidad, la diversidad y la diferencia de lo humano. Las luchas son protagonizadas por movimientos y actores sociales, pero también se suma a estos activismos las luchas cotidianas e individuales que cada uno de nosotr@s desenvolvemos en todos los espacios cotidianos de convivencia y relacionales. Por ello, co-enseñarnos se vincula también con el tipo de relaciones que día a día tenemos con nuestros semejantes, siendo la lucha un componente fundamental.

La lucha, la insurgencia, la rebeldía contra todo aquello que nos achica y empequeñece es una manera constante, como proceso inconcluso y permanente, de crear y mantener valores que surgen en situaciones de injusticias frente a dispositivos que menguan nuestra condición, excluyendo, discriminando, eliminando y/o matando. Por esa razón, los derechos humanos desde las luchas por la liberación son expresión de todo antagonismo o movilización insurgente que, en tanto, lucha, abre y consolida espacios de reacción, reivindicación y demandas a favor de la dignidad humana, del incremento y la apertura de la humanización inacabada de la vida digna de ser vivida por todos y por todas.

Las luchas ejemplifican procesos históricos que acumulan valores éticos, morales y jurídicos instigados por las injusticias que aniquilan las existencias. Los derechos humanos son parte de ese bagaje acumulativo de los seres humanos que colectiva y solidariamente se levantan contra aquellas situaciones que les impiden significar, dotar de carácter a sus realidades. Lo más curioso es que las luchas a favor de la justicia, no son eternas, a-históricas, trascendentes,

sino relacionales, cotidianas, del día a día, en los asuntos concretos y aparentemente más insignificantes de la existencia humana y a los que Paulo Freire ponía mucha atención. Por esta razón, los derechos humanos, no se reducen a valores abstractos, a normas jurídicas e instituciones, ni a tribunales, sino a acciones e interrelaciones que todos los seres humanos construyen en todo lugar y en todo espacio social junto con sus semejantes. Son situacionales, contextuales y relacionales, además de ser expresión de las revueltas, las revoluciones, las resistencias y reacciones combativas de aquellos sujetos discriminados en su condición de productores de realidad y que afirman su “sujetividad” frente a situaciones en las que se les niega su ser siempre más, desde actuaciones y haceres que abren realidades y horizontes.

## **2. FE ANTROPOLÓGICA, AGENCIA Y RIQUEZA HUMANA**

En segundo lugar, tomar conciencia, concientizarse o concienciarse, también se vincula con el ser reconocido como sujeto y hacer que el otro sea tratado también como sujeto, nunca como objeto. Implica un derecho (el que nos traten como sujetos) y un deber (el de tener que tratar a los otros como sujetos). Aquí entra unos de los sustratos nucleares que sirven de base a ese sentimiento y compromiso por lo humano y por los derechos que tod@s tenemos que tener reconocidos, para poder disfrutar y gozar de la vida cuando nuestras necesidades son o pueden ser satisfechas y nuestras capacidades florecen y pueden ser desarrolladas. Este componente aparece en el pensamiento de Paulo Freire y, también, en muchos pensadores y pensadoras latinoamerican@s de la liberación como fe o convicción por lo humano y que se manifiesta a través de los denominados criterio de agencia humana y criterio de riqueza humana.

Siguiendo al teólogo uruguayo Juan Luis Segundo (2010), la apuesta por los derechos humanos, pese a sus luces y sus sombras, es

una apuesta por el ser humano y una fe antropológica por él. Esto se traduce en el principio de agencia humana defendido por Helio Gallardo y que aparece en muchas de las ideas de Paulo Freire. El pensador chileno lo retoma del logro de la modernidad sobre la capacidad de individuación del *homo sapiens*, en tanto que adquisición de autonomía. El compromiso y la sensibilidad con lo humano se traduce en una disposición y un impulso a luchar por crear las condiciones que permitan a todo ser humano de dotar de carácter (libidinal, sexual, cultural, social, política, económica, étnica) a sus propias producciones en entornos que no controla en su totalidad, tanto en lo individual, como en lo comunal y colectivo.

El otro criterio es el criterio de riqueza humana abordado por Joaquín Herrera (1989 y 2005) e inspirado en Marx, con el que defiende la posibilidad de reacción que toda persona posee frente al entorno de relaciones en que se encuentra, a partir del propio criterio de dignidad humana que se significa y se desarrolla en cada contexto cultural, ético, social y político. Cuando se nos impide y se nos niega la facultad para gozar del desarrollo de las capacidades humanas objetivadas social e institucionalmente y para apropiárselas de un modo siempre renovado, se nos imposibilita ser tratados como sujetos y se nos cierra la posibilidad tanto de vivir, actuar y significar realidades y mundos diversos.

En resumen, desde la agencia y la riqueza humanas, se facilitará un insumo pedagógico que potencia y cultiva la autoestima, la autonomía y la responsabilidad de cada uno de nosotros. Sentirnos protagonistas de nuestro destino y valorar nuestras capacidades de significar, re-significar realidades, de crear y recrear mundos diversos y plurales junto con nuestros semejantes, puede ser un antídoto frente a complejos, pérdida de autoestima, sentimientos de culpabilidad, depresión o actitudes de sometimiento y aceptación de humillaciones. Sentirnos activos y sujetos instituyentes desde nuestras particularidades, con capacidad de transformar y enfrentar

todo aquello que nos empequeñece o anula, nos hace crecer y no decaer ante las adversidades.

### **3. PRAXIS INSTITUYENTES Y PRAXIS DE LIBERACIÓN**

En tercer lugar, Christian Laval y Pierre Dardot (2015: 496 y 497) profundizan en todo el capítulo 10 de su libro *Común*, sobre concepto de *praxis* instituyente. La definen a partir de los planteamientos, no solo de Castoriadis, sino también de K. Marx, en el sentido de que los seres humanos hacen su propia historia y realizan una actividad autotransformadora condicionada y consciente. Como actores, nos producimos como sujetos en y mediante nuestras acciones y lo hacemos a través de una *praxis* en la que y mediante la cual los hombres y las mujeres nos construimos, una y otra vez, sin cesar, relacionamente, como sujetos. Es el hacer instituyente lo que posibilita a los actores sociales ser tales sujetos por auto-transformación. A partir de esta idea de *praxis* instituyente, considero interesante abrir una bifurcación sobre cómo los derechos humanos se pueden comprender no solo a través de la lucha, sino también por su disfrute. Co-enseñarnos dialógicamente siendo conscientes de la capacidad que tenemos de generar y producir mundos, puede ser una rica fuente de empoderamiento. Con la *praxis* instituyente se despliega esta creación de realidades en contextos de normalidad. Con la *praxis* de liberación se reacciona, resistiendo, frente a los poderes que oprimen y los sistemas de dominación que someten.

La *praxis* instituyente se refiere al goce que la lucha consigue, cuando se logran objetivos parciales, siempre reversibles, y se logran entornos relacionales de reconocimiento efectivo de la dignidad, por medio de la satisfacción de las necesidades y la opción de desarrollar nuestras capacidades en tanto sujetos creadores y productores de realidades y mundos multicolores. En cambio, como expresión concreta de la *praxis* instituyente, nos encontraríamos con las luchas reflejadas en el concepto de *praxis* de liberación.

Una co-enseñanza de derechos humanos nos debe sensibilizar y co-implicar en el conocimiento y en el compromiso por ambos tipos de praxis.

El pensamiento de Paulo Freire me ayuda a visibilizar la necesidad de crecer siempre en la autoestima de ser sujetos por medio de tramas sociales instituyentes que también nos liberan de sistemas de sujeción y dominación.

### **3.1. PRAXIS INSTITUYENTE**

Los seres humanos nos expresamos o somos por nuestras relaciones sociales (Gallardo, 2006: 78), por lo que practicamos y hacemos y sobre las que reflexionamos y simbolizamos. La praxis instituyente consistiría el conjunto de acciones, relaciones e interrelaciones concretas que nos permiten ser sujetos individuales y colectivos productores de realidad con autonomía, autoestima y responsabilidad en cada momento de nuestra existencia. Se refiere a todo aquello que nos hace ser lo que somos, las tramas sociales, los medios, las acciones, las actuaciones, las prácticas diarias y continuas que nos permiten, relacionadamente, ser sujetos creadores de realidad. Puede haber una praxis instituyente de exclusión y de dominación, pero también puede haber una praxis instituyente de inclusión, de emancipación y liberación.

A un nivel más antropológico, podría hablarse de la cualidad socio-histórica instituyente y creadora de los seres humanos para transformarse a sí mismos y a los entornos en los que se desarrollan. En este sentido, Joaquín Herrera Flores alude a la capacidad humana genérica y socio-materialista de reaccionar culturalmente frente al mundo, de reaccionar frente a sus entornos relacionales, en un permanente, continuo e inacabado proceso de creatividad y significación, con sus consecuencias tanto positivas como negativas, muy relacionado con el criterio de riqueza humana. En términos de dignidad humana, sería *el despliegue*, por parte de todos y práctico, *de la potencialidad humana para construir los medios y las*

*condiciones necesarios que posibiliten la capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos* (Herrera, 2005b: 18, 57, 60 y 89). El iusfilósofo sevillano amplía la mirada en el sentido de que todos los seres humanos reaccionamos culturalmente frente a los entornos de relaciones en los que vivimos, y lo hacemos plural y diferenciadamente, ostentando distintas y jerarquizadas formas de poder a la hora de generalizar nuestras reacciones frente al mundo. Todas las formas de vida reaccionan culturalmente frente a sus entornos de relaciones mediante acciones, prácticas y comportamientos (Herrera, 2005a: 13). Esta capacidad genérica de reaccionar y actuar culturalmente sobre el mundo (y no bloquear a ninguna cultura) se desarrolla por la praxis instituyente, que se manifiesta constantemente en todas las esferas sociales y en todas las instituciones estatales y no estatales, además de en toda expresión cultural. Aquello que impide y coarta esa capacidad y praxis instituyente de cada ser humano serían formas de dominación, rapiña y violencia basadas en procesos de cierre, oligárquicos y de sujeción.

La praxis instituyente de emancipación nos caracteriza como seres humanos en nuestra constante lucha contra los procesos ideológicos que a lo largo de la historia, y de mil maneras, han bloqueado esa capacidad humana genérica de hacer y des-hacer mundos. Posibilita fácticamente el despliegue de las potencialidades humanas para construir medios y condiciones necesarios para su desarrollo. Sin imposiciones ni colonialismos. (Herrera, 2005a: 17-18). Lo instituyente se vincula con la faceta humana de dilatar lo establecido, de crear nuevos sentidos y finalidades a la vida humana en esa constante capacidad de ser hacedores, inventores y creadores de nuestras realidades, cuestionando permanentemente los muros de nuestra propia clausura (Herrera, 2005a: 245 y ss.).

### **3.2. PRAXIS DE LIBERACIÓN**

En lo referido a la praxis de liberación, nos encontramos con aquella praxis instituyente concreta y específica que se genera en situaciones donde se somete, por un sistema de relaciones, a

determinados seres humanos tratándolos como objetos, discriminándolos, marginándolos, inferiorizándolos, violentándolos, excluyéndolos, es decir, el conjunto de acciones, actuaciones, luchas, movilizaciones y relaciones que enfrenta e intentan revertir sujeciones y estructuras de poder que dominan y explotan.

La verdad de la gente y el estado general de las sociedades, para Helio Gallardo, sobre todo en los contextos de los países latinoamericanos que extendemos a los países del sur global y, también, en muchas áreas geográficas del norte, es que están sujetas a un complejo sistema de dominación que ha sido internalizado como propio y como tal lo abre a irritaciones, resistencias y procesos revolucionarios (Gallardo, 2006: 54). Los sistemas de dominación se expresan mediante prácticas institucionalizadas que discriminan a sectores sociales e individuos y proporcionan identificaciones naturalizadas que reproducen el sistema de discriminaciones. Las sociedades clasistas poseen modos de dominación complejos e incluyen la orquestación de poderes, inmediatos y mediados con vistas a la reproducción de discriminaciones. Las asimetrías estructuradas en estas sociedades se constituyen mediante prácticas de poder que institucionaliza una relación social de poderío, sujeción y dominación. Se desenvuelven en el ámbito familiar, en la economía con las relaciones salariales y entre capital y trabajo, en la política con gobernabilidad, en la cultura con el patriarcalismo, el racismo, la espiritualidad religiosa idolátrica y fatalista manifestándose como explotación clasista, sujeción de género y generacional, la espiritualización de la existencia, la fetichización mercantil y consumista, el racismo y la xenofobia, etc. (Gallardo, 2006: 82-83). Además, la sociabilidad básica en este siglo XXI está determinada por los poderes múltiples de la expansión mundial de la forma mercancía determinada por los monopolios que personifican acumulación y concentración del capital (Gallardo, 2006: 69). El pueblo que no reacciona es el pueblo social que pasivamente acepta su lugar de sometimiento, pero el pueblo que reacciona es el pueblo político, plural y diverso, que, al vivir experiencias de contrastes, se hace protagonista al percibir que no es dueño de su destino y se organiza para lograr revertir su situación de dominación y sujeción, para



transformar las asimetrías y, con ello, el carácter del poder (Gallardo, 2006: 85).

La praxis de liberación es todo aquel proceso, siempre abierto, de lucha (*ortopraxis*) con el que el pueblo intenta autoconstituirse y autoidentificarse como sujeto, enfrentando y combatiendo sujeciones vividas y prácticas de dominación e imperio, articulando posibilidades de transferencias de poder con las que poder adquirir y disfrutar control sobre sus existencias (Gallardo, 2006: 76, 99 y 121). Los actores principales del pueblo político son los movimientos sociales populares y, en sus luchas de liberación, se presentan como la forma de resistir y acumular fuerza para detener con eficacia los procesos complejos de dominación inherentes a la reproducción y expansión del capitalismo, cuyos horizontes de referencia son la no factibilidad del género humano en su pluralidad babel y la degradación irreversible del hábitat natural (Gallardo, 2006: 103).

La praxis de liberación se manifiesta con la lucha por los derechos humanos protagonizadas por los movimientos sociales y el bloque social de los oprimidos. El objetivo de la praxis de la liberación (en procesos revolucionarios también) es generar más amplios y más plenos contextos de elecciones u opciones autónomas, pudiendo producir un mundo y apropiárselo social y personalmente. La praxis de liberación se implementa con actores instituyentes populares-participativos que abren caminos con sus fracasos y retrocesos (Gallardo, 2006: 131 y 177).

#### **4. EL CUESTIONAMIENTO DE LOS PROCESOS DE VICTIMIZACIÓN**

Por esta razón, junto con ese compromiso con lo humano, se añade un paso adelante y de mayor profundidad que se abre a la capacidad de saber compartir y sensibilizarse por el sufrimiento del *homo sapiens-demens* y con el componente de las luchas por los derechos. Esto puede traducirse a través del denominado imperativo categórico contra las victimizaciones o contra cualquier proceso

de producción de víctimas, en la línea de defendida por Franz Hinkelammert (2007) a partir de los planteamientos marxianos y que, de manera latente y expresa, aparece en la pedagogía de Paulo Freire.

El hecho de echar por tierra y denunciar cualquier situación en la que cualquier ser humano sea denigrado, humillado, vejado y vilipendiado, implica una opción por quienes son producidos como víctimas (victimizados) por medio de lógicas y dinámicas de dominación, discriminación, exclusión y marginación, dando cuenta tanto analíticamente de las causas y condicionantes que las producen como contribuyendo, colaborando y participando en la generación de dinámicas, prácticas y procesos que las enfrenten. El reto de una co-educación en derechos humanos será el visibilizar, mostrar, enfrentar y criticar tanto en el presente como diacrónicamente, a lo largo de la historia, todo proceso, hecho o acontecimiento en el que se agrede la dignidad de personas, individuos y colectivos por su condición racial, étnico-cultural, religiosa, sexual o por razones de género o por causas socio-económicas o de clase. Básicamente es un modo de denunciar y enfrentar, sin caer entre sus garras, cualquier expresión de odio y fobia hacia nuestros semejantes.

Según Ignacio Ellacuría (2012), la mejor forma y el método más adecuado para percibir un derecho humano real y dinámico es el de negar aquella condición de esclavitud, debilidad y opresión que viola una dimensión vital y existencia de los seres humanos que se traduce y significa en términos de dignidad, de libertad o de derechos, ya que este estado o condición negadora es la que ofrece un dato temático primario que sirve de fuente no solo de análisis, sino, principalmente, para poder hacer justicia enfrentándola y, de modo dialéctico, anulándola, mediante su superación crítica y transformadora. Por ello, la situación de sufrimiento e injusticia exige vislumbrar el problema de los derechos humanos desde lo

que es la raíz más profunda de esa realidad negadora que produce el daño y la inferiorización de unos sujetos por otros, pues la condición de esclavo, débil u oprimido no cae del cielo ni es *«primigenia, ni tampoco consiste en una mera carencia, sino que es derivada de un estricta privación, de un despojo múltiple y diferenciado»* (El-lacuría, 2012: 298-299), socio-históricamente producido.

Co-educar mostrando los padecimientos de la comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y desarrollo de una vida digna de ser vivida, puede ser enriquecedor para poder reaccionar y no incurrir en ser causantes de equivalentes infamias y maldades. La pedagogía del oprimido de Paulo Freire es un gran exponente. El *«sujeto por antonomasia de la praxis de liberación es la víctima que, adquiriendo consciencia de su situación, y en diálogo con otras víctimas, emprende acciones para dejar atrás, para superar, la situación que le niega las posibilidades de producir y reproducir su vida.»* (Rosillo, 2014: 110). Cuando se co-educan en derechos humanos, los destinatarios pueden ser también víctimas que tienen que empoderarse, o personas que viven contextos menos opresivos y pueden hacerse solidarios con ellas, sin dejar de ser sujetos relacionales que no discriminan en los espacios sociales donde se mueven. Por lo general, los discursos y las prácticas de los derechos humanos se hacen hegemónicos de arriba abajo, desde las instancias de poder. Por medio de una co-educación preocupada por los procesos de victimización, se invierte el proceso para que sea desde abajo desde donde irradiar las luchas de resistencia, legitimándolas y articulándolas para que la vigencia de los derechos humanos sea más plena, holística e integral.

La permanencia de la lucha y del intento de gozar y disfrutar de los derechos, lo desarrolla el poder instituyente popular-participativo, pero es la comunidad de víctimas que sufre distintos procesos de

inferiorización, dominación, marginación, humillación y exclusión y que busca subvertir el sistema que le niega las condiciones para la producción, reproducción y desarrollo de una vida digna de ser vivida es la que produce la praxis de liberación. Va más allá del protagonismo del estado o de la naturaleza humana como fundamento de lo universal. Por lo general, los discursos y las prácticas de los derechos humanos se hacen hegemónicos de arriba abajo, desde las instancias de poder. Por medio de la liberación, se invierte el proceso para que sea desde abajo desde donde irradiar las luchas de resistencia, legitimándolas y articulándolas para que la vigencia de los derechos humanos sea más social que jurídica. De ahí la importancia de las transferencias de poder desde las tramas sociales y las relaciones instituyentes que son la base de las dinámicas de emancipación y liberación (Gallardo, 2006 y 2008).

Asimismo, Paulo Freire lo supo también vislumbrar al ser consciente de que sensibilizar y educar para y desde los oprimidos cultiva toda una fuente de ganancia de autoestima y de poderío para convocar humanidad y dignidad. Allí donde se producen relaciones de dominio y jerárquicas excluyentes, se ha de visibilizar las estructuras de desigualdad y asimétricas en las que determinados colectivos quedan a merced de grupos de poder y sistemas que son transformados en ídolos y fetiches endiosados que están por encima de la condición humana. Eso es una responsabilidad para quienes apuestan por una co-educación que consolide la sensibilidad por derechos humanos.

A partir de esta apuesta por lo humano y de sus condiciones de vida, la co-educación en derechos humanos debe tornarse más afectiva y solidaria, atenta y preocupada en mostrar que la existencia digna se basa en las necesidades y las corporalidades humanas, sin excepciones. Todo ser humano, con nombres y apellidos debe tener la posibilidad de construir y reconstruir mundos en todos los

órdenes de la vida, enfrentando cualquier limitación, obstáculo o cierre que lo impide.

## **5. LA RECURSIVIDAD DE LA PEDAGOGÍA BANCARIA Y LA SIMPLICIDAD DE ENSEÑAR DERECHOS**

Finalmente, me gustaría terminar con un ejemplo concreto tomado de Paulo Freire, relacionado con lo expresado en todo este trabajo, que suelo utilizar como recurso metodológico para sensibilizarnos y co-enseñarnos sobre lo importante que es entender derechos humanos desde una pedagogía no bancaria, porque una pedagogía realizada desde la centralidad jerárquica del educador o pedagogo, muchas veces naturaliza y normaliza hábitos que, aunque pueden incomodarnos, acabamos reproduciéndolos bancariamente. El ejemplo que explicaré se mueve en dos planos: en el modo como se enseña en general y en la manera de explicar lo que son los derechos humanos.

Cuando explico el principio de recursividad o bucle organizacional en el pensamiento complejo de Edgar Morin, tal como acabo de decir, suelo poner el ejemplo de la pedagogía bancaria denunciada por Paulo Freire. Junto con el principio dialógico y el principio hologramático el sociólogo francés arma su pensamiento complejo. Sin embargo, con la recursividad organizacional Morin alude directamente al paradigma de las nuevas ciencias que enfrenta al paradigma de las ciencias tradicionales basado en las teorías de Copérnico, Galileo y Kepler en lo referido a la causalidad lineal, unidireccional y mecánica con la que se afirma que toda causa tiene, indefectiblemente un efecto concreto y preciso, sin opciones de apertura o bifurcaciones. Ahora se rompe afirmándose que todo efecto producido por una causa puede ser también causa o productor de aquello que lo ha producido o causado, teniendo en cuenta que el bucle es un rizo que gira sobre sí mismo, pero se abre hacia otra dirección. Este juego de palabras de aparente difícil solución tiene varios ejemplos. Uno de ellos, mencionado por Morin, es el de la

paternidad y la filiación. El ser humano es hijo o hija de algún padre y madre, y puede pasar a ser padre o madre de sus hijos.

Pues bien, yo suelo proyectar otro ejemplo de este principio de recursividad sobre el modelo de educación que experimentamos cuando somos pequeños y jóvenes: durante gran parte de ese periodo de vida, recibimos un tipo de enseñanza que no nos gusta, que odiamos o rechazamos por aburrida, porque nos resulta incómoda y tediosa, como suele ser la pedagogía bancaria cuestionada por Paulo Freire cuando se refiere a ese modo de educar con el que una persona se limita a dar información y los oyentes (estudiantes o alumnos que, pasiva y receptivamente, son iluminados por quien centralizadamente da luz), se limitan a escuchar como vasos vacíos o cabezas huecas que se llenan de agua o información, sin reflexión ni disposición crítica para pasar a una nueva fuente de emisión de enseñanza que vuelve a cargar sobre nuestras cabezas. El hecho es que, pese a esa protesta o queja, resulta que cuando tenemos la oportunidad de ser pedagogos, profesoras, maestros o maestras, o enseñar en la vida de otras maneras (como padres o madres, hermanos, hermanas o amigos), volvemos a las andadas y repetimos esa misma manera de enseñar, convirtiéndonos en productores de un tipo de educación que hemos sufrido como productos. En definitiva, somos un efecto traducido como objetos espectadores y nos convertimos, como herederos, en fabricantes de nuevos sujetos cosificados pasivos, que únicamente pueden aprender memorizando lo que se les enseña.

De la misma manera suelo utilizar este principio de bucle o rizo organizacional con el modo como, por lo general, entendemos los derechos humanos tal como se nos explica y se nos enseña en las facultades de derecho o en las instituciones que imparten cursos sobre los mismos. De una manera hegemónica, a nivel oficial se ha extendido un imaginario demasiado formalista, teórico, jurídico-positivo por normativista, burocrático, monocultural, delegativo, punitivo y pos-violatorio de derechos humanos. Cuando se habla de derechos humanos (allí donde se habla, claro está, pues existe una extensa cultura cínica que, sin escrúpulos, los ignora o se ríe de

ellos) se suele acudir a una idea de los mismos basada en las normas jurídicas, en las instituciones con el estado a la cabeza y en ciertos valores que le dan fundamento (como la dignidad, la libertad, la vida, la igualdad y la solidaridad) y que están o bien basados en la misma condición humana en tanto cualidades innatas o inherentes o bien reflejados en sus producciones normativas e institucionales (Sánchez, 2018). Los derechos humanos aparecen así como instancias instituidas, separadas de sus procesos socio-históricos de constitución y significación. Las garantías que los hacen efectivos se reducen a lo jurídico-estatal, bien a través de políticas públicas o por medio de sentencias judiciales y se piensa que el derecho estatal es la única instancia salvadora de la insociabilidad humana, en tanto que fuente de las violaciones de los derechos. Se deslegitima, así, la capacidad de la sociedad civil o pueblo para implementar directamente sus propios sistemas de garantías que, dentro o fuera del marco legal, protegen y defienden derechos históricamente conquistados, pero que son debilitados por diversas circunstancias y también nuevos derechos que el orden político y económico no los quieren reconocer, por la amenaza que suponen para el orden de poder establecido (Sánchez, 2015: 199 y ss.; 2018: 23 y ss.).

Por uno u otro motivo, se acaba por potenciar una cultura burocrática, funcionarial y normativista que reduce y encorseta su fuerza instituyente, ya que nuestros derechos, desde la totalización de esas dimensiones, únicamente se garantizan cuando una norma los positivizada y cuando un cuerpo de funcionarios pertenecientes al estado, los hacen operativos entre reflexiones doctrinales de apoyo, dándoles curso a través de garantías concretizadas por medio de políticas públicas y sentencias judiciales.

Lo curioso de esta manera de entender derechos humanos, somos conscientes y percibimos de que, no nos llena, de que algo extraño sucede y, pese a todo, terminamos reproduciendo ese mismo imaginario. Desde esta óptica instituida de los derechos humanos, nos damos cuenta que se delega íntegramente en determinados especialistas, técnicos e intérpretes la capacidad de saber si estamos o

no estamos protegidos cuando se nos viola nuestra dignidad, nuestra libertad o nuestras condiciones de vida y, además, tendemos a reducir su efectividad solo cuando un tribunal posee la sensibilidad interpretativa de garantizarlos. Asimismo, tenemos la sensación de que la existencia de un derecho humano se manifiesta y aparece, en el instante en el que es violado o vulnerado, hecho que permite la apertura de los procedimientos desarrollados en los circuitos de la administración de justicia.

Pues bien, efectivamente, sucede lo mismo que lo que he señalado con esa educación bancaria que no nos gusta, que hemos recibido y que, sin intención, capacidad o voluntad de revertirla, finalmente nos convertimos en sus transmisores y reproductores. Con los derechos humanos, por medio de este imaginario reduccionista, el efecto expropiatorio y de secuestro tanto de la capacidad de lucha instituyente popular como de la acción social y cotidiana es manifiesta y a pesar de todo, continuamente la reproducimos sin reaccionar. Involuntariamente participamos en difundir un imaginario hegemónico minimalista y estrecho de derechos humanos, aunque seamos conscientes de sus consecuencias. Implica un debilitamiento y una anulación del ejercicio autónomo del poder por parte del pueblo y/o la sociedad civil al despolitizarse sus capacidades y no reconocerse su poderío instituyente y garante de derechos humanos. Con este modo de entender y practicar derechos humanos, se reduce el reconocimiento efectivo de que tod@s podamos desarrollar nuestras prácticas instituyentes y nuestras prácticas de liberación que posibiliten la construcción de un mundo donde tod@s quepamos, donde verdaderamente, en palabras de Franz Hinkelammert, el ser humano (en armonía con la Naturaleza), siempre sea el ser supremo para el ser humano.

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

Ellacuría, Ignacio (2012), “Historización de los derechos humanos en los países subdesarrollados y oprimidos”, en Senent de Frutos,



Juan Antonio (ed.), *La lucha por la Justicia. Selección de textos en Ignacio Ellacuría (1969-1989)*, Universidad de Deusto, Bilbao.

Fiori, Ernani María (1975), "Aprender a decir su palabra. El método de alfabetización del profesor Paulo Freire", en Freire, Paulo, *¿Qué es y cómo funciona la concientización?*, Editorial Causachun, Lima.

Freire, Paulo (1972), *La educación como práctica de la libertad*, Siglo XXI, México, 3ª edición.

Freire, Paulo (1975), *¿Qué es y cómo funciona la concientización?*, Editorial Causachun, Lima.

Freire, Paulo (1991), *Pedagogía del oprimido*, Siglo XXI, México-Madrid-Buenos Aires-Bogotá, 42ª edición.

Gallardo, Helio (2006). *Siglo XXI, producir un mundo*, Arlekin, San José.

Gallardo, Helio, (2008). *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*, Gráficas F. Gómez, Murcia.

Herrera Flores, Joaquín (1989), *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*, Tecnos, Madrid.

Herrera Flores, Joaquín (2005a), *El proceso cultural. Materiales para la creatividad humana*, Aconcagua, Sevilla.

Herrera Flores, Joaquín (2005b), *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Los Libros de la Catarata, Madrid.

Hinkelammert, Franz (1998). *El grito del sujeto*, DEI, San José.

Hinkelammert, Franz (2007), *Hacia una crítica de la razón mítica. El laberinto de la modernidad. Materiales para la discusión*, Editorial Arlekin, San José.

Kohan, Walter, (2020), *Paulo Freire más que nunca. Una biografía filosófica*, CLACSO, Buenos Aires.

Marx, Karl (1959), *El Capital*, tomo I, F.C.E., Bogotá.

Paoli, Arturo (2016), *El proyecto del reino*, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales, Mispat, Aguascalientes.

Rosillo, Alejandro (2008), "Derechos humanos, liberación y filosofía de la realidad histórica", en VV.AA. *Teoría crítica dos direitos humanos no século XXI*, Editora PUCRS, Porto Alegre.

Rosillo, Alejandro (2014), *Fundamentación de derechos humanos desde América Latina*, Ítaca, México D.F.

Salazar Bondy, Augusto (1975), “¿Qué cosa es concientización?”, en Freire, Paulo, *¿Qué es y cómo funciona la concientización?*, Editorial Causachun, Lima.

Sánchez Rubio, David (1999), *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*, Desclée de Brouwer, Bilbao.

Sánchez Rubio, David (2015), “Contra una cultura estática y anestesada de derechos humanos. Por una recuperación de las dimensiones constituyentes de la lucha por los derechos”, *Revista Derechos y libertades*. Nº 33, junio, 2015.

Sánchez Rubio, David (2018), *Derechos humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*, Akal, Ciudad de México-Madrid.

Segundo, Juan Luis (2010), *La historia perdida y recuperada de Jesús de Nazaret*, Biblioteca Testimonial del Bicentenario, Editorial Docencia, Buenos Aires.

Wolkmer, Antonio Carlos (2006), *Introducción al pensamiento jurídico crítico*, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí/ILSA, San Luis Potosí.

# LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN LA LEY 7/2021, DE 1 DE DICIEMBRE, DE IMPULSO PARA LA SOSTENIBILIDAD DEL TERRITORIO DE ANDALUCÍA

Elisa Prados Pérez.  
Doctora en Derecho.

## 1. UNA APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA ORDENACIÓN DEL TERRITORIO

Ha entrado en vigor la *Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía* (en adelante, LISTA) que va a marcar por muchos años el futuro de la ordenación territorial y urbanística de los municipios de Andalucía<sup>1</sup>.

La LISTA apuesta a nivel interno, por dar cumplimiento al bloque normativo constitucional integrado por los *artículos 45 a 47 de la Constitución Española*, que condicionan directamente la acción pública en materia de suelo y vivienda, a través de la utilización racional de los recursos naturales y de la conservación del patrimonio histórico y cultural, del derecho a una vivienda digna y de la participación de la Comunidad en la plusvalía de la acción urbanística.

Y asimismo, responde a nivel externo a la idea del urbanismo sostenible como modelo que impera en toda Europa, contrario a criterios urbanísticos desarrollistas e incorporando las orientaciones del *Convenio Europeo del Paisaje*<sup>2</sup>. Igualmente, responde a los Objetivos de Desarrollo Sostenible, recogidos en la *Agenda Urbana 2030*, que inciden con más intensidad en el

---

<sup>1</sup> BOJA número 233, de 3 de diciembre de 2021.

<sup>2</sup> Consejo de Europa en Florencia, 20 de octubre de 2000. Ratificado por España el 3 de noviembre de 2007, entró en vigor el 1 de marzo de 2008.

Urbanismo y en la Ordenación del Territorio, como son especialmente el *Objetivo 11* que pretende conseguir que las ciudades y los asentamientos humanos sean inclusivos, seguros, resilientes y sostenibles, a través de la regeneración y rehabilitación urbana y el *Objetivo 13* de medidas de mitigación del cambio climático, asumiendo los objetivos del *Acuerdo de París de 12 de diciembre de 2015 sobre el cambio climático* y las exigencias de la *Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético de Andalucía*.

Como novedad en la LISTA se regula conjuntamente la ordenación del territorio y el urbanismo (*artículo 1* que denomina objeto); y aunque se mantiene parte de la regulación de la *Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de Andalucía* (en adelante, LOTA), se introducen algunas modificaciones como veremos posteriormente, con el fin de lograr una mayor coherencia y seguridad jurídica, de un lado; una mejor concreción de los intereses supralocales y una mayor autonomía municipal, de otro.

Iniciaremos nuestra exposición acercándonos a la delimitación conceptual de ordenación territorial y a su necesaria vinculación con la ordenación urbanística porque si bien responden a técnicas y finalidades distintas, con ámbitos de regulación también diferenciados, más omnicomprensiva la primera, por cuanto persigue la estructuración general del territorio con vocación transversal<sup>3</sup>, de planificación supramunicipal o regional, mientras que la segunda, principalmente, planifica y regula usos y la situación del suelo y, en su caso, su transformación, tienen una indudable conexión.

Nuestro punto de partida es el reconocimiento de que la planificación territorial determina las condiciones, requisitos y

---

<sup>3</sup> “Estrategia Territorial Europea”. Reunión informal de Ministros responsables de ordenación del territorio en Potsdam, mayo de 1999. [https://ec.europa.eu/regional\\_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum\\_es.pdf](https://ec.europa.eu/regional_policy/sources/docoffic/official/reports/pdf/sum_es.pdf). Diciembre 2021.

límites a los que se debe sujetar la ordenación urbanística, constituyendo pues un importante límite a la discrecionalidad del planeamiento urbanístico. Puede afirmarse que no hay una “lógica territorial” distinta de la “lógica urbanística” sino una *sola lógica constitucional* puesto que la ordenación territorial y la urbanística comparten principios, herramientas, objetivos y garantías.

Así, de un lado, la ordenación territorial se relaciona con una vocación de planificación supramunicipal o regional y de otro, la ordenación urbanística conlleva la regulación del ámbito local o municipal.

En la nueva Ley, la relación entre ambas dimensiones viene determinada por el principio de integración, en la medida en la que la ordenación urbanística deberá actuar como instrumento de cumplimiento de los objetivos generales planteados en la ordenación territorial <sup>4</sup>, de la que es deudora en razón de su carácter supramunicipal y por su vocación totalizadora.

## **2. ASPECTOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN DE LA ORDENACIÓN TERRITORIAL EN LA LISTA**

La LISTA recoge en su *Exposición de Motivos* unas breves pinceladas sobre los conceptos de desarrollo sostenible y de ordenación territorial y urbanística. Avanza señalando de forma sucinta la evolución de la regulación urbanística estatal para centrarse en el contenido de las Leyes de suelo, relatando su alcance, además indica las polémicas y debates generados, resueltos en gran parte por el Tribunal Constitucional. A

---

<sup>4</sup> Primer objetivo estratégico de la “Agenda Urbana Española”. “Ordenar el territorio y hacer un uso racional del suelo, conservarlo y protegerlo”. [https://www.aue.gob.es/recursos\\_aue/O3\\_oe\\_O1\\_O.pdf](https://www.aue.gob.es/recursos_aue/O3_oe_O1_O.pdf). Diciembre 2021.

continuación, considera la evolución legislativa en Andalucía, hasta desembocar en la vigente norma.

En este sentido, indica que este ámbito se ha visto muy afectado por importantes cambios normativos, destacando la legislación básica de suelo y rehabilitación urbana, el nuevo marco sobre procedimiento administrativo, transparencia, evaluación ambiental, cambio climático y vivienda. La adecuada incorporación de todas estas regulaciones y la obligada coordinación con las políticas sectoriales hacían necesaria la revisión del marco normativo en materia de ordenación del territorio y urbanismo en la Comunidad Autónoma.

La primera novedad importante es, como ya hemos señalado, que la Ley regula en el mismo texto, el urbanismo, de competencia municipal junto con la ordenación del territorio, de competencia autonómica. En efecto, la Ley opta por integrar en un solo cuerpo legislativo<sup>5</sup> ambas con un enfoque omnicompreensivo. Aunque la refundición pudiera parecer natural en virtud de la normal conexión de los títulos competenciales en juego y de la conveniencia de cohesionarlos, la ley la justifica autoproclamando una clara vocación de simplificación.

La nueva regulación era necesaria pues la LOTA fue la primera y única Ley Territorial de la Comunidad Autónoma de Andalucía que ha estado vigente veintisiete años y ha sufrido quince modificaciones. Sin embargo, pese a su antigüedad la LOTA ha sido una legislación sencilla que ha funcionado razonablemente bien pero que era evidentemente mejorable. Es por ello que en su momento fue necesario mantener los antiguos Planes Especiales de Protección de Medio Físico y las Normas Subsidiarias, ambos

---

<sup>5</sup> La mayoría de las leyes autonómicas (Cantabria-2001, Asturias-2004, la Rioja-2006, Castilla-La Mancha-2010, Valencia-2014, Murcia-2015, Navarra-2017, Baleares-2017, Extremadura-2018) han integrado la Ordenación del territorio y el Urbanismo.

provinciales mientras se ultimaba su despliegue normativo, aún inacabado.

Si bien la LISTA sigue manteniendo en lo esencial el armazón de la anterior Ley y conserva la misma idea fundamental de que la ordenación del territorio es una función pública, de visión geográfica macroscópica, que regula las actuaciones, usos y asentamientos existentes y futuros sobre la integridad del territorio, buscando como objetivos la cohesión y sostenibilidad, así como la mejora de la competitividad, identificando y movilizandolos recursos, oportunidades y potencialidades de desarrollo existentes en el ámbito territorial sin embargo incorpora importantes mejoras como veremos a continuación.

Por ello, centraremos nuestra reflexión sobre el *Título III*, en concreto sobre los *artículos 33 al 59*, donde se desarrollan su regulación. No obstante, múltiples artículos debemos invocar a lo largo de la Ley, principalmente contenidos en las Disposiciones generales y en otros Títulos como los que regulan la Disciplina Territorial sobre los que nos detendremos posteriormente.

Destaca sobremanera en el Título Primero por su relevancia el artículo 8, que alude al necesario principio de coordinación, cooperación y colaboración entre administraciones que eventualmente incidan en los planes y proyectos territoriales garantizando en el art 8.5 la efectiva participación de los municipios en los procedimientos de aprobación de los planes territoriales que pudieran afectarle, respetando el principio de autonomía local. Muy novedoso es la redacción del artículo 7 referido a la invalidez de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística en un sentido ciertamente interesante en el sentido de que con las medidas que contempla pretende acotar y limitar las consecuencias derivadas de las frecuentes declaraciones judiciales de nulidad de planes territoriales y urbanísticos<sup>6</sup>. No abordaremos

---

<sup>6</sup> Siendo respetuosa con el reparto de competencia dispone que la LISTA que serán nulos o anulables los planes según lo que establezca la legislación estatal. A este respecto, la

el estudio y reflexión sobre el desarrollo reglamentario, hoy en tramitación, donde se detalla en profundidad la Ley.

La nueva regulación define con más precisión en qué consiste la ordenación del territorio<sup>7</sup>, concretando y delimitando su contenido y de sus planes, de manera que serán éstos los que establezcan los marcos que deban respetar el planeamiento urbanístico. Igualmente se mejora el tratamiento y consideración de los elementos que conforman las actuaciones con incidencia supralocal, siguiendo lo dispuesto en el art. 2 de la LISTA incluyendo los sistemas de asentamientos, las vías de comunicaciones e infraestructuras básicas del sistema de transportes, las infraestructuras supralocales para el ciclo del agua, la energía y las telecomunicaciones, los equipamientos, espacios libres y servicios de interés supralocal, en general, cualquier actividad económica de interés supralocal. Asimismo, el uso y aprovechamiento de los recursos naturales básicos incluido el suelo y en especial cuando afecte a los suelos rústico de especial

---

invalidez de parte de un instrumento de ordenación no implicará la de las partes, que sean independientes de aquella. Por su parte, la invalidez de un plan no implicará la de otros planes o la de instrumentos de gestión cuyas determinaciones se puedan sustentar directamente en leyes, reglamentos u otros planes o tenga independencia funcional respecto a lo anulado. Igualmente, en los procedimientos de revisión de oficio de instrumento de ordenación territorial urbanística, se impondrá la subsistencia de los actos firmes dictados en su aplicación y la conservación de aquellos trámites cuyo contenido se hubiera mantenido igual de no haberse cometido la infracción.

<sup>7</sup> En cuanto al objeto y alcance de la ordenación del territorio se recoge en el artículo 33 de la LISTA que reproduce en líneas generales los artículos 1 y 2 de la LOTA. En cuanto a los fines de la ordenación del Territorio, mientras en la LOTA no había un desarrollo específico al respecto, sin embargo sí se recoge en el artículo 3 apartado tercero de la LISTA. Lo mismo sucede con los principios generales de la ordenación y de la actividad territorial, que se recogen por primera vez en la LISTA en su artículo 4 y que son los siguientes:

a) Viabilidad social. Basada en el interés general. b) Viabilidad ambiental y paisajística. Deberá respetar y proteger el medio ambiente y la biodiversidad, preservando el patrimonio natural, cultural, histórico, así como el paisaje. c) Ocupación sostenible del suelo: se deberá promover la ocupación racional del suelo como recurso natural no renovable, fomentando el modelo de ciudad compacta. d) Utilización racional de los recursos naturales y de eficiencia energética. las actuaciones serán compatibles con una gestión sostenible e integral de los recursos naturales. e) Resiliencia: capacidad de la ciudad para resistir una amenaza. f) Viabilidad económica de todas las actuaciones de transformación urbanística a ejecutar por la iniciativa privada. g) Gobernanza en la toma de decisiones.



protección por la legislación sectorial y a los suelos preservados por los instrumentos de ordenación territorial.

Los instrumentos de ordenación territorial deberán indicar expresamente si sus determinaciones tiene el carácter de normas (vinculantes y de aplicación directa), directrices (vinculantes en cuanto a sus fines) o recomendaciones (de carácter indicativo)<sup>8</sup>. A este respecto constituye también novedad que los instrumentos de ordenación urbanística pueden tener carácter de recomendación, directriz y norma siguiendo el esquema habitual de los planes territoriales<sup>9</sup>.

Las competencias de la Junta de Andalucía se proyectan de forma *exclusiva* de un lado sobre la protección de los intereses supralocales y de otro sobre la ordenación del territorio íntimamente vinculado al anterior.

---

<sup>8</sup> En cuanto a sus efectos, el art. 34.2 de la LISTA reenvía a su artículo 5 donde diferencia normas, directrices y recomendaciones que sustituía a la regulación contenida en los artículos 20 y 21 de la LOTA. Mientras la LOTA no contempla ningún artículo sobre la formulación de los POT la LISTA en su artículo 53 dispone lo que sigue: "Simutaneamente o con posterioridad a la formulación de los Planes de Ordenación del Territorio el Consejo de Gobierno podrá suspender la innovación del instrumento de ordenación urbanística que tenga incidencia supralocal. En este supuesto se especificarán los contenidos del instrumento de ordenación urbanística objeto de suspensión. Se señala que la suspensión tendrá un plazo máximo de dos años". Asimismo, dispone que el inicio de la información pública de de los Planes de ordenación del territorio subregionales conlleva la suspensión de los contenidos de las innovaciones del instrumento de ordenación que contravengan las propuestas de aquel, por un periodo máximo de un año. Por otro lado, mientras que la LOTA regulaba los efectos de la aprobación de los POT en su art.22, la LISTA lo hace en sus artículos 54, 55, 56 y 57 en el sentido siguiente: el POTA es vinculante para el resto de los instrumentos de ordenación territorial. Sus normas prevalecen, así los instrumentos de rango inferior deben adaptarse. Los POTS son vinculantes para los planes con incidencia en el territorio, ordenación urbanística y actuaciones con Incidencia en la Ordenación del Territorio. Sus determinaciones de aplicación directa están vigentes desde su aprobación. Igualmente establece un plazo de adaptación del planeamiento. Por otra parte, las declaraciones de interés autonómico tienen un régimen similar al de los instrumentos urbanísticos.

<sup>9</sup> Las determinaciones del Plan General por su carácter estratégico será habitualmente directrices y recomendaciones, salvo en suelo urbano donde tendrá carácter de normas.

La elaboración, tramitación<sup>10</sup> y aprobación de los Planes de Ordenación del Territorio son autonómicos, residenciados en los órganos de gobierno de la Junta de Andalucía, Consejo de Gobierno y titular de la Consejería ostente las competencias de ordenación de territorio en función de la tipología de que se trate<sup>11</sup>.

Respecto a los instrumentos de la ordenación territorial se mantiene el esquema anterior<sup>12</sup>: Plan de Ordenación Territorial de Andalucía (en adelante, POTA<sup>13</sup>), Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional (en adelante, POTS) así como Proyectos de Actuación autonómicos.

Respecto al POTA se ha revisado su contenido, descendiendo de escala, con instrumentos de desarrollo y ejecución propios, sin depender de la voluntad municipal de incorporar propuestas y directrices al planeamiento urbanístico. Así, se prevén en la LISTA los instrumentos de desarrollo y gestión territorial que a su vez distinguen entre los programas coordinados para la gestión territorial (art.47) y los instrumentos de desarrollo y ejecución (art.46) entre los que se encuentran los Planes especiales de iniciativa autonómica se regula expresamente esta figura como un instrumento de ordenación de las actuaciones públicas propuestos por los POTS que por su objeto, magnitud supralocal, impacto

---

<sup>10</sup> La LISTA en su art. 41, 45 recoge un procedimiento de aprobación prácticamente similar al que se establecía en los artículos 8, 9, 13 de la LOTA. La revisión y modificación se recogen junto con el estudio de la vigencia en los artículos 58 y 59 frente a la regulación anterior del art 25 de la LOTA. Como novedad incrementa la participación pública consecuencia inmediata de la aplicación del concepto de gobernanza.

<sup>11</sup> Para el POTA la competencia la ostenta el Consejo de Gobierno mientras para los Planes Subregionales el titular de la Consejería competente en ordenación del territorio.

<sup>12</sup> Frente a lo que disponía la LOTA en su artículo 5, la LISTA dispone en su art. 34 la clasificación actual de los instrumentos.

<sup>13</sup> Frente a lo que disponía la LOTA en su art. 6, la LISTA establece en su art. 39, que el POTA es el marco de referencia territorial para los demás planes territoriales. Respecto a su contenido, mientras que la LOT se encargaba de su regulación en el artículo 7, la LISTA lo recoge en su art. 40 y de una manera similar, añadiendo los siguientes aspectos como los criterios territoriales básicos para la ordenación del espacio litoral, la identificación de actuaciones territoriales con relevancia estratégica y los criterios territoriales básicos para evitar la formación de nuevos asentamientos en suelo rústico. El actualmente vigente es el aprobado por Decreto de 28 de noviembre del 2006.

regional o por su carácter estructurante y vertebrador del territorio y que no sean objeto de declaración de interés autonómico.

Igualmente, **respecto a los procedimientos de aprobación se eliminan trámites innecesarios, como son las bases o estrategias territoriales, que tenían carácter preparatorio a fin de facilitar el procedimiento de su revisión.** Respecto a los POTS <sup>14</sup>, se

---

<sup>14</sup> Así se contempla en los artículos 43 y 44 frente a los anteriores 10 y 11 de la LOTA. Puede verse un amplio desarrollo muy superior a la Ley del 1994. Los POTS aprobados, son los siguientes:

- Decreto 3/2012, 10 enero, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Sur de Córdoba (BOJA 22 marzo 2012).
- Decreto 370/2011, 20 diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Campo de Gibraltar (Cádiz) (BOJA 19 marzo 2012).
- Decreto 369/2011, 20 diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa Tropical de Granada (BOJA 1 febrero 2012).
- Decreto 308/2009, 21 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Málaga (BOJA 23 julio).
- Decreto 267/2009, 9 junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Sevilla (BOJA 9 julio).
- Decreto 26/2009, 3 febrero, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Levante Almeriense (BOJA 24 marzo).
- Decreto 34/2009, 17 febrero, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Sur de la provincia de Córdoba (BOJA 18 marzo).
- Decreto 521/2008, 9 diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Almería (BOJA 12 enero 2009).
- Decreto 522/2008, 9 diciembre, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio de la aglomeración urbana de Huelva (BOJA 12 enero 2009).
- Decreto 88/2007, 27 marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Área del Campo de Gibraltar (BOJA 3 mayo).
- Decreto 90/2007, 27 marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Área de La Janda (BOJA 2 mayo).
- Decreto 92/2007, 27 marzo, por el que se acuerda la formulación del Plan de Ordenación del Territorio del Área de la Costa Noroeste de la provincia de Cádiz (BOJA 2 mayo).
- Decreto 142/2006, 18 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Occidental de la provincia de Málaga (BOJA 9 octubre).
- Decreto 147/2006, 18 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Costa del Sol Oriental-Axarquía de la provincia de Málaga (BOJA 3 octubre).
- Decreto 130/2006, 27 junio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Litoral Occidental de Huelva (BOJA 17 julio).
- Decreto 462/2004, 27 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Bahía de Cádiz (BOJA 8 octubre).
- Decreto 341/2003, 9 diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Ámbito de Doñana (BOJA 3 febrero 2004).

refuerza su contenido y función con determinaciones propias y directrices para los instrumentos de ordenación urbanística.

Igualmente merece destacarse la declaración de interés autonómico aprobada por el Consejo de Gobierno y que podrán ejecutarse mediante técnicas de colaboración público-privada<sup>15</sup>. Esta declaración legítima directamente el desarrollo y ejecución de la actuación y comprenderá todas las obras correspondiente a la actuación objeto de la declaración lo que vinculará directamente tanto a los planes de ordenación territorial como al instrumento de ordenación urbanística del municipio afectado. Puede ser objeto de las misma tanto actuaciones públicas como actuaciones privadas declaradas de interés estratégico para Andalucía<sup>16</sup>. Esta declaración llevara implícita la declaración de utilidad pública y necesidad de urgente ocupación a los efectos de expropiación pública y tratándose de actuaciones públicas, la construcción y puesta en funcionamiento de obras no estará sujeto a licencias ni a actos de control preventivo municipal. Esta importante figura podrá ordenarse a través de Proyectos de Actuación autonómicos cuando precise de un ulterior desarrollo urbanístico.

Por su parte, los planes de incidencia territorial <sup>17</sup> seguirán tramitándose y se coordinarán con los instrumentos de ordenación

---

-Decreto 219/2003, 22 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Sierra de Segura de la provincia de Jaén (BOJA 30 septiembre).

-Decreto 222/2002, 30 julio, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio del Poniente de la provincia de Almería, (BOJA 10 octubre).

-Decreto 244/1999, 27 diciembre, por el que se aprueba el Plan de Ordenación del Territorio de la Aglomeración Urbana de Granada (BOJA 28 marzo 2000).

<sup>15</sup> La regulación de las actuaciones de interés autonómico realizada en la LISTA en su artículos 50 y 51 es prácticamente la misma que la de la LOTA, limitándose a matices de redacción pero sin alterar ni el contenido ni la finalidad, con especial incidencia a la colaboración publico-privada.

<sup>16</sup> Decreto-Ley 4/2019, de 10 de diciembre.

<sup>17</sup> En la LISTA en su artículos 48 y 49 se recogen los planes con incidencia en la ordenación del territorio cuya definición es más clara que en la LOTA. Se consideran planes con incidencia en la ordenación del territorio los instrumentos de planificación sectorial y las estrategias sectoriales que tienen una repercusión directa sobre las relaciones y actividades que se desarrollan en el territorio.

de territorio pero no formaran parte de ellos. Como mejora de la regulación se han eliminado la relación de los planes de incidencia territorial que se contenía en un anexo de la LOTA, **ya que la práctica se ponía de manifiesto la inseguridad jurídica que producía la incorporación de planes al mismo mediante continuas modificaciones.** En su lugar se definen los planes con incidencia en la ordenación del territorio como instrumentos de planificación sectorial y las estrategias sectoriales de la Junta de Andalucía por razón de su contenido y alcance, y de conformidad con la legislación específica de aplicación tiene una repercusión directa sobre las relaciones y actividades que desarrollan en el territorio y por ello, la elaboración y tramitación debe llevarse a cabo conforme a lo establecido en la LISTA.

Se incorporan en la regulación como novedad medidas para la protección del litoral y medidas para la protección del paisaje, vinculantes para los Planes de Ordenación Territorial y urbanísticos.

Así vemos que se dispensa un tratamiento preferente a la protección del paisaje, efectuándose una integración del mismo en la ordenación territorial y urbanística contemplándose instrumentos como la *Política del Paisaje* que ha de ser aprobados por el Consejo de Gobierno del artículo 37, de un lado y de otro, se prevé la elaboración y aprobación por la Consejería competente de un *Catálogo del Paisaje* en su artículo 38. Los Catálogos del paisaje identificarán los paisajes, analizarán sus características, sus valores y servirán de base técnicas para la elaboración de los instrumentos de ordenación territorial y urbanística<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> Se asume la definición de paisaje recogida en el Convenio Europeo de Paisaje como “cualquier parte del territorio tal y como lo percibe la población, cuyo carácter sea el resultado de la acción de factores naturales, humanos o ambos”. A este respecto, señala que los instrumentos de ordenación (conforme a su naturaleza y alcance establecerán determinaciones para preservar los paisajes, conforme a los siguientes criterios: mantener el la visibilidad de los paisajes de mayor valor (agropecuarios, naturales, perspectivas de

Igualmente, se establecen los principios básicos y directrices, así como las medidas específicas de protección del litoral, que serán de aplicación directa para los Planes de Ordenación del Territorio de ámbito subregional y en su defecto, para los instrumentos de ordenación urbanística general<sup>19</sup>.

Esta nueva regulación vino motivada porque una sentencia del Tribunal Supremo dejó sin efecto a finales de mayo de 2015 el Plan de Protección del Corredor Litoral al ampliar 500 metros la prohibición de edificar en la costa<sup>20</sup>. Acierta plenamente la Ley, a mi modo de ver, al establecer que la protección del litoral debe contenerse en los planes territoriales corrigiendo la situación pasada ya que en su momento se estableció en un plan de protección del litoral que al aprobarse era totalmente contradictorio con muchos planes territoriales.

Como novedad, también se incorpora pero en el *Título VII de la Ley*, la regulación de la disciplina de la ordenación territorial, en

---

conjuntos históricos o elemento patrimoniales y recorridos escénicos; integrar las actuaciones de transformación urbanística, definiendo los bordes urbanos adecuadamente y la silueta urbana; establecer medidas para el control de la incidencia en la calidad del paisaje urbano. Asimismo, las actuaciones urbanísticas se adaptarán al entorno rural o urbano en el que se sitúan.

<sup>19</sup> De un lado, se recogen los principios básicos ordenación del litoral en el artículo 35 de la LISTA. Se considera espacio litoral, la zona de influencia del dominio marítimo terrestre (500 metros). Los instrumentos de ordenación de territorio y urbanística podrán incorporar otras zonas. Los actos y usos del suelo sometidos a actos de intervención municipal y las actuaciones de transformación urbanística que, en ausencia de instrumento de ordenación territorial o sin estar expresamente previstas en él, se implanten en los suelos rústicos incluidos en el espacio litoral tendrán, a efectos de esta ley, la consideración de actuaciones con incidencia en la ordenación del territorio. En las actuaciones de nueva urbanización, los terrenos incluidos en la zona de servidumbre de protección del dominio público marítimo terrestre que carezcan de ordenación urbanística detallada deberán ser destinados a sistema general o local de espacios libres. Asimismo, en la zona de influencia del dominio público marítimo terrestre se evitará la urbanización continua y las pantallas de edificación, procurando la localización de las zonas de uso público en los terrenos adyacentes a la zona de servidumbre de protección. De otro lado, se recogen las medidas específicas ordenación del litoral en el artículo 36.

<sup>20</sup> Fue aprobado por el Consejo de Gobierno Andaluz por Decreto 141/2015, de 26 de mayo, y declarado nulo por STSJA, Sala de lo Contencioso, de fecha 7 de septiembre del 2017 (Recurso 721/2015).

consonancia con la competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma en materia de ordenación del territorio. De esta manera, se legisla no sólo sobre la ordenación territorial sino también sobre su ejecución y disciplina, para el restablecimiento de la legalidad y la imposición de sanciones que comporten infracción de la ordenación territorial como una competencia directa <sup>21</sup> (art 158.1).

Así en materia sancionadora, se consideran infracciones contra la ordenación del territorio de competencia autonómica en los siguientes supuestos (art 161.5):

a) La ejecución, realización o desarrollo de actuaciones, actos de transformación, uso del suelo, vuelo o subsuelo, que afecten a suelos rústicos especialmente protegidos por legislación sectorial o a suelos rústicos preservados por los instrumentos de ordenación territorial previstos en esta ley.

b) Las actuaciones que afecten al sistema de asentamientos a través de la realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que, por sí mismos o por su situación respecto de otras edificaciones, sean susceptibles de inducir a la formación de nuevos asentamientos en suelo rústico o a un incremento de la superficie ocupada por los preexistentes, de acuerdo con los parámetros objetivos que se establezcan reglamentariamente y, en su caso, conforme a lo establecido en los instrumentos de ordenación territorial o urbanística general de aplicación.

c) Las actuaciones y los actos que afecten a equipamientos, espacios libres y servicios de interés supralocal; vías de comunicaciones e infraestructuras básicas del sistema de transportes; infraestructuras supralocales para el ciclo del agua, la

---

<sup>21</sup> Vacío existente en este ámbito que fue puesto de manifiesto por la sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de 9 de julio de 2015.

energía y las telecomunicaciones o actividades económicas de interés supralocal.

d) Las actuaciones contrarias a las determinaciones vinculantes de los instrumentos de ordenación territorial o de ordenación supramunicipal.

Es decir, que en materia sancionadora, cambia el modelo pues la Junta de Andalucía será quien ponga las sanciones en los casos más delicados del suelo rústico, que son las edificaciones irregulares que forman nuevos asentamientos o urbanizaciones irregulares.

Respecto al régimen transitorio, dispone un cambio tranquilo ya que conforme a la *Disposición Transitoria Segunda apartado primero*, los instrumentos de planificación territorial, así como los restantes instrumentos aprobados para su desarrollo y ejecución que estuvieren en vigor o fueran ejecutivos en el momento de entrada en vigor de esta ley, conservarán su vigencia y ejecutividad hasta su total cumplimiento o ejecución o su sustitución.

Asimismo, siguiendo la *Disposición Transitoria Segunda apartado quinto*, los instrumentos de ordenación urbanística se deben adaptar a los Planes de Ordenación del Territorio vigente en los plazos establecidos y en todo caso, en cuatro años. En los que no se adapten prevalecen las determinaciones territoriales (*art. 55 y 56*).

Respecto a la actuación fiscalizadora de la Junta de Andalucía a través de sus informes en materia de ordenación territorial resaltar que constituyen informes preceptivos, que deberá ser evacuado en dos meses (*art. 49*). Al afectar a actuaciones con incidencia supralocal (*art. 2*) resultan vinculantes (en ausencia de POT o no previsto, de conformidad con el *art. 52*). Estos informes de la Junta de Andalucía se integran (*art. 75*) en el informe de la Consejería competente en materia de ordenación del territorio y urbanismo a



emitir durante la información pública para los instrumentos de ordenación urbanística general, los Planes Parciales de Ordenación y los Planes Especiales (art.78.4).

En cuanto a las *Disposiciones derogatorias*, de interés en el caso que nos ocupa, la LISTA deroga expresamente la ya citada *Ley 1/1994, de 11 de enero, de Ordenación del Territorio de la Comunidad Autónoma de Andalucía*; el *Decreto 150/2003, de 10 de junio por el que se determina los municipios con relevancia territorial*, la *Norma 45.4.a del Decreto 206/2006, de 28 de noviembre, por el que se adapta el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía y la Orden de 13 de marzo de 2007, por la que se crea el Observatorio Territorial de Andalucía y se regula su organización y funcionamiento*, la *Orden de 23 de febrero de 2009, que modifica la anterior y el Decreto Ley 5/2012, de 27 de noviembre de medidas urgentes en materia urbanística y para la protección del litoral de Andalucía*.

De entre todas ellas nos detendremos en dos aspectos que merecen destacarse: de un lado, la oportuna eliminación de la norma 45 del POTA<sup>22</sup>, el rigor de esta disposición que no hay funcionado e incluso han sido contraproducentes por cuanto establecía límites al crecimiento en base a la población (30%) o a la superficie de suelos urbanos (40%) y de otra, la eliminación de las áreas de oportunidad, constatación evidente de un fracaso, que

---

<sup>22</sup> En la actualidad los verdaderos límites al crecimiento se hallan contenidos en el artículo 31.1 de la LISTA que dispone: "Podrán ser objeto de actuaciones de nueva urbanización en suelo rústico común los terrenos que resulten necesarios para atender y garantizar las necesidades de crecimiento urbano, de la actividad económica o para completar la estructura urbanística. Atendiendo a los principios de sostenibilidad y racionalidad, la necesidad de su transformación deberá justificarse por su interés público o social, en función del análisis de parámetros objetivos de crecimiento y demanda o por la imposibilidad de atender a esas necesidades con el suelo urbano disponible."

han conllevado tensiones en el territorio por su vigencia indefinida impidiendo poder acoger nuevas iniciativas justificadas<sup>23</sup>.

### **3. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES A MODO DE CONCLUSIÓN**

Han cambiado muchas cosas en España y en Andalucía. Es necesario conocer la evolución, saber de dónde viene todo y las vicisitudes sufridas en este proceso evolutivo para encajarlos en la regulación actual. Hasta ahora, los instrumentos de ordenación del territorio han devenido insuficientes para equilibrar nuestro territorio o incentivar un desarrollo sostenible que la sociedad de hoy demanda.

La LISTA ha supuesto una simplificación y clarificación en la regulación de la Ordenación del Territorio merced a la integración de los cuerpos normativos de ambos niveles de planificación. La necesidad de integración que implica reforzar el carácter transversal de la misma, con la pretensión de dotar a las políticas sectoriales que intervienen en el territorio de una estrategia común y coherente para el desarrollo de la Comunidad Autónoma y a la planificación urbanística de un soporte basado en la ordenación de los intereses de alcance supralocal.

En este sentido, la normativa territorial necesitaba de una actualización en cuanto a contenidos y principios directores resultando muy pertinente la incorporación de conceptos como gobernanza territorial, la sostenibilidad y el cambio climático.

Con la nueva regulación se afronta un reto, potenciar los planes territoriales, desde el Plan de Ordenación del Territorio de Andalucía hasta los planes de ámbito subregional, con el objeto de que contribuyan a equilibrar los territorios o incentivar un

---

<sup>23</sup> De hecho, cada legislación sectorial, a modo de ejemplo, la *Ley 2/2007, de 27 de marzo, de fomento de las energías renovables y del ahorro y eficiencia energética de Andalucía* ha considerado sus áreas preferentes y los planes territoriales que lo desarrollan.

desarrollo sostenible en beneficio de los ciudadanos y, en particular, de los habitantes de las zonas rurales.

**Se trata ahora de mejorar el contenido y alcance de las determinaciones de los instrumentos de ordenación territorial en aras de propiciar unos instrumentos más ágiles, prácticos, realistas, ejecutables y no meramente teóricos. En este sentido, resulta** necesario que la ordenación del territorio cumpla efectivamente el papel de coordinación con el resto del ordenamiento sectorial.

Sostenibilidad, transparencia y sencillez son los objetivos prioritarios para la ordenación territorial y urbanística, y marcan la “hoja de ruta” confesada de esta reforma legislativa. Los nuevos problemas (movilidad, cambio climático, etc) exigen nuevas soluciones.

Desde el conocimiento de cómo se ha evolucionado, se puede entender esta Ley esperando que contribuya en los próximos años a un mejor desarrollo de Andalucía, sus ciudades y pueblos. Y deseando que preste un buen servicio a los ciudadanos andaluces.

## **4. BIBLIOGRAFÍA**

CRIADO SÁNCHEZ, A, “Aspectos generales de interés de la nueva Ley Urbanística de Andalucía” en el Consultor de los Ayuntamientos, 16 de diciembre de 2021.

CONTADOR L, “la Ordenación del Territorio”, conferencia efectuada en la sede de la Consejería de Urbanismo de la Junta de Andalucía el día 9 de febrero de 2022.

DE LA CRUZ MERA, A y MADURGA CHORNET, I, “Los instrumentos de ordenación del territorio en España. Estudio comparado de la legislación y los instrumentos vigentes” en Ciudad y Territorio. Estudios Territoriales número 199, 2019.



# MINERÍA Y HUELLA DEL CARBONO EN ESPAÑA

Encarnación Montoya Martín.

Catedrática de Derecho Administrativo de la Universidad de Sevilla. Titular de la Cátedra de Estudios Mineros AMINER Universidad de Sevilla.

El presente trabajo tiene por objeto el estudio del régimen jurídico de la huella de carbono en España como instrumento que estimo debe fomentarse para su aplicación específica a la minería con el fin de maximizar la contribución del sector a la transición energética y a la lucha contra el cambio climático.

## 1. LA REGULACIÓN ESTATAL DE LA HUELLA DE CARBONO Y SU REGISTRO

La Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen del comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (GEI), constituye una medida fundamental para fomentar la reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> en los sectores industriales y de generación eléctrica. Según dispone en el art. 1 tiene por objeto y ámbito de aplicación: “la regulación del régimen de comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero, para intensificar las reducciones de las emisiones de estos gases de una forma eficaz en relación con los costes y de manera económicamente eficiente.

Esta Ley será de aplicación a las emisiones de los gases incluidos en el anexo I generadas por las actividades a las que se refiere dicho anexo”.

A tenor del Anexo I *Categorías de actividades y gases incluidos en el ámbito de aplicación*, no será de aplicación a una mina o empresa minera, salvo que tenga una planta de tratamiento que llegue a

niveles de potencia y consumo de energía que marca el anexo<sup>1</sup>. Eso significa que quedando excluida del ámbito del régimen del comercio de derechos de emisión, la empresa minera, la mina puede incorporarse al cálculo y registro voluntario de su huella de carbono ex RD 163/2014, de 14 de marzo, por el que se crea el Registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono. Esta norma persigue sensibilizar a la sociedad en la lucha contra el cambio climático y objetivos crecientes de reducción de emisiones de GEI, así como el establecimiento de medidas para facilitar y fomentar el cálculo de la huella de carbono (en adelante HC), su reducción y compensación mediante absorciones de CO<sub>2</sub>. En definitiva, constituye un instrumento manifestación de la necesaria implicación global para la reducción de emisiones de GEI. Como afirma en su Exposición de Motivos con cita de la Decisión 406/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de abril de 2009, sobre el esfuerzo de los Estados miembros para reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero a fin de cumplir los compromisos adquiridos por la Comunidad hasta 2020, los esfuerzos para reducir las emisiones de GEI en los sectores afectados por el régimen comunitario de comercio de derechos de emisión no serán suficientes para hacer frente a los compromisos globales adquiridos por lo que será necesario la reducción sustantiva de las emisiones en otros sectores de la economía, en los denominados sectores difusos.

En este marco, el art. 1 establece en su apartado 1 que este Real Decreto “tiene por objeto la creación del registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono. La creación del referido registro contribuirá a la reducción a nivel nacional de las emisiones de gases de efecto invernadero, a

---

<sup>1</sup> Según informa el Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto demográfico en su página web, en la actualidad, este régimen afecta a casi 1.100 instalaciones y un 45% de las emisiones totales nacionales de todos los gases de efecto invernadero. En la lista indicativa de instalaciones afectadas por el régimen de comercio de derechos de emisión en el período 2013-2020 en España se encuentra en Andalucía Cobre Las Cruces, SAU en Sevilla y Atlantic Copper, SLU en Huelva, documento disponible (versión de noviembre de 2020) en [https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/cods\\_inst\\_nov2020\\_web\\_vf\\_tcm30-496864.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/comercio-de-derechos-de-emision/cods_inst_nov2020_web_vf_tcm30-496864.pdf)

incrementar las absorciones por los sumideros de carbono en el territorio nacional y a facilitar de esta manera el cumplimiento de los compromisos internacionales asumidos por España en materia de cambio climático”. Cabalmente, este registro recoge los esfuerzos de las organizaciones españolas en el cálculo y reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que genera su actividad. A su vez, les facilita la posibilidad de compensar toda o parte de su huella de carbono, mediante una serie de proyectos forestales ubicados en territorio nacional. Estos proyectos, integran numerosos beneficios ambientales y sociales, entre los que se encuentra la absorción de dióxido de carbono de la atmósfera, también conocida como secuestro de carbono<sup>2</sup>.

a) Concepto y metodología del cálculo.

El Decreto 163/2014 establece en el art. 1.2 letra a) que se entenderá por huella de carbono de la organización “la totalidad de gases de efecto invernadero (GEI) provenientes por efecto directo o indirecto de la actividad de dicha organización”.

Por ende, la HC mide la totalidad de GEI emitidos por efecto directo o indirecto provenientes del desarrollo de la actividad de una organización. Su análisis proporciona como resultado un dato que puede ser utilizado como indicador ambiental global de la actividad que desarrolla la organización. Los objetivos del cálculo de la huella de carbono son: conocimiento detallado de los consumos energéticos de la organización; identificación de oportunidades de reducción de costes energéticos; anticipación a futuras normativas, ventaja competitiva en forma de acceso a nuevos mercados, en relación a los clientes y, en definitiva, el posicionamiento de la organización respecto de su responsabilidad ambiental y corporativa.

---

<sup>2</sup> Vid. SERRANO PAREDES, O. “Huella de carbono como herramienta de lucha contra el cambio climático. Especial referencia al Registro español de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono” en MOLINA DEL POZO, PC. (Coord.) *Derecho de la Unión Europea e integración regional: liber amicorum al profesor Dr. Carlos Francisco Molina del Pozo*, Tirant lo Blanch, 2020, págs. 1529-1552.

En esencia, el cálculo de la HC consiste en aplicar la siguiente fórmula:  $HC = \text{Dato Actividad} \times \text{Factor Emisión}$ .

El cálculo de la huella de carbono organiza las fuentes emisoras en alcances, que se definen en base al grado de incidencia que la entidad puede tener sobre estos:

Alcance 1: incluye las emisiones directas de GEI de fuentes que son propiedad de o están controladas por la organización.

Alcance 2: incluye las emisiones indirectas de GEI asociadas a la generación de electricidad adquirida y consumida por la organización.

Alcance 3: incluye otras emisiones indirectas de GEI, consecuencia de las actividades de la organización, pero que ocurren en fuentes que son propiedad de o están controladas por otra organización.

Existen numerosas metodologías para el cálculo de la huella de carbono reconocidas a nivel internacional y que cumplen con los criterios de relevancia, integridad, consistencia, exactitud y transparencia. Para la inscripción en la sección de huella de carbono no existe ninguna limitación en cuanto a qué metodología debe utilizarse, siempre y cuando se encuentre dentro del conjunto de metodologías reconocidas. Queda pues, en manos de la organización seleccionar la que más se adecúe a sus necesidades. Sin embargo, salvo alguna excepción, los factores de emisión que deberán utilizarse serán los facilitados por el Ministerio de Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD). En la solicitud de inscripción deberá indicarse qué metodología se ha seguido<sup>3</sup>.

---

<sup>3</sup> El MITERD ha publicado una Guía para el cálculo de la HC y para la elaboración de un plan de mejora que en ningún caso es una metodología oficial, sino que se trata de un documento resumen que busca facilitar la toma de decisiones y el cálculo a las organizaciones que por primera vez se enfrentan a éste.



Podemos citar los datos del estudio sobre la Huella de Carbono de Cobre Las Cruces (Febrero de 2017)<sup>4</sup> y la cuantificación de MATSA de la cantidad de GEI emitidos a la atmósfera en términos de CO<sub>2</sub> equivalentes, a través de la huella de carbono<sup>5</sup>.

b) Registro e Inscripción.

Una vez calculada la huella de carbono, se guarda un registro mediante un sistema estandarizado. Los más utilizados son GHG Protocol e ISO 14064-1.

Según establece el art. 2 el registro de la huella de carbono es un registro administrativo, de carácter público, dependiente ahora del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico, a través de la Oficina Española de Cambio Climático, que cuenta con las siguientes secciones:

a) Una sección de huella de carbono y de compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.

---

Además, en la página web del Registro podrá encontrar las calculadoras de huella de carbono, así como sus instrucciones de uso. Estas calculadoras contienen los factores de emisión que deberá emplear según el año para el que esté calculando su huella de carbono.

<sup>4</sup> Realizado por el profesor Manuel Enrique Figueroa Clemente, catedrático de Ecología y Director de Sostenibilidad de la Universidad de Sevilla. El estudio recopila la información relativa a las emisiones de GEI derivadas de la actividad de la empresa durante los años 2013, 2014 y 2015. Véase en nº 58 BOLETÍN INFORMATIVO CLC enero-marzo 2017. Asimismo COBRE LAS CRUCES, S.A.U. INFORME DESOSTENIBILIDAD 2017. Véase ESPÍ RODRÍGUEZ, JA. - J. Luis SANZ CONTRERAS, JL. “La Huella del Carbono en la clasificación ambiental de los proyectos mineros: Cobre Las Cruces. (España)”, XV Congreso Peruano de Geología. Resúmenes Extendidos, Sociedad Geológica del Perú, Pub. Esp. Nº 9 (2010), Cusco p.166-169, accesible en:

[http://oa.upm.es/7540/1/INVE\\_MEM\\_2010\\_77261.pdf](http://oa.upm.es/7540/1/INVE_MEM_2010_77261.pdf)

<sup>5</sup> Véase Memoria Sostenibilidad 2020, MATSA, accesible en:

[https://www.matsamining.com/media/4688/memoria\\_sostenibilidad\\_matsa\\_2020.pdf](https://www.matsamining.com/media/4688/memoria_sostenibilidad_matsa_2020.pdf), págs. 104 -105. Según el Informe citado en el año 2018 MATSA desarrolló la metodología para el cálculo de gases de efecto invernadero, para lo cual elaboró la Memoria del Proyecto de informe de huella de carbono y el Procedimiento de Gestión de gases de efecto invernadero (GEI). MATSA-MA-11, de acuerdo a la norma UNE-ISO 14064-1:2012. El objetivo es el desarrollo del cálculo de las emisiones de la compañía para iniciar en el corto plazo un plan de reducción de emisiones de gases GEI.

b) Una sección de proyectos de absorción de CO<sub>2</sub>.

c) Una sección de compensación de huella de carbono.

Por lo que respecta a los sujetos inscribibles en este sistema voluntario el art. 3 preceptúa que podrán inscribirse en el registro:

a) Las personas jurídicas o trabajadores autónomos que desarrollen una actividad económica y sean generadoras de emisiones de gases de efecto invernadero, con actividad en el territorio nacional que, de forma voluntaria, calculen su huella de carbono, realicen actividades dirigidas a su reducción y/o compensen sus emisiones, en cuyo caso, podrán solicitar su inscripción en la sección de huella de carbono y de compromisos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y/o en la sección de compensación de huella de carbono.

b) Las personas físicas o jurídicas que, voluntariamente realicen y sean titulares de proyectos de absorción de CO<sub>2</sub> situados en cualquier punto del territorio nacional, que podrán solicitar su inscripción en la sección de proyectos de absorción de dióxido de carbono.

Así pues, el registro, de carácter voluntario, recoge los esfuerzos de las empresas, Administraciones y otras organizaciones españolas en el cálculo, reducción y compensación de las emisiones de gases de efecto invernadero que genera su actividad. También recoge una cartera de proyectos forestales con los que dichas organizaciones pueden compensar su huella.

Según establece el art. 6.3 el alcance mínimo necesario para la inscripción corresponde a las emisiones de gases de efecto invernadero “de alcance 1” que son las emisiones de gases de efecto invernadero directas y para las emisiones indirectas asociadas a las emisiones de la generación de electricidad adquirida y consumida por la organización, denominada “alcance 2”. La inscripción de las

restantes emisiones indirectas, denominadas de “alcance 3”, será voluntaria, aunque se anima a calcular también estas emisiones del alcance 3 que también pueden ser inscritas.

Todas las emisiones correspondientes al alcance 3 y las de alcance 1 y 2 en el caso de organizaciones no PYMES o PYMES que cuenten con emisiones de proceso deberán estar verificadas por un tercero independiente<sup>6</sup>.

La organización debe disponer de un plan de reducción de la huella de carbono, en el que se incluya de forma breve las medidas que se tiene previsto aplicar, así como una estimación cuantitativa de las reducciones que éstas podrían suponer. La organización deberá presentar el plan de reducción junto con la huella de carbono para poder inscribirse en la sección a) de huella de carbono. Una vez que desde el Registro se tenga constancia de dicho plan, y en sucesivas inscripciones, la organización deberá informar sobre la evolución y estado de aplicación de éste. El plan de reducción debe ser elaborado por la organización con una visión a medio plazo incluyendo las acciones e inversiones que puede acometer para reducir consumos de energía y emisiones. El plan debería contemplar acciones concretas y el posible plazo de ejecución, así como los ahorros y reducciones esperadas respecto a un año base<sup>7</sup>. Así pues, se inscribirá una reducción de la huella de carbono cuando

---

<sup>6</sup> El apartado 4 del art. 6 del RD dispone que “Para la inscripción en esta sección, según establece el artículo 9.4.a).2.º, se reconocerán las verificaciones realizadas por entidades acreditadas para la ISO 14064, ISO 14069: 2013, ISO 14067, GHG Protocol, PAS 2050 o similar, así como entidades operacionales designadas (EOD) o entidades independientes acreditadas (AIE) por Naciones Unidas en el marco de los mecanismos de flexibilidad del Protocolo de Kioto y otras entidades que puedan ser reconocidas a estos efectos”.

<sup>7</sup> Vid. GUÍA PARA EL CÁLCULO DE LA HUELLA DE CARBONO Y PARA LA ELABORACIÓN DE UN PLAN DE MEJORA DE UNA ORGANIZACIÓN, Ministerio para la Transición Ecológica, NIPO: 280-14-241-8, accesible en: [https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/guia\\_huella\\_carbono\\_tcm30-479093.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/guia_huella_carbono_tcm30-479093.pdf)

pueda comprobarse una tendencia descendente de las emisiones relativas al nivel de actividad de la organización<sup>8</sup>.

c) Proyectos de absorción de dióxido de carbono.

Por su parte, respecto de los actos sujetos a inscripción de la Sección b) «Sección de proyectos de absorción de dióxido de carbono», el art. 7. 1. establece que “En esta sección b) se inscribirán las absorciones de CO<sub>2</sub> generadas en territorio nacional en proyectos de actividades relacionadas con el uso de la tierra, cambio de uso de la tierra y silvicultura que supongan el aumento del carbono almacenado<sup>9</sup>. En este momento existen dos tipologías de proyectos de absorción de CO<sub>2</sub> inscribibles: Tipo A: repoblaciones forestales con cambio de uso de suelo y Tipo B: actuaciones en zonas forestales incendiadas para el restablecimiento de la masa forestal existente<sup>10</sup>. El proyecto debe contar con un plan en el que se indiquen las actuaciones previstas.

d) Compensación de huella de carbono.

El art. 8 del RD preceptúa que en la sección c) se inscribirán las compensaciones de huellas de carbono inscritas en la sección a) provenientes de los proyectos de absorción de dióxido de carbono inscritos en la sección b) o de proyectos de reducción de emisiones

---

<sup>8</sup> Puede consultarse el DOCUMENTO DE APOYO PARA LA INSCRIPCIÓN DE LA HUELLA DE CARBONO DE UNA ORGANIZACIÓN EN EL REGISTRO DE HUELLA DE CARBONO, COMPENSACIÓN Y PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO, MINISTERIO PARA LA TRANSICIÓN ECOLÓGICA Y EL RETO DEMOGRÁFICO, abril de 2021 accesible en [https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyohc\\_tcm30-479076.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyohc_tcm30-479076.pdf)

<sup>9</sup> Consúltese INFORMACIÓN SOBRE LA SECCIÓN DE PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO REGISTRO DE HUELLA DE CARBONO, COMPENSACIÓN Y PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO disponible en [https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyopa\\_tcm30-479077.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyopa_tcm30-479077.pdf)

<sup>10</sup> En cuanto a las características de los proyectos vid INFORMACIÓN SOBRE LA SECCIÓN DE PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO REGISTRO DE HUELLA DE CARBONO, COMPENSACIÓN Y PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO, MITECO, ob. cit.

de gases de efecto invernadero realizadas por un tercero reconocidas por el Ministerio.

La compensación quedará registrada siempre y cuando se lleve a cabo un acuerdo entre una organización que tenga inscrita una huella de carbono y un proyecto de absorción que cuente con absorciones disponibles<sup>11</sup>. No existe una cantidad mínima de compensación por huella, ni un número máximo de proyectos a través de los que compensar dicha huella<sup>12</sup>.

e) Procedimiento de inscripción, actualización y baja.

El procedimiento de inscripción en el registro de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción, actualización y baja de inscripción se regula en el art. 9. El precepto establece que en el plazo de treinta días a partir de la recepción de la solicitud de inscripción o de actualización, la Oficina Española de Cambio Climático o el órgano competente de la Comunidad Autónoma resolverá y notificará sobre la inscripción o actualización de la huella de carbono y de los compromisos de reducción del solicitante. Dicha resolución estará basada en la comprobación de la veracidad de los datos y documentos aportados o solicitados posteriormente por la Oficina Española de Cambio Climático o la Comunidad Autónoma y en la completitud de la información facilitada para la inscripción. Transcurrido este plazo sin que se haya resuelto y

---

<sup>11</sup> Véase INFORMACIÓN SOBRE LA SECCIÓN DE COMPENSACIÓN DE HUELLA DE CARBONO REGISTRO DE HUELLA DE CARBONO, COMPENSACIÓN Y PROYECTOS DE ABSORCIÓN DE DIÓXIDO DE CARBONO, Ministerios para la Transición ecológica, mayo 2019, accesible en:

[https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyo-comp\\_tcm30-479078.pdf](https://www.miteco.gob.es/es/cambio-climatico/temas/mitigacion-politicas-y-medidas/documentoapoyo-comp_tcm30-479078.pdf)

<sup>12</sup> El art. 8.3.c establece que deberá inscribirse: “Información sobre la compensación: Tipo de proyecto con el que se compensa (proyecto de absorción de CO<sub>2</sub> y/o de reducción de emisiones GEI), cantidad de emisiones de gases de efecto invernadero compensadas, periodo para el que se compensan las emisiones, y proporción de emisiones que se compensan respecto al total de la huella de carbono”.

notificado el correspondiente acto administrativo, se entenderá estimada la solicitud, por silencio positivo.

Asimismo, la baja en el registro podrá ser solicitada a instancia del interesado mediante comunicado escrito a la Oficina Española de Cambio Climático o al órgano competente de la Comunidad Autónoma si ésta ha habilitado una vía para la recepción y evaluación de solicitudes, que en el plazo máximo de 30 días procederá a su ejecución.

#### f) Difusión.

El art. 4 del Reglamento analizado establece que la Oficina Española de Cambio Climático dará publicidad de la información relevante contenida en el registro en las secciones a), b) y c) a través de la página web del Ministerio ahora de Transición Energética y Reto Demográfico.

Dicha información incluirá nombre de los titulares inscritos, las huellas de carbono, los compromisos de reducción, y el sello obtenido, así como, las absorciones de carbono por proyecto de absorción distinguiendo entre absorciones de carbono ya utilizadas en compensación y absorciones de carbono disponibles.

Así pues, cuando una organización se inscribe en el registro, recibe un certificado de inscripción y el derecho al uso de un sello. Este sello permite distinguir de un vistazo el nivel de participación de la organización en el Registro: si calcula su huella, ha conseguido reducirla o si ha compensado toda o parte de ésta. Y el año al que corresponde este nivel de participación.

En conclusión, la huella de carbono y su registro que regula el RD 163/2014 es un sistema voluntario al que se acogen los esfuerzos de cualquier organización pública o privada con o sin ánimo de lucro por reducir los GEI que operen en sectores difusos, es decir, no cubiertos por la Ley 1/2005 y su ámbito de aplicación

preceptivo de comercio de derechos de emisión. Estamos pues ante un instrumento que se caracteriza por su voluntariedad, aunque creo conveniente que para determinadas empresas que operan en los sectores difusos debería evolucionar para configurarse como instrumento obligatorio. Esta evolución se anuncia en la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética en la Disposición final duodécima a través de la modificación del RG 163/2014 -aunque sin especificar todavía las industrias sobre las que va a incidir- al preceptuar que: “1. El Gobierno, previo acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, establecerá, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley, la tipología de empresas con actividad en el territorio nacional que deberán calcular y publicar su huella de carbono, así como los términos iniciales a partir de los cuales dicha obligación será exigible, su periodicidad y cualesquiera otros elementos necesarios para la configuración de la obligación”.

Asimismo, estas empresas deberán elaborar y publicar con carácter preceptivo un plan de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero, que deberá contemplar un objetivo cuantificado de reducción en un horizonte temporal de cinco años, junto con las medidas para su consecución. Las empresas podrán compensar de manera voluntaria su huella de carbono.

## **2. LA REGULACIÓN DE LA HUELLA DE CARBONO EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS**

A continuación, se va exponer la legislación de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA) reguladora de los instrumentos de reducción de GEI en la que se encuadra la huella de carbono y su registro. Esta exposición nos permitirá conocer los distintos modelos adoptados a efectos de extraer las oportunas conclusiones para su aplicación al sector minero.

## **A) LA REDUCCIÓN DE GEI EN LA LEGISLACIÓN CATALANA: LA HUELLA DE CARBONO DE PRODUCTOS.**

La Ley 16/2017, de 1 de agosto, del cambio climático de Cataluña prevé en el art. 8 el Inventario de emisiones a la atmósfera y de sumideros de CO<sub>2</sub> de Cataluña y la huella de carbono de Cataluña.

El departamento competente en materia de medio ambiente, para realizar el seguimiento de las emisiones y la planificación de las políticas, debe elaborar el Inventario de emisiones a la atmósfera y de sumideros de CO<sub>2</sub> de Cataluña. Este inventario recoge las emisiones a la atmósfera de sustancias procedentes tanto de fuentes naturales como antropogénicas que pueden incidir en la salud de las personas, en la degradación de materiales, en los seres vivos y en el funcionamiento de los ecosistemas, de acuerdo con la lista de contaminantes del anexo I. Dicho Inventario debe elaborarse de acuerdo con los criterios definidos por la Unión Europea y por el Grupo Intergubernamental de Expertos en Cambio Climático.

Asimismo, el apartado 4 del art. 8 ordena al departamento competente en materia de medio ambiente elaborar, con una periodicidad no superior a cinco años, la huella de carbono de Cataluña, en la que, además de las emisiones estimadas de acuerdo con los inventarios a que se refiere el apartado 2, deben tenerse en cuenta las importaciones y exportaciones.

Por su parte, con relación al régimen de comercio de derechos de emisión dispone en el art. 52 que “Corresponde al departamento competente en materia de cambio climático la autorización, la supervisión, el control y el seguimiento en Cataluña de todas las actividades incluidas en el régimen de comercio de derechos de emisión de la Unión Europea, transitoriamente hasta que se adopte un nuevo instrumento más eficaz de lucha contra el cambio climático”. Téngase en cuenta que la Sentencia del Tribunal Constitucional 87/2019, de 20 de junio, declara que no es inconstitucional siempre que se interpreten en los términos establecidos en el FJ.16 a)]



La Ley catalana de cambio climático regula bajo la rúbrica de *Otros instrumentos para el cumplimiento de los objetivos de la Ley* en el art. 56 la evaluación de la huella de carbono de productos ordenando al Gobierno establecer las bases para un sistema de evaluación de la huella de carbono de productos y encomendado su desarrollo por norma reglamentaria “para que los consumidores puedan decidir su consumo conociendo las emisiones que ha generado la producción y el transporte de un determinado bien”.

El ámbito de aplicación de los productos sujetos a la evaluación de la huella de carbono son los que señala en términos excesivamente genéricos<sup>13</sup> y al tiempo poco representativos a efectos de la reducción de GEI el Anexo III:

- a) Productos y materiales para la construcción comercializados en Cataluña.
- b) Productos industriales finales comercializados en Cataluña.

Asimismo, queda poco claro el carácter preceptivo o por el contrario voluntario de este instrumento defiriendo *in totum* los términos de su regulación a futuro desarrollo reglamentario que al día de hoy no se ha producido, aunque de la Disposición adicional sexta que regula el plazo para la implantación de la huella de carbono de productos, parece deducirse su carácter preceptivo: “ Los productos a que se refiere la letra a) del Anexo III deben comercializarse de acuerdo con lo establecido por el artículo 56 a partir del 1 de enero de 2020, y a los productos a que se refiere la letra b) a partir del 1 de enero de 2021”.

Según el apartado 2 del art. 56 estos productos deben incorporar una evaluación de la huella de carbono visible en el etiquetado y el

---

<sup>13</sup> En cuanto al ámbito de los productos también se manifiesta crítica DE LA VARGA PASTOR, A. “Estudio de la Ley catalana 16/2017, de 1 de agosto, del Cambio climático, y comparativa con otras iniciativas legislativas subestatales”, *RCDA* Vol. IX Núm. 2, 2018, pág. 44.

embalaje. Los resultados de la huella deben ser legibles y fácilmente visibles y deben ocupar un mínimo del 10% de la superficie del etiquetado.

No obstante, al día de hoy, no se ha desarrollado reglamentariamente la huella de carbono en Cataluña, aunque dispone de la herramienta de adhesión voluntaria de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> para organizaciones en el marco del “Programa de Acuerdos Voluntarios para la reducción de CO<sub>2</sub>” operativo desde 2010. Se basa en la formalización de acuerdos voluntarios en los que la persona interesada adquiere el compromiso de calcular sus emisiones, propone e implementa medidas de reducción, y se hace pública la información, con el uso de un sello o distintivo<sup>14</sup>.

## **B) LOS INSTRUMENTOS DE REDUCCIÓN DE GEI EN LA LEGISLACIÓN ANDALUZA: LA HUELLA DE CARBONO DE PRODUCTOS Y SERVICIOS.**

Por su parte, la Ley 8/2018, de 8 de octubre, de medidas frente al cambio climático y para la transición hacia un nuevo modelo energético en Andalucía, regula en el Título VI dedicado a la mitigación de emisiones diversos instrumentos.

Se crea el Sistema Andaluz de Emisiones Registradas (SAER) como instrumento para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en Andalucía. Están sujetos a las obligaciones exigidas por el SAER los titulares de las actividades públicas y privadas radicadas en Andalucía que superen los umbrales de consumo energético determinados en los arts. 42 y 43 de la Ley. Es decir, en la modalidad de reducción de emisiones del SAER será de aplicación a las actividades con un consumo eléctrico anual superior a 3 GWh. Y la modalidad de seguimiento y notificación del SAER será de aplicación a las actividades que tengan instalaciones que superen un

---

<sup>14</sup> Véase [https://canviclimatic.gencat.cat/es/ambits/mitigacio/acords\\_voluntaris/](https://canviclimatic.gencat.cat/es/ambits/mitigacio/acords_voluntaris/)

umbral de consumo eléctrico anual de 1 GWh, a excepción de las actividades a las que sea de aplicación el art. 42.

3. El Sistema Andaluz de Emisiones Registradas tendrá dos modalidades:

- a) Reducción de emisiones.
- b) Seguimiento y notificación.

El SAER es de aplicación:

- a) A las actividades incluidas en el anexo I de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, es decir a las actividades incluidas en el comercio de derechos de emisión.
- b) A las actividades de defensa o seguridad nacionales, cuando ello resulte justificado por razones de seguridad pública o de protección de los intereses esenciales de seguridad del Estado.
- c) A los establecimientos en los que los órganos y entidades de la Administración General del Estado desarrollan su actividad en el ejercicio de sus competencias exclusivas en virtud de título más específico del art. 149.1 de la Constitución Española.

La Ley crea en el art. 46 el Registro del Sistema Andaluz de Emisiones Registradas que como mínimo, contendrá los datos referidos a las personas físicas o jurídicas titulares de las actividades, los informes de emisiones y los planes de reducción. Su regulación está pendiente de desarrollo reglamentario.

La Ley andaluza establece en su art. 50 el Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones. En efecto, dispone que:

1. Se crea el Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones, adscrito a la Consejería competente en materia de

cambio climático, como instrumento voluntario para la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero y para la compensación.

**2.** El Registro contendrá información relativa a las huellas de carbono, los compromisos de reducción de gases de efecto invernadero, los proyectos de absorción de emisiones y la compensación.

**3.** La inscripción y la gestión del Registro se realizarán de acuerdo con lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre del Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas y demás normativa aplicable.

**4.** El Registro será público, sin perjuicio de lo establecido en la normativa vigente en materia de protección de datos de carácter personal y de salvaguarda del secreto industrial”.

En definitiva, el Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones, de carácter público, tiene por objeto la inscripción de todos los datos necesarios para la comprobación del cumplimiento de los compromisos adquiridos en el régimen voluntario del SACE, que se encuentra pendiente de desarrollo reglamentario.

El Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones (SACE) es un régimen que proporciona al sector empresarial la oportunidad y los medios de participar activamente en la lucha contra el cambio climático. Los interesados adquirirán compromisos de seguimiento, notificación y reducción de emisiones. Los objetivos de reducción de emisiones se podrán alcanzar, parcialmente o en su totalidad, mediante la compensación de emisiones, que se materializará mediante la entrega de unidades de absorción (UDA) generadas por la ejecución de proyectos de compensación o de autocompensación de emisiones. Así pues se trata de un sistema que tiene su equivalencia en el Registro de la huella de carbono de las organizaciones del RD 163/2014. Por ello el art. 51 Ley 8/2018 ordena que “Se mantendrá la necesaria coordinación del Registro del Sistema Andaluz de Compensación de Emisiones con el Registro de huella

de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono creado mediante Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo”.

Y así se reconoce por la propia Junta de Andalucía, pues en un esfuerzo por simplificar los trámites administrativos de las organizaciones con la Administración, la Consejería de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible de Andalucía, ha trabajado en paralelo en la modernización de su sistema y en establecer una equivalencia con el Registro de huella de carbono del Ministerio para la Transición Ecológica y el Reto Demográfico (MITERD) con objeto de facilitar los trámites para aquellas organizaciones que deseen formar parte de ambos. De esta forma, una organización que esté en el marco del SACE, si lo desea, puede solicitar a la Consejería que a la vez sea también inscrita su huella en el Registro de huella de carbono del MITERD. De la misma manera, toda organización cuya huella esté ya inscrita en MITERD puede solicitar su registro en el SACE aportando la misma documentación. La equivalencia en ambos casos es casi directa o requiere de una mínima adaptación.

La Ley andaluza 8/2018 regula el Registro de la huella de carbono de productos y servicios en el art. 52, precepto que en el apartado 1 dispone que:

“Se crea el Registro de la huella de carbono de productos y servicios, adscrito a la Consejería competente en materia de cambio climático, que tendrá por objeto la inscripción voluntaria de la huella de carbono de los productos y servicios. Se configura el mismo como herramienta para calcular y comunicar el total de las emisiones de gases de efecto invernadero asociados a un producto o servicio. El cálculo de la huella de carbono se registrará por los estándares aceptados internacionalmente”.

Según el apartado 2 “podrán inscribirse en el Registro las personas físicas o jurídicas tanto públicas como privadas que produzcan, distribuyan o comercialicen un producto o servicio en la Comunidad Autónoma de Andalucía”.

Se remite a desarrollo reglamentario la organización y el funcionamiento del Registro, el logotipo y sus condiciones de uso, las obligaciones vinculadas a su utilización, los requisitos para la certificación, para la regla de categoría de producto, la metodología de cálculo de la huella de carbono y el procedimiento de renovación o retirada<sup>15</sup>.

La inscripción en el Registro otorgará el derecho a utilizar el logotipo de la huella de carbono en el establecimiento o en la etiqueta del producto.

Los productos deben incorporar una evaluación de la huella de carbono visible en el etiquetado y el embalaje. Los resultados de la huella deben ser legibles y fácilmente visibles.

La inscripción en el Registro tendrá una validez por un periodo de tiempo mínimo de cuatro años, que podrá ser prorrogado según se establezca reglamentariamente.

Aunque regula la huella de carbono del producto o servicio, y no de la organización, en ocasiones desliza la referencia a la organización, generando cierta confusión.

Resulta especialmente destacable la referencia expresa en el art. 53 a la Huella de carbono de productos, servicios y suministros en la contratación pública. El precepto dispone:

1. “En las licitaciones que lleven a cabo la Administración de la Junta de Andalucía y sus entes instrumentales, los pliegos de cláusulas administrativas particulares podrán incluir en cualquier fase del procedimiento la necesidad de disponer del cálculo de una huella de carbono, en el sentido indicado en la normativa de contratación pública. A estos efectos, los licitadores podrán justificar la

---

<sup>15</sup> Se encuentra en elaboración el Decreto de desarrollo de la Ley en este y otros aspectos véase información disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/igualdadpoliticassocialesyconciliacion/servicios/participacion/normativa/consulta-previa/detalle/202602.html>.

disposición de la huella de carbono mediante certificados de inscripción en un Registro de huella de carbono de la Administración de la Junta de Andalucía u otros certificados o medios de prueba de medidas equivalentes de gestión medioambiental.”. Lo que se convertirá en obligatorio una vez transcurridos seis meses a contar desde la entrada en vigor del desarrollo reglamentario por el que se apruebe la organización y funcionamiento del Registro de la huella de carbono de productos y servicios.

Actualmente no existe ningún sistema de control de emisiones de GEI operativo en Andalucía.

### **C) LA HUELLA DE CARBONO EN LA LEGISLACIÓN DE LAS ISLAS BALEARES.**

La Ley 10/2019 de cambio climático y transición energética de las Islas Baleares con el fin de garantizar el cumplimiento de los objetivos marcados y contribuir a la reducción progresiva de las emisiones de gases de efecto invernadero regula la huella de carbono en el art. 4.w) en términos análogos al RD 163/2014 estatal. Crea el Registro Balear de Huella de Carbono en el art. 28 en los siguientes términos, remitiendo su concreción a un desarrollo reglamentario posterior, como instrumento para la efectividad de las disposiciones relativas a la reducción de emisiones de gases.

El número 2 del art. 28 establece que: “Las grandes y medianas empresas se inscribirán en el Registro balear, y harán constar, en los términos que reglamentariamente se determinen:

- a) Los cálculos anuales de huella de carbono que realicen en las Illes Balears.
- b) Los datos relativos a los planes de reducción de emisiones que se tengan que ejecutar en las Illes Balears.

c) Los proyectos de absorción de dióxido de carbono asociados al mecanismo voluntario del artículo 27 anterior”.

Y en el apartado 3 “Cualquier persona física o jurídica no incluida en el apartado anterior se podrá inscribir voluntariamente en el Registro balear a los efectos de lo previsto en el apartado anterior”.

Por último, dispone que se haga pública la información estadística de huella de carbono agregada por sectores (art. 28.4).

Así pues, la inscripción de la huella de carbono es obligatoria para las grandes y medianas empresas que desarrollen total o parcialmente su actividad en las Illes Balears, -también para la Administración y sus entes instrumentales- ex art. 2.1.b) del Decreto 48/2021, de 13 de diciembre Regulador del Registro balear de huella de carbono - y voluntaria para el resto del tejido empresarial y ciudadanía. Se configura así por vez primera para reducir la emisión de GEI el cálculo de la huella de carbono obligatoria para determinadas empresas y voluntario para el resto. Asimismo, se establece el procedimiento de inscripción, actualización y baja del Registro, diferenciando los formularios, actos y documentos a aportar según sean sujetos obligados a ello o, simplemente, sujetos no obligados que deseen participar voluntariamente en el programa del Registro balear.

El art. 28 de la Ley 10/2019 se refiere a “grandes y medianas empresas”. El Decreto 48/2021 define los tipos de empresa y fija un método transparente para calcular los límites financieros y el número de empleados. Para pertenecer a una categoría se debe cumplir el límite de número de empleados y no superar la cifra de volumen de negocio o la de balance general establecido. El Proyecto dispone en el art. 2.1:

“a) Las grandes y medianas empresas que desarrollen su actividad total o parcialmente en las Illes Balears y cumplan una de las



siguientes condiciones en el año correspondiente a la huella de carbono a declarar<sup>16</sup>:

Que la suma del personal laboral asociado al conjunto de centros de trabajo situados en el territorio de las Illes Balears sea igual o superior a 50 personas.

Que el volumen de negocios anual o balance general anual de la sede fiscal ubicada en las Illes Balears sea superior a 10 millones de euros”.

Asimismo se entiende que las empresas desarrollarán su actividad parcialmente en las Illes Balears “Las empresas desarrollarán su actividad parcialmente en las Illes Balears cuando presten cualquier tipo de servicio o suministro en el territorio de la comunidad autónoma, independientemente de donde la empresa tenga su domicilio social o sus centros de trabajo”.

Las organizaciones sujetas al alcance del Decreto deberán calcular y verificar las emisiones difusas de sus instalaciones por intervalos temporales de tres años, así como aportar los planes de reducción de sus emisiones difusas para cumplir con los objetivos de mitigación del cambio climático en el territorio de las Illes Balears.

La Ley 10/2019 establece también la necesidad de compatibilizar el registro balear con el Registro voluntario estatal de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de

---

<sup>16</sup> Sigue la definición de PYME está recogida en el art. 2 del Anexo I del Reglamento (UE) nº 651/2014 de la Comisión, de 17 de junio de 2014, por el que se declaran determinadas categorías de ayudas compatibles con el mercado interior en aplicación de los arts. 107 y 108 del Tratado:

1. La categoría de microempresas, pequeñas y medianas empresas (PYME) está constituida por las empresas que ocupan a menos de 250 personas y cuyo volumen de negocios anual no excede de 50 millones EUR o cuyo balance general anual no excede de 43 millones EUR.
2. En la categoría de las PYME, se define pequeña empresa como una empresa que ocupa a menos de 50 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 10 millones EUR.
3. En la categoría de las PYME, se define microempresa como una empresa que ocupa a menos de 10 personas y cuyo volumen de negocios anual o cuyo balance general anual no supera los 2 millones EUR.

carbono regulado en el RD 163/2014, de 14 de marzo, de cara a la transmisión, trazabilidad y gestión de los datos de las emisiones y su control. La Disposición adicional primera del Reglamento 48/2021 establece la coordinación del Registro balear con el Registro estatal de huella de carbono, especificando las condiciones particulares del flujo de información permitido entre ambos registros, dependiendo de la persona física o jurídica afectada, de la verificación o no de la huella de carbono realizada y del tipo de emisión (alcance 1, 2 o 3). En la Disposición transitoria única determina los condicionantes para llevar a cabo la migración de los datos existentes en el Registro estatal hacia el Registro balear, precisando la validez de la metodología de cálculo utilizada para dichos cálculos y la obligatoriedad de aplicación de la metodología del presente Decreto a partir de la puesta en marcha del Registro balear.

Este régimen de la huella de carbono permitirá al Gobierno de las Illes Balears disponer de una información precisa sobre las emisiones difusas que existen en las islas, e iniciar los mecanismos necesarios para su reducción a través de planes y de la elaboración de unos presupuestos de carbono que permitirán establecer compromisos de reducción por sectores de actividad e islas de cara a la transmisión, trazabilidad y gestión de los datos de las emisiones y su control. La Comunidad balear es pionera en la regulación de un registro obligatorio de huella de carbono autonómico para las organizaciones que operan en su territorio, pues la entrada en vigor del Decreto 48/2021 según manda su Disposición Final Cuarta ha tenido lugar el 1 de enero de 2022.

## **D) LA HUELLA DE CARBONO EN EL PRINCIPADO DE ASTURIAS.**

La Comunidad Autónoma de Asturias ha aprobado recientemente el Decreto 40/2021, de 29 de julio, por el que se regula la Organización y funcionamiento del Registro de huella de carbono para la reducción, absorción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero del Principado de Asturias, norma que también

establece los mecanismos de coordinación con el Registro estatal de huella de carbono, compensación y proyectos de absorción de dióxido de carbono.

El apartado 2 del art. 1 preceptúa que el Registro tiene como finalidad contribuir a la transición del Principado de Asturias hacia una economía baja en carbono, destacando entre los medios que enumera para su consecución la referencia en la letra c) del impulso al desarrollo del medio rural, añadiendo valor a las actividades forestales y agrícolas y d) el estímulo del empleo verde, vinculado a los planes y proyectos inscribibles en el Registro.

Se trata de un registro de naturaleza administrativa y de carácter público con una estructura idéntica a su homólogo estatal regulado por el RD 163/2014. Se estructura pues en tres secciones (art. 4):

a) Sección A: Huella de carbono y proyectos de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero. En esta sección o se inscribirán tanto las huellas de carbono como los planes de reducción de emisiones de GEI de aquellas organizaciones que soliciten su inscripción.

b) Sección B: Proyectos de absorción de dióxido de carbono.

c) Sección C: Compromisos de compensación de huella de carbono.

Asimismo, será interoperable con el Registro estatal, de modo que se garantice su interconexión, compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de las solicitudes, escritos y comunicaciones que se incorporen a los mismos.

Se trata de un instrumento voluntario, según se infiere de los preceptos que definen los sujetos inscribibles. El art. 5 referido a los sujetos inscribibles en la Sección A Huella de carbono dispone que “podrán inscribirse en la Sección A del Registro, las organizaciones

que cuenten con un centro de actividad ubicado en el territorio del Principado de Asturias y que calculen su huella de carbono e implementen acciones dirigidas a su reducción”<sup>17</sup>.

A tal efecto, se entiende por organización según el art. 2 h): “empresas, organismos, Administraciones públicas, entidades del tercer sector y personas físicas que desarrollen su actividad, total o parcialmente, en el Principado de Asturias.

A estos efectos, se entenderá por tercer sector aquellas entidades que, perteneciendo al sector privado de la economía, no tienen ánimo de lucro”.

En cuanto al procedimiento de inscripción actualización y baja se regula en los arts. 14 a 17. La norma dispone que el plazo máximo para dictar y notificar la resolución de inscripción y actualización es de tres meses, transcurrido el cual, la organización podrá entender estimada su solicitud por silencio administrativo. El plazo para resolver y notificar los procedimientos de baja es de un mes, transcurrido el cual se entiende estimada la solicitud de baja en el Registro.

En la Disposición adicional tercera se regula la coordinación con el Registro estatal: a través de la implantación de una herramienta informática de gestión que permita la completa digitalización del Registro regulado en este Decreto y garantizándose, en la medida de lo posible, su interoperabilidad con el Registro estatal, si bien podrán existir algunas limitaciones a la compartición de información entre ambos registros, en particular las referidas a campos de datos que no sean comunes entre ambas herramientas.

---

<sup>17</sup> El art. 8 señala que “Podrán inscribirse en la Sección B del Registro las organizaciones que realicen y sean titulares de proyectos de absorción de CO<sub>2</sub> situados en el territorio del Principado de Asturias”. Por su parte, el art. 11 dispone que “Podrán inscribirse en la Sección C del Registro, de compromiso de compensación de huella de carbono, las organizaciones que cuenten con un centro de actividad ubicado en el territorio del Principado de Asturias y que compensen su huella de carbono”.

Constituye una medida de simplificación que “En los respectivos formularios de solicitud de inscripción, actualización y baja en el Registro se contemplará la posibilidad de que el declarante opte por realizar una doble tramitación en los Registros autonómico y estatal”.

Por último, la Disposición transitoria única regula la migración al Registro autonómico de los datos que figuren en el Registro estatal a la fecha de entrada en vigor de esta norma, correspondientes a organizaciones inscribibles conforme al presente decreto. Será la propia organización interesada quien lleve a cabo dicha solicitud para su incorporación<sup>18</sup>.

A partir de esa fecha, los titulares que no hayan efectuado la migración y deseen inscribirse en el Registro autonómico, deberán realizar el trámite de solicitud de inscripción conforme a las metodologías aprobadas para este Registro.

### **3. CONCLUSIÓN**

La huella de carbono, su cálculo y registro constituye una medida de mitigación dirigida a la reducción de los GEI. De los modelos autonómicos examinados nos encontramos con CCAA que prevén este instrumento -entre otros de mitigación- en sus respectivas leyes de lucha contra el cambio climático tal es el caso de Cataluña, Andalucía y Baleares, mientras que sólo Asturias ha regulado el registro de la huella de carbono en ausencia de Ley de cambio climático. Por lo demás, sólo ha desarrollado reglamentariamente el mecanismo de la huella de carbono previsto en su Ley de cambio climático la Comunidad de las Islas Baleares. No obstante, está en fase de tramitación de la respectiva norma reglamentaria

---

<sup>18</sup> Exclusivamente a estos efectos, se considerarán válidas todas las metodologías que determinaron cualquier inscripción en el Registro estatal conforme al Real Decreto 163/2014, de 14 de marzo, con la única salvedad de aquellas huellas de carbono no verificadas, que no podrán ser objeto de migración. Dicha operación de migración podrá hacerse efectiva en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta norma.

Andalucía. En cambio, hasta la fecha no hay constancia de que en Cataluña se haya iniciado el procedimiento de elaboración del reglamento regulador de la huella de carbono. Por contraste, aunque Cataluña al día de hoy no ha desarrollado reglamentariamente la Ley 2017 de Cambio climático sí dispone de la herramienta de adhesión voluntaria de reducción de emisiones de CO<sub>2</sub> para organizaciones en el marco del “Programa de Acuerdos Voluntarios para la reducción de CO<sub>2</sub>” operativo desde 2010.

En cuanto a los modelos adoptados -que es sin duda el aspecto de fondo más importante por su trascendencia jurídica- se distinguen de una parte según el cálculo y registro de las emisiones se dirija al producto o servicio o, por el contrario, al sujeto o titular de la actividad es decir, a la organización o empresa, lo que tiene trascendencia a efectos de la contratación pública y su consideración como criterio de adjudicación del contrato y, de otra parte, según su carácter voluntario o preceptivo.

Optan por la huella de carbono de productos el art. 56 de la Ley catalana 2017 y de productos y servicios el art. 52 de la Ley andaluza 8/2018. En cambio, regulan la huella de carbono desde la perspectiva del sujeto titular de la actividad Baleares en la Ley 10/2019 que se refiere a grandes y medianas empresas, así como a cualquier persona física o jurídica, y Asturias, cuyo Decreto se aplica a “organizaciones que cuenten con un centro de actividad ubicado en el territorio del Principado de Asturias”.

A este respecto hay que señalar que siendo de aplicación supletoria la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP) a los concursos de los títulos habilitantes mineros es claro también la aplicación de las cláusulas ambientales, máxime teniendo en cuenta la importante contribución que el sector minero está llamado a desempeñar en el tránsito hacia la neutralidad climática. Baste recordar que la LCSP en su art. 1.3 proclama que “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioambientales siempre que

garde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos”. La Ley estatal 7/2021, de 20 de mayo, de Cambio climático y transición energética también lo recuerda en su art. 31. En definitiva, se trata de incorporar en la contratación pública criterios medioambientales y de sostenibilidad cuando guarden relación con el objeto del contrato. A tenor del art. 145.5 LCSP las cláusulas medioambientales como criterio de adjudicación han de estar vinculadas al objeto del contrato y ser formulados de manera objetiva, con pleno respeto a los principios de igualdad, no discriminación, transparencia, proporcionalidad y garantía de que las ofertas sean valoradas en condiciones de competencia efectiva. Según el apartado 6 del mismo precepto se considerará que un criterio de adjudicación está vinculado al objeto del contrato cuando se refiera o integre las prestaciones que deban realizarse en virtud de dicho contrato, en cualquiera de sus aspectos y en cualquier etapa de su ciclo de vida, incluidos los factores que intervienen en los procesos específicos de producción, prestación o comercialización de la obra, suministro o servicio o en el proceso específico de otra etapa de su ciclo de vida, incluso cuando dichos factores no formen parte de su sustancia material. Tales criterios resultan aplicables también con relación a las condiciones especiales de ejecución del art. 202 LCSP que se remite al art. 145 LCSP en cuanto al concepto de vinculación al objeto del contrato.

Esto plantea si las herramientas de fomento de la gestión medioambiental de los procesos de la empresa u organización cumplen con el requisito de la vinculación al objeto del contrato. Puede afirmarse que ya existe una consolidada doctrina del Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (en adelante TACRC) con relación a los certificados de gestión medioambiental en general y a la huella de carbono y su inscripción en el Registro regulado por el RD 163/2014 en particular como criterios de adjudicación en la contratación pública. Puede verse por todas la

Resolución núm. 368/2020 de 12 de marzo de 2020<sup>19</sup>, que resume la posición del Tribunal que considera que los certificados de gestión medioambiental o el registro de la huella de carbono de la empresa que regula el RD 163/2014 hacen referencia genéricamente a todos los procesos productivos de la empresa, es decir, a una característica de la propia empresa, pero no a una característica de la prestación en sí misma, por lo que no guardan vinculación con el objeto del contrato. La conclusión es pues que tal y como se regula el Registro de la huella de carbono en el RD 163/2014, es difícil que pueda ser utilizado como criterio de adjudicación del contrato dado que no cumple con el reiterado requisito de la vinculación al objeto de la obra, producto o servicio. En cambio, más acertada desde esta perspectiva es la regulación autonómica catalana y andaluza. En efecto, el art. 56 de la Ley catalana regula la evaluación de la huella de carbono de productos “para que los consumidores puedan decidir su consumo conociendo las emisiones que ha generado la producción y el transporte de un determinado bien”.

Por su parte, la Ley andaluza regula el Registro de la huella de carbono de productos y servicios en el art. 52, es decir, como herramienta para calcular y comunicar el total de las emisiones de gases de efecto invernadero asociados a un producto o servicio.

En cambio la Ley 10/2019 de cambio climático y transición energética de las Islas Baleares regula la huella de carbono en términos análogo al RD 163/2014 estatal y crea el Registro Balear de Huella de Carbono en el art. 28.2 referido a “las grandes y medianas empresas”. Asimismo, el Decreto 40/2021, de 29 de julio, por el que se regula la organización y funcionamiento del registro de huella de carbono para la reducción, absorción y compensación de emisiones de gases de efecto invernadero del Principado de Asturias en

---

<sup>19</sup> Recurso interpuesto por la sociedad LOCAL AREA NETWORK ENGINEERING, S.L., contra los pliegos que rigen la licitación convocada por el Consejo General del Poder Judicial para contratar el “Suministro de actualización y soporte de licencias para la plataforma de acceso y gestión de identidades.

NetIQ (Novell) del portal web del Poder Judicial”, expediente: 19/043.0.



el art. 5 refiere la inscripción a las organizaciones que cuenten con un centro de actividad ubicado en el territorio del Principado de Asturias.

En cuanto al carácter imperativo o no, siguen el modelo estatal voluntario del RD 163/2014 Cataluña, Andalucía y Asturias. Sólo Baleares ha optado por discriminar en su ámbito de aplicación supuestos de adhesión necesaria y voluntaria, modelo que se sigue por otras CCAA con Leyes de cambio climático en trámite de elaboración como Canarias o Aragón<sup>20</sup> en la dirección anunciada de manera genérica y sin precisar por la Disposición final duodécima de la Ley 7/2021, de 20 de mayo, de cambio climático y transición energética a través de la modificación del RD 163/2014 al ordenar al Gobierno en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la presente ley, relacionar la tipología de empresas con actividad en el territorio nacional que deberán calcular y publicar su huella de carbono. En efecto, como se ha visto más arriba el art. 28.2 de la Ley 10/2019 balear preceptúa que la huella de carbono es obligatoria para las grandes y medianas empresas que desarrollen total o parcialmente su actividad en las Illes Balears, también para la Administración y sus entes instrumentales ex art. 2 del Decreto 48/2021 Regulador del Registro balear de huella de carbono y voluntaria para el resto del tejido empresarial y ciudadanía.

---

<sup>20</sup> Parece que Canarias también se plantea seguir el modelo mixto balear. La Comunidad autónoma ha iniciado los trabajos para el desarrollo de las bases técnicas, jurídicas y operativas del 'Registro Canario de Huella de Carbono y de Proyectos de Compensación de Carbono y Sumideros Naturales de Carbono', previsto en el Anteproyecto de Ley de Cambio Climático y Transición Energética de Canarias y asegurar la compatibilidad con el registro administrativo voluntario de huella de carbono estatal. Véase

Anteproyecto de Ley disponible en:

<https://www.gobiernodecanarias.org/cmsgobcan/export/sites/participacionciudadana/iniciativas/.docs/ctelccpt/Anteproyecto-de-Ley-4-11-2020.pdf>

Asimismo, véase art. 32 de la Proposición de Ley de cambio climático y transición energética en Aragón (Boletín Oficial de las Cortes de Aragón nº 293, 16 de noviembre de 2018) que regula el Registro Aragonés de Huella de Carbono establece la inscripción obligatoria para las grandes y medianas empresas y voluntaria para el resto de las personas físicas y jurídicas accesible en:

[http://bases.cortesaragon.es/bases/NdocumenVIII.nsf/\(IDS\)/6BA9EA9D35D7774C125839400304B1E/\\$File/BOCA\\_293.pdf?OpenElement](http://bases.cortesaragon.es/bases/NdocumenVIII.nsf/(IDS)/6BA9EA9D35D7774C125839400304B1E/$File/BOCA_293.pdf?OpenElement)

Dado el papel estratégico que tiene la actividad minera no energética en la transición hacia un modelo sostenible descarbonizado y, por ende, en la lucha contra el cambio climático, estimo necesario implantar la huella de carbono y su registro con carácter necesario para la industria extractiva que al tiempo coadyuve no sólo de manera decidida en reducir los GEI, sino también comunicar y difundir a la ciudadanía su contribución.

# EL JURISTA ANTE LOS RETOS DE LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA 4.0

Fernando H. Llano Alonso.

Catedrático de Filosofía del Derecho, Universidad de Sevilla (España).

## 1. INTRODUCCIÓN

La imagen del mundo clásico que hemos conocido hasta ahora se ha comprimido desde principios del siglo XXI. Como señalara en su libro póstumo Ulrich Beck, entre las principales amenazas que se ciernen sobre la sociedad del riesgo se encuentra la fe desmedida en el progreso de las tecnociencias aplicadas. El resurgir de este nuevo cientificismo del Tercer Milenio ha despertado un cierto optimismo tecnológico determinista y una absoluta confianza en el poder redentor de la tecnociencia y en la idea del progreso ilimitado. La investigación que están desarrollando los “nuevos cruzados de la fe tecnológica en el progreso” pretende combatir con armas tecnológicas y morales los potenciales riesgos globales que acechan a la sociedad mundial contemporánea (entre otros, el cambio climático y las catástrofes naturales que lo acompañan, la revolución digital, la eclosión de la medicina genética, o las grandes desigualdades socioeconómicas a escala planetaria). Sin embargo, lejos de ser un aliado para la humanidad, la incentivación del catastrofismo emancipador genera una sensación de falso alivio en la población mundial (en la medida en que nos exime de la responsabilidad de afrontar los riesgos globales y tomar decisiones) aunque esta catarsis social se produce a costa de ocultarnos la verdadera dimensión del proceso de metamorfosis del mundo en el que ya están inmersos la humanidad y el planeta a todos los niveles<sup>1</sup>.

A propósito de la metamorfosis del mundo, uno de los ámbitos en los que se constata fehacientemente el cambio de paradigma que

---

<sup>1</sup> U. BECK, 2016. *The Metamorphosis of the World*, Polity Press, Cambridge, 62-63.

afrenta la humanidad, y el efecto revolucionario que ejerce sobre nuestra naturaleza en la era de los efectos secundarios, es precisamente el espacio donde convergen las tecnociencias, la biotecnología y la genética aplicada a la ingeniería y la medicina. Es precisamente en este ámbito de la experimentación tecnocientífica donde convergen las llamadas tecnologías emergentes, conocidas con el acrónimo NBIC: nanotecnologías, biotecnologías, tecnología de la informática y la comunicación.

En este campo neotecnológico es donde se están desarrollando a ritmo vertiginoso, por ejemplo, las técnicas de edición genética, la selección genética de embriones mediante el diagnóstico genético preimplantacional (una técnica innovadora de la reproducción asistida que para muchos de sus críticos deja la puerta abierta a prácticas eugenésicas), y la aplicación de la Inteligencia Artificial, la cibernética y la biónica a la medicina o los deportes de alto rendimiento.

En esta nueva era biotecnológica y digital se está sustituyendo gradualmente el paradigma humanista - que considera al individuo como un fin en sí mismo y defiende la sacralidad de la condición humana y la dignidad de las personas como sujetos morales- por el paradigma posthumanista que, en su versión más utilitarista, propone la superación de los límites naturales por medios artificiales en aras de la perfección orgánica e intelectual de la especie humana, e incluso sitúa al omnipotente *homo excelsior* por encima del falible *homo patiens* y del imperfecto *homo sapiens*<sup>2</sup>.

Precisamente la idea de que el ser humano es mejorable - compartida por algunos clásicos del pensamiento que van desde Rousseau, Hegel o Schopenhauer hasta Unamuno, Heidegger u Ortega

---

<sup>2</sup> J. BALLESTEROS, *Biotecnología, biopolítica y posthumanismo*, in J. BALLESTEROS - E. FERNÁNDEZ (a cura di) *Biotecnología y posthumanismo*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, 21-46.

y Gasset - constituye el presupuesto de partida del movimiento transhumanista.

El transhumanismo es concebido por uno de fundadores, Max More, además de como un movimiento cultural e intelectual, también como una materia de estudio y, fundamentalmente, como una filosofía de vida. Aunque pueda parecer aún una mera ficción, la condición posthumana, a la que se refiere More, plantea en realidad un hecho futurible pero verosímil: la posibilidad de generar a partir de seres humanos una nueva especie biomejorada<sup>3</sup>.

La evolución genética haría de los transhumanos auténticos seres superdotados, eternamente jóvenes, infalibles, prácticamente perfectos e inmortales. En ese hipotético *brave new world* del futuro posthumano dominado por la tecnociencia, construido sobre los pilares de la revolución transhumanista, convivirían los humanos (singulares, vulnerables e imperfectos), los posthumanos (genéricos, infalibles y perfectos), y los ciborgs (hombres fusionados con máquinas). Sin duda, sería este un horizonte crepuscular para la especie humana, relegada a una situación de postración y servidumbre por su inferioridad física e intelectual frente a las otras dos especies de transhumanos y hombres-robots.

Para evitar llegar a ese escenario distópico en el que los individuos robotizados olvidan su rostro y esencia humana, tal vez merecería la pena evocar los versos que Gabriela Mistral escribió en su poema “Dos himnos”:

*No sabemos qué es lo que hicimos para vivir transfigurados*<sup>4</sup>.

---

<sup>3</sup> M. MORE, *The Philosophy of Transhumanism*, in M. MORE - N. VITA-MORE (a cura di) *The Transhumanist Reader*, John Wiley & Sons, Inc., Chichester (West Sussex), 2013, 3-17.

<sup>4</sup> G. MISTRAL, *Tala*, Sibila, Sevilla, 2010, 84.

## 2. EL ROSTRO BIFRONTE DEL TRANSHUMANISMO

Se dice que la era digital y posmoderna en la que nos encontramos inmersos tiene un rostro bifronte como el del dios Jano. Ciertamente vivimos en una época paradójica porque, de un lado, el transhumanismo nos augura un futuro esperanzador condicionado al desarrollo ilimitado (en términos éticos y jurídicos) de la biomedicina y la ingeniería genética en el que, según sus previsiones, se conseguirá erradicar la casi totalidad de enfermedades que aquejan a la humanidad, y retrasar (incluso detener) su envejecimiento; de otro lado, este planteamiento científicista que defiende el proyecto transhumanista a través del uso sin restricciones de las tecnologías NBIC, la Robótica y la Inteligencia Artificial, supone -como ha señalado el filósofo francés Luc Ferry- pasar de un paradigma médico tradicional, el del modelo terapéutico, que tiene como finalidad principal “reparar”, cuidar enfermedades y patologías, a un modelo “superior”, el que se dirige a la mejora y el “perfeccionamiento” del ser humano<sup>5</sup>.

Respecto al impacto de la medicina genética en los derechos y libertades de personas que forman parte de grupos vulnerables (como, por ejemplo, el de los ancianos), resultan muy inspiradoras las consideraciones realizadas por el pensador alemán Jürgen Habermas (discípulo aventajado de Max Horkheimer y Theodor Adorno, que son dos de los máximos representantes de la Escuela de Frankfurt) en un libro titulado: *El futuro de la naturaleza humana*<sup>6</sup>, en el que plantea una serie de dilemas ético-jurídicos y retos planteados por la ingeniería genética al hombre de nuestro tiempo.

---

<sup>5</sup> L. FERRY, *La révolution transhumaniste. Comment la technomédecine et l'uberisation du monde vont bouleverser nos vies*, Plon, Paris, 2016, 73-78.

<sup>6</sup> J. HABERMAS, *Die Zukunft der menschlichen Natur. Auf dem Weg zu einer liberalen Eugenik?* Suhrkamp, Frankfurt am Main, 2001.

Curiosamente, la fuerza liberadora de la tecnología - a partir de la instrumentalización de las cosas - termina degenerando y convirtiéndose en un encadenamiento de la liberación, o lo que es igual, en la instrumentalización del hombre. En este sentido, como en su día advirtiera Herbert Marcuse, para evitar que la racionalidad tecnológica acabe legitimando la dominación y, lo que es aún peor, dando aliento a la configuración de sociedades racionalmente totalitarias, es necesario establecer una suerte de intermediación entre la naturaleza, el hombre y la técnica<sup>7</sup>.

Siguiendo este razonamiento marcusiano, Habermas ha insistido precisamente en la necesidad de hallar un punto de encuentro entre el progreso científico-técnico y lo que él denomina “el mundo social de la vida”. En otras palabras, Marcuse y Habermas parecen apostar por una visión más humana de la técnica cuya propuesta sería una alternativa válida tanto para el determinismo tecnológico, como para el neocientificismo, en la medida en que ambos entrañan instrumentos de dominio y opresión que dificultarían la práctica de la vida en las grandes sociedades industriales<sup>8</sup>.

La ideología tecnocrática del transhumanismo tecnológico o posthumanismo representa una triple amenaza para las personas más vulnerables; en primer lugar, pretende sustraer al debate científico y político cuestiones que interesan a la generalidad de los ciudadanos, y precisamente por eso debe abrirse el debate a la libre discusión (especialmente si hay riesgo de que los tecnócratas incurran en una manipulación ideológica consistente en la ocultación de prácticas e intereses espurios que comprometan o puedan lesionar los derechos y las libertades); en segundo lugar, como se ha puesto de manifiesto con cierta frecuencia a lo largo de esta crisis sanitaria causada por la Covid-19, los argumentos tecnocráticos enmascaran sus falacias, al albur de las circunstancias, con la apariencia de verdades científicas irrefutables e inexorables; por último, resulta muy

---

<sup>7</sup> H. MARCUSE, *One-Dimensional Man. Studies in the Ideology of Advanced Industrial Society*. Beacon Press Boston (Massachusetts), 1964, 158.

<sup>8</sup> J. HABERMAS, *Technischer Fortschritt und soziale Lebenswelt*, in *Technik und Wissenschaft als "Ideologie"*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1968, 104-118.

revelador el hecho de que en esa tierra de promisión posthumanista no haya lugar para la discapacidad, ni para la vejez, ni para la enfermedad.

### **3. LA DESHUMANIZACIÓN DEL DERECHO EN LA ERA DIGITAL**

A propósito del paradigma transhumanista, cabría preguntarse qué implicaciones ético-jurídicas podría tener la Inteligencia Artificial jurídica y la robótica, como puntas de lanza de la revolución digital en el ámbito cultural, académico y profesional del Derecho. A fin de poder encontrar una respuesta satisfactoria a esta pregunta, me referiré a continuación a los riesgos que puede entrañar la aún escasa regulación existente sobre Inteligencia Artificial jurídica y robótica, así como al impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y en el mercado de servicios jurídicos.

En los últimos años se ha puesto en marcha una campaña posmoderna de marketing con la que se nos pretende convencer de las ventajas de la revolución pedagógica, mercadotécnica y científico-tecnológica. Esta estrategia cuenta con recurrentes consignas que sirven como bandera publicitaria. En efecto, dichos eslóganes se expresan con sintagmas huecos que sirven, bien para referirse a una supuesta “sociedad del conocimiento”, o bien para quintaesenciar la competencia básica de “aprender a aprender”, lema que compendiaría, a su vez, todas las competencias y habilidades del proceso de adquisición de conocimiento y de aprendizaje en el libre desarrollo de la personalidad.

Al margen de la ampulosidad de estas fórmulas cosméticas, que son más artificiosas que reales, y que solo tratan de ocultar la efectiva sustitución de los contenidos cognitivos por sus contenedores, lo cierto es que ese conocimiento al que se alude con tanta solemnidad no es otra cosa que la impartición de las asignaturas, pero no a través de las lecciones presenciales del profesor, sino -como hemos podido comprobar con las clases *online* y los webinars a lo



largo de este año y medio de pandemia- por medio de la utilización de dispositivos electrónicos (videocámaras, computadores u ordenadores portátiles, tablets, smartphones), que relegan al docente a la mera condición de coordinador de un grupo de trabajo, y permiten a los alumnos acceder a plataformas virtuales en las que se encuentra una información reciclada, a menudo de manera acrítica e inopinada, carente de autoría original, y que es seleccionada por sus (muchas veces) anónimos editores.

La reducción del espacio cultural en el ámbito de los estudios universitarios ha supuesto la sustitución de la vocación por el cultivo del conocimiento y la formación teórica-doctrinal por la lógica del pragmatismo y del beneficio empresarial. A este respecto, resulta un hecho significativo que, en la mayoría de reformas legislativas de la enseñanza universitaria realizadas en países de nuestro entorno, el área de la universidad se haya adscrito a ministerios que relacionan la investigación con la competitividad, con la innovación y la ciencia de aplicación empresarial, pero no con las ciencias sociales ni las humanidades. Así pues, la sociedad del conocimiento y el nuevo horizonte del saber con orientación empresarial y científico-tecnológica no solo han supuesto una rectificación de la vocación original de la Universidad como institución de servicio público, sino que también han ido perfilando el modelo del mercado laboral venidero, que requiere la rebaja de la calidad y de la cantidad de las materias objeto de conocimiento por parte de los estudiantes, a fin de adaptarlas a la necesidad de especialización y adaptación de los egresados a las reglas variables del mundo empresarial moderno y globalizado, nos advierte Martha Nussbaum<sup>9</sup>.

Evidentemente las Facultades de Derecho no son una excepción en este proceso compresivo de los contenidos de cultura jurídica general que se está produciendo en los nuevos planes de estudios en aras de fomentar la mayor empleabilidad de su estudiantado. La tendencia hacia la especialización de los estudios jurídicos para

---

<sup>9</sup> M. C. NUSSBAUM, *Not for Profit. Why Democracy Needs the Humanities*, Princeton University Press, Princeton (New Jersey)-Woodstock (Oxfordshire, England, UK), 2010, 7.

adaptarlos a las demandas acuciantes de un mercado jurídico cada vez más globalizado, caracterizado por el signo de la liberalización y la desagregación de los servicios jurídicos, y que se halla al borde de la disrupción tecnológica de la Inteligencia Artificial, hace que nos encontremos ante una clara propensión hacia la deshumanización del Derecho. En este sentido, podrían destacarse tres causas principales que ayudarían a entender los motivos de la pérdida de la radical esencia humana que caracteriza al Derecho desde sus orígenes y que, en mi opinión, podría afectar incluso a su futuro inmediato.

En primer lugar, la *renuncia* a estudiar el Derecho *lato sensu*, es decir, realizando una aproximación al mismo desde la perspectiva compleja de la experiencia jurídica que aportan las ciencias jurídicas básicas, en general, y una disciplina tan complementaria al mundo de las Humanidades como la Filosofía del Derecho, en particular; esta circunstancia no solo supone la reducción del Derecho, como principal objeto de estudio, a una estructura formal vacía en términos ontológicos de su naturaleza racional, sino que también conlleva la postergación de su consideración ético-jurídica desde un punto de vista deontológico, y el descuido de las capacidades discursivas y argumentativas que debe adquirir un buen jurista, que son, por otra parte, facultades imprescindibles en el desarrollo ulterior del razonamiento por parte de los juristas en el ejercicio práctico de su profesión<sup>10</sup>.

En segundo lugar, el hecho de soslayar el sustrato humano del Derecho comporta inevitablemente la *automatización* del jurista. Por lo demás, las disciplinas de Letras y Humanidades (el conjunto de saberes que en el Renacimiento recibían la denominación de *studia*

---

<sup>10</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Lecciones de Filosofía del Derecho. Presupuestos para una filosofía de la experiencia jurídica*, Departamento de Filosofía del Derecho, Moral y Política-Mergablum, Sevilla, 1992, 21-26. T. GRECO, *L'orizzonte del giurista tra autonomia ed eteronomia*, in B. PASCUTA- L. LOSCHIAVO (a cura di) *La formazione del giurista. Contributi una discussione*, Tre Press, Roma, 2018, 45-68; T. CASADEI, *Il diritto in azione: significati, funzioni e pratiche*, in V. MARZOCCO - S. ZULLO - T. CASADEI (a cura di) *La didattica del diritto. Metodi, strumenti e prospettive* (Prefazione di C. FARALLI), Pacini, Pisa, 2019, 89-125.

*humanitatis*) constituyen el universo cultural que rodea y nutre el estudio de las leyes desde los orígenes mismos de la Universidad en la Edad Media. En los últimos tiempos, como ha señalado Michele Ciliberto, el legado del humanismo ha recobrado actualidad en la medida en que se ha reabierto dramáticamente, a raíz de las recientes crisis financieras, migratorias y sanitarias que han azotado al mundo en las dos primeras décadas del siglo XXI, el debate en torno al problematismo inherente a la condición humana. Este nuevo humanismo se pregunta cuál es el papel que le corresponde al hombre en ese próximo escenario neotecnológico dominado por la IA y la Robótica que muchos consideran disruptivo. He aquí el dilema que nos plantea hoy ese humanismo tecnológico: se puede escoger entre caer en el desencanto e inclinarnos por la invención de utopías, o bien decantarnos por el realismo y tratar de ver “nuevas tierras, nuevos cielos”, rompiendo las barreras de lo existente<sup>11</sup>.

En tercer lugar, el innegable poder de fascinación que ejerce en el ámbito socio-cultural contemporáneo la IA se ha puesto de relieve en la incesante búsqueda de nuevas estrategias de negociación y contratación para un mercado de trabajo cada vez más automatizado y globalizado. Por supuesto, el mundo de la práctica profesional del Derecho en general, y el del ejercicio de la abogacía en particular, no han sido ajenos a esta *sublimación* de las Nuevas Tecnologías por parte del jurista contemporáneo en relación con las posibilidades que ofrece la *Revolución Tecnológica 4.0* (término que, por cierto, fue acuñado por Klaus Schwab, fundador del Foro Económico Mundial)<sup>12</sup>.

En consonancia con esta tendencia filotecnológica dominante en el mundo profesional del Derecho, uno de los mayores especialistas en el estudio del futuro de la abogacía, Richard Susskind, ya predijo en su libro *Tomorrow's Lawyers* que el mundo del Derecho y el de la práctica forense profesional experimentarían más

---

<sup>11</sup> M. CILIBERTO, *Il nuovo umanesimo*, Laterza, Bari-Roma, 2017, 64.

<sup>12</sup> K. SCHWAB, *The Fourth Industrial Revolution*, World Economic Forum, Geneva, 2016.

cambios radicales en las dos próximas décadas que en los dos últimos siglos<sup>13</sup>.

Y en efecto, los hechos parecen haberle dado la razón a Susskind, porque como se ha podido comprobar en los últimos años, el desarrollo de las tecnologías de la información y de la comunicación, y la introducción de la IA en el ámbito de la praxis jurídica, ha acompañado al proceso de globalización del mercado de los servicios jurídicos propiciando su progresiva desagregación (es decir, su descomposición en múltiples tareas susceptibles de ser automatizadas o realizadas por diversos tipos de profesionales), y el denominado *offshoring* o deslocalización de algunas de esas tareas en centros de prestación de servicios jurídicos ubicados en países con mano de obra barata.

Sin embargo, contra lo que a primera vista pudiera parecer, los cambios vertiginosos que se están produciendo en el mundo de la profesión jurídica no implican necesariamente la muerte del *Big Law*, sino más bien una reconfiguración de la práctica profesional del Derecho y la fragmentación del trabajo dentro del mercado de los servicios jurídicos en diversidad de subtareas y actividades que, en función del mayor o menor grado de dificultad que planteen, requerirán del empleado del bufete o de la asesoría legal un mayor o menor grado de mecanización y de formación técnica especializada en IA jurídica. De este modo, las tareas más básicas –investigación jurídica, elaboración de contratos y otros tipos de documentos– serán más susceptibles de ser más automatizables en la medida en que con ello presumiblemente se aminorarán costes e incrementará la precisión y la calidad de los resultados; muchas tareas de nivel medio (en las que la experiencia y el conocimiento podrían resultar útiles pero no necesarias) serían asignadas a paralegales con la asistencia de tecnología adecuada (me refiero a la para-profesionalización) o a compañías de *outsourcing*; por último, algunas tareas de más alto nivel, que cada vez requerirán una

---

<sup>13</sup> R. SUSSKIND, *Tomorrow's Lawyers*, Oxford University Press, Oxford, 2017, xiii.

mayor interdisciplinariedad, serán encargadas a equipos de especialistas en dirección y gestión de proyectos.

En resumidas cuentas, según ha comentado José Ignacio Solar Cayón en su libro titulado: *La Inteligencia Artificial Jurídica*, se advierte que los desarrollos tecnológicos están permitiendo que nuevos sujetos, distintos de los bufetes, puedan realizar determinadas tareas que hasta ahora estaban reservadas a la abogacía. Por otra parte, se observa también que la introducción de la IA en la práctica jurídica ha ido difuminando la línea de separación entre la información y el asesoramiento legal<sup>14</sup>.

En la actualidad cualquier usuario de internet puede ya acceder a aplicaciones y sistemas de expertos para recabar información personalizada sobre su situación legal, con lo cual se están estrechando cada vez más los márgenes de los espacios intermedios entre la Administración de Justicia y los justiciables hasta el punto de que se han reducido mucho los obstáculos para la auto-representación<sup>15</sup>.

Por lo demás, si hay verdadera voluntad y se ponen los medios precisos para evitarlo, la irrupción de la IA y la Robótica en los programas de formación jurídica universitarios y en el ámbito de la práctica profesional del Derecho no tiene porqué traducirse, ni mucho menos, en una búsqueda desaforada y selectiva del conocimiento especializado, ni tampoco en una renuncia a las disciplinas humanísticas y científicas que proporcionan al estudiante cultura jurídica amplia, conocimientos generales y habilidades argumentativas, estratégicas y emocionales<sup>16</sup>.

---

<sup>14</sup> J. I. SOLAR CAYÓN, *La Inteligencia Artificial Jurídica. El impacto de la innovación tecnológica en la práctica del Derecho y el mercado de servicios jurídicos*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2019, 220.

<sup>15</sup> R. SUSSKIND - D. SUSSKIND, *The Future of the Professions. How Technology will transform the Work of Human Experts*, Oxford University Press, Oxford, 2015, 69.

<sup>16</sup> R. DE ASÍS, *Robótica, Inteligencia Artificial y Derecho*, in *Revista de Privacidad y Derecho Digital*, 2018/10, 27-77.

Más bien al contrario, como ha afirmado Steven Pinker, su confluencia con la ciencia ofrece a las humanidades muchas posibilidades de lograr una nueva percepción. El Derecho, la Filosofía, el Arte, la Literatura son expresiones de la cultura y creaciones humanas que se conectan con la ciencia. Tenemos que ser conscientes de que la ciencia no basta para traer el progreso y que es justamente el humanismo el que identifica lo que deberíamos tratar de lograr con nuestro conocimiento y nos ayuda a distinguir el verdadero progreso del mero dominio<sup>17</sup>.

A este proceso de vaciado de la cultura jurídica general le he denominado, inspirándome en *La deshumanización del arte* (1925)<sup>18</sup>, de José Ortega y Gasset, “la deshumanización del Derecho”, término con el que no pretendo predisponer al espectador a aceptar necesariamente un pronóstico pesimista respecto al presente y el porvenir del Derecho. Pero tampoco se trata de que asumamos sin más, como un hecho irremediable, la decadencia del concepto clásico del Derecho, según la definición que del mismo hicieron los juristas Celso y Gayo, como “arte de lo bueno y de lo justo” (*ars boni et aequi*), ni tampoco de admitir resignadamente su progresiva sustitución por una concepción mecanicista y post-humana del mismo, es decir, por una suerte de “arte de lo útil y de lo mecánico” (*ars utilis et mechanarum*) en el que la IA jurídica y la robótica superavanzada vayan desplazando poco a poco al jurista humano en la construcción y el ejercicio del Derecho de la nueva era digital y de la informática. En rigor, como nos recuerdan los coeditores de un manual oxoniense recién publicado y que lleva por título: *Law and Humanities*, el Derecho ha formado parte de las Humanidades desde siempre, pero quizás hoy los juristas necesiten recuperar el cultivo de los saberes humanísticos más que nunca<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> S. PINKER, *Enlightenment Now. The Case for Reason, Science, Humanism and Progress*, Penguin Random House UK, London, 2019, 406 ss.

<sup>18</sup> J. ORTEGA Y GASSET, 1925. *La deshumanización del arte e ideas sobre la novela*, in *Obras completas* (III), Taurus/Fundación José Ortega y Gasset, Madrid, 2005-2010, 847-916.

<sup>19</sup> S. STERN - M. DEL MAR - B. MEYLER (Editors), *The Oxford Handbook of Law and Humanities*, Oxford University Press, New York, 2020.

Ante la nueva coyuntura jurídica marcada por la automatización, la estandarización, la desintermediación y la rutinización en el ejercicio del Derecho, que ha sido impulsada tanto por el desarrollo y la innovación tecnológica, como por la perspectiva autopoiética y aislacionista del Derecho que postulan los defensores del positivismo jurídico formalista, parece necesario estimular una “conciencia tecnológica” que abra la reflexión de los juristas a los retos y la problemática que suscitan las NN.TT. en la era de Internet y de la globalización<sup>20</sup>.

La formación jurídica, indica Thomas Casadei, es una forma de educación para la comprensión de la complejidad del mundo, de la sociedad, de las relaciones entre entidades y seres humanos; la enseñanza integral del Derecho proporciona, entre otras cosas, una capacidad que habilita al jurista para el *análisis* y para la plena *comprensión* de la realidad en sus diversas y múltiples dimensiones, así como para contemplar la realidad misma con una mirada crítica, tal y como han sugerido explícitamente en las últimas décadas las teorías críticas del Derecho<sup>21</sup>.

Un jurista privado de la conciencia crítica que aporta el estudio de las disciplinas jurídicas humanísticas no solo es un jurista formalista, sino “un mal jurista”, por decirlo en palabras Letizia Gianformaggio<sup>22</sup>. Recuérdese, a este respecto, que la ética y la filosofía no solo acompañan, sino que forman parte del obrar cotidiano del jurista, que consiste precisamente en interpretar las disposiciones normativas; por eso, parafraseando a Ronald Dworkin, podría convenirse que el Derecho consiste en una práctica social argumentativa, tanto *lato sensu* (entendido en sentido amplio, es decir, la interpretación que hacen los juristas del mismo en abstracto), como *stricto*

---

<sup>20</sup> V. FROSINI, *L'uomo artificiale. Etica e diritto nell'era planetaria*, Spirale, Milano, 1986, 34; A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos ante las Nuevas Tecnologías*, in A. E. PÉREZ LUÑO (a cura di) *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos. El Tiempo de los Derechos-Huri Age Consolidar-Ingenio 2010*. Vol. 4, Tirant lo Blanch, 2014, 15-34.

<sup>21</sup> T. CASADEI, *Il diritto in azione: significati, funzioni e pratiche*, cit. 90.

<sup>22</sup> L. GIANFORMAGGIO, *Il filosofo del diritto e il diritto positivo* (1991) in *Filosofia del diritto e ragionamento giuridico*, Giappichelli, Torino, 2008, 25-40.

*sensu* (esto es, la interpretación casuística que hacen los jueces y los abogados en la práctica jurídica, de la que por cierto, según el iusfilósofo norteamericano, también forman parte los principios morales)<sup>23</sup>.

Por lo tanto, como sostiene Aldo Schiavello, la hermenéutica jurídica genuina no solo demuestra lo falaz del tópico que separa la teoría y la praxis jurídica, sino que también contribuye a disminuir la distancia entre la ciencia del Derecho (entendida como disciplina humanística que tiene por objeto el estudio, la interpretación, la integración, la sistematización de un ordenamiento jurídico para la justa aplicación del mismo) y la jurisprudencia (concebida como interpretación judicial del sistema normativo)<sup>24</sup>.

#### 4. HACIA UN NUEVO CORPUS IURIS DIGITALIS

A propósito de la sublimación de la IA en la sociedad de las NN.TT. hay que preguntarse si nuestro sistema legal está adaptado para afrontar una realidad en la que los humanos no serán los que van a tomar decisiones en primera instancia; por otra parte, también cabe plantearse cuáles serían las potenciales repercusiones ético-jurídicas y socio-políticas ante ese escenario posthumano en el que las tecnologías NBIC desbordan los límites naturales de la capacidad y la inteligencia humana. En este sentido, advierte Paolo Grossi, en una naturaleza fenoménica desprovista de seres humanos tampoco hay lugar para el Derecho.

La profunda raigambre humana del Derecho ya fue defendida doctrinalmente por algunos de los grandes juristas del Derecho romano, como Gayo –según el Prof. Alfonso Castro Sáenz “el más célebre y sin duda el más influyente docente jurídico de la historia”, en cuyas *Institutiones* se ordena sistemáticamente la parte de las

---

<sup>23</sup> R. DWORKIN, *Law 's Empire*, The Belknap Press of Harvard University Press, Cambridge (Massachusetts), 1986, ix, 65-68.

<sup>24</sup> A. SCHIAVELLO, *La formazione del giurista contemporaneo*, in *Rivista Il Mulino*, 30 aprile 2020.



personas por delante de las de las cosas y las acciones- o Hermogeniano (jurista de finales del s. III y comienzos del siglo IV d. C.) para quien “todo el Derecho se ha creado por razón de los hombres” (“*Omne ius hominum causa constitutum est*”) (Digesto 1, 5, 2). Así pues, desde la Antigüedad hasta el presente, la condición humana del Derecho ha estado ligada al paradigma humanista que hemos heredado a través del legado racionalista e ilustrado de la Modernidad. Sin embargo, en la actual sociedad del riesgo global - parafraseando de nuevo a Ulrich Beck- este paradigma humanista está viéndose amenazado por múltiples causas que explican el proceso de metamorfosis que está experimentando el mundo<sup>25</sup>.

Una de esas causas disruptivas a las que hacía referencia Beck es la revolución tecnológica, que cuenta incluso con una legión de conversos a la fe tecnológica dispuestos a defender un programa transhumanista (cuya versión más radical, como se ha dicho, es el posthumanismo) en el que la falibilidad y vulnerabilidad del *homo sapiens* sea superada por la omnisciencia y la omnipotencia del que, en un libro reciente, he denominado como *homo excelsior* en un mundo nuevo dominado por la IA y la robótica avanzada<sup>26</sup>.

“¿Qué va a pasar con el Derecho cuando la técnica se apodere del nacimiento y de la muerte de los seres humanos?”, se pregunta Natalino Irti en su libro *Il diritto nell'età della tecnica*. ¿Debería convertirse el Derecho en la era de la Revolución Tecnológica como sostiene Emanuele Severino, en un instrumento al servicio de la técnica o, por el contrario, deberían establecerse unos mínimos límites ético-jurídicos para evitar el desarrollo descontrolado de aquélla?<sup>27</sup>

A propósito de la tendencia utilitarista que se está imponiendo en el mundo de la ciencia, en la escuela y en la universidad, Nuccio

---

<sup>25</sup> U. BECK, *The Metamorphosis of the World*, Polity Press, Cambridge (UK)-Malden (Massachusetts), 63.

<sup>26</sup> F. H. LLANO ALONSO, *Homo excelsior. Los límites ético-jurídicos del transhumanismo*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2018, 25-26.

<sup>27</sup> N. IRTI- E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*. Laterza, Roma-Bari, 2001

Ordine ha augurato que en los próximos años será necesaria una defensa firme de la cultura en sentido amplio, es decir, de la enseñanza pública, de la investigación científica, de la sabiduría de los clásicos y de los bienes culturales que forman parte del legado patrimonial y de la riqueza inmaterial de nuestra sociedad, porque, afirma Ordine, “sabotear la cultura y la educación significa sabotear el futuro de la humanidad”<sup>28</sup>.

Sin duda, la revolución tecnológica ha sido uno de los factores clave, además del cambio climático, la globalización económica, la superpoblación de las megaurbes, la transformación del modelo familiar tradicional, las nuevas formas de maternidad, o la sustitución del clásico paradigma humanista por otro posthumanista..., que nos ayudan a entender, por qué se ha producido la metamorfosis del mundo. Por otra parte, la revolución tecnológica no se entendería sin el concurso de la Inteligencia Artificial, la robótica y las tecnologías conexas, las cuales pueden ejercer un inmenso potencial benéfico sobre la sociedad de la era tecnológica; pensemos, por ejemplo, en la relevancia del rol que han jugado las nuevas tecnologías aplicadas a la medicina durante la pandemia de la Covid-19 para el rastreo de contactos, el diagnóstico o incluso la predicción de la estructura 3D de proteínas asociadas con el coronavirus; no menos importante ha sido la aplicación de las ya mencionadas tecnologías emergentes NBIC tanto en el sector económico y empresarial, a través de la implantación del teletrabajo o del desarrollo de startups, como en el ámbito de la enseñanza y la investigación, en el que, como ya se ha comentado, se ha podido continuar con la actividad docente gracias a las conexiones online.

Ahora bien, del mismo modo que la IA, la robótica y las tecnologías conexas poseen un enorme potencial para generar oportunidades para empresas y beneficios para los ciudadanos, también suponen un impacto directo sobre nuestros derechos y libertades. Hasta tal punto afectan las nuevas tecnologías a los derechos fundamentales

---

<sup>28</sup> N. ORDINE, *L'Utilità dell'inutile. Manifesto* (con un saggio di Abraham Flexner), Bompiani, Milano, 2013, 160.

de los ciudadanos que cabría preguntarse si no se habrá consumado en la práctica el tránsito del tiempo de los derechos, término acuñado por Norberto Bobbio, al tiempo de los robots<sup>29</sup>. En efecto, el progreso científico-tecnológico no siempre es respetuoso con la humanidad; por un lado, podrá liberarla de epidemias y enfermedades, mejorarla genéticamente y acercarla incluso a la perfección (como preconiza el transhumanismo tecnológico), pero, por otro lado, también puede contribuir a someter la libertad de los seres humanos, empobrecer su vida interior, atacar su inviolabilidad e intangibilidad, e incluso atentar contra la dignidad humana y la sacralidad de la persona, entendida como sujeto moral.

Consciente de la necesidad de reconocer y regular el impacto de la IA en el sistema de derechos fundamentales, la Unión Europea se ha situado a la vanguardia de la creación de un marco jurídico específico sobre IA que, tal vez, podría servir de referencia para otras organizaciones internacionales, como la OEA. En este sentido, el Parlamento Europeo aprobó una Resolución, el 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley<sup>30</sup>.

Un nuevo *corpus iuris digitalis* parece que está conformándose en el seno de la Unión Europea, que tiene ante sí el reto de aprovechar las ventajas de las tecnologías de IA para ganar en competitividad económica, e impulsar la prosperidad y el bienestar de sus ciudadanos, en un entorno neotecnológico seguro, fiable y compatible con los valores y principios que inspiran la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Precisamente en esta dirección apunta la Comisión Europea con su propuesta de Reglamento sobre un enfoque europeo de la IA (por cierto, el primer marco jurídico de IA de la historia) que posiciona a Europa en un lugar aventajado para desempeñar un papel de liderazgo a nivel

---

<sup>29</sup> N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1991.

<sup>30</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de marzo de 2017, sobre las implicaciones de los macrodatos en los derechos fundamentales: privacidad, protección de datos, no discriminación, seguridad y aplicación de la ley (2016/2225(INI)), parágrafos 1 y 20.

mundial en este ámbito, y que sirva también para generar confianza en los usuarios de las aplicaciones de IA, para establecer mecanismos de control a las aplicaciones de IA de alto riesgo, para reforzar la seguridad, y garantizar los derechos de las personas y las empresas<sup>31</sup>.

Entre los principales textos e iniciativas normativas aprobados por las instituciones de la Unión Europea que han ido conformando el marco jurídico común para una ética de la IA, destacan: el Reglamento relativo a la protección de las personas físicas, en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; la Estrategia Europea de Datos; el Libro Blanco sobre la IA (que a mi parecer podría considerarse la Carta Magna para la ética de la IA); las Directrices éticas para una IA fiable elaboradas por el Grupo independiente de expertos de alto nivel, hasta llegar a la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre los principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, con el fin de garantizar la aplicación homogénea en todo el territorio de la UE de dicho marco regulador compuesto de principios éticos aplicables a cualquier tecnología de IA.

Pese a su condición de *soft law* (entendido como un conjunto de disposiciones o actos jurídicos sin fuerza vinculante obligatoria, aunque no por ello carentes de consecuencias jurídicas o, al menos de cierta relevancia jurídica) la virtud principal que posee este importante acervo documental sobre los principios éticos de la IA como tecnología estratégica, es que puede ser aplicada tanto a las empresas como a los ciudadanos y la sociedad en su conjunto, siempre y cuando sea antropocéntrica, ética y sostenible, y respete los derechos y valores fundamentales<sup>32</sup>.

---

<sup>31</sup> Propuesta de Reglamento de la Comisión Europea sobre un enfoque europeo de Inteligencia Artificial, de 21 de abril de 2021, COM (2021) 206 final.

<sup>32</sup> Véanse las conclusiones del *Libro Blanco sobre la Inteligencia Artificial: un enfoque europeo orientado a la excelencia y la confianza* (COM (2020) 0065), epígrafe sexto, p. 30.

De acuerdo con este enfoque antropocéntrico y antropogénico de la IA, parece que en el seno de la UE va afianzándose la exigencia de que, cualquier nuevo marco regulador para la IA que prevea obligaciones jurídicas y principios éticos para el desarrollo, el despliegue y el uso de la IA, la robótica y las tecnologías conexas, debe procurar que estas tecnologías emergentes se adapten a las necesidades del ser humano, y estén siempre a su servicio, nunca al revés<sup>33</sup>.

\*\*\*

Conviene insistir en la idea de que la dimensión ética de la IA tiene efectos e implicaciones en el ámbito de las libertades y los derechos fundamentales de los ciudadanos. En consonancia con este argumento favorable a la defensa de los derechos y las libertades en la era digital, Antonio E. Pérez Luño señala que tanto las Nuevas Tecnologías, como las Tecnologías de la Información y la Comunicación y, sobre todo, Internet, al proyectarse al ámbito jurídico-político en forma de teledemocracia o *ciberciudadanía*, plantean un dilema de cuya resolución dependerá el futuro de la ciudadanía. Las Nuevas Tecnologías y las Tecnologías de la Información y la Comunicación tienen un lado positivo, y es que contribuyen a afirmar un nuevo tipo de ciudadanía (una ciberciudadanía) que fomente la participación política a través de la teledemocracia, exija transparencia en la actuación de los poderes públicos y facilite la divulgación de la información acerca de su gestión. Pero las tecnologías digitales también tienen otro lado negativo, y es que el uso inapropiado de las mismas puede degradar a los ciudadanos a un status de meros sujetos pasivos, a una indeseable *ciudadanía.com*, en la que pueden ser manipulados por poderes públicos o privados. A esta amenaza latente en las sociedades digitalizadas de la era tecnológica se le une el riesgo de que algunos Estados se excedan de sus límites éticos y jurídicos para controlar la seguridad y

---

<sup>33</sup> Resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre de 2020, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre un marco de los aspectos éticos de la IA, la robótica y las tecnologías conexas (2020/2012 (INL)), puntos 2 y 10.

extiendan su poder de vigilancia a través del ciberespacio por todo el orbe<sup>34</sup>. Por eso, concluye el Prof. Pérez Luño:

La decisión sobre los impactos presentes y futuros de Internet en la esfera de las libertades, corresponde a los ciudadanos de las sociedades democráticas: se trata de una responsabilidad de la que no debemos abdicar<sup>35</sup>.

Un *desideratum* final.

Al hilo de esta consideración, quisiera finalizar compartiendo con ustedes el siguiente *desiderátum*, que está arraigado en una firme convicción: a mi juicio, ningún obstáculo debería interponerse para que el hombre expanda libremente su conocimiento de la naturaleza y del universo en el que habita; ningún impedimento tendría que obstaculizar el desarrollo de su dominio de la tecnología para mejorar sus condiciones de vida y sus capacidades naturales; pero para llevar a cabo este propósito evolutivo que es consustancial a la propia especie humana, no sirve cualquier proyecto, y menos aún aquellos planteamientos que se inspiran en ideologías negadoras de la sacralidad del ser humano y se oponen al reconocimiento de su dignidad como sujeto moral. A fin de cuentas, la propuesta de un programa de progreso tecnológico que ignore el concepto kantiano del ser humano como fin en sí mismo, y que se lleve a cabo a costa de la instrumentalización del individuo, esconderá en realidad un proyecto antihumanista que, lejos de liberar a la humanidad, solo contribuirá a encadenar y someter de nuevo a los hombres – como sucediera en el pasado– en una nueva modalidad de tiranía: el despotismo anti-ilustrado de la tecnocracia posthumanista.

---

<sup>34</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *La tercera generación de derechos humanos*, Thomson/Aranzadi Cizur Menor (Navarra), 2006, 101.

<sup>35</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, 87-88; *Los derechos humanos ante las Nuevas Tecnologías*, en *Nuevas Tecnologías y Derechos Humanos*, A. E. PÉREZ LUÑO (a cura di), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, 15-34.

# LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO GARANTÍA PARA EL ADMINISTRADO

Dra. Graciela Ruocco.

Profesora Titular Grado 5 de Derecho Administrativo de la Universidad Católica del Uruguay. Directora del Área de Derecho Administrativo de la misma Universidad. Profesora Titular Grado 5 de Derecho Público de la Universidad de la República. Directora del Instituto Uruguayo de Derecho Administrativo de la misma Universidad. Máster en Derecho, con énfasis en Derecho Constitucional y Derechos Humanos.

## 1. INTRODUCCIÓN

Es un privilegio participar en esta obra colectiva en homenaje al Profesor Felipe Rotondo, querido amigo de muchos años. El tema objeto del presente trabajo ha preocupado a nuestro homenajeado desde largo tiempo, cuando se preguntaba si la conducta anterior de la Administración constituye o no precedente administrativo<sup>1</sup>.

El principio de buena fe y lealtad impone una actuación conforme a los principios éticos de probidad y decoro a todos quienes intervienen en el procedimiento administrativo.

Estos principios han sido explicitados en Uruguay en el artículo 6 del Decreto Nº 500/991, en cuanto establece el respeto mutuo, la lealtad y la buena fe en lo que refiere al proceder de todos los sujetos que intervienen en el procedimiento.

A nuestro juicio, del principio de buena fe derivan el de la relevancia del precedente administrativo y el de confianza legítima, el de

---

<sup>1</sup> ROTONDO, Felipe; "Conducta previa de la administración ¿Existe el precedente administrativo?" en AA. VV. "Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo", FCU, Montevideo, 2011, pág. 174; el mismo trabajo fue publicado en La Ley URUGUAY. Mayo 2010, Año III, No. 5, págs. 644-652.

respeto de los derechos adquiridos y de aplicación de la 'teoría de los actos propios'; en fin, todas manifestaciones del principio de seguridad y con él, el de seguridad jurídica.

La posibilidad de interpretaciones discrepantes por la propia Administración, en momentos distintos, ante situaciones iguales, genera una grave perturbación e inestabilidad jurídica, además de una sensación generalizada de injusticia.

Existiendo decisiones administrativas anteriores que hayan constituido derechos, no cabe a la Administración, con ofensa a la isonomía, negar a otras personas los mismos derechos, cuyos hechos constitutivos hayan ocurrido en la misma ocasión (por tanto, ante la misma situación fáctica y jurídica).<sup>2</sup>

De manera que la confianza que se genera en los particulares que se vinculan con el Estado a partir de la conducta anterior desplegada por éste, constituye una garantía –además de un principio y un derecho– que asegura que la Administración actuará a su respecto de la misma forma, siempre que se trate, claro está, de un accionar conforme a Derecho.<sup>3</sup>

En materia de actuación administrativa de los órganos de la Administración Pública y en la de los particulares, no debe utilizarse artificios o artimañas, sea por acción u omisión, que lleven a engaño o a error. La buena fe constituye una limitante al ejercicio de facultades de las autoridades públicas, en cuanto tiene su apoyo en la confianza que debe prevalecer en la actuación administrativa, por lo que el acto, producto del procedimiento administrativo, será ilegal cuando en su emisión no se haya observado la buena fe que lleve al engaño o al error al administrado, e incluso a desarrollar una conducta contraria a su propio interés, lo que se traduciría en

---

<sup>2</sup> PERLINGEIRO, Ricardo Traducción: Ruth Stella Correa Palacio Los principios de procedimiento administrativo en Brasil y los desafíos de igualdad y de seguridad jurídica...cit., p. 349.

<sup>3</sup> Cfr. GUISANDE, Antonio. El valor del precedente administrativo. Anuario de Derecho Administrativo. Tomo IV. FCU. Montevideo. 1994, p. 316.



una falsa o indebida motivación del acto, que generaría que no se encuentre apegado a derecho”.<sup>4</sup> Destaca HUERTA que “La buena fe se ha definido doctrinariamente como un principio que obliga a todos a observar una determinada actitud de respeto y lealtad, de honradez en el tráfico jurídico, y esto, tanto cuando se ejerza un derecho, como cuando se cumpla un deber”.<sup>5</sup>

La protección de la confianza legítima, se deriva, pues, del Estado de Derecho, de la seguridad jurídica y del principio de la buena fe.<sup>6</sup>

## **2. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE ‘CONFIANZA LEGÍTIMA’**

GARCÍA DE ENTERRÍA refiriéndose al precedente administrativo, ha sostenido que “...apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis del precedente como costumbre, por virtud de los principios de igualdad de los ciudadanos ante la ley... y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia”.<sup>7</sup>

---

<sup>4</sup> HUERTA, Carla. “Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México”. Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Buenos Aires, junio de 2011. p. 504.

<sup>5</sup> HUERTA, C. “Análisis de la regulación del procedimiento administrativo en México”. op. cit. p. 505.

<sup>6</sup> DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. Limitaciones a la revocación de un acto administrativo firme por razones de legitimidad en la Ley Federal de procedimiento administrativo alemana y en la normativa nacional uruguaya. En Tendencias Actuales del Procedimiento Administrativo en Latinoamérica y Europa. Presentación de la traducción de la Ley alemana de procedimiento administrativo. Buenos Aires, junio de 2011. p. 528.

<sup>7</sup> GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás R. Curso de Derecho Administrativo. Tomo I. Civitas. Madrid. 1983. p. 67.

Como se advertirá, tales fundamentos son los que han justificado la construcción de la teoría del acto propio o relevancia de la conducta anterior –precedente administrativo–, que deriva precisamente del principio de buena fe, principio básico del derecho y de la moral.<sup>8</sup>

Por su parte, de la buena fe se ha extraído de manera implícita la protección de la ‘confianza legítima’, implicando una relación con el Derecho constitucional, basado en el Estado de Derecho y la seguridad jurídica.

La doctrina distingue entre el principio de la buena fe y la confianza legítima, sobre la base de entender que aquél es el género y ésta la especie. Ambos comparten el deber de lealtad, porque cuando se contraría este aspecto, asimismo se quebranta la confianza.

Su núcleo común se evidencia en el elemento transparencia. Mientras es propio de la buena fe permitir visualizar una conducta clara que tiene la vocación de generar efectos jurídicos, no exige la coherencia con actos o promesas previas que inducen a una parte de la relación jurídica a esperar determinada conducta de la contraparte, que es lo característico de la confianza legítima.<sup>9</sup>

La protección de la confianza legítima es por tanto corolario del principio de la buena fe y de la seguridad jurídica y ha adquirido identidad propia, basada en las reglas especiales que se imponen en la relación entre la administración y los particulares, aplicándose como mecanismo para conciliar el conflicto entre el interés público y privado, cuando la administración crea expectativas favorables para el administrado, dentro de la legalidad, y lo sorprende al eliminar súbitamente esas condiciones.

---

<sup>8</sup> Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. “El precedente administrativo”. En *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. La Ley Uruguay. Montevideo. 2012. pp. 58-59.

<sup>9</sup> ARAUJO, Rocío. El procedimiento administrativo colombiano como garantía de los derechos del ciudadano <https://repository.urosario.edu.co/handle/10336/28557> p. 405.

Estos principios contienen un modelo de conducta que se origina en la moral institucionalizada por el Derecho y por tanto se atienen a las reglas de la moral social que exige honestidad, confianza, rectitud, decoro, coherencia, la credibilidad que otorga la palabra dada y la mayor objetividad, para que el particular pueda evolucionar en un medio jurídico estable y previsible. Por ello, la buena fe se presume y cabe frente a las diversas actuaciones de las autoridades públicas y de los particulares.<sup>10</sup>

En su mérito, a partir del principio de buena fe se puede desarrollar el principio de confianza legítima porque aquél tiene su origen en el derecho de tutela administrativa efectiva, y está relacionada con los derechos de defensa e igualdad.

Y se puede avanzar un paso más, reconociendo al precedente administrativo el carácter de *fuerza formal* del Derecho administrativo, conforme se verá más adelante.

### **3. ALCANCE DEL PRINCIPIO**

El elemento objetivo del principio de la buena fe trata de amparar expectativas válidas que los particulares habían construido con fundamento en acciones u omisiones estatales, bien basadas en comportamientos activos o pasivos de la administración pública, o en interpretaciones de las normas jurídicas.

En doctrina se advierte alguna discrepancia acerca de si tales acciones u omisiones estatales deben ser prolongadas en el tiempo, o si resulta suficiente una sola de ellas para conocer y reconocer lo que la Administración ha resuelto y considerado legítimo.

La buena fe rige las relaciones entre la Administración y los habitantes, sirviéndole de fundamento al ordenamiento jurídico, informando la labor del intérprete, orientando el ejercicio de la

---

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 445.

potestad discrecional y constituyendo un decisivo instrumento de integración del sistema de fuentes.

Es por ello, que el principio de la protección de la confianza legítima tiene incidencia en la limitación de las potestades discrecionales y regladas de las autoridades administrativas cuando éstas se han dirigido a modificar de manera abrupta, aunque válida y legítima, los criterios y decisiones que ha tomado en el pasado. También el principio puede invocarse para limitar la potestad de revisión de oficio del acto administrativo particular y concreto.<sup>11</sup>

De manera que cabe destacar un doble alcance del principio: a) por un lado, el tratamiento diferente de situaciones iguales que han sido resueltas de distinta forma respecto de otros administrados; b) por otro lado, la revisión de oficio de actos emitidos respecto de un mismo administrado, generando derechos, que son modificados en el tiempo.

#### **4. LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

El Alto Cuerpo evidencia una evolución francamente alentadora en su jurisprudencia. Mientras hace unos años, ante el reclamo de anulación de una decisión administrativa que rechazó el pedido de contratación directa bajo el régimen denominado “mixto” que se utilizó en precedentes ocasiones para la explotación de casinos en hoteles “cinco estrellas” al amparo de la excepción contenida en el artículo 33 literal “j” (actual numeral 12), el Tribunal confirmó el acto. Sostuvo entonces que *“El hecho que en otras situaciones similares se hayan recurrido a la contratación directa, no obliga a la Administración a actuar de la misma forma, ya que el procedimiento no resulta obligatorio.”*<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. RODRÍGUEZ-RODRÍGUEZ, Libardo. La revocación o retiro de los actos en la Ley de Procedimientos Administrativos. En *Estudios de Derecho Administrativo*. La Ley Uruguay. Año 2012. N° 5, pp. 201 y ss.

<sup>12</sup> TCA Sentencia N° 409/2008, de 28 de agosto de 2008.

Más recientemente el Tribunal ha construido su jurisprudencia – con algunos vaivenes– a partir de la esencia de los principios en análisis, aplicando los derivados de la buena fe, la seguridad jurídica, la coherencia y la confianza, asignando en numerosos fallos la relevancia debida a la conducta anterior en aplicación de la teoría del acto propio.<sup>13</sup>

En sentencia N° 570/2010, el Tribunal con acierto consideró que *“...si el BPS consintió el registro de los contratos como unipersonales, su deber de ajustar la conducta a la realidad y declararlos personal dependiente, no puede ir contra su propia decisión que generó una expectativa en el particular de que su actitud era ajustada a Derecho...”*

La Sala invoca prestigiosa doctrina española en su apoyo. Es el caso de Jesús GONZÁLEZ PÉREZ en su obra *“El principio General de la Buena Fe en el Derecho Administrativo”*. El autor enfatiza, y lo recoge la sentencia, que *“Se violenta el principio de la Confianza Legítima; dice el autor citado que se justifica por la protección que merece el particular que confió legítimamente en la estabilidad de la situación creada por la Administración, vinculación que se da por el principio de seguridad jurídica, marcando una pauta de asegurar cierta seguridad jurídica a quien debe sujetarse al control estatal”*.

*“Y en este caso [concluye la sentencia] la propia ley 16.713, art. 178 N° 4, prescribe que dado el visto bueno por el BPS, no se puede retrotraer al pasado su cambio de posición, por más que éste sea legítimo.”*

También acudió a estos principios para anular<sup>14</sup> una resolución del Banco de Seguros del Estado, en una causa relativa a un concurso interno para la provisión de vacantes, en el que se había admitido

---

<sup>13</sup> TCA. Sentencias N° 641/2009, de 14 de noviembre de 2009; N° 57/2010, de 11 de febrero de 2010; N° 427/2010, de 17 de junio de 2010; N° 570/2010, de 9 de agosto de 2010; N° 633/2010, de 14 de setiembre de 2010; y discordia parcial del señor Ministro Gómez Tedeschi en Sentencia N° 173/2013, de 2 de abril de 2013.

<sup>14</sup> TCA. Sentencia N° 74/2013, de 19 de febrero de 2013.

la inscripción de una postulante en base a una certificación del propio organismo respecto de su condición habilitante para participar, y luego la rechazó.

En el caso, el Tribunal sostuvo: “...parece evidente que el obrar administrativo resulta ilegítimo por contrariar principios generales de derecho como la buena fe y la protección de la confianza legítima, siendo también aplicable la denominada “teoría del acto propio”.

Y en su mérito, concluye: “...no puede sino convenirse que la Administración generó en la actora la legítima y razonable expectativa de que estaba comprendida en la excepción... La actitud del Ente de admitir la inscripción de la promotora e incluirla en la lista de concursantes, pero sobre todas las cosas, permitirle participar de cada una de las pruebas previstas para el concurso, son actos suficientes para incitar la confianza legítima de que el requisito de la edad estaba suficientemente cumplido y no sería postreramente objetado.”

El Alto Cuerpo convoca la opinión de ROTONDO: “La manifestación de la confianza surge de medidas, ejemplos de actos de disposición que el administrado adopta o no adopta, ante la conducta seguida por la administración.” Como explica el autor -recordando jurisprudencia del Tribunal Supremo Español-, el obrar de la administración puede dar lugar a una confianza legítima al demostrar objetivamente cierta permanencia y, con ello, una previsibilidad del comportamiento a través de signos externos, suficientemente concluyentes como para que induzcan racionalmente al administrado a confiar en la apariencia de la legalidad de una actuación administrativa concreta, moviendo su voluntad a realizar determinados actos”.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> ROTONDO, Felipe; “Conducta previa de la administración ¿Existe el precedente administrativo?” en AA. VV. “Seguridad Jurídica y Derecho Administrativo”, FCU, Montevideo, 2011, pág. 174; el mismo trabajo fue publicado en La Ley URUGUAY. Mayo 2010, Año III, No. 5, págs. 644-652. La sentencia también convoca en su apoyo la opinión de Durán Martínez, Agosto: “El precedente administrativo” en Revista de Derecho, No. 05 (2010), UCUDAL,

La riqueza de la sentencia en comento se advierte también en la evocación de la llamada Regla del Acto Propio o “teoría de los actos propios” que tiene su fundamento en el principio general de la buena fe, la coherencia en el comportamiento y la seguridad jurídica. Al respecto recuerda al “...civilista ENNECCERUS, quien señalaba que a nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe justifica la conclusión de que no se hará valer el derecho; o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe.”

Sin embargo, resulta paradójico que tan certeras convicciones no hayan sido recogidas en algunas causas en las que el contenido esencial de estos principios ha sido formulado para justificar una discordia y no se ha erigido en fundamento de una sentencia anulatoria.

Tal lo ocurrido con la discordia parcial del señor Ministro GÓMEZ TEDESCHI en la sentencia Nº 173/2013, que alienta la esperanza de encontrarnos ante un plausible cambio de jurisprudencia, de regreso a la buena senda.

El Ministro discorda, convocando la jurisprudencia del Tribunal Constitucional alemán y basado en el principio de seguridad jurídica, afirma la necesidad de que los ciudadanos puedan confiar en la validez de los actos de la Administración cuando han sido dictados de acuerdo al ordenamiento vigente y de ellos se siguen determinadas consecuencia jurídicas.

Y concluye el Ministro discorda, con cita de COVIELLO que “...la rigurosidad de los principios debe necesariamente ceder frente a la protección que merecen quienes de buena fe tuvieron la legítima confianza de la validez de su derecho a percibir el beneficio en la

---

especialmente págs. 63 a 71 donde se hacen copiosas referencias a la aplicación del principio de la “confianza legítima” por la jurisprudencia alemana y española.

*forma que la Administración lo determinó... (COVIELLO, La protección de la confianza del administrado, pág. 232)."*

La discordia convoca asimismo la opinión de DURÁN MARTÍNEZ para afirmar la ilegitimidad de la revisión de oficio de actos que han generado derechos. Al respecto, transcribe con acierto las apreciaciones del autor en cuanto *"...señala que la estabilidad del acto administrativo o la llamada cosa juzgada administrativa encuentra su fundamento en la seguridad jurídica, principio general de derecho de máximo valor formal (Cfe. DURÁN MARTÍNEZ, Cosa juzgada administrativa en Estudios de Derecho Administrativo, Parte General, pág. 351).*

*Expresa que la estabilidad es diferente de la firmeza y de la definitividad; y no deriva de ninguna de ellas, sino de la situación de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos. Tan es así que, la falta de firmeza o de definitividad no habilitan a la Administración a revocar el acto si las circunstancias de fondo no lo permiten; y a la inversa, la firmeza o la definitividad, no impiden a la Administración a revocar el acto si éste no es estable (Cfe. DURÁN MARTÍNEZ, Revocación del acto administrativo, en "Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político", tomo IV, octubre-noviembre 1987, No. 21, pág. 168.).*

Por ello, la discordia concluye: *"En suma, la estabilidad es la restricción a la revocabilidad del acto y ella deriva de las condiciones de fondo, sobre todo de la existencia de derechos adquiridos que, en el caso que nos ocupa, además, se asienta en la legítima confianza del administrado, surgida a partir de los varios años de cobro de determinados haberes jubilatorios, situación que le llevó al actor a la convicción de la validez de la primera reforma de cédula jubilatoria."*

La cita de DELPIAZZO con que culmina la discordia resulta concluyente en el sentido de la ilegitimidad de cualquiera de los dos procederes: *"Como expresa DELPIAZZO: '...lo cierto es que -como*



*acertadamente ha destacado Mariano BRITO- la cuestión no se resuelve oponiendo sin más seguridad jurídica vs. Legitimidad, porque ¿no se compromete acaso la legitimidad cuando se quebrante la seguridad?'*

*Aún desde el punto de vista de la llamada teoría de la ponderación de intereses, cuando se contraponen el interés general en eliminar un acto administrativo ilegítimo y el interés privado en el mantenimiento de la posición jurídica otorgada por aquél, la mera disconformidad del acto con el ordenamiento aplicable no legitima su revocación porque ese conflicto de intereses es traducción de la oposición entre los principios de juridicidad y de seguridad jurídica, la que debe resolverse no en términos de automatismo sino de conciliación, tal como lo hace la jurisprudencia comunitaria al respecto.*

*Coadyuvantemente, el principio de confianza legítima es también un límite al principio de juridicidad para evitar que el rigorismo de éste pueda afectar a los particulares que hubieran creído en la validez de la conducta de la Administración, aun cuando se tratara de actos ilícitos...' (Derecho Administrativo General, volumen I, págs. 311 - 312)."*

En jurisprudencia posterior el Cuerpo ha reconocido la doctrina del acto propio, "que tiene indudable arraigo en normas constitucionales de cuño jusnaturalista (arts. 7, 72 y 332) y, puede ser entendida como una aplicación concreta del principio de buena fe (art. 1291 Código Civil; arts. 2 núm. 11, y 6 del Decreto No 500/991), habilita a calificar como ilegítima una conducta cuando ella está en contradicción con otra conducta propia anterior, asumida, reiterada y continuada en el tiempo y, que haya dado lugar a una legítima expectativa de la contraparte en cuanto al mantenimiento de la misma" (Sentencia 1/2021).<sup>16</sup>

Recientemente anuló la decisión administrativa que desconoció dicho principio, con fundamento en que: "...la rigurosidad de los

---

<sup>16</sup> Cfr. Sentencias 712, 394 y 119/2020.

principios debe necesariamente ceder frente a la protección que merecen quienes de buena fe tuvieron la legítima confianza de la validez de su derecho a percibir el beneficio en la forma que la Administración lo determinó (Coviello. La protección de la confianza del administrado. Página 232).” (Sentencia N° 376/2020).

## **5. LA CONFIANZA LEGÍTIMA Y EL PRECEDENTE ADMINISTRATIVO**

Cabe preguntarse si no se afectan los mismos principios cuando se afirma la posibilidad de revisar actos que confieren derechos a una persona, y cuando se pretende cambiar abruptamente el proceder administrativo frente a situaciones idénticas, pudiéndose agregar en este último caso, la violación del principio de igualdad.

La mención de DURÁN MARTÍNEZ contenida en la discordia, así como también la cita de DELPIAZZO y ROTONDO en sentido coincidente, permiten fundar no sólo la ilegitimidad de la revocación de oficio de un acto estable, para quien en su mérito ha adquirido un derecho, sino también la confianza acerca del proceder que asumirá la Administración frente a otras situaciones idénticas, que involucren a otros interesados en que dicha conducta se mantenga.

En efecto, los principios de buena fe, confianza legítima, seguridad jurídica, constituyen el fundamento que impide revisar de oficio los actos estables, al igual que pueden ser invocados por terceros interesados en que dicho proceder se mantenga ante situaciones que les afecten, también en aplicación del principio de igualdad. Cuando existen situaciones iguales, se deben tomar medidas iguales.

Más aún, no es sólo una manifestación del principio de confianza legítima sino de la consideración del precedente administrativo como fuente formal de Derecho administrativo.

En efecto, DURÁN MARTÍNEZ, acompañando a BRITO, expresa: *“No hay duda de que en nuestro país el acto administrativo subjetivo produce efectos jurídicos... Y ese acto administrativo no sólo vincula a la Administración con relación al sujeto por él alcanzado sino que también condiciona a la Administración en sus futuras acciones, puesto que ella no es libre sino que en virtud de su naturaleza instrumental está sujeta a fin. Fin que en última instancia no es otro que el bien común, o sea, el estado de hecho necesario para el desarrollo de la persona humana en toda su dimensión, lo que conlleva su dignidad.*

*Por eso, si la Administración en un determinado momento adoptó una determinada postura, ha provocado que la cuestión deje de ser indiferente. Es esa actuación administrativa, que llamamos precedente administrativo, que pone en el tapete el principio de buena fe o de igualdad o de confianza legítima o de expectativa plausible o de certidumbre jurídica o de equidad o de justicia natural y, sobre todo, el de seguridad jurídica o todos ellos. Y para eso basta un solo acto, no es necesaria la reiteración. Es precisamente por ese precedente que, a los efectos de no desconocer esos principios, la Administración está obligada a actuar de la misma manera. Y si está obligada a actuar de la misma manera, es porque el precedente administrativo es fuente de derecho.*

*Y si es fuente de derecho, su desconocimiento es ilegítimo y en caso de existir impugnación el Tribunal de lo Contencioso Administrativo debe anular.”*<sup>17</sup> Y el agraviado también podrá fundar en tales principios, el reclamo de una indemnización por los perjuicios sufridos.

Los presupuestos para que el precedente sea obligatorio son: a) que las situaciones sean iguales; b) que la actuación administrativa anterior sea legítima; y c) que no hayan cambiado las circunstancias.

---

<sup>17</sup> DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo... cit. p. 73.

La aplicación del principio de igualdad fundamenta el primer presupuesto aludido, ya que precisamente este principio, rectamente interpretado, significa tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales.

El segundo presupuesto encuentra su fundamento en la circunstancia de que la Administración, advertida de la ilegitimidad, no se encuentra obligada a continuar cometiéndola.

El tercer presupuesto se explica porque al modificarse los hechos que constituyen el motivo de la actuación administrativa, se ha producido el 'decaimiento' del precedente administrativo, en el sentido asignado al término por MENDEZ, como forma de extinción del acto administrativo.<sup>18</sup>

La necesaria configuración de los tres presupuestos para la obligatoriedad del precedente torna de extrema importancia la motivación de la decisión administrativa, tanto de la que lo aplica como la que se aparta de él.

Se impone a la Administración el tomar en consideración los intereses individuales en la conservación de las regulaciones, actos y otras decisiones administrativas, que forman la base para las actividades y disposiciones de los particulares y que pueden ser permisos, concesiones o autorizaciones administrativas.<sup>19</sup>

Todo ello con fundamento en la 'certidumbre jurídica' que supone no solamente qué es lo que dicen los textos, sino también, cómo se interpretan y cómo se aplican.<sup>20</sup>

---

<sup>18</sup> MÉNDEZ, Aparicio. "Notas para un estudio sobre los caracteres de la revocación" en La Justicia Uruguaya. Tomo 18. 1949. S.D. p. 16, citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo... cit., p. 74.

<sup>19</sup> PIELOW, J.C. "El principio de confianza legítima en el procedimiento y en las relaciones jurídico-administrativas". Citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. El precedente administrativo... cit., p. 63.

<sup>20</sup> Cfr. DURÁN MARTÍNEZ, A. *Ibidem*, p. 68.

Es por ello que RONDÓN DE SANSÓ ha preferido hablar de ‘expectativa plausible’, siendo la expectativa la situación de un sujeto que espera una ventaja o beneficio frente a otro, la cual deriva de la conducta de éste, que permite presumir, por su constancia y reiteración, su voluntad de satisfacer tal pretensión. El término plausible alude a la existencia de un cúmulo de presunciones justificativas de la voluntad o intención del sujeto de quien se espera el beneficio o satisfacción de la pretensión.<sup>21</sup>

Más allá de que entendemos que no es necesaria la reiteración de la conducta para la aplicación de la doctrina, compartimos plenamente -con esa salvedad- la opinión de la autora.

De ahí la estrecha relación del principio de ‘confianza legítima’ con la teoría de los actos propios, que según expresa DURÁN MARTÍNEZ, quien mejor la ha desarrollado en el ámbito del Derecho Público en Argentina es MAIRAL.<sup>22</sup> Al respecto dice el autor que esta doctrina atiende fundamentalmente a la conducta del contradictor y sanciona su incoherencia porque esa incoherencia, además de ser éticamente disvaliosa, es peligrosa para el tráfico jurídico.<sup>23</sup>

---

<sup>21</sup> RONDÓN DE SANSÓN, Hildegard. El principio de confianza legítima. Citada por DURÁN MARTÍNEZ, A. En “Actos Propios. Confianza Legítima. Expectativa plausible. En *Casos de Derecho Administrativo*. Volumen V. Montevideo. 2007. p. 148

<sup>22</sup> MAIRAL, H. La doctrina de los propios actos y la Administración Pública. Citado por DURÁN MARTÍNEZ, A. En “Actos Propios. Confianza Legítima. Expectativa plausible...cit. p. 144

<sup>23</sup> *Ibidem*. p. 153.



# TRATAMIENTO EN EL IRPF DE LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS

Guadalupe Medina Casado.

Licenciada en Económicas. Grado en Derecho. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Sevilla. Miembro de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Directora General de la Escuela de Práctica Jurídica de Sevilla CEFOEC.

*“Alcanza la excelencia y compártela”*

San Ignacio de Loyola.

Artículo en homenaje al Profesor Doctor Felipe Rotondo Tornaría. Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad de la República de Uruguay. Relación de consultas vinculantes sobre la aplicación de los tributos por parte de los órganos administrativos<sup>1</sup>.

## 1. TRATAMIENTO DE LAS PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL EN EL IRPF

En el presente trabajo se recogen una serie de consideraciones en torno a los patrimonios protegidos regulados en la Ley 41/2003, de 18 de noviembre.

La Dirección General de Tributos (DGT) en base a comentarios que ha mantenido, ha provocado una serie de dudas las cuales han propiciado que familias con personas con diversidad funcional a su cargo no utilicen esta poderosa herramienta de ahorro fiscal.

Estamos ante un instrumento jurídico de gran interés que puede reportar importantes beneficios fiscales para las familias de

---

<sup>1</sup> En el ámbito del procedimiento administrativo a la luz de lo establecido en el artículo 89 de la Ley General Tributaria.

personas con alguna diversidad funcional (DF), y que, muchas veces por desconocimiento, no acaba de implantarse. A partir de la Covid 19 se está originando un incremento de personas con DF y es una figura jurídica que aporta interesantes beneficios fiscales para las familias de estas personas de un lado y de otro, garantiza una adecuada asistencia económica a estas personas, más allá de la que pueda otorgarles la Administración Pública a través de sus servicios sociales, para el caso de que estas personas sobrevivan a sus familiares más cercanos y progenitores.

## **1.1. PORCENTAJE DE PERSONAS CON DIVERSIDAD FUNCIONAL EN ESPAÑA**

El proceso de envejecimiento que ha experimentado la población española en los últimos años<sup>2</sup>, ha provocado el crecimiento del número de personas en nuestro país que padecen algún tipo de DF. Diagnóstico que realizamos a partir de los siguientes datos estadísticos:

- Según la información de la encuesta de DF, Autonomía personal y situaciones de dependencia 2008<sup>3</sup> (últimos datos disponibles) elaborada por el Instituto Nacional de Estadística (INE), hay 3.850.000 personas. Distribuyéndolos por sexos, 40,2 % en hombres y 59,8 % en mujeres.

-En el 20% de las unidades familiares españolas, está compuesta al menos por una persona con una DF, un total de 3,3 millones de hogares<sup>4</sup>.

---

<sup>2</sup> Según datos extraídos de Estadísticas de la OCDE sobre la salud 2020, [www.oecd.org/health/healthdata](http://www.oecd.org/health/healthdata), España es el país de la Unión Europea con mayor esperanza de vida: 82,5 años. Por otra parte, somos el país de la Unión Europea con menor tasa de natalidad: 1,3 niños por madre.

<sup>3</sup> <https://www.ine.es/prensa/np524.pdf>

<sup>4</sup> Datos extraídos del Informe el impacto de la pandemia COVID-19 en las personas con discapacidad (2021). Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad. Gobierno de España. Edita Real Patronato sobre Discapacidad. Madrid, 2021. Página 61.



Una persona con DF o su familia observan un detrimento de su capacidad adquisitiva en dos sentidos. En el primero de ellos podríamos cuantificar el elevado gasto ordinario y extraordinario en médicos, clínicas, fisioterapeutas, tratamientos varios, psicólogos, logopedas, intervenciones quirúrgicas, cuidadores, medicamentos, aparatos de toda clase, terapias alternativas... En otro, menos cuantificable con exactitud, pero no menos importante, el provocado por el perjuicio de tiempo y energía empleados al cuidado de la persona con DF.

Estos dos hechos provocan que la renta disponible de estas familias quede mermada ante el gasto continuo e incesante provocado por esta circunstancia. Veamos a continuación el tratamiento que ofrece el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) a esta situación y lamentablemente en aumento debido a la reciente pandemia del Covid 19.

## **1.2. EL IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS DE LAS FAMILIAS CON PERSONA CON DIVERSIDAD FUNCIONAL A CARGO**

Este tributo considera esta situación en cinco puntos:

a) en el artículo 60 Ley I.R.P.F., se establece el mínimo por familiar con DF.

b) el artículo 53 de la Ley I.R.P.F. regula la posibilidad de reducir la base imponible general del contribuyente con aportaciones a planes de pensiones en favor de parientes con DF.

c) la deducción de la cuota del contribuyente en 1.200 euros por cada ascendiente o descendente persona con diversidad funcional a su cargo, dispuesta en el artículo 81 bis de la Ley I.R.P.F.

d) a nivel autonómico, deducciones en la cuota relacionadas con la DF aprobadas por diferentes comunidades autónomas: Andalucía, Aragón., Asturias, Islas Baleares, Canarias, Cantabria, Castilla-la

Mancha, Castilla y León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Madrid y Comunidad Valenciana.

e) los patrimonios protegidos que serán objeto de desarrollo en este Trabajo.

## **2. EL PATRIMONIO PROTEGIDO. CONCEPTO**

Está constituido por un conjunto de bienes y derechos de naturaleza mobiliaria e inmobiliaria que conforman una unidad patrimonial, cuantificable económicamente, para hacer frente a las necesidades de una persona con DF, con ellos directamente o con los beneficios derivados de su administración (Huete, 2004).

En palabras de Joaquín María Rivera Álvarez (Huete, 2004), es aquel patrimonio «constituido con aportaciones a título gratuito de bienes y derechos a favor de la persona con DF, que tiene por finalidad la satisfacción de sus necesidades vitales, para lo cual tiene un régimen particular de administración y supervisión». Se trata, en consecuencia, de una masa patrimonial separada e independiente del resto del patrimonio personal del beneficiario con DF y sin personalidad jurídica propia.

Patrimonio propiedad de la persona con DF pero separado del resto del patrimonio de la persona con DF<sup>5</sup>. Esta persona, por tanto, será la única titular de todos estos bienes y derechos, ya que el patrimonio protegido carece de personalidad jurídica.

Quedando sometidos a un régimen de administración específico para garantizar así su correcto uso. Estos bienes y derechos pueden estar formados por dinero, acciones, títulos de deuda pública, rentas vitalicias o temporales, obras de arte, bienes urbanos o rústicos, usufructos, y de cualquier otro derecho con contenido patrimonial. El origen de estos bienes se encuentra en aportaciones

---

<sup>5</sup> «Los bienes y derechos que forman este patrimonio, que no tiene personalidad jurídica propia, se aíslan del resto del patrimonio personal de su titular beneficiario, sometiéndolos a un régimen de administración y supervisión específico. Se trata de un patrimonio de destino, en cuanto a que las distintas aportaciones tienen como finalidad la satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares».

realizadas voluntariamente por los familiares más directos de la persona con DF. Su principal atractivo está para los familiares que donan esos haberes, que pueden reducir en la base imponible de sus respectivos I.R.F.F., un importe igual a la cuantía que cada año aporten a ese patrimonio protegido.

El grupo de familiares que se pueden beneficiar de esta reducción se extiende al cónyuge de la persona con DF y a los familiares hasta tercer grado de consanguinidad o afinidad.

En consecuencia, si unos padres un determinado año destinaran 10.000 euros para atender los gastos de su hijo o familiar que padece una determinada DF a residencias, médicos, atención personalizada, terapias y medicamentos... ¿qué pasaría? Sus padres podrían beneficiarse fiscalmente, cada año, del mínimo por descendiente incrementado por la DF de su hijo. Podrán aplicarse la deducción en la cuota de 1.200 euros, establecida en el artículo 81 bis. Podrán beneficiarse de las deducciones que haya previsto su Comunidad Autónoma. Pero todas estas deducciones se las podrán aplicar siempre y en todo caso por la DF de su hijo, no afecta el hecho de que el gasto haya sido 10.000 euros o 4.000 euros. En cambio, si hubiesen constituido un patrimonio protegido, cada año podrían minorar sus bases imponibles con las cuantías aportadas a ese patrimonio.

## **2.1. ¿ES NECESARIO SOLICITAR UN NIF PARA CREAR UN PATRIMONIO PROTEGIDO?**

No. Como expone la respuesta de la Consulta Vinculante (CV) número VO851-14, de 26 de marzo (JUR/2014/171993)<sup>6</sup>

---

<sup>6</sup> «Las obligaciones de identificación fiscal establecidas en el reproducido artículo 71 del Reglamento del Impuesto quedan limitadas a los contribuyentes que sean titulares de patrimonios protegidos y, en caso de incapacidad de aquéllos, a los administradores de dichos patrimonios, sin que se extienda al propio patrimonio protegido. En consecuencia, el titular del patrimonio protegido o sus administradores no deberán solicitar un número de identificación fiscal para el patrimonio protegido».

Si al patrimonio protegido lo pudiésemos dotar de una personalidad jurídica distinta de la de su titular, su beneficiario podría disfrutar de las mismas ventajas fiscales que sus familiares.

Tampoco es necesario inscribirlo –como patrimonio protegido– en ningún registro público<sup>7</sup>.

Por tanto, el patrimonio protegido es una figura jurídica que nos genera unos beneficios económicos por unos gastos asignados a la persona con DF de un familiar, que consiste en destinar previamente un dinero a un patrimonio protegido y posteriormente los gastos que sean necesarios, realizarlos desde el mismo.

A la luz de lo expuesto, analizamos la figura del patrimonio protegido dado el escaso número de ellos que existen en España y el desconocimiento de esta institución jurídica de tan profundo contenido humano e indiscutible dimensión social.

## **2.2 ¿QUÉ REQUISITOS SON NECESARIOS PARA CREAR UN PATRIMONIO PROTEGIDO?**

El primer requisito fundamental es que exista un posible titular, es decir una persona con DF. Esta DF, si es psíquica, deberá alcanzar un grado igual o superior al 33 por ciento; y si es física, un grado igual o superior al 65 por ciento<sup>8</sup>.

El segundo requisito es que exista voluntad de constitución de un patrimonio protegido por parte de:

---

<sup>7</sup> «No obstante, en lo que respecta a la necesidad de inscripción del patrimonio protegido en registros públicos, la citada Ley 41/2003, si bien establece la inscripción de determinados actos o circunstancias relativas al patrimonio protegido en determinados registros públicos, como el registro de la propiedad o el registro civil, no establece dicha inscripción como requisito necesario para la constitución del patrimonio protegido o las aportaciones realizadas a dicho patrimonio».

<sup>8</sup> Para acreditar el grado de DF en principio basta con el certificado emitido por los Equipos de Valoración y Orientación a los que hace referencia el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de DF, aunque por supuesto es igualmente válida una resolución judicial firme.

-La propia persona con DF que será la titular y beneficiaria del mismo, si tiene capacidad de obrar<sup>9</sup> [artículo 3.1.a) Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad (LPPD)]. En caso de que no dispusiera de la capacidad de obrar necesaria, serían sus padres, tutores<sup>10</sup> o cuidadores [artículo 3.1.b) LPPD].

-Cualquier persona (familiar o no) con interés legítimo –aportante– puede promover la creación de un patrimonio protegido, solicitándolo a su posible titular. Si la persona con DF, con capacidad de obrar, rechaza expresamente la propuesta, no se podrá constituir. En cambio, si careciera de capacidad de obrar y el rechazo a constituir el patrimonio procediera inexplicablemente, de sus padres, tutores o cuidadores, el tercero interesado podrá solicitar al fiscal que inste al juez a que estime su propuesta en interés de la persona con diversidad funcional (artículo 3.2 LPPD). De este modo, el juez mediante resolución judicial puede autorizar su constitución según lo estime oportuno en provecho de la persona con DF.

El aportante puede realizar aportaciones a título gratuito a un patrimonio previamente constituido. Artículo 4.2 LPPD.

El tercer requisito, que se expondrá al final del trabajo, es la posible inmovilización de una parte de las aportaciones al patrimonio protegido durante cuatro años.

### **2.3. ¿CÓMO CONSTITUIR UN PATRIMONIO PROTEGIDO?**

Formalmente mediante escritura pública ante notario<sup>11</sup> o mediante

---

<sup>9</sup> La existencia de la capacidad de obrar se constata por parte del notario que protocoliza documento público mediante el que se constituye el patrimonio protegido.

<sup>10</sup> El artículo 5 de la LPPD dispone que: «En ningún caso podrán ser administradores las personas o entidades que no puedan ser tutores, conforme a lo establecido en el Código Civil o en las normas de derecho civil, foral o especial, que, en su caso, fueran aplicables».

<sup>11</sup> «Los notarios comunicarán, mediante firma electrónica avanzada, al fiscal del domicilio del discapaz, la constitución del patrimonio protegido y de las aportaciones posteriores».

resolución judicial, en caso de que sea impuesta por un juez a instancia del fiscal.

Este punto es fundamental, ya que, si se constituye un patrimonio protegido sin elevarlo a escritura pública, los familiares no lo podrán incluir en su I.R.P.F. y por tanto, beneficiarse del ahorro fiscal y, sin esta ventaja, su constitución carecería de sentido. La Dirección General de Tributos ha aclarado este extremo en su contestación a la Consulta Vinculante número VO851-14, de 26 de marzo (JUR/2014/171993):

*«... Entre otros requisitos, el artículo 3 de la citada Ley 41/2003 exige su constitución en documento público autorizado por notario, o bien mediante resolución judicial...».*

Debe tener los siguientes contenidos mínimos: a) Relación de inventario de bienes y derechos iniciales que forman la masa patrimonial inicial; b) Nombre del administrador o administradores. La persona nombrada para este cargo puede ser el propio titular beneficiario, si éste dispone de capacidad de obrar. Y no podrían ser los padres o cuidadores que se hubiesen negado expresamente en caso de que su creación la haya decidido un juez; c) Reglas de administración y control de las decisiones que se adopten. Así como el destino del patrimonio en caso del fallecimiento del beneficiario.

## **2.4. ¿CÓMO SE ADMINISTRA UN PATRIMONIO PROTEGIDO?**

El artículo 4 de la LPPD dispone que «Las aportaciones que se hagan con posterioridad a su creación al patrimonio protegido, están sujetas a las mismas formalidades previstas para su constitución». Por tanto, deberán hacerse en documento público y ante notario.

---

Artículo 3.3 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y su reforma en la Ley 1/2009, de 25 de marzo.

La propia persona con DF beneficiaria no puede realizar aportaciones al patrimonio protegido, una persona no puede donarse a sí mismo<sup>12</sup>. En cambio, sí podría integrar bienes que haya recibido como beneficiario mediante título hereditario<sup>13</sup>.

Las aportaciones deberán realizarse a título gratuito.

Como expusimos anteriormente, el administrador de un patrimonio protegido, en cuanto a persona que organiza, ordena y dispone de los bienes que lo componen, según la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, puede ser:

-El beneficiario del mismo, si goza de la necesaria capacidad de obrar.

-La persona nombrada como administrador. En este caso, se necesita una autorización judicial para la toma de decisiones que supongan una disminución del patrimonio protegido en los mismos términos que se le exigen al tutor según lo previsto en el artículo 271 del Código Civil en lo concerniente a los bienes del tutelado.

## **2.5. CONTROL DE LOS BIENES SOMETIDOS AL PATRIMONIO PROTEGIDO**

La administración del patrimonio protegido corresponde al Ministerio Fiscal, artículo 7.1 LPPD, que actuará de oficio o a solicitud de un tercero, y será oído en todas las actuaciones judiciales relativas al patrimonio protegido.

---

<sup>12</sup> Lo podría hacer si el patrimonio protegido tuviera personalidad jurídica propia.

<sup>13</sup> El guardador de hecho de una persona discapacitada estará legitimado para constituir el patrimonio protegido «con los bienes que sus padres o tutores le hubieran dejado por título hereditario o hubiera de recibir en virtud de pensiones constituidas por aquellos y en los que hubiera sido designado beneficiario». Artículo 3.1 c) LPPD.

El Ministerio Fiscal, instará al juez lo que proceda en beneficio de la persona con DF.

El Ministerio Fiscal cuenta con un órgano de apoyo, auxilio y aseguramiento denominado: Comisión de Protección Patrimonial de las Personas con DF, cuya composición, funcionamiento y funciones se encuentra regulada por el Real Decreto 177/2004, de 30 de enero.

## **2.6. ¿ES EMBARGABLE EL PATRIMONIO PROTEGIDO EN CASO DE DEUDAS DE LA PERSONA CON DF?**

En nuestro ordenamiento, con base a lo establecido en el artículo 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), son inembargables ciertos bienes, entre los que destacan:

- Enseres personales<sup>14</sup>.
- Libros e instrumentos indispensables para el ejercicio de una profesión, arte u oficio<sup>15</sup>.
- Objetos destinados al culto<sup>16</sup>.
- El salario, sueldo, retribución o su equivalente. Siempre que no exceda del salario mínimo interprofesional<sup>17</sup>.

---

<sup>14</sup> Apartado primero del artículo 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «El mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo. En general, aquellos bienes como alimentos, combustible y otros que, a juicio del tribunal, resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia».

<sup>15</sup> Apartado segundo del artículo 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada».

<sup>16</sup> Apartado tercero del artículo 606 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas».

<sup>17</sup> Apartado primero del artículo 607 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: «Es inembargable el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional».



- Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones<sup>18</sup>.

Pero entre ellos no figura como inembargable el patrimonio protegido. Si se le hubiese dotado de personalidad jurídica propia al patrimonio protegido, distinta a la de su titular, quedaría liberado de esta responsabilidad.

En consecuencia, el patrimonio protegido de la persona con DF no goza de un régimen separado de responsabilidad por sus deudas que sea independiente de su patrimonio personal. Entendemos que es un patrimonio separado no en cuanto a su responsabilidad, sino porque lo conforman una serie de bienes sometidos a un régimen especial de administración y control<sup>19</sup>.

### **3. TRATAMIENTO FISCAL DEL PATRIMONIO PROTEGIDO**

#### **3.1. PUNTO DE VISTA DEL TITULAR**

Aportaciones en especie al patrimonio protegido. Aportaciones de bienes inmuebles al patrimonio protegido. Formalidades frente a la administración tributaria. Modelo 182.

A la luz de la disposición adicional de 18 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

*«Cuando los aportantes sean contribuyentes del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo hasta el importe de 10.000 euros anuales por cada aportante y 24.250 euros anuales en conjunto».*

---

<sup>18</sup> Artículo 8.8 del Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones. Ver reformas recientes y STC 88 /2009, de 20 de abril.

<sup>19</sup> En opinión de Díez-Picazo y Gullón.

Las aportaciones que recibe la persona con DF se consideran para ella rendimientos del trabajo si los aportantes individuales no aportan más de 10.000 euros al año cada uno; y la suma de todas las aportaciones en conjunto, no superen los 24.250 euros al año.

El resto de la cantidad que se aporte y que supere estas cifras, se considerará sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones<sup>20</sup>.

Considerando que la cuantía del IPREM para el año 2021 es 7.908,60 euros (incluyendo el prorrateo de pagas extraordinarias), tendríamos un primer tramo de rendimientos del trabajo plenamente exento que ascendería a 23.725,80 euros<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> El aportante al patrimonio protegido también podría ser una sociedad. En tal caso el límite individual para calificar la aportación como rendimiento del trabajo sería también 10.000 euros. La aportación deberá considerarse gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades.

*«Asimismo, y con independencia de los límites indicados en el párrafo anterior, cuando los aportantes sean sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades, tendrán la consideración de rendimientos del trabajo siempre que hayan sido gasto deducible en el Impuesto sobre Sociedades con el límite de 10.000 euros anuales.»*

En este caso, cuando quien realiza la aportación al patrimonio protegido es sujeto pasivo del Impuesto sobre Sociedades, el beneficiario de la aportación podría ser el propio trabajador con DF, o un familiar del mismo. En tal circunstancia el rendimiento del trabajo lo sería para el familiar, no para el trabajador de esa empresa a cuyo cargo se encuentra la persona discapacitada.

*«Cuando las aportaciones se realicen por sujetos pasivos del Impuesto sobre Sociedades a favor de los patrimonios protegidos de los parientes, cónyuges o personas a cargo de los empleados del aportante, únicamente tendrán la consideración de rendimiento del trabajo para el titular del patrimonio protegido.»*

<sup>21</sup> El IPREM se crea por Real Decreto-Ley 2/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía para que pueda utilizarse como indicador o referencia del nivel de renta que sirva para determinar la cuantía de determinadas prestaciones o para acceder a determinadas prestaciones, beneficios o servicios públicos, y puede sustituir en esta función al salario mínimo interprofesional, que queda desvinculado de otros efectos o finalidades distintas de las laborales. El apartado 3 del artículo 2 del citado Real Decreto-Ley señala que *«a partir de la entrada en vigor de este Real Decreto-Ley, las referencias al salario mínimo interprofesional contenidas en normas vigentes del Estado, cualquiera que sea su rango, se entenderán referidas al IPREM, salvo las señaladas en el artículo 1 de este Real Decreto-Ley y en sus normas de desarrollo.»* Anualmente, en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, se determina la cuantía del indicador público de renta de efecto múltiple. Para el año 2021, la disposición adicional centésima vigésima primera de la Ley 11/2020, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2021, establece los siguientes importes:

El cálculo que acabamos de realizar viene respaldado por la Consulta Vinculante VO558-14, de 3 de marzo (JUR/2014/159140). Esta cantidad puede, por consiguiente, ser aportada por los familiares sin temor a que el titular del patrimonio protegido tenga que hacer frente al pago de tributo alguno, siempre que se respeten los límites descritos con anterioridad.

La exención es total en esta franja inicial y viene recogida en la letra w del artículo 7 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre. Recogemos su contenido:

*«Los rendimientos del trabajo derivados de las prestaciones obtenidas en forma de renta por las personas con DF correspondientes a las aportaciones a las que se refiere el artículo 53 de esta Ley, hasta un importe máximo anual de tres veces el indicador público de renta de efectos múltiples.*

*Igualmente estarán exentos, con el mismo límite que el señalado en el párrafo anterior, los rendimientos del trabajo derivados de las aportaciones a patrimonios protegidos a que se refiere la disposición adicional decimoctava de esta Ley».*

### **3.2. APORTACIONES EN ESPECIE AL PATRIMONIO PROTEGIDO**

La disposición adicional 18 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, establece:

---

*«De conformidad con lo establecido en el artículo 2.2 del Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía, el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) tendrá las siguientes cuantías durante 2021: a) EL IPREM diario, 18,83 euros; b) El IPREM mensual, 564,90 euros; c) El IPREM anual, 6.778,80 euros.*

*En los supuestos en que la referencia al salario mínimo interprofesional ha sido sustituida por la referencia al IPREM en aplicación de lo establecido en el Real Decreto-ley 3/2004, de 25 de junio, la cuantía anual del IPREM será de 7.908,60 euros cuando las correspondientes normas se refieran al salario mínimo interprofesional en cómputo anual, salvo que expresamente excluyeran las pagas extraordinarias; en este caso, la cuantía será de 6.778,80 euros.*

*«En el caso de aportaciones no dinerarias, la persona con DF titular del patrimonio protegido se subrogará en la posición del aportante respecto de la fecha y el valor de adquisición de los bienes y derechos aportados, pero sin que, a efectos de ulteriores transmisiones, le resulte de aplicación lo previsto en la disposición transitoria novena de esta Ley».*

En consecuencia, la persona con diversidad funcional se subroga en la posición del aportante si se decidiera transmitir un bien donado al patrimonio protegido, porque al calcular la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto, se deberá utilizar el valor y la fecha de adquisición del bien al momento de adquisición por quien realizó la aportación.

### **3.3. APORTACIONES DE BIENES INMUEBLES AL PATRIMONIO PROTEGIDO**

El número 20 del artículo 45.l.B) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1003, de 24 de septiembre, establece:

*«la exención de las aportaciones a los patrimonios protegidos de las personas con DF regulados en la Ley de protección patrimonial de las personas con DF, de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad».*

En consecuencia, las aportaciones que se realicen al patrimonio protegido de una persona con diversidad funcional se encuentran exentas de esta figura impositiva.

En este sentido debemos tener en cuenta la Consulta Vinculante de Dirección General de Tributos número 0174-05, de 27 de abril de 2005 (JT/2005/529):

*«Las aportaciones a los patrimonios protegidos de las personas con DF estarán exentas de las tres modalidades del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, es decir, de la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, de Operaciones Societarias y de Actos Jurídicos Documentados (en este caso con excepción de la cuota fija de documentos notariales)».*

### **3.4. FORMALIDADES FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA. MODELO 182**

El artículo 71 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, establece:

*«Los contribuyentes que sean titulares de patrimonios protegidos regulados por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con DF y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria, y, en caso de incapacidad de aquéllos, los administradores de dichos patrimonios, deberán remitir una declaración informativa sobre las aportaciones recibidas y las disposiciones realizadas durante cada año natural en la que, además de sus datos de identificación harán constar la siguiente información:*

*Nombre, apellidos e identificación fiscal tanto de los aportantes como de los beneficiarios de las disposiciones realizadas; Tipo, importe e identificación de las aportaciones recibidas, así como de las disposiciones realizadas; La presentación de esta declaración informativa se realizará dentro del mes de enero de cada año, en relación con las aportaciones y disposiciones realizadas en el año inmediatamente anterior».*

Por tanto, en el mes de enero de cada año, la persona administradora o el titular del patrimonio protegido ha de presentar el modelo 182, aprobado mediante la Orden EHA/3021/2007, de 11 de

octubre. Este documento es una declaración informativa de todas las aportaciones realizadas al patrimonio protegido en el año natural, así como las disposiciones que sobre el mismo se hayan realizado. En caso de que sea el primer año en el que se presente el modelo, éste deberá ir acompañado de una copia simple de la escritura pública de constitución del patrimonio protegido.

### **3.5. PUNTO DE VISTA DE SUS FAMILIARES**

Es el principal atractivo de esta figura y el objeto de este trabajo. Ante un gasto seguro y constante que anualmente tiene que realizar el cónyuge de la persona con diversidad funcional -así como los familiares hasta tercer grado que puedan y deseen hacerse cargo-, existe la interesante posibilidad de obtener un ahorro en el impuesto sobre la renta de las personas físicas de estos aportantes si ese gasto se canaliza mediante la figura del patrimonio protegido, reduciendo sus respectivas bases imponibles de su Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, con el importe de las aportaciones.

### **3.6. INMOVILIZACIÓN DEL PATRIMONIO DURANTE MÁS DE CUATRO AÑOS. OPERACIONES QUE SEGÚN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS NO SE CONSIDERAN GASTOS**

Sobre la base de lo expuesto en el artículo 54 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando se lleva a cabo una aportación a un patrimonio protegido, no se permitirá su uso durante un plazo superior a más de cuatro años: el ejercicio que reste desde la fecha de la aportación y cuatro años más.

Es el motivo por el que muchas familias hayan renunciado a la creación de un patrimonio protegido.

Sólo una vez transcurrido ese tiempo mínimo de espera, los recursos aportados podrán ser destinados a la satisfacción de las necesidades de su titular. La cuestión se regula en el apartado quinto del artículo 54 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas<sup>22</sup>.

En efecto, no podemos disponer de esos bienes en cuatro años; pues bien, ¿qué se entiende exactamente por acto de disposición?

### **3.7. OPERACIONES QUE SEGÚN LA DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS NO SE CONSIDERAN GASTOS**

#### ***1. Se puede utilizar el dinero del patrimonio protegido para hacer frente al pago del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.***

Destacamos la contestación de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante número V0844-06, de 4 de mayo (JT/2006/925):

*«En lo relativo al pago por parte del titular del patrimonio del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones por la donación percibida*

---

<sup>22</sup> «La disposición de cualquier bien o derecho aportado al patrimonio protegido de la persona con DF efectuada en el período impositivo en que se realiza la aportación o en los cuatro siguientes tendrá las siguientes consecuencias fiscales:

a) Si el aportante fue un contribuyente por este Impuesto, deberá reponer las reducciones en la base imponible indebidamente practicadas mediante la presentación de la oportuna autoliquidación complementaria con inclusión de los intereses de demora que procedan, en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca la disposición y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se realice dicha disposición.

b) El titular del patrimonio protegido que recibió la aportación deberá integrar en la base imponible la parte de la aportación recibida que hubiera dejado de integrar en el período impositivo en que recibió la aportación como consecuencia de la aplicación de lo dispuesto en la letra w) del artículo 7 de esta Ley, mediante la presentación de la oportuna autoliquidación complementaria con inclusión de los intereses de demora que procedan, en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca la disposición y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se realice dicha disposición».

*debe indicarse que ésta es una obligación personal del donatario y, en principio, ni siquiera puede concluirse que el pago del mencionado impuesto tenga que efectuarse con cargo al patrimonio protegido, extremo éste que dependerá del régimen de administración, siendo ésta una cuestión ajena al ámbito de competencias de este Centro Directivo. No obstante, y si el régimen de administración lo permite, conforme con el criterio anteriormente expuesto no procederá la regularización».*

***II. El dinero de un patrimonio protegido no tiene por qué quedar inmovilizado. Se permite la realización de inversiones financieras.***

La contestación de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante número VO844-06, de 4 de mayo (JT/2006/925) nos despeja las posibles dudas que pueden surgir sobre el particular:

*«La utilización del dinero aportado para realizar algún tipo de inversión financiera no dará lugar a regularización siempre y cuando se efectúe de conformidad con el régimen de administración regulado en el artículo 5 de la Ley 41/2003 y el nuevo bien adquirido sustituya al dinero inicialmente aportado en el patrimonio protegido».*

En el mismo sentido la Consulta Vinculante número VO851-14, de 26 de marzo (JUR/ 2014/171993):

*«Por tanto, la utilización del dinero aportado para realizar algún tipo de inversión financiera, como en el presente caso, no dará lugar a regularización siempre y cuando se efectúe de conformidad con el régimen de administración regulado en el artículo 5 de la Ley 41/2003 y el bien o derecho adquirido se integre asimismo en el patrimonio protegido».*



### **III. El fallecimiento de la persona con diversidad funcional en ese período de cuatro años no obliga a regularizar.**

A esta circunstancia alude la contestación de la Dirección General de Tributos a la Consulta Vinculante número VO844-06, de 4 de mayo (JT/2006/925):

*«Fuera del supuesto de fallecimiento, la extinción del patrimonio protegido, en la medida en que implica una salida de los bienes y derechos de la masa patrimonial afecta de forma inmediata y directa a las necesidades vitales de la persona con DF, ha de considerarse una disposición de bienes y derechos a efectos de lo previsto en el artículo 59.5 del TRLIRPF. Ello determinará las obligaciones fiscales reguladas en el precepto si la disposición se efectúa en el período impositivo en que se realizó la aportación o en los cuatro siguientes».*

### **IV. Se puede pagar al notario con dinero del patrimonio protegido.**

Consulta Vinculante número VO605-14, de 6 de marzo (JUR/2014/160550). En el mismo sentido, VO485-14, de 21 de febrero (JUR/ 2014/139009):

*«...no darán lugar a regularización los actos que supongan una administración activa del patrimonio realizados con sujeción al régimen de administración exigido por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con DF y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad, circunstancias que se cumplirían en el caso consultado, al tratarse de gastos necesarios para la constitución del patrimonio y para la incorporación de bienes adicionales al mismo, siempre que se realizaran con arreglo al régimen de administración previsto en la Ley 41/2003».*

***V. Se puede adquirir un inmueble con el dinero del patrimonio protegido dentro del período de cuatro años sin necesidad de regularizar.***

Consultas Vinculantes número V3547-13, de 9 de diciembre (JUR/2014/43003), V3553-13, de 9 de diciembre (JUR/2014/43009) o V3487-13, de 2 de diciembre (JUR/2014/42685):

*«Por tanto, la utilización del dinero aportado para realizar algún tipo de inversión inmobiliaria, como en el presente caso, no dará lugar a regularización siempre y cuando se efectúe de conformidad con el régimen de administración regulado en el artículo 5 de la Ley 41/2003 y el bien o derecho adquirido se integre asimismo en el patrimonio protegido. Circunstancia esta última que ocurre en el caso consultado, en el que la vivienda ha sido afectada al patrimonio protegido mediante escritura pública».*

Como nos resistimos a creer que el patrimonio protegido sea una institución exclusivamente al servicio de familias con abundantes recursos, nos preguntamos: ¿se puede utilizar el dinero de un patrimonio protegido para atender las necesidades vitales de una persona con diversidad funcional sin que ello suponga un acto de disposición y obligue a las partes implicadas a regularizar su situación?

Sí, desde el año 2009 sí, en virtud de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de 8 de junio de 1957, sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, sobre protección patrimonial de las personas con DF y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil de la normativa tributaria con esta finalidad.

## 4. TRIBUTACIÓN DEL PATRIMONIO PROTEGIDO QUE LO HACE UN INSTRUMENTO FISCAL INTERESANTE

A continuación, mostraremos por qué son interesantes las aportaciones a patrimonios protegidos por parte de terceros y sus implicaciones:

### 4.1. A TÍTULO GRATUITO Y EN VIDA DEL APORTANTE

Para el aportante. - Aportaciones en dinero. Si existe una relación de parentesco con el beneficiario en línea directa o colateral hasta tercer grado, o es su cónyuge o está a cargo de su tutela o acogimiento, disfrutará de una reducción de la base imponible en su declaración del IRPF de hasta 10.000 euros anuales de la BI de ese año o en las cuatro siguientes (si la BI de ese año fuese insuficiente), obteniendo de esta forma un ahorro fiscal. Con el límite de 24.250 euros anuales por patrimonio protegido, que se podrán deducir en la BI de los cuatros periodos impositivos siguientes.

Si no son aportaciones en dinero. Está exenta para el aportante la ganancia patrimonial existente para el bien aportado entre su valor de adquisición y su valor de mercado en el momento de la aportación.

### 4.2. PUNTO DE VISTA DEL TITULAR DEL PATRIMONIO PROTEGIDO

Para él las aportaciones, aunque se asemejan a una donación, la LIRPF las considera rendimientos del trabajo hasta el límite de 10.000 euros anuales si es uno, o hasta 24.250 euros si son varios los aportantes. **Estos rendimientos están exentos hasta tres veces el IPREM**. Y el resto tributará en el ISD.

Para el caso en el que el aportante sea contribuyente del IS, serán rendimiento del trabajo, si se han considerado como gasto deducible en la contabilidad de la sociedad, con un límite de 10.000 euros al año. Límite independiente del resto.

En el caso de las Comunidades Autónomas, concretamente Cataluña, con base a lo establecido en el artículo 56 de la Ley 2/2016, de 2 de noviembre, de modificaciones urgentes en materia tributaria; se puede reducir la BI del ISD en un 90% si se cumplen los requisitos establecidos por la Ley Estatal 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con diversidad funcional y de modificación del Código civil, de la Ley de enjuiciamiento civil y de la normativa tributaria con esta finalidad.

#### **4.3. Mortis causa; aportaciones de no residentes; aportaciones por parte de personas jurídicas; y pérdida de los beneficios en caso de disposición de los bienes.**

- Mortis causa. - En el caso de que algunos de los progenitores decidan constituir un patrimonio protegido en testamento a alguno de sus hijos con diversidad funcional. Se puede realizar una reducción en la BI del IRPF del causante en el periodo impositivo de su fallecimiento, que finaliza con la muerte del causante. Pero ojo, todas aquellas aportaciones efectuadas con posterioridad al devengo de este periodo impositivo del IRPF, no podrán disfrutar como aportaciones afectas a este patrimonio; quedarían sujetas al ISD y aquí entramos entre las diferencias según la Comunidad Autónoma en la que nos encontremos y para el caso de Cataluña, deja fuera los beneficios fiscales a las donaciones mortis causa.

- Aportaciones de no residentes. - No se les puede aplicar reducción alguna en el IRPF de no residentes y el beneficiario no se puede aplicar la exención del artículo siete del IRPF. Tema aclarado por el Tribunal de Justicia de la UE en numerosas sentencias en la que la reducción en el IRPF está condicionada legalmente a la residencia del aportante.

En consecuencia, para analizar la fiscalidad del beneficiario, habría que analizar los Convenios de doble imposición aplicables a España. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2014, asunto C- 127/12 y la posterior Ley 26/2014 que modifica la Ley del Impuesto sobre Sucesiones para cumplir con dicha sentencia del TJUE (HERNÁNDEZ, 2016).

- Aportaciones por parte de personas jurídicas. - El artículo 38 LIS establece deducciones por la creación de empleo para trabajadores con diversidad funcional, pero la LIS elimina la deducción del 10% para las Sociedades que aporten a patrimonios protegidos (deducción introducida por la Ley 41/2003).

- Sobre la pérdida de los beneficios en caso de disposición de los bienes antes de los 4 años desde su aportación. - Cuestión que ya hemos apuntado con anterioridad, pero para el caso de aportaciones no dinerarias no se cumple, puesto que, para el caso de la plusvalía, la LIRPF considera que se subroga a la fecha y valor de adquisición de los bienes, por lo que no hay ni ganancia ni pérdida patrimonial.

## **5. LA LEY 1/2009, DE 25 DE MARZO**

En 2009 se procede a reformar el régimen jurídico de los patrimonios protegidos merced a la Ley 1/2009, de 25 de marzo. Desde la perspectiva que centra nuestra atención, esta norma añade el siguiente párrafo al número 2 del artículo 5 de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad. Leamos con atención su contenido:

*"En todo caso, y en consonancia con la finalidad propia de los patrimonios protegidos de satisfacción de las necesidades vitales de sus titulares, con los mismos bienes y derechos en él integrados, así como con sus frutos, productos y rendimientos, no se considerarán actos de disposición el gasto de dinero y el consumo de bienes*

*fungibles integrados en el patrimonio protegido, cuando se hagan para atender las necesidades vitales de la persona beneficiaria".*

En consecuencia y tras todo lo expuesto, debemos concluir que todo el gasto monetario y los bienes consumidos como fungibles que hemos integrado como patrimonio protegido, cuando se hayan realizado para atender a las necesidades vitales de la PD, no se pueden considerar como disposición de bienes o derechos, a efectos del requisito de mantenimiento de las aportaciones realizadas durante los cuatro años siguientes al ejercicio de su aportación establecido en el artículo 54.5 de la LIRPF.

## **6. PROPUESTAS CONCRETAS PARA LA MEJORA DE LA FISCALIDAD DE LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS**

Han sido muy numerosas las voces que ha llevado a varios autores a proponer un Derecho Fiscal Especial para las personas con diversidad funcional en una sociedad inclusiva como la nuestra en la que se defiende la igualdad de oportunidades para todos sus miembros. Para personas en las que ellas y su entorno se encuentran en una situación de desigualdad por los siguientes motivos:

1.- El empobrecimiento económico a que se ven sometidas ellas y sus familiares al invertir gastos en dinero de sus ahorros en rehabilitación y el lucro cesante por disminuir el tiempo disponible de trabajo y ocio. En esta línea destacamos el estudio realizado por la Universidad Carlos III de Madrid bajo el título: «Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad», Jiménez Lara y Huete García (2011) del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad.

2.- Por su función extrafiscal del impuesto, establecida en el art. 2.1, segundo párrafo, de la Ley General Tributaria, con el fin de que el

impuesto no sea meramente recaudatorio, sino que deje a la persona con DF en posición de igualdad social, como queda establecido en el artículo 49 de la Constitución Española.

3.- En el «Estudio del agravio comparativo económico de las personas con discapacidad», mencionado con anterioridad, se hace referencia a la menor disponibilidad que tienen este tipo de personas con DF para su dedicación al trabajo, por ocuparse de su rehabilitación.

## **6.1. PROPUESTAS DE MEJORA EN EL IRPF**

6.1.1. Aumento del mínimo por descendientes y ascendientes a aplicar en el IRPF con diversidad funcional. Condición que no se ha visto actualizada desde hace trece años, desde 2009, por la Ley 26/2014, de 27 de noviembre.

6.1.2. Introducción de deducciones de estaban antes incluidas en el IRPF y estaban ligadas a personas con DF y que fue suprimida en enero de 2013 como es la deducción por obras de la vivienda habitual. Porque consideramos que han de ser especialmente incentivadas las obras en las viviendas para estas personas y en sus comunidades de propietarios. Sobre todo, para el caso en el que tengan movilidad reducida.

6.1.3 En el mismo sentido, volver a introducir en el IRPF la deducción por arrendamiento de vivienda habitual, eliminada desde el 1 de enero de 2015.

6.1.4 Aplicación de la exención de becas públicas y becas que provengan de entidades sin ánimo de lucro para el caso en que los beneficiarios sean personas con diversidad funcional. Para favorecer su formación e integración en el mercado laboral.

## **6.2. PROPUESTAS DE MEJORA A LOS PATRIMONIOS PROTEGIDOS**

6.2.1. Ampliación del ámbito de aportantes al patrimonio protegido de las personas con DF a otras figuras que tengan especial interés, toda vez que la composición de las unidades familiares en la actualidad y en muchas ocasiones se aleja del patrón tradicional; y conviven durante años personas, sin que les una relación directa de parentesco, solo de afecto. En esta misma línea que no tributen en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que en algunos casos supone tal coste que frena su constitución.

6.2.2 Todas las rentas que sean generadas por los patrimonios protegidos, que queden exentas sin limitación.

6.2.3 Las rentas que sean generadas por los patrimonios protegidos que no tributen como rendimientos de capital mobiliario cuando se dediquen a satisfacer las necesidades vitales de personas con diversidad funcional.

## **6.3. IMPUESTO SOBRE SOCIEDADES**

Con objeto de incentivar la contratación de este tipo de personas y haciéndolo extensivo a sus familiares directos.

6.3.1 Propuesta que se recoge en el informe «El mercado potencial de las personas con discapacidad en España: Oportunidades para la creación de valor compartido», realizado por Fundación ONCE en colaboración con Esade Business School y el Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), en la que: «Las personas con discapacidad suponen para las empresas una oportunidad real de negocio si atienden sus necesidades con una oferta de productos y servicios diseñados con criterios de accesibilidad universal y diseño para todos». Se propone que se deduzca toda la investigación realizada sobre la diversidad funcional.



6.3.2 Restablecimiento de la libertad de amortización para sociedades mercantiles, autónomos y sociedades civiles que contraten a personas con diversidad funcional.

6.3.3 Deducción por creación de empleo para trabajadores con diversidad funcional: incremento del límite de la cuota.

6.3.4 Bonificaciones en la cuota del IS para aquellas sociedades que incrementen el número de contratos de personas con DF en un determinado porcentaje respecto al resto de la plantilla. Las Cooperativas de Trabajo Asociado que el 50% de sus socios sean personas con diversidad funcional, tienen una bonificación en la cuota del Impuesto del 95%.

## **6.4. IMPUESTO SOBRE EL VALOR AÑADIDO (IVA)**

6.4.1. Establecimiento del IVA del 4% para la rehabilitación de edificios en los que habiten personas con diversidad funcional. Artículo 91. 2.1º.

6.4.2 Con base a lo establecido en el artículo 91.2.1º de la LIVA, hacer extensivo este tipo reducido del 4% a la reparación de los vehículos de transporte de las personas con diversidad funcional.

6.4.3 Como en el artículo 91. 2.1. 2º de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, se establece que los libros electrónicos se aplican el 4% de IVA, la propuesta es que los aparatos electrónicos a los que acceden las personas con diversidad funcional, estén también gravados al 4%.

## **6.5. TRIBUTACIÓN LOCAL**

6.5.1 Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Al igual que existe bonificación para las familias numerosas, extender esta bonificación a las personas con diversidad funcional.

6.5.2 Sobre el I.C.I.O., como cada Ayuntamiento establece una bonificación en la cuota distinta, proponemos unificar criterios para aquellas construcciones de contribuyentes con diversidad funcional.

## **7. CONCLUSIÓN FINAL**

No hay que descartar la constitución de un patrimonio protegido por el temor a que quedara éste inmovilizado durante más de cuatro años; pudiesen los bienes invertidos en él hacer falta a la familia para atender los gastos de la persona con diversidad funcional y no se dispongan de otros medios alternativos. Conceptos como: libros, ropa, alimentos, peluquería, tratamientos, ocio..., se pueden disponer con carácter de «necesidades vitales» y por tanto retirar las cantidades correspondientes del patrimonio protegido sin necesidad de realizar una regulación y perder las reducciones, puesto que la Ley 41/2003, de 25 de marzo, es clara: utilizar el dinero aportado para hacer frente a necesidades vitales de su titular no se considera disposición, por tanto, como sólo hay que regularizar cuando se realiza un acto de disposición dentro del plazo señalado, en ningún caso habría que hacerlo si se usa el dinero para ese fin.

Como hemos analizado a lo largo de este trabajo y a partir de consultas obtenidas de la DGT, es un instrumento fiscalmente interesante para aquellas familias que con persona con diversidad funcional a cargo lo empleen para obtener un ahorro en el I.R.P.F.

Hemos analizado su interés desde el punto de vista fiscal a la vez que hemos realizado propuestas de mejora a la fiscalidad de los patrimonios protegidos.

## **8. BIBLIOGRAFÍA**

CUADRADO IGLESIAS, M. "Reflexiones acerca del patrimonio protegido de las personas con DF". *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, Volumen 1. Colegio de Registradores de la

Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia. Murcia, 2004, páginas 1.133 a 1.150.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. "Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado". *Protección jurídica patrimonial de las personas con DF*. La Ley. Año 2007. páginas 113 a 180.

GARCÍA SÁNCHEZ, J.A. "Una escisión legal de patrimonio". *El notario del siglo XXI*, número 29. Año 2010.

HERNÁNDEZ GUTIÉRREZ, M.. El régimen jurídic y tributario del patrimonio protegido del discapacitado, TFG Universidad de Almería, 2016.

LUCAS DURÁN, M. y MARTIN DÉGANO, I. Los patrimonios protegidos de personas con discapacidad y su fiscalidad, Universidad de Alcalá y Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), 2014.

MARTÍN SANTISTEBAN, S. "El patrimonio de destino de la Ley de protección patrimonial de las personas con DF: ¿un acercamiento al trust? *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 612, 2004, pp 1-6.

PASTOR ÁLVAREZ M.C. "Una nueva estrategia legal ante la DF: la protección patrimonial de las personas con DF". *Aranzadi Civil*, número 3. Año 2004. Páginas 2.423 a 2.444.

PÉREZ DE ONTÍVEROS BAQUERO, C. "Protección patrimonial de las personas mayores: el patrimonio especialmente protegido de las personas mayores con DF como medida de protección de los mayores". *Informe Portal Mayores*, número 42. Año 2005.

PÉREZ HUETE, J. "Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados". *Documentos de Trabajo del Instituto de Estudios Fiscales*, número 29. Año 2004. Páginas 1 a 29. "Régimen fiscal de los patrimonios protegidos de los discapacitados". *Crónica Tributaria*, número 116. Año 2005. Páginas 113 a 135.

PÉREZ HUETE, J. Régimen fiscal del patrimonio protegido de los discapacitados. Agencia Estatal de la Administración Tributaria, 2001.

QUESADA SÁNCHEZ, A.J. "El discapacitado y su... ¿patrimonio protegido?". *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, número 75. Año 2008. Páginas 187 a 199.



# DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD<sup>1</sup>

Guillermo Sánchez Luque.

1. Durante largos años la escuela francesa del servicio público dominó el horizonte del derecho administrativo contemporáneo, gracias a la significativa obra del profesor Léon Duguit y de destacados autores como Jèze y Bonnard, así como a los aportes decisivos de la jurisprudencia francesa de fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX<sup>2</sup>. Según la escuela realista de Burdeos, toda la actividad del Estado -en sus diversas facetas (legislativa, administrativa y jurisdiccional)- era servicio público<sup>3</sup>.

Los servicios públicos eran las células que componían ese cuerpo que es el Estado<sup>4</sup>. El derecho administrativo era, pues, el derecho de los servicios públicos<sup>5</sup>. Un derecho donde la “función pública” era el medio para la realización del servicio público, para poner en acción la obra fundamental de la Administración pública.

El servicio público -su organización y gestión como monopolio público- se constituyó en la “piedra angular del derecho administrativo francés”<sup>6</sup>. Así como las “funciones” sucedieron a los “derechos” en el derecho privado, la gran transformación del derecho

---

<sup>1</sup> Extractos del discurso de ingreso como académico correspondiente a la Academia Colombiana de Jurisprudencia el 30 de noviembre de 2021.

<sup>2</sup> Todos aprendimos las bases del derecho administrativo en decisiones trascendentales como el *Arrêt Blanco* del Tribunal de Conflictos de Francia del 1 de febrero de 1873 y el *Arrêt Terrier* del Consejo de Estado Francés del 6 de febrero de 1903.

<sup>3</sup> DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, París, Fontemoing, 1911, p. 60 y *Traité de droit constitutionnel II*, París, Fontemoing, 1909, p. 61.

<sup>4</sup> BONNARD, Roger, *Précis de droit administratif*, París, Recueil Sirey, 1935, pp. 235 y ss.

<sup>5</sup> Waline consideró esta opinión “excesiva”, Cfr. WALINE, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Recueil Sirey, 1951, p. 288.

<sup>6</sup> JÈZE, Gaston, *Principios generales del derecho administrativo I*, Buenos Aires, Depalma, 1949, p. XL.

público fue sustituir a la soberanía por la noción de servicio público como fundamento del derecho público.

El derecho administrativo estaba también inspirado -desde la orilla doctrinaria opuesta a la Escuela de Burdeos<sup>7</sup>- en el poder público y sus prerrogativas (*puissance publique*), es decir en las relaciones desequilibradas, en la desigualdad jurídica, en el mando, en el *imperium*, en la jerarquía y en la superioridad del Estado. Su nota esencial, según Hauriou, era ser un conjunto de prerrogativas atribuidas a la Administración (“el régimen exorbitante”). El estudio del *pouvoir administratif* constituía el primer lugar del derecho administrativo, según la Escuela de Toulouse<sup>8</sup>.

2. La Constitución de 1991 alteró drásticamente esa noción clave del derecho administrativo. El Constituyente tenía claro que el papel del Estado era garantizar la prestación de los servicios públicos y no prestarlos de manera monopólica. En los antecedentes del nuevo texto constitucional se advirtió sin rodeos que el Estado tiene el deber de “garantizar el acceso a ellos en términos económicos y eficientes”<sup>9</sup>.

El criterio orgánico o subjetivo ya no es determinante. El servicio público -como monopolio oficial- ya no es la “pieza maestra” del derecho administrativo. La gestión o prestación de los servicios públicos dejó de ser un dominio reservado al derecho público. El “constitucionalismo social” de fuerte inspiración “duguitiana” de la reforma constitucional de 1936 -y que en Francia ya había hecho crisis<sup>10</sup> al punto de llegar a decirse que esa noción se había

---

<sup>7</sup> HAURIOU, Maurice, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, Recueil Sirey, 1927, pp. 9 ss.

<sup>8</sup> Es curioso, pero pareciera que la noción de “servicio público” terminó sustituyendo -sin más- a la de “soberanía”. O más aún, que las tesis de Duguit aparentemente, al menos en Colombia, se fundieron con las de Hauriou y desembocaron en lo mismo que el primero reprochó: icon otros nombres!

<sup>9</sup> Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º. 48 del 4 de abril de 1991, p. 12.

<sup>10</sup> Primero con la decisión *société commerciale de l'Ouest africain* del Tribunal de Conflictos del 22 de enero de 1921 y luego con los *Arrêts Établissements Vézia y Caisse primaire aide*

“esfumado”<sup>11</sup>- experimentó una transformación radical en la Constitución de 1991.

En consecuencia, la primera parte de este trabajo se ocupará de mostrar los ámbitos legales en los cuales las transformaciones constitucionales del servicio público se han reflejado: los servicios públicos y la contratación del Estado. La segunda estudiará los asuntos pendientes de reflejar esa transformación del derecho de los servicios públicos: la organización administrativa y el acto administrativo, de un lado, y el control judicial -institucional y arbitral- de la Administración.

## **1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD: LAS TRANSFORMACIONES DEL ORDENAMIENTO LEGAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

### **1.1. EL RÉGIMEN LEGAL DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS: DESMONOPOLIZACIÓN Y LIBERTAD ECONÓMICA**

3. La eliminación del monopolio estatal de la prestación de los servicios públicos entrañaba un replanteamiento del esquema que partió de crear un marco jurídico que propiciara las ventajas de un mercado en competencia para poder abastecer la demanda de los servicios, sobre la base de una estrategia coherente para estimular la expansión de la oferta, fundada en estímulos a la inversión económica en el sector, para incentivar la participación privada.

4. La Ley 142 -en desarrollo del artículo 365 CN- previó un régimen especial para esos prestadores al disponer reglas particulares para las sociedades por acciones (arts. 17 y ss.) que son diferentes a las

---

*et protection* del 20 de diciembre de 1935 y del 13 de mayo de 1938, respectivamente, del Consejo de Estado francés.

<sup>11</sup> RIVERO, Jean, *Précis de droit administratif*, París, Dalloz, 1973, p. 158.

que por vía general estableció el Código de Comercio en sus artículos 373 y ss. Esa ley dispuso, por ejemplo, que podrían tener un término de duración indefinido y que no todas las causales de disolución del régimen general le serían aplicables.

5. El artículo 369 sentó las bases de un régimen particular de protección del consumo en este sector. La Constitución replanteó la terminología tradicional: se pasó de “administrado” a “usuario”. Si el servicio público dejó de ser una función administrativa, era apenas natural que el destinatario del servicio cambiara su nombre.

El usuario justificó el cambio de modelo. Según la exposición de motivos de la Ley 142, el usuario fue la “principal víctima” en el monopolio oficial. Como los recursos del sector dependían de las disponibilidades fiscales, ello impedía ampliar la cobertura. Además el monopolio carecía de incentivos para la eficiencia, lo que entrañaba que el usuario debía pagar tarifas innecesariamente altas y recibía servicios de “calidad pobre”<sup>12</sup>. Por ello, el servicio universal y eficiente es el pilar sobre el que descansa todo el esquema constitucional de protección del usuario<sup>13</sup>.

6. El legislador optó por concebir un esquema de protección del usuario con una mirada “administrativista”, propia de las relaciones entre la Administración y las personas. La Ley 142 adoptó figuras típicas del derecho administrativo: el derecho de petición (artículos 152 de la Ley 142)<sup>14</sup>; el “silencio administrativo positivo” (artículo 158 de la Ley 142); la notificación sobre la decisión de una petición o de un recurso se hace en la forma prevista en el CCA -hoy CPACA- (art. 159); la Superintendencia de Servicios Públicos,

---

<sup>12</sup> Exposición de motivos al proyecto de ley n.º 197 de 1992-Senado, en Congreso de la República, *Gaceta del Congreso* n.º 162 de 1992.

<sup>13</sup> Cfr. Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* n.º 53, 18 abril de 1991, p. 5 y *Gaceta Constitucional* n.º 113, 5 de julio de 1991 p. 31.

<sup>14</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2011 [fundamento jurídico 3.1.1].



además, conoce del recurso de apelación contra esas decisiones y según las reglas de la primera parte de ese código<sup>15</sup>.

Si la prestación de los servicios públicos dejó de ser una función administrativa, ¿es coherente que las empresas estén revestidas de “potestades de autotutela” que son propias del ejercicio de una función administrativa? ¿No resulta, acaso, extraño a un esquema como el expuesto, que los operadores puedan resolver unilateralmente (a través de “actos administrativos”) las controversias que surjan en la ejecución del contrato de prestación de servicios? ¿Estas prerrogativas de poder público acentúan aún más la diferencia entre la debilidad del usuario y la preeminencia de la empresa prestadora<sup>16</sup>?

7. El trascendental cambio que trajo para la teoría del servicio público la eliminación del monopolio oficial supuso también una transformación del aparato institucional. Este ya no se centra en el establecimiento público como entidad descentralizada funcionalmente por excelencia, sino en los más representativos medios de intervención administrativa de la economía: la regulación administrativa económica y la inspección, vigilancia y control, al ser una actividad de comercio e industria.

8. La legislación ordena a las comisiones de regulación promover y preservar la competencia, así como asegurar las condiciones de una oferta del servicio eficiente para poder abastecer la demanda<sup>17</sup>. Las comisiones tienen facultades típicamente administrativas y no legislativas, como las que se dice pueden llegar a tener

---

<sup>15</sup> Se dota así de un “privilegio de lo previo” a los prestadores en temas determinantes de la relación con el usuario como la negativa del contrato, la suspensión, la terminación, el corte y la facturación del servicio.

<sup>16</sup> Esas decisiones unilaterales de las empresas, en consecuencia, son susceptibles de los controles “parecidos” a los que proceden contra los actos de la Administración. Una “auténtica vía gubernativa para el sector de los servicios públicos domiciliarios”, en tanto los prestadores obran en esos casos “como titulares de funciones administrativas” (Corte Constitucional, sentencia C-558 de 2001 [fundamento jurídico 5]).

<sup>17</sup> La regulación administrativa económica sectorial ha jugado un papel determinante para lograr un esquema tarifario eficiente en el sector eléctrico, por ejemplo, donde la competencia -en generación y comercialización- y un esquema de bolsa han permitido ampliar la cobertura.

las agencias reguladoras norteamericanas. Así lo pusieron de presente, en su momento, los profesores Vélez García<sup>18</sup> y Vidal Perdomo<sup>19</sup>.

La Corte Constitucional, en un importante pronunciamiento, resaltó que las comisiones de regulación hacen parte de la rama ejecutiva del poder público del orden nacional, que cumplen funciones administrativas y que dependen del presidente de la República, como suprema autoridad administrativa. Según este fallo, cualquier intento de sustituir al legislador, o de dictar reglas sin apoyo en las prescripciones legales, es contrario al artículo 370 CN.

9. La denominación “comisiones de regulación” podría cambiarse. Tal vez sería mejor llamarlas “agencias de promoción de la competencia” o “agencia de garantía del mercado”. La regulación no puede ser la regla y tampoco se puede estar regulando constantemente. El orden jurídico impone tener como derrotero una cierta permanencia de la regulación. El hecho de que se denominen así puede dar a entender que su objeto es, justamente, regular, solo regular y nada más que regular. La experiencia demuestra que los cambios bruscos del marco regulatorio desestimulan la inversión, alteran el mercado y atenta contra la libertad económica. La confianza y la certeza son los pilares del derecho.

La actividad regulatoria podría enmarcarse mejor en la lógica del Código Civil de “desregular”: más normas supletivas de la voluntad y menos normas de orden público, solo las estrictamente necesarias. Tenemos un país con demasiadas leyes y acostumbrado a un número excesivo de disposiciones reglamentarias. El sector de los servicios públicos tiene un marco legal estable y muy pocos

---

<sup>18</sup> VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996 pp. 205 y ss.

<sup>19</sup> VIDAL PERDOMO, Jaime, “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”, en *Revista de Derecho Público* n.º 11, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000, p. 222.

decretos reglamentarios. Sin embargo, las comisiones en muchos aspectos han “sobre regulado” el sector.

10. De otra parte, la concentración de funciones en las comisiones de regulación riñe con los postulados liberales de toda democracia. Atribuirles la facultad de dirimir conflictos entre operadores no solo parece contrario a la Constitución -a pesar de que la Corte ya se haya pronunciado a favor de su exequibilidad<sup>20</sup>, sino al sentido común: quienes expiden las reglas no pueden ser luego imparciales e independientes para aplicarlas en casos particulares. La experiencia ha mostrado, además, que no es precisa la naturaleza de esa función -¿administrativa o judicial?-. Esa incertidumbre sobre su alcance no es una buena señal para el mercado<sup>21</sup>.

En todo caso, la legislación sectorial de los servicios públicos se ha mantenido -en términos generales- a lo largo de más de un cuarto de siglo. Esa estabilidad se explica no en ese sabio precepto, sino -como sostiene el profesor Palacios Mejía- en que el gobierno, las empresas y los usuarios parece que “temen que una reforma hecha con el propósito de lograr alguna pequeña mejoría, sea oportunidad de un cambio mayor que altere los delicados equilibrios que la ley contiene”. Todo indica, dice el autor, que la estabilidad de la Ley 142 “proviene del hecho de que cada uno de los grandes sectores sociales a los que ella se aplica sienten que la ley protege sus intereses fundamentales. Es difícil hacer elogio más alto de esa, o de cualquier otra ley”<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1120 de 2005 [fundamento jurídico 9]. Como esta providencia no tiene efectos de cosa juzgada absoluta, en un futuro la Corte podría pronunciarse frente al artículo 116 CN.

<sup>21</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencias de 27 de marzo de 2008, Rad. 33645 [fundamento jurídico 3.2.1] y Rad. 33644 [fundamento jurídico 2.2]. La mayoría de las referencias a las sentencias y conceptos del Consejo de Estado han sido tomadas de: Consejo de Estado, *Antología jurisprudencias y conceptos Consejo de Estado 1817-2017*, Bogotá, Imprenta Nacional, 2019, disponible en: <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III A Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjiduk> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).

<sup>22</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo (prólogo) a ECONÓMICA CONSULTORES, *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004, p. 13.

## **1.2. RÉGIMEN LEGAL DE LOS CONTRATOS ESTATALES: MENOS UNILATERALIDAD Y MÁS AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD**

El nuevo rol del Estado, en general en la economía y en particular en los servicios públicos, impuso reconfigurar -como en efecto se hizo- todo el régimen de contratación estatal. Un Estado que ha asumido tantos retos en el modelo social de derecho exige de una contratación pública robusta y eficiente que sirva de instrumento para el desarrollo del país.

Al igual que la legislación sectorial de los servicios públicos, la Ley 80 de 1993 en su texto original busca propiciar la inversión (nacional y extranjera), al tener en cuenta las evidentes limitaciones fiscales de un país pobre como el nuestro. La innovación, el mejoramiento de la infraestructura nacional y de servicios, solo puede lograrse con el concurso insustituible de los particulares.

11. La Ley 80 de 1993 buscó brindar certeza a las relaciones contractuales del Estado. No es una ley breve porque sea una norma marco abierta a la reglamentación administrativa. Es una ley concisa porque el derecho común regula lo esencial, como lo disponen sin rodeos sus artículos 13 y 40. Escasos ochenta artículos que dejaron sentadas las bases de un esquema basado en el acuerdo, en la autonomía de la voluntad, en la libertad.

Un estatuto conciso, que usa un lenguaje claro y sencillo, que tiene un conjunto articulado de preceptos en los que domina el sentido práctico. La triada sobre la que se construyó el estatuto contractual podría sintetizarse así: (i) los fines de la contratación son los mismos del Estado (art. 3º de la Ley 80); (ii) el régimen general es el derecho civil y comercial (art. 13, en consonancia con los artículos 23, 27, 28, 32, 40, 44 a 46 de la Ley 80) y (iii) solo por excepción se aplican las reglas propias de la función administrativa (art. 77 de la Ley 80).

La libertad es pilar básico de las decisiones de las personas. La libertad de contratar es una manifestación de la libertad en general y en particular es una “consecuencia” del principio de la autonomía de la voluntad<sup>23</sup>. Por ello, la declaración de voluntad en los contratos estatales no difiere en esencia de la de los contratos entre particulares. Eso es lo que reconoce la Ley 80: toda una transformación del derecho administrativo.

12. No hay actos administrativos por el simple hecho de que una de las partes sea la Administración y se pronuncie. Un precepto cardinal, que está en consonancia con el artículo 13, es el artículo 77 de esa ley que prescribe que las normas sobre procedimientos y actuaciones administrativas serán aplicables a las actuaciones contractuales en cuanto sean compatibles con la finalidad y principios de la Ley 80.

En definitiva, algunos criterios del Consejo de Estado sobre la Ley 80 de 1993 son muy parecidos a los que se tenían en vigencia del anterior estatuto (el Decreto Ley 222 de 1983): ¿puede valerse el juez del contrato de puntos de vista basados en una legislación que no solo está derogada, sino que estaba perfilada con una concepción diametralmente opuesta a la legislación vigente?

13. No obstante, el Consejo de Estado paulatinamente ha comenzado a revisar ese enfoque de “función administrativa contractual”. En primer lugar, como ya lo hizo la jurisprudencia civil<sup>24</sup>, el Consejo de Estado -en el ámbito de los regímenes exceptuados<sup>25</sup>- de

---

<sup>23</sup> ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Nascimento, 1961, p. 311.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia de 30 de agosto de 2011, Rad. 1999-01957-01 [fundamentos jurídicos 2, 3 y 4].

<sup>25</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de junio de 2007, Rad. 31838 [fundamento jurídico 4.2.3]; sentencia de 20 de febrero de 2017, Rad. n.º. 56939 [fundamento jurídico 1], con A.V.; sentencia de 19 de julio de 2017, Rad. 57394 [fundamento jurídico 7] con A.V. y sentencia de 8 de junio de 2018, Rad. 38120 [fundamento jurídico 3.6]. y A.V. a la sentencia de 21 de noviembre de 2017, Rad. 42408 [fundamento jurídico 3.4.1].

tiempo atrás ha encontrado viable pactar cláusulas que permitan la resolución extrajudicial unilateral.

14. En segundo lugar, la situación excepcional derivada de la pandemia del COVID-19 puso de presente que la renegociación es una salida más coherente que las medidas unilaterales. Es deseable que las partes intenten acordar nuevas condiciones que permitan la ejecución de lo pactado. El encuentro, el acuerdo, la bilateralidad son vitales para reubicar a la libertad en el centro del derecho administrativo.

15. En tercer lugar, sobre la base de que la autonomía de la voluntad es la regla dominante del régimen de contratación, el Consejo de Estado ha venido replanteando el criterio según el cual la ausencia de salvedades en otrosíes o en contratos posteriores impide -automáticamente- plantear pretensiones judiciales<sup>26</sup>. El punto de partida de nuevo ha sido la autonomía: gobernarse por sus propias reglas. La autonomía es esencial a toda persona (art. 73 CC), como sujeto de derechos y ello aplica también a las personas jurídicas (art. 633 CC) y dentro de ellas por supuesto a las de carácter público o de las entidades que -aunque carecen de personería jurídica- la ley autoriza a obligarse (arts. 2, 6, 7 Ley 80).

16. En un derecho administrativo de la libertad, los organismos de control no deberían tener una injerencia determinante la celebración y ejecución del contrato. Esta coadministración, que se genera en la práctica, no solo impide una buena gestión, sino que además dificulta una imparcial y adecuada labor de control. Así lo entendió la Ley 80 en su texto original.

Sobre los gestores públicos pesa, pues, una “presunción de mala fe”. Así la gobernanza pública pasó de las manos de los gestores

---

<sup>26</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia de 16 de octubre de 1980, Rad. 1960 [fundamento jurídico 7]; Subsección C, sentencia de 28 de mayo de 2015, Rad. 35625, [fundamento jurídico 4] y A.V. a la sentencia de 29 de enero de 2018, Rad. 52666 [fundamento jurídico 3].

públicos a la coadministración de los múltiples organismos de control. La proliferación de mecanismos e instrumentos de fiscalización de la actividad contractual paraliza los proyectos. El Estado se expone a incertidumbres litigiosas, pues acude a los pleitos por el mero temor a firmar un arreglo directo, figura que ha sido estigmatizada. Se necesitan menos abogados y más emprendedores en los contratos del Estado.

## **2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LA LIBERTAD: LAS REFORMAS PENDIENTES AL ORDENAMIENTO LEGAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

### **2.1. HACIA UN RÉGIMEN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DE LA LIBERTAD**

17. La participación de los particulares en la gestión de los servicios públicos, que antes estaba a cargo del Estado, no solo supuso una transformación de la noción de servicio público, sino que vino acompañada de una redefinición del papel del Estado en este sector y en la economía en general. Esto impone una organización y funcionamiento de la institucionalidad administrativa desde una visión subsidiaria; un regreso a confiar en la capacidad de las personas para ser responsables de sus destinos. La finalidad de la ley - según el padre del liberalismo filosófico- no es suprimir o restringir la libertad, sino lo contrario: protegerla y ampliarla<sup>27</sup>.

Este postulado de subsidiariedad se suele sintetizar en una idea simple: *tanta libertad como sea posible, tanta intervención estatal como sea imprescindible*. Es reconocer que el progreso social no depende exclusivamente del Estado. El fracaso del “Estado del bienestar estático” fue creer en la fórmula ingenua según la cual la

---

<sup>27</sup> LOCKE, John, *Two treatises on civil government*, II, 17, Cambridge University, 1997, VI, 57.

intervención estatal directa automáticamente producía mayor bienestar general<sup>28</sup>.

El Estado no puede hacerlo todo. Un Estado sobrecargado de tareas, como era el propio del monopolio del servicio público, no solo es ineficiente, sino que además se erige en una seria amenaza contra la libertad de las personas. Un derecho administrativo de la libertad apuesta más por la libertad y la responsabilidad de las personas en la construcción de su destino, que en el poder aplastante de la burocracia estatal.

18. Con este enfoque, el artículo 20 transitorio CN dotó de facultades extraordinarias al gobierno de la época para que, a través de normas con fuerza de ley<sup>29</sup>, reordenara la rama ejecutiva del poder público y la pusiera a tono con el nuevo enfoque de los servicios públicos y de la empresa como base del desarrollo económico. El constituyente facultó al ejecutivo para modificar la estructura de ciertas entidades, es decir, para reestructurarlas, lo que suponía la facultad de modificar, crear, adicionar o reasignar funciones, reemplazar la denominación de entidades y crear o suprimir cargos o empleos<sup>30</sup>.

19. En materia de estructura de la Administración nacional<sup>31</sup>, el esquema constitucional y legal permite una enorme flexibilidad al Ejecutivo para hacer constantes cambios normativos, ya que “sustraer del debate en el Congreso y de las reglas de la decisión

---

<sup>28</sup> RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, *El derecho administrativo del Estado social y democrático de derecho*, Buenos Aires, IJ Editores, 2020. En sentido similar, RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, “Subsidiariedad y entes locales” (2 de marzo de 2018) “Sobre el principio de subsidiariedad” (2 de noviembre de 2019); y “El principio de subsidiariedad” (7 de noviembre de 2020), disponibles en: <https://rodriguezarana.com>

<sup>29</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 20 de enero de 1994, Rad. 2455 [fundamento jurídico párr. 15].

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sección Primera, Rad. 2249, sentencia de 13 de mayo de 1993 [fundamento jurídico párr. 24]

<sup>31</sup> Un trabajo completo y actualizado sobre organización estatal, en RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del poder público en Colombia*, Bogotá, Temis, 2021.



democrática mayoritaria”<sup>32</sup> estas materias. El reformismo estatal permanente, podría decirse que hay una gran “reestructuración administrativa” por cada período de gobierno, priva de estabilidad al aparato institucional.

Es necesario volver a dotar de claridad a la organización de la rama ejecutiva. Se requiere una ley orgánica que establezca criterios precisos para crear entidades, con sus elementos definidores, como en su momento se hizo en la histórica reforma administrativa de 1968. Ello sería una buena base para que hubiere la certeza y la confianza que se requiere tener en las instituciones. Una ley orgánica, como alcanzó a plantearse en la Comisión Tercera de la Constituyente, es sin duda una salida razonable.

Es preciso, según el profesor Ibáñez Najar, contar con unos nuevos estatutos básicos o normas orgánicas para imprimirle orden a la organización de la rama ejecutiva<sup>33</sup>. Desde cuando la Corte Suprema de Justicia -entonces juez de constitucionalidad- cambió su criterio y concluyó que los Decretos 1050 y 3130 de 1968 no tenían carácter de estatutos orgánicos básicos y, por ende, no tenían una jerarquía superior a la ley, el legislador ha venido creando todo tipo de entidades administrativas sin sujeción a parámetro legal alguno.

20. Tampoco hay un reparto riguroso de competencias entre el Congreso y el gobierno en materia de definición y modificación de la estructura de Administración nacional. La ley de manera diáfana debe establecer los precisos contornos de los artículos 150, numeral 7, y 189, numeral 16 CN. El artículo 54 de la Ley 489 de 1998 tal como está hoy no permite distinguir con nitidez cuál es el ámbito de la ley y cuál el del reglamento administrativo. Es desconcertante

---

<sup>32</sup> PALACIOS MEJÍA, Hugo, *Economía en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999, p. 34.

<sup>33</sup> IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007, pp. 367 y ss.

que dos autoridades tengan, en el fondo, competencias que se traslapan.

No puede ser idéntico el alcance de las facultades “ordinarias” del presidente, para “reestructurar” entidades y organismos administrativos del orden nacional, que el alcance de las atribuciones que tiene el Congreso para “definir” su estructura. No es conveniente, ni se acompasa con nuestro sistema de fuentes jurídicas, que una norma legal pueda ser reformada por una disposición administrativa, como lo ha permitido la jurisprudencia<sup>34</sup>.

21. Hay que reformular el artículo 211 CN. Esta disposición, al permitir el uso indiscriminado de la delegación a todo tipo de autoridades, generó un enorme desorden. En un punto tan sensible como la responsabilidad, las normas no pueden establecer ámbitos de impunidad: según la Constitución solo responde el delegatario y no el delegante. La ley y los jueces no son los llamados a corregir los excesos de ese precepto constitucional.

22. El Estado del siglo XIX, a juicio de Villar Palasí, heredó y aplicó muchas técnicas típicas del Estado absoluto y este -por su parte- conservó muchas instituciones de los siglos anteriores<sup>35</sup>. A su vez, el derecho administrativo contemporáneo -enseña el maestro Casagagne- ha heredado un gran número de técnicas y principios provenientes del derecho regio<sup>36</sup>.

---

<sup>34</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Primera, sentencia de 8 de junio de 2000, Rad. 5914 [fundamento jurídico 2.2]; sentencia de 15 de junio de 2000, Rad. AI-053 [fundamento jurídico 2.2]; sentencia de 2 de noviembre de 2000, Rad. 5773 [fundamento jurídico IV]; sentencia de 26 de julio de 2001, Rad. 5849 [fundamento jurídico 2.4]; Sala de Consulta y Servicio Civil, concepto de 5 de septiembre de 2002, Rad. 1437 [fundamento jurídico 1]; Sección Primera, sentencia de 8 de noviembre de 2002, Rad. 6758 [fundamento jurídico V]; sentencia de 13 de marzo de 2003, Rad. 7102, [fundamento jurídico IV]; sentencia de 31 de julio de 2003, Rad. 6584 [fundamento jurídico IV] y sentencia del 31 de julio de 2003, Rad. 6327 [fundamento jurídico V. 3]. En sentido contrario, Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección B, sentencia de 17 de marzo de 2010, Rad. 35726 [fundamento jurídico 5].

<sup>35</sup> VILLAR PALASÍ, José Luis, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972, p. 81.

<sup>36</sup> CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002, p. 108.

Conviene reexaminar -como ya ha comenzado a hacerlo la jurisprudencia- ciertas instituciones del derecho administrativo. Por ejemplo, no debería seguir hablándose de “privilegio de la decisión ejecutoria”. Este instituto está concebido para que el destinatario de la decisión administrativa sea protegido, sin que tenga que acudir al juez. En otras palabras, pretende evitar que las relaciones de la Administración con las personas terminen en un pleito. Más que una “prerrogativa” de la Administración, debe entenderse como un mecanismo de gestión pública que facilita la toma de decisiones al tratar de evitar la controversia judicial<sup>37</sup>.

23. Revisada someramente la organización de la Administración del orden nacional, hay que replantear otra figura central del derecho administrativo: el acto administrativo. Ello exige reformular el criterio dominante para diferenciar la función administrativa. En nuestro país, a pesar de lo dispuesto desde la reforma constitucional de 1945, ha prevalecido el criterio orgánico o subjetivo para diferenciar las funciones del Estado, entre ellas -por supuesto- la administrativa.

Hoy, sin embargo, pareciera que el acto administrativo no se presume legal, su obligatoriedad es cuestionada desde diversos frentes y su carácter ejecutorio, parece supeditado a la anuencia judicial. Si la excepción es la suspensión provisional, era obvio que se exigiera una oposición grosera al orden superior, una ilegalidad manifiesta. Sin embargo, el artículo 231 CPACA eliminó este presupuesto para decretar esa medida cautelar.

Al suprimirse el requisito de infracción manifiesta para decretar la suspensión provisional, no solo se pone en tela de juicio la figura misma del acto administrativo, sino que además se exige una suerte de prejuizgamiento sobre su legalidad, sin que haya habido proceso. La Administración queda, así, despojada de un presupuesto importantísimo para la gestión de lo público y traslada a los jueces

---

<sup>37</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sección Tercera, auto de 31 de octubre de 2016, Rad. 28741A [fundamento jurídico 8] y auto de 17 de mayo de 2019, Rad. 59136 [fundamento jurídico 3]

la definición de las materias, sin que medie aún juicio alguno<sup>38</sup>. Un derecho administrativo de la libertad, no solo mira a las personas como eje de la Administración, sino que también se preocupa por la solidez y respetabilidad de las instituciones. Solo así se logra la confianza necesaria para una convivencia armónica.

## 2.2. HACIA UN CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN BASADO EN LA LIBERTAD

24. Hoy, la dualidad no se explica en una pretendida especialidad o particularidad del derecho que regula las relaciones del Estado. La especialidad está en los fines y en la mixtura de derecho público y derecho privado. Se requiere un juez que conozca bien las reglas peculiares de la Administración, pero que no sea ajeno al derecho privado. La particularidad está en esa dificultad de manejar un derecho mixto y, además, en saber encontrar las diferencias en su aplicación e interpretación.

La distinción entre “actos de autoridad” y “actividad de gestión” propuesta por Berthélemy<sup>39</sup> -y que orientó a la jurisprudencia francesa a comienzos del siglo pasado- sirve, en palabras de Garrido Falla, para delimitar los campos de la respectiva aplicación del derecho administrativo y del derecho privado<sup>40</sup>. Si los contratos son los mismos de los particulares, su responsabilidad se ve comprometida -según Rivero- en los mismos casos: no hay, entonces, un régimen jurídico propio de la acción administrativa<sup>41</sup>.

El Estado hoy actúa igual que los particulares en muchos ámbitos. Los contratos y la prestación de los servicios públicos son “actos de gestión” gobernados principalmente por el derecho privado

---

<sup>38</sup> A.V. a Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, auto de 17 de septiembre de 2018, Rad. 52506 [fundamento jurídico 2].

<sup>39</sup> BERTHÉLEMY, H., *Traité élémentaire de droit administratif*, París, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913.

<sup>40</sup> GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, v. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973,

<sup>41</sup> RIVERO, Jean, *Précis...op. cit.* p. 34.

(relaciones de coordinación) y no “actos de poder público”, de autoridad, gobierno, de imperio, o de mando, gobernados por el derecho público (relaciones de subordinación).

La independencia de la jurisdicción administrativa hoy no debería explicarse en una especialidad basada en la desigualdad, ni en la unilateralidad. El régimen distinto está en la mezcla, la mixtura, en la “hibridación” de que hablara Weil<sup>42</sup>. Y el juez es especial, no porque sea un juez experto en la unilateralidad, sino justamente porque entiende esa mezcla, porque tiene claros los fines de la Administración y porque debe estar en capacidad de aplicar los postulados del derecho común en muchos ámbitos, sin perder el prisma público.

25. Preocupa que, al lado de los mecanismos constitucionales y legales de intervención administrativa de los servicios públicos, por ejemplo, se ha venido creando todo un esquema “paralelo” concebido a partir de múltiples y desarticuladas decisiones judiciales. No hay duda que las acciones colectivas son un instrumento adecuado para resolver las diferencias en derecho del consumo.

Una buena gestión de lo público exige la división de las tareas entre las diferentes agencias del Estado. El juez no puede privar a la Administración de sus competencias y asumir atribuciones que han sido otorgadas por la Constitución a otras autoridades. La tridivisión del ejercicio del poder público no es solo una garantía de la libertad, sino una media de eficacia para la gestión de cada una de las parcelas del poder público.

No es aconsejable la acumulación de acciones judiciales, que se sucedan unas a otras o que coexistan para un mismo objeto, y menos aún que esas acciones se puedan presentar ante otras jurisdicciones so pretexto de que se trata de asuntos “constitucionales”.

---

<sup>42</sup> WEIL, Prosper et POUYAUD, Dominique, *Le droit administratif*, Paris, PUF, 1994, p. 73.

26. Las medidas cautelares del CPACA se han desbocado. La “discrecionalidad de la justicia administrativa” no puede sustituir a la discrecionalidad de la Administración. Las “medidas cautelares inominadas” no dejan actuar a la Administración, so pretexto de “la tutela judicial efectiva”. Por esa vía, los jueces suplantán el criterio de la definición y ejecución de la política pública de la Administración por su criterio personal.

Si el juez se transforma en administrador, la Administración se paraliza. Ello se traduce, por supuesto, en una mayor debilidad institucional. Y las instituciones débiles -tanto como las usurpadoras- son una amenaza contra la libertad. Una cosa es controlar y otra coadministrar. El control judicial es un control jurídico, no un control de oportunidad, ni de conveniencia.

27. Es necesario también revisar la extendida atribución de funciones judiciales a autoridades administrativas<sup>43</sup>. Es cierto que el artículo 116 CN autoriza al legislador para otorgarles ese tipo de competencias, pero, al hacerlo, impuso una condición de aplicación que no se puede pasar por alto: su “excepcionalidad”. A juicio del profesor Tafur Galvis “la condición de ‘excepcionalidad’ signa la actividad del legislador en materia de atribución de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas y guía la interpretación tanto de la atribución misma, como del alcance del ejercicio de la función jurisdiccional”<sup>44</sup>.

Ante la congestión de los despachos judiciales y la complejidad de los asuntos (especialmente económicos) se está abriendo peligrosamente la puerta para que ámbitos completos queden en manos

---

<sup>43</sup> Cfr. MESA ZULETA, María Luisa, “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias” en AA. VV., *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo Tomo II*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020, pp. 407-435.

<sup>44</sup> Cfr. TAFUR GALVIS, Álvaro, *Constitución Política y potestad organizadora*, Bogotá, Ibáñez, 2011, pp. 37 y ss.

de autoridades administrativas “con funciones judiciales”<sup>45</sup>. Pero además de su uso extensivo (una vez más, la excepción pretende erigirse en regla) quedan interrogantes por resolver: ¿un funcionario “judicial” dependiente del director de una entidad administrativa es realmente autónomo? ¿una superintendencia -que por ejemplo es autoridad de policía administrativa y regula muchas materias- es “imparcial” al conocer de conflictos judiciales<sup>46</sup>?

¿Se han introducido los riesgos de la politización? ¿No sería más fácil convertir a todo ese aparato burocrático en parte de la rama judicial, con todo lo que ello implica? ¿Crear, por ejemplo, la anhelada jurisdicción comercial con servidores de la Superintendencia de Industria y Comercio, de la Superintendencia de Sociedades y Superintendencia Financiera, en lugar del artificioso recurso de apelación ante los Tribunales ordinarios?

Hay que reconsiderar la aplicación forzada de instituciones como el “precedente judicial”. No se puede desconocer el gran papel que juega la jurisprudencia, pero ella es tan solo un criterio auxiliar de la actividad judicial (art. 230 C.N.)<sup>47</sup>. Al pretender trasladar, sin más, figuras de otros países con tradiciones jurídicas ajenas al nuestro, se produce un clima de incertidumbre, porque en nuestra cultura jurídica no se tiene el cuidado y el rigor que demanda la aplicación de instituciones como esa.

Es curioso, pero la jurisprudencia tenía un mayor valor cuando solo era entendida como tal. Hoy, cuando se habla de “precedente”, las decisiones judiciales no tienen la fuerza y el respeto de otras épocas. Más que trasplantar esquemas foráneos que no encajan en

---

<sup>45</sup> En sentido contrario ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José, “Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en asuntos de antimonopolios”, *Revista Con-texto* n.º. 43, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

<sup>46</sup> Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-1641 del 2000 [fundamentos jurídicos 18-30].

<sup>47</sup> Cfr. Consejo de Estado, Sala Especial de Decisión n.º. 26, sentencia de 8 de septiembre de 2021 [fundamento jurídico 22].

nuestras tradiciones, lo que debe fortalecerse es la estricta aplicación de los criterios (auxiliares) jurisprudenciales.

28. Por último, pasemos rápidamente a la justicia arbitral que también controla -en el ámbito contractual, de momento- a la Administración. Hay quienes incluso ya hablan -dado su uso extensivo, especializado y riguroso- de una suerte de “justicia arbitral administrativa”: ¿Qué son los árbitros en Colombia? la Constitución zanjó cualquier discusión: los árbitros -en el ámbito doméstico- son genuinos jueces, desde una perspectiva funcional. Así lo dispuso el artículo 116 de la CN, al autorizar a los particulares para que, si así lo pactaban, acudieran a los árbitros y no a la justicia institucional.

Un derecho administrativo de la libertad debe hacer una apuesta completa por el respeto a la autonomía de la voluntad: al acuerdo de las partes de sustraer sus controversias de la justicia institucional. Si en el ámbito de la contratación estatal se producen algunos actos administrativos, es natural que los árbitros puedan pronunciarse -sin limitaciones- sobre estas decisiones. No tiene sentido que los árbitros se puedan pronunciar sobre la validez del contrato y anularlo, pero no puedan pronunciarse sobre los actos administrativos que se expiden con ocasión del mismo<sup>48</sup>.

Una intervención judicial mínima es indispensable para la solidez de la institución arbitral: el juez no puede desconocer el acuerdo. Si la autonomía de la voluntad supone una potestad de autorregulación de intereses y relaciones, el Estado en esos casos -por regla general- está llamado a jugar un rol secundario<sup>49</sup>, para, en lugar de entorpecer, sea un facilitador de la coexistencia armónica de las esferas de libertad. La justicia institucional no es un antagonista del arbitraje.

---

<sup>48</sup> Cfr. MONTES DE ECHEVERRI, Susana, “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”, en *Revista de derecho público* n.º. 14, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002, p. 141.

<sup>49</sup> Si el juez institucional termina decidiendo los casos sometidos al arbitraje, ¿qué sentido tiene pactar arbitraje?



## CONCLUSIONES

29. El profesor Bidart Campos dividía en dos los temas del derecho constitucional: el derecho constitucional del poder (teoría del Estado) y el derecho constitucional de la libertad (los derechos y libertades)<sup>50</sup>. Nuestro planteamiento no pretende transpolar ese brillante postulado al ámbito del derecho administrativo. Estas reflexiones buscan proponer un punto de vista distinto de este ramo del derecho: desde la libertad. Una lectura, para decirlo en expresión hoy extendida, en clave de la libertad.

La Administración no puede ser un obstáculo para la vida de las personas. Así lo entendieron las grandes transformaciones normativas de fines del siglo pasado: la Constitución de 1991, las reformas administrativas de 1992 expedidas con base en el artículo 20 transitorio de la Constitución, la Ley 80 de 1993 y el nuevo régimen de los servicios públicos (Leyes 142 y 143 de 1994). Cuatro años que marcaron un nuevo horizonte al derecho administrativo nacional.

Hay que construir relaciones sólidas de confianza entre el Estado y los particulares. Es preciso superar la falsa dualidad individuo-Estado. En el séptimo centenario de la muerte de Dante, vale la pena recordar un pasaje de la *Monarquía*: “el género humano vivirá tanto mejor cuanto más sea libre [...] nuestra libertad es el mayor don hecho por Dios a la humana naturaleza”<sup>51</sup>.

## BIBLIOGRAFÍA

ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo y SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, *Curso de derecho civil*, Santiago de Chile, Nascimento, 1961.

ARCHILA PEÑALOSA, Emilio José, “Vuelve y juega: facultades jurisdiccionales para la superintendencia de industria y comercio en

---

<sup>50</sup> BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

<sup>51</sup> DANTE, Alighieri, *Monarquía*, libro I, capítulo XII, Madrid, Tecnos, 1992.

asuntos de antimonopolios”, Revista Con-texto nº. 43, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.

BERTHÉLEMY, H., *Traité Elementaire de Droit Administratif*, París, Librairie Nouvelle de Droit et Jurisprudence, 1913.

BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado elemental de derecho constitucional*, Buenos Aires, Ediar, 1989.

BONNARD, Roger, *Précis de droit administratif*, París, Recueil Sirey, 1935.

CASSAGNE, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2002.

Colombia, Asamblea Nacional Constituyente, *Gaceta Constitucional* <https://babel.banrepcultural.org/digital/colleccion/p17054coll26/id/3702/rec/1>

–, Congreso de la República, *Gaceta del Congreso y Leyes de la República* <http://www.secretariassenado.gov.co/>

–, Consejo de Estado, sentencias <http://www.consejodeestado.gov.co/>

–, Consejo de Estado, *Antología Jurisprudencias y Conceptos*, Consejo de Estado 1817-2017, Bogotá, Imprenta Nacional, 2019 <https://cutt.ly/OQ9KFJH> (Tomo III A Responsabilidad contractual); <https://bit.ly/3gjjduK> (Tomo III B Responsabilidad extracontractual) y <https://sidn.ramajudicial.gov.co/> (Tomos I, II y IV-VI).

–, Corte Constitucional, sentencias <https://www.corteconstitucional.gov.co>

–, Corte Suprema de Justicia, sentencias <http://www.cortesuprema.gov.co/>

DANTE, Alighieri, *Monarquía*, Madrid, Tecnos, 2005.

DUGUIT, Léon, *Traité de droit constitutionnel II*, París, Fontemoing, 1909.

DUGUIT, Léon, *Manuel de droit constitutionnel*, París, Fontemoing, 1911.

GARRIDO FALLA, Fernando, *Tratado de derecho administrativo*, v. I, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1973.

HAURIOU, Maurice, *Précis de Droit Administratif et de Droit Public*, París, Recueil Sirey, 1927.

IBÁÑEZ NAJAR, Jorge Enrique, *Estudios de derecho constitucional y administrativo*, Bogotá, Legis-Justicia y Desarrollo Sostenible-Universidad Sergio Arboleda, 2007.

JÈZE, Gaston, *Principios Generales del Derecho Administrativo I*, Buenos Aires, Depalma, 1949.

LOCKE, John, *Two treatises on civil government, II*, Cambridge University, 1997.

MESA ZULETA, María Luisa, “Perspectiva sobre el alcance de las facultades de las superintendencias” en AA. VV., *Estudios en derecho público: liber amicorum en homenaje a Carlos Betancur Jaramillo Tomo II*, Bogotá, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 2020, pp. 407-435.

MONTES DE ECHEVERRI, Susana, “La solución de controversias contractuales por la vía arbitral”, en *Revista de derecho público* n.º 14, Bogotá, Universidad de los Andes, 2002.

PALACIOS MEJÍA, Hugo, *Economía en el derecho constitucional colombiano*, Bogotá, Derecho Vigente, 1999.

PALACIOS MEJÍA, Hugo (prólogo) a ECONÓMICA CONSULTORES, *Impacto sectorial de los diez años de la legislación marco de servicios públicos domiciliarios en Colombia*, Bogotá, Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2004.

RIVERO, Jean, *Précis de droit administratif*, París, Dalloz, 1973.

RODRÍGUEZ ARANA, Jaime, Artículos: <https://rodriguezarana.com>

RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, Libardo, *Estructura del poder público en Colombia*, Bogotá, Temis, 2021.

TAFUR GALVIS, Álvaro, *Constitución Política y potestad organizadora*, Bogotá, Ibáñez, 2011.

VÉLEZ GARCÍA, Jorge, *Los dos sistemas del derecho administrativo*, Bogotá, Universidad Sergio Arboleda, 1996.

VIDAL PERDOMO, Jaime, “Las comisiones de regulación en los servicios públicos”, en *Revista de Derecho Público* n.º 11, Bogotá, Universidad de los Andes, 2000.

VILLAR PALASÍ, José Luis, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, 1972.

WALINE, Marcel, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, París, Recueil Sirey, 1951.

WEIL, Prosper et Pouyaud, Dominique, *Le droit administratif*, París, PUF, 1994.



# LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL Y EL USO DE VEHÍCULOS AUTÓNOMOS EN ÁREAS MÁS ALLÁ DE LA JURISDICCIÓN DE LOS ESTADOS

Iraida Angelina Giménez.

Candidata a Doctora en Derecho por la Universidad de Sevilla. Esta contribución es el resultado de la investigación realizada para la presentación de observaciones y discusión en el 2022 Alumni Seminar of the Yeosu Academy auspiciadas por el Korean Maritime Institute (Corea del Sur).

Esta contribución aborda dos desafíos de la sociedad tecnológica, la protección del medio marino a través de la aplicación de la evaluación de impacto ambiental y el uso de una tecnología emergente para mejorar la exploración del fondo oceánico. Primero, se analizará el marco normativo disponible para regular las actividades submarinas en áreas localizadas más allá de la jurisdicción de los Estados. Segundo, se abordará la estrecha relación entre el proceso de evaluación de impacto ambiental y el uso de vehículos autónomos. Se concluirá con algunas perspectivas regulatorias que aproxime la práctica actual hacia el desarrollo sostenible tanto de recursos vivos en Alta Mar<sup>1</sup> como de no vivos en La Zona<sup>2</sup>.

## 1. MARCO NORMATIVO DE LA PROTECCIÓN DEL MEDIO MARINO Y LAS ACTIVIDADES EN LA ZONA

La preservación del medio ambiente representa una de las áreas del Derecho que evoluciona de la mano con la tecnología. En la

---

<sup>1</sup> Artículo 86 CONVEMAR: todas las partes del mar no incluidas en la zona económica exclusiva, en el mar territorial o en las aguas interiores de un Estado, ni en las aguas archipelágicas de un Estado archipelágico”.

<sup>2</sup> Artículo 1.1.1) CONVEMAR. “Por Zona se entiende los fondos marinos y oceánicos y su subsuelo fuera de los límites de la jurisdicción nacional”

actualidad, las estrategias de protección ambiental resultan inconcebibles sin la innovación y el impulso brindado por el descubrimiento de fenómenos anteriormente inadvertidos por el hombre. Los avances derivados de sectores como la inteligencia artificial, la biotecnología, la nanotecnología, ingenierías aplicadas, análisis de datos, entre otros, son determinantes para el desarrollo o paralización de las actividades que pretendan desplegarse en estas áreas de interés para la humanidad.

Ahora bien, la tecnología también enciende las alarmas cuando la introducción de elementos ajenos al ambiente marino es capaz de causar un deterioro sustantivo del entorno<sup>3</sup>. A título ejemplificativo, la prospección sobre minería profunda trae aparejados riesgos asociados a diversos tipos de contaminación como lumínica, sónica, alteraciones químicas y la modificación de sedimentos con impactos inciertos sobre ecosistemas incólumes por millones de años<sup>4</sup>.

Ante esta realidad ambivalente, el Derecho tiene la capacidad de traducir los resultados científicos en políticas, planes y regulaciones donde se procura modular el riesgo hasta acercarlo a un umbral de tolerancia razonable, mediante el cual es posible establecer ciertos límites a la actividad humana, mientras se construye un camino hacia el desarrollo sostenible<sup>5</sup>.

Ciertamente, la cuestión sobre biodiversidad y la evaluación de impacto ambiental<sup>6</sup> *fuera de la jurisdicción estatal* no se encuentran

---

<sup>3</sup> Artículo 1.4 CONVEMAR. Su redacción permite expandir el concepto hacia nuevos métodos de contaminación como los provenientes de los AV y ROV.

<sup>4</sup> Christiansen, B., Denda, A., & et al. (2020). Potential effects of deep seabed mining on pelagic and benthopelagic biota. *Marine Policy*, 114, 103442. Véase también: Wedding, L. M., Reiter, S. M., & et al. (2015). Managing mining of the deep seabed. *Science*, 349(6244), 144-145.

<sup>5</sup> Sánchez Bravo, Á. (2021). Medio ambiente, derecho y políticas públicas en tiempos de pandemia. *Justiça, sociedade e direitos humanos*. El autor señala que: "Naturaleza y ser humano, y posteriormente naturaleza y sociedad, son las dimensiones de una realidad inseparable, cuyo equilibrio dependerá de los sistemas de producción, de los avances tecnológicos y científicos y de la estructura y organización sociales".

<sup>6</sup> Los artículos 204 y 206 CONVEMAR definen de manera general la EIA.

expresamente delineadas. Sin embargo, la Convención sobre Derecho del Mar “CONVEMAR”, al igual que otros acuerdos internacionales sobre medio ambiente son instrumentos vivos<sup>7</sup>, que evolucionan y se actualizan en paralelo a la realidad, alejándose cada vez de esa concepción tradicionalmente utilitarista<sup>8</sup> de los espacios naturales.

Las disposiciones de CONVEMAR sobre gobernanza de los océanos, investigación científica<sup>9</sup>, protección del medio marino y minería se mantienen en vigencia, adecuándose al conocimiento científico disponible al momento de la realización de las actividades. La idea de una interpretación dinámica ha sido reafirmada por la doctrina y jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia<sup>10</sup> “CIJ”, tribunales arbitrales<sup>11</sup> y el Tribunal Internacional de Derecho del Mar<sup>12</sup> “ITLOS”.

Este apartado se enfoca en las disposiciones que gobiernan la *investigación científica*<sup>13</sup> marina en La Zona y en Alta Mar, pues son la base normativa que garantiza el derecho de todos los Estados, así como de las organizaciones internacionales para llevar a cabo

---

<sup>7</sup> Véase la Opinión Separada del Juez A. A. C., Trindade, en ICJ. Case of Whaling in the Antarctic Australia V. Japan: New Zealand intervening. Párr. 28.

<sup>8</sup> Bellosó, N. (2021) Dos propuestas relativas a los conflictos medioambientales: mediación ambiental y tribunal internacional ambiental. En: Sánchez, A. (Ed.) *De Sevilla a Filipéa: Estudios ambientales en homenaje al profesor Marcos Augusto Romero*. (p. 160). Sevilla. AAD-MDS. En: <https://bit.ly/3ywowOM>.

<sup>9</sup> Zhang, H. (2021). Redefining Marine Scientific Research in UNCLOS: Could Evolutionary Interpretation Play Any Role?. In *Marine Scientific Research, New Marine Technologies and the Law of the Sea* (pp. 40-62). Brill Nijhoff.; Véase también: Boyle, A. (2005). Further development of the law of the sea convention: mechanisms for change. *International & Comparative Law Quarterly*, 54(3), 563-584

<sup>10</sup> I.C.J. Whaling in the Antarctic Australia v. Japan: New Zealand intervening., *Judgment*, 2014. Párr. 45.

<sup>11</sup> Sobre el artículo 192 y 195 (5) CONVEMAR véase: Harrison, J. (May 15, 2019). The Protection of Species, Ecosystems and Biodiversity Under UNCLOS in Light of the South China Sea Arbitration: An Emergent Duty of Marine Ecosystem Restoration? Edinburgh School of Law Research Paper No. 2019/20, SSRN.

<sup>12</sup> Proelss, A. (2019). The Contribution of the ITLOS to Strengthening the Regime for the Protection of the Marine Environment. In *Interpretations of the United Nations Convention on the Law of the Sea by International Courts and Tribunals* (pp. 93-106).

<sup>13</sup> Donde se incluye la Evaluación de Impacto ambiental.

actividades científicas que envuelven la utilización y aplicación de vehículos autónomos<sup>14</sup> en estos espacios de interés común para la humanidad.

Es necesario aclarar que, a pesar de la conectividad ecológica entre los recursos vivos y no vivos, estos se encuentran amparados<sup>15</sup> por regímenes que aparentemente atienden a una división espacial particular, haciéndoles merecedores de un tratamiento separado<sup>16</sup>. De hecho, persiste el debate sobre cual de ellos gobierna la gestión de los recursos vivos fuera de la jurisdicción de los Estados, pues para algunos la explotación está amparada por la libertad en Alta Mar, mientras que para otros, pertenecen al régimen de patrimonio común de la humanidad<sup>17</sup>.

La regulación sobre el uso sostenible del *Mare Geneticum*<sup>18</sup> (en el Alta Mar), ha despertado especial interés debido a la riqueza del material proveniente de esos organismo. El incalculable valor biológico del que apenas se conoce una mínima fracción<sup>19</sup>, fue el punto de partida para la Resolución de Naciones Unidas 72/249 del 27 de diciembre de 2017, mediante la cual inició el proceso de

---

<sup>14</sup> Refiriéndose a vehículos que operan basados en algoritmos de inteligencia artificial (*machine learning y deep learning*).

<sup>15</sup> Las normas generales sobre protección ambiental se localizan en la Parte XII CONVE-MAR.

<sup>16</sup> Véase: Mossop, J., Schofield. C. (2020) Biodiversity beyond national jurisdiction and the limits of the commons: Spatial and functional complexities. En *Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction* (Nordquist. M & Long. R) Brill Nijhoff., pp. 295-297.

<sup>17</sup> HUMPHRIES, F., et al. "A tiered approach to the marine genetic resource governance framework under the proposed UNCLOS agreement for biodiversity beyond national jurisdiction (BBNJ)", *Marine Policy*, 2020. En: <https://www.sciencedirect.com/BBNJ>. Véase también: Millicay, F. A. (2007) "Legal Regime for the Biodiversity of the Area", *Law, Science & Ocean Management*, pp. 739-850. En: <https://doi.org/10.1163/ej.97890004162556.i-850.199>

<sup>18</sup> Jaspas. M., & Brown. E. (2021). Benefit Sharing Combining Intellectual Property, Trade Secrets, Science and an Ecosystem-Focused Approach. *Marine Biodiversity of Areas Beyond National Jurisdiction*. (Nordquist. M. & ong. R. Edits). Brill Nijhoff., p.125

<sup>19</sup> Cuyvers, L. et al. (2018). *Deep seabed mining: a rising environmental challenge*. IUCN and Gallifrey Foundation. En: <https://bit.ly/3hdtqU>. Igualmente: ISA., et al. (2008). ISA Technical Study: Biodiversity, Species Ranges, and Gene Flow in the Abyssal Pacific Nodule Province: predicting and managing the impacts of deep seabed mining. En: <https://ran-s3.s3.amazonaws.com/isa.org/jm>



negociación de un acuerdo vinculante para la explotación y conservación de estos recursos biológicos<sup>20</sup> “Proyecto BBNJ”.

Aunque el tema BBNJ se encuentra sujeto a las discusiones diplomática, debe destacarse que hasta hoy las actividades tecnológicas<sup>21</sup> y científicas desplegadas en el marco de la investigación están sujetas a la libertad. En suma, los estudios científicos en el campo marino están amparados por el principio de *Mare Liberum*, costumbre internacional recogida por CONVEMAR en el artículo 87.

No obstante, las mismas se encuentran controladas por el régimen de responsabilidad internacional, concretamente el artículo 235 CONVEMAR. En consecuencia, cualquier daño ambiental generado por el despliegue de la investigación estará también abrazado por el artículo 263 de la Convención.

Aclarado lo anterior, corresponde abordar el marco regulatorio asociado a las actividades de la minería submarina. La Parte XI de CONVEMAR consolidó un régimen minero universal, complementado posteriormente por una amplia gama de normas consagradas en el Anexo III, así como por los cambios realizados en el Acuerdo relativo a la Implementación de la Parte XI.

De esta manera la Autoridad Internacional de los Fondos Marinos “AIFM” está comprometida en la promoción de la investigación científica y en la protección del medio ambiente. Para ello, la Autoridad cuenta con un Consejo (Artículo 162 CONVEMAR), órgano que tiene la competencia de desarrollar un amplio conjunto de

---

<sup>20</sup> LONG, R., BRINCAT, J. (2019) “Negotiating a New Marine Biodiversity Instrument: Reflections on the Preparatory Phase from the Perspective of the European Union”, *Cooperation and Engagement in the Asia-Pacific Region.*, pp. 443-468. En: [https://doi.org/10.1163/9789004412026\\_024](https://doi.org/10.1163/9789004412026_024)

<sup>21</sup> Sobre la teoría de la responsabilidad en un contexto tecnológico véase: Rotondo, F. (2019). El principio de responsabilidad y el Reglamento Europeo de Protección de Datos. *Informática y Derecho: Revista Iberoamericana de Derecho Informático (segunda época)*, (6), p. 139. “la responsabilidad requiere el control como complemento ineludible, sea el autocontrol de quien actúa y específicamente el que desarrolle un controlante ajeno, que evalúe la actuación a diversos efectos, sea correctivos, sancionatorios”.

normas “Código de Minería”, donde se incluyen procedimientos especiales para promover el uso sostenible de los recursos no vivos<sup>22</sup>.

Esta competencia es desplegada por la Comisión Técnica Legal, órgano del Consejo que tiene asignadas tareas específicas de vigilancia del medio ambiente, entre ellas la preparación de recomendaciones y formulación de normas de derecho indicativo para guiar a los contratistas en la realización de la Evaluaciones de Impacto Ambiental "EIA" durante la ejecución de las actividades en la Zona.

Actualmente, solo se encuentran reguladas las actividades de exploración de nódulos polimetálicos<sup>23</sup>, de sulfuros polimetálicos<sup>24</sup> y de costras de ferromanganeso con alto contenido de cobalto<sup>25</sup>. Mientras que sobre la explotación comercial existe un proyecto de regulación identificado bajo la nomenclatura ISBA/25/C/WP.1<sup>26</sup>, cuyas disposiciones encuentran reflejo en el acuerdo inicial sobre protección de recursos vivos (Proyecto BBNJ).

Aunque estos avances normativos representan un progreso significativo para la protección del medio marino localizado más allá de la jurisdicción de los Estados, conviene destacar que el proceso de EIA sigue siendo ambiguo y las herramientas tecnológicas que lo hacen posible implican un serio riesgo a la hora de su implementación. A pesar de que ambas representan la única salida viable para la explotación sostenible de los recursos, carecen de regulación.

---

<sup>22</sup> Giménez, I. (2021) La minería submarina frente a la protección de la diversidad biológica en los fondos marinos y oceánicos fuera de los límites de la jurisdicción de los Estados. En: La Contribución de la UE a la protección de los recursos biológicos en espacios marinos de interés internacional. Casado, R., Martínez, E., Jiménez, E. (Edit.). Tirant Lo Blanch., p. 435-437.

<sup>23</sup> AIFM. ISBA/19/C/17, de 22 de julio de 2013.

<sup>24</sup> AIFM. ISBA/16/A/12/Rev.1, de 15 de noviembre de 2010.

<sup>25</sup> AIFM. ISBA/18/A/11, de 22 de octubre de 2012.

<sup>26</sup> AIFM. ISBA/25/C/WP.1 de 22 de marzo 2019.

## 2. EL IMPULSO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL A TRAVÉS DE LOS VEHÍCULOS AUTÓNOMOS

Hasta el presente, se han aprobado veintiocho (28) contratos de exploración de minería submarina en puntos geográficos específicamente delimitados por la AIFM dentro del Océano Pacífico, Índico, y Atlántico. La cobertura aproximada de exploración es de 1.3 millones de Kilómetros cuadrados del suelo marino<sup>27</sup>. Por su parte, la prospección minera ha sido continuamente retrasada, mientras que la explotación comercial sigue sin autorizarse.

En lo que respecta a los contratos de exploración, tienen un período de ejecución de quince (15) años, durante los cuales debe cumplirse con un complejo proceso de estudio, integrado aproximadamente por cien (100) ítems<sup>28</sup>, los cuales están destinados a nutrir el estudio ambiental de base y el contenido de la EIA<sup>29</sup>.

A título ilustrativo, durante este periodo debe justificarse la metodología seleccionada para el muestreo del suelo marino y para la columna de agua, los estudios genéticos realizados, la taxonomía de especies encontradas, análisis toxicológicos, el impacto del estudio realizado, así como evidencias estadísticas que respalden esos hallazgos<sup>30</sup>.

El objetivo de la evaluación de impacto ambiental es tratar de identificar los posibles efectos y riesgos de las actividades realizadas dentro del perímetro autorizado y la proyección de sus implicaciones frente a futuros contratos de prospección y explotación

---

<sup>27</sup> U.N. UN Chronicle. Lodge. M. The International Seabed Authority and Deep Seabed Mining. En: <https://bit.ly/3shbX8T>.

<sup>28</sup> Sobre los ítems véase: Bräger, S., Rodríguez, G., & Mulsow, S. (2020). The current status of environmental requirements for deep seabed mining issued by the International Seabed Authority. *Marine Policy*, 114.

<sup>29</sup> Durden, J. M., et al. (2018). Environmental Impact Assessment process for deep-sea mining in 'the Area'. *Marine Policy*, 87, 194-202.

<sup>30</sup> Idem.

minera. Cabe destacar que este proceso de EIA, además redundante en el beneficio de los estudios de referencia, así como suministra información vital para fortalecer la *Deep Data Base*<sup>31</sup>, esencial para avanzar hacia la comercialización definitiva de los recursos.

Es importante tener en cuenta que tan solo se han logrado completar dos EIA. La primera realizada en el marco de las pruebas del vehículo pre-prototipo en la Zona *Clarion Clipperton* por el Instituto Federal Alemán de Geociencias y Recursos Naturales<sup>32</sup>. La segunda, con relación al impacto del equipo empleado por la empresa belga *Global Sea Mineral Resources*. La principal razón del limitado número de evaluaciones, atiende a la complejidad técnica del proceso, a la escasa información disponible para el contraste y a la incertidumbre persistente que generan estas actividad.

Desde el punto de vista jurídico, la mayoría de los instrumentos que abordan la EIA son de *soft law*, mientras que el único tratado vinculante solo tiene la capacidad de comprometer a los cuarenta y cinco (45) Estados Parte<sup>33</sup>. Sin embargo, el vacío normativo sobre el alcance del estudio ambiental ha tratado de colmarse a través de la jurisprudencia.

Por una parte, la CIJ en el *Pulp Mills case*<sup>34</sup> y en *Certain Activities/Construction of a Road case*<sup>35</sup>, indicó que la obligación de realizar la EIA entrar en funcionamiento cuando existe el riesgo de que las actividades industriales, pueda tener un impacto significativo sobre el medio ambiente en un contexto transfronterizo,

---

<sup>31</sup> ISA. *DeepData Base*. En: <https://bit.ly/3HjkoF1>. En la *DeepData Base* se localiza información geológica, así como ambiental sobre los parámetros biológicos, químicos y físicos de los ecosistemas marinos localizados en La Zona.

<sup>32</sup> BGR. EIA for the testing of a pre-prototype manganese nodule collector vehicle in the Eastern German license area (Clarion-Clipperton Zone) in the framework of the European JPI-O Mining Impact 2 research project . En: <https://bit.ly/3IHPdEP>

<sup>33</sup> Véase el Convenio sobre la Evaluación del Impacto Ambiental en un Contexto Transfronterizo (Convención de Espoo) del 25 de febrero de 1991.

<sup>34</sup> I.C.J. *Pulp Mills on the River Uruguay Argentina. v. Uruguay.*, *Judgment*, 2010. Párr. 204-205.

<sup>35</sup> I.C.J. *Construction of a Road in Costa Rica along the San Juan River Costa Rica v. Nicaragua / Nicaragua v. Costa Rica*, *Judgment*, 2015.

considerando particularmente importante el supuesto de afectación un recurso compartido.

Por la otra, ITLOS, se pronunció en Opinión Consultiva mediante la cual estableció que la EIA constituye una obligación de derecho internacional consuetudinario de los Estados patrocinadores para ayudar a la AIFM a ejercer control sobre las actividades realizadas en La Zona, así como aplicar una aproximación precautoria<sup>36</sup>.

Conforme a la normativa disponible y a la iluminación brindada por la jurisprudencia sobre el tema, es posible identificar al menos tres tipos de obligaciones: La primera, el deber de la AIFM de promover la investigación científica y la obligación de preservar el medio ambiente marino, lo cual implica una revisión reglamentaria constante, así como la aprobación de los lineamientos que debe cumplir la EIA.

La segunda, la obligación consuetudinaria que recae sobre los Estados patrocinadores de ayudar a la AIFM a ejercer control sobre las actividades en la Zona. Esta es una obligación de medios, es decir de diligencia debida, mediante la cual se exige la supervisión y monitoreo efectivo. La misma incluye el aseguramiento de la realización de la EIA y la aplicación de buenas prácticas ambientales.

Asimismo, los Estados tienen el deber de promulgar normativas e impulsar el cumplimiento de los compromisos ambientales, la rendición de cuentas, la transparencia sobre las actividades del contratista, entre otras. Por último, la tercera, enfocada la obligación del contratista de llevar a cabo la EIA con diligencia, tanto en la etapa de planificación de la exploración, como en el paso previo a la autorización comercial.

Es oportuno mencionar la diferencia entre el estudio durante la exploración, cuyo contraste radica en que no es una EIA propiamente

---

<sup>36</sup> ITLOS. Responsibilities and Obligations of States with Respect to Activities in the Area (No. 17) Case No. 17, Advisory Opinion of Feb. 1, 2011. Párr. 122.

dicha, pues se aproxima más a un paso dentro de un proceso de consolidación del estudio ambiental de base, de monitoreo y presentación de informes previos ante la AIFM<sup>37</sup>. A diferencia de la EIA durante la explotación, donde se articula como un requisito *ex ante* para dar inicio a un contrato comercial en La Zona.

En todo caso, la EIA funciona en dos niveles de cooperación, por una parte, informa y nutre el contenido del principio de prevención. Por la otra, actúa frente a la incertidumbre sirviendo como puente para la activación del principio de precaución<sup>38</sup>. Aclarado lo anterior, puede afirmarse que la complejidad de la EIA en la minería submarina se localiza en la ausencia de estándares definidos, así como en las lagunas para lograr su efectiva implementación<sup>39</sup>.

Claramente, la EIA es un proceso en desarrollo, aunque hasta el presente se han dado avances significativos para la protección de la biodiversidad, queda un largo camino por recorrer, por lo menos hasta la consolidación definitiva de un Código de Minería y del instrumento sobre la conservación y usos sostenible de los recursos biológicos, donde se incluyan obligaciones específicas para delimitar la EIA y para la implementación de tecnología emergente peligrosa.

Es ampliamente reconocido que la innovación ayuda a allanar los obstáculos ambientales mientras genera un cambio de paradigma

---

<sup>37</sup>ISA. (Enero 2020). Information note on the work of the International Seabed Authority relating to Environmental Impact Assessments in the context of Revised draft text of an agreement under the United Nations Convention on the Law of the Sea on the conservation and sustainable use of marine biological diversity of areas beyond national jurisdiction In: <https://bit.ly/3H8kvmz>

<sup>38</sup> Sobre el principio de precaución: Kerbrat, Y., & Maljean-Dubois, S. (2019). "The Role of International Law in the Promotion of the Precautionary Principle". By: C.C. Oliveira. (Ed.), *A interpretação do princípio da precaução no direito brasileiro, no direito comparado e no direito internacional* (pp. 1-9). Pontes. In: <https://halshs.archives-ouvertes.fr>.

<sup>39</sup> Entre otros señalados por: Durden, J. M., et al. (2018). *Environmental Impact (...)*, p. 200-201.

en el derecho<sup>40</sup>. Debe destacarse, que la tecnología marina<sup>41</sup> aplicada a vehículos autónomos<sup>42</sup> “VA” incluye la utilización de inteligencia artificial, la recopilación de información y datos, el análisis de Big Data, equipos para el muestreo, la observación y estudio de recursos vivos y no vivos, guiados por algoritmos capaces de funcionar a través de conectividad brindada por el *internet of things*.

En lo que respecta a explotación comercial de La Zona, la inteligencia artificial es uno de los factores que establecerá el ritmo y evolución de las actividades de investigación científica marina, cuyos resultados determinarán la aprobación de la prospección y explotación minera de La Zona.

En este orden, los vehículos autónomos<sup>43</sup>, son utilizados para la exploración<sup>44</sup> de los tres tipos de minerales con expectativa comercial. Desde el punto de vista técnicos, los VA tiene la capacidad de sumergirse a profundidades superiores a los 5000 metros, mientras se conecta a la superficie con otros mecanismos de extracción y dragado que permite la recuperación de los materiales. Los mismos, pueden ser controlados parcial o totalmente por inteligencia artificial.

No obstante, las actividades ejecutadas por los VA<sup>45</sup> tienen impacto negativo sobre el ecosistema, debido a que producen ruidos durante su introducción y operación, sus equipos vierten desechos que pueden alterar el hábitat de los organismos e incluso pueden

---

<sup>40</sup> García, D., Llano, F., & Villegas, C. (2021). El jurista en la era digital: inteligencia artificial, robótica, tecnologías anexas y bioderecho. *IUS ET SCIENTIA*, 7(1), 6-10.

<sup>41</sup> Artículo 1.11 del Proyecto de texto de un acuerdo en el marco de la Convención de Naciones Unidas sobre Derecho del Mar relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional. Doc. A/CONF.232/2019/6..

<sup>42</sup> Aunque existen diversos tipos de vehículos submarinos, algunos operados de forma remota y otros de forma parcial o totalmente autónoma, esta contribución se limita a aquellos de operatividad independientes del control humano durante la interface operacional.

<sup>43</sup> Total ausencia de maniobra humana en el curso de su operación.

<sup>44</sup> UE. Technology Option for Deep Seabed Exploitation. En: <https://bit.ly/3Mfn9L9>

<sup>45</sup> Algunos VA y vehículos operados de forma remota “ROV” quedan excluidos de esta categoría Véase: Sección VI A. 32.c.i) y A. 32.f) ISA/25/LTC/6 de 18/04/2019.

llegar a inducir la desaparición de colonias de especies<sup>46</sup>. Igualmente, se ha alertado sobre la transferencia de materiales durante el proceso de dragado hacia la columna de agua, generando alteraciones geoquímicas durante la remoción de minerales<sup>47</sup>, así como otros efectos inciertos que alteran el frágil ecosistema de La Zona y sus aguas adyacentes<sup>48</sup>.

Dado el efecto ambivalente de los vehículos autónomos y ante la necesidad de su uso, la cuestión compleja a resolver es como proceder durante la utilización de este tipo de tecnología en el marco de la realización de un estudio que a su vez busca delimitar el riesgo de operación ambiental.

Al respecto debe aclararse que, aunque de los contratistas se espera una conducta diligente<sup>49</sup> y la aplicación de los principios ambientales para colmar los vacíos normativo, los temas relacionados vehículos autónomos basados en algoritmos de *Machine Learning* “ML” y *Deep Learning Machine* “DLM” carecen por completo de regulación en la minería submarina<sup>50</sup>, esto a pesar del riesgo de abuso de esta tecnología.

Tan solo la Organización Marítima Internacional ha centrado su atención en esta tecnología emergente, pero dentro del ámbito de su competencia, para lo cual estableció un plan estratégico de seis (6) años a través de la resolución A.1149(32), mediante la cual se

---

<sup>46</sup> SHARMA, R., & SMITH, S., “Deep-Sea Mining and the Environment: An Introduction”, *Environmental Issues of Deep-Sea Mining*, 2019, pp. 3-22. En: [https://doi.org/10.1007/978-3-030-12696-4\\_1](https://doi.org/10.1007/978-3-030-12696-4_1). Véase en el mismo sentido: Giménez, I. (2021) La minería submarina frente ..., p. 442

<sup>47</sup> Idem

<sup>48</sup> Giménez, I. (2021) La minería submarina frente ..., p. 442

<sup>49</sup> Bräger, S., Rodríguez, G., et al (2020). The current status of environmental ... ob. cit. “Any state or company with a contract to explore (or exploit) the mineral resources of the Area needs to follow best environmental practices and utilize the best available methodology, including advanced methods”

<sup>50</sup> En comparación véase el derecho aplicable a los MAV: Klein, N. (2019). Maritime autonomous vehicles within the international law framework to enhance maritime security. *International Law Studies*, 95(1), 8. “The legal regime relevant to MAVs is the regime used by navies for peacetime operations”.



aborda en relación a los riesgos ambientales y de seguridad operacional<sup>51</sup>, entre otros.

Por otra parte, debe considerarse con especial interés el modelo tratamiento en materia de inteligencia artificial propuesto por la Unión Europea, pues es susceptible de traslado a los servicios de evaluación ambiental que hagan uso de vehículos guiados por ML o DLM, como sería el caso de aquellos aplicados a la exploración submarina. La propuesta europea está centrada en la modulación del riesgo asociado a su uso e introducción en el mercado.

El marco regulatorio propuesto establece requisitos y obligaciones para su aplicación, con el objetivo de preservar la seguridad, así como los derechos individuales y colectivos a través de una aproximación basada en el análisis del riesgo. El bloque europeo lidera el campo regulatorio de la inteligencia artificial a nivel global y su esquema resulta útil para proteger los intereses colectivos que subyacen dentro de la explotación de recursos catalogados jurídicamente como patrimonio de la humanidad y de alta sensibilidad ecológica.

El modelo Europeo<sup>52</sup> permitiría superar con mayor asertividad los desafíos que genera la utilización de VA en el desarrollo de las actividades de exploración y recolección de datos para la EIA en La Zona y Alta Mar. Los puntos de coincidencia adaptables al uso de sistemas controlados ML y DLM pueden resumirse en:

- i) abordaje de los riesgos derivados del funcionamiento de los VA,
- ii) elaboración de recomendaciones que incluyan los requisitos de

---

<sup>51</sup> El abogaje de la OMI determina el alcance de autonomía de estos vehículos en la superficie marina dependiendo de si la autonomía es parcial o totalmente controlada por inteligencia artificial.; IMO. Outcome of the regulatory scoping exercise for the use of maritime autonomous surface ships (MASS) MSC.1/CIRC.1638 (3 June 2021). En: <https://bit.ly/3KaJJTh>

<sup>52</sup> Comisión Europea. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se Establecen normas Armonizadas en Materia de Inteligencia Artificial (Ley de Inteligencia Artificial) y se Modifican Determinados Actos Legislativos de la Unión 2021/01/06 de fecha 21 de abril de 2021. En: <https://bit.ly/3C2VWHO>

operatividad en escenarios de alto riesgo ambiental, iii) definición de deberes y obligaciones para los contratistas que empleen estos equipos, y iv) la evaluación *ex ante* de la aplicación de la tecnología en el terreno de exploración.

La implementación de los elementos sintetizados previamente permitiría modular el riesgo por niveles, para potenciar la exploración y explotación sostenible de los recursos localizados en Alta Mar y La Zona. Además, esta formulación tiene la ventaja de introducirse a través de las recomendaciones emitidas por la Comisión Técnica Legal, las cuales tienen capacidad de actualización flexible, con lo cual la norma evoluciona a la par de la tecnología, ajustándose progresivamente las categorías de riesgos y sus respuestas.

### **3. CONCLUSIONES**

Es difícil determinar cuando será posible iniciar la explotación de los recursos vivos y no vivos en áreas localizadas más allá de la jurisdicción de los Estados. Probablemente, el futuro llegará antes que la regulación normativa con un salto innovador en la aplicación de la tecnología VA u otra que aún no somos capaces de imaginar.

Por el momento, CONVEMAR como instrumento que trasciende el tiempo y como norma marco se adapta a la realidad contemporánea, expandiendo su ámbito de protección ambiental y de gobernanza de lo océanos para asegurar en la medida de lo posible su preservación a favor de las generaciones presente y futuras frente a actividades peligrosas que involucran el uso de tecnologías.

Sin embargo, los órganos de la AIFM deben procurar el despliegue de sus facultades con el fin de asegurar el cumplimiento del principio de prevención y cuando fuere necesario de la aplicación del principio precautorio, para lo cual la evaluación de impacto ambiental es esencial en cuanto a instrumento de determinación del

riesgo y eslabón para el alcance adecuando de los planes de gestión y monitoreo.

La EIA requiere del soporte y del universo de posibilidades que brinda la inteligencia artificial aplicada a los VA, pues estos tienen la capacidad no solo de conducir, sino de agilizar y robustecer los estudios de base, columna vertebral del conocimiento ambiental sobre las profundidades marinas. De allí que, una mejor aproximación hacia la gobernanza sostenible de los recursos implica necesariamente la regulación de la aplicación de esta innovación tecnológica.

Aunque los VA son un reflejo de las tecnologías ambivalentes, han llegado para hacer posible la explotación sostenible de los recursos vivos y no vivos, siempre y cuando sean introducidos al medio marino bajo una aproximación de riesgo modulable capaz de minimizar su impacto y potenciar el conocimiento científico para dar lugar al desarrollo de estructuras que aseguren un aprovechamiento de los espacios sin amenazar su supervivencia.

Los modelos regulatorios de la Organización Marítima Internacional y especialmente la propuesta de la Unión Europea, son la clave para una transición definitiva a corto y mediano plazo hacia la autorización de contratos de explotación. Particularmente la hoja de ruta Europea invita al uso de la tecnología desde la modulación del riesgo con lo cual se avanzaría sin perder de vista el interés de protección del patrimonio común de la humanidad.

Debe recordarse que en materia de minería submarina nada es definitivo, la manera de superar las barreras actuales es a través de la tecnología. El avance de los VA implicará el desarrollo progresivo del Derecho del Mar. Es momento de iniciar los trabajos preparatorios para abrir un capítulo normativo donde se consideren los diversos grados de autonomía de estos vehículos en la EIA, así como para el uso sostenible de los recursos vivos.



# LA TRANSPARENCIA EN LOS GOBIERNOS Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: ESPECIAL REFERENCIA AL ÁMBITO LOCAL

Jaime Rodríguez-Arana.

Catedrático-Director del Grupo de Investigación de Derecho Público Global de la Universidad de A Coruña. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

## 1. INTRODUCCIÓN

Participo con mucho gusto en el merecido y justo homenaje que se tributa a un eminente profesor y singular ser humano como es Felipe Rotondo. Lo conocí, como escribí en el prólogo a esta obra, por mediación de otro grande del Derecho Público y del Humanismo como es Mariano Brito. Desde entonces he tenido el privilegio de tratarle, compartir tantas reflexiones sobre el Derecho y la vida que bien puedo decir que me considero amigo de Felipe. Por eso, cuando pensé en que podría escribir en su homenaje, sabiendo de sus inclinaciones académicas he optado por actualizar un trabajo de hace algunos años sobre la transparencia en la Administración pública, con particular atención a los Gobiernos y Administraciones locales.

En efecto, la transparencia en los Gobiernos y Administraciones públicas es, desde luego, uno de los principales desafíos que hoy tiene planteada la reforma y la modernización del Poder ejecutivo en su conjunto. Hoy, en tiempos de pandemia, se nos antoja que es un asunto urgente y perentorio pues, de lo contrario, la oscuridad en que nos sume la pandemia puede echar por tierra tantas y tantas obras sobre la materia y, lo que es peor, tantas y tantas iniciativas que, guiadas por el deseo de mejorar la Administración del poder, se pueden quedar, como por aquí se dice, en agua de borrajas.

Por una parte, porque la transparencia es una exigencia de calidad democrática evidente que hoy en día, máxime en situación de emergencia sanitaria, no es que brille por su presencia en general en muchos Gobiernos y Administraciones públicas a excepción de aquellos que tienen un bien logrado prestigio en la materia a base de una exigente educación y temple cívico de un pueblo exigente con el aparato público. Y, por otra, porque el derecho fundamental de la persona a un buen gobierno y a una buena administración incluye expresamente el derecho de los ciudadanos a que Gobiernos y Administraciones públicas, estatales, autonómicos y locales, sean transparentes en su actividad y en, la forma en que implementan las políticas públicas, en toda su proyección temporal y en sus diferentes fases: definición, análisis, ejecución y evaluación.

Pues bien, en este breve análisis acerca de la cuestión que dedicamos al profesor Felipe Rotondo, se realizan una serie de consideraciones generales acerca de la importancia de la transparencia en la vida pública local a partir del entendimiento de la democracia como el gobierno del pueblo, por y para el pueblo. A continuación se proyectan sobre el ámbito local las exigencias de la transparencia desde la óptica de la buena administración y del buen gobierno como derecho de los vecinos y como obligación de los Poderes públicos. Para terminar, una serie de propuestas concretas dirigidas a la mejora de la transparencia en el ejercicio de las políticas públicas generales.

## **2. LA CENTRALIDAD DEL CIUDADANO**

Uno de los asuntos de mayor calado que tiene planteada las ciencias sociales se refiere al papel de los ciudadanos en el entramado político-social en que nos ha tocado vivir. Es verdad que en un sistema democrático el gobierno es del pueblo y se realiza para y por el pueblo. Siendo esta afirmación incontestada la centralidad de la persona, del ser humano, del ciudadano es, pues, indudable y debe desplegar su eficacia jurídica en la acción del gobierno y la administración de lo público.

En este punto, no está de más recordar que la democracia es un sistema político que se funda sobre la limitación del poder público y sobre la efectiva participación social. Dos cuestiones hoy bajo mínimos que deben ser revitalizadas tanto desde el poder público, como desde las diferentes instituciones privadas de la vida social.

Como bien sabemos, el poder público es de los ciudadanos. El titular de los poderes del Estado es el pueblo soberano, que encomienda a los actores públicos el ejercicio, la gestión del poder, de forma y manera que quien lo administra en nombre de la comunidad debe permanentemente rendir cuentas de su ejercicio al verdadero soberano del sistema.

Los ciudadanos, pues, tienen una función bien relevante en la definición, análisis, implementación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Han dejado de ser sujetos inertes que pasivamente recibían servicios y prestaciones públicas. Ahora, en el Estado social y democrático de Derecho, deben ser protagonistas, sujetos activos, personas que participan en la determinación y configuración del interés general.

Una de las cuestiones que más preocupa a los profesores e investigadores de las ciencias sociales es, sin lugar a dudas, la fuerza y operatividad de las iniciativas civiles, el protagonismo de las personas en las nuevas políticas públicas. Así, se ha llamado la atención sobre el déficit de la presencia activa y potente de una ciudadanía reflexiva, dispuesta a hacer valer en todo momento la evidencia de que la única configuración justa de una sociedad es aquella que reconoce la relevancia pública de la libertad concertada de sus miembros. En este sentido, las profecías de TOCQUEVILLE sobre el llamado “despotismo blando” o sobre el sometimiento de las personas y comunidades solidarias a ese “inmenso poder tutelar” se han ido cumpliendo casi a la letra.

Las recientes transformaciones en el orden conceptual, metodológico y práctico que están poniendo en tela de juicio muchas

convicciones y formas de entender la realidad pública, ayudan a profundizar en uno de los pilares básicos del pensamiento democrático: la relación de los ciudadanos con el poder público.

Los Poderes públicos, las Administraciones públicas, insisto, son de los ciudadanos, de las personas, que deben tomar mayor conciencia de su posición central en el sistema político. Entonces, quienes trabajan en el sector público no son, ni más ni menos, que gestores de intereses ajenos que deben rendir cuentas periódicamente de su administración.

El ciudadano, la persona, es el centro del sistema, y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio a la entera sociedad. La Constitución española de 1978 dispone en el artículo 103 que la Administración pública sirve con objetividad los intereses generales.

El Estado social y democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con el Poder público. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general, hasta tal punto, de que son los legítimos dueños del poder público y de sus estructuras y, por tanto, disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena administración pública.

En este sentido, el Poder público en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente. Esta es la clave del sistema democrático y, por ende, reclama la construcción de un nuevo estatuto del ciudadano en relación con el Poder público en el que sus derechos estén reconocidos expresamente. A partir de ahí será más fácil que el propio ciudadano tome mayor conciencia de su posición central en el sistema y reclame y reivindique servicios públicos de calidad.



Los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, que son sus titulares, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los Ordenamientos jurídicos nacionales establecen.

En el marco del complejo Gobierno-Administración pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de proceder a una buena administración pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena administración pública es, pues, una obligación inherente a los poderes públicos y se caracteriza sobremanera porque el quehacer público promueva los derechos fundamentales de las personas de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad y sean prestadas en un plazo razonable.

Desde la perspectiva de la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el gobierno y la administración del interés general se realice en forma que sobresalga su dignidad y todos los derechos fundamentales, tanto los individuales como los sociales, de ella derivados. De esta manera, para que desde los Poderes públicos se pueda realizar esta magna tarea es indispensable que la forma y el ejercicio en que se realiza el poder en la práctica cotidiana refleje la posición central de la persona en el sistema. Es decir, el ciudadano debe conocer el funcionamiento de las instituciones públicas, el cumplimiento de los objetivos y, desde luego, los

parámetros más relevantes del gobierno y la administración de su país: sueldos, retribuciones, ejecución presupuestaria, recursos jurídicos planteados, selección del personal, uso de los medios materiales adscritos, entre otros datos de interés general.

### **3. SOBRE LA TRANSPARENCIA**

En democracia, todos los sabemos, el gobierno es del pueblo y se debe realizar para y por el pueblo. El pueblo es el soberano y encomienda la gestión y administración de lo público a unos representantes que tienen la obligación de dar cuentas de su gestión y administración a la ciudadanía en forma constante, transparente y argumentada. En efecto, el gobierno y la administración del espacio público deben servir con objetividad el interés general promoviendo las condiciones precisas para el libre y solidario ejercicio de los derechos fundamentales por todas las personas.

En realidad, la soberanía, tal y como debe concebirse en un régimen democrático avanzado, reside en la misma dignidad humana, desde dónde, de una forma integrada y a la vez indivisible, se comunica entre todos los ciudadanos en cuanto miembros del espacio público en orden precisamente a la garantía por parte del Estado de los derechos fundamentales que dimanar de la misma dignidad del ser humano. Así se construye la soberanía popular y desde este punto de vista debe comprenderse para no perder de vista que en última instancia los poderes del Estado residen en el pueblo y, por ello, en su ejercicio concreto debe subrayarse la dignidad de la persona y todos y cada uno de sus derechos fundamentales. En este sentido cobra especial relevancia en derecho fundamental de la persona, en sus relaciones con el Poder ejecutivo, a un buen gobierno y a una buena administración del espacio público.

Más claro: en la medida en que los ciudadanos son los soberanos, dueños y señores del poder público, en esa medida deben actuar como lo que son, los titulares reales, materiales, de instituciones

públicas, procedimientos y fondos públicos. Si esto es así, como es, entonces la transparencia, la luz, ha de ser la propiedad básica y capital de la actividad y de la organización de todas y cada una de las instituciones públicas, sin que quepa establecer excepción alguna.

La transparencia es, debe ser, una cualidad que ha de presidir la actuación de los diferentes Entes públicos y, por ello, de las personas físicas que en ellos laboran. También, por supuesto, debe regir la actuación de todas las organizaciones e instituciones que realizan actividades de interés general o que utilicen o manejen fondos públicos en sus actividades. Por una razón bien sencilla adelantada en el párrafo anterior: como el pueblo es el dueño y señor, el soberano, de los fondos públicos, es lógico que todos los organismos y organizaciones que administren estos recursos, sean Administraciones, partidos, sindicatos, patronales o, entre otros, ONGs, concesionarios de servicios públicos o cualesquiera otras formas de organización que reciban dinero público, se rijan por la publicidad y la concurrencia en materia contractual, y por el mérito y la capacidad en la selección de personal.

Efectivamente, los fondos públicos requieren, por su propia naturaleza, uso transparente y publicidad, con expresa referencia a la concurrencia. Por eso, los procesos de selección de personal que se realizan siempre que hay fondos públicos de por medio, han de estar presididos por los principios de mérito y capacidad. Igualmente, cuándo se trata de contratar bienes o servicios, el carácter público de esos fondos, reclama siempre publicidad y concurrencia.

En el mismo sentido, las instituciones que realizan tareas de interés general también deben guiar su actuación en materia de personal y de contratos a estos criterios. No hacerlo así, encastillarse en la oscuridad y en la opacidad, no es más que una manifestación de arbitrariedad, incompatible con los postulados del Estado de Derecho. Tiempo atrás John LOCKE nos enseñó que en toda

manifestación de arbitrariedad hay siempre irracionalidad, subjetividad, propiedades bien opuestas a lo que debe ser el régimen y funcionamiento de los gobiernos y administraciones públicas de un Estado social y democrático de Derecho.

Bien sabemos, aunque con alguna frecuencia nos olvidamos, que el tránsito del ejercicio del poder del Estado absoluto al Estado liberal del primer constitucionalismo se caracteriza esencialmente por la sustitución de la subjetividad por la objetividad como fuente del poder mismo. Es decir, del puro arbitrio personal del Rey, que concebía el poder como una facultad dominical, se pasa a un sistema, en teoría de normas, procedimientos y principios en cuya virtud el poder se somete a limitaciones y debe expresarse con arreglo a ciertos cánones y reglas escritas que lo vinculan en todo momento y circunstancia.

La transparencia es tan importante en los sistemas políticos contemporáneos, que la experiencia dicta que su gestión y administración resida en órganos pluripersonales, en los que las decisiones no queden confiadas a una sola persona, por relevante o prestigiosa que esta sea. En efecto, la transparencia y el acceso a la información de interés general deben ser gestionados o administrados por un órgano colegiado de naturaleza plural, en el que estén representados los Poderes públicos así como la sociedad civil. Es lógico que así sea porque el pluralismo es también una cualidad democrática que debe estar presente en todas aquellas cuestiones que afectan a la rectoría de asuntos de tanta envergadura como la gestión de la transparencia o del interés general.

Sin pluralismo, sin una apertura de la organización pública a las diferentes expresiones que existen en el cuerpo social procedentes de diferentes latitudes institucionales y sociales es muy difícil garantizar la existencia de un espacio de deliberación pública abierto. De ahí que muy conveniente sea buscar un equilibrio entre lo público y lo social sin olvidarse de los profesionales que manejan con más profusión y conocimientos esta relevante función de

transparentar la actividad de poderes públicos e instituciones, también sociales, que manejen fondos públicos.

Es verdad que en épocas de crisis económica hay que evitar la creación de órganos superfluos. Sin embargo, en este caso, por la especial relevancia de las materias a administrar, el pluralismo es esencial. Por eso, deben constituirse en todos los niveles del gobierno y de la administración pública, dada su transcendencia, organismos de esta naturaleza en los que sus integrantes, probablemente sin dedicación exclusiva, sin un sueldo fijo, participen recibiendo unas dietas razonables cada vez que se convoque el órgano colegiado. Hay que pensar por ejemplo en funcionarios públicos jubilados de una trayectoria pública intachable que, estando todavía en condiciones de trabajar, puedan integrar estos consejos o comisiones de transparencia, especialmente en los Entes locales.

La actual ley española de transparencia, acceso a la información y buen gobierno, de 9 diciembre de 2013 se dirige, según lo dispuesto en su artículo 1, a ampliar y reforzar la transparencia de la actividad pública y a reconocer y garantizar el derecho a la información. Ampliar significa que la luz y los taquígrafos tengan más potencia e intensidad: abrir a la transparencia a actividades hasta ahora oscuras u opacas y, sobre todo, a espacios de penumbra o de ambigüedad, los espacios donde florece, y de qué manera, esa peligrosa hidra de la corrupción que hoy tantos estragos causa en lo que se refiere a la confianza de los ciudadanos en la actividad pública y en sus principales actores. Y reforzar parece que alude a hacer más fuerte la obligación de los entes públicos de mostrar a la ciudadanía cómo y de qué forma se gestiona lo que es del común.

Por eso, poco sentido tiene que nuestro país, España, que es uno de los últimos en aprobar una ley de transparencia, no haya incorporado en ella las más modernas tendencias sobre el derecho a la información de interés general desde la perspectiva de la máxima transparencia y la mínima restricción. Claro que habrá límites, es obvio que así sea, pero esas limitaciones, por razones de seguridad

o de confidencialidad, además de estar muy claramente establecidos, serán de interpretación restrictiva. De lo contrario se corre el peligro de que la regla general con el paso del tiempo se acabe convirtiendo, como ya se constata en algunos países, en la excepción excepcional.

El derecho fundamental de todo ciudadano europeo a la buena Administración, recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 fue formulado para salir al paso, para reaccionar frente a la denominada, por el Defensor del Pueblo Europeo, mala administración pública. Mala administración que viene caracterizando desde hace unos años a numerosas Administraciones públicas y Gobiernos del área europea y que mucho tiene que ver con la escasa transparencia y publicidad reinante al interior de tantas instituciones y organismos públicos.

En efecto, la conformación como derecho fundamental de la buena administración pública es una relevante manera de subrayar el papel central del ciudadano en todo lo referente al manejo y conducción de los asuntos relativos al interés general. Tal derecho es configurado por la Carta Europea en atención a la equidad, a la imparcialidad, a la responsabilidad, a la transparencia y al plazo razonable en la resolución de los expedientes. Por tanto, la administración pública parcial, inequitativa, opaca, irresponsable y lenta es, a tenor de lo consignado en este precepto de la Carta, mala administración.

Por lo que se refiere a la Carta Iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos en relación con la Administración pública, aprobada por los responsables de función pública de los países de la región el 10 de octubre de 2013, debemos destacar que en sede de principios, la Carta en el número 22 hace referencia al “principio de transparencia y acceso a la información de interés general: el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración Pública deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de

manera que éstos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva”.

Desde la perspectiva de los derechos componentes que forman parte del derecho fundamental a una buena administración pública, los puntos 37 y 38 de la Carta Iberoamericana se refieren al “derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente. En este sentido, según la Carta, “los ciudadanos podrán ser consultados periódicamente sobre su grado de satisfacción con los servicios que reciben de la Administración Pública, a través de encuestas, sondeos y demás instrumentos apropiados para ello”.

Por su parte, el número 38 de esta Carta Iberoamericana reconoce, también como derecho componente del derecho fundamental de la persona a una buena administración pública, “el derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos. En este sentido, “se facilitará el ejercicio de este derecho mediante medios electrónicos a través de portales de transparencia y acceso a la información de interés general”.

Si en la cultura política y en la educación cívica cunde la idea de que la rendición de cuentas y la transparencia no son sólo obligaciones de los dirigentes, sino derechos de los ciudadanos, el cambio habrá comenzado o podrá iniciarse con algún viso de arribar a

puerto seguro. Si, como hasta hora, estas materias son planteadas desde el vértice, con las excepciones concedidas a la tecnoestructura, continuaremos por la senda de siempre. Si, por el contrario, se aspira a subrayar la centralidad del ser humano y se difunde sin miedo que el ciudadano es el verdadero señor y soberano en la democracia, muchas cosas tendrían que empezar a ser planteadas desde estos postulados. Este es el cambio que precisamos. Un cambio que está en marcha pues la indignación general ante tanto desmán y ante tanta negligencia reclama un cambio que ya es imperioso y urgente. Un cambio cuyo primer postulado es precisamente tomar conciencia de la gravedad del secuestro de la democracia a manos de una minoría que, en los hechos suplanta, y de qué forma, al conjunto, a la comunidad, a la población, erigiéndose, en dueña y señora de toda suerte de decisiones y actuaciones.

#### **4. TRANSPARENCIA Y CORRUPCIÓN**

La corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable realidad que ha caracterizado, ahora con gran intensidad en tiempos de emergencia sanitaria, la vida del hombre desde su aparición en el planeta. Tanto en la esfera personal como en el ámbito colectivo, la corrupción se puede decir que es connatural a la condición humana tal y como manifiesta la misma historia de la humanidad. Siendo inherente a las personas no es menos cierto que también es posible, y deseable, que sean precisamente la transparencia y la integridad las cualidades que distinguen las actuaciones de las personas físicas y de las personas jurídicas.

La figura de la Hydra de Lorna es un buen símbolo de la potencia e intensidad de la corrupción. Como nos ilustra la mitología griega, Hércules, encargado de terminar con el terrible animal, con la Hydra de Lorna, tuvo muchas dificultades a causa de sus múltiples cabezas y del veneno que supuraba cada vez que se aniquilaba una de ellas. Cada vez que Hércules cortaba una de dichas cabezas, surgían dos nuevas por lo que tuvo que pensar en algún sistema diferente a los empleados hasta el momento. Así, con el concurso



de su sobrino, cada vez que cortaba una de las cabezas de la Hydra utilizaba trapos ardientes para quemar los cuellos decapitados. Hércules, como cuenta Apodoloro, cortaba las cabezas y su sobrino quemaba los cuellos degollados y sangrantes. Finalmente, Hércules acabó con la última cabeza del animal aplastándola debajo de una gran roca. Acto seguido, Hércules bañó su espada en la sangre derramada y después quemó las cabezas cortadas para que jamás volvieran a crecer. En fin, un método nada convencional pero efectivo que conjugó la potencia de Hércules con la inteligencia de su sobrino. Probablemente, la combinación de armas que se precisan para acabar con esta terrible lacra social: contundencia e inteligencia.

La lucha contra la corrupción no es sólo cuestión de elaborar y aprobar normas y más normas. En muchas ocasiones incluso la proliferación de leyes y reglamentos lo que hace es facilitar la corrupción misma. La clave está en disponer de las normas que sean necesarias, claras y concretas y, sobre todo, de un compromiso ético real, constante y creciente.

En la actualidad, en un mundo en profunda crisis y en acelerada transformación, constatamos como esta lacra golpea con fuerza la credibilidad de las instituciones y la confianza de la ciudadanía en la misma actividad pública, también en la privada por supuesto. Es verdad, en estos dramáticos momentos de la historia, la corrupción sigue omnipresente sin que aparentemente seamos capaces de expulsarla de las prácticas políticas y administrativas. Se promulgan leyes y leyes, se aprueban códigos y códigos, pero ahí está, desafiante y altiva, uno de los principales flagelos que impide el primado de los derechos fundamentales de la persona y, por ende, la supremacía del interés general sobre el interés particular. Ante nosotros, con nuevos bríos y nuevas manifestaciones, de nuevo la corrupción, amparada, es una pena, por una legión de políticos y administradores que han hecho del enriquecimiento económico y la impunidad un *modus vivendi* prácticamente inexpugnable.

La lucha contra la corrupción o, si se quiere, la promoción de los valores de la ética pública desde un punto de vista positivo, concitan el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a este gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

La corrupción, bien lo sabemos, supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida que supone que el funcionario o el político deliberadamente traicionan el sentido de la gestión objetiva de los intereses generales. En estos casos se produce, por tanto, una conversión del interés general en interés personal. Esa es su malicia y su peligro en un mundo en el que una de las máximas es que las empresas deben ganar cuanto más dinero mejor en el más breve plazo de tiempo posible y, en el ámbito político, los partidos deben conseguir el mayor número de votos por el procedimiento que sea. En ambos casos, el fin justifica los medios y, entonces, todo, absolutamente todo, vale.

Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, de un derecho humano a una buena Administración pública, caracterizado por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos penales y administrativos que se perpetren, por acción u omisión, en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas. Este es, me parece, la dimensión fundamental del problema. Si el pueblo no tolera la corrupción, la batalla estará ganada, tarde o temprano. Pero si la corrupción no es más que el reflejo de una sociedad enferma, entonces la medicina no es sencilla y es menester que crezca el temple y cultura cívica de la ciudadanía, al final la destinataria de las políticas públicas.

El reciente de la Comisión Europea sobre la corrupción, de principios de 2014, a pesar de no haber sorprendido a nadie, pone de relieve que los ciudadanos tienen una idea muy clara de cómo se manejan los asuntos públicos en el viejo continente en este tiempo. De entrada, tres de cuatro ciudadanos, según encuestas y análisis propios de la Unión Europea, estiman que viven, que vivimos, en un ambiente de corrupción generalizada. O lo que es lo mismo, que el poder público se administra al servicio, no del interés general, sino de intereses parciales, particulares. Llama la atención, sin embargo, que siendo tan elevada la sensación de que estamos instalados en un clima de corrupción general, la reacción ciudadana es la que es.

En España, según el estudio de la Unión Europea a que me refiero, el 95% piensa que, en efecto, la corrupción es general. En Italia, el 97% y en Grecia, el 99%. Incluso en países que tienen una imagen de seriedad como Alemania, hasta el 59% de la población estima que viven en un ambiente generalizado de corrupción.

Es verdad, quien podrá negarlo, que la percepción de generalidad de la corrupción es el efecto de la transparencia, de que los medios de comunicación tienen acceso a estas prácticas, todos los días objeto de las portadas de los periódicos, de la televisión o de la red. Tales informaciones generan, es lógico, tolerancia cero por parte de los ciudadanos y la sensación de hartazgo aumenta.

Sean exageradas o no las cifras que ofrece la Unión Europea, lo cierto y verdad es que la corrupción es un problema ante el que poco o nada hace quien podría. En España, el 77% de la población estima que en los últimos tres años estas prácticas de corrupción han empeorado aunque, esto es lo llamativo, solo el 8% admite haber tenido experiencia del fenómeno y apenas el 12 % denunció estos comportamientos. Es decir, aunque existe una tendencia a la exageración, por lo demás constatable en este tipo de situaciones, el problema es real y requiere una cura de urgencia.

Transparencia Internacional (TI) publicó recientemente un informe sobre la corrupción en las instituciones comunitarias. Un informe que analiza diez instituciones y que vio la luz en abril de 2014. Según esta ONG, las instituciones de la Unión Europea son vulnerables a la corrupción debido a las lagunas normativas existentes y a la mala aplicación de las normas en materia de ética, transparencia y control financiero. El problema no es de orden cuantitativo en lo que se refiere a la producción normativa. Existen demasiadas normas y la maraña y confusión es tal que la complejidad de las regulaciones está socavando fuertemente nada menos que los fundamentos del edificio europeo. En este sentido, la complejidad de las reglas, la complacencia en su poder taumáturgico y, sobre todo, la falta de seguimiento, están en la base de los resultados obtenidos en la lucha anticorrupción en Europa. Según este informe de Transparencia Internacional, el 70% de la población consultada estima que la corrupción está presente en la Unión Europea.

Es verdad que en el seno de la Unión Europea existen normas y prácticas que garantizan estándares elevados de servicio y de rendición de cuentas que pueden ser utilizados por los ciudadanos. Por ejemplo, como señala el informe de Transparencia Internacional, están a disposición de los ciudadanos mecanismos para solicitar la investigación de sospechas de fraudes, para acceder a la documentación de las instituciones de la Unión Europea o para solicitar la revisión judicial de las decisiones que les afecten. El problema está en que prácticamente tales canales se usan poco o muy poco porque la ciudadanía piensa, no sin razón, que no sirven para mucho. Las principales deficiencias, según el informe de Transparencia Internacional, se encuentran en materia de lobbies y en los hábitos de negociación que imperan en la Unión Europea. En efecto, no existen reglas jurídicamente vinculantes en materia de lobbies porque son dueños y señores del mundo comunitario. Por otra parte, la tendencia a la negociación a puerta cerrada que caracteriza las formas y métodos comunitarios atentan contra las más elementales exigencias de la transparencia. Por si fuera poco, la ausencia de un supervisor independiente que controle que los ex altos cargos y ex altos funcionarios cumplan las reglas ex post a su

trabajo en la Unión Europea para el acceso a la empresa privada, provoca muchas situaciones de obvios conflictos de interés.

Transparencia Internacional llama la atención de que solo una institución de la Unión Europea dispone de mecanismos realmente eficaces para proteger a delatores internos que denuncien prácticas de corrupción. Tampoco se comprueban las declaraciones de bienes de eurodiputados y comisarios. La contratación pública, una de las principales causas de la corrupción, sigue instalada, cada vez más, en sistemas que priman la negociación en lugar de la publicidad y concurrencia. Solo en 2013 fueron excluidas por corrupción en la contratación siete empresas privadas.

Transparencia Internacional elaboró en 2013 el informe “Dinero, política y poder” en Europa” que contiene unas conclusiones no difíciles de intuir. Efectivamente, en el origen y etiología de la aguda y dolorosa crisis que estamos sufriendo, especialmente en el viejo continente, está esa oscuridad, esa paradigmática falta de transparencia que reina en el proceloso mundo de las íntimas relaciones que existen entre poder político y poder financiero. En este contexto, se debe regular con transparencia la acción de los lobbies así como un sistema operativo, eficaz y real, de control de la financiación de los partidos políticos.

En concreto, la ONG especializada en la lucha anticorrupción recomienda a nuestro país, al Reino de España, más transparencia, un programa anticorrupción, una norma de responsabilidad judicial y un código ético para los parlamentarios. Esperemos que la ley de diciembre de 2013, ley de transparencia, introduzca más luz y taquígrafos en la acción de los poderes del Estado y disponga de un sistema de control en manos de autoridades independientes. El plan anticorrupción debería confeccionarse sobre la base de una nueva norma de financiación de los partidos políticos y de un régimen jurídico que garantice, hasta dónde sea posible, el principio democrático en la vida interna de estas formaciones. La responsabilidad jurídica de los gestores públicos ya tiene rango legal desde

hace escasas fechas mientras que la responsabilidad jurídica de los jueces y magistrados es un tema que se debería acometer en breve, sobre todo tras lo que está aconteciendo en el seno del consejo general del poder judicial, la institución de gobierno de los jueces, que en España lleva en entredicho demasiado tiempo.

Este informe de Transparencia Internacional es el resultado de la primera evaluación global de la capacidad real anticorrupción de más de 300 instituciones nacionales de los 25 Estados miembros de la Unión Europea. Como cabría esperar, las instituciones peor valoradas por los ciudadanos son, por este orden, partidos políticos, empresas y administraciones públicas. Las mejores en este terreno fueron los auditores del Estado, los defensores del pueblo y los organismos públicos encargados de la administración electoral.

El informe refleja que todavía hay muchos gobiernos que no rinden eficazmente cuentas del gasto público y que, esto sí que es muy grave, solo dos países protegen adecuadamente a los denunciantes de las represalias producidas por su acción. Dinamarca, Noruega y Suecia son los Estados mejor protegidos contra la corrupción, pues disponen de sólidos organismos de control, auditores independientes y sistemas de justicia y de policías confiables y no dependientes de los poderes políticos.

Otros puntos débiles que destaca el informe se refieren a que 12 países no establecen límite alguno a las donaciones a partidos por parte de personas físicas o jurídicas, 17 Estados miembros no disponen de códigos de conducta para los parlamentarios y 11 integrantes de la Unión Europea tienen un régimen de divulgación pública de los bienes y actividades de los representantes de la soberanía popular.

En este contexto, como es lógico, la corrupción ha florecido y se ha desarrollado con una gran intensidad. Una corrupción que está en la base de la crisis económica y financiera y que se debe extirpar si es que queremos de verdad que las cosas cambien

sustancialmente. Para ello, los dirigentes de los partidos deberían empezar a sentar acuerdos que impidan el control de determinadas instituciones, que fomenten la democracia interna, que reduzcan notablemente el número de asesores y personal de confianza y, sobre todo, que, de una vez se conviertan en representantes de los electores, no del jefe de filas.

La corrupción es un fenómeno universal tan antiguo como el propio ser humano. La conversión del poder público en una suerte de maquinaria de enriquecimiento personal o de grupo no es algo sólo de este tiempo. El uso de los cargos públicos como plataforma para el lucro, la laminación del adversario o la prepotencia no se ha inventado hoy. El mapa de la corrupción en España ya ha disparado todas las alertas, pero no se ataja con la contundencia necesaria mientras el populismo se frota las manos.

Así están las cosas. Bien está que ahora los partidos pretendan revisar sus “códigos éticos” para endurecerlos y presentarse ante los ciudadanos como instituciones regeneradas. La cuestión, sin embargo, no depende exclusivamente de normas o códigos. Claro que éstas y estos son bien importantes. Por supuesto. El problema es que junto a las normas y a los códigos, es menester que de verdad se renueven los compromisos democráticos por los dirigentes y representantes y que los políticos se dediquen al bien público, a la mejora de las condiciones de vida de la gente. No a satisfacer el ego personal, el protagonismo y, tantas veces, la cuenta corriente.

Es bien sabido que una de las causas del llamado déficit democrático de la Unión Europea se encuentra en la opacidad con que tantas veces se dirimen los concursos y las adjudicaciones públicas en el seno de la burocracia comunitaria. A pesar del número de normas, de libros verdes, blancos y de los esfuerzos de numerosas autoridades de la Unión en diferentes etapas, la verdad es que todavía la transparencia no era un término que identifique el ambiente de trabajo en la Comisión Europea.

En efecto, hasta no hace mucho, ante la petición del Defensor del Pueblo europeo sobre el nombre de los miembros de los lobbies que tratan habitualmente con la tecnoestructura comunitaria, la Comisión se permitía el lujo de señalar que no podía facilitar dichas identidades porque atentaría contra la privacidad de dichas personas y, por ende, estaría conculcando las normas sobre la protección de datos. Cómo si resultara ahora que la protección de los datos, que es muy importante por supuesto, adquiriera una relevancia absoluta.

La argumentación de la Comisión por aquel entonces era digna de reflexión. Admitía, solo faltaría, la existencia de lobbies, grupos de presión, que trabajan ante las autoridades europeas, pero no facilitaba, en aras de la protección de los datos, ni sus nombres ni las reuniones que los miembros de la tecnoestructura comunitaria europea mantenía con dichas organizaciones.

En un Estado de Derecho, en un Estado en el que la Administración pública está al servicio objetivo del interés general, lo razonable es que la ciudadanía pueda conocer los actores que participan en la elaboración de las normas y si existen o no tratos de favor a determinados colectivos o grupos de presión. Ocultar la identidad de los miembros de los lobbies o grupos de presión es una mala práctica. Primero porque quien oculta algo es normalmente porque no le beneficia la luz. Y, segundo, porque la transparencia hoy, en el siglo XXI, es la característica, la señal de identidad más relevante por la que se debería conocer a la Administración pública democrática. Sin embargo, todos los años nos topamos con que el mes de agosto sigue siendo un mes en el que muchas normas, no poco importantes, se publican en los boletines oficiales.

La alusión a la privacidad de la identidad de las personas que integran los lobbies debe ceder, como ha sido ha sido, ante las exigencias del interés general. No era razonable la preferencia de la privacidad en la gestión de los asuntos públicos, salvo que estemos en procedimientos que afecten a la seguridad pública o al derecho



de la intimidad, casos excepcionales que, en todo caso, justificarían la regla general de la transparencia. Este es un principio general que ha de aplicarse con prudencia, sabiendo que lo público está destinado al conocimiento general precisamente porque el dueño de las instituciones y los procedimientos administrativos es, precisamente, el pueblo soberano, no el político o administrador de turno que, en ocasiones, puede pensar que él, o ella, es el experto en el manejo de los asuntos de interés general.

El artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, como sabemos, reconoce el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública, derecho que consiste en que los asuntos públicos se resuelvan equitativamente, objetivamente y en un plazo razonable. La transparencia en la actuación de los lobbies cerca de las autoridades comunitarias para intentar mejorar las regulaciones y las normas en beneficio de sus representados constituye, desde luego, una concreta manifestación del derecho fundamental a la buena administración de los asuntos públicos. Menos mal que se ha rectificado. Tarde pero se ha rectificado.

La transparencia, el acceso a la información pública, o el buen gobierno, son tres características del quehacer del poder públicos que no se alcanzan sin más por disponer de normas que las proclamen a los cuatros vientos. Más bien, habrá que analizar la real realidad para comprobar si, en efecto, tales propiedades del ejercicio democrático del poder brillan por su presencia o por su ausencia.

En este sentido me parece bien pertinente un estudio dado a conocer por la Fundación española Civio acerca de un asunto bien concreto y específico que demuestra la real transparencia en el desempeño de la actividad parlamentaria. Nos referimos a las agendas de trabajo de los diputados, unas agendas que deben estar diseñadas y elaboradas para atender los asuntos del pueblo, para escuchar las necesidades colectivas de los ciudadanos. Junto a las agendas de trabajo de sus señorías, el estudio se extendió también a las reuniones con los grupos de interés, desde empresas

y asociaciones sectoriales a plataformas ciudadanas y grupos de la sociedad civil.

Pues bien, el resultado del informe sobre uno de los principales indicadores del barómetro de la transparencia es bien elocuente. Según Civio, ninguna formación con representación parlamentaria, ni la institución parlamentaria, desvelan la labor completa que realizan sus diputados salvo, claro está, sus intervenciones en plenos y comisiones.

Los cargos públicos, también los electos, y por supuesto también los locales, deben dar a conocer el contenido de sus agendas de trabajo. Por una razón elemental: su tarea tiene sentido al servicio de los electores que los eligieron. A ellos deben informar de lo que hacen y de cómo lo hacen. El poder legislativo, como el judicial y el ejecutivo, son del pueblo, que es el verdadero soberano. Y el pueblo encomienda el ejercicio, la gestión del poder a sus representantes, de quienes espera que periódicamente le den cuenta de cómo administran el mandato conferido.

Los diputados y senadores, los altos cargos del ejecutivo o los jueces y magistrados, no son los dueños y señores de los poderes que ejercen. Y como no son sus propietarios, sino sus administradores, han de rendir cuentas periódicamente a los verdaderos soberanos de la forma en que realizan el mandato conferido.

Por eso, las agendas de trabajo de los parlamentarios, electos locales y autonómicos, así como las de los integrantes del poder ejecutivo y los altos cargos de la Administración y demás Entes públicos, deben ser objeto de conocimiento público y deberían publicarse en las web de los partidos o en las webs institucionales y personales. Así sabríamos con que organizaciones, asociaciones, instituciones y organismos se reúnen y cómo aprovechan el tiempo para atender los asuntos de los ciudadanos.

La reforma administrativa hoy sigue de actualidad pues todavía, a pesar de los avances realizados, estamos lejos de un aparato público realmente comprometido con los derechos fundamentales de las personas, para lo que es menester ofrecer transparencia y propiciar la participación ciudadana. Por tanto, siguen pendientes de implementación los principios esenciales del cambio y la transformación en la Administración. Principios que siempre admitirán una mayor intensidad y un mayor compromiso pues como HAU-RIOU sentenció tiempo atrás, desde que existe la Administración pública se habla de su reforma y modernización. Especialmente, sigue pendiente, aunque se ha avanzado obviamente, la concreción de esa idea preclara del constituyente español que sintetiza a la perfección el sentido de la Administración pública en un Estado social y democrático de Derecho: el servicio objetivo al interés general. Hay todavía poca mentalidad de servicio, mucho primado del reino de la subjetividad y mucha búsqueda del interés particular. En este tiempo que nos ha tocado vivir especialmente se constata de forma cotidiana.

A estas alturas, afirmar que la transparencia ha de ser un principio connatural a la Administración pública puede parecer baladí o innecesario. En efecto, la Administración Pública debe ser transparente en su tarea permanente de servicio a los ciudadanos. Por eso, al realizar su tarea, el aparato público ha de mostrar al pueblo cómo trabaja, porqué adopta determinadas decisiones, cuáles son sus derechos y, también, cuáles son sus deberes y obligaciones para con la cosa pública.

En este escenario, los resultados no han estado a la altura de las circunstancias ni de la amplitud del debate. Las realizaciones son escasas y subsisten numerosos problemas en cuanto a la manera de poner en práctica la transparencia, sobre todo en los Gobiernos y Administraciones municipales, cuyos servicios son muy diferenciados y mantienen relaciones múltiples con las Administraciones del Estado y de los Entes autonómicos, federales o regionales.

En este punto es esencial destacar que el concepto de transparencia no es contradictorio, como a veces se piensa, con el de eficacia. Para alcanzar esa deseada Administración transparente, esa caja de cristal accesible a todos los ciudadanos, es necesario programar la actividad y, por tanto, tomar decididamente la vía de la racionalización de los procedimientos, que inevitablemente conduce a una mayor eficacia. Programación y racionalidad que normalmente hacen previsible y cognoscible con facilidad la actuación de la Administración, actuación que, por otra parte, ha de estar siempre inspirada en el principio de continuidad de los servicios y actividades públicas. La transparencia es, por tanto, una condición transversal de la actuación administrativa desde que se decide hasta que se confecciona y se da público conocimiento de los actos y resoluciones administrativas. O, lo que es lo mismo, la transparencia ha de estar presente en todo el proceso de las políticas públicas, desde su determinación y análisis hasta su implementación y evaluación.

## **5. ESPECIAL REFERENCIA A LA TRANSPARENCIA EN LAS ADMINISTRACIONES Y GOBIERNOS LOCALES**

La transparencia es una propiedad, una característica de la actividad pública en un Estado democrático. La transparencia, como tantas materias que jalonan la reforma institucional y la regeneración democrática que precisamos, es más sencilla de implementar en los Gobiernos y Administraciones públicas de tamaño medio por obvias razones.

Los Estados compuestos como el español se caracterizan, entre otras cosas, por la existencia de determinados espacios territoriales que disfrutan de autogobierno y autoadministración en un marco de integración, cooperación y lealtad institucional. El Gobierno de España, los Gobiernos de las Comunidades Autónomas, y los gobiernos de los diferentes Entes locales son gobiernos democráticos, elegidos por los ciudadanos, que se caracterizan por la

autonomía para la realización de políticas públicas propias en el ámbito de sus respectivas competencias.

El espacio local es el espacio de la gestión pública por definición. Además, por su cercanía a la ciudadanía, el espacio local se nos presenta también como un espacio muy adecuado para las experiencias participativas, así como para las reformas e innovaciones de determinadas políticas públicas como pueden ser la transparencia o el acceso a la información. En este sentido, hasta podría decirse sin exageración alguna que el espacio local es un permanente laboratorio democrático en el que la transparencia, el pluralismo y la participación, si hay voluntad política, resplandecen permanentemente.

El local es el nivel de gobierno en relación al cual los ciudadanos expresan mayor interés público, lo que no es nada extraño si se piensa que son las instituciones encargadas de velar por los intereses y los problemas del entorno más inmediato de los ciudadanos y aquellas que el ciudadano conoce más directamente. Además, esta consideración, constatable en la misma realidad cuantas veces se quiera, responde seguramente, en relación con los Gobiernos y Administraciones locales, a varios factores, entre los que destacan tanto la capacidad de gestión y respuesta innovadora a las demandas sociales como la receptividad y el trato cercano a los ciudadanos.

En efecto, el nivel local es el que de modo cuantitativamente más importante enraíza las instituciones con el tejido social; de ahí la importancia de fomentar mecanismos de participación, de fortalecimiento de la transparencia, de mejora de la información, de mayor eficacia de la actuación pública y de atención a los criterios de los usuarios de los servicios públicos. Por eso, fomentar cauces de transparencia en este nivel de gobierno, el más próximo y cercano, a la persona, ayuda, y mucho, a facilitar hábitos y cualidades democráticas, tanto en el ejercicio del poder, como en la dimensión participativa de la ciudadanía.

A este respecto, se trata de que los Entes locales se configuren abiertos a la participación, ya que en el diseño institucional de los gobiernos locales cobra creciente importancia la institucionalización de mecanismos de transparencia, participación y concertación ciudadanas, una de las funciones más importantes para el gobierno local. Estos mecanismos, sin embargo, no se producen mecánicamente por muchas normas jurídicas que se aprueben, o por muchos preámbulos que se escriban presumiendo, como tantas veces acontece, de altos niveles de transparencia y participación. En el fondo, es una cuestión de compromiso con los valores democráticos de dirigentes y ciudadanos.

Ha de significarse además que la participación ciudadana no solamente se produce a través del voto, sino también a través de la presentación de candidatos, la provisión de numerosos cargos públicos de representación, la participación en un variado tipo de comisiones, y, fundamentalmente, desde el conocimiento transparente acerca de la realización de las diferentes políticas públicas municipales. En la medida en que se facilita la información y se desvelan aspectos sustanciales y críticos de la acción de gobierno y del quehacer administrativo local, en esa medida crecerá el temple cívico y moral de los vecinos de forma que podrán elegir y tomar decisiones sobre el funcionamiento de los Entes locales con mayor conocimiento.

Los Entes locales se encuentran en inmejorables condiciones para incorporar fórmulas innovadoras de refuerzo de la participación política a través de mecanismos consultivos, del derecho de petición, de consejos de participación, mecanismos todos ellos que acercan la Administración y el Gobierno a los ciudadanos siempre en el marco de una exigente y creciente transparencia.

Esto es así porque lo local constituye el contrapeso político necesario a la globalización a la que estamos asistiendo hoy en día. La conservación de la identidad local es una necesidad esencial en este mundo globalizado como elemento corrector frente a los

procesos de pérdida de identidad y de alejamiento de las instancias de decisión económicas y políticas de los ciudadanos.

Por otro lado, la participación ha de ser una forma de lograr una mayor integración y cohesión sociales y servir como escuela de ciudadanía, profundizando la democracia para hacerla no solo formal y representativa, sino también real y participativa, evitando la apatía y el individualismo tan presente en este tiempo. Ciertamente, una Entidad local que gobierne intentando resolver los problemas reales de los vecinos fomentando la transparencia, la participación y el pluralismo, se constituye en una magnífica escuela de cualidades democráticas.

El objetivo de la transparencia en este terreno ha de ser doble: acercar los poderes locales a los ciudadanos y concebir la participación como vía para fortalecer la legitimación de los Entes locales, ya que, la legitimación de los Gobiernos locales precisa eficiencia y eficacia en su actuación, servicio permanente a los intereses públicos locales así como evaluación participativa transparente con el fin de mejorar sustancialmente las condiciones de vida de todos y cada uno de los vecinos.

En efecto, la democracia representativa consiste no sólo, como acabo de mencionar, en participar en las elecciones a través del voto sino también en estar presente en los procesos de deliberación y en la implementación, evaluación y gestión de las políticas públicas. La democracia, y más en el ámbito local, no es sólo votar, sino deliberar, discutir, valorar. Hoy son necesarios espacios de discusión pública en los que se pueda conocer la opinión de todos los agentes sociales que trabajan en las distintas expresiones y manifestaciones de lo que son los intereses públicos. Obviamente, si la Entidad local cuenta con elevados estándares de transparencia porque se dan a conocer periódicamente, de forma institucional, los principales acontecimientos de la vida local y las principales manifestaciones de las políticas públicas locales, es lógico que la participación sea mayor y de más calidad porque precisa del

conocimiento de la realidad local en sus más relevantes variables e indicadores.

Este conjunto de realidades ha de conducirnos hacia un nuevo modo de funcionamiento de los Gobiernos y Administraciones locales que podría ser caracterizado por las notas siguientes: posburocrático, descentralizado y desconcentrado, abierto, transparente, de calidad, flexible, responsable, eficaz, eficiente, orientado hacia los resultados y al servicio objetivo del interés general de orden local, pensando en las necesidades reales de los vecinos.

Esta potenciación de la vida local debe permitir entre otras cosas una mayor participación y representación, sobre todo, a través de nuevos cauces, destacándose especialmente que la participación es un estilo de gobernar diferente y que implica un desarrollo de la tarea educadora de la ciudadanía local y de su cultura cívica. Algo que debe descansar en un constante ejercicio de transparencia que muestre realmente la realidad de la gestión y del gobierno local en sus diferentes ámbitos y sectores.

En nuestro país, en el reino de España, el artículo 2 de la Ley de Bases del Régimen Local reconoce la necesaria organización de los poderes públicos a partir del principio de proximidad al ciudadano al disponer que se deberán atribuir competencias a los Entes locales en atención a las características de la actividad pública de que se trate y a la capacidad de gestión del Ente local, de conformidad con los principios de descentralización y de máxima proximidad de la gestión administrativa a los ciudadanos.

Por tanto, debe buscarse desde el Gobierno y la Administración local, la permanente conexión con el ciudadano, con el vecino, con el objetivo de, por un lado, tener el permanente conocimiento de lo que demandan los vecinos en cada momento y por otro, para poder operar como un canal permanente de información al ciudadano, al vecino, lo que será posible desde una política de transparencia rigurosa, exigente, pensada desde el vecino, no desde la



tecnoestructura. La transparencia se justifica esencialmente como derecho del vecino, y, también, por supuesto como obligación inherente a los Poderes públicos locales, así como un principio capital de actuación y organización gubernamental y administrativo.

Los procesos de reforma y modernización de las Administraciones públicas suelen llamar la atención sobre la importancia de la participación real de los ciudadanos en el espacio público con la finalidad de abrir espacios y cauces anchos y andaderos por las que discurra la participación libre de los vecinos basada en un esfuerzo de transparencia que efectivamente propicie la libre y real participación de los vecinos.

En todos los intentos por propiciar la participación, nos encontramos con la necesidad de subrayar que el ciudadano ha superado ya, o debe superar, esa perspectiva pasiva desde la cual únicamente era receptor de bienes y servicios que el todopoderoso Estado de Bienestar le suministraba desde la cuna hasta la tumba. Hoy, a lo que se aspira en los modernos programas de reforma administrativa y de regeneración democrática, es a que los vecinos, auténticos propietarios de las instituciones públicas locales, asuman su papel central y se dedican a protagonizar, desde la posición que les es propia, la configuración, definición y ejecución de las más importantes políticas públicas locales. Para ello, claro está, el legislador debe facilitar el camino y abrir los cauces para que el interés general, también en el plano local, se abra a una nueva dimensión en la que los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario brillen con luz propia. Quiere esto decir, entre otras cosas, que siendo el espacio local es el espacio de la gestión pública por antonomasia es, en su seno, donde la participación libre o la libre participación puede producir los frutos deseados en el conjunto de las políticas locales. Para ello, es obvio, desde el Gobierno y la Administración local es menester un esfuerzo de transparencia que permita el mejor y más exacto conocimiento por parte de los vecinos de la realidad local en todas sus dimensiones.

En fin, una de las manifestaciones de la presencia de la ética en los Gobiernos locales se refiere a que la elaboración, aplicación y evaluación de las distintas políticas se realice en todo momento al servicio de los vecinos, de la mejora de sus condiciones de vida. En otras palabras, la existencia digna de todos los vecinos y la efectividad de su libre y solidario desarrollo como personas, constituyen la base de cualquier política local digna de tal nombre. Para ello, como es lógico, es fundamental, escuchar a los vecinos, facilitar su participación real y, sobre todo, darles la información y la atención, desde la transparencia, que les permita considerarse, no meros destinatarios pasivos de bienes y servicios públicos, sino activos protagonistas de la vida local.

## **6. PROPUESTAS**

En el marco de las reflexiones anteriores acerca de la importancia de la transparencia, especialmente en el ámbito de los Gobiernos y Administraciones locales, me permito plantear las siguientes propuestas encaminadas a fortalecer la transparencia en estos entornos territoriales.

PRIMERA. Con el fin de propiciar y facilitar un adecuado ambiente de transparencia en el municipio, se aprobará una ordenanza en la materia, en la que se contemplará, entre otras consideraciones, la existencia de una Comisión de transparencia integrada por personas que en el pasado hayan destacado por su trayectoria en el sector público así como por ciudadanos elegidos por sufragio universal y directo de entre los candidatos que se presenten. La participación en este órgano colegiado no supondrá retribución permanente sino la percepción de las dietas que correspondan de acuerdo con la legislación de aplicación.

SEGUNDA. Las páginas web de los Entes locales dispondrán de información permanente y actualizada acerca, entre otras, de las siguientes cuestiones.

1. Agendas del alcalde, concejales y directores o responsables de las áreas locales en lo que se refiera a actividades de interés general municipal.
2. Viajes del alcalde, concejales y directores o responsables de área así como asistencias a reuniones por cuenta de la Corporación.
3. Ejecución del presupuesto con especial indicación de las modificaciones realizadas.
4. Retribuciones completas del personal de la Corporación y de los Entes instrumentales del mismo con especial referencia a los gastos de representación.
5. Procesos de selección del personal funcionario y contratado.
6. Acuerdos del pleno y de la junta de gobierno.
7. Actas de las reuniones de los entes públicos instrumentales.
8. Licitaciones y contrataciones de bienes y servicios con especial referencia a las motivaciones de los acuerdos de adjudicación y a los contratos menores.
9. Acuerdos de modificación, suspensión o aprobación del planeamiento urbanístico.
10. Grupos de presión o lobbies que actúan en el ámbito municipal e integrantes de los mismos.
11. Sentencias en que sea parte la Corporación local.
12. Objetivos de las diferentes políticas públicas con sus cronogramas de realización.
13. Ordenanzas y bandos y evaluación periódicamente de las mismas.
14. Actualización de los archivos.
15. Información sobre el estado de los procedimientos administrativos que afecten a los vecinos.
16. Consejos de usuarios de los servicios públicos.
17. Lista de los derechos de los vecinos y de las obligaciones en relación con ellos de la Corporación local.
18. Evaluación de los bandos y ordenanzas municipales.
19. Rendición de cuentas anual de la actividad realizada por el Alcalde y los concejales de la Corporación.
20. Evaluación del rendimiento de las estructuras municipales con arreglo a criterios objetivos.

## 7. BIBLIOGRAFIA

J. CANTERO MARTINEZ, La transparencia como una exigencia del Estado democrático y su tratamiento en el procedimiento administrativo común, en Estudios y Comentarios Legislativos. Westlaw Insignis BIB 2011/5903.

C. DELPIAZZO, De la publicidad a la transparencia en la gestión administrativa, Revista de Derecho 3, 2003.

A. EMBID IRUJO, El ciudadano y la Administración pública, Madrid, 1994.

J.A. DOMINGUEZ LUIS, El derecho de información administrativa: información documentada y transparencia administrativa, Revista Española de Derecho Administrativo, nº 88, 1995.

E. GUICHOT, Transparencia y buen gobierno, Pamplona, 2014.

E. GUICHOT, El proyecto de ley de transparencia y acceso a la información pública.

D. ORDOÑEZ SOLIS, El derecho de información del ciudadano, la protección de datos personales y la transparencia, Revista del Poder Judicial, nº 73, 2004.

J.L. PIÑAR MAÑAS, Seguridad, transparencia y protección de datos: el futuro de un necesario e incierto equilibrio, Documento de Trabajo 147/2009, Fundación Alternativas, 2009.

F. SAINZ MORENO, Secreto y transparencia, Estudios para la reforma de la Administración pública, Madrid, 2003.

M.A. SENDIN GARCIA, Transparencia y Acceso a la información pública, en J. RODRIGUEZ-ARANA/M.A. SENDIN GARCIA, Transparencia, Acceso a la información y Buen gobierno, Granada, 2014

# MINIMALISMO CÍVICO Y EDUCACIÓN DEMOCRÁTICA. DOS PROPUESTAS PARA PENSAR UNA TEORÍA POLÍTICA DE LA EDUCACIÓN EN EL SIGLO XXI

Jesús Ignacio Delgado Rojas.  
Universidad de Sevilla. Dpto. Filosofía del Derecho.

*“Nacemos débiles, necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo, necesitamos asistencia; nacemos estúpidos, necesitamos juicio. Todo cuanto no tenemos en nuestro nacimiento y que necesitamos de mayores nos es dado por la educación”.*

Jean-Jacques Rousseau, «Emilio, o De la educación».

## 1. INTRODUCCIÓN

El fenómeno complejo y difuso de la globalización ha contribuido, entre otros muchos aspectos, también a la internacionalización de las cuestiones educativas. En ese contexto, son frecuentes los debates referidos a si el contenido de la educación debiera ser multicultural, o si las escuelas y universidades debieran promover valores cosmopolitas o patrióticos. Muchas variables entran en juego en estas disquisiciones, pero -sin ánimo de ser parcial- solo puedo analizar en esta ocasión algunas de ellas. Concretamente, deseo referirme a las propuestas del minimalismo cívico y la educación democrática como alternativas y desafíos que la formación ciudadana demanda.

Por su parte, la corriente del minimalismo cívico argumenta que la educación pública debe ceñirse a la transmisión de los contenidos técnicos y científicos que marcan los distintos saberes y disciplinas. Pero nada más. A la instrucción pública no le corresponde más que

ese mínimo cívico necesario -y solo el indispensable- para una convivencia pacífica. Se entiende que para garantizar de forma máxima la formación moral de los ciudadanos, la educación pública en materia de valores ha de quedar reducida al mínimo. El minimalismo cívico exige no enseñar en las escuelas y universidades nada que vaya más allá de los conocimientos que integran las distintas materias. Todo lo que exceda de ese mínimo constituye una invasión ilegítima de la autoridad política.

El problema del que puede adolecer este minimalismo cívico es que la noción de neutralidad que predica impide al Estado tomar partido por una defensa de los propios valores encarnados por ese Estado. Para los defensores de una educación así concebida cualquier atisbo de formación en valores no puede tener cabida en el sistema educativo: no ya los valores concretos de una determinada ética privada (que el principio de laicidad proscibiría inculcar), sino tampoco educar en los valores desprendidos de su ética pública, aunque esta fuera democrática, liberal y laica.

La educación democrática, en cambio, sostiene que una condición necesaria para una educación cívica adecuada es promover las aptitudes y los valores propios de una ciudadanía igualmente democrática. Esto es, una educación que defienda no solo un mínimo cívico, sino que tutele las habilidades y valores contenidos y desprendidos del entero ordenamiento jurídico sobre los que se asienta esa opción educativa.

Sobre el andamiaje de los párrafos precedentes pretenden moverse las siguientes líneas. En un intento de sistematización de la exposición, podríamos articular tres bloques temáticos: i) preguntarnos si la instrucción pública en valores debe ser *mínima* para garantizar de la mejor forma la educación moral de la ciudadanía; ii) intentar encontrar el justo acomodo del creciente multiculturalismo de las sociedades modernas en los diferentes niveles educativos; iii) y, partiendo de lo anterior, comprender si la educación debe fomentar en los estudiantes sentimientos cosmopolitas y/o

patrióticos. El desafío del minimalismo cívico, el multiculturalismo y el cosmopolitismo, frente al patriotismo, serán nuestras herramientas de trabajo.

## **2. EL MINIMALISMO CÍVICO: ¿UNA ALTERNATIVA?**

Como señalábamos, el minimalismo cívico impide que las instituciones públicas se inmiscuyan en materia educativa más allá de las competencias indispensables para una formación escrupulosamente científica. Desde este punto de vista, exigir de la educación algo más que el mínimo de aprendizaje en materia de valores y culturas supondría una interferencia intolerable del Estado o de los poderes públicos en la formación moral de sus ciudadanos.

El atractivo básico de la propuesta minimalista podría residir en su fuerza integradora de los horizontes culturales diferentes y opuestos. En tanto que es una opción que no se pronuncia sobre la valoración del fenómeno de la multiculturalidad, parecería que los potenciales enfrentamientos en este plano quedarían al margen de la educación (cuyo cometido, por ser minimalista, no le haría tener que afrontar esos retos que tienen que ver con valores como la tolerancia y la inclusión). El fenómeno deberá ser abordado por otras vías político-legislativas, pero no por el sistema educativo. Sus defensores argumentarían que al minimizar el componente de la formación moral en la educación pública, se puede resolver el problema de cómo lograr un consenso acerca de cuál debería ser el contenido exacto de la formación en valores cuando se dan situaciones de pluralismo (ya que ese pluralismo acarrea visiones valorativas distintas sobre lo bueno, derivadas cada una de su propia cultura). Desterrado el debate de la educación, no será necesario lograr un consenso harto difícil en un clima de profunda heterogeneidad cultural, con el consiguiente riesgo de que cada grupo quisiera imponer su propia visión al respecto o que alguno de ellos (minoritario) fuera desatendido.

Por contraste al minimalismo cívico, la educación democrática - señalará su defensora la profesora Gutmann- concede a los ciudadanos “la posibilidad de interpretar los requisitos de la educación cívica, en coherencia con el respeto por sus derechos. Es decir, permite a los ciudadanos exigir más que el mínimo de educación cívica”<sup>1</sup>.

Si los minimalistas arguyen que los partidarios de la educación democrática no tienen derecho a imponer una educación cívica por encima del mínimo, los minimalistas cívicos lo primero que deberán especificar con precisión es cuál es ese *mínimo cívico* y por qué es ese (y no otro). Sin una definición previa del mínimo cívico, difícilmente podrá ceñirse a él la educación (por desconocerlo). Los minimalistas cívicos, por consiguiente, necesitan defender una concepción específica y fundamentada del mínimo cívico.

Algunas posiciones doctrinales muestran su desconfianza y sospecha cuando el Estado se arroga cualquier facultad que supera ese mínimo, pues precisamente en el empeño por la formación de buenos ciudadanos en los valores democráticos se acaba por oscurecer “el que siempre ha sido objetivo prioritario de la enseñanza, que es pura y llanamente la transmisión de los conocimientos”<sup>2</sup>.

Resulta paradójico la acusación de contenido valorativo que se vierte sobre la opción de la educación democrática cuando el minimalismo cívico, aún siendo mínimo, es ya en sí mismo también una opción valorativa. Los minimalistas cívicos defienden su modelo educativo sobre la base de que como los contenidos morales a transmitir son los mínimos, resulta su modelo por tanto menos discutible que el defendido por la educación democrática. Posiblemente estén en lo cierto si el mínimo cívico se basa en un consenso que es más fácilmente alcanzable cuando se trata de decidir qué contenidos científicos básicos debe cubrir la enseñanza. Es claro

---

<sup>1</sup> GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, Paidós, Barcelona, 2001, p. 359.

<sup>2</sup> PRIETO SANCHÍS L., “Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia”, en *Persona y Derecho*, núm. 60, Universidad de Navarra, 2009, p. 215.



que sobre este extremo el acuerdo se logra sin demasiado esfuerzo. Pero “imponer el minimalismo cívico -lo que conlleva impedir a los ciudadanos que puedan exigir a las escuelas enseñar algo que vaya más allá de las tres reglas básicas o cualquier otro mínimo no sujeto a un debate democrático- no es una postura inicial neutra”<sup>3</sup>.

Por otro lado, algunos puntos de desencuentro provienen de lo que unos estiman como cumplimiento de un mandato de la propia democracia y otros consideran que está en clara discrepancia con el modelo de laicidad que rige como principio rector de la convivencia democrática. El profesor Dionisio Llamazares considera que la educación ciudadana en valores no es solo constitucionalmente “sino que responde a un mandato constitucional ya explicitado en los textos internacionales”<sup>4</sup>. Pero, partiendo de las mismas premisas, el profesor Prieto Sanchís llega a la tesis contraria subrayando que “ninguna formación moral, laica o religiosa, representa un imperativo constitucional”<sup>5</sup>. Advierte este catedrático de Filosofía del Derecho del riesgo de intentar encuadrar en nuestras constituciones un determinado modelo educativo, contrario a la neutralidad que ésta parece consagrar, y por medio de un juego de palabras evitar hablar de adoctrinamiento cuando la doctrina en la que se adoctrina es nuestra propia doctrina.

La noción de neutralidad liberal que predica el minimalismo cívico impediría al Estado tomar partido por una u otra opción ideológica. Es más, exige de la autoridad política ser exquisitamente neutral entre las plurales concepciones del bien. Para los defensores de una educación así concebida cualquier atisbo de formación en valores no puede tener cabida en el sistema educativo. Por decirlo

---

<sup>3</sup> GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, op. cit., p. 362.

<sup>4</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ D., *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2009, p. 80.

<sup>5</sup> PRIETO SANCHÍS L., *Educación para la ciudadanía y objeción de conciencia*, op. cit., p. 210.

con Luis Prieto, “nada de clase de religión, pero tampoco de religión civil”<sup>6</sup>.

Ahora bien, una cosa es señalar que el modelo educativo de un Estado democrático debe ser plenamente neutral, y otra muy distinta es considerar esta separación y neutralidad como ausencia de toda moral que el Estado deba defender o la imposibilidad de mostrarse beligerante contra aquello que la perturbe. Ni la separación ni la neutralidad convierten al Estado en un ente axiológicamente vacío. El Estado no es solo sujeto pasivo sometido a la moral pública y está obligado a respetarla, sino que es también por mandato constitucional el encargado de hacerla respetar.

De esta laicidad, entendida como separación y neutralidad, se desprende los principios inspiradores que deben regir la tarea formativa de la educación democrática y, a su vez, creo que hace espantar los riesgos de su sectarismo y adoctrinamiento. La laicidad imprime en este modelo educativo -como diría Bobbio- más un método o forma de trabajar, que un contenido exacto<sup>7</sup>. El espíritu laico no sería tanto como un nuevo contenido a enseñar, sino la condición para poder enseñar todos los contenidos culturales posibles. Ante la afirmación de que el Estado no puede o no debe tener moral alguna<sup>8</sup>, consecuencia derivada de su laicidad, el parecer contrario se dirigiría a mantener que, lejos de carecer de toda

---

<sup>6</sup> PRIETO SANCHÍS L., “La escuela (como espacio) de tolerancia: multiculturalismo y neutralidad”, en *Educación en valores. Ideología y religión en la escuela pública*, coord. Antonio López Castillo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2007, p. 51.

<sup>7</sup> BOBBIO N., “Cultura laica y laicismo”, en *Iglesia viva: revista de pensamiento cristiano*, núm. 222, 2005, pp. 147-149.

<sup>8</sup> El Derecho y el Estado “no encarnan valores morales -dice Ferrajoli-, ni tienen la tarea de afirmar, de sostener o de reforzar la (o bien una determinada) moral o una determinada cultura, religión o ideología, ni siquiera de tipo laico o civil (...) porque la adhesión a dichos valores -incluso a los valores políticos de la democracia- no pueden imponerse a la conciencia moral de manera coactiva”. FERRAJOLI F., *Laicidad del derecho y laicidad de la moral*, Trotta, Madrid, 2010, pp. 135 y 139. También esta postura la comparte el profesor Prieto Sanchís cuando afirma que “la laicidad supone que las instituciones públicas no hacen suya ninguna concreta opción de las muchas que concurren al debate de una sociedad pluralista y, sobre todo, supone también que el Derecho y el Estado, irremediablemente coactivos, no son generadores de ninguna ética particular”. PRIETO SANCHÍS L., *El constitucionalismo de los derechos*, Trotta, Madrid, 2013, p. 255.

moral, tiene la proveniente de los principios y valores constitucionales supremos en los que se expresa y concreta el mínimo común ético de una sociedad abierta y democrática. Su moral pública no puede ser otra que la consecuentemente derivada de la defensa del sistema democrático de Derecho.

Entre esa moral pública que podría integrar el contenido de la educación democrática, argumenta Amy Gutmann, se incluiría “la enseñanza no solo de las tres reglas básicas, sino también de la tolerancia y la no discriminación religiosa, la no discriminación racial y sexual, el respeto por los derechos individuales y la legitimidad de las leyes, la capacidad de articulación de un discurso y el valor de alzarse para defender las propias convicciones, la capacidad de debatir con los demás y por consiguiente de tener la mente abierta en cuestiones políticamente relevantes y la capacidad de evaluar la actuación de los funcionarios”<sup>9</sup>. Estamos, desde luego, ante una defensa de una educación virtuosa que implica un sustantivo componente axiológico que va más allá de un “mínimo”, desde el momento en que se extiende el objetivo de la educación no solo a la formación de buenos profesionales, sino también a la formación de buenos ciudadanos en su integridad.

Me parece que de las dos alternativas nos inclinamos, más bien, por un tipo de educación que excede el mínimo de formación cívica. La profesora Martha C. Nussbaum mantiene una tesis similar cuando, en su última obra recientemente publicada, incluye la educación en la lista de capacidades humanas centrales que una

---

<sup>9</sup> GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, op. cit., p. 364. Tesis similar la encontramos en la profesora Nussbaum que, ante el interrogante de lo que puede y debe hacer la escuela para generar ciudadanos de la democracia, responde: “desarrollar la capacidad del alumno de ver el mundo desde la perspectiva del otro (...); inculcar actitudes frente a la debilidad y la impotencia que den cuenta de que ser débil no es vergonzoso y de que necesitar a los demás no es indigno de un hombre (...); desarrollar la capacidad de sentir un interés genuino por los demás (...); enseñar contenidos reales y concretos sobre otros grupos raciales, religiosos y sexuales (...); fomentar el sentido de la responsabilidad (...); promover activamente el pensamiento crítico, así como la habilidad y el coraje de expresarlo, aunque disienta de los demás”. NUSSBAUM M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, Katz, Madrid, 2010, p. 73.

nación debe garantizar hasta un umbral mínimo para poder reclamarse justa:

“Poder utilizar los sentidos, la imaginación, el pensamiento y el razonamiento, y hacerlo de un modo ‘verdaderamente humano’, un modo formado y cultivado por una educación adecuada que incluya (aunque ni mucho menos esté limitada a) la alfabetización y la formación matemática y científica básica”<sup>10</sup>.

Los parámetros cívicos y valorativos se someten a consideración, así, conjuntamente con los estrictos contenidos científicos. La formación académica no puede constreñirse a un minimalismo cívico que relegue la enseñanza de los valores democráticos fuera del espacio educativo, lugar idóneo para la formación integral del discente: tanto científica como cívico-ciudadana.

### **3. MULTICULTURALISMO: UNA REALIDAD SOCIAL**

Resulta bastante evidente que *multiculturalidad* e *inmigración* son dos conceptos insoslayables con la consiguiente “nueva fuente de posibles conflictos y dificultades para la convivencia, ante el choque de identidades personales y colectivas diferentes. Será preciso tener un conocimiento objetivo del diferente y del otro, tanto por parte de los que ya están, como por parte de los que llegan procedentes de entornos convivenciales diferentes”<sup>11</sup>.

Las instituciones públicas deberían manifestar y cultivar el respeto mutuo entre los individuos como ciudadanos libres e iguales. Esta perspectiva requiere dos respuestas hacia el multiculturalismo. Por un lado, el reconocimiento público del fenómeno del pluralismo, con el enriquecimiento cultural y mestizaje que supone; por otro,

---

<sup>10</sup> NUSSBAUM M., *La tradición cosmopolita. Un noble e imperfecto ideal*, Paidós, Barcelona, 2020, p. 258.

<sup>11</sup> LLAMAZARES FERNÁNDEZ D., *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, op. cit., p. 98.

la respuesta de la tolerancia: el acuerdo de poder mostrarse en desacuerdo sobre creencias y prácticas distintas de las propias. Así, el reconocimiento público y la tolerancia son respuestas apropiadas al multiculturalismo y las posturas idóneas que debe incorporar cualquier educación en valores democráticos.

Recordemos que la globalización y, sobre todo, su cara más humana, la inmigración, ha dinamitado las fronteras nacionales y ha difuminado los tradicionales andamiajes construidos en torno a la figura del ciudadano nacional. La expresión tradicional de la ciudadanía, en tanto que participación y ejercicio de la conformación de la voluntad general, se sigue reservando a los ciudadanos de pleno derecho, a los ciudadanos nacionales. La integración, desde un primer momento, supone no solo la incorporación del inmigrante en la comunidad de acogida, sino su participación efectiva en el seno de la nueva sociedad en la que convive. Así entendido, el multiculturalismo implica una integración superadora del gueto y de la asimilación no querida.

En esa tarea la educación es un elemento indispensable, porque la ciudadanía conlleva una forma en sí de entender la convivencia y la organización social, sus valores, principios, derechos y procedimientos. Todo un engranaje de elementos que se insertan en la sociedad en la que vivimos, y que la articulan y dan forma, cuyo conocimiento es preciso para participar efectivamente en ese marco de interrelaciones. El sistema educativo no puede desconocer tan encomiable cometido, ni relegar su conocimiento a otros ámbitos de la realidad ajenos a la escuela o la universidad:

“Las instituciones educativas tienen una tarea importante y urgente: inculcar en los alumnos la capacidad de concebirse como integrantes de una nación heterogénea (como lo son todas las naciones modernas) y de un mundo aún más heterogéneo, así como

la facultad de comprender, al menos en parte, la historia y las características de los diversos grupos que habitan este planeta”<sup>12</sup>.

Solo desde una educación pública y abierta la ciudadanía es compatible con el multiculturalismo. Fuera de los parámetros de la democracia se me hace difícil pensar que puedan nacer las condiciones de ambivalencia de individuo y ciudadano exigidas por los derechos humanos fundamentales.

El pluralismo y la tolerancia encuentran sus límites en las exigencias, valores, derechos y deberes derivados del respeto a la dignidad humana. Pluralismo y tolerancia como no equivalentes con el *todo vale* o el *todo vale igual*. El multiculturalismo no debería afirmar que las diversas creencias e ideologías puedan tener todas el mismo valor. No se puede defender la tolerancia con el argumento de que todo es relativo. Si así fuera, daría igual la tolerancia que la intolerancia, la dignidad humana que la tortura o la igualdad de la mujer que la ablación genital. La tolerancia presupone la creencia firme en ciertos valores, pues procede de la creencia en el valor del respeto hacia las personas aun cuando tengan criterios y opiniones distintos. Y precisamente porque presupone la creencia en ciertos valores, la tolerancia no puede ser ilimitada, pues tales valores acotan también el campo de lo intolerable. Solo serán defendibles aquellas cosmovisiones e ideologías que sean respetuosas con los derechos humanos, pues de lo contrario dichas prácticas merecerían el calificativo de intolerables y la democracia debe ser beligerante ante todo aquello que resulte atentatorio de la dignidad de los hombres y mujeres.

La sociedad multicultural así definida va de la mano de la idea de ciudadanía democrática. No se entiende la una sin la otra. La ciudadanía plena, pues, solo puede ser aquella que sea vivida en un clima de democracia y respeto de los derechos humanos fundamentales. La educación democrática persigue precisamente el

---

<sup>12</sup> NUSSBAUM M., *Sin fines de lucro. Por qué la democracia necesita de las humanidades*, op. cit., p. 114.

fomento de esas condiciones de integración social y el cultivo de los valores ciudadanos. En esa línea señalaba el profesor Gregorio Peces-Barba que la educación democrática “debe ser conectada con la necesidad de contar con un sustrato de cultura cívica y política capaz de dar sustento a la estabilidad del sistema democrático. La cultura cívica y política puede ser entendida como el conjunto de valores y actitudes que orientan la conducta política y las evaluaciones que el ciudadano puede hacer de los agentes e instituciones políticas. La cultura cívica y política está pensada para funcionar en el marco de un sistema democrático. El ciudadano del que hablamos no es un observador pasivo de la política, sino su máximo sujeto”<sup>13</sup>.

En definitiva, la educación democrática tiene como objetivo lograr ciudadanos libres y comprometidos con los propios valores que la democracia demanda. De la formación que los ciudadanos reciban en torno a los valores democráticos depende nada menos que la supervivencia de la propia democracia.

#### **4. COSMOPOLITISMO Y PATRIOTISMO EN UNA TEORÍA POLÍTICA DE LA EDUCACIÓN**

Por no reiterar el consabido desarrollo histórico del concepto de ciudadanía, baste señalar, a los efectos que aquí interesan, que uno de los problemas actuales que acucia a nuestras sociedades es el de la convivencia entre personas procedentes de horizontes culturales distintos y los retos que plantea ese pluralismo y diversidad.

¿Cómo se compatibiliza el desafío de la diversidad con una educación democrática inclusiva, que necesariamente tiene como destinatarios individuos culturalmente heterogéneos? Si el papel que se atribuye a los ciudadanos, de ser los máximos protagonistas de la vida política, pudiera ser ejercido sin la formación que esa tarea

---

<sup>13</sup> Gregorio Peces-Barba (coord.), *Educación para la Ciudadanía y Derechos Humanos*, Espasa, Madrid, 2007, p. 24.

requiere, la educación democrática no sería necesaria. Si, por el contrario, nuestra respuesta fuera algo más pesimista, y cuestionásemos que como ciudadanos no estamos capacitados de antemano para participar del modo que el sistema democrático nos requiere, quizás la educación democrática sí tenga alguna misión que cumplir. La democracia necesita formar ciudadanos. Y necesita de la educación porque la ciudadanía es una actividad que no se nace sabiendo ejercer. Si vivimos en democracias deliberativas hay que enseñar a deliberar.

Lo que se ha venido a denominar como *ciudadanía cosmopolita*, que parece observarse como un horizonte lejano casi utópico, supondría la extensión de esa categoría tradicional de ciudadanía a todos, sin distinción alguna. Ese camino solo puede desarrollarse en un contexto proclive al diálogo y al encuentro: solo la atribución y disfrute efectivo de los derechos y libertades, la participación pública real y el cultivo de un sentimiento de pertenencia a la comunidad -la que en su día fuera la de acogida al inmigrante- nos podrían hacer pensar en el logro de condiciones propias de cosmopolitismo.

El principal obstáculo que está encontrando este concepto ampliado de ciudadanía es el que creo que acertadamente constata también el filósofo alemán J. Habermas cuando afirma:

“En la vida política de un ciudadano se superponen muchas lealtades que se pueden valorar individualmente de forma muy diferente: entre otras, los lazos políticamente relevantes con la región de origen, con la ciudad o la provincia del correspondiente lugar de residencia, con el país o la nación, etc.”<sup>14</sup>.

---

<sup>14</sup> HABERMAS J., *La constitución de Europa*, Trotta, Madrid, 2012, p. 73. También se ha referido a esta idea Amy Gutmann cuando señala que “la mayoría de los individuos se identifican con varias culturas, no solo una, en el transcurso de sus vidas. La mayoría de los individuos, por consiguiente, son multiculturales”. GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, op. cit., p. 371.



Entre nosotros, el profesor Eusebio Fernández también se ha ocupado de este fenómeno al que denomina como *patriotismo cosmopolita*<sup>15</sup> y que constituye una visión más moderada o ecléctica ante la propuesta de una ciudadanía mundial sin reservas: “la identidad personal va unida a un sentimiento de pertenencia a comunidades de vida y de sentido (...). El pluralismo no puede tener un alcance ilimitado. En una sociedad pluralista (y la sociedad cosmopolita debe serlo necesariamente), no pueden convivir comunidades de vida y de sentido radicalmente distintas”. Y puntualiza:

“La ciudadanía cosmopolita, a secas, corre el riesgo de convertirse en una estructura artificial y fría (...). La idea de pertenencia a una comunidad política, abarcable y diferenciada, con la que nos sentimos identificados y comprometidos, aunque sea de forma parcial y relativa, es un elemento muy importante (...). El patriotismo, el amor a la patria, es un sentimiento individual y una virtud social y política que no puede ser impuesta y que, por tanto, difícilmente puede considerarse el contenido de obligaciones morales y jurídicas. Quizá el equilibrio adecuado entre un patriotismo que excluya al nacionalismo exacerbado y una actitud cosmopolita sea lo más correcto”<sup>16</sup>.

Surge así el intrincado interrogante que cuestiona si la educación democrática debe fomentar el cosmopolitismo o el patriotismo. Lejos de fórmulas magistrales, una postura prudente parece lo más razonable. Para Amy Gutmann, “enseñar a los estudiantes sobre países y culturas extranjeras no es necesariamente una receta para homogenizar el mundo; por el contrario, puede implicar que cada sociedad preste la mayor atención a la historia, culturas y políticas

---

<sup>15</sup> Aboga a favor de un patriotismo “que de solidaridades y lealtades particulares se dirige hacia solidaridades y lealtades cosmopolitas y que se apoyan entre sí para evitar tanto el patriotismo excluyente e inmoderadamente nacionalista, como un cosmopolitismo insulso y sin contenidos”. FERNÁNDEZ GARCÍA E., “El patriotismo constitucional”, en *La Constitución a examen. Un estudio académico 25 años después*, coords. G. Peces-Barba y M.A. Ramiro Avilés, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 328.

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ GARCÍA E., *Dignidad humana y ciudadanía cosmopolita*, Dykinson, Madrid, 2001, p. 115.

de su propio país”<sup>17</sup>. Podemos encontrar sin demasiado esfuerzo razones que justifican enseñar a los estudiantes más sobre la política, la historia y la cultura de nuestra propia sociedad que de cualquier otra, lo que no impide la tarea a la que estamos obligados de explicar, también, las políticas, historias y culturas de otras sociedades.

Desde luego que la educación democrática no debe centrarse ni limitarse a una sola sociedad (la propia), sino ampliarse a otras comunidades con otras tradiciones y culturas. Una educación democrática bien entendida debe apoyar tanto el patriotismo como el cosmopolitismo y buscar el justo acomodo entre ambos compromisos y lealtades. Ello precisará grandes dosis no solo de tolerancia y respeto a los derechos humanos, sino también de una educación en los valores de la generosidad, la tolerancia y la solidaridad.

## 5. CONCLUSIONES

La educación en los valores democráticos se ha convertido en un debate de candente actualidad y demanda una pronta satisfacción a los interrogantes que plantea. Optar por cualquiera de las alternativas posibles no es una decisión inocente ni insignificante. Como hemos comprobado, asumir una u otra postura en torno a la educación en valores supone defender toda una panoplia de decisiones que se imbrican con la concepción que postulemos de una teoría política de la educación. En realidad se trata de considerar si existe o no una justificación para una intervención de los poderes públicos en una cuestión que correspondería al ámbito de la libertad ideológica fundamentalmente; haciéndose notar que si hay algo por lo que se caracterice el Estado constitucional es por su propósito de establecer un ámbito de autonomía del ciudadano, un espacio inmune a la injerencia del poder público.

Cabría preguntarse entonces cómo se justificaría el arrogamiento por parte de ese Estado de una competencia que estribe en la

---

<sup>17</sup> GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, op. cit., p. 384

educación en valores. Creo que no sería imposible justificar una formación académicamente científica y, a su vez, quedar circunscrita a los valores democráticos y respetando el principio de laicidad. Los alardeados riesgos de adoctrinamiento y proselitismo quedarían desactivados siempre que dicha educación se ciñera a los valores constitucionalmente consagrados y que por consenso hemos decidido que rijan nuestra convivencia democrática. La educación en valores no debería ir más allá, o querer abarcar más. La educación democrática deberá recoger todos aquellos valores y principios cuyo alcance se desprende pacíficamente de nuestros Ordenamientos, pero solo esos. Debiendo eludir todas aquellas cuestiones que en una sociedad abierta no pasarán nunca de ser opciones políticas del legislador democrático, pero que por su carácter contingente el Estado no podría imponerlas como opciones éticas de obligada transmisión. Siendo principios y valores concernientes a las opciones personales de vida deben permanecer y vivirse desde el foro de la ética privada.

Solo desde la educación en los valores democráticos; la consagración de la tolerancia como respeto al diferente y a lo diferente, siempre que no se entre contradicción con los derechos humanos; y un cosmopolitismo que tenga a bien salvaguardar las noblezas de las identidades propias; será posible el fortalecimiento del régimen democrático y el disfrute futuro de una convivencia pacífica y enriquecedora. La educación democrática nos proporciona las bases para construir una sociedad igualmente democrática, que garantice “las libertades políticas y civiles de sus ciudadanos adultos sin poner en peligro su bienestar o incluso su supervivencia (...). La democracia, por tanto, depende de la educación democrática para alcanzar toda su fuerza moral”<sup>18</sup>.

---

<sup>18</sup> GUTMANN A., *La educación democrática. Una teoría política de la educación*, op. cit., p. 354.



# CONSIDERAÇÕES SOBRE RAZÃO DE ESTADO E DEMOCRACIA EM NORBERTO BOBBIO<sup>1</sup>

José Alcebíades de Oliveira Junior.

Trabalho realizado tendo por base a obra *O Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais* de Norberto Bobbio. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2011. 209 p. Título do capítulo: Razão de Estado e democracia, pgs. 85-101.

## 1. INTRODUÇÃO

Esse trabalho realizado a convite do professor Álvaro Sanchez Bravo trata sobre a Razão do Estado e democracia no pensamento de Norberto Bobbio. Pretende-se realizar uma resenha crítica do capítulo *Razão do Estado e democracia* do livro *Elogio da Serenidade: e outros escritos morais*, com a finalidade de verificar a atualidade de seu pensamento, ao mesmo tempo em que se pretenderá viabilizar considerações críticas sobre esses temas no mundo atual. Gostaríamos de deixar consignado que o autor italiano possui uma vasta obra também sobre teoria e filosofia do direito, cujos textos foram por nós trabalhados em nossa tese de doutorado intitulada *Fundamentos da Teoria Jurídica em Norberto Bobbio*, defendida na Universidade Federal de Santa Catarina (Brasil), em 1992.

Dentre os vários temas possíveis na obra *Elogio da Serenidade: e outros escritos morais* do autor ora resenhado, privilegiou-se o tema da Razão de Estado e democracia devido ao fato de que o conturbado mundo em que vivemos está nos reconduzindo a uma

---

<sup>1</sup> Trabalho realizado tendo por base a obra *O Elogio da Serenidade e outros Escritos Morais* de Norberto Bobbio. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2011. 209 p. Título do capítulo: Razão de Estado e democracia, pgs. 85-101.

constante e sempre renovada discussão sobre as relações entre moral, direito e Estado.

## 2. RAZÃO DO ESTADO E DEMOCRACIA

Consoante Norberto Bobbio, “a relação entre moral e política é um dos muitos aspectos da questão moral, hoje mais viva que nunca” (2011, p. 85). Agora, trabalharemos o tema da Razão de Estado e democracia, procurando entender o que Bobbio quis ressaltar sobre o assunto.

Como afirma nosso autor, o problema de fundo é sempre o mesmo:

nasce da constatação de que se pode manifestar um contraste entre ações humanas em todos os campos e algumas regras fundamentais e gerais, habitualmente chamadas de regras morais, e como tais impostas como obrigatórias, sem as quais a convivência seria não apenas impossível, mas altamente infeliz. (BOBBIO, 2011, p. 85).

Segundo o estudioso, é preciso buscar-se uma boa convivência. Complementando que “o modo mais simples, mas também menos convincente de resolver o problema é sustentando a autonomia de várias esferas de ação com respeito à esfera regulada pelas prescrições morais” (BOBBIO, 2011, p. 86).

E dentre os exemplos trazidos por Bobbio, está a *autonomia da arte*: “a arte tem seu próprio critério de juízo, que é “o belo e o feio”, diverso do critério do bom e do mau próprio da moral” (2011, p. 86). Já como diz o autor, “o critério com base no qual deve ser julgada a ciência é o verdadeiro e o falso, que também é bem diverso do critério do bom e do mal” (BOBBIO, 2011, p. 86), próprio da moral.

Como segue Bobbio,

um dos campos mais controvertidos, e também aquele em que cada homem ou mulher é particularmente sensível, e não apenas o artista, o cientista, o homem de negócios, mas cada homem e cada mulher, é o da vida sexual: autonomia da vida sexual significa liberdade das relações eróticas com respeito à moral corrente; em outras palavras, a vida sexual não tem regras de conduta muito precisas, ou obedece a regras diferentes daquelas da moral. (BOBBIO, 2011, p. 86).

Enfim, como diz o jurista e filósofo da política em estudo, complementando a esse raciocínio, “a mesma resposta foi dada no que se refere à política, e é a resposta que na pátria de Maquiavel e Guicciardini foi chamada de razão de Estado ou de autonomia da política” (BOBBIO, 2011, p. 86).

Mais adiante no texto de Bobbio, existem outras considerações de interesse que fazemos questão de ressaltar aqui: o problema da relação entre moral e política. Segundo esse autor,

o problema da relação entre moral e política nasce do mesmo modo que nas outras esferas, onde, para continuar com nossos exemplos, podem existir obras esteticamente admiráveis, mas moralmente condenáveis, ações economicamente úteis, mas moralmente reprováveis. (BOBBIO, 2011, p. 88).

Um exemplo de grande atualidade, é o problema da venda de órgãos humanos. Argumentou-se, segundo Bobbio, “que o melhor modo de remediar a dificuldade de encontrar rins para transplante seja o de considera-los uma mercadoria como outra qualquer, pois sempre se encontrará um pobre coitado disposto a vender um rim para pagar suas dívidas ou comprar um toca-fitas” (BOBBIO, 2011, p. 88), tal como ocorre também em outros países, dentre os quais o Brasil.

Outrossim, como diz Bobbio,

analogamente o problema da relação entre moral e política se põe do seguinte modo: é constatação comum, feita por quem quer que saiba um pouco de história, que na esfera política são realizadas continuamente ações que a moral considera ilícitas, ou ao contrário, são permitidas ações que a moral considera imperiosas. Dessa constatação chegou-se à convicção de que a política obedece a um código de regras diferentes da moral. (BOBBIO, 2011, p. 88).

E Bobbio (2011, p. 88) traz alguns exemplos dessa diferença entre regra moral e regra política: “o código moral, em todos os tempos e em todos os países, ordena: “Não matar”. Em vez disso, a história humana pode ser objetivamente representada como uma longa, contínua e ininterrupta seqüela de assassinatos, extermínios de inocentes, massacres de inocentes”, etc. O mesmo pode ser dito de um outro preceito fundamental, *não mentir*, e assim por diante.

Enfim, não obstante a recorrente aspiração de reduzir a política a moral, o contraste continua a existir de fato. Compreende-se que tenha provocado e continue a provocar tantas tentativas de explicação. Essas tentativas são inumeráveis. E Bobbio traz três delas:

1) A separação entre moral e política, que nasce do fato de que a conduta política é guiada pela máxima de que o fim justifica os meios, e o fim da política – a conservação do Estado, o bem público, o bem comum ou coletivo, como se o queira chamar – é tão superior ao bem dos indivíduos singulares que acaba por justificar a violação de regras morais fundamentais que valem para os indivíduos e nas relações entre eles. [...]. 2) A segunda justificação é a que foi dada prevalentemente pelas teorias da razão de Estado, segundo as quais a política deve estar subordinada a moral, mas podem existir situações excepcionais em que se torna legítima uma derrogação dos princípios. [...]. 3) A terceira justificação é a que remete



a separação entre moral e política à contraposição insanável entre duas formas de ética, a ética dos princípios e a ética dos resultados (ou das consequências). (BOBBIO, 2011, p. 94-96).

O autor trabalhado constata que a moral e a política são, de fato, separadas, entretanto “não se deve deduzir que não existam vários graus de diversificação e que não seja desejável uma situação em que, ainda que não seja possível uma perfeita resolução da política na moral, a separação se atenua bastante” (BOBBIO, 2011, p. 98). Há também, no pensamento de Bobbio considerações sobre a democracia, que “seria o sistema político que nos permite a maior aproximação possível entre as exigências da moral e as da política” (2011, p. 98). E acrescentaríamos que, em governos autoritários promovem-se massacres e violências e, portanto, a moral é deixada de lado.

Enfim, conforme afirma Bobbio, falou-se frequentemente das promessas não cumpridas da democracia:

Um bom critério para avaliar o afastamento entre ideia e real é o de tomar em consideração a relação entre moral e política e julgar, numa democracia história, que grau de violência política ainda se pode nela encontrar, que parte das relações políticas ainda está recoberta pelo segredo (que favorece, como dissemos, a arte da mentira), quão grande é a força vinculatória dos pactos entre as forças sociais e políticas, dos quais depende a maior ou menos saúde de uma sociedade pluralista, tal qual a democrática” (BOBBIO, 2011, p. 99).

E assim, damos por encerrada esta breve resenha de um dos capítulos de um dos últimos e mais importantes livros de Bobbio, dentre os tantos que envolveram a filosofia do direito, a teoria do direito, a ética, a filosofia política e a história das ideias.

### 3. CONCLUSÃO

Levando em conta a pesquisa realizada, pode-se concluir, com tranquilidade, que a política possui suas regras próprias e autônomas em relação às regras de outros campos, dentre os quais, a ética e a moral. Porém, como o mundo hoje está a demonstrar, uma visão interdisciplinar que considere também que ao lado das características próprias da política e do funcionamento do Estado não devemos nos descuidar a respeito da importância dos princípios morais, que ao longo do tempo foram concedendo à humanidade um acréscimo à qualidade de vida e de relacionamento entre os diversos países e as diversas culturas. Assim, não devemos perder de vista a importância de uma interrelação entre elas, pois o desenvolvimento da humanidade não pode se sustentar apenas em chavões, como aqueles que afirmam, por exemplo, dentre outros, que “os fins justificam os meios”.

### REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. **O Elogio da Serenidade:** e outros Escritos Morais. Tradução de Marco Aurélio Nogueira, 2ª edição, São Paulo: Editora UNESP, 2011. 209 p.
- OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebíades de. **Bobbio e a filosofia dos juristas.** Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1994.
- Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

# PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA: UNA INTERPRETACIÓN HERMENÉUTICAMENTE ADECUADA

Marciano Buffon.

Postdoctor en Derecho por la Universidad de Sevilla – Doctor en Derecho por la Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, Docente de Derecho Tributario de Pregrado y del Programa de Postgrado en Derecho -PPGD de la UNISINOS. Abogado.

## 1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es analizar el principio de la capacidad contributiva, con vistas a construir una interpretación que esté apta para servir de medio de máxima protección y eficacia al principio de la dignidad de la persona humana.

El modelo estatal denominado «Democrático de Derecho» exige una efectiva acción del Estado para garantizar una variedad mínima de derechos fundamentales, que estén aptos para favorecer una existencia digna, bien como reducir las desigualdades sociales y económicas.

En ese modelo estatal, la exigencia de la tributación de acuerdo con la efectiva capacidad contributiva significa, concomitantemente, un deber y un derecho de ciudadanía. O sea, una concepción contemporánea de ciudadanía (compatible con Estado Democrático de Derecho) pasa por el adecuado cumplimiento del deber fundamental de pagar impuestos, y eso, con base en el principio de la solidaridad social, sucede bajo dos enfoques: a) el deber fundamental de contribuir de acuerdo con la capacidad contributiva, justamente para que el Estado tenga los recursos necesarios para realizar los derechos fundamentales y, con eso, favorecer la máxima eficacia al principio de la dignidad de la persona humana; b) el derecho a no ser obligado a contribuir más allá de las posibilidades -

desproporcionalmente a la capacidad contributiva-, pues ello se constituiría en violación directa al principio de la dignidad de la persona humana, una vez que el mínimo vital a una existencia digna sería afectado.

Para realizar ese propósito, se examinará el aporte que la hermenéutica filosófica puede dar, con vistas a una adecuada interpretación de los dispositivos constitucionales que fundamentan la idea de que la tributación debe estar unida al principio de la capacidad contributiva, abordando el proceso de comprensión, interpretación y aplicación en el área jurídica, desarrollando la distinción existente entre principios y reglas, especialmente en el sentido de reconocerse en aquellos el fundamento de ellas.

Dentro de esa perspectiva, se examinará el principio de la capacidad contributiva, y corresponde señalar que la concepción que aquí se desarrolla está comprometida con el derecho patrio pues, en último análisis, se pretende sugerir alternativas que puedan ser tendencialmente útiles en el campo de la interpretación tributaria brasileña.

## **2. ¿QUÉ SIGNIFICA INTERPRETAR DE UN MODO HERMENÉUTICAMENTE ADECUADO?**

La densificación del principio de la dignidad de la persona humana en el área tributaria pasa, necesariamente, por la adecuación de la carga fiscal a la efectiva capacidad económica del ciudadano. Para ello, se hace necesario comprender e interpretar, adecuadamente, los dispositivos constitucionales que estén aptos a concretizar esa finalidad. Entre ellos, es necesario examinar, especialmente, el principio de la capacidad contributiva, para fijar las bases constitucionales sobre las cuales se asienta.

Para que eso sea posible, es imperioso romper con el modo de pensar comprometido con presupuestos metafísicos y, vía de consecuencia, se debe examinar qué aporte la hermenéutica filosófica

puede dar para construir una adecuada interpretación de los dispositivos constitucionales relacionados a la materia.

En vista de eso, y considerando el «darse cuenta» de la diferencia ontológica, se pasa a examinar el fenómeno de la comprensión, interpretación y aplicación de la norma jurídica, bajo un enfoque hermenéutico.

## **2.1 HERMENÉUTICA: COMPRESIÓN, INTERPRETACIÓN Y APLICACIÓN EN EL ÁREA JURÍDICA**

Partiendo del quiebre del paradigma metafísico, el lenguaje abandona su condición de simple instrumento, que traduce la esencia de las cosas o los conceptos y pasa a utilizar una expresión heideggeriana, «la morada del ser»<sup>1</sup>. El pensamiento, por lo tanto, deja de ser apenas la adecuación de la mirada hacia el objeto, pues el lenguaje se vuelve la condición de posibilidad del propio ser y no más una tercera cosa en la relación existente entre sujeto y objeto.

El sentido de un texto se divorcia del sentido pensado por el autor no ocasionalmente, pero en todas las situaciones. «El lenguaje es el medium universal en que se realiza la propia comprensión. La forma de realización de la comprensión es la interpretación».<sup>2</sup>

Como consecuencia, comprender no es un modo de conocer, pero un modo de ser, motivo por el cual es posible afirmar que la filosofía es hermenéutica. La interpretación, por su parte, no prescinde de la comprensión, siendo que ella es elaborada a partir de una previa comprensión.

Dentro de una concepción tradicional, el acto de la comprensión (proceso de comprender) era entendido de la misma forma como

---

<sup>1</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Río de Janeiro: Forense, 2004, p. 204.

<sup>2</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 566.

se entendían otros procesos humanos, como el acto de jugar, caminar y hablar. En ese sentido, había una relación entre el sujeto y el acto de atribuir el sentido y, por fin, entre él y el resultado obtenido (relación sujeto/objeto).

Sin embargo, diferente de lo que se afirmaba a partir de una concepción afectada por la tradición metafísica, comprender no es un modo de actuar, pero un modo de ser (*dasein*). Eso sucede porque, para que sea viable cualquier acción humana, se hace necesario que exista una comprensión previa, son la cual tales acciones serían inviables.<sup>3</sup>

Para Heidegger, el sentido no puede ser separado del acto de construirlo. Por lo tanto, no hay operador no resultado (sentido); por lo tanto, no podrá haber, entonces, un método con vistas a la atribución de sentido.

Hay un mundo ya puesto (uno desde-ya-siempre en la expresión de Gadamer), cuyo sentido pasa a ser dado por el «*dasein*», que es un ente privilegiado, pues atribuye sentido a los otros entes. Existen, pues, sentidos previos construidos a lo largo de la historia y consolidados por la tradición. Así, nadie discute que el agua sea agua, que un árbol no sea un árbol o, como ejemplifica Streck: nadie, en sana conciencia, va hasta una estación de autobuses imaginándose que viajará en un avión.<sup>4</sup>

Obviamente, la comprensión previa presupone la comprensión y la propia interpretación, una vez que ésta siempre corresponderá a un proceso de construcción de sentidos a partir de una tradición existente. Por lo tanto, no es el uso metódico y disciplinado de la razón (premisa fundamental del *Aufklärung*) que evitará la

---

<sup>3</sup> STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Río de Janeiro: Forense, 2004. p. 201-202.

<sup>4</sup> Uno de los muchos ejemplos utilizados por el Prof. Dr. Lênio L. Streck, en los seminarios de doctorado en Derecho, del Programa de Postgrado de la UNISINOS - 2006/1 - que influenciaron en el abordaje de corte hermenéutico en esta parte del trabajo.

perpetración de errores en el proceso interpretativo<sup>5</sup>, pero sí la suficiente y adecuada legitimidad de los prejuicios, los cuales apenas serán válidos, si están fundados en la autoridad de la tradición.<sup>6</sup>

De esa forma, es posible afirmar que la hermenéutica es esencialmente conservadora, pues mantiene la autoridad de la tradición, aún en aquellos casos en que, históricamente hay una especie de ruptura con el antes existente. En ese sentido, sigue Gadamer:

La tradición es esencialmente conservación y, como tal, siempre está actuante en los cambios históricos. Sin embargo, la conservación es un acto de la razón, aunque caracterizado por el hecho de no atraer la atención sobre sí. Esa es la razón por la cual las innovaciones, las planificaciones, intentan mostrarse como única acción y resultado de la razón. Eso, sin embargo, apenas parece ser así. Incluso cuando la vida sufre sus transformaciones más conflictivas, como en tiempos de revoluciones, en medio a supuesto cambio de todas las cosas se conserva mucho más de lo que era antiguo de los que se podría creer, integrándolo con lo nuevo, en una nueva forma de validez.<sup>7</sup>

Por otro lado, aunque se diga que la interpretación será siempre un proceso de construcción de sentidos -nunca reproducción del sentido original- eso no significa que el intérprete esté liberado para actuar arbitrariamente. Como menciona Gadamer:

Toda interpretación correcta debe ser protegida contra la arbitrariedad de «felices ideas» y contra la limitación de los hábitos imperceptibles del pensar, y orientar su vista «las cosas ellas mismas» (que para los filólogos son textos con sentido, que también tratan, por su vez, de cosas). Ese dejarse determinar así por la propia cosa, evidentemente, no es para el intérprete una decisión «heroica»,

---

<sup>5</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 416.

<sup>6</sup> *Ibid.*, p. 421.

<sup>7</sup> *Ibid.*, p. 423.

tomada de una vez por todas, pero verdaderamente «la tarea primera, constante y última». Pues lo que importa es mantener la vista atenta a la cosa, a través de todas las desviaciones a las que se ve constantemente sometido el intérprete en virtud de las ideas que se le ocurren. Quien desee comprender un texto realiza siempre un proyectar. Así que surja un primer sentido en el texto, el intérprete predice un sentido del todo.<sup>8</sup>

La comprensión -y, consecuentemente todo el proceso de interpretación- apenas podrá ser perfeccionada adecuadamente si las opiniones previas están destituidas de arbitrariedades, o sea, si los prejuicios son legítimos y, por lo tanto, válidos. Si así no fuese, se negaría la posibilidad de que el propio texto pudiese presentarse en su condición de texto. Como dice Gadamer:

Aquel que quiere comprender no puede entregarse, ya desde el inicio, a la casualidad de sus propias opiniones previas e ignorar la más obstinada y consecuentemente posible opinión del texto - hasta que él, finalmente, ya no pueda ser oído y pierda su supuesta comprensión. Quien quiera comprender un texto, en principio, debe estar dispuesto a dejar que él diga algo por sí. Por eso, una conciencia formada hermenéuticamente tiene que mostrarse receptiva desde el principio, para la alteridad del texto. Pero esa receptividad no presupone «neutralidad» con relación a la cosa ni auto-anulación, pero incluye la apropiación de las propias opiniones previas y prejuicios, apropiación que se destaca de ellos. Lo que importa es darse cuenta de las propias anticipaciones, para que el propio texto pueda presentarse en su alteridad y obtenga, así, la posibilidad de confrontar su verdad con sus propias opiniones previas.<sup>9</sup>

En fin, el proceso de interpretación tiene como condición de posibilidad la comprensión, y ella está indisolublemente vinculada a

---

<sup>8</sup> Ibid., p. 402.

<sup>9</sup> GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997. p. 405.



una comprensión previa, siendo ella incompatible con la idea de la búsqueda por la verdad por medio del uso de un pensar metódico.

De esa forma, no se debe hablar sobre la utilización de un método para obtener la verdad. O sea, la verdad no es cosa de método, como será específicamente puesto en la histórica obra de Gadamer, justamente denominada «verdad y método» (o, sería mejor decir: la verdad contra el método).

Una vez que no se alcanza la verdad a partir de un método, no se debe hablar sobre la utilización de determinado método de interpretación. Esa concepción rompe radicalmente con las concepciones según las cuales, para que fuese posible caracterizar algo como verdadero, sería necesario: a) hacer la comparación entre entes iguales en el sentido de verificar la conformidad de un ente con otro ente, tal cual se compara una moneda con otra; b) hacer la relación entre un enunciado dictado y el ente, o sea, verificar si el ente corresponde a lo enunciado sobre él. En ambas hipótesis habría un concordancia (1º caso: entre entes -2º caso: entre el ente y un enunciado).

El enunciado representa el ente al que se refiere, eso es, debe comportarse como tal (según el propio ente), sin perder su propia individualidad. El enunciado debe estar abierto al ente que está representando, sin perder las características que lo individualizan. La verdad no está ni en el enunciado ni en el ente. La verdad tampoco será encontrada en la relación entre el enunciado y el ente. La verdad, pues, está en el «Dasein» -no estar abierto- lo que permite que cada ente pueda mostrarse, o sea, permite que cada ente sea lo que de hecho es (dejar el ente ser), o además, permite que las cosas se muestren como ellas de hecho son.

Según menciona Heidegger, en el § 7º de Ser y Tiempo, la verdad es la revelación de aquello que, a partir de sí mismo, se muestra oculto. Como dice Streck: «La revelación del ser es lo que, en primer lugar, permite el grado de revelación del ente». La filosofía, por

lo tanto, no es un mero espejo de la naturaleza. El jurista afirma, además, que «la verdad (des-cubrimiento) debe siempre ser arrancada en primer lugar de los entes», los cuales son revelados y «ese revelado sucede en el despejado del ser», y la verdad, por su parte, expresa «dejar ver el ente en su ser y estar al des-cubierto».<sup>10</sup>

En fin, con el empleo de un método no se obtiene la verdad, motivo por el cual, en un plan jurídico, no se debe hablar sobre el uso de métodos (gramatical, sistemático, teleológico, histórico, etc.) con vistas a interpretar determinado texto jurídico. Una interpretación hermenéutica adecuada requiere que se tenga presente la diferencia ontológica y, consecuentemente, significa divorciarse de las concepciones metafísicas que no notan la diferencia entre ser y ente y que creen que es posible, a partir de un método, obtener la verdad.

Una vez establecidos -aunque superficialmente- los presupuestos que orientarán el enfrentamiento del tema, se puede demostrar de qué forma el olvidarse de la diferencia ontológica y el empleo de métodos anacrónicos de interpretación llevaron a la construcción de un sentido inadecuado al dispositivo constitucional objeto de este ítem.

Lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 145 de la Constitución Brasileña viene siendo interpretado -por una significativa parte de la doctrina y de la jurisprudencia- de una forma hermenéutica-inadecuada, una vez que no se ha considerado la diferencia entre texto y norma (diferencia ontológica). En realidad, dicho dispositivo contempla una regla, cuyo sentido deberá ser construido de acuerdo con los principios que la fundamentan, no siendo posible, sencillamente, examinarlo apenas por medio de la aplicación del método literal de interpretación.

---

<sup>10</sup> Ibid., p. 207.

### **3. LA (RE) CONSTRUCCIÓN DE UN SENTIDO ADECUADO A LO DISPUESTO EN EL PÁRRAFO 1º DEL ART. 145 DE LA CONSTITUCIÓN DE BRASIL**

Entre los objetivos del trabajo, está la necesidad de examinar las condiciones de posibilidades de que, por medio de la adecuación de la tributación a la efectiva capacidad contributiva del ciudadano, sea posible favorecer la máxima eficacia al principio de la dignidad de la persona humana.

Para alcanzar ese intento, se debe hacer frente a la adecuada interpretación del principio de la capacidad contributiva, el cual, para muchos, estaría acogido en la literalidad de lo dispuesto en el § 1º del art. 145 de la Constitución Brasileña, notadamente la expresión que dice: *«Siempre que posible, los impuestos tendrán carácter personal y serán graduados según la capacidad económica del contribuyente...»*

Corresponde recordar, preliminarmente, que apenas se comprende el porqué de la imposibilidad de interpretar la Constitución por medio de la adopción de un método, cuando se comprende y se considera la existencia de la diferencia ontológica entre texto y norma, o sea, cuando se tiene claro que ella será siempre el fruto de la interpretación de aquél. De lo contrario, la interpretación corresponderá a una inútil e ineficaz «traducción de texto», metafísicamente llevada a cabo.

Así, se demuestra hermenéuticamente inadecuado centrar y limitar la discusión sobre la interpretación de lo dispuesto en el § 1º del art. 145 de la Constitución al análisis de los términos contenidos en dicho dispositivo: a) siempre que posible; b) impuestos; y, c) personales. Eso representaría reducir el proceso interpretativo a una sencilla traducción (del «lenguaje jurídico» para el «portugués») de los términos presentes en el texto (interpretación a través del

método literal). O sea, todas las posibilidades interpretativas estarían limitadas al análisis del enunciado lingüístico, lo que es incompatible con el modelo hermenéutico.

De esa forma, la diferencia ontológica del ente (texto) en relación al ser (norma) sería completamente desdeñada, optando por sumergirse en el pozo de la anacrónica metafísica. Tal inmersión se nota, claramente, cuando la propia Suprema Corte dice que determinados tributos, por el hecho de ser clasificados y conceptualizados como «impuestos reales», no podrían ser graduados según la capacidad económica del sujeto pasivo, pues lo dispuesto en el § 1º del art. 145 de la Constitución menciona apenas el término “personal”

También se puede observar la total desconsideración de la diferencia ontológica, bien como un radical apego al positivismo, cuando parte de la doctrina dice que solo los «impuestos» podrían ser graduados según la capacidad económica del sujeto pasivo, visto que apenas esa especie tributaria consta en el enunciado lingüístico del mencionado dispositivo constitucional.

Ya cuando la discusión se limita a examinar el significado del enunciado «siempre que posible», tal inautenticidad queda claramente expuesta, incluso porque esa discusión siquiera podría existir, pues sería absurdo imaginarse que la Constitución abrigase un dispositivo que determinase lo absolutamente imposible.

En fin, la expresión contenida en la primera parte del § 1º del art. 145 de la Constitución: «siempre que posible, los impuestos tendrán carácter personal y serán graduados según la capacidad económica del sujeto pasible», en absoluto puede ser entendido en el sentido de que, apenas ocasionalmente los impuestos, dichos personales (¡tan solamente ellos!) podrían estar sujetos a la efectiva capacidad económica del sujeto pasivo. ¡Eso prácticamente limitaría la posibilidad de aplicar tal dispositivo al Impuesto sobre la Renta de las Personas Naturales!

Lo más grave, sin embargo, es que al negar la posibilidad de graduación de los tributos según la capacidad contributiva del sujeto pasivo, se descortina la evidente equivocación de previa comprensión del texto constitucional. Al momento en que se afirma que la capacidad económica pueda ser dejada de lado para fines de división de la carga tributaria, obviamente se revela la existencia de prejuicios ilegítimos o prejuicios inauténticos, sobre el propio modelo de Estado vigente en Brasil. Por eso, se hace necesario el siguiente análisis.

### **3.1 UN RETOMAR HERMENÉUTICO PARA COMPRENDER EL PRINCIPIO DE LA CAPACIDAD CONTRIBUTIVA**

Corresponde recordar, inicialmente, que el jurista, cuando interpreta el texto constitucional, aunque siquiera lo identifique claramente, lo hace a partir de prejuicios construidos a lo largo de su formación, pues ellos son inherentes a su modo de ser en el mundo.

Esos prejuicios serán auténticos o legítimos si están fundamentados en la autoridad de la tradición, lo cual pasa, necesariamente, por una comprensión de lo que sea la propia Constitución.

Sucede que, buena parte de esos prejuicios (la propia idea de lo que sea constitución, incluso) fue construida a partir de una realidad y de un contexto histórico superado. Tales prejuicios fueron elaborados bajo los auspicios de un modelo de Estado (liberal-individualista) que ya no rige más, al menos en la esfera formal/constitucional.

Para comprenderlo es necesario «poner entre paréntesis los prejuicios, y esos prejuicios deben ser comprendidos/suspendidos «como» pre-juicios, donde el «como» es condición de posibilidad para «poner entre paréntesis»<sup>11</sup>. Eso significa que el intérprete de la constitución debe suspender sus prejuicios ilegítimos para que

---

<sup>11</sup> Ibid., p. 222-223.

pueda comprender, interpretar y aplicar el texto de la Constitución de Brasil de 1988, dejando, antes que nada, que el texto le pueda decir algo, pues solo así podrá notar/descubrir el nuevo contenido en dicho texto (que no se confunde con simple enunciado lingüístico) para, de esa forma, poder desarrollar su tardío, pero aun imprescindible, proceso de revelación.

No será, pues, a través de la anacrónica aplicación de determinado método -por deducción o inducción- que se podrá interpretar el texto de la constitución. Sobre todo, eso no sucederá por medio de la simplista aplicación del método literal/gramatical, como si el lenguaje del derecho perteneciese a otro idioma -«lenguaje jurídico»- y al «sabio» jurista le correspondiese la tarea de traducir el texto al portugués.

Como se ha visto el momento de analizar la diferencia entre el ser y el ente (diferencia ontológica) hay una inequívoca distinción entre texto y norma. La percepción de esa diferencia (ontológica) es condición de posibilidad de una interpretación hermenéutica adecuada, pues aquel que no nota y confunde texto y norma está indudablemente sujeto a las concepciones metafísicas, una vez que piensa que es posible descubrir la verdad a través de la aplicación de un método.

El texto (no el simple enunciado lingüístico) puede y debe decir algo, pero ese texto será siempre un ente que, como tal, dependerá de la manifestación de su ser, que es la norma. Si no es así, se estará sujeto a las conceptualizaciones metafísicas, las cuales, a lo largo de dos mil años, 'entificaron' el ser.

Por lo tanto, no es exceso señalar que la norma será siempre fruto de la interpretación de un texto y, con él, no se podrá confundir, de la misma forma como el ente no se confunde con su ser. Por sí solo, eso ya representa un importantísimo avance en la comprensión de la propia constitución, pues parte significativa de la

doctrina y de la jurisprudencia está bajo las amarras de esas ultrapasadas concepciones metafísicas.

En fin, para comprender adecuadamente la constitución, se hace necesario librarse de los prejuicios inauténticos, romper con los preconceptos concebidos a partir de una realidad superada para, de esa forma, mostrarse dispuesto a dejar que el texto (el nuevo) pueda decir algo. Eso solo sucederá si se reconoce la autoridad de la tradición -de una constitución dirigente y compromisaria del (modelo) Estado Social y Democrático de Derecho.

Mientras eso no sucede, se continuará teniendo un bellissimo texto, al cual no le es permitido «decir algo», pues la resonancia de los preconceptos ilegítimos continuará produciendo un sonido estridente, el cual impide que el jurista suspenda sus «pre-juicios» y lo obliga a continuar «siendo en el mundo» de una forma inauténtica, pues no se permite «oír la voz del texto».

Como consecuencia de ello, la Constitución permanecerá como una obra de ficción, sin eficacia y normatividad, justamente en aquellos puntos en relación a los cuales un país de modernidad tardía (Brasil) tiene la mayor urgencia y necesidad de eficacia, como sucede, por ejemplo, con relación a los derechos sociales, al principio de la dignidad de la persona humana, al principio de la solidaridad social.

Cuando se dice que el principio de la capacidad contributiva apenas podría aplicarse a los impuestos y, apenas a aquellos que puedan ser clasificados como personales, se están negando, evidentemente, las posibilidades de que el texto del Estado Democrático de Derecho, constituido en 1988, pueda «decir algo» y, por lo tanto, se está atribuyendo, arbitrariamente, un sentido propio al texto.

Ese intérprete, en la oscuridad de sus preconceptos inauténticos, trabaja a partir de los paradigmas del modelo de Estado liberal-individualista, los cuales todavía conducen a su modo de ser en el

mundo, aunque para él, todo eso sea imperceptible. Esos preceptos le impiden notar/descubrir/revelar el nuevo modelo de Estado que está vigente en el plan formal. En fin, ellos son ilegítimos, porque están vinculados a una «real-idad» ya superada y a una tradición inauténtica.

Eso sucede porque el principio de la capacidad contributiva no está fundamentado en el enunciado lingüístico presente en el § 1º del art. 145 de la CF/88. Al contrario, es ese principio que fundamenta dicho dispositivo, pues, si así no lo fuese, la regla en pantalla estaría destituida de una de sus condiciones de validez, que es: no habría, con relación a ella, un principio que desempeñase a insustituible función normogénica.

El principio de la capacidad contributiva, diferentemente de lo que muchos sostienen, no está fundamentado en el § 1º del art. 145 de la CF/88. Él es consecuencia del carácter del modelo de Estado constituido por la Carta Brasileña de 1988 (Estado Democrático de Derecho), el cual está fundamentado en los principios de la dignidad de la persona humana, de la igualdad sustancial y de la solidaridad. O sea, no hay que hablar de Estado Democrático de Derecho si no tiene por objetivo la reducción de las inequidades sociales, la construcción de una sociedad solidaria, que esté apta a asegurar igual dignidad a todos los miembros.

Los principios básicos y los objetivos fundamentales mencionados por la Carta de 1988 (arts. 1º y 3º) solo podrán ser alcanzados si la carga tributaria es repartida de una forma proporcional a la efectiva capacidad contributiva del ciudadano, considerando que, si eso no sucede, las inequidades sociales, en vez de ser reducidas, serán ampliadas, la miseria seguirá vilipendiando la dignidad humana, y la meta de la solidaridad social permanecerá como simple utopía académica.

La regla del § 1º del art. 145 no se opone, por lo tanto, a los mencionados principios y objetivos fundamentales, teniendo en cuenta



que, como analizado, no se debe hablar sobre conflicto entre norma y principio, pues el sentido de aquella solo puede ser válidamente construido de acuerdo a ese principio.

De la misma forma, no es posible interpretar literalmente la norma presente en el § 1º del art. 145 de la CF/88, pues eso llevaría a contrariar y negar la eficacia jurídica a los principios que fundamentan (capacidad contributiva, dignidad de la persona humana, igualdad sustancial y solidaridad), al mismo tiempo que se dejaría de considerar la diferencia ontológica.

Decir, por ejemplo, que el principio (en realidad, la norma del mencionado dispositivo constitucional) impide la graduación progresiva de las alícuotas de los impuestos dichos «reales» corresponde a olvidar la diferencia ontológica entre el ser y el ente, en este caso específico, entre texto y norma.

Todo eso se hace a partir de preconceptos fundados en una tradición inauténtica, en una tradición forjada en un momento histórico superado, el cual, infelizmente, colaboró (y todavía colabora) para que la «Constitución Ciudadana» siguiese siendo un monumento en homenaje a la ineffectividad. Para que se supere esa visión, es necesario repensar lo que se comprende por Constitución, bien como es fundamental romper con los paradigmas objetivista y subjetivista con relación de los cuales todavía se está prisionero.

#### **4. CONSIDERACIONES FINALES**

La densificación del principio de la dignidad de la persona humana, en el área tributaria pasa, necesariamente, por la adecuación de la carga fiscal a la efectiva capacidad económica del ciudadano. Para ello, se hace necesario comprender e interpretar, adecuadamente, los dispositivos constitucionales que estén aptos a concretizar esa finalidad, especialmente el denominado principio de la capacidad contributiva. Tal intento puede ser alcanzado empleando los aportes teóricos de la hermenéutica filosófica.

De esa forma, se constata que lo dispuesto en el Párrafo 1º del artículo 145 de la Constitución Brasileña viene siendo interpretado - por una importante parte de la doctrina y de la jurisprudencia- de una forma hermenéuticamente inadecuada, visto que no se lleva en consideración la diferencia entre texto y norma (diferencia ontológica), limitándose al simple análisis de la literalidad del texto y sin considerar los principios que fundamentan la norma.

No es hermenéuticamente aceptable limitar la discusión sobre la interpretación de lo dispuesto en el § 1º del art. 145 de la Constitución de Brasil al análisis de los términos presentes en dicho dispositivo, pues eso representaría reducir el proceso interpretativo a simple traducción de los términos presentes en el texto, lo cual es incompatible con el modelo hermenéutico, una vez que sería dejada de lado la diferencia ontológica del ente (texto) con relación al ser (norma), optando por sumergirse en el pozo de la anacrónica metafísica.

Así, se deben suspender los prejuicios ilegítimos para que se pueda comprender, interpretar y aplicar el texto de la Constitución de Brasil de 1988, dejando que diga algo, pues sólo así se podrá notar/descubrir lo nuevo contenido en ese texto (que no se confunde con mero enunciado lingüístico) para que, con eso, se pueda laborar en su, aunque tardío, imprescindible proceso de revelación y descubrimiento.

## 5. REFERENCIAS

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

COMPARATO. Fábio Konder. *Ética: direito moral e religião no mundo moderno*. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

DUBOIS, Christian. *Heidegger: introdução a uma leitura*. Trad.: Bernardo Barros Coelho de Oliveira. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.

GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método: traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Trad.: Flávio Paulo Meurer. Petrópolis: Vozes, 1997.

GOMES CANOTILHO José J. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2000.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988: interpretação e crítica*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

HEIDEGGER, Martin. *Ser e Tempo*. Parte I. Trad.: Márcia de Sá Cavalcante. Petrópolis: Vozes, 1995.

Alegre: EDIPUC, 2000. (Coleção Filosofia nº 114).

STRECK, Lênio Luiz. A Hermenêutica Filosófica e a Teoria da Argumentação na Ambiência do Debate Positivismo (neo) Constitucionalismo. In: *Diálogos Constitucionais: direito, neoliberalismo e desenvolvimento em países periféricos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

\_\_\_\_\_. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

\_\_\_\_\_. *Verdade e Consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2006.



# INTELIGENCIA ARTIFICIAL, NEURODERECHOS Y PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

María José Viega.

Doctora en Derecho y Ciencias Sociales y Escribana Pública por la Universidad Mayor de la República Oriental del Uruguay (UDELAR). Profesora de Informática Jurídica, de Derecho Informático y de Derecho Telemático en la UDELAR. Gerente de la División Derecho Informático en AGESIC (2017 a la fecha).

## 1. INTRODUCCIÓN

Hemos visto el impacto de la tecnología en la protección de datos personales, el aumento de los riesgos debido al avance de las TIC. En una primera etapa, la preocupación consistía en el cruzamiento de las bases de datos, que hasta el momento se llevaban en archivos manuales. La digitalización fue el primer desafío.

Posteriormente, nos hemos enfrentado a la big data, grandes volúmenes de datos prontos para ser analizados, para crear perfiles, con múltiples finalidades. La big data ha dado paso a la smart data, por la cual los algoritmos hacen todo el trabajo. Ya no es necesario un humano agrupando datos, clasificándolos, seleccionándolos.

Otro aspecto a tener presente es la Internet de las cosas (IoT), por la cual se incrementa la big data con información proveniente de dispositivos, que ahora también anexamos a nuestro cuerpo, siendo los wearable (tecnología corporal, ropa tecnológica, ropa inteligente, o electrónica textil, que podemos definirlos como dispositivos electrónicos inteligentes incorporados a la vestimenta o usados corporalmente como implantes o accesorios que pueden actuar como extensión del cuerpo), trasmisores de datos de salud,

por ejemplo. Esto ocasiona que se ha comenzado a hablar de la loE (Internet of Everything).

Pero no nos quedamos ahí. El proyecto BRAIN (*Brain Research through Advancing Innovative Neurotechnologies*, es decir, Investigación Cerebral mediante Neurotecnologías Innovadoras Avanzadas) aspira a trazar el mapa del cerebro humano. BRAIN es un proyecto lanzado por la Casa Blanca, durante el gobierno de Obama (2 de abril de 2013) con el objetivo de mapear los circuitos neuronales enteros, en animales y en humanos, y también desarrollar técnicas para poder alterar la actividad de los circuitos neuronales y de esa manera poder corregir los defectos que existen en las enfermedades mentales o en las enfermedades neurológicas. Científicos de varias áreas tecnológicas se unen para lograr leer el cerebro<sup>1</sup>.

Sin lugar a dudas este proyecto tiene un potencial excepcional para mejorar las condiciones del ser humano. Pero, ya Google y Facebook tienen interés en él, porque pueden revolucionar los algoritmos que utilizan, por ejemplo para descifrar el habla o traducir, en virtud a que los que hoy se utilizan son algoritmos muy primitivos, si lo comparamos con el cerebro.

La Inteligencia Artificial (IA) ha surgido por las llamadas redes neuronales, son redes muy primitivas, pero han tenido un impacto impresionante en el mundo actual. Esto lo podemos conectar con la neurociencia, podremos leer el cerebro, manipularlo y cambiarlo. Por lo tanto, será imprescindible regular la privacidad mental. Somos nuestra mente, si se puede descifrar la mente, se puede acceder desde afuera y también se podrá acceder al subconsciente. ¿Qué sucede con el libre albedrío? Si se toman decisiones basadas en un algoritmo de IA, entonces ¿quién decide? Esto tiene relación

---

<sup>1</sup> YUSTE Rafael. "Mapear el cerebro es el mayor desafío de la ciencia". Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=iVyTEu4FDvw>

con nuestra identidad. También, existe tecnología que permitirá “aumentar” las capacidades del ser humano y tendremos que garantizar el acceso libre y justo, de forma que no quede gente sin posibilidades de estas mejoras<sup>2</sup>.

## **2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y LA PRIVACIDAD**

La incursión de los algoritmos en toda nuestra vida permite el perfilamiento y por tanto la determinación de diferentes aspectos sobre cada uno de nosotros. Todo lo que hacemos está registrado, a veces lo sabemos y otras no. Los jóvenes serán la primera generación cuya vida se convertirá en un perfil digital de búsqueda, porque toda su vida estará registrada: certificado digital de nacimiento, cámaras de seguridad, informes escolares, búsquedas en Internet, su salud, a quienes conoce, a quienes ha conocido, con quienes ha interactuado.

Los perfiles digitales pueden localizar a una persona no solo en el presente, sino también en la mayoría de los momentos del pasado. Esto puede convertirse en una herramienta útil, por ejemplo para romper coartadas, verificar declaraciones e historias, pero también para hacer un seguimiento de una persona a través de las huellas digitales que va dejando.

Los perfiles nos determinan como consumidores, que productos nos gustan y cuanto podríamos pagar por ellos, subiendo o bajando los precios, acorde a nuestras preferencias. Pero también ofrecen información sobre nuestras creencias políticas, religiosas, filosóficas, que ideas apoyamos y cuales rechazamos.

---

<sup>2</sup> YUSTE Rafael. “Neuroderechos y privacidad mental”. Congreso futuro 2019. Recuperado de:<https://www.youtube.com/watch?v=yeJOLmjILG8>

Una noticia que me sorprendió tenía el siguiente titular: ¿Puede la inteligencia artificial ayudarnos a hablar con nuestros muertos? Se trataba de un sistema de inteligencia artificial al cual podría introducirse toda la información digital generada por una persona, en los distintos ámbitos de su vida, correos electrónicos escritos, publicaciones en las redes sociales, documentos de trabajo, entre otros, con la finalidad de que el sistema pudiera mantener una conversación con los seres queridos del fallecido a los efectos de ayudarlos a superar la pérdida<sup>3</sup>.

No voy a opinar sobre lo positivo o no desde el punto de vista psicológico para quienes sufrieron una pérdida, pero entiendo que desde el punto de vista de la protección de datos personales, sí existe una violación a la privacidad, a pesar de que los herederos son quienes pueden acceder a la información. En este sentido, los testamentos sobre nuestros perfiles y bienes digitales pueden resultar de mucha utilidad.

Otro desafío es la utilización de la robótica en el área de la salud, en el cuidado de enfermos o ancianos, donde se accede a mucha información, gran parte de ella considerada como datos sensibles. El robot deberá conocer los problemas de salud, la medicación que debe administrarle, las urgencias que se puedan presentar, con quien comunicarse en esos casos, además del conocimiento de la casa y todo lo que hay en ella, ya que convive con la persona a la que se le presta el servicio.

---

<sup>3</sup> ¿Puede la IA ayudarnos a hablar con nuestros muertos?, Noticia del 28 de noviembre 2020. Recuperado de: <https://www.elobservador.com.uy/nota/-puede-la-inteligencia-artificial-ayudarnos-a-hablar-con-nuestros-muertos--20201127174023>



En realidad no es el robot quien nos preocupa, sino la empresa que lo opera, que le hace el mantenimiento y por tanto está accediendo a toda la información que ha guardado.

Pero la robótica, vinculada a la privacidad, genera otros desafíos. No podemos perder de vista que un robot es capaz de grabar todo lo que ve y escucha. Tendrá información sobre el vecindario, la actividad de los vecinos, con quienes se relacionan, quienes los visitan, en que horario. Por tanto, la información que almacena no es solamente de quien contrata el servicio, sino de un entorno ampliado.

Otro ejemplo, vinculado a los datos sensibles es Harmony, un robot sexual, dotado de inteligencia artificial que le permite mejorar continuamente la relación con su dueño<sup>4</sup>.

Los robots “tienen guardadas en sus memorias conversaciones, imágenes y experiencias íntimas que son la fuente del desarrollo de su inteligencia, y por qué no, de su personalidad. Toda esa información debe ser protegida y excluida de lo público, y hasta de una posible investigación judicial”<sup>5</sup>.

En la Unión Europea se ha planteado la posibilidad de crear una personalidad electrónica, lo que en una primera instancia puede parecernos inapropiado. Sin embargo, si tomamos en cuenta la existencia de la persona jurídica, que constituye una entelequia, no siendo factible de ser sujeto de derechos humanos. Pero en nuestra Ley N° 18.331, de 11 agosto de 2008, de protección de datos y acción de habeas data, se contempla expresamente la extensión de la protección a ésta “en cuanto le sea aplicable”, aun tratándose

---

<sup>4</sup> PALLABS Ghosh. “Los daños que pueden causar los robots sexuales”, 18 de febrero de 2020. Recuperado de: [www.bbc.com/mundo/noticias-51545952](http://www.bbc.com/mundo/noticias-51545952)

<sup>5</sup> GAMEN S. “La privacidad de la IA. Un derecho que los humanos pierden y los robots podrían ganar. Capítulo 13 del Libro Inteligencia Artificial y derecho, un reto social”. 2020, p. 193.

de un derecho humano, lo que no sucede en el Reglamento Europeo. Por lo que deberíamos preguntarnos si también se extendería este derecho en el caso de considerar otra forma de personalidad, como la electrónica.

### **3. RECOMENDACIONES DE LA RED IBEROAMERICANA DE PROTECCIÓN DE DATOS**

La Red Iberoamericana de Protección de Datos trabajó en un documento denominado Recomendaciones generales para el tratamiento de datos en la inteligencia artificial, en el cual se analizan los actores involucrados, y se realizan 10 recomendaciones que abarcan todo el ciclo de vida de los datos.

El documento considera que los actores involucrados son:

- a. Los responsables y encargados del tratamiento
- b. Titulares de los datos
- c. Los desarrolladores de tecnología
- d. El software y los algoritmos
- e. Los usuarios involucrados
- f. Los proveedores de sistemas de IA
- g. Las autoridades de protección de datos

Entre las consideraciones que realiza, parte de la premisa de que los datos personales son una categoría especial de información que posee reglas propias. Pero que no todos los sistemas de IA utilizan datos personales, por lo tanto, éstos no son la única información que se recolecta, almacena, analiza y utiliza.

Se debe tener en cuenta que las normas de protección de datos pueden ser nacionales e internacionales, pero no debemos verlas desde un punto de vista negativo, porque no se oponen al tratamiento, sino que exigen determinadas garantías.

La Red realiza 10 recomendaciones:

1. Cumplir las normas locales de protección de datos.
2. Efectuar estudios de impacto de privacidad. Aspecto específicamente regulado en nuestro derecho.
3. Incorporar la privacidad, la ética y la seguridad desde el diseño y por defecto.
4. Materializar el principio de Responsabilidad demostrada: para ello recomienda la utilización de los Estándares de PDP de la RIPD, que consiste en la elaboración de políticas y programas de protección de datos, destinar recursos para la implementación de programas, capacitar, establecer sistema de vigilancia interna y supervisión, entre otros.
5. Diseñar esquemas apropiados de gobernanza sobre el tratamiento de datos personales en las organizaciones que desarrollan productos de IA, teniendo en cuenta las funciones y responsabilidades principales de la organización:
  - a. Realizar evaluaciones y manejo de riesgos.
  - b. Decidir que modelos de toma de decisión serán utilizados.
  - c. Realizar actividades de mantenimiento, monitoreo y revisión.
  - d. Revisar los canales de comunicación con usuarios y/o consumidores.
6. Adoptar medidas para garantizar los principios sobre el tratamiento de datos personales en los proyectos de IA.
7. Respetar los derechos de los titulares de los datos e implementar mecanismos efectivos para su ejercicio.
8. Asegurar la calidad de los datos, implementado diferentes acciones:
  - a. Llevar un registro de procedencia de los datos.
  - b. Realizar auditorías de los sets de datos utilizados en la creación del algoritmo.
  - c. Otorgar puntajes de veracidad a los sets de datos.
  - d. Actualizar los datos regularmente.
  - e. Tener set de datos separados para entrenar, probar y validar la toma de decisiones.

9. Utilizar herramientas de anonimización.
10. Incrementar confianza y transparencia con los titulares de los datos personales.

## 4. LOS NEURODERECHOS

Además de BRAIN, Neuralink es otro proyecto en relación a la manipulación cerebral, anunciado por Elon Musk, que implica la implantación de un chip en el cerebro. Pero es un proyecto, no es un dispositivo comercial, o sea que no está a la venta.

Pero no es tan novedoso, porque BrainGate ya existe desde hace tiempo, es un chip que se inserta en el cerebro y puede medir impulsos eléctricos de grupos de neuronas.

El problema se plantearía frente a un hackeo a Neuralink, por ejemplo, si comenzáramos a recibir mensajes de ofrecimientos comerciales cuando vamos por la calle, como hoy sucede con nuestros teléfonos celulares, o nos soliciten calificación de los lugares que visitamos, sería una nueva forma de spam, con la gravedad que esta vez sería directamente a nuestro cerebro y no tendríamos una manera de evitarlo.

Tenemos que tener presente, que el tranhumanismo mental, con la finalidad de ampliar las capacidades del cerebro se está imponiendo. La más avanzada interacción entre seres humanos y tecnología neuronal son las neuroprótesis, dispositivos que se ensamblan en el cerebro para alterar la función neuronal en el sentido que quiera su diseñador.

También la estimulación transcraneal ya es una realidad palpable en numerosas clínicas, donde se utiliza para modificar las conexiones neuronales y tratar problemas de salud como la depresión, el dolor, los trastornos del sueño o la fatiga crónica.

La optogenética ha tomado el relevo de las tecnologías basadas en cables y baterías, empleando el espectro luminoso a través de fibra óptica, apostando con éxito por la estimulación muscular mediante la aplicación de luz.

Desde el año 2016, China lleva a cabo su propio *Brain Project*. El megaproyecto chino tiene una doble finalidad: investigar los secretos del cerebro y conseguir la interacción de este con la IA. En 2018 se crea el Instituto Chino de Investigación del Cerebro, con el propósito de «entender los principios del cerebro, resolver trastornos cognitivos importantes, promover el desarrollo de la inteligencia y la actividad de los adolescentes, y desarrollar tecnología dotada de inteligencia similar al cerebro».

Pedro Baños nos plantea lo siguiente: “Imagina la siguiente situación. Jones, un ciudadano cualquiera, odia a otro llamado Smith, y, por este motivo, está pensando en la posibilidad de asesinarlo, aunque aún no ha tomado la terrible decisión. Lo que Jones ni tan siquiera sospecha es que existe un tercer implicado en este asunto: Black, un hábil pero malintencionado neurocirujano, quien hace algún tiempo implantó un avanzado dispositivo en su cerebro sin que él lo supiera. Gracias a las señales enviadas por el dispositivo, Black puede saber si Jones decidirá asesinar a Smith o si no lo hará. Si la decisión que Jones va a tomar es cometer el asesinato, Black no intervendrá. Pero si la decisión va a ser la de no cometer el crimen, entonces activará a distancia el dispositivo, obligando así a Jones a asesinar a Smith. Parece que ambos no tienen escapatoria: el asesinato acabará produciéndose. El escenario que acabamos de describir corresponde a un experimento mental presentado por el filósofo español Carlos Moya, quien versiona a su vez un ejemplo establecido por el también filósofo Harry Frankfurt en 1969”<sup>6</sup>.

Con la tecnología actual, quizá este no sea solo un ejercicio teórico. Es por ello que, frente a todos estos desarrollos tecnológicos, Rafael Yuste, director del Centro de Neurotecnología de la

---

<sup>6</sup> BAÑOS, Pedro. “El dominio mental: la geopolítica de la mente”. Editorial Ariel.

Universidad de Columbia en Nueva York, entiende que habría que cambiar la Declaración de Derechos Humanos e introducir cinco derechos vinculados a este renacimiento que lleve a la mejoría de la humanidad.

"Es algo similar a lo que tuvimos para descifrar el genoma humano: nadie sabe quién va a llegar primero", dice Yuste. "Pero lo concreto es que alguien va a llegar, abriendo nuevas oportunidades. Y también riesgos"<sup>7</sup>.

Los neuroderechos propuestos son:

1. La privacidad mental: que el contenido de tu mente no pueda ser extraído sin tu consentimiento y que tenga el mismo trato legal que los órganos humanos.
2. La identidad personal.
3. El libre albedrío.
4. El acceso equitativo.
5. La no discriminación.

Chile ha sido el primer país en tener una norma sobre neuroderechos. La Sala del Senado aprobó el informe de la comisión mixta sobre la reforma constitucional que crea los neuroderechos y les da categoría de derechos humanos. El Proyecto de Reforma Constitucional modifica el artículo 19, número 1º, de la Carta Fundamental para "proteger la integridad y la indemnidad mental de los avances y capacidades desarrolladas por la neurotecnologías".

La redacción sufrió cambios, siendo la definitiva: "el desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y síquica, la ley regulará los requisitos, condiciones y restricciones para su

---

<sup>7</sup> YUSTE Rafael. "Mapear el cerebro es el mayor desafío de la ciencia". Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=iVyTEu4FDvw>

utilización de las personas debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”.

La Comisión Desafíos del Futuro del Senado de Chile analiza, además, otras dos normativas: un Proyecto de Protección de los Neu-derechos y la Integridad Mental y otra iniciativa que busca regular las neurotecnologías y las plataformas digitales. El primero busca establecer que los datos neuronales tengan el mismo estatus que los órganos y penalizar su tráfico o manipulación, salvo que haya una indicación médica.

Resuena frente a esto lo expresado por Harari: "Cada día, millones de personas deciden conceder a su smartphone un poco más de control sobre sus vidas o probar un nuevo y más eficaz medicamento antidepresivo. En busca de la salud, la felicidad y el poder, los humanos cambiarán gradualmente primero una de sus características y luego otra, y otra, hasta que dejen de ser humanos"<sup>8</sup>.

## **5. LA REGULACIÓN EN URUGUAY**

En nuestro país, en materia de investigación en seres humanos, se aprobó el Decreto N° 158/2019 de 3 de junio de 2019, que aprueba el Proyecto elaborado por la Comisión Nacional de Ética en la investigación, vinculada a la Dirección General de la Salud del Ministerio de Salud Pública. En los Considerandos se establece la necesidad de promover el desarrollo científico, con el énfasis de que la bioética debe preservar en todos los casos la dignidad y los derechos humanos de todas las personas que participan en ella.

Por otra parte, la privacidad se encuentra regulada en la Ley N° 18.331 de 11 de agosto de 2008, debiendo tenerse en cuenta especialmente el artículo 16, que consagra el derecho a la impugnación de valoraciones personales, el que será de aplicación siempre que

---

<sup>8</sup> Yuval Noah Harari, "Homo Deus: Una breve historia del mañana".

un sistema tome una resolución sobre nosotros, sin que exista intermediación humana.

Tenemos que tener presente las modificaciones introducidas por la Ley N° 19.670, de 15 de octubre de 2018, que en el artículo 37 regula la Territorialidad, y en inciso 2° se establece que cuando el encargado del tratamiento no está en territorio uruguayo, regirá la ley si el tratamiento se realiza por oferta de bienes y servicios dirigidos a habitantes de la República o con el análisis de su comportamiento.

El Decreto N° 64/020, de 17 de febrero de 2020, en el artículo 1° reglamenta el artículo 37 citado y en el artículo 6° reglamenta la Evaluación de Impacto en la Protección de Datos Personales. El literal c) establece que deberá realizarse ésta cuando se realice una evaluación de datos personales con la finalidad de crear o utilizar perfiles, sobre todo cuando se realiza el análisis o la predicción de aspectos como el rendimiento en el trabajo, la situación económica, la salud, las preferencias o intereses personales, la fiabilidad de comportamiento y solvencia financiera y la localización.

Uruguay consta con normativa a los efectos de proteger la privacidad, un elemento importante para solucionar algunos de los temas planteados. Además, la Agencia para el Gobierno de gestión electrónica la sociedad de la información y el conocimiento (AGESIC) trabajó en una Estrategia de inteligencia artificial para la Administración Pública en el año 2019, coordinando equipos de trabajo multidisciplinarios, la que fue objeto de consulta pública, para incorporar las opiniones de todos los interesados.

En este ámbito se consagraron una serie de principios rectores en materia de inteligencia artificial, que son relevantes a la hora trabajar en esta tecnología. Ellos son:



- a. Finalidad: la inteligencia artificial debe potenciar las capacidades del ser humano y no buscar reemplazarlo.
- b. Interés general: las soluciones impulsadas desde el Estado deben propender al interés general, garantizando la inclusión y la equidad.
- c. Respeto de los derechos humanos: toda solución tecnológica debe respetar los derechos humanos, las libertades individuales y la diversidad cultural.
- d. Transparencia: las soluciones utilizadas en el ámbito público deben ser transparentes, facilitando la puesta a disposición de los algoritmos y datos utilizados para su entrenamiento.
- e. Privacidad por diseño: las soluciones de inteligencia artificial deberán contemplar, desde su diseño, la privacidad de las personas.
- f. Seguridad: los desarrollos de inteligencia artificial deben cumplir, desde su diseño, con los principios de confidencialidad, integridad y disponibilidad, teniendo asociada una planificación de gestión y mitigación de riesgos.
- g. Responsabilidad: las soluciones tecnológicas deben tener un responsable, fácilmente identificable y que responda por las acciones derivadas del accionar de la solución.

El 30 de agosto de 2021, Agesic realizó el lanzamiento de una Comunidad de inteligencia artificial, abierta a todos los interesados, con la finalidad de intercambiar conocimientos y experiencias, para trabajar juntos en los retos que presentan estos sistemas. Las reuniones de la comunidad han sido exitosas, en virtud a la participación multistakeholder y a la existencia de un enfoque técnico y jurídico.

## **6. REFLEXION FINAL**

La posibilidad de creación de un ciber-organismo o cibernético, que combina elementos orgánicos y mecánicos, un ser formado por materia viva y dispositivos electrónicos, un cerebro intervenido, nos

enfrenta a la posibilidad de un efectivo transhumanismo, o como dice Harari al fin de Sapiens<sup>9</sup>.

Desde el punto de vista jurídico, además de los neuroderechos propuestos, entiendo que surgirán otros desafíos, vinculados por ejemplo a la propiedad intelectual, los derechos de autor o patentes sobre los chip o los dispositivos que se integren al cuerpo humano, la responsabilidad de los fabricantes, los contratos con las instituciones que los implantan y realizan su mantenimiento.

La vinculación de la neurociencias y la IA nos enfrenta a importantes desafíos en el ámbito de los derechos humanos, especialmente en lo relativo a la libertad y la privacidad.

El acceso de terceros a la tecnología de implantes cerebrales podría permitir a las agencias de publicidad colocar anuncios emergentes en nuestra conciencia o permitir que el gobierno inspeccione nuestros pensamientos sin nuestro consentimiento, pero también podría irse más allá, podría escanearse el cerebro de una persona, grabar sus pensamientos o cambiar el contenido de su memoria.

Entiendo importante realizar una reflexión ética y jurídica, para analizar la actual utilización de estas tecnologías y las futuras, que aunque nos siga pareciendo ciencia ficción, no puedo evitar pensar que 1984 fue una novela de éste género en 1948 cuando Orwell la escribió.

---

<sup>9</sup> HARARI, Yuval. "21 lecciones para el siglo XXI". Editorial Debate.

# NOTICIAS FALSAS Y POSTVERDAD EN TIEMPOS DE COVID: CÓMO COMBATIR LA DESINFORMACIÓN<sup>1</sup>

Nuria Belloso Martín.

Catedrática de Filosofía del Derecho. Universidad de Burgos (España).

*“La verdad os hará libres”* (Juan, 8:31)

*“Dejadlos; son ciegos guías de ciegos. Y si un ciego guía a otro ciego, ambos caerán en el hoyo”* (Mateo, 15:14)

## 1. INTRODUCCIÓN

En el contexto en el que nos encontramos, nunca hemos tenido a nuestro alcance tanta información y nunca hemos estado más desinformados. La crisis sanitaria a consecuencia del coronavirus, tanto en el periodo inicial de confinamiento como también a lo largo de estos dos años subsiguientes, ha propiciado una búsqueda desenfadada de información a través de las redes sociales y de otros servicios de internet, junto con aplicaciones móviles. Ciudadanos que, dominados por una ceguera como la que describía Saragamo en la obra de ese mismo título, buscaban a tientas resquicios de luz, principalmente a través de internet y las redes sociales. El no-saber ha impulsado una búsqueda de respuestas a través de las grandes plataformas como Twitter, Meta -ahora matriz de Facebook- Instagram, Whatsapp, Twitter y YouTube, en las que se puede opinar sin contrastar. Todas ellas se convirtieron en la

---

<sup>1</sup> El presente estudio se ha desarrollado en el marco de las actividades del proyecto de investigación "La cultura jurídica cosmopolita y sus desarrollos contemporáneos: límites y posibilidades en tiempos de crisis", del Plan Andaluz de Investigación, Desarrollo e Innovación, con Referencia: PY20\_00980, y cuyo IP del proyecto es Alfonso de Julios Campuzano.

La temática tratada pretende rendir un reconocimiento a la excelente obra del Profesor Felipe Rotondo, un especialista en temas de Derecho Público y Protección de Datos Personales.

ventana de acceso al mundo que ayudaba a sobrellevar confinamiento y distancia social. A las puertas de un ansiado horizonte pospandémico, el auge de las redes sigue vivo, siendo la salud objeto de búsqueda de información y canal para hacer pública la libertad de expresión. Como acertadamente, desde hace varias décadas, ha venido explicando el profesor Pérez Luño, las nuevas tecnologías -ahora, ya integradas en la vida ordinaria, han perdido el calificativo de “nuevas”- merecen ser objeto preferente de atención en cuanto a su incidencia en los derechos humanos.<sup>2</sup>

Este acceso al mundo digital sólo puede entenderse desde una perspectiva más amplia como es la de que el mundo está evolucionando a lomos de la revolución digital hacia una nueva experiencia del hombre y del poder, como apunta Lassalle.<sup>3</sup> En la línea de Byung-Chul Han, que ha analizado las diferencias entre la “masa clásica” y la nueva masa, a la que denomina “enjambre digital”,<sup>4</sup> también Lasalle alza la voz de alarma con respecto a que los seres humanos estén derivando hacia una especie de enjambre masivo sin capacidad crítica y entregado al consumo de aplicaciones tecnológicas dentro de un flujo asfixiante de información que crece exponencialmente.

En el ámbito de la salud se han generado millones de datos sin control sobre su veracidad, informaciones no contrastadas, noticias contradictorias, cada uno manejando unos datos y ofreciendo

---

<sup>2</sup> PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014; también, PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Universitat, 2012.

<sup>3</sup> LASALLE, J. M., *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Madrid, Arpa Editores, 2019.

<sup>4</sup> HAN, B.Ch., *En el enjambre* [2014], 1ª ed., 10ª reimpr., traducción de Raúl Gabás, Barcelona, Herder, 2020. El enjambre digital consta de individuos aislados, carece de alma, de un nosotros capaz de una acción común, de andar en una dirección o de manifestarse en una voz. La hipercomunicación digital destruye el silencio que necesita el alma para reflexionar y para ser ella misma. Se percibe solo ruido, sin sentido, sin coherencia. Todo ello impide la formación de un contrapoder que pudiera cuestionar el orden establecido, que adquiere así rasgos totalitarios. Empresas como Facebook y Google trabajan como servicios secretos que vigilan nuestros intereses para extraer beneficio de nuestros comportamientos en internet y las redes sociales.

versiones dispares sobre una misma realidad. Ello ha hecho que, junto a la pandemia generada por el propio virus se haya añadido otra, la derivada de la desinformación y que ha contribuido a ampliar la perturbación, alarmismo y miedo colectivo que ya existía. Pero el ámbito de la salud no es inocuo, sino que esos bulos, post-verdades, mentiras a medias o noticias falsas, comunicación “líquida” -como diría Bauman- se dirigen a canalizar la voluntad de los individuos sobre la toma de decisiones, afectando a su propia salud y, a la postre, su vida. Los ciudadanos reclaman protección y reglas claras mientras los Estados y sus respectivos sistemas jurídicos asisten con perplejidad a este escenario tecnológico al que deben hacer frente y para la que los preceptos jurídicos tradicionales no parecen tener la respuesta.<sup>5</sup>

La verdad y la mentira han sido temas recurrentes a lo largo de la historia del pensamiento jurídico. Los sofistas, en la Grecia clásica, presentaban discursos de una oratoria brillante, de una impecable presentación, transmitidos con tal convencimiento que cautivaban al auditorio. Sócrates, a diferencia de los sofistas, advertía que, tras esos discursos ampulosos, no había una preocupación por la búsqueda de la verdad. No interesaba si aquello que se decía y de lo que se intentaba convencer, era verdadero o era falso. De una frase de Aristóteles como “Decir de lo que es que es, y de lo que no es que no es, es verdadero” se ha derivado a rebautizar las mentiras como “verdades alternativas”, lo que ya permite intuir con qué construcciones y narrativas bien estudiadas, se pretende presentar la verdad, a modo de una ilusión ideológica, como una ficción moralista, como un instrumento de dominación.<sup>6</sup> El antídoto más eficaz contra la mentira y la falsedad es la verdad. La verdad que, recurriendo a la etimología griega, deriva del término, *aletheia* (de *α-lethès*, “no escondido”), y que significa sacar a la luz cosas oscuras, “desvelar la realidad”, difícil tarea entre una marea de datos. D’Ancona advierte sobre los medios de comunicación de ciertos

---

<sup>5</sup> WIERZBA, S. y DANESI, C., “Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?”, *La Ley*, Buenos Aires, Año LXXXIV, nº 23, 3 de febrero de 2020, p.1.

<sup>6</sup> ARISTÓTELES, *Metafísica*, Madrid, Alianza Editorial, 2014.

grupos de presión y en el surgimiento de una nueva narración, abogada por las redes sociales, en la que a través de las *fake news* y la desinformación predomina lo visceral y lo emocional sobre lo racional: “La verdad se descubre, no se reparte; es un ideal que hay que buscar activamente, no un derecho que debemos esperar perezosamente”.<sup>7</sup>

El profesor Ballesteros advierte de que vivimos en la época de la “servidumbre voluntaria”, como intuyó Étienne de la Boétie hace siglos. “Utilizamos los servicios de empresas tecnológicas como Google o Facebook, creyendo en la falacia de que se trata de servicios gratuitos, desconociendo consciente o inconscientemente de que estas compañías se cobran accediendo a nuestra intimidad, que es lo más valioso que tenemos, de tal forma que saben todo de nosotros mismos y venden dicha información al resto del mundo para lucrarse”. También insiste en que, por comodidad, estamos dispuestos a ofrecer nuestra intimidad, viviendo un “momento de esclavitud voluntaria”.<sup>8</sup>

Las nuevas tecnologías han aportado nuevos instrumentos para transmitir noticias, además de que favorecen la instantaneidad y la difusión inmediata de la misma. La velocidad, por un lado, y la universalidad por otro, son factores que facilitan su difusión amparándose en el anonimato y la fuente oculta. Si a ello se añade que el consumidor no está preparado para distinguir si la fuente es o no fiable, y que la presentación del mensaje se sabe que debe ser breve -porque si fuera largo se tiende a rechazarlo-, el consumidor queda desarmado ante tal avalancha de datos. La manera en que accedemos a la información ha cambiado sustancialmente. Mientras los medios tradicionales -como la prensa escrita y televisiones- han ido perdido seguidores, las redes sociales y plataformas

---

<sup>7</sup> D'ANCONA, M., *Posverdad: La nueva guerra en torno a la verdad y cómo combatirla*, Madrid, Alianza Editorial, 2019.

<sup>8</sup> Entrevista a Jesús Ballesteros. Valencia, agosto de 2020, p.2. <https://jesusballesteros.es/uploads/2020/09/> E.

digitales se han convertido en el medio habitual para las generaciones de jóvenes -y también, de los no tan jóvenes-.

Cuando acabo de escribir estas páginas, en un escenario especialmente doloroso como es de un conflicto bélico, se está desarrollando la invasión de Ucrania por parte de Rusia. Esta guerra está permeada, mucho más que otras, por los medios de comunicación de la sociedad de la información y de las tecnologías. Sin embargo, la sensación de estar consumiendo noticias prefabricadas, según del bando del que provengan, y cuyas fuentes de noticias no son neutrales en el conflicto, hace aumentar la sensación de desconcierto. Se han alzado algunas voces -las menos- que reivindican un pluralismo informativo, de manera que se facilite un pluralismo democrático informativo.<sup>9</sup> Si, por un lado, Rusia tienen un férreo control de la red y de las plataformas, intentando censurar información y controlar el relato, por otro lado, las plataformas norteamericanas más conocidas, como Facebook o Twitter, transmiten vídeos con un único relato; Google no permite descargar la app de la agencia estatal de noticias rusa, se han incrementado las verificaciones y restricciones a las cuentas de varios medios - como la agencia de noticias RIA Novosti o el canal Zvezda- y se ha restringido el acceso a Russia Today -RT- y Sputnik.<sup>10</sup>

El peligro de entrar en una espiral de datos e imágenes manipuladas -se ha llegado a incluir imágenes de un videojuego- o, directamente, falsas, incrementan la desinformación, escenario que se agrava con ciberataques a web estatales. La “rusofobia” (discurso violento o de muerte) también ha hecho entrada en cuanto las redes sociales Facebook e Instagram, ambas integradas en Meta,

---

<sup>9</sup> GRIMALDI, F., “La guerra virtuale nel metacampo e la guerra reale per il capovolgimento del mondo”, 1 de marzo de 2022. <https://www.ambienteweb.org/2022/03/01/fulvio-grimaldi-la-guerra-virtuale-nel-metacampo-e-la-guerra-reale-per-il-capovolgimento-del-mondo/>

<sup>10</sup> ESCRIBANO, M., “Las 'big tech' entran en el conflicto y anuncian vetos a Rusia por la invasión”, *Diario “El Confidencial”*. 27 de febrero de 2022. [https://www.elconfidencial.com/amp/tecnologia/2022-02-27/big-tech-entran-conflicto-anuncian-vetos-rusia-invasion\\_3382969/?utm\\_cmp\\_rs=ifc%3AFC\\_pazq\\_iw8SU-mowPoL1AZjQw](https://www.elconfidencial.com/amp/tecnologia/2022-02-27/big-tech-entran-conflicto-anuncian-vetos-rusia-invasion_3382969/?utm_cmp_rs=ifc%3AFC_pazq_iw8SU-mowPoL1AZjQw)

permitirán a los usuarios de algunos países (Armenia, Azerbaiyán, Estonia, Georgia, Hungría, Letonia, Lituania, Polonia, Rumania, Rusia, Eslovaquia y Ucrania) la difusión de mensajes de odio e incitación a la violencia contra los soldados rusos, siempre que no sean prisioneros, en el contexto de la invasión de Ucrania.<sup>11</sup> A la guerra de datos se le suma la censura de la cobertura de la guerra, la guerra de la desinformación y una admisibilidad de los delitos de odio -aunque dicen es temporal-, que atenta contra los derechos humanos.

Si bien la democratización de la información ha supuesto un avance, por otra, el ciudadano se ha convertido en un consumidor de noticias (y de información) casi exclusivamente a través de las plataformas de Internet.<sup>12</sup> Las noticias falsas, bulos, información tergiversada (las denominadas *fake news*), que, de forma deliberada inducen a error con la intención de manipular a la opinión pública, acaban formando un conglomerado con la información verdadera, provocando en el ciudadano-consumidor, no sólo una perplejidad ante la difusión viral de noticias falsas sino llevándole a adoptar actuaciones equivocadas a partir de esa alteración de la verdad que da por buena, porque parte de desinformaciones.

---

<sup>11</sup> LIMÓN, R., “Rusia veta Instagram por los mensajes de odio a los soldados rusos y a Putin”, *Diario “El País”*, 11 de marzo de 2022.

En este artículo se recoge la opinión del profesor Rafael Rodríguez Prieto, para quien “todas las potencias trabajan con técnicas de desinformación y tienen en internet otro campo de batalla”. Y apunta que, aunque las redes sociales tienen sus virtudes, también pueden ser “un factor de desinformación, de desestabilización y de limitación del debate desde el punto de vista de la deliberación democrática”.

<https://elpais.com/tecnologia/2022-03-11/meta-permite-en-12-paises-mensajes-de-odio-a-los-soldados-rusos-y-deseos-de-muerte-a-putin-y-lukashenko.html>

La invasión de Ucrania y la campaña de (des)información exigirá un estudio serio y riguroso. En ningún caso, quiero pecar de frivolidad y simplismo sino hacer una llamada de atención a la necesidad de intentar ir más allá de las informaciones y noticias que se reciben, muchas de las cuales se quedan en la superficie, sin escudriñar el por qué y el para qué. Internet y las comunicaciones son el medio imprescindible para hacer llegar narrativas que no son inocuas.

<sup>12</sup> MONTROYA, M., “La era de la posverdad, la posveracidad y la charlatanería”, Grupos Ciencia, Razón y Fe, Universidad de Navarra, 2019. <https://www.unav.edu/web/ciencia-razon-y-fe/la-era-de-la-posverdad-la-posveracidad-y-la-charlataneria>



El derecho a “comunicar o recibir libremente *información veraz*” sin que “pueda restringirse mediante ningún tipo de censura previa” es un derecho constitucional establecido en el artículo 20 de la Carta Magna.<sup>13</sup> La situación actual lleva a pensar si el hecho de que el ciudadano no exija veracidad a la información, si la consulta que hace de las noticias es a modo de entretenimiento, anulando cualquier perspectiva crítica al respecto, implica un consentimiento implícito porque resulta más cómodo “dejarse engañar”. Al fin y al cabo, así no se obliga a pensar, a cuestionar, a rebelarse, creando un magma de creciente tolerancia al engaño y a la mentira. Un ciudadano pasivo, inerme, sin fuerza para denunciar la falsedad y exigir la verdad, confundido por la desinformación, corre el peligro de sucumbir a la corriente mayoritaria, favoreciendo un ciudadano maleable a las directrices económico-políticas o de otro perfil.<sup>14</sup> Relativismo y postverdad son grandes enemigos de la verdad y la transparencia, y que afectan, de manera silenciosa, a derechos y libertades fundamentales, pilares básicos de toda democracia. El derecho a recibir y a acceder a información veraz hace posible que los ciudadanos se formen una idea del mundo que les rodea. La desinformación, entendida como un contenido informativo falso que se crea y difunde de forma deliberada, nos traslada -en cierta forma- a la distopía que Orwell describía en su novela *1984*.<sup>15</sup>

---

<sup>13</sup> PAZOS SIERRA, A., “La desinformación durante la pandemia de la Covid-19. Contextualización jurídica”, en García Golder, Mónica y Núñez Cerviño, José (Directores), *El Derecho ante la tecnología. Innovación y adaptación*, A Coruña, Editorial Colex, 2022.

<sup>14</sup> En el ámbito político, hay recientes ejemplos del poder que tienen las nuevas tecnologías tanto en la información como en crear un estadio de opinión, reorientando el sentido del voto. Durante la carrera electoral entre Trump y Hillary Clinton, la mentira distribuida masivamente por Internet se convirtió en algo habitual, y lo que es más grave, en un “arma muy potente de propaganda”. GONZÁLEZ, M. A., *Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, nº 45, 2019, pp. 29-52. doi: 10.12795/Ambitos.2019.i45.03; JOURNELL, W., “Fake news, alternative facts, and Trump: Teaching social studies in a posttruth era”, *Social Studies Journal*, 37 (1), 2017, pp. 8-21; También en el caso del Brexit, el resultado del referéndum se atribuye a una estudiada campaña.

<sup>15</sup> Entre los cuatro ministerios con los que el Partido ejercía el gobierno, en la novela orwelliana, estaba el “ministerio de la verdad”. Se inscribía en el “doblepensar”, de manera que la principal función del ministerio de la verdad era la reescritura de la historia y el falseo de la misma. Este término, contradictorio en cuanto a lo que aparenta que es su finalidad y

En este trabajo me propongo, en primer lugar, hacer una descripción del estado de la cuestión acerca de la desinformación y las *fake news* sobre la pandemia (infodemia). La mentira y la verdad tienen larga tradición en el ámbito de la política -basta recordar el caso de *Cambridge Analytica*, procedimiento dirigido especialmente a votantes influenciables, que incluyó la obtención ilegítima de datos personales a través de la red social *Facebook* y una estrategia de *marketing* personalizada que utilizó noticias falsas para propagar mitos y reforzar prejuicios sobre determinados candidatos y ciertas políticas, con fines de manipulación política (en la campaña del Brexit en Reino Unido) en las elecciones presidenciales de los Estados Unidos (2016)-,<sup>16</sup> en la economía,<sup>17</sup> y en otros ámbitos. A la mentira buscada se añade ahora la desinformación, como una lacra que afecta al Estado de Derecho, por lo que examinaré qué instancia (qué o quién) determina lo que es verdad y lo que no. En segundo lugar, desde un enfoque iusfilosófico, revisaré el concepto de postverdad. La interesada intención de confundir a las personas, la tesis de que “cada uno tiene su verdad”, y que todo depende de la interpretación que se haga, hace necesario revisar los constructos relativistas y posmodernistas en los que se apoya, con el fin de desmontar sus débiles pilares. Terminaré con unas reflexiones finales.

---

los objetivos que realmente se proponían, parece que se había inspirado en algún modelo de Ministerio de Información (inglés o norteamericano) que se dedicaba a restringir y controlar la información, en lugar de proporcionarla. Con todo, la alegoría que describe Orwell no se ajusta a lo que ahora estoy explicando. La distopía orwelliana parte de un Estado totalitario-aquí se trata de un Estado democrático-; es un lugar donde la información -o la desinformación- está canalizada, donde un solo poder, controla el flujo y altera el pasado según los intereses del presente. Actualmente, el problema es que el de un ecosistema donde la información llega de muchos lados, y donde la información rigurosa y la mentira conviven.

<sup>16</sup> Vid. Informe del Parlamento británico titulado “Desinformatino and “fake news”: “Conf. “SCL influence in foreign elections”.

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcomeds/363/36309.htm>.

BOLZAN DE MORAIS, J. L. y MARTINS FERREIRA FESTUGATTO, A., *A Democracia Desinformada: Eleições e Fake News*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2020.

<sup>17</sup> TORRES LÓPEZ, J., *Econofakes. Las 10 grandes mentiras económicas de nuestro tiempo y cómo condicionan nuestra vida*, 4ª ed., Barcelona, Planeta

## 2. DE LAS FAKE NEWS Y LA DESINFORMACION SOBRE LA PANDEMIA A LA INFODEMIA

El potencial que tiene el entorno digital para difundir y ampliar contenidos e informaciones falsas es cada vez mayor. Ello ha dado lugar a que, tanto desde la ONU como desde la Unión Europea se haya recurrido a algunos ensayos normativos con la finalidad de limitar ciertas prácticas y regulaciones y ello principalmente a través de dos ejes. El primero, la posible afectación de los derechos humanos, lo que incluye el siempre difícil equilibrio entre la libertad de expresión, el acceso a la información y, por tanto, evitar la censura previa. El segundo eje es el de establecer la responsabilidad de las empresas por las publicaciones agraviantes.<sup>18</sup>

A raíz de la pandemia, esta situación se ha visto agravada ya que las noticias falsas difundidas sobre el Covid han sido variadísimas y son numerosos las advertencias que se han hecho al respecto.<sup>19</sup>

---

<sup>18</sup> Entre los Informes emanados de la ONU destaco: El “Primer informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”. A/HRC/38/35, del 06/04/2018. <https://undocs.org/sp/A/HRC/38/35>; el “Segundo informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión”, referido a las consecuencias de las tecnologías de inteligencia artificial para los derechos humanos, se focaliza en los derechos a la libertad de opinión y expresión, a la privacidad y a la no discriminación “Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión” de las Naciones Unidas del 29/08/2018. <https://undocs.org/es/A/73/348>

Entre los diversos documentos emanados de la Unión Europea, destaco que, el 28 de septiembre de 2017, la Comisión Europea emitió la comunicación al Parlamento Europeo titulada “Lucha contra el contenido ilícito en línea: Hacia una mayor responsabilidad de las plataformas en línea” (Comunicado de prensa de la Comisión Europea, “Lucha contra la incitación ilegal al odio en línea: el Código de conducta de la UE garantiza una rápida respuesta”, del 04/02/2019. [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-805\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-805_es.htm)

<sup>19</sup> MONTESI, M., “Las fake news sobre el COVID-19: ¿qué aprendemos de ellas?”, en LÁZARO PULIDO, M; GÓMEZ GARCÍA, J. A; CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., (Editores), *La pandemia del miedo: pánico, poder y derecho durante la crisis de la Covid-19* Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, Síndesis - Universidad Bernardo O’Higgins Ediciones, 2020, pp. 291-316. La conocida Revista *Nature* se ha hecho eco, en varios de sus artículos, de esta cuestión desde los primeros meses de expansión del virus: BALL, Ph; MAXMEM, A., “The epic battle against coronavirus misinformation and conspiracy theories. Analysts are tracking false rumours about COVID-19 in hopes of curbing their spread”. 27/05/2020. *Nature* 581, 371-374 (2020). doi: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01452-z> <https://www.nature.com/articles/d41586-020-01452-z>

Para simplificar, como ejemplo de tales noticias falsas, se pueden diferenciar dos tipos principalmente, uno, el de las noticias falsas relacionadas con el origen del coronavirus en las que especula que se trata de un arma biológica (falso) o de una estrategia de control de la población (falso). El segundo tipo son bulos relacionados con las formas de contagio, los tratamientos o su eliminación, tales como que ya existía la vacuna antes de que se originara el virus (falso), que la cocaína cura el coronavirus (falso), o que es un virus que se cura bebiendo lejía (falso).<sup>20</sup> Posiblemente, uno de los bulos que más se ha hecho viral fue el publicado en el sitio web *Biohackinfo.com*, el 19 de marzo de 2020, según el cual, Gates planeaba usar una vacuna contra el coronavirus como una estrategia para monitorear a las personas a través de un microchip inyectado o un software espía de puntos cuánticos. A partir de ahí, mediante

---

"Coronavirus misinformation needs researchers to respond". Editorial. 27 Mayo 2020. *Nature* 581, 355-356 (2020) doi: <https://doi.org/10.1038/d41586-020-01550-y>

<https://www.nature.com/articles/d41586-020-01550-y>

<sup>20</sup> MARTÍN BARATO, A; LÓPEZ DOBLAS, M; LUQUE MARTÍN, N; MARCH CERDÁ, J.C., "Fake news y bulos contra la seguridad y la salud durante la crisis del coronavirus" (publicado el 15 de abril de 2020), *coronavirusysaludpublica*

Tanto en *maldita.es* como en *saludsinbulos.es* se pueden consultar más de 300 bulos difundidos y los argumentos y evidencias que desmienten muchos de ellos.

Salud sin bulos. <https://saludsinbulos.com/observatorio/teorias-conspiranoicas-falsos-remedios-covid19/>

"Bulos y 'Fake News' sobre el coronavirus". <http://bibliotecavirtualsalud.org/covid19/informacion-para-la-ciudadania/rumores-y-bulos-sobre-el-coronavirus/>

A modo de ejemplo: "No, el Parlamento Europeo no debatirá la creación de un fondo de compensación para las "víctimas de la vacuna contra la COVID-19" propuesto por la eurodiputada francesa Virginie Joron; "No, el Consejo de Europa no ha prohibido ni puede prohibir que la vacunación contra la COVID-19 sea obligatoria: sus resoluciones no son vinculantes"; "No, el contrato entre Pfizer y la Comisión Europea no dice que la farmacéutica es "propietaria" de un "dispositivo electrónico" que se le ha insertado a los vacunados contra la COVID-19"; "Cuidado con el contenido que afirma que el riesgo de miocarditis en adolescentes vacunados frente al coronavirus es mayor que el de hospitalización por COVID-19: es un preprint sin revisión científica, tiene numerosos fallos metodológicos y no se ha publicado en ninguna revista científica"; "No, no ha ingresado un niño de 10 años en la UCI del Hospital Virgen de la Arrixaca (Murcia) por un "infarto de miocardio" tras vacunarse contra la COVID-19". "La COVID-19 y sus bulos: 1.253 mentiras, alertas falsas y desinformaciones sobre el coronavirus" (28 enero 2022).

<https://maldita.es/malditobulo/20220128/coronavirus-bulos-pandemia-prevenir-virus-covid-19/>

Sobre la incidencia de las *fake news* y la desinformación en los medios de comunicación, *vid.* BLANCO PÉREZ, M., (Coordinador), *El progreso de la comunicación en la era de los prosumidores*, Madrid, Dykinson, 2021. <https://www.dykinson.com › download › ebooks>

un vídeo de youtube sobre la idea, y la difusión que hizo el periódico *The New York Post* que no la desacreditó, junto con el *like*, en Facebook de millones de personas hizo que, al igual que con las epidemias, se produjeran momentos de "superpropagación". Tal ha sido la proliferación de bulos y *fake news*, conformando estados de opinión, que la OMS lo ha denominado una "infodemia": "Una sobreadundancia de información, algunas precisas y otras no, que dificulta encontrar fuentes confiables de información y orientación confiable".

A medida que la pandemia se trasladó a Estados Unidos y Europa, aumentó la información falsa. Una parte importante del problema ha sido político. Un informe preparado para el Parlamento Europeo en abril de 2020 alegó que Rusia y China estaban impulsando campañas de información paralelas, transmitiendo el mensaje general de que los actores estatales democráticos están fallando y que los ciudadanos europeos no pueden confiar en sus sistemas de salud, mientras que sus sistemas autoritarios pueden salvar el mundo. Numerosos filósofos, politólogos y juristas, han reflexionado sobre estas cuestiones, difundiendo sus escritos a través de blog y de prensa por internet durante el periodo del confinamiento.

Desde la constatación de esta especial realidad que se ha vivido en el ámbito de la información digital en tiempos pandémicos, conviene detenerse en un análisis sobre la cuestión. Se partirá de realizar unas precisiones conceptuales sobre qué se entiende por *fake news*, cuál es su tipología y qué fines pretenden conseguir. Una vez delimitadas, se examinará la cuestión de quién o quiénes, deciden que una noticia o una información es falsa o es un bulo.

## **2.1. LAS FAKE NEWS Y LA “DESINFORMACIÓN” COMO AMENAZA A LA DEMOCRACIA (Y AL DERECHO A LA SALUD)**

Aunque la mayor parte de los ciudadanos, al referirse al término *fake news* lo traducen automáticamente como noticias falsas, sin

embargo, sería más adecuado traducirlo como falsas noticias. Esta segunda acepción pone el acento, no únicamente en que se trata de noticias con contenido falso que pretendan engañar al usuario, sino de relatos que pretenden hacerse pasar por noticias sin serlo. Suelen contar con datos incorrectos que han sido exagerados o manipulados para resultar más creíbles a un público fácilmente manipulable.

En 2017, el *Oxford English Dictionary* designó el término *fake news* como “Palabra del Año”, conceptuándolo como información falsa diseminada bajo la apariencia de un reportaje cuyo contenido es frecuentemente sensacionalista. No es un fenómeno nuevo ya que se tiene noticia de varias actuaciones que encajarían en este concepto, como durante la rebelión Jacobita en Gran Bretaña, a mediados del siglo XVIII, impresores sediciosos difundieron que el rey Jorge II estaba gravemente enfermo en un intento de desestabilizar al gobierno del monarca. Dichas noticias fueron recogidas por medios serios haciéndose más difícil discernir entre realidad y ficción.<sup>21</sup> Por *fake news* se entienden “informaciones infundadas, basadas en datos inexistentes o distorsionados, que tienen como finalidad engañar o incluso manipular al lector para alcanzar determinados objetivos, influenciar las decisiones políticas u obtener ganancias económicas”.<sup>22</sup>

La novedad actual radica más en los medios -como los digitales- que en los fines. Es un tipo de noticia que se divulga principalmente en medios *online* con objetivos específicos, la mayoría de las veces de carácter político-social. Cuando se trata del ámbito científico y sanitario, suelen ignorar la evidencia, de hecho, pueden llegar a falsearla o manipularla, y en la situación actual, generan ruido en la

---

<sup>21</sup> PÉREZ-DASILVA, J.A; MESO-AYERDI, K; MENDIGUREN-GALDOSPÍN, T., “Fake news y coronavirus: detección de los principales actores y tendencias a través del análisis de las conversaciones en Twitter”, *El profesional de la información*, 2020, v. 29, n. 3., p.2. <http://www.elprofesionaldelainformacion.com> › p...

<sup>22</sup> “Fake news y periodismo de paz”. Mensaje del Papa Francisco para la 52 Jornada Mundial de las comunicaciones sociales. [https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco\\_20180124\\_messaggio-comunicazioni-sociali.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco_20180124_messaggio-comunicazioni-sociali.html)

gestión de la crisis. La Comisión Europea, en 2018, desaconseja emplear el término *fake news* y sugiere el uso de “desinformación” en su lugar, puesto que se trata de emitir un contenido engañoso, es decir, es un matiz distintivo y significativo.<sup>23</sup> En julio de 2019 se abrió en el Reino Unido la consulta pública volcada en el “Online harms White paper”, que contenía un paquete de medidas para proteger a los usuarios seguros en línea- se proponía crear un nuevo deber de cuidado (*duty of care*) hacia los usuarios-. El *Alan Turing Institute* se ha manifestado crítico con respecto a este documento por varias razones tales como que no ofrece una clara definición de daño, la poca precisión sobre qué se considera “desinformar”, y acerca de la distinción entre contenidos verdaderos y falsos.<sup>24</sup>

La tipología de las *fake news* es variada, pudiéndose destacar: 1) las que tienen por objetivo manipular a los receptores del mensaje con conclusiones y creencias erróneas sobre el tema en cuestión; 2) las informaciones que podrían presentar un porcentaje de verdad, pero debido a la naturaleza adulterada de la noticia, los hechos se pueden confundir con hechos falsos, llevando al usuario a la desinformación e información tóxica; 3) las publicaciones falsas sobre la vida de un personaje público que se acerca mucho a la argumentación *ad hominem*; y la 4) hace referencia a la exageración o distorsión de la realidad.<sup>25</sup> Junto a la variedad de su tipología, también su eficacia deriva de varios factores, tales como, en primer lugar, su naturaleza mimética, es decir, a su capacidad de aparecer como plausibles. En segundo lugar, estas noticias, falsas pero verosímiles, son capciosas, en el sentido de que son hábiles para capturar la

---

<sup>23</sup> COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Bruselas, 26.4.2018 COM(2018) 236 final.

[https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)236&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)236&lang=es)

<sup>24</sup> WIERZBA, S. y DANESI, C., “Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?”, cit., p.4.

<sup>25</sup> BARRIENTOS-BÁEZ, A.; MARTÍNEZ-SALA, A.M.; PAULINA ALTAMIRANO, V.; CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., “Fake News: La pandemia de la COVID-19 y su cronología en el sector turístico”, *Historia de la comunicación social* 26, Número especial, 2021, pp. 135-148.

atención de los destinatarios poniendo el acento en estereotipos y prejuicios extendidos dentro de un tejido social, y se apoyan en emociones fáciles de suscitar, como el ansia, el desprecio, la rabia y la frustración; en tercer lugar, conocen que los ciudadanos acostumbran a interactuar en grupos digitales homogéneos, con perspectivas y opiniones similares y lejos de contra-argumentaciones, lo que en lugar de fomentar una comparativa y contraste de opiniones, lleva a reafirmar sus opiniones presididas por un único enfoque. Tal desinformación conduce a acabar desacreditando y demonizando al otro, a quien piensa diferente, lo que explica también la fácil deriva que puede provocarse hacia los delitos de odio.

A modo de ejemplo, cito aquí un caso juzgado en Sao Paulo (Brasil) sobre un médico que difundió información errónea sobre la vacuna en sus redes sociales, información que fue calificada como *fake news*.<sup>26</sup> En una grabación difundida el 12 de junio de 2021 en YouTube y difundida por WhatsApp, el médico Paulo Porto, respondió a la pregunta de un internauta sobre el intervalo que convenía dejar entre una infección por el coronavirus y la posterior recepción de la vacuna contra la Covid-19: “Quien tuvo la enfermedad está inmunizado por la propia enfermedad”, sostuvo el médico, que tiene 145.000 seguidores en Instagram y 112.000 suscriptores en su canal principal en YouTube. Dado que tal respuesta no encuentra respaldo en las recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud y otras autoridades sanitarias, la Secretaría de Salud del Estado de São Paulo publicó una imagen con las llamadas “noticias falsas” junto a una imagen del médico tomado del video. “No se deje engañar por las #FakeNews. Vacúnese, independientemente de haber tenido COVID-19, y busque siempre los canales oficiales para informarse”, publicó el secretario.<sup>27</sup>

---

<sup>26</sup> GUIMARÃES, A., “Médico que divulgou desinformação sobre vacina não será indenizado por checagem”, JOTA (04 de febrero de 2022), Sao Paulo. <https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-checagem-indenizacao-04022022>

<sup>27</sup> El Ministerio de Salud de Brasil (@minsaude) recomienda contrastar las informaciones para no alarmar a la población: “Las noticias falsas son un gran obstáculo en la lucha contra el #coronavirus (Covid-19). Además de desinformar, pueden generar un alboroto innecesario



El profesional de la salud interpuso una demanda para solicitar una indemnización de R\$ 70.000 por daño moral bajo el argumento de que la repercusión “perjudicó la imagen y la credibilidad de este renombrado científico”. En cuanto al uso de su imagen, el juez entendió que, una vez publicada en redes sociales, pasa a ser pública, y el propio médico renunció a la intimidad cuando decidió crear un canal en el que expone su persona. Sobre el hecho de que el demandante fue identificado como propagador de noticias falsas, el juez citó un estudio publicado en el “Jornal da USP” e informaciones de las autoridades de salud para concluir que: “la afirmación de que la infección por Covid-19 garantiza la inmunización natural. Y lo que no es verdad es falso.” El juez desestimó la acción y el médico fue condenado a pagar el 10% del valor que reclamaba en concepto de costas.

Sorprendentemente, un caso que apenas ha originado debate en España ha sido el de la retirada, por parte de YouTube, de la polémica comparecencia del profesor emérito de Farmacología, Joan-Ramon Laporte, en la Comisión de Investigación del Congreso sobre la gestión de las vacunas contra el Covid y el plan de vacunación, a la que fue invitado por los dos partidos políticos del Gobierno. En su comparecencia, presentó unas valoraciones sobre las vacunas contra el Covid, consideraciones que **los detractores y negacionistas de esta estrategia han aprovechado para afianzar sus argumentos** y criticar en las redes, las políticas llevadas a cabo para combatir la pandemia. La plataforma de vídeos ha alegado, simplemente, que la retirada se debe a que **"infringía las normas de la comunidad de YouTube", sin especificar cuál de ellas (¿spam y prácticas engañosas, contenido sensible, violento o peligroso, venta de productos regulados y desinformación?). La retirada llama la atención porque su intervención se hizo en la sede del Parlamento, es decir, públicamente y en el órgano que representa la soberanía del pueblo, además de que el discurso de**

---

entre la población. Antes de compartir las noticias, confirme su veracidad. Protégete a ti mismo y a tu familia. Más información  
<https://t.co/UYm3jliCGA> <https://t.co/TOjUNGJKXg> (Ministério-da-Saúde, 2020).

Laporte sigue estando disponible en la web del Congreso de los Diputados, tal y como se hace en estos casos.<sup>28</sup>

No se trata de un negacionista (admite el virus) ni un antivacunas (confía en las vacunas en general) sino de un experto inmunólogo. Su exposición e información parece que ha resultado molesta a algunos sectores del poder, bien sea por las críticas a la política de gestión que se ha hecho del virus, o porque ponía de relieve cuándo las cotizaciones de las compañías farmacéuticas habían subido en bolsa (precisamente, coincidiendo con fases en que se dio a conocer que los efectos de la “vacuna” no se extendían más allá de seis meses, siendo necesario continuar inoculando más dosis a la población). Lo que para YouTube debía de censurarse sin explicar el motivo, para otros es un ejemplo de censura manifiesta en un Estado democrático de Derecho, aunque se reviste de otras expresiones para negar la gravedad: cultura de la cancelación (*cancel culture*), que promueve retirar el apoyo a personas o empresas como consecuencia de determinados comentarios o acciones, o la restricción del derecho a la libre expresión de ideas y de conocimientos, amparándose en un pretendido intento de evitar la desinformación.

A las *fake news* se han añadido las *Deep Fake News* (o *Deepfake*), técnica que permite editar vídeos falsos de personas que, en apariencia son reales, para lo que utilizan algoritmos de aprendizaje no supervisados, así como vídeos o imágenes que ya existen.<sup>29</sup> Por otra parte, ya hay software -como Calisto- que ayudan a la construcción de discursos políticos; también hay investigadores -como los de *Global Pulse*, una agencia de la ONU, que han diseñado un software que genera discursos (en solo trece horas) sobre temas

---

<sup>28</sup> “YouTube retira el vídeo de la polémica intervención en el Congreso del profesor Laporte sobre las vacunas contra el Covid”. *Diario “El Mundo”*, 9 de febrero de 2022.

<https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2022/02/09/6204046121efa0b5728b45b4.html>

<sup>29</sup> LLANOS MARTÍNEZ, H., “De la parodia viral del Equipo E a los bulos: las dos caras de los vídeos ‘deepfake’ que circulan por WhatsApp”, *Diario “El País”*. 14 noviembre de 2019.

que pueden ir desde el desarme nuclear hasta los refugiados.<sup>30</sup> Gran parte de la información errónea sobre la salud (difundir información errónea, expandir falsas informaciones o datos sin verificar sobre contenidos de salud) puede ser propulsada por *bots* y *trolls*.<sup>31</sup> De hecho, algunas investigaciones han demostrado que tanto los *trolls* como los *bots* constituyen poderosas tácticas para manipular la opinión pública y sembrar la confusión entre los usuarios.

Tanto la "información errónea", que es incorrecta pero no deliberadamente engañosa, como la "desinformación",<sup>32</sup> que se refiere a las falsedades organizadas que tienen la intención de engañar, son sumamente peligrosas en una crisis de salud global, y ello porque la información inexacta no solo induce a error, sino que podría ser una cuestión de vida o muerte si las personas comienzan a tomar medicamentos no probados, ignoran los consejos de salud pública, o rechazan una vacuna contra el coronavirus si está disponible y son personas con patologías previas.

Este no-saber ha incidido tanto en el ámbito jurídico -en el que se ha discutido la interpretación que se debía de hacer de una norma positiva, provocando alarma entre la población (por ejemplo, si el derecho a apropiarse de suministros médicos por parte del Gobierno, durante el estado de alarma, podía ser extensible a todo tipo de mercancías y bienes)- como también, en el científico y de la salud, donde se creó un "vacío de incertidumbre", que permitió que fuentes superficialmente acreditadas intervinieran sin experiencia

---

<sup>30</sup> El programa rastrea la información presente en internet, le aplica una jerarquía de fuentes especialmente competentes y genera argumentos que el político puede utilizar en la construcción de su discurso. REDONDO, M; CALVO, D., y DíEZ-GARRIDO, M., "Calisto, un software para la construcción del discurso político", *Profesional De La Información*, 26(4), 2017, pp. 756-764.

<https://doi.org/10.3145/epi.2017.jul.19>

<https://revista.profesionaldelainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2017.jul.19>

<sup>31</sup> CHU, Zi; GIANVECCHIO, Steven; WANG, Haining; JAJODIA, Sushil, "Detecting automation of Twitter accounts: Are you a human, bot, or cyborg?". *IEEE Transactions on dependable and secure computing*, v. 9, n. 6, 2012, pp. 811-824. <https://doi.org/10.1109/TDSC.2012.75>

<sup>32</sup> ALONSO GONZÁLEZ, M., "Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*", nº 45, p2019, pp. 29-52. doi: 10.12795/Ambitos.2019.i45.03

real. Estos incluían académicos con escasas credenciales para pronunciarse sobre epidemiología, o analistas que eran buenos para procesar números, pero carecían de una comprensión profunda de la ciencia subyacente. Ello llevó a que el Gobierno de España transmitiera la necesidad de consultar la información acerca del coronavirus en fuentes oficiales evitando así, la desinformación. Con todo, el baile de datos, criterios y estadísticas que se utilizaron para realizar el conteo del porcentaje de letalidad, se consideró que estaba lejos de una información veraz y transparente.

Miedo e incertidumbre han provocado que muchos ciudadanos quisieran refugiarse de nuevo en la caverna platónica, escudriñando en una oscuridad en la que sólo se dibujan contornos, pero nada se apreciaba nítidamente, con la vista dirigida hacia la pared (ahora reconvertida en la pantalla de su ordenador o de su móvil) que sólo les ofrece imágenes que son sombras de la realidad, pero no la verdad. Se alejaba, así, del ciudadano ilustrado que se guiaba por la máxima kantiana de “atrévete a saber”. Es más, si se arriesgaba a querer saber, la desinformación le confundirá aún más.

## **2.2. QUIS CUSTODIET IPSOS CUSTODES: QUIÉN (O QUÉ) DETERMINA LO QUE ES FALSO**

La infodemia ha provocado varios problemas, entre los cuales está el de su enorme escala, es decir, colectivamente, estamos produciendo mucha más información de la que realmente podemos analizar y consumir, de lo que deriva el interrogante sobre cómo proceder a controlar esa verdad o falsedad de la información y, sobre todo, quién determinará lo que es o no verdad (¿un ser humano, una institución, una inteligencia artificial, todos conjuntamente?).

Se recupera aquí la categoría de biopolítica, ciencia humana y normativa, que estudia las cosas “como deberían de ser” para tomar decisiones. Se trata de una forma específica de gobierno que formuló Foucault, cuyo objeto es la gestión del cuerpo y de la vida de

la población por parte de la esfera pública. La población se constituye como una categoría que estará en la encrucijada de todo un conjunto de saberes y tecnologías de gobierno a través de la medicina, la sociología, la biología, la psicología, la psiquiatría y, claro está, la estadística, que se proyecta transversalmente a todas ellas. La escala biopolítica permite conocer y gobernar fenómenos que hasta aquel momento se consideraban accidentales o fruto del azar para poder determinar su frecuencia, incidencia o patrones de repetición a lo largo del tiempo. Se despliegan mecanismos para detectar situaciones de riesgo o peligrosidad (criminal, sanitaria) y actuar en fase temprana. En esta biopolítica subyacen acciones de vigilancia y de control, para poder intervenir cuando resulte necesario, y ello tanto sobre los cuerpos como sobre la población.

Ahora bien, en la línea de lo apuntado ahora por Byung-Chul Han, se ha dejado atrás la época biopolítica. Hoy nos dirigimos a la época de la psicopolítica digital, donde el poder interviene en los procesos psicológicos inconscientes. El psicopoder es más eficiente que el biopoder, por cuanto vigila, controla y mueve a los hombres no desde fuera, sino desde dentro.<sup>33</sup> Las nuevas tecnologías vienen acompañadas de la virtualidad ya no sólo de controlar a la población, sino de influenciar sus opiniones para que, libremente, sin necesidad de control, opten por la elección prefijada. Y el papel que desempeñará la norma, ya no es el de prohibir o limitar una determinada acción, sino el de prescribir y regular cómo debe de ser y suceder. De ahí que la “desinformación” hace que el ciudadano piense, sienta, vote, actúe, de una forma dirigida, escondida tras un falso disfrute de libertad.

La mayor parte de las afirmaciones engañosas sobre el Covid-19 se encuentran en línea: por ejemplo, destinadas a sembrar dudas sobre la vacunación como una forma de protegerse contra la infección, pero sin contrastar teorías de los científicos y epidemiólogos. Cuando se escriben en Google preguntas como “¿son seguras las

---

<sup>33</sup> HAN, B. Ch., *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* [2014], 1ª ed., 11ª reimp., traducción de Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2020.

vacunas?", los algoritmos de búsqueda enumeran fuentes que brindan información basada en evidencia. Pero por cada elemento de información erróneo y desinformación que se trata, aparecen más. Además, los sitios han descubierto formas de eludir las herramientas de inteligencia artificial, lo que hace que el papel de los verificadores de datos humanos sea importante. Ahora bien, esta situación lleva a plantear una segunda cuestión, que es la de quién o quiénes etiquetan a una noticia o una información como noticia falsa. Muchos ciudadanos se hacen preguntas importantes sobre temas como la seguridad de las vacunas propuestas, la seguridad de las aplicaciones de rastreo de contactos, cómo se compartirán los derechos de propiedad intelectual y las ganancias de los nuevos medicamentos y vacunas, y otras más. Estas son preguntas que también se hacen los investigadores de campos como la salud pública, la seguridad de los datos y las finanzas de la atención médica.

Toda esta infodemia y su impacto en la opinión pública y en el periodismo ha obligado a organismos internacionales a actuar también contra el virus de la desinformación, buscando una vacuna, en este caso, contra la infodemia, o, dicho de otra manera, para aplanar tal infodemia.<sup>34</sup> Para ello, se ha recurrido a varias propuestas de mejora.

La primera han sido las campañas de advertencia contra la desinformación que han llevado a cabo tanto la Organización Mundial de la Salud (OMS), como la Unión Europea y el Gobierno de España, mediante la habilitación de páginas web en las que desmentían los mitos que circulan por redes sociales.<sup>35</sup> Además, otras

---

<sup>34</sup><https://www.easp.es/web/coronavirusysaludpublica/fake-news-y-bulos-contrala-seguridad-y-la-salud-durante-la-crisis-del-coronavirus/>

<sup>35</sup><https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>

La OMS habilitó una página web: Cazadores de mitos OMS. Myth Busters

La Unión Europea abrió una web sobre información falsa: [https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation\\_es](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation_es) También, *Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones sobre Abordar la desinformación de COVID-19: contrastando los datos*. Recuperado de:

empresas privadas como WhatsApp, Twitter Facebook han publicado comunicados sobre estrategias que han implementado en sus redes sociales para luchar contra estos bulos o noticias falsas a nivel mundial. A mediados de marzo, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Reddit, Twitter y YouTube emitieron un comunicado conjunto diciendo que estaban trabajando conjuntamente para “combatir el fraude y la desinformación sobre el virus”.

La segunda propuesta ha sido la intentar luchar digitalmente contra la infodemia. Si hay desinformaciones y *fake news*, hay que recurrir a la inteligencia artificial. Aunque la propagación se produce inicialmente por parte de los sujetos, la inteligencia artificial, mediante los algoritmos y los bots, puede también frenar la expansión, además de ayudar a los destinatarios para comprobar si la

---

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>

European Commission, 2020; Comisión Europea. (2019, 5 de noviembre). *Unión Europea vs. Desinformación*. [https://ec.europa.eu/spain/news/20191105\\_eu-vs-disinformation\\_es](https://ec.europa.eu/spain/news/20191105_eu-vs-disinformation_es)

El Gobierno de España abrió también una web: “Coronavirus, siempre fuentes oficiales”, alertando a la población de que confíe en fuentes oficiales, en los profesionales sanitarios y en las indicaciones de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, e instando a no compartir cadenas de *whatsapp* e informaciones no contrastadas. Conviene recordar que, en abril de 2020, la Guardia Civil remitió a sus comandancias una instrucción interna en la que pedía que se identificaran “campañas de desinformación” así como “bulos y *fake news* susceptibles de generación de estrés social y desafección a instituciones del Gobierno”, solicitando un informe semanal “sobre las actuaciones de ciberseguridad de la Guardia Civil vinculadas a la covid-19”. el general José Manuel Santiago, jefe del Estado Mayor de la Guardia Civil, compareció en rueda de prensa y explicó que, en la lucha contra los bulos, se trabajaba para “minimizar el clima contrario a la gestión de crisis por parte del Gobierno”. Estas declaraciones generaron una tormenta política, ya que se venía a sacar a la luz que la finalidad era la de limpiar la imagen del Gobierno en cuanto a la gestión de la crisis sanitaria, lo que equivalía a una limitación de la libertad de expresión y de información. “La Guardia Civil pide informes de bulos que puedan generar “desafección a instituciones del Gobierno” (20 abril 2020), *Diario “El País”*. <https://elpais.com/espana/2020-04-20/la-guardia-civil-pide-informes-de-bulos-que-puedan-generar-desafeccion-a-instituciones-del-gobierno.html> La Policía Nacional presenta la primera guía para evitar ser manipulados por las *fake news*. [http://www.interior.gov.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Apóztgsg/content/id/11676535](http://www.interior.gov.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Apóztgsg/content/id/11676535)

LÓPEZ FONSECA, O., Interior detecta cerca de 300 “eventos de desinformación” durante la cuarentena. El ministerio mantiene desde el decreto de estado de alarma un dispositivo contra los ciberbulos similar al de los últimos procesos electorales” (19 abril 2020), *Diario “El País”*. <https://elpais.com/espana/2020-04-18/interior-detecta-cerca-de-300-eventos-de-desinformacion-durante-la-cuarentena.html>

información que están recibiendo es verdadera o falsa. Deberán aplicarse algoritmos de verificación de la información para descartar la información tóxica, y servir de cribado ante la proliferación de información a la que se expone el sujeto.<sup>36</sup> La elaboración de listados de fuentes fiables -como ha realizado la Asociación Española de Comunicación Científica (2020), diferenciando entre fuentes de referencia, fuentes para profesionales de la comunicación y fuentes dirigidas al público en general-, es otra de las formas idóneas para luchar contra la información falsa o adulterada.<sup>37</sup>

### **3. LA POSTVERDAD: ¿TIENE ALGO DE “VERDAD”? HACIA UN MINISTERIO DE LA POSTVERDAD**

Uno de los más importantes problemas filosóficos a lo largo de la historia ha sido el de la percepción de la realidad, de la que se ocupa la Fenomenología, y que Platón describió en el Libro VII de *La República* mediante el “el mito de la caverna”. Traducido a nuestros días, los prisioneros de la caverna vivirían en la posverdad.<sup>38</sup>

En el ámbito judicial es conocida la distinción entre verdad formal y verdad material. La primera es la que se corresponde con la

---

<sup>36</sup> RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “Comunicación y noticias falsas en relación al COVID-19: algunas reflexiones sobre la información, la desinformación y propuestas de mejora”, *Revista Española de Comunicación en Salud* 2020, Suplemento 1, pp.253-S264. <https://doi.org/10.20318/recs.2020.5375>

<sup>37</sup> La Escuela Andaluza de Salud pública (2020) publicó una serie de pautas para una información responsable, “Medios de comunicación y COVID-19: Pautas para una información responsable (9 abril 2020)”

<https://www.easp.es/web/coronavirusysaludpublica/medios-de-comunicacion-y-covid-19-pautas-para-una-informacion-responsable/>  
Siguió las indicaciones de *First Draft news*, “Tips for reporting on Covid-19 and slowing the spread of misinformation” (10 marzo 2020), en la que se denunciaba que había habido una proliferación de artículos sobre COVID-19 sin una revisión por pares -pre-prints-, por tanto, sin pasar por los controles de calidad adecuados.

<sup>38</sup> BLANCO ALONSO, I., “Las Noticias Falsas y la Posverdad. Resultados de un Nuevo Paradigma de Comunicación”, *Foro*, VOL. 5, nº6, nov-diciem, 2021, pp. 16-25. <https://www.revistaforo.com/2021/0506-02>



**verdad judicial, aquella que emerge al final de un juicio en forma de sentencia, siendo** la consecuencia lógica de las pruebas practicadas durante su celebración. Por su parte, **la verdad material, es aquella que se corresponde con la realidad de los hechos.** El ideal es que ambas coincidan, pero lamentablemente, no siempre es así porque no todos los hechos se pueden probar o porque no se han reunido los indicios necesarios para probar la causa del litigio. Las cuestiones sobre la verdad no quedan en una precisión terminológica, sino que se ha llegado a reivindicar un “derecho a la verdad”, como la Declaración Universal de Derechos humanos Emergentes, de 2009.<sup>39</sup> Ello lleva a reflexionar sobre lo que se podría denominar la verdad con mayúsculas, difícil de encontrar en sede judicial como también en otros muchos ámbitos, como el de la comunicación.

Calificar como verdadera a la verdad, incita a pensar si es que hay una verdad falsa, y qué papel desarrollan conceptos como la contraverdad y la postverdad. La postverdad, ¿corresponde a la verdad de la postmodernidad? ¿Es más o menos verdad que la de la Modernidad? Por mucho que se afirme que en determinados ámbitos -como la política- siempre ha habido mentiras y engaños, no debe inducir a admitir la simulación y la falsedad como arquetipos comunes. El Diccionario de la RAE define la postverdad como una “distorsión deliberada de una realidad, que manipula creencias y emociones con el fin de influir en la opinión pública y en actitudes sociales”. El Diccionario de Oxford eligió la postverdad como palabra del año, en 2016, y la define como el fenómeno que se produce cuando “los hechos objetivos tienen menos influencia en definir la opinión pública que los que apelan a la emoción y a las creencias personales”. El filósofo británico A.C. Grayling, quien hizo campaña

---

<sup>39</sup> El profesor Pérez Luño ya advertía de que el *Proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes. Los derechos humanos en un mundo globalizado*, elaborado por el Forum Universal de las Culturas en el año 2004, contenía algunos derechos “nebulosos”, como el del “derecho a la verdad”. En el texto final de la Declaración, aprobada en Monterrey en 2009, se regula en el artículo 9.4 como el “derecho a la verdad y a la justicia”, por lo que parece haberse circunscrito a la verdad procesal. PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos”, XXII Conferencias Aranguren. *Isegoría*, 51, julio-diciembre, 2014, 465-544. doi: 10.3989/isegoria.2014.051.01

por la permanencia de Reino Unido en la UE, contraria al Brexit, en una entrevista concedida a la BBC, advierte sobre la "corrupción de la integridad intelectual" y el daño "del tejido completo de la democracia".<sup>40</sup> También el filósofo Torralba advierte sobre la mentira: basta darse cuenta de que no se necesitan hechos, simplemente puedes mentir. Vivimos en un momento en el que lo que interesa "no es lo que ha pasado, sino lo que quiero pensar que ha pasado. Hay un desprecio a la objetividad, a lo que realmente ha sucedido y se construyen relatos paralelos que llevan al que no ha vivido esa circunstancia a creerse cosas que pueden ser inventadas". Por eso, apostilla Torralba, es "imprescindible formar personas con capacidad crítica y de discernimiento para poder reconocer qué fuentes son más dignas de credibilidad y cuáles no".<sup>41</sup>

En una cultura *online* como la que nos encontramos, el problema radica en que no se distingue entre realidad y ficción. La postverdad, en el ámbito tecnológico, multiplica su versatilidad, al poder adquirir nuevas formas, difundirse en tiempo real y replicarse entre millones de ciudadanos. En un contexto pandémico, en el que la salud está amenazada, y las libertades fundamentales (de circulación, de reunión, de culto, de empresa) se suspendieron, se crea un escenario idóneo para repicar la postverdad. Desde la filosofía, las raíces de la posverdad se encuentran en el posmodernismo y en el relativismo, a los que haré una breve referencia.

---

<sup>40</sup> Entrevista de Sean Coughlan a A.C. Grayling, "Qué es la "posverdad", el concepto que puso de moda el "estilo Trump" en Estados Unidos", *BBC*, 12 enero 2017. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38594515>

Sostiene que un ingrediente clave en la cultura de la posverdad han sido las redes sociales: i) En ellas una opinión fuerte puede acallar evidencia; ii) . Todo el fenómeno de la posverdad es sobre: 'Mi opinión vale más que los hechos'. Es sobre cómo me siento respecto de algo"; iii) "Es terriblemente narcisista. Y ha sido empoderado por el hecho de que todos pueden publicar su opinión"; iv) "Todo lo que necesitas ahora es in iPhone". "Y si no estás de acuerdo conmigo, me atacas a mí, no a mis ideas; v) "Lograr articular una forma de ponerte en primera fila y lograr ser visto te convierte en una especie de celebridad"; vi) el problema es una cultura *online* incapaz de distinguir entre realidad y ficción. "Si pones las palabras 'existió el...' en Google, lo primero que te saldrá es 'holocausto' y los vínculos te llevarán a versiones de que no ocurrió".

<sup>41</sup> TORRALBA ROSELLÓ, F., *Vivir lo esencial. Ideas y preguntas después de la pandemia*, Plataforma Editorial, 2020.

En cuanto al relativismo, slóganes como "Todo es relativo. Se inventan historias todo el tiempo, ya no existe la verdad", se convierten en lemas de una actitud ante la vida para ciudadanos que han perdido su sentido crítico -tal vez, nunca lo tuvieron-. La filosofía, en contraposición a la ciencia -que se alza como el paradigma de la seguridad y de lo cierto-, parece transitar por la pendiente resbaladiza de la subjetividad, de la opinión, de distintas corrientes y teorías que se han sucedido a lo largo de los tiempos. "El hombre es la medida de todas las cosas, de las que son en tanto son y de las que no son en tanto que no son", establece la famosa sentencia del sofista griego Protágoras (S. V a.C.), se ha venido considerando como una declaración fundacional del relativismo. El relativismo, aplicado al Derecho como también a la moral, ha sido una fuente de debates a lo largo de la historia. Los relativistas sostienen que la aceptación de determinados valores y verdades dependen de la cultura y del tiempo en que se sitúen, rechazando verdades y procedimientos universales, ya que son únicamente el resultado de haber acordado unos usos y formas de vida. En definitiva, es una filosofía que niega la existencia de cualquier tipo de absolutos, sosteniendo, por un lado, el relativista metafísico que no existen absolutos en ninguna parte de la realidad y, defendiendo, por otro lado, el relativista epistemológico, que nada puede conocerse absolutamente sino sólo de modo relativo.<sup>42</sup> El relativismo cognitivo pone en peligro las bases del imperio de la ley, del marco jurídico

---

<sup>42</sup> La búsqueda de la verdad ha presidido buena parte de las reflexiones e investigaciones de numerosos filósofos, bien sea desde la filosofía, desde la teoría del lenguaje, desde la hermenéutica, desde la analítica o desde otros enfoques, como se refleja en los títulos de algunas de sus obras: DUMMETT, M., *La verdad y otros enigmas*; FOUCAULT, M., *El coraje de la verdad. El gobierno de uno mismo y de los otros*. II. Curso del Collège de France (1983-1984), Madrid, Akal, 2014; FOUCAULT, M., *Discours et vérité. Précédé de La Parrésia*, Paris, Vrin, 2016; BARICCO, A., "La verità sulla post-verità", *Diario La Repubblica*, 30 de abril de 2017 <https://www.democraziaipura.it> > 2017-Baricco; NIETZSCHE, F., "Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral" [1873], en *Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral y otros fragmentos de filosofía del conocimiento*, Madrid, Tecnos, 2012; VATTIMO, G., *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010; NIDA-RÜMELIN, J., *Democrazia e verità* [2006], Milán, Franco Angeli, 2015; ENGEL, P.; RORTY, R., *¿Para qué sirve la verdad?*, Madrid, Grupo Planeta, 2007; WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza* [1950-51], Barcelona, Gedisa, 2009; SUSNSTEIN, C. R., *Rumorología: cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer*, Madrid, Debate, 2010; MARCONI, D., *Per la verità*, Turín Einaudi, 2007; JAMES, W., *El significado de la verdad*, Madrid, Aguilar, 1980.

por el que se regulan las relaciones entre los ciudadanos así como la justicia, que se verán trastocados si falta una verdad objetiva.

En cuanto a la proyección de la filosofía postmoderna en la construcción de la postverdad, conviene reseñar la aportación del filósofo italiano, Maurizio Ferraris, con su tesis de que la postverdad es “la inflación, la difusión y la liberalización de lo posmoderno [...], y cuyo logro es el absolutismo de la razón del más fuerte”.<sup>43</sup> La postverdad pone de manifiesto el debilitamiento de las “grandes narraciones”. Basta recordar que para Nietzsche no existían los hechos, sólo las interpretaciones. Tal frase es el desiderátum de quienes se arrojan siempre el tener la razón, independientemente de que la historia o la experiencia lo pudieran desmentir. La postverdad se presenta como la popularización del principio fundamental de lo posmoderno (como la versión más radical de la hermenéutica), según la cual, “no existen los hechos, solo las interpretaciones”.<sup>44</sup> Quienes entienden que la verdad no es más que una antigua metáfora, que el medio cuenta más que el mensaje, conjugan el pluralismo, la libertad de información y de opinión que ofrecen los sistemas democráticos con la penetración de los medios de comunicación y de diversas plataformas en la era de internet.

La actitud del “eterno retorno al orden” le lleva a Ferraris a los cimientos del pensamiento posmoderno, que resume en tres falacias: “la falacia trascendental, o sea, la confusión entre ontología, lo que es, y la epistemología, lo que sabemos o creemos saber; la falacia del poder-saber (ver en el saber una forma de voluntad de poder y nada más), y la falacia del aceptar-constatar (pensar que

---

<sup>43</sup> FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, traducción de Carlos Caranci Sáez, Madrid, Alianza Editorial, 2019, p. 13. Ferraris subraya la relevancia del Congreso sobre *Verité et Posverité au temps du Web*, celebrado en París, el 9 de marzo de 2017 y algunas de las aportaciones brillantes que se realizaron en el mismo (como la del concepto de “niebla contextual” elaborada por J. Domenicucci).

<sup>44</sup> FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, cit., p.23.

querer constatar la verdad sea una mera aceptación de la realidad)".<sup>45</sup>

Hay tres operaciones que los posmodernos utilizan para llegar a presentar esa postverdad. Una es la de *ironizar*: el sentido de la existencia humana no está en la verdad dogmática sino en la ironía tolerante y abierta, que hace que sea aceptable lo que, sino, sería inaceptable; la segunda es la *desublimación*, la idea de que el deseo es una forma de emancipación y debe desligarse de la razón y del intelecto que son formas de dominación: es un nuevo romanticismo, hay que votar con las tripas y no con la cabeza, reconduciendo a la postverdad; la tercera palabra clave es *desobjetivación*, no existen hechos sino solo interpretaciones. Hay que dejar apartada a la verdad y tratar de promover el diálogo y el acuerdo social. Esta idealización de la mentira que subyace en esas tres palabras resulta muy peligrosa para las democracias, en la medida en que favorece un populismo - los populismos se han aprovechado de esa separación entre democracia y verdad-, un discurso demagógico, insistiendo en una teoría del discurso "horizontal" (abajo las jerarquías) y llegando a lo que Ferraris denomina la "falacia consensual", falacia porque olvida que la mediación se da entre intereses, no

---

<sup>45</sup> FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, cit., pp.36-37. No puedo extenderme aquí en un análisis sobre la relación entre posmodernidad y verdad. Para ampliar esta cuestión basta recordar el conocido "caso Sokal" (QUIRANTES, A., "Impostores y posmodernos: el caso Sokal", *Naukas*, 10 de enero 2014. <https://naukas.com/2014/01/10/impostores-y-posmodernos-el-caso-sokal/>)

A este respecto, *vid.* la valoración que han realizado algunos científicos acerca de la negativa influencia de la posmodernidad en las ciencias sociales y humanas y, en la búsqueda de la razón científica: "una corriente intelectual caracterizada por el rechazo más o menos explícito de la tradición racionalista de la Ilustración, por elaboraciones teóricas desconectadas de cualquier prueba empírica, y por un relativismo cognitivo y cultural que considera que la ciencia no es nada más que una "narración", un "mito" o una construcción social. Ello lleva a ambos científicos a criticar el relativismo cognitivo, es decir, la idea de que afirmaciones de hecho -- ya sean hechos comunes como la de "hay un vaso de agua sobre la mesa" o que se sostenga que afirmaciones históricas o científicas no pueden ser verdaderas o falsas objetivamente, transculturalmente, sino que sólo pueden ser verdaderas o falsas relativamente a una cultura o a un determinado grupo social. SOKAL, A. D. y BRICMONT, J., *Imposturas intelectuales*. Traducción de Joan Caries Guix Vilaplana, Barcelona- Buenos Aires, Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

<https://bibliodarb.files.wordpress.com> › 2015/10

entre verdades.<sup>46</sup> En definitiva, no hay un nexo entre el relativismo epistemológico y la democracia y, en ningún caso, la postverdad es el precio a pagar por la libertad.<sup>47</sup>

## 4. REFLEXIONES FINALES

Kant defendía que nunca hay que mentir, ni siquiera por el bien de la humanidad. Es conocido que, a esta cuestión, Wody Allen le planteó una objeción: entonces si la Gestapo me pregunta si Anna Frank está en el ático, ¿estoy obligado a denunciarla? Ello nos conduce, no a no saber distinguir la verdad de la mentira, sino a las “pretendidas” justificaciones a las que cada parte recurre para justificar su verdad o su mentira.

Al relativismo cognitivo, unido a corrientes de pensamiento tras las que se esconden intereses nebulosos, se ha sumado la cultura digital, provocando una exacerbación de la cultura de la desinformación. La psicopolítica digital, el ciberleviatán y otras construcciones de filósofos, politólogos y juristas, vienen advirtiendo de los riesgos que, junto a las también innegables ventajas que tiene el mundo digital, conllevan unas amenazas a las democracias y a los derechos fundamentales, por lo que resulta necesario adoptar las cautelas precisas (tecnológicas, jurídicas y éticas).

---

<sup>46</sup> Explica Ferraris que la primera, la falacia trascendental, es la que llevó a Bruno Latour a afirmar que Ramsés II no podía haber muerto de tuberculosis (ontología) porque los bacilos de tuberculosis no fueron aislados por Koch hasta 1882 (epistemología). Se suele justificar esta falacia por considerarla como abierta a una multiplicidad de narraciones. La segunda falacia es la del poder-saber, lo que, por ejemplo, lleva a los posmodernos a denunciar que la ciencia, lejos de permitir aumentar el poder, es causa de la opresión de la humanidad, como se manifiesta en la bomba atómica. FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, cit., pp.40-41.

<sup>47</sup> A propósito de esto, recoge Ferraris la frase que Sir Winston Churchill espetó al Primer Ministro Británico, Neville Chamberlain, a propósito de los acuerdos de Munich de 1938 sobre Checoslovaquia: “Podía escoger entre el deshonor y la guerra. Ha escogido el deshonor. Tendrá guerra”, vaticinio de Churchill que, lamentablemente, se cumplió al año siguiente cuando con la invasión de Polonia, comienza la Segunda Guerra Mundial. FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, cit., p.48.

Varios factores han propiciado un caldo de cultivo para que las tecnologías difundan desinformación a gran escala y con una velocidad y una precisión de selección de los destinatarios sin precedentes: el escepticismo, la falta de confianza en un única verdad, la separación entre ciencias físicas y ciencias sociales, la quiebra de los presupuestos del racionalismo ilustrado, la erosión de conceptos como universalidad, la confusión entre hechos y opiniones y la asimilación entre verdad e interpretación de esa verdad- Hannah Arendt señalaba que esa última confusión era una de las bases para que triunfara el totalitarismo-. Las réplicas de las campañas de desinformación, apoyadas en la globalización de ideas, con escasos medios de comunicación libres e independientes, y con redes sociales que “desinforman”, ayudan a una difusión y eco nunca imaginado de *fake news*, de desinformaciones y de postverdad.

El escenario pandémico, unido a las redes y plataformas de internet, ha sido un contexto que ha incrementado exponencialmente esta situación. Lo cual lleva a plantearse qué hacer, desde el enfoque de los derechos y libertades, para atajar las vulneraciones que estas prácticas producen tanto a los pilares del Estado de Derecho como a determinados derechos fundamentales. En cualquier caso, definiendo que no debe admitirse censura en la libertad de expresión, aunque pudiera reducir estas vulneraciones, y ello, porque hago una apuesta por la libertad. Que la desinformación sea un precio a pagar por el disfrute de la libertad tendrá que asumirse. Lo contrario, llevaría a iniciar un peligroso sacrificio de las libertades sin control, implantando un sistema de censura, controles previos de las libertades de opinión, de acceso a la información, libertad ideológica y tantas otras, que sería muy difícil de delimitar.

Por otro lado, con relación a lo que el enfoque tecnológico podría aportar para luchar contra la desinformación y la postverdad, conviene recurrir a la inteligencia artificial -supervisada siempre por un humano- para que configure los sistemas de alertas y detección de bulos que, previamente, otra inteligencia artificial haya creado. Es decir, la misma tecnología debería dar la solución a los problemas que ella misma crea (*bots* y perfiles falsos) estableciendo

herramientas que eviten la generación de distorsión en la red así como de técnicas que viabilicen la identificación de cuentas que presentan unos movimientos incompatibles con la capacidad humana. Es cómodo para los juristas ofrecer esta solución porque acabamos derivando el problema a los informáticos.

Como ya confirmó la biopolítica foucaultiana, capaz de producir cuerpos dóciles y fragmentados, se ha encontrado un poderoso instrumento de control de lo más valioso que tiene el ser humano, su capacidad de pensar, y que es lo que le hace ser libre. El descrédito ideológico de lo verdadero facilita que se impongan relatos y verdades alternativas que son una fuente de opresión y de dogmatismo. Dañan gravemente las verdades universales, debilitan la seguridad jurídica, quiebran la moral con el relativismo, y dejan al ser humano inerme ante poderes e intereses de cualquier tipo, sin el almacén de la libertad que hace posible llegar a la verdad y que el ser humano guie sus acciones por aquello en lo que crea verdadero. Primero con la pandemia, ahora con la invasión de Ucrania por Rusia, después, otro suceso vendrá que, junto con la conciencia del ser humano como frágil y vulnerable, se disuelvan los asideiros con los que se cuenta inmerso en la desinformación y la fugacidad de las noticias. La tecnología digital tiene la virtualidad de ampliar, pero también de cercenar, el libre ejercicio de derechos fundamentales. De ahí que la libertad y el sentido crítico debe ser apoyado y difundido por quienes educamos en conocimiento.

Mientras la Unión Europea trabaja en la formulación de su propia Carta de derechos digitales -prevista par julio de 2022- el Gobierno de España aprobó la Carta de Derechos Digitales en julio de 2021. Dedicar su Título 3 a los “Derechos de participación y de conformación del espacio público” (3.XIII. Derecho a la neutralidad de Internet; 3.XIV. Libertad de expresión y libertad de información; 3.XV. Derecho a recibir libremente información veraz; 3.XVI. Derecho a la participación ciudadana por medios digitales; 3.XVII. Derecho a la educación digital; 3.XVIII. Derechos digitales de la ciudadanía en sus relaciones con las Administraciones Públicas), en el que reafirma las libertades de expresión e información en los entornos



digitales, en los términos previstos por la Constitución Española. Puesto que la Carta no va acompañada de instrumentos para dotarla de fuerza jurídica vinculante, de nuevo se trata de un *soft law*, dirigido a “orientar” las políticas públicas y a la que, en cualquier caso, los interesados en burlar la norma y vulnerar los derechos fundamentales, harán caso omiso. Por todo ello, junto a una normativa *ad hoc*, resulta necesario implicar también a medios de comunicación, a la investigación académica, a las corporaciones tecnológicas, fomentar la alfabetización mediática y apelar a la responsabilidad individual.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO GONZÁLEZ, M., “Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. Ámbitos. *Revista Internacional de Comunicación*”, nº 45, p2019, pp. 29-52.

doi: 10.12795/Ambitos.2019.i45.03.

BARICCO, A., “La verità sulla post-verità”, *Diario La Repubblica*, 30 de abril de 2017.

<https://www.democraziapura.it> › 2017-Baricco

BARRIENTOS-BÁEZ, A.; MARTÍNEZ-SALA, A.M.; PAULINA ALTAMIRANO, V.; CALDEVILLA DOMÍNGUEZ, D., “Fake News: La pandemia de la COVID-19 y su cronología en el sector turístico”, *Historia de la comunicación social* 26, Número especial, 2021, pp. 135-148.

BLANCO ALONSO, I., “Las Noticias Falsas y la Posverdad. Resultados de un Nuevo Paradigma de Comunicación”, *Foro*, VOL. 5, nº6, nov-diciem, 2021, pp. 16-25.

<https://www.revistaforo.com/2021/0506-02>

BLANCO PÉREZ, M., (Coordinador), *El progreso de la comunicación en la era de los prosumidores*, Madrid, Dykinson, 2021.

<https://www.dykinson.com> › download › ebooks

BOLZAN DE MORAIS, J. L.; MARTINS FERREIRA FESTUGATTO, A., *A Democracia Desinformada: Eleições e Fake News*, Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2020.

ENGEL, P.; RORTY, R., *¿Para qué sirve la verdad?*, Madrid, Grupo Planeta, 2007.

ESCRIBANO, M., “Las 'big tech' entran en el conflicto y anuncian vetos a Rusia por la invasión”, *Diario “El Confidencial”*. 27 de febrero de 2022.

[https://www.elconfidencial.com/amp/tecnologia/2022-02-27/big-tech-entran-conflicto-anuncian-vetos-rusia-invasion\\_3382969/?utm\\_cmp\\_rs=ifc%3AFC\\_pazq\\_iw8SU-mowPOL1AZjQw](https://www.elconfidencial.com/amp/tecnologia/2022-02-27/big-tech-entran-conflicto-anuncian-vetos-rusia-invasion_3382969/?utm_cmp_rs=ifc%3AFC_pazq_iw8SU-mowPOL1AZjQw)

D'ANCONA, M., *Posverdad: La nueva guerra en torno a la verdad y cómo combatirla*, Madrid, Alianza Editorial, 2019.

BALL, Ph; MAXMEM, A., “The epic battle against coronavirus misinformation and conspiracy theories. Analysts are tracking false rumours about COVID-19 in hopes of curbing their spread”. 27/05/2020. *Nature* **581**, 371-374 (2020). doi:

<https://doi.org/10.1038/d41586-020-01452-z>

<https://www.nature.com/articles/d41586-020-01452-z>

CHU, Zi; GIANVECCHIO, Steven; WANG, Haining; JAJODIA, Sushil, “Detecting automation of Twitter accounts: Are you a human, bot, or cyborg?”. *IEEE Transactions on dependable and secure computing*, v. 9, n. 6, 2012, pp. 811-824.

<https://doi.org/10.1109/TDSC.2012.75>

FERRARIS, M., *Postverdad y otros enigmas*, traducción de Carlos Caranci Sáez, Madrid, Alianza Editorial, 2019.

FOUCAULT, M., *El coraje de la verdad. El gobierno de uno mismo y de los otros*. II. Curso del Collège de France (1983-1984), Madrid, Akal, 2014.

FOUCAULT, M., *Discours et vérité. Précédé de La Parrésia*, París, Vrin, 2016.

GONZÁLEZ, M. A., *Fake News: desinformación en la era de la sociedad de la información. Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, nº 45, 2019, pp. 29-52. doi: 10.12795/Ambitos.2019.i45.03.

GRIMALDI, F., “La guerra virtuale nel metacampo e la guerra reale per il capovolgimento del mondo”, 1 de marzo de 2022.

<https://www.ambienteweb.org/2022/03/01/fulvio-grimaldi-la-guerra-virtuale-nel-metacampo-e-la-guerra-reale-per-il-capovolgimento-del-mondo/>

GUIMARÃES, A., “Médico que divulgou desinformação sobre vacina não será indenizado por checagem”, JOTA (04 de febrero de 2022), Sao Paulo.

<https://www.jota.info/coberturas-especiais/liberdade-de-expressao/fake-news-checagem-indenizacao-04022022>

HAN, B.Ch., *En el enjambre* [2014], 1ª ed., 10ª reimpr., traducción de Raúl Gabás, Barcelona, Herder, 2020.

HAN, B. Ch., *Psicopolítica. Neoliberalismo y nuevas técnicas de poder* [2014], 1ª ed., 11ª reimpr., traducción de Alfredo Bergés, Barcelona, Herder, 2020.

JAMES, W., *El significado de la verdad*, Madrid, Aguilar, 1980.

JOURNELL, W., “Fake news, alternative facts, and Trump: Teaching social studies in a posttruth era”, *Social Studies Journal*, 37 (1), 2017, pp. 8-21.

LIMÓN, R., “Rusia veta Instagram por los mensajes de odio a los soldados rusos y a Putin”, *Diario “El País”*, 11 de marzo de 2022.

<https://elpais.com/tecnologia/2022-03-11/meta-permite-en-12-paises-mensajes-de-odio-a-los-soldados-rusos-y-deseos-de-muerte-a-putin-y-lukashenko.html>

LLANOS MARTÍNEZ, H., “De la parodia viral del Equipo E a los bulos: las dos caras de los vídeos 'deepfake' que circulan por WhatsApp”, *Diario “El País”*. 14 noviembre de 2019.

MARCONI, D., *Per la veritá*, Turín Einaudi, 2007.

MARTÍN BARATO, A; LÓPEZ DOBLAS, M; LUQUE MARTÍN, N; MARCH CERDÁ, J.C., “Fake news y bulos contra la seguridad y la salud durante la crisis del coronavirus” (publicado el 15 de abril de 2020), [coronavirusysaludpublica](#)

MONTESI, M., “Las fake news sobre el COVID-19: ¿qué aprendemos de ellas?”, en LÁZARO PULIDO, M; GÓMEZ GARCÍA, J. A; CANCIO FERNÁNDEZ, R.C., (Editores), *La pandemia del miedo: pánico, poder y derecho durante la crisis de la Covid-19* Colección Ciencias Jurídicas, Madrid, Sindéresis - Universidad Bernardo O’Higgins Ediciones, 2020, pp. 291-316.

MONTOYA, M., “La era de la posverdad, la posveracidad y la charlatanería”, Grupos Ciencia, Razón y Fe, Universidad de Navarra, 2019. <https://www.unav.edu/web/ciencia-razon-y-fe/la-era-de-la-posverdad-la-posveracidad-y-la-charlataneria>

NIDA-RÜMELIN, J., *Democrazia e verità* [2006], Milán, Franco Angeli, 2015.

NIETZSCHE, F., “Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral” [1873], en *Sobre la verdad y la mentira en sentido extramoral y otros fragmentos de filosofía del conocimiento*, Madrid, Tecnos, 2012.

LASALLE, J. Ma., *Ciberleviatán: El colapso de la democracia liberal frente a la revolución digital*, Madrid, Arpa Editores, 2019.

PAZOS SIERRA, A., “La desinformación durante la pandemia de la Covid-19. Contextualización jurídica”, en García Goldar, Mónica y Núñez Cerviño, José (Directores), *El Derecho ante la tecnología. Innovación y adaptación*, A Coruña, Editorial Colex, 2022.

PÉREZ-DASILVA, J.A; MESO-AYERDI, K; MENDIGUREN-GALDOSPÍN, T., “Fake news y coronavirus: detección de los principales actores y tendencias a través del análisis de las conversaciones en Twitter”, *El profesional de la información*, 2020, v. 29, n. 3., p.2. <http://www.elprofesionaldelainformacion.com> › p...

PÉREZ LUÑO, A. E., *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Madrid, Universitas, 2012.

PÉREZ LUÑO, A. E., *Nuevas tecnologías y Derechos Humanos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

PÉREZ LUÑO, A. E., “Los derechos humanos hoy: perspectivas y retos”, XXII Conferencias Aranguren. *Isegoría*, 51, julio-diciembre, 2014, 465-544. doi: 10.3989/isegoria.2014.051.01.

QUIRANTES, A., “Impostores y posmodernos: el caso Sokal”, *Naukas*, 10 de enero 2014. <https://naukas.com/2014/01/10/impostores-y-posmodernos-el-caso-sokal/>

RAMÓN FERNÁNDEZ, F., “Comunicación y noticias falsas en relación al COVID-19: algunas reflexiones sobre la información, la desinformación y propuestas de mejora”, *Revista Española de Comunicación en Salud* 2020, Suplemento 1, pp.253-S264.

<https://doi.org/10.20318/recs.2020.5375>

REDONDO, M; CALVO, D., y DÍEZ-GARRIDO, M., “Calisto, un software para la construcción del discurso político”, *Profesional De La Información*, 26(4), 2017, pp. 756-764.

<https://doi.org/10.3145/epi.2017.jul.19> <https://revista.profesional-delainformacion.com/index.php/EPI/article/view/epi.2017.jul.19>

SOKAL, A. D. y BRICMONT, J., *Imposturas intelectuales*. Traducción de Joan Caries Guix Vilaplana, Barcelona- Buenos Aires, Ediciones Paidós Ibérica, 1999.

<https://bibliodiarq.files.wordpress.com/2015/10/>

SUSNSTEIN, C. R., *Rumorología: cómo se difunden las falsedades, por qué nos las creemos y qué se puede hacer*, Madrid, Debate, 2010.

TORRALBA ROSELLÓ, F., *Vivir lo esencial. Ideas y preguntas después de la pandemia*, Plataforma Editorial, 2020.

TORRES LÓPEZ, J., *Econofakes. Las 10 grandes mentiras económicas de nuestro tiempo y cómo condicionan nuestra vida*, 4ª ed., Barcelona, Planeta.

VATTIMO, G., *Adiós a la verdad*, Barcelona, Gedisa, 2010.

WITTGENSTEIN, L., *Sobre la certeza* [1950-51], Barcelona, Gedisa, 2009.

WIERZBA, S. y DANESI, C., “Violencia en las redes sociales. ¿Acciones judiciales o normas y algoritmos como clave para la prevención?”, *La Ley*, Buenos Aires, Año LXXXIV, nº23, 3 de febrero de 2020.

## INFORMES Y DOCUMENTOS:

Entrevista a Jesús Ballesteros. Valencia, agosto de 2020, p.2.

<https://jesusballesteros.es/uploads/2020/09/E.>

Entrevista de Sean Coughlan a A.C. Grayling, “Qué es la "posverdad", el concepto que puso de moda el "estilo Trump" en Estados Unidos”, *BBC*, 12 enero 2017.

<https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-38594515>

“Coronavirus misinformation needs researchers to respond”. Editorial. 27 Mayo 2020. *Nature* 581, 355-356 (2020) doi:

<https://doi.org/10.1038/d41586-020-01550-y>

<https://www.nature.com/articles/d41586-020-01550-y>

“Desinformatino and “fake news”: “Conf. “SCL influence in foreign elections”.

[https://publications.parlia-](https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36309.htm)

[ment.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36309.htm.](https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/363/36309.htm)

Salud sin bulos. <https://saludsinbulos.com/observatorio/teorias-conspiranoicas-falsos-remedios-covid19/>

“Bulos y ‘Fake News’ sobre el coronavirus”. <http://bibliotecavirtu-alsalud.org/covid19/informacion-para-la-ciudadania/rumores-y-bulos-sobre-el-coronavirus/>

ONU. Primer informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión. A/HRC/38/35, del 06/04/2018:

<https://undocs.org/sp/A/HRC/38/35>

ONU. Segundo informe del relator especial de la ONU sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.

ONU. Informe del relator especial sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión, del 29/08/2018. Naciones Unidas <https://undocs.org/es/A/73/348>

“La COVID-19 y sus bulos: 1.253 mentiras, alertas falsas y desinformaciones sobre el coronavirus” (28 enero 2022).

<https://maldita.es/malditobulo/20220128/coronavirus-bulos-pandemia-prevenir-virus-covid-19/>

Comunicado de prensa de la Comisión Europea, “Lucha contra la incitación ilegal al odio en línea: el Código de conducta de la UE garantiza una rápida respuesta”, del 04/02/2019. [https://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-19-805\\_es.htm](https://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-805_es.htm)

“Fake news y periodismo de paz”. Mensaje del Papa Francisco para la 52 Jornada Mundial de las comunicaciones sociales.

[https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco\\_20180124\\_messaggio-comunicazioni-sociali.html](https://www.vatican.va/content/francesco/es/messages/communications/documents/papa-francesco_20180124_messaggio-comunicazioni-sociali.html)

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. Bruselas, 26.4.2018 COM(2018) 236 final. [https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM\(2018\)236&lang=es](https://ec.europa.eu/transparency/documents-register/detail?ref=COM(2018)236&lang=es)

*Comunicación conjunta al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité*

de las Regiones sobre Abordar la desinformación de COVID-19: contrastando los datos. European Commission, 2020.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020JC0008&from=EN>  
<https://t.co/UYm3jliCGA> <https://t.co/TOjUNGJKXg> (Ministério da Saúde Brasil, 2020).

“YouTube retira el vídeo de la polémica intervención en el Congreso del profesor Laporte sobre las vacunas contra el Covid”. *Diario “El Mundo”*, 9 de febrero de 2022. <https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/sa->

[lud/2022/02/09/6204046121efa0b5728b45b4.html](https://www.elmundo.es/ciencia-y-salud/salud/2022/02/09/6204046121efa0b5728b45b4.html)

<https://www.easp.es/web/coronavirusysaludpublica/fake-news-y-bulos-contra-la-seguridad-y-la-salud-durante-la-crisis-del-coronavirus/>

<https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/advice-for-public/myth-busters>

Cazadores de mitos OMS. [Myth Busters](#)

[https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation\\_es](https://ec.europa.eu/info/live-work-travel-eu/coronavirus-response/fighting-disinformation_es)

Comisión Europea. (2019, 5 de noviembre). *Unión Europea vs. Desinformación*.

[https://ec.europa.eu/spain/news/20191105\\_eu-vs-disinformation\\_es](https://ec.europa.eu/spain/news/20191105_eu-vs-disinformation_es)

“Coronavirus, siempre fuentes oficiales”

“La Guardia Civil pide informes de bulos que puedan generar “desafección a instituciones del Gobierno” (20 abril 2020), *Diario “El País”*:

<https://elpais.com/espana/2020-04-20/la-guardia-civil-pide-informes-de-bulos-que-puedan-generar-desafeccion-a-instituciones-del-gobierno.html>

[http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset\\_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11676535](http://www.interior.gob.es/prensa/noticias/-/asset_publisher/GHU8Ap6ztgsg/content/id/11676535)

LÓPEZ FONSECA, O., Interior detecta cerca de 300 “eventos de desinformación” durante la cuarentena. El Ministerio mantiene desde el decreto de estado de alarma un dispositivo contra los ciberbulos similar al de los últimos procesos electorales” (19 abril 2020), *Diario “El País”*. <https://elpais.com/espana/2020-04->

[18/interior-detecta-cerca-de-300-eventos-de-desinformacion-durante-la-cuarentena.html](#)

“Medios de comunicación y COVID-19: Pautas para una información responsable (9 abril 2020)” <https://www.easp.es/web/coronavirusysaludpublica/medios-de-comunicacion-y-covid-19-pautas-para-una-informacion-responsable/>



# **A NOVA LEI DE LICITAÇÕES BRASILEIRA E O DEVER DE FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MAO DE OBRA**

Rodrigo Coimbra.

Professor Permanente no Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS), Brasil. Professor Adjunto da Faculdade de Direito da UFRGS. Titular da Cadeira n. 20 da Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho. Advogado.

## **1. INTRODUÇÃO**

O artigo trata da nova lei de licitações brasileira (Lei 14.133/2021) e do dever de fiscalização da Administração Pública nos contratos administrativos de prestação de serviços de mão de obra.

As normas sobre o dever de fiscalização e documentação da Administração Pública em relação ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada/terceirizada pertencem ao plano de direito material (especialmente de direito administrativo), e, as normas sobre ônus da prova estão no plano de direito processual (do trabalho, e, subsidiariamente do processo civil, conforme § 1º do art. 8 da CLT).

A pesquisa se justifica porque a matéria é complexa, controvertida e com impactos sociais e econômicos, sendo objeto de controvérsia em muitos processos trabalhistas no Brasil, e, até a nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) não havia explicitação pelo Direito Administrativo de qual seria a comprovação mínima de fiscalização pela Administração Pública das obrigações trabalhistas em relação

aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, ficando à critério de cada julgador o entendimento de qual prova seria adequada/suficiente/eficaz para comprovar ou não a fiscalização.

O problema que a pesquisa se propõe a investigar é o seguinte: considerando as relações entre direito e processo sobre a matéria, há ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública no que tange ao cumprimento pela empresa contratada das obrigações trabalhistas para isentá-la de culpa *in vigilando*?

As hipóteses (possíveis respostas dos problemas são as seguintes: a) não há ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública; b) há ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública.

Os objetivos da pesquisa são: contextualizar a matéria no tema das *relações entre direito e processo*; analisar a construção jurídica da responsabilidade da Administração Pública nos processos trabalhistas envolvendo terceirização de serviços; investigar o art. 50 da Lei 14.133/2021; considerar a matéria à luz dos princípios da legalidade, da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade.

No desenvolvimento, o artigo está dividido em dois capítulos. No primeiro capítulo contextualiza-se a matéria no tema das *relações entre direito e processo, especialmente no que concernem ao ônus da prova da fiscalização ou da culpa in vigilando da Administração Pública nos processos trabalhistas envolvendo terceirização de serviços*. Analisa-se a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços terceirizados, detalhando-se a construção jurídica da responsabilidade da Administração Pública nos contratos administrativos de prestação de mão de obra no Brasil.

No segundo capítulo investiga-se o suposto ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada/terceirizada

para isentá-la de culpa, ou, caso não haja tal prova declarar a culpa *in vigilando* da Administração Pública. O enfoque do capítulo e do artigo é analisar somente as normas novas sobre documentação da fiscalização da Administração Pública fixadas pelo Direito Administrativo (art. 50 da Lei 14.133/2021). Analisa-se a matéria à luz dos princípios de Direito Administrativo, especialmente dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público, da eficiência, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Como método científico de abordagem foi utilizado o método dedutivo. A abordagem da pesquisa se deu pelo modelo qualitativo. As técnicas de pesquisa utilizadas foram: bibliográfica, jurisprudencial e legislativa.

## **2. RELAÇÕES ENTRE DIREITO E PROCESSO. A RESPONSABILIDADE DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA NA TERCEIRIZAÇÃO DE SERVIÇOS EM PERSPECTIVA**

O estudo do ônus da prova da fiscalização ou da culpa *in vigilando* da Administração Pública envolvendo terceirização de serviços deriva da relação entre direito (administrativo, especialmente) e processo (do trabalho, e, subsidiariamente civil), sendo que as normas sobre dever de fiscalização e documentação, entre outras, pertencem ao plano de direito material, e, as normas sobre ônus da prova estão no plano de direito processual.

*As relações entre direito e processo vêm constituindo, já há mais de dois séculos, objeto de constantes debates, evidenciados pelas diversas teorias a respeito da ação<sup>1</sup>. Trata-se de um dos temas “mais sugestivos e mais difíceis” do direito processual no dizer de Buzaid.<sup>2</sup>*

---

<sup>1</sup> ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. Teoria e prática da tutela jurisdicional. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 7.

<sup>2</sup> BUZOID, Alfredo. A ação declaratória no direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 1943. p. 71.

*As relações entre direito e processo são “una vecchia formula, que combina i due fundamenti” a partir dos quais se pode construir uma teoria do processo civil, conforme Carnelutti<sup>3</sup>, salientando que o processo serve ao direito, mas também é servido pelo direito<sup>4</sup> e, a partir disso, a relação entre direito e processo é dupla e recíproca.<sup>5</sup>*

*Nesse sentir, Tesheiner fala que há uma relação de “retroalimentação” entre o processo e o direito material, pois cada um é instrumento do outro e servem ambos à regulação da vida social, constituindo, juntos, o que se chama de Direito. Em semelhante visão, Zaneti<sup>6</sup> destaca que o binômio direito e processo deve ser visto como uma “relação circular” em uma perspectiva de interdependência e complementariedade.*

A responsabilidade da Administração Pública nos contratos administrativos de prestação de mão de obra vem sendo construída no Brasil pela legislação e pela jurisprudência ao longo do tempo, tendo por fundamentos a responsabilidade civil.

A responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços terceirizados (privado ou público) não era positivada na legislação brasileira 2017, sendo que as diretrizes sobre a matéria eram dadas pela jurisprudência, em especial por algumas Súmulas do TST (ultimamente pela Súmula nº 331).

De acordo com De Plácido e Silva<sup>7</sup> subsidiário vem do latim *subsidiarius* e significa que é de reserva, que é de reforço, e, na

---

<sup>3</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Diritto e Processo*. Napoli: Morano Editore, 1958. p. 1.

<sup>4</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Instituciones del proceso civil*. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, v.1. p. 22.

<sup>5</sup> CARNELUTTI, Francesco. *Saggio de una teoria integrale dell'azione*. *Rivista di Diritto Processuale Civile*. Padova: CEDAM, v. 1. p. 5-18, em especial, p. 7, jan-mar. 1946.

<sup>6</sup> ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: *Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo*. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 165-196, em especial, p. 168.

<sup>7</sup> SILVA, De Plácido e. *Vocabulário Jurídico*. Forense: Rio de Janeiro, 2002. p. 776.

linguagem vulgar designa o que vem em segundo lugar, isto é, é secundário, auxiliar ou supletivo.

O tomador dos serviços, como beneficiário da prestação laboral, funciona como um garante da obrigação, sendo para isso responsabilizado subsidiariamente, e executado em caso de inexistência ou insuficiência de bens da empresa prestadora para satisfazer os créditos trabalhistas (benefício de ordem), com semelhanças a função do fiador<sup>8</sup>.

Apenas com o advento das Leis 13.429/17 e 13.467/17, a responsabilidade subsidiária do tomador privado dos serviços terceirizados, foi positivada no Brasil, mediante inclusões de dispositivos legais na Lei 6.019/74 (lei do trabalho temporário). Para a Administração Pública a responsabilidade subsidiária em relação aos encargos trabalhistas foi prevista pela Lei 14.133/2021 (art. 121).

Até 2011 não havia discussão sobre o ônus da prova da culpa, pois a responsabilidade subsidiária era objetiva (automática) para a tomadora de serviços, tanto para a iniciativa privada como para Administração Pública: bastava o mero inadimplemento da prestadora-contratada-terceirizada para a tomadora de serviços ser declarada responsável subsidiária nos processos trabalhistas promovidos pelos empregados das empresas terceirizadas que pleiteavam direitos trabalhistas não adimplidos por sua empregadora (redação do item IV da Súmula 331 do TST até então).

Em 2011 foi incluído o item V na Súmula 331 do TST, para tratar especificamente da Administração Pública, após ser julgada procedente pelo STF a ADC 16 (DJ 24/11/2010), deixando expresso que a responsabilidade subsidiária da Administração Pública “não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada”, sendo necessário ser “evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das

---

<sup>8</sup> SANTOS, Rodrigo Coimbra. *Relações Terceirizadas de Trabalho*. Curitiba: Juruá, 2006. p. 184-220.

obrigações da Lei nº 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora”.

A análise da culpa da Administração Pública passou a ser condição para a declaração de sua responsabilidade subsidiária. Conceitualmente, incide-se em culpa, quando se comete um erro de conduta<sup>9</sup>, ou seja, quando não se age como seria necessário. Há culpa *in vigilando* quando a responsabilidade é imputada àquele que descuidou da obrigação de fiscalizar (vigiar) a conduta de outrem, no caso em tela haverá culpa *in vigilando* quando a Administração Pública não fiscaliza de modo eficaz o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada/terceirizada em relação aos seus empregados envolvidos no contrato administrativo.

Ultrapassam os limites do presente artigo a análise das decisões do STF na ADC 16 e no RE 760.931 (Tema 246 de repercussão geral), não obstante cabe mencionar que tais decisões do STF afirmaram e reafirmaram que a responsabilidade da Administração Pública na terceirização não pode ser automática/objetiva, devendo haver a análise subjetiva da culpa da Administração Pública no que concerne a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada/terceirizada em relação aos seus empregados que prestarem serviços terceirizados para a Administração Pública (culpa *in vigilando*). Como síntese, veja-se a tese fixada pelo Plenário do STF no Tema 246 de repercussão geral:

O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Neste cenário, restou pacificado que a responsabilidade da Administração Pública na terceirização: a) não pode ser automática

---

<sup>9</sup> LIMA, Alvino. Culpa e risco. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963. p. 76.

(objetiva), em decorrência tão somente da comprovação do inadimplemento de obrigações trabalhistas pela empresa contratada/terceirizada, como se dá quando o tomador é privado; b) mas pode ocorrer a responsabilidade da Administração Pública, com a condição de que haja prova da culpa da Administração Pública em relação a fiscalização do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada/terceirizada (culpa *in vigilando*).

### **3. POSITIVAÇÃO DO ÔNUS MÍNIMO DA PROVA DA FISCALIZAÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Em que pese a matéria tenha sofrido importantes mudanças jurisprudenciais ao longo do tempo, conforme abordado no capítulo anterior, seguiu havendo controvérsia sobre qual seria a prova necessária da fiscalização da Administração Pública sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada/terceirizada para isentá-la de culpa, ou, declarar a culpa *in vigilando* da Administração Pública caso não haja a prova da fiscalização adequada.

Até a nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) não havia explicitação pelo Direito Administrativo de qual seria a comprovação mínima de fiscalização pela Administração Pública das obrigações trabalhistas em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, ficando à critério de cada julgador o entendimento de qual prova seria adequada/suficiente/eficaz para comprovar ou não a fiscalização.

Delimita-se que no presente artigo o enfoque é analisar somente as normas novas sobre documentação da fiscalização da Administração Pública fixadas pelo Direito Administrativo, por meio do artigo 50 da Lei 14.133/2021 (nova lei de Licitações), à luz dos princípios de Direito Administrativo.

Observe-se que a jurisprudência pacificada da SBDI-1 do TST (da SBDI-1), apreciando os processos trabalhistas concretos sobre o tema, já se pronunciou sobre o que servia ou não como prova da fiscalização adequada ou não da Administração Pública.

Por exemplo, não tem sido admitido pela SBDI-1 do TST como prova eficaz da fiscalização a Administração Pública ela apenas juntar aos processos trabalhistas documentos que comprovam a contratação da empresa terceirizada, por meio de licitação (juntada comum de documentos pela Administração Pública), pois tais documentos somente confirmam a realização de licitação e a contratação da prestação de serviços pela Administração (terceirização), mas não provam a fiscalização em si. Neste sentido, exemplificativamente, veja-se a fundamentação contida no corpo do acórdão do processo nº Ag-E-ED-ARR-92-12.2010.5.04.0027, de relatoria do Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho: “A existência de convênio ou parceria entre os reclamados não afasta, por si só, a responsabilidade subsidiária dos tomadores dos serviços, pela satisfação dos créditos dos trabalhadores”<sup>10</sup>.

Delimita-se também que não é objeto do presente artigo analisar de que parte processual é o ônus da prova da culpa *in vigilando* da Administração Pública, não obstante cabe aqui uma breve referência de que após longa controvérsia e revisão de jurisprudência o TST, em 2020, a Seção de Dissídios Individuais nº 1 (SBDI-1) do TST, órgão uniformizador de jurisprudência *interna corporis*, no julgamento do processo nº E-RR-925-07.2016.5.05.0281, de relatoria do Ministro Cláudio Mascarenhas Brandão, por maioria de votos<sup>11</sup>, firmou posicionamento no sentido de que “cabe ao ente público o encargo de demonstrar a vigilância adequada no cumprimento das

---

<sup>10</sup> BRASIL (2013). Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. Ag-E-ED-ARR-92-12.2010.5.04.0027. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Publicação: 18/10/2013.

<sup>11</sup> Vencidos os Ministros Breno Medeiros, Alexandre Luiz Ramos e João Batista Brito Pereira.



obrigações trabalhistas pela empresa prestadora dos serviços”, pelo fundamento principal de que é dever ordinário (legal) da Administração Pública fiscalizar a execução do contrato e de obrigações outras.

Embora a Lei 8.666/93 (Lei de licitações anterior) já estabelecesse o dever legal da Administração Pública fiscalizar os contratos administrativos (art. 67, dentre outros), até então, o Direito Administrativo não detalhava/ este explicitava tal dever.

A nova Lei de Licitações (Lei 14.133/2021) estabelece a documentação mínima que a Administração Pública deve exigir da empresa contratada-terceirizada para comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias. Veja-se o texto do art. 50 da Lei 14.133/2021:

Art. 50. Nas contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, o contratado deverá apresentar, quando solicitado pela Administração, sob pena de multa, comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, em especial quanto ao:

I - registro de ponto;

II - recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário;

III - comprovante de depósito do FGTS;

IV - recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional;

V - recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato;

VI - recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Atente-se que o art. 50 usa a expressão “deverá”, explicitando o dever do contratado de atender a fiscalização da Administração Pública, sob pena de multa, deixando expresso que a Administração Pública tem o poder de multar o contratado que não fornecer a comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e com o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS) em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato.

Aqui está um ponto importante: por um lado, a relação de documentos de exercício de fiscalização contida no art. 50 é exemplificativa, ou seja, não é taxativa/fechada porque a redação usa a expressão “em especial quanto ao”, e, por outro lado, o art. 50 da Lei 14.133/2021 define o mínimo de documentos que o contratado deverá apresentar a Administração Pública quando ela solicitar, e, considerando-se que é dever legal da Administração Pública fiscalizar os contratos administrativos (art. 117 da Lei 14.133/2021, dentre outros, e, art. 67, dentre outros, da Lei 8.666/93) ela tem o dever de solicitar.

Acrescenta-se que o ponto precisa ser analisado à luz do princípio da legalidade (art. 37, *caput*, da CF), de acordo com o qual a Administração Pública só pode fazer o que a lei permite e deve cumprir com o que a lei dispõe, bem como à luz do princípio da supremacia do interesse público segundo o qual “os interesses públicos têm supremacia sobre os individuais”<sup>12</sup>.

Quanto a frequência da comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias o art. 50 diz que o contratado

---

<sup>12</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 2021. p. 110-111.

deverá apresentar a documentação “quando solicitado pela Administração”. Sobre este ponto há duas questões para analisar.

A primeira questão é que embora a redação da lei possa parecer que é uma faculdade da Administração Pública solicitar a documentação de fiscalização ao contratado é um poder-dever “já que reconhecido ao poder público para que o exerça em benefício da coletividade; os poderes são, pois, irrenunciáveis”<sup>13</sup>.

A segunda questão é que, não obstante tenha a lei deixado a frequência da exigência em aberto, em atenção ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é de boa medida que a frequência da fiscalização-comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias seja mensal, de modo que a Administração Pública exerça e tenha consistente prova da sua ativa fiscalização e que eventual diagnóstico de para evitar o agravamento do descumprimento dos direitos sociais trabalhistas e previdenciários.

De acordo com Maria Sylvia Zanella Di Pietro<sup>14</sup> o princípio da razoabilidade, sob a feição de proporcionalidade entre meios e fins, está contido implicitamente no artigo 2º, parágrafo único, da Lei nº 9.784/99, impõe à Administração Pública adequação entre meios e fins (inciso VI), observância das formalidades essenciais à garantia dos direitos dos administrados (inciso VIII), dentre outras.

Veja-se que o art. 50 refere-se as “contratações de serviços com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”. Este ponto relaciona-se com o inciso XVI do art. 6º da mesma Lei 14.133/2021 que estabelece que os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra são aqueles cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não compartilhe os

---

<sup>13</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2021. p. 132.

<sup>14</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2021. p. 122-123.

recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Sinale-se que a Lei 14.133/2021 ao fixar requisitos para a configuração dos “os serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra” a validade fica vinculada/condicionada ao cumprimento integral dos requisitos legais (forma prescrita em lei), sob pena de invalidade.

Fazendo-se uma interpretação sistemática “redimensionada como campo nobre de incidência e de concretização dos princípios e regras constitucionais”<sup>15</sup>, dentre os quais do princípio constitucional da eficiência (art. 37, *caput*, da CF), entende-se que não é adequado juridicamente que a Administração pública somente exerça fiscalização sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias pela contratada/terceirizada apenas nos casos de regime de dedicação exclusiva, considerando que a Constituição Federal não autoriza e a jurisprudência do STF e do TST não faz diferenciação quanto aos deveres de fiscalização dos contratos administrativos pela Administração Pública de acordo com a continuidade ou não da prestação e a exclusividade ou não regime de mão de obra.

Admitir-se que a Administração Pública não teria dever de fiscalizar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado nos contratos administrativos de prestação de serviços de mão de obra sem regime de dedicação exclusiva (na qual o contratado presta serviços para outros tomadores de serviço) violaria também o princípio constitucional da eficiência, pois se espera o melhor desempenho e os melhores resultados da prestação do serviço público<sup>16</sup> e da fiscalização dos contratos administrativos, e, além disso,

---

<sup>15</sup> FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010. p. 227-228.

<sup>16</sup> DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Direito Administrativo. 2021. p. 125.

causaria riscos ainda maiores de descumprimento dos direitos sociais trabalhistas do trabalhadores terceirizados e de danos subsidiários ao erário público em relação as dívidas trabalhistas destes casos.

A parte do art. 50 que dispõe que a fiscalização se dará “em relação aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato” está de acordo com o item VI da Súmula 331 do TST segundo o qual “a responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral”, ou seja, há muito a jurisprudência do TST limita as condenações por responsabilização subsidiária (de tomadores privados e públicos) apenas em relação aos empregados da empresa contratada/terceirizada que comprovadamente prestaram serviços para o tomador de serviços cuja responsabilidade subsidiária for pleiteada na ação e de modo restrito ao período em que prestaram serviços para este tomador.

Neste contexto, entende-se que o art. 50 da Lei 14.133/2021 positivou o ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública que tange ao cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa contratada.

#### **4. CONSIDERAÇÕES FINAIS**

Considerando as relações entre direito e processo sobre a matéria, a partir da vigência da Lei 14.133/2021 (1º de abril de 2021), há ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública no que tange ao cumprimento pela empresa contratada das obrigações trabalhistas para isentá-la de culpa *in vigilando*, positivado pelo art. 50 da Lei 14.133/2021, em atenção ao princípio da legalidade.

O art. 50 da Lei 14.133/2021 exige a comprovação da fiscalização da Administração da Pública no que tange ao cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada em relação

aos empregados diretamente envolvidos na execução do contrato, por meio de, de pelo menos: registro de ponto; recibo de pagamento de salários, adicionais, horas extras, repouso semanal remunerado e décimo terceiro salário; comprovante de depósito do FGTS; recibo de concessão e pagamento de férias e do respectivo adicional; recibo de quitação de obrigações trabalhistas e previdenciárias dos empregados dispensados até a data da extinção do contrato; recibo de pagamento de vale-transporte e vale-alimentação, na forma prevista em norma coletiva.

Tendo em vista que é dever legal da Administração Pública fiscalizar os contratos administrativos (art. 117 da Lei 14.133/2021, dentre outros, e, art. 67, dentre outros, da Lei 8.666/93) ela tem o dever (poder-dever) de solicitar para a empresa contratada/terceirizada, pelo menos, os documentos elencados no art. 50, especialmente em atenção aos princípios da supremacia do interesse público e da eficiência.

Não obstante a Lei 14.133/2021 tenha deixado a frequência da exigência da documentação de fiscalização em aberto, em atenção ao princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, é de boa medida que a frequência da fiscalização-comprovação do cumprimento das obrigações trabalhistas e previdenciárias seja mensal, de modo a constituir prova robusta realização de fiscalização, efetivar o cumprimento dos direitos sociais trabalhistas dos empregados terceirizados, o respeito aos contratos administrativos, ao erário público, e, afastar a Administração Pública de culpa *in vigilando*.

Neste cenário, tendo em vista as relações entre direito e processo analisadas neste artigo, conclui-se que, o direito material (Administrativo), por meio da nova lei de licitações (Lei 14.133/2021), inovou e supriu a omissão legislativa até então existente, e, fixou o dever de documentação da fiscalização da Administração Pública sobre o cumprimento das obrigações trabalhistas por parte da contratada/terceirizada (no art. 50, especialmente), e, com isso restou

estabelecido legalmente o ônus mínimo da prova da fiscalização da Administração Pública no processo (do trabalho).

## REFERÊNCIAS

- ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. **Teoria e prática da tutela jurisdicional**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.
- BRASIL (2013). Tribunal Superior do Trabalho. Subseção I Especializada em Dissídios Individuais. **Ag-E-ED-ARR-92-12.2010.5.04.0027**. Relator: Ministro Luiz Philippe Vieira de Mello Filho. Brasília. Publicação: 18/10/2013.
- BUZAID, Alfredo. **A ação declaratória no direito brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 1943.
- CARNELUTTI, Francesco. **Diritto e Processo**. Napoli: Morano Editore, 1958.
- CARNELUTTI, Francesco. **Instituciones del proceso civil**. Buenos Aires: Ediciones Juridicas Europa-America, 1973, v.1.
- CARNELUTTI, Francesco. Saggio de una teoria integrale dell'azione. **Rivista di Diritto Processuale Civile**. Padova: CEDAM, v. 1. p. 5-18, jan-mar. 1946.
- FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 5.ed. São Paulo: Malheiros, 2010.
- LIMA, Alvino. **Culpa e risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1963.
- PIETRO, Maria Sylvania Zanella. **Direito Administrativo**. 2021.
- SANTOS, Rodrigo Coimbra. **Relações Terceirizadas de Trabalho**. Curitiba: Juruá, 2006.
- SILVA, De Plácido e. **Vocabulário Jurídico**. Forense: Rio de Janeiro, 2002.
- ZANETI JÚNIOR, Hermes. A teoria circular dos planos (direito material e direito processual). In: **Polêmica sobre a ação: a tutela jurisdicional na perspectiva das relações entre direito e processo**. MACHADO, Fábio Cardoso; AMARAL, Guilherme Rizzo (Orgs.). Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 165-196, 2006.





# EL (NUEVO) DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROTECCIÓN DE DATOS DE DATOS PERSONALES EN BRASIL EN EL CONTEXTO GLOBAL

Temis Limberger.  
Doctora en Derecho.

## 1. INTRODUCCIÓN

La información es poder<sup>1</sup>. Internet potenció la transmisión de la información, que pasó a expresarse en tiempo real. La apropiación de los datos para la formación de un perfil del usuario es una práctica muy conocida en la sociedad de consumo, a fin de promocionar la oferta de bienes y servicios dirigidos al ciudadano, a partir de las direcciones electrónicas a que accede en Internet. Además, en escándalos conocidos se supo el uso político de los datos personales, que ya se sospechaba, pero era difícil de comprobar. De este modo, se reveló el uso de datos para fines de campaña electoral, el control de las declaraciones de los candidatos y su impacto sobre el electorado, haciendo que el discurso se altere o refuerce, con relación al impacto causado. Como revelaron los medios de comunicación, se utilizaron robots que confieren innumerables seguidores a determinados perfiles con el objetivo de impactar, aunque de manera falsa, en la formulación del posicionamiento político de los usuarios.

En este aspecto, la figura o expresión del "hombre de cristal"<sup>2</sup>, significa una amplia visibilidad. Dicha figura surge de la obtención de

---

<sup>1</sup> S. NORA *et al*, *Informe Nora Minc: la informatización en la sociedad*, 1ª reimp. de la 1ª ed., Madrid, 1982.

<sup>2</sup> A.E. PÉREZ LUÑO, *Manual de Informática y Derecho*, Ariel, 1ª ed., Barcelona, 1996, p.85. La expresión fue utilizada en sentencia del Tribunal Constitucional Alemán, el 15/12/1983, en

datos e informaciones que la persona ofrece, de los intereses que posee, de la consulta a direcciones electrónicas, así como de los contenidos producidos y lanzados en las redes sociales. Así, ese conjunto de datos e informaciones se almacenan y contribuyen a la formación de un perfil, que muchas veces se cede a otras empresas, sin el consentimiento del usuario.

Frente a estos nuevos contornos de la sociedad contemporánea, el objeto principal de este artículo es estudiar cuál es la protección jurídica que puede ser ofrecida al usuario, en el ordenamiento jurídico europeo y brasileño, ante la entrada en vigor (25 de mayo de 2018) del nuevo Reglamento General de Protección de Datos Europeo (RGPD - UE 2016/679), así como de la promulgación de la Ley Brasileña de Protección de Datos (LBPD - Ley nº 13.709 de 14/08/2018 y alteraciones posteriores) y el derecho fundamental a la protección de datos personales, artículo 5º, XII, "A" de la Constitución Federal (CF).

Para la construcción de la respuesta, el artículo examinará los principales aspectos del RGPD y de la LBPD, y el tratamiento doctrinal conferido a la privacidad, a partir de cuatro referencias teóricas: Manuel Castells, Antonio Enrique Pérez Luño, Stefano Rodotà y Helen Nissenbaum. La elección de los autores pretende contemplar enfoques que se han destacado en Europa y Estados Unidos, por su carácter innovador.

---

la recurso Constitucional, referente al acto normativo de la Ley del Censo. La referencia es a una figura humana creada en vidrio, que fue el centro de las atracciones en la Exposición Internacional de Higiene, en Dresde, en 1930. P. RITTER-HELLBUSCH; J. NAUMANN, C. HOLTORF, "Der Gläserne Mensch – das Deutsche Hygiene-Museum als Ort des Wissensdialogs", en S. SCHICKTANZ, J. NAUMANN (eds), *Bürgerkonferenz: Streitfall Gendiagnostik*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2003, pp.51-55. [consultado 10 abr. 2019]. Disponible: <[https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2\\_3#citeas](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2_3#citeas)>.

## 2. LAS MUTACIONES DEL DERECHO A LA INTIMIDAD EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

No es una novedad la exposición constante y exagerada de las personas en las redes sociales. Es posible afirmar que la sociedad del espectáculo<sup>3</sup> implicó la mutación del derecho a la intimidad<sup>4</sup>. Las innumerables informaciones y los hechos de la vida se presentan de tal manera que posibilitan la parodia del viejo aforismo latino: "Quien no está en Facebook, no está en el mundo"<sup>5</sup>. En este contexto, el riesgo de fuga de información e imágenes se potencia, debido a la enorme capacidad de almacenamiento de información y de circulación de datos, ahora, sin límites territoriales.

Manuel Castells<sup>6</sup> advierte sobre el peligro de la exposición desmedida de las personas en las redes sociales y alerta acerca de los programas de vigilancia del gobierno. Es categórico al sostener que la privacidad en el mundo virtual ha terminado y que sólo subsiste en la esfera privada del ciudadano. Además, apunta a la fragilidad de la seguridad en la red. A pesar del desembolso de miles de millones de dólares en seguridad electrónica, se hizo perceptible que en una red la seguridad sólo es razonable cuando el eslabón más débil está protegido. Al entrar en la red, en cualquier punto, se puede recorrer sus nudos con relativa facilidad.

El fenómeno informático revela la debilidad del Estado en actuar y evidencia la superación de la territorialidad que marcó la

---

<sup>3</sup> G. DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997.

<sup>4</sup> T. LIMBERGER, *Cibertransparência: informação pública em rede - a virtualidade e suas repercussões na realidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 58.

<sup>5</sup> E. PARISER, *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*, Zahar, Rio de Janeiro, 2012.

<sup>6</sup> M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003, p. 145 e 152.

estructuración del Estado-Nación<sup>7</sup>. Castells hace una analogía a Bentham<sup>8</sup> actualizando el *panóptico*, agregando la denominación de *panóptico electrónico*<sup>9</sup>. Alerta que hay una amenaza fundamental a la libertad bajo el nuevo ambiente de espionaje global: la estandarización del comportamiento cotidiano por las normas dominantes de la sociedad. La libertad de expresión era la esencia del derecho a la comunicación irrestricta, en la época en que la mayor parte de las actividades diarias no se hacía pública. De hecho, una proporción significativa de la vida cotidiana, incluso el trabajo, el ocio, la interacción personal, tiene lugar en Internet. La mayor parte de la actividad económica, social y política es de hecho un híbrido de interacción *on-line* y física. En muchos casos, están imbricadas.

Antonio Enrique Pérez Luño designa *metamorfosis de la intimidad*<sup>10</sup>, a los cambios que el derecho a la privacidad experimenta en los días de hoy. Una metamorfosis del derecho a la intimidad que se expresa doblemente: del original derecho a estar solo, en su aspecto individual, a la perspectiva de estar en el ámbito social y colectivo; y aún, de forma muy valiente, apunta el profesor catedrático de la Universidad de Sevilla<sup>11</sup>, del derecho a la personalidad al desplazamiento que apunta a órbita patrimonial.

La concepción de intimidad como foro interno (aislamiento y ensimismamiento) no es necesariamente incompatible con el fuero

---

<sup>7</sup> G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Julio César Faira Ed., Buenos Aires, 2005. p. 495-625.

<sup>8</sup> M. FOUCAULT, *Vigilar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis, 1987. Actualizando, también, la discusión, en virtud de los algoritmos, confira E. MENEZES NETO; J.L.B. MORAIS, "Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na sociedade dos sensores", *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 3, 2018, p. 1129-1154.

<sup>9</sup> M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003, p.148.

<sup>10</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 115.

<sup>11</sup> Recientemente jubilado.

externo (sus proyecciones sociales), si se coloca aquella como un primer momento de su proceso formativo. Este *intus* o fase solitaria e interna de la intimidad se encontraría conformada por ideas, que reclamarían su posterior exteriorización en acciones. El aislamiento confinado en sí mismo sólo sería capaz de fabricar mundos exteriores, fantasmagóricos condenados a degenerar en puro solipsismo. La dimensión interna y ensimismada de la intimidad para realizarse plenamente precisa exteriorizarse; la convivencia es indispensable en nuestra vida, necesita apoyarse en otras vidas<sup>12</sup>.

Esta apertura de la convivencia se ejercita por formas de comunicación y de lenguaje que se integran y socializan en lo más íntimo de nuestro ser, así el hombre, desde su inicio, ya está informado, modelado por una determinada sociedad. Esto porque, la propia noción de intimidad o de privacidad es una categoría cultural, social e histórica<sup>13</sup>.

Así, el núcleo significativo de la intimidad se desplazó, incluso se puede afirmar que fue a su opuesto, desde el ámbito solitario del aislamiento a la esfera de los usos sociales en que se manifiesta y se exterioriza en términos de alteración. La decantación de la cultura europea de la intimidad y la intimidad, que pretende traducir la noción anglo-sajona de privacidad, así como la categoría de los denominados datos personales y perfiles de personalidad, que se proyectan sobre un conjunto más amplio y global de las relaciones intersubjetivas, reflejan esta tendencia paradójica hacia una *socialización de la intimidad*<sup>14</sup>.

---

<sup>12</sup> M. GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada*, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992, p. 36, "apud" A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, 2012, Madrid, p. 116.

<sup>13</sup> J. ORTEGA Y GASSET, "El hombre y la gente", en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983, apud A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 116.

<sup>14</sup> A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Tirant to Blanch*, Valencia: 1998; L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, "Reflexiones

Otro aspecto que merece referencia es el hecho de que hubo un desplazamiento del ámbito del derecho de personalidad al ámbito patrimonial, considerando que muchas personas reciben cantidades patrimoniales expresivas para exponer su intimidad, negociando esta exposición, principalmente en programas televisivos<sup>15</sup>. El catedrático de la Universidad de Sevilla es extremadamente actual al apuntar el desplazamiento del derecho a la privacidad y del derecho de la personalidad a la órbita patrimonial, pues la doctrina tradicional de los manuales de derecho constitucional<sup>16</sup> no considera a este aspecto nuevo.

La intimidad que fue concebida inicialmente como integrante de los derechos de personalidad, con el ejercicio de nuevos perfiles colectivos y sociales, en los días de hoy, se encuentra condicionada a los acontecimientos sociales. De este modo, la intimidad corre el riesgo de ser sometida a los modismos e incluso a las exigencias del mercado. Por eso, en la sociedad de la información y de consumo, la intimidad se ha convertido, en muchas ocasiones, en una mercancía cuyo valor se calcula en términos de la ley de la oferta y de la demanda. En estas ocasiones, la intimidad de cada uno vale lo que los demás, en especial los medios de comunicación están dispuestos a pagar para publicarla<sup>17</sup>.

---

sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982”, en Anuario de Derecho Civil, octubre-diciembre, 1983, pp. 1243/1268; M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005, p. 79 ss.; A.E. E PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.; id., *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

<sup>15</sup> Programa televisivo exhibido por emissora nacional denominado *Big Brother Brasil*.

<sup>16</sup> J. AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42. ed. rev. e atual, Malheiros, São Paulo, 2019, p. 183.

<sup>17</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 120.

De este modo, el derecho a la intimidad sólo se mantiene como derecho de la personalidad dotado de los atributos de inviolabilidad, irrenunciabilidad e inalienabilidad para los menores de edad, mientras que para los mayores puede ser objeto de transacciones consentidas, de renunciaciones y cesiones, a cambio de las correspondientes prestaciones económicas. Se constata, entonces, que para los adultos perdió su dimensión de derecho de la personalidad para integrarse en el sistema de derechos patrimoniales<sup>18</sup>.

En una breve síntesis, según Pérez Luño, la metamorfosis del derecho a la privacidad, trajo cambios importantes. Se desplazó del ámbito interno - derecho a estar solo - a una perspectiva social y colectiva, de la condición de integrante de derecho de la personalidad, pasando a derecho patrimonial -, porque integra la óptica negociadora para muchas personas, en la condición disfrutada por la mayoría de edad, subsistiendo sólo para los niños y adolescentes.

La *reinención de la privacidad* es como Stefano Rodotà<sup>19</sup> se denomina el fenómeno actual, mientras que la construcción de la identidad, se efectúa en condiciones de dependencia creciente del exterior. En esta perspectiva, asume un nuevo significado la libertad de expresión como elemento esencial de la persona y de su situación en la sociedad. Esto modifica la relación entre la esfera pública y privada y la propia noción de privacidad. Se refuerza la noción de ciudadanía con otros poderes que caracterizan la ciudadanía del nuevo milenio, a partir de la constitucionalización de los derechos del ser humano.

Cuando se consideran las cuestiones planteadas por la innovación tecnológica, ocurre el denominado *tsunami digital*<sup>20</sup>. Como

---

<sup>18</sup> A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, 2012, Madrid, p. 121.

<sup>19</sup> S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 293.

<sup>20</sup> "The Future Group: Freedom, Security, Privacy: European Home Affaires in Open World", junio de 2008, apud S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 298.

consecuencia de esta transformación, el criterio de seguridad pública se convierte en exclusivo criterio de referencia. Esto significa que las personas son cada vez más transparentes y los organismos públicos más alejados del control jurídico y político, ocasionando una nueva distribución de poderes políticos y sociales. El denominado *tsunami digital* puede considerarse desde otros puntos de vista, empezando por la identidad. En esta perspectiva, el derecho de acceso a los datos representa un aliado fuerte, en términos de protección jurídica, que permite mantener el control sobre las propias informaciones, sea cual sea el sujeto que las gestiona, el lugar en que se encuentren y las modalidades de su participación utilizar. Derecho fundamental a la construcción de la identidad, ya que confiere poder para cancelación en los siguientes casos: datos falsos, ilegítimamente recogidos, conservados mucho más allá del tiempo previsto, los inexactos o que necesitan complementación.

Lo conoces a ti mismo ya no es una operación volcada al interior, pero debido a esta nueva perspectiva, se va al exterior ya la supuesta necesidad de conocer quiénes somos en la dimensión electrónica, donde se desarrollan cuestiones importantes en nuestras vidas. Considerando hoy la dinámica que caracteriza la recogida de los datos y los sujetos que la utilizan, cada vez es menos verosímil una identidad construida, a partir de: "*soy lo que digo que soy*", que habría de sustituirla por: "*tú eres lo que Google dice que eres*"<sup>21</sup>.

La construcción de la identidad se entrega por completo a los algoritmos. La construcción de la identidad es interior y exterior. El sistema debería entonces: (a) hacer explícito el flujo de datos para permitir el control de la persona interesada, (b) respetar el principio de minimización de los datos, tratando solamente aquellos necesarios en un contexto determinado, (c) imponer límites a las conexiones entre bases de datos.

---

<sup>21</sup> S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 300.



La nueva abstracción de la sociedad de la información produce un vaciamiento de lo humano, de modo que es problemático afirmar que la humanidad se encuentra frente a una nueva antropología. La "privacidad contextualizada" es la perspectiva propuesta por la profesora Helen Nissenbaum<sup>22</sup> al presentar la teoría de la integridad contextual, que se propone reflexionar sobre la información disponible en Internet, huyendo del binomio público y privado, que es difícil de identificar, la mayoría de las veces.

La teoría de la integridad contextual tiene como tesis central<sup>23</sup>, que el derecho a la privacidad no es un derecho al secreto, ni un derecho al control, *sino un derecho a un flujo de datos apropiado de información personal*. Los contextos son configuraciones sociales estructuradas caracterizadas por actividades canónicas, papeles, relaciones, estructuras de poder, normas (o reglas) y valores internos (objetivos, fines, propósitos). El punto de partida es un compromiso con el flujo adecuado de datos y no con el secreto o el control de la información.

Como una de las consecuencias, la información, aunque disponible en la web, no puede ser compartida de forma ilimitada y utilizada en contexto distinto de local y/o tiempo. De este modo, alguna manifestación acalorada de un joven, debido a algún acontecimiento político, debe ser valorada solamente en aquella situación, sin que se pueda utilizar en otro momento (cuando varían las circunstancias de tiempo y lugar) o para otra finalidad. La teoría presenta aspectos bastante innovadores e importantes, pero a veces es difícil su aplicación.

En el análisis de los cuatro autores apuntados, se tiene una diversidad de enfoques: Manuel Castells, afirma que la privacidad se

---

<sup>22</sup> H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010, p.36.

<sup>23</sup> H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010, p. 186-187.

acabó en internet, Antonio Enrique Pérez Luño apunta la metamorfosis del derecho a la intimidad, Stefano Rodotà establece el panóptico electrónico y Helen Nissenbaum, la privacidad contextual. En esta pluralidad conceptual doctrinal, donde se crean simbolismos, es posible construir un punto en común en estos análisis, que es apuntar al cambio del derecho a la privacidad en la sociedad de la información.

### **3. CONTEXTO NORMATIVO DE PROTECCIÓN DE DATOS EN EUROPA Y BRASIL**

#### **3.1. ASPECTOS GENERALES REFERENTES AL REGLAMENTO GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS - RGPD**

El nuevo Reglamento General de Protección de Datos - RGPD UE 2016/679 regula el derecho fundamental a la protección de datos, establecido en el art. 8 de la Carta Europea de Derechos Humanos, cuyo ámbito material de aplicación afecta a quienes tienen un archivo automatizado que contiene datos personales<sup>24</sup>. Presenta el doble objetivo de regular el derecho a la protección de datos y garantizar la libre circulación de los datos, a semejanza de lo que ya ocurría con la Directiva Comunitaria nº 46/95. Se pretende que la protección del derecho fundamental prevalezca sobre el interés económico de los responsables y encargados del procesamiento de datos, como fue reconocido por el Tribunal de Justicia Europeo, en la sentencia que se convirtió en paradigma, en el que fueron partes: Google Español y Agencia Española de Protección de datos, dictada el 13/05/2014<sup>25</sup>.

En este aspecto, se puede hacer una crítica al RGPD, ya que los sistemas informatizados no fueron previstos como objeto de tutela

---

<sup>24</sup> E.C.P. ROBLEDO, "La nueva normativa europea para la protección de los datos personales", en *Derechos y Libertades*: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, núm. 40, 2019, p. 107/139.

<sup>25</sup> Sentencia del Tribunal de Justiça de la União Europeia (STJUE), Google Español contra Agencia Española de Protección de datos, de 13 mayo de 2014, Acórdão n. C-131/12.

legal, dejando de incorporar las innovaciones aportadas por la sentencia del Tribunal Constitucional Alemán en 2008. La protección individual merece tutela legal, pero las cuestiones adquirieron mayores proporciones con ataques a sistemas informatizados de carácter público o privado. El lugar adecuado para disciplinar el tema tal vez no fuera el RGPD sino una legislación propia, con el objetivo de tutelar los sistemas informatizados, ya que, actualmente, son la parte más compleja y que desafía a todos. Otra alternativa sería hacer que las empresas se preocupen por mecanismos de protección. Aquí se abren situaciones diferentes, pues la tendencia es que las empresas grandes consigan establecer estos mecanismos de protección, ya que las pequeñas pueden presentar más dificultad para invertir en tecnología e intentar prohibir ataques indeseados. Sin embargo, aunque deficiente de protección legal, siempre queda el espacio para la creación jurisprudencial.

### **3.2. DE LAS PREVISIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES REFERENTES A LOS DATOS EN BRASIL**

En Brasil, los derechos a la intimidad y a la privacidad están proclamados en el artículo 5.º, subsección X, CF, adoptando la distinción proveniente de la doctrina y jurisprudencia alemanas, de la teoría de las esferas o de los círculos concéntricos. Las esferas de la vida privada comportan el grado de interferencia que el individuo soporta con respecto a terceros. Para ello, se tiene en cuenta el grado de reserva de menor a mayor. Así, en el círculo exterior está el aislamiento; en el intermediario, la intimidad; y dentro de ella, el secreto. Por lo tanto, la protección legal se hace más intensa, a medida que se adentra en el interior de la última esfera.

La protección de datos es un derecho fundamental, recientemente, consagrado en el artículo 5º, subsección XII “A”, de la CF<sup>26</sup>, con las consecuencias de tutela constitucional a los titulares de la

---

<sup>26</sup> Enmienda Constitucional nº 115, aprobada en 10/02/2022, que consagró el derecho fundamental a la protección de datos personales en Brasil.

protección jurídica<sup>27</sup>. Además consagra la competencia privativa de la Unión para esta legislación. Anteriormente, de la previsión constitucional, el Supremo Tribunal Federal reconoció el derecho a protección de los datos personales (ADI 6387 MC/DF)<sup>28</sup>.

En el espectro de general de los datos personales, algunas leyes constituyen un punto de referencia como: el Marco Civil de Internet (Ley n.º 12.965/2014), que en su artículo 3.º, subsección III, ya previó la protección de los datos personales, en la forma de la ley. En el ámbito Civil se prevé el consentimiento en la recogida de los datos (artículo 7, subsección IX) y el actuar de manera transparente (artículo 9.º, subsección II), tal como sucede en la normativa. El Proveedor sólo se responsabiliza si no cumple la orden judicial de retirada de los datos (artículo 19). Estas disposiciones legales, burocratizó la celeridad de la vía administrativa que existía, hasta entonces.

En el marco del artículo 5.º, subsección XXXIII, de la CF, que dispone que todos tienen derecho al acceso a la información contenida en los órganos públicos, sea por interés particular o colectivo, se promulgó la Ley de Acceso a la Información Pública (Ley n.º 12.527/2011). Esta ley prevé que los organismos públicos ofrezcan información referente a gastos públicos realizados con vencimientos o licitaciones, en que la regla es la publicidad y el secreto, la excepción. La ley invirtió la orientación que hasta entonces existía, cuando los principios tenían aplicación contraria. Actualmente, el que requiere la información tiene que identificarse, pues recibirá información de los órganos públicos y por la utilización de ésta, será responsable.

En virtud del artículo 5.º, subsección XXXII, de la CF, que dispuso respecto a la protección al consumidor, fue el Código de Defensa del Consumidor (Ley n.º 8.078/1990) la legislación pionera editada

---

<sup>27</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais, “in” Doneda ... [ et al.] Coordenadores. Tratado de proteção dos dados pessoais, 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.35.

<sup>28</sup> <https://www.stf.gov.br>, J. en 24/04/2020. Acceso en 12/03/2022.

para la protección de los bancos de datos. En los artículos 43 y 44, se tutelan los bancos de datos de consumidores, previendo situaciones de acceso, rectificación y cancelación de las informaciones negativas, operando el plazo prescriptivo, que no pueden quedar por más de cinco años registradas.

En los últimos años, se ha promulgado la ley de los catastros positivos, Ley n.º 12.414/2011, con la promesa de disminuir las tasas de interés a los tomadores de financiamiento, de los denominados *buenos pagadores*, que son los consumidores que cumplen con sus obligaciones puntualmente.

El mandato constitucional del artículo 5.º, subsección LXXII, pretendió asegurar el conocimiento de las informaciones en nombre del ciudadano existentes en banco de datos de entidades gubernamentales o de carácter público, así como la posibilidad de rectificarlas. Para ello, se promulgó la Ley que disciplinó el *habeas data* (Ley n.º 9.507/1997). Esta ley tiene una particularidad, que es la necesidad del agotamiento de la vía administrativa, antes del ingreso a la vía judicial. Esto es una peculiaridad, pues en Brasil hay una unidad de jurisdicción como expresión del artículo 5.º, subsección XXXV, de la CF, en que ninguna lesión de derecho puede dejar de ser examinada por el Poder Judicial.

### **3.3. LA LEY DE GENERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS BRASILEÑA Y OTRAS NUEVAS DISPOSICIONES**

La Ley n.º 13.709/2018 garantizó la protección de datos en todo el país (LGPD). La ley innova en la protección de datos en Brasil, ahora con *status* constitucional, teniendo la Autoridad Nacional de Protección de Datos para el control administrativo. Hay la posibilidad que la Autoridad sea convertida en Agencia con las consecuencias de mayor autonomía política y administrativa.

La protección de la Ley Brasileña – así como el RGPD – es de forma individual para los datos, sin que haya previsión legislativa en lo que

se refiere a la seguridad de los sistemas informatizados, tal cual ya fue hecho por decisión jurisprudencial en Alemania<sup>29</sup>. El denominado caso Snowden<sup>30</sup>, muestra la necesidad de la protección de los sistemas informatizados.

La LBPD se articula, a partir de cinco temas<sup>31</sup>: (a) la unidad y generalidad de la aplicación de la Ley; (b) la legitimación para el tratamiento de datos (situaciones de autorización); (c) Los principios y derechos del titular; (d) las obligaciones de los agentes de tratamiento de datos; y (e) la responsabilidad de los agentes.

Con respecto al ámbito territorial de aplicación de la Ley, se concentra en la protección de datos del ciudadano, no distinguiendo lo relativo a quién corresponde el tratamiento de los datos, sector público o privado. Incluye todo el flujo de datos en Internet. El ciudadano es el destinatario de la protección legal y las personas jurídicas están excluidas de amparo legislativo. Las excepciones afectan a las hipótesis de seguridad pública y defensa nacional.

En cuanto al aspecto de legitimación para el tratamiento de los datos, se tienen nuevas hipótesis autorizadoras para el tratamiento de datos, previstas en el artículo 7.º. En el caso de que el titular de los datos, que en la previsión del artículo 5.º, subsección XII, de la LGPD, debe ser libre, informado y con la finalidad específica del

---

<sup>29</sup> F. MENKE, “A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão” en G.F. MENDES, I.W. SARLET, A.Z. P. COELHO (eds.), *Direito, Inovação e Tecnologia*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014, p. 205-230.

<sup>30</sup> Edward Snowden es ex técnico de la CIA y fue acusado de espionaje por vaciar informaciones secretas de seguridad en Estados Unidos y revelar en detalle algunos de los programas de vigilancia que el país utiliza para espiar a la población estadounidense utilizando servidores de empresas como Google, Apple y Facebook - de varios países de Europa y América Latina, entre ellos Brasil, cuando hubo grabaciones de la Presidenta Rousseff con asesores, en el año 2013. PORTAL G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. [consultado 20 abril 2020]. Disponible en: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>

<sup>31</sup> L. S. MENDES, D. DONEDA, “Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, núm. 120, nov./dez., 2018, pp. 469/483.

tratamiento. En las hipótesis de datos sensibles, el consentimiento debe ser más robusto, de forma específica y destacada.

El tercer aspecto de la ley, está compuesto por los principios y derechos del titular. La Ley tiene por objeto conferir garantías para que el ciudadano pueda defender sus derechos. En este contexto, el principio de la finalidad en la LGPD se funda en la tradición europea, ya prevista desde el Convenio 108 del Consejo de Europa, permitiendo el libre acceso, calidad, seguridad y transparencia de la información<sup>32</sup>.

La Ley establece previsiones por las posibles situaciones de discriminación por el uso de los datos personales. Los datos cuando se filtran indebidamente y provocan discriminación, violan el principio de igualdad<sup>33</sup>.

El principio de buena fe se sitúa en el artículo 7.º, §3.º<sup>34</sup>, de la LGPD. Para ello, dispuso sobre el tratamiento, cuyo acceso es público y debe considerar la finalidad, la buena fe y el interés público en su puesta a disposición. Tal disposición es de extrema relevancia, teniendo en cuenta el carácter de impersonalidad y masificación que alcanza la difusión de la información en Internet. La ley instituye prácticas de prevención y reparación, dentro del sistema de garantía al usuario.

Otra figura creada en la LGPD es la del controlador, que es encargado del tratamiento de los datos con atribuciones para actuar hacia el interior y exterior de la empresa. Así, orienta la práctica de actuación de los empleados relativa al procesamiento de los datos y recibe la queja de los usuarios. Asimismo, corresponde al

---

<sup>32</sup> N. J. ZAMBAM, “Bases informacionais transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social”, en *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 2, 2017, p. 512-543.

<sup>33</sup> T. LIMBERGER, *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 60-62.

<sup>34</sup> J. MARTINS COSTA, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002, p. 612 y 611-661.

controlador y al operador, la adopción de medidas de seguridad técnicas y administrativas adecuadas para proteger los datos contra medidas de ataques accidentales o provocados para salvaguardarlos.

Se destaca la seguridad de la información, que trae innovaciones importantes desde el punto de vista de la prevención o reparación, a saber: (a) medidas que garanticen la integridad, confidencialidad y la disponibilidad de los datos que se tratan; (b) en caso de fuga de datos, surge la obligación del controlador de comunicar a la Agencia de Protección de Datos, que determinará las medidas a tomar que puede ser la mitigación de los efectos o la difusión a la sociedad; (c) la adopción de medidas desde la fase de concepción del producto o servicio a la ejecución; (d) la formulación de un informe que dé cuenta de los posibles riesgos de la actividad para aumentar la seguridad y disminuir los riesgos del tratamiento, que será transferido a la Autoridad Nacional de Protección de Datos. La eficacia de la medida requiere que la misma no sea algo formal, sólo para cumplir una tarea burocrática, sino que se realice con el fin de preservar materialmente el derecho a la protección de datos de los usuarios involucrados; (e) la responsabilidad de los agentes por los daños derivados del daño tratamiento de datos, que podrán ser constatados en razón del cargo del encargado u operador. Y por fin, están previstos los supuestos de exclusión de responsabilidad.

Entre las disposiciones de la ley, diversas atribuciones remitieron a la autoridad garante como forma de preservar los derechos. Se sabe que la creación de Agencias Reguladoras en Brasil padece de problemas frente a la población, ya que a veces no son resolutivas para la solución de conflictos y, a veces, la adjudicación de los cargos no responde al conocimiento técnico de quienes deben desempeñarlo.

Después se aprobó la Ley nº 13.853/2019, que instituyó el Consejo Directivo de la Agencia, que será compuesto por cinco personas



con mandato de cuatro años, gozando de estabilidad en el ejercicio de las funciones. Fue creado también, el Consejo Nacional de Protección de Datos y Privacidad compuesto por 23 personas procedentes de la sociedad civil, representación de los Poderes de la República y de la Fiscalía. Incumbe al órgano la formulación de directrices para la elaboración de la Política Nacional de Protección de Datos Personales y Privacidad, en conexión con los demás organismos estatales.

Así que el ciudadano brasileño, hasta ahora, no cuenta con Autoridades Administrativas independientes, que puedan ofrecerle protección, ya que todas ellas están vinculadas directamente al Poder Ejecutivo. Es lamentable, que sólo pueda recurrirse a la vía judicial, que cuenta con mucho trabajo y que no tiene especialización en esta materia.

La no creación de la Agencia independiente crea obstáculos de dos órdenes (exterior e interior): a que Brasil sea considerado un país con poca fiabilidad en materia de protección de datos, frente a la comunidad internacional, disminuyendo la el desarrollo de los negocios comerciales e internamente, no propicia la cultura de la protección de datos. La inexistencia de autoridades administrativas para la protección de datos, tal como existen en Europa, conduce a la sobrecarga de los tribunales, propiciando una judicialización excesiva. Las agencias administrativas podrían contribuir desde que operasen con imparcialidad y celeridad, disminuyendo los conflictos que acuden al Poder Judicial.

La protección de los datos personales recibe garantía jurídica en algunos países latinoamericanos: Uruguay (Ley nº 18.331/2008)<sup>35</sup>,

---

<sup>35</sup> URUGUAY. *Ley 40/2015, de 2 de octubre, Ley de Protección de Datos Personales*. Centro de Información Oficial. [consultado 23 de abril de 2019]. Disponible en: <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>

Argentina (Ley nº 25.326/2000)<sup>36</sup>, México<sup>37</sup> con densa legislación, Perú (Ley nº 29.733/2011)<sup>38</sup> e Chile (Ley nº 19.628/1999)<sup>39</sup>, Costa Rica (Ley nº 8.968/2011)<sup>40</sup> y Panamá (2016)<sup>41</sup>; además de la reciente promulgación de la ley brasileña. Así, incluso en aquellos en que aún no hay un derecho autónomo, se pueden amparar como desdoblamiento del derecho a la intimidad.

## 4. CONSIDERACIONES FINALES

El continente europeo cuenta con medio siglo de cultura jurídica y de experiencias normativas referentes a la protección de datos personales. Esta circunstancia ha originado una construcción progresiva y creciente de la tutela de datos, a través de las agencias independientes, que implementan los derechos traídos por la legislación, Directivas Comunitarias y, ahora el Reglamento, que apunta a la prevención y transparencia en el ámbito de las entidades por las que transcorre el flujo de datos personales. De este modo, la tradición de protección de datos conferida al ciudadano

---

<sup>36</sup> OEA, Organização dos Estados Americanos. *Ley n. 25.326, de 30 de octubre de 2000*, Ley de Protección de los Datos Personales [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf).

<sup>37</sup> MÉXICO, Cámara de Diputados. *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. [consultado 23 abr. 2019]. Disponible en: [http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=0&sort=date%3AD%3A%3Ad1&output=xml\\_no\\_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes](http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=0&sort=date%3AD%3A%3Ad1&output=xml_no_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes)

<sup>38</sup> PERU, Ministerio de Justicia. *Ley n. 29.733, de 03 de Julio de 2011*. Ley de protección de datos personales. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/LEY-29733.pdf>.

<sup>39</sup> CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Ley 19.628, de 22 de agosto de 1999*. [consultado 23 de abr. de 2019].

Disponible: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>>.

<sup>40</sup> OEA, Organização dos Estados Americanos. *Ley n. 8.968, de 05 de setiembre de 2011*. Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible:

<http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Proteccion%20de%20la%20Persona%20frente%20al%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf>

<sup>41</sup> PANAMA, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. *Ley n. 81, de 29 de marzo de 2019*, Ley Protección de Datos Personales. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.panacamara.com/ley-81-de-2019/>.

usuario en el ordenamiento jurídico europeo es evidentemente más fuerte que en Brasil, donde recientemente se promulgó la LGPD, iniciando esta trayectoria.

El RGPD en Europa es fruto de una legislación que ha evolucionado a lo largo de las últimas cinco décadas. En el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre la protección de datos, así como en el de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la normativa tutelar de datos de la UE, en especial de la Directiva 95/46 UE, las Agencias europeas de Protección de Datos, han elaborado el estatuto jurídico de los responsables de los ficheros de datos personales, actuando preventivamente y coactivamente ante la posibilidad de sus eventuales violaciones.

La crítica que se puede avanzar respecto al RGPD, se refiere a que su protección normativa se confiere al titular de datos personales, no habiendo previsión de tutela a los sistemas informatizados de carácter público o privado. El objetivo de la legislación tal vez haya sido evitar una ampliación excesiva de su objeto, pues tutelar los sistemas de información es, de hecho, una cuestión compleja, pero necesaria. Se trata de una cuestión de la que las empresas se ocupan, pero las mayores siempre tendrán más condiciones de inversión que las menores en materia de seguridad contra los ataques no deseados. De todas maneras, siempre queda abierto el espacio para una tutela creativa jurisprudencial.

La LGPD es tímida si se compara con el RGPD, pero representa un paso inicial importante, hacia la protección de datos, pues arroja la idea de que los datos tienen valor en la sociedad de la información. La protección normativa otorgada por la LGPD es un proyecto inacabado, por lo menos subsisten dos importantes motivos, que inciden en la órbita interna (aumento de la judicialización) e internacional (perjuicio relativo a las relaciones comerciales de las empresas brasileñas que pretenden negociar con empresas europeas, pues el país no presenta fiabilidad, en la protección de los datos) considerando que la Autoridad de Protección de Datos no es

independiente, ya que pertenecerá a la estructura del ejecutivo, pero se espera que haya conversión en Agencia. El Estado, en la actualidad, no logra regular y controlar la violación de los derechos en general y, en particular, la protección de datos, necesitando fomentar técnicas en que haya una preocupación con la prevención dentro de la sistemática de la empresa. Por eso, son importantes los vectores de transparencia y responsabilidad proactiva traídos por la LGPD. La creación del derecho fundamental a la protección de datos personales (art. 5º, XII, “A, CF) puede colaborar para fomentar la importancia del tema.

El principio del consentimiento informado, ahora expreso e inequívoco, tiene un papel central para la recolección de datos, cada vez de forma más intensa. Es importante, también, que las personas sean cautelosas en su exposición por las redes sociales.

En el cuarteto de autores estudiados, se readvierte, de modo sucinto, que Manuel Castells actualiza el simbolismo del panóptico, afirma que se vive bajo la vigilancia de un panóptico electrónico, lo que conduce a que la privacidad deja de existir en las relaciones virtuales. Pérez Luño identifica el fenómeno de la *metamorfosis de la privacidad* y Rodotà la *reinención de la privacidad*, teniendo en cuenta las modificaciones que presenta el derecho a la privacidad, frente a la exposición de las personas en las redes sociales, que se constituye en un fenómeno en la sociedad de la información. Helen Nissenbaum resalta la importancia de que la privacidad sea analizada en su contexto, de modo que, aunque la información haya sido puesta a disposición por el usuario, no puede haber una utilización de la misma, cambiando la circunstancia de tiempo y lugar.

De los distintos enfoques de los autores, se observa un punto en común, en el sentido de que todos reconocen las modificaciones por las que pasa el derecho a la privacidad en la era tecnológica, ampliando los contornos establecidos en el Estado Liberal (derecho a estar solo) y Estado Social (acceso, rectificación, cancelación y olvido). Así, la legislación europea y brasileña innovan al crear

conductas de prevención (responsabilidad preventivas) en el ámbito de las empresas, incentivando la transparencia y herramientas de protección a los datos del usuario, pues es imposible ante la velocidad de la transmisión de la información apostar solamente en el aspecto represivo. De esta manera, se puede concluir que en la sociedad de la información, internet es la *nueva metáfora de la globalización*<sup>42</sup>.

## 5. REFERÊNCIAS

A. E. PÉREZ LUÑO, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, Universitas, Madrid, 2012, p. 115.

A.E. E PÉREZ LUÑO, “Intimidad y protección de datos personales: del habeas corpus al habeas data”, en *Estudios sobre el derecho a la intimidad*, ed. A cargo de L. GARCÍA SAN MIGUEL, 1982, cit., Tecnos, Madrid, 1992, p. 36 ss.;

A.E. E PÉREZ LUÑO, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, en colab. Con M.G. LOSANGO y M.F. GUERRERO MATEUS, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989.

A.L. CABEZUELO ARENAS, *Derecho a la intimidad*, con Prólogo de L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, *Tirant to Blanch*, Valencia: 1998; CHILE, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. *Ley 19.628, de 22 de agosto de 1999*. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=141599>>. Acceso en: 23 de abr. de 2019.

F. MENKE, “A proteção de dados e novo direito fundamental à garantia da confidencialidade e da integridade dos sistemas técnico-informacionais no direito alemão” en G.F. MENDES, I.W. SARLET, A.Z. P. COELHO (eds.). *Direito, Inovação e Tecnologia*, 1ª ed., Saraiva, São Paulo, 2014.

E. MENEZES NETO; J.L.B. MORAIS, “Análises computacionais preditivas como um novo biopoder: modificações do tempo na

---

<sup>42</sup> S. RODOTÀ, *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, 2014, p. 31.

sociedade dos sensores”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 3, 2018, p. 1129-1154.

E. PARISER, *O filtro invisível: o que a internet está escondendo de você*, Zahar, Rio de Janeiro, 2012.

E.C.P. ROBLEDO, “La nueva normativa europea para la protección de los datos personales”, en *Derechos y Libertades: Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 40, 2019, p. 107/139.

G. DEBORD, *A sociedade do espetáculo*, Contraponto, Rio de Janeiro, 1997.

G. JELLINEK, *Teoría General del Estado*. 2. ed. [reimpr. de la segunda edición alemana (1905) editada por el Editorial Albatros en el año 1954], Julio César Faira Ed., Buenos Aires, 2005. p. 495-625.

H. NISSENBAUM, *Privacy in context: technology, policy and the integrity of social life*, Stanford University Press, California, 2010.

J. AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 42. ed. rev. e atual, Malheiros, São Paulo, 2019, p. 183.

J. MARTINS COSTA, *A reconstrução do direito privado: reflexos dos princípios, diretrizes e direitos fundamentais constitucionais no direito privado*, Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

J. ORTEGA Y GASSET, “El hombre y la gente”, en *Obras Completas*, Alianza Editorial & Revista de Occidente, vol.7, Madrid, 1983.

L. H. CLAVERÍA GOSÁLBEZ, “Reflexiones sobre los derechos de la personalidad a la luz de la LO1/82 de 5 de mayo de 1982”, en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1983, pp. 1243/1268;

L. S. MENDES, D. DONEDA, “Reflexões iniciais sobre a nova Lei Geral de Proteção de Dados”, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, Revista dos Tribunais, núm. 120, nov./dez., 2018, pp. 469/483.

M. CASTELLS, *A Galáxia da Internet: reflexões sobre a Internet, os negócios e a sociedade*, Zahar, Rio de Janeiro, 2003.

M. FOUCAULT, *Vigiar e punir: nascimento da prisão*, Vozes, Petrópolis, 1987.

M. GALÁN JUAREZ, *Intimidad, Nuevas dimensiones de un nuevo derecho*, Editorial Universitaria Ramón Areces & Servicio de Publicaciones de la Universidad Rey Juan Carlos I, Madrid, 2005, p. 79 ss.;

M. GARCÍA MORENTE, *Ensayo sobre la vida privada*, Facultad de Filosofía de la Universidad Complutense, Madrid, 1992.

MÉXICO, Cámara de Diputados. *Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados*. [consultado 23 abr. 2019]. Disponible en: [http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=O&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml\\_no\\_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes](http://buscam.diputados.gob.mx/search?q=protecci%F3n+de+datos+personales&btnG=buscar&entqr=O&sort=date%3AD%3AL%3Ad1&output=xml_no_dtd&client=diputados&ud=1&oe=ISO-8859-1&ie=ISO-8859-1&proxystylesheet=diputados&site=leyes).

N. J. ZAMBAM, “Bases informacionais transparentes: vitalidade da democracia e da justiça social”, en *Revista Novos Estudos Jurídicos*, núm. 2, 2017, p. 512-543.

OEA, Organización dos Estados Americanos. *Ley n. 25.326, de 30 de octubre de 2000*, Ley de Protección de los Datos Personales [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible en: [https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg\\_ley25326.pdf](https://www.oas.org/juridico/pdfs/arg_ley25326.pdf).

OEA, Organización dos Estados Americanos. *Ley n. 8.968, de 05 de setiembre de 2011*. Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: [http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Per-](http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/CR4%20Ley%20de%20Protecci%C3%B3n%20de%20la%20Persona%20frente%20al%20Tratamiento%20de%20sus%20Datos%20Personales.pdf)

P. RITTER-HELLBUSCH; J. NAUMANN, C. HOLTORF, “Der Gläserne Mensch – das Deutsche Hygiene-Museum als Ort des Wissensdialogs”, en S. SCHICKTANZ, J. NAUMANN (eds), *Bürgerkonferenz: Streitfall Gendiagnostik*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, 2003, pp.51-55. [consultado 10 abr. 2019]. Disponible: [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2\\_3#citeas](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-663-09456-2_3#citeas).

P. X SANDOVAL; J.P. COLOMÉ, “Facebook revela que deixou desprotegidos os dados de 50 milhões de clientes”, en *El País*, edición de 28 set. 2018. [consultado 08 abr. 2019.] Disponible en: [https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776\\_573711.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2018/09/28/tecnologia/1538153776_573711.html).

PANAMA, Cámara de Comercio, Industrias y Agricultura de Panamá. *Ley n. 81, de 29 de marzo de 2019, Protección de Datos Personales*. [consultado 23 de abril 2019]. Disponible en: <https://www.panacamara.com/ley-81-de-2019/>.

PERU, Ministerio de Justicia. *Ley n. 29.733, de 03 de Julio de 2011. Ley de protección de datos personales*. [consultado 23 de abr. de 2019]. Disponible: <https://www.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2013/04/LEY-29733.pdf>.

PORTAL G1. Entenda o caso de Edward Snowden, que revelou espionagem dos EUA. [consultado 20 abril 2020]. Disponible: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2013/07/entenda-o-caso-de-edward-snowden-que-revelou-espionagem-dos-eua.html>.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Fundamentos constitucionais: o direito fundamental à proteção de dados pessoais, “in” Doneda ... [ et al.]* Coordenadores. *Tratado de proteção dos dados pessoais, 2ª reimpressão*. Rio de Janeiro: Forense, 2021, p.35.

S. NORA et al, *Informe Nora Minc: la informatización en la sociedad, 1ª reimp. de la 1ª ed., Madrid, 1982*.

Sentencia del Tribunal de Justiça de la Unión Europea (STJUE), Google Español contra Agencia Española de Protección de datos, de 13 mayo de 2014, Acórdão n. C-131/12.

T. LIMBERGER, *Cibertransparência: informação pública em rede – a virtualidade e suas repercussões na realidade*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2016, p. 58.

T. LIMBERGER, *O Direito à Intimidade na Era da Informática: A necessidade de proteção dos dados pessoais*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, p. 60-62.

URUGUAY. *Ley 40/2015, de 2 de octubre, Ley de Protección de Datos Personales*. Centro de Información Oficial. [consultado 23 de abril de 2019]. Disponible en:

<https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18331-2008>



# CONTROL DEL TRIBUNAL DE CUENTAS EN MATERIA DE ÉTICA PÚBLICA

Ximena Pinto Nerón.

Profesor Asistente de Derecho Administrativo (Facultad de Derecho, Universidad de la República). Magíster en Derecho Administrativo Económico, por la Universidad de Montevideo y en Derecho de la Contratación Pública, por la Universidad de Castilla La Mancha (España).

## 1. HOMENAJE AL PROFESOR FELIPE ROTONDO TORNARÍA

El Profesor Felipe Rotondo Tornaría recibe hoy su tan merecido homenaje, siendo un honor poder ser parte del mismo.

Todos conocemos al Profesor como un gran docente universitario, abogado y consultor, protagonista de una carrera profesional y académica destacable. Su búsqueda por el conocimiento y la actualización constante para el saber, se enmarca en un cultivo permanente del ser, desarrollando su trabajo incansable con esfuerzo y humildad, fomentando valores en cada tarea que emprende.

Consultar al Profesor Rotondo sobre un tema de Derecho Administrativo es como utilizar un buscador online para cosas de la vida cotidiana. El mismo, ante una pregunta, sin vacilar y en el instante tiene la respuesta para cualquier inquietud, y además siempre genera nuevas interrogantes sobre los temas, demostrando así su espíritu crítico y su conocimiento de la profundidad del Derecho, generando en el interlocutor nuevas miradas sobre los aspectos que se plantean.

Quienes tenemos el beneplácito y la honra de tratarlo personalmente, conocemos también a Felipe a secas, nuestro referente, portador de la palabra correcta en el momento oportuno, quien no

escatima esfuerzos en ayudar y colaborar en todo cuanto se encuentre a su alcance.

Felipe es honesto, empático, dueño de un bajo perfil con el que demuestra a cada paso su grandeza y bonhomía.

En lo personal, la vida me regaló el gran honor de ser su Ayudante cuando desempeñó el cargo de Director del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la UdelaR, siendo el Profesor Carlos Labaure el Secretario. Allí pude ser testigo directo no sólo de las cualidades referidas precedentemente, sino también de su capacidad para la gestión, la que desempeñó con proactividad y una mirada horizontal, con el máximo respeto hacia todos sus compañeros, donde impartió enseñanzas profesionales y personales en forma permanente.

Hoy la vida me regala el honor de formar parte de un homenaje justo y merecido, que nos permite a todos demostrarle el agradecimiento eterno a Felipe por su contribución diaria al Derecho Administrativo, y en lo personal, me permite agradecerle públicamente a mi Maestro, Profesor e incondicional amigo.

## **2. CONTROL Y ÉTICA PÚBLICA**

La temática referente al control es una de las más importantes en el Derecho Administrativo, especialmente en lo que refiere a la actividad estatal.

Y es que para contar con una Administración Pública que brinde el servicio que debe brindar, es necesario contar con controles que permitan prevenir, detectar y sancionar posibles desvíos respecto del deber ser.

Como señala el Profesor Felipe Rotondo *“El control implica la supervisión de las actividades cumplidas o que se cumplen en base a determinados patrones o estándares; habilita el ajuste o la*

*corrección de errores o desviaciones y, mejor aún, su prevención, con incidencia en las actividades en sí mismas o en quienes las efectúan, teniendo presente, en visión técnica, la planificación previa y en visión jurídica, no opuesta a la anterior, el respeto de las reglas de derecho, sean principios o normas”.*

En materia de ética pública los controles adquieren una relevancia singular. Tal como señala el Profesor Español Jaime Rodríguez Arana la ética pública consiste en la *“ciencia de la actuación de los funcionarios orientados al servicio público, al servicio de los ciudadanos, es decir que “en una palabra, la Ética de la función pública es la ciencia del servicio público”*<sup>2</sup>

En ese ámbito, resulta imprescindible contar con controles que permitan cotejar el apego del ser al deber ser en el obrar diario de los servidores públicos.

Ello adquiere una relevancia singular si referimos al manejo de fondos públicos por parte de quienes prestan tareas para la Administración Pública, siendo que los sectores de actuación donde ello ocurre son considerados “bandera roja” en materia de corrupción, por ser propensos a que puedan existir desvíos, por lo cual en esos casos el estándar ético debe ser incluso más elevado.

De esta forma, el control en materia de ética pública adquiere una relevancia singular, dado que la fiscalización no solo permite detectar irregularidades y disciplinar al respecto, sino que también genera un efecto persuasivo y disuasivo.

Como señala el Dr. Manrique Eguren *“el control del manejo de los fondos públicos por parte de los administradores, puede efectuarse por la propia Administración, mediante la actuación de*

---

<sup>1</sup> ROTONDO TORNARÍA, FELIPE. “Noción de control. Su relevancia institucional”, en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2017, Pág. 11.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ ARANA, JAIME. “Sobre ética pública en la Administración Pública”, Anuario de Derecho Administrativo, Tomo IX, Año 2002, Pág. 59.

*dependencias técnicas destinadas a esa tarea. Pero además de ese control interno -de dudable importancia- existe el control externo, que es realizado por entidades no dependientes de la Administración controlada, en atención a la necesidad de que el mismo sea ejercicio por órganos autónomos, no sometidos a la jerarquía de quienes son fiscalizados”<sup>3</sup>*

De esta manera, además de los controles internos donde resulta importante verificar el cumplimiento de la normativa vigente, en especial en materia de los principios y prohibiciones imperantes, resulta de enorme trascendencia el control externo, por las características que el mismo reviste.

En Uruguay, el Tribunal de Cuentas conforma la Entidad Fiscalizadora Superior (EFS) del país, por lo que procuraremos determinar el alcance del control que dicho Organismo efectúa en materia de ética pública, en especial en lo referido al empleo de fondos públicos.

### **3. TRIBUNAL DE CUENTAS**

#### **3.1. NATURALEZA JURÍDICA Y COMETIDOS**

El Tribunal de Cuentas de la República, tiene a su cargo el contralor externo de la legalidad de la gestión económico - financiera del Estado.

Se ha señalado que el Tribunal es un “*órgano constitucional por su origen, competencia y creación. Atendiendo a la función, es un órgano exclusivamente de contralor administrativo*”<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> EGUREN, MANRIQUE. “El Tribunal de Cuentas”, Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo-Uruguay, Año 2009, Pág. 15

<sup>4</sup> PRAT, JULIO A. “Derecho Administrativo”, Tomo 5, Volúmen 2, Editorial Acali, Año 1982, Pág. 159.

En nuestro país, dicho contralor se efectiviza de formas diferentes, destacándose tres especies del mismo en clasificación que atiende al momento en que dicho contralor se realiza. Así, encontramos:

- a) contralor preventivo.
- b) contralor permanente.
- c) contralor a posteriori.

El **contralor preventivo**, consagrado en virtud de lo dispuesto en el Artículo 211 Lit. B) de la Constitución de la República, implica que el Tribunal deberá intervenir preventivamente en los gastos y pagos, al sólo efecto de certificar la legalidad, haciendo, en su caso, las observaciones correspondientes.

El **contralor permanente**, se encuentra establecido con carácter amplio, y se efectiviza respecto de todas las personas públicas estatales. En efecto, el Artículo 211 Lit. E) de nuestra Carta Magna dispone, como competencia del Tribunal de Cuentas, el “*intervenir en todo lo relativo a la gestión financiera de los órganos del Estado, Gobiernos Departamentales, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, y denunciar, ante quien corresponda, todas las irregularidades en el manejo de fondos públicos e infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad*”.

El **contralor a posteriori**, por su parte, es recogido en los Artículos 211 Lit. C) y D) de la Constitución, así como en el Artículo 192 inciso final de dicho cuerpo normativo. El mismo consiste en el contralor respecto de rendiciones de cuentas<sup>5</sup> y gestiones así como de las acciones correspondientes en caso de responsabilidad.

Nos encontramos así ante un órgano cuya actividad resulta trascendente al ejercer el control, mecanismo imprescindible en un Estado de Derecho como el nuestro. Como ha señalado prestigiosa

---

<sup>5</sup> Ver ZAK GODOY, PABLO Y PINTO NERÓN, XIMENA. “Sociedades privadas estatales y su control por el Tribunal de Cuentas”, publicado en el Anuario de Derecho Administrativo, Tomo XVI, FCU, Año 2010.

doctrina, el Tribunal de Cuentas “como órgano de la persona jurídica Estado, encabeza el sistema orgánico de contralor externo de la gestión financiera estatal en sentido lato...”<sup>6</sup>

Al respecto, el Profesor Rotondo expresa: “En este caso los controlados son órganos que integran la misma persona jurídica, esto es el Estado persona pública mayor, y órganos pertenecientes al resto de la organización estatal ya sea entidades descentralizadas por servicio (entes autónomos y servicios descentralizados) o descentralizados por territorio (gobiernos departamentales). Este control se ha asumido como control externo, pues, aun en los casos que el controlado pertenece a la misma persona jurídica que le controlante, integran diferentes sistemas orgánicos. Y, también en todos los casos, la actividad controlada es actividad administrativa y el control se cumple ejercitando función administrativa”<sup>7</sup>

La trascendencia de dicho control también es manifestada por Justino Jiménez de Aréchaga, quien afirma que nos encontramos ante “un resorte necesario en el mecanismo interno de cualquier Estado, un sistema de servicios administrativos encargados de contralorear la percepción y la aplicación de los recursos arbitrados por las leyes para hacer posible el funcionamiento del Estado mismo”<sup>8</sup>

### **3.2. CONTROL Y ASESORAMIENTO EN MATERIA DE ÉTICA PÚBLICA**

El Tribunal de Cuentas realiza tareas tanto de control como de asesoramiento en materia de ética pública.

---

6 DELPIAZZO, CARLOS E. “Tribunal de Cuentas”, Ed. AMF, 1ª Edición, Diciembre 1981, Pág. 45

7 ROTONDO TORNARÍA, FELIPE. “Noción de control. Su relevancia institucional”, en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2017, Págs 25 - 26.

8 JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, JUSTINO. “La Constitución Nacional” Tomo VII, Versión taquigráfica de Rubens Piras Ginella, Octubre 1947, Pág. 194.

La intervención preventiva de gastos y pagos que efectúa, sin lugar a dudas permite vislumbrar el cumplimiento de la normativa vigente (también en ética pública), por parte de los funcionarios actuantes.

De la misma forma en el control permanente y a posteriori, el Tribunal de Cuentas tiene los elementos para realizar el análisis del cumplimiento de las disposiciones imperantes en la materia.

Cabe destacar que en Uruguay, los **Artículos 137 a 148 del Texto Ordenado de Contabilidad y Administración Financiera (T.O.C.A.F.)** regulan la Responsabilidad Financiero Contable.

El Artículo 137 del T.O.C.A.F.<sup>9</sup> preceptúa: *“La responsabilidad administrativa en materia financiero contable alcanza a todos los funcionarios públicos con tareas o funciones vinculadas a la gestión del patrimonio del Estado. Alcanza además a los jefes y empleados de las entidades o personas públicas no estatales que utilicen indebidamente fondos públicos, o administren incorrectamente bienes del Estado, en lo pertinente.*

*Alcanza además a los funcionarios de control que hubiesen intervenido el acto ilegal o irregular, o no se hubieran opuesto al mismo, así como a las entidades o personas no estatales y sus directores o empleados que utilicen indebidamente fondos públicos, o administren incorrectamente bienes del Estado, en lo pertinente.*

*La responsabilidad administrativa se genera por el apartamiento de las normas aplicables, de los objetivos y metas previstos, y el apartamiento inexcusable de los principios y procedimientos de buena administración, en todos los casos en lo relativo al manejo de dineros o valores públicos y a la custodia o administración de bienes estatales.*

---

<sup>9</sup> FUENTE: Artículo 572 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87, y Artículo 53 de la Ley N° 16.736, de 5/1/96.

*Las transgresiones a las disposiciones de la presente ley constituyen faltas administrativas, aún cuando no ocasionen perjuicios económicos al Estado. Las responsabilidades se graduarán conforme a la jerarquía del infractor y a su nivel de responsabilidad en la materia. En todos los casos los infractores estarán sujetos a las sanciones administrativas o disciplinarias aplicables y, cuando corresponda, a las responsabilidades civiles, penales o políticas emergentes, de conformidad con las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias vigentes y las que se establecen en los artículos siguientes.”*

De esta forma, resulta trascendente determinar el ámbito de actuación del Tribunal de Cuentas en lo referido a la responsabilidad administrativa en materia financiero contable, y su impacto en los procedimientos disciplinarios, así como en los procesos judiciales, destacándose los siguientes aspectos:

**a) Control del desarrollo y conclusiones de sumarios y adopción de medidas:** El Artículo 140 del T.O.C.A.F.<sup>10</sup> establece que el Tribunal de Cuentas podrá controlar el desarrollo y conclusiones de los sumarios que se efectúen ante la presunta existencia de irregularidades en el manejo de fondos públicos, pudiendo controlar la efectiva adopción de las medidas administrativas, disciplinarias y judiciales que se adopten. La norma prevé que a esos efectos, el Tribunal podrá solicitar la remisión de los expedientes administrativos y tendrá acceso a toda la documentación e información.

**b) Dictamen preceptivo en sumarios por irregularidades de fondos públicos:** El Artículo 146 Incisos 1º y 2º del T.O.C.A.F.<sup>11</sup> prevé el dictamen preceptivo del Tribunal de Cuentas, en los casos de sumarios llevados adelante para la comprobación de la existencia de irregularidades en el manejo de fondos públicos. A esos efectos, la autoridad administrativa competente - una vez producido el informe y las conclusiones del sumariante - requerirá el dictamen del

---

<sup>10</sup> FUENTE: Artículo 575 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87.

<sup>11</sup> FUENTE: Artículo 581 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87.



Tribunal de Cuentas, remitiéndole todos los antecedentes, a efectos de una más precisa determinación de las responsabilidades emergentes. Dicho dictamen establecerá si el o los gestores de la Hacienda Pública involucrados han incurrido o no en falta que determine su responsabilidad, la naturaleza y entidad de ésta, y en su caso la cuantía de los daños o perjuicios eventualmente ocasionados al erario.

**c) Solicitud de dictamen por parte de jueces ordinarios:** El Artículo 146 Inciso 3° del T.O.C.A.F.<sup>12</sup> prevé que en los casos en que las responsabilidades deban ser determinadas o hacerse efectivas en proceso judicial tramitado ante la justicia ordinaria, los jueces competentes en materia civil o penal pueden solicitar el dictamen del Tribunal de Cuentas a los mismos efectos que los referidos en los Incisos 1° y 2° de dicha norma.

**d) Solicitud de asesoramiento por parte del Poder Legislativo:** El Artículo 146 Inciso 4° del T.O.C.A.F.<sup>13</sup> dispone que la Asamblea General o cualquiera de sus Cámaras puede solicitar asesoramiento del Tribunal de Cuentas, en los casos en que los procedimientos disciplinarios o judiciales de responsabilidad debieran recaer sobre ordenadores primarios o jefes que por la Constitución de la República o las leyes deben ser sometidos a previo juicio político.

**e) Posibilidad de efectuar informe circunstanciado al jefe del Organismo controlado:** El Artículo 141 del T.O.C.A.F.<sup>14</sup> prevé que en los casos en que el Tribunal de Cuentas, en ocasión u oportunidad de dictaminar e informar respecto de las rendiciones de cuentas o del control que ejerce sobre la gestión de todos los Organismos del Estado, compruebe u obtenga presunciones fundadas sobre irregularidades en el manejo de fondos públicos o infracciones a las leyes de presupuesto y contabilidad, lo comunicará al jefe u ordenador respectivo, mediante informe circunstanciado

---

<sup>12</sup> FUENTE: Artículo 581 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87.

<sup>13</sup> FUENTE: Artículo 581 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87.

<sup>14</sup> FUENTE: Artículo 576 de la Ley N° 15.903 de 10/11/87.

exponiendo las consideraciones y observaciones pertinentes, así como las acciones correspondientes para hacer efectivas las responsabilidades del caso.

Los citados son algunos ejemplos de la actuación del Tribunal de Cuentas en materia de control y de asesoramiento que se vincula con la Ética pública.

### **3.3. CONTROL AL RECIBIR COMUNICACIONES SOBRE IRREGULARIDADES**

Por Ley No. 19.823 del 19/8/19, se sancionó un Código de Ética en la Función Pública, de carácter general para todo aquel que desempeña función pública.

El mismo consagra disposiciones de gran trascendencia, destacándose un elenco de principios y prohibiciones en el obrar ético.

El Artículo 40 de dicho Código de Ética, bajo el acápite “Denuncia de irregularidades o prácticas corruptas” preceptúa en sus dos primeros incisos: *“Todo funcionario público está obligado a denunciar irregularidades o prácticas corruptas de que tuviere conocimiento por razón de sus funciones, de las que se cometieren en su repartición o cuyos efectos ella experimentare particularmente.*

*Asimismo, deberá recibir y dar trámite a las denuncias que se le formularen al respecto. En uno y otro caso, las pondrá en conocimiento de sus superiores jerárquicos.”*

De esta forma, todo funcionario público debe denunciar irregularidades, así como recibir y dar trámite a las denuncias que le formulen, siendo que la omisión en cumplir este deber es pasible de hacer incurrir al funcionario en falta administrativa.

Por su parte, el inciso 3 del Artículo 40 de la Ley No. 19.823 establece que *“Si se tratare de irregularidades que pudieren causar*

*perjuicios económicos, el funcionario público está obligado a comunicarlo por escrito a su superior jerárquico y al Tribunal de Cuentas de la República.”*

En virtud de esta norma, la obligación del funcionario público implica que en caso de irregularidades de contenido económico que son susceptibles de generar perjuicios a la Administración, se debe cursar comunicación al superior jerárquico en el ámbito interno, así como también al órgano externo de contralor Tribunal de Cuentas.

Resulta importante tener en cuenta que la norma no establece que la irregularidad efectivamente haya causado un daño económico para que nazca la obligación de comunicarlo al Tribunal de Cuentas, sino que basta con que la situación implique que pudiera eventualmente producirse un daño de naturaleza económica para tener que ponerlo en conocimiento.

Por todo lo expuesto, el Tribunal de Cuentas en el ámbito del cumplimiento de sus cometidos deberá actuar aún cuando no exista un perjuicio económico cierto para la Administración. Al respecto, el Artículo 12 inciso 1º de la Ley No. 19.823 dispone: *“Se entiende que existe corrupción, entre otros casos, en el uso indebido del poder público o de la función pública, para obtener directa o indirectamente un provecho económico o de cualquier otra naturaleza para sí o para otro, se haya causado o no un daño al Estado o a la persona pública no estatal.”*

Ello resulta coincidente con la previsión del Artículo 137 del TOCAF, que prevé que las transgresiones a las disposiciones de contabilidad y administración financiera constituyen faltas administrativas, aún cuando no ocasionen perjuicios económicos al Estado.

Dichas disposiciones impactan en forma directa en la actuación del Tribunal de Cuentas que, como órgano externo máximo de control de la hacienda pública, en los casos en que toma conocimiento de una situación irregular no puede desconocer el alcance del

concepto de corrupción y de la posible configuración de falta administrativa aún cuando no exista perjuicio efectivo para el erario público.

### **3.4. MECANISMO DE CONSULTA VINCULANTE**

Resulta necesario destacar el mecanismo de la **Consulta Vinculante** a cargo del Tribunal de Cuentas, mecanismo que tiene una importancia singular al configurar un instrumento preventivo. La normativa a tener presente para emitir una consulta de este tipo, es la siguiente:

#### **a) Artículo 112 del T.O.C.A.F.**<sup>15</sup>

Dicha norma establece que el Tribunal de Cuentas evacuará las consultas que le formulen por escrito los organismos públicos, cuyo efecto será vinculante en el caso concreto y publicará periódicamente las consultas de interés general, así como otros dictámenes, ordenanzas y normas vigentes.

Como surge de la disposición, las consultas pueden ser formuladas por los diversos Organismos Públicos, lo que a mi entender comprende tanto a los Organismos Públicos Estatales, como a las Personas Públicas No Estatales.

#### **b) Resolución del Tribunal de Cuentas de fecha 30/6/04**

Se dispuso que las consultas formuladas por los Organismos Públicos deben ajustarse a las siguientes exigencias:

1.- Deben provenir del Jerarca máximo de la Administración de que se trate, referir a un caso concreto y versar exclusivamente sobre temas comprendidos en la especialidad orgánica del Tribunal,

---

<sup>15</sup> FUENTE: Ley N° 15.903 de 10/11/87, con el agregado del Artículo 659 de la Ley N° 16.170 de fecha 28/12/90. Con anterioridad al 1/6/12, sistematizado como Artículo 95 del T.O.C.A.F.

abarcando aspectos legales y de auditoría de la actividad financiera contable de aquélla.<sup>16</sup>

2.- Su formulación debe efectuarse por escrito y acompañadas por la opinión de los servicios técnicos del Organismo consultante.

3.- Se deberá especificar con precisión cuál es su objeto y motivo, detallando el o los puntos que generan dudas.

La Resolución mencionada establece que las consultas tendrán carácter vinculante para el caso concreto, tanto para quien la formula como para el Tribunal de Cuentas, es decir que el Organismo consultante no podrá apartarse de las conclusiones del Órgano de control ni éste podrá emitir posteriormente una opinión distinta, referida al mismo caso, salvo que surjan elementos nuevos que ameriten nueva consideración del tema.

Asimismo se establece que el instituto de la consulta no puede enervar, alterar ni menoscabar los efectos del contralor externo de legalidad atribuidos al Tribunal de Cuentas por normas constitucionales y legales, por lo cual no debe implicar un prejuzgamiento.

Tal como señala el Dr. Manrique Eguren, debe diferenciarse esta Consulta Vinculante que pueden formular los Organismos Públicos, de las consultas que pueden realizar los Contadores Delegados del propio Tribunal, los que tienen una regulación específica, contenida en especial, en la Ordenanza N° 64 que en su Artículo 15

---

16 Uno de los elementos fundamentales consiste en que la Consulta provenga del Jерarca Máximo de la Administración pertinente, siendo que, tal como señala el Dr. Manrique Eguren, "no puede formular una consulta al Tribunal de Cuentas, un funcionario jerarquizado de la Administración Pública; el cual en su caso, debe canalizarla a través de las dependencias internas del organismo, y luego, si el jerarca entiende conveniente requerir la opinión del Tribunal de Cuentas, dirige la consulta a éste" EGUREN, MANRIQUE. "El Tribunal de Cuentas", Ed. FCU, 1 Edición, Montevideo, Diciembre 2009, Pág. 71.

dispone que ante la existencia de dudas, éstos pueden consultar el Tribunal de Cuentas remitiendo los antecedentes del caso.<sup>17</sup>

### **c) Resolución del Tribunal de Cuentas de fecha 16/3/05**

Dispone que dentro de los cuatro meses de evacuada cada consulta vinculante los Organismos consultantes deberán informar al Tribunal sobre la aplicación del pronunciamiento realizado, sin perjuicio del control que pueda disponer dicho Organismo de control.

Como se indicó precedentemente, el mecanismo de Consulta Vinculante es un instrumento de gran trascendencia, pues le permite a los diversos Organismos Públicos contar con elementos que le brindan seguridad jurídica en su accionar.

Dentro de las Consultas Vinculantes del Tribunal de Cuentas - las que se encuentran disponibles al público en general al estar publicadas en la Página Web del Organismo - se destacan algunas de ellas que refieren a la temática que nos ocupa.

Ejemplo de ello es la Consulta que fuera remitida por la Administración de los Servicios de Salud del Estado (ASSE), la que solicitó al Tribunal de Cuentas que se expidiera sobre los instrumentos a generar para asegurar el cumplimiento del Decreto N° 30/003, el cual contiene las normas de conducta en la función pública, preguntando en especial acerca de los mecanismos para evitar posibles conflictos de intereses en situaciones que involucren a trabajadores dependientes de la Administración referida y que, asimismo, desarrollen actividad en el ámbito privado.

El Tribunal de Cuentas, por Resolución N° 3827/16 dictada en Sesión del 3/11/16, evacuó la consulta <sup>18</sup>, indicando que en el ámbito

---

17 EGUREN, MANRIQUE. "El Tribunal de Cuentas", Ed. FCU, 1ª Edición, Montevideo, Diciembre 2009, Pág. 71.

18 Obtenida con fecha 10/3/19 en: <http://www.tcr.gub.uy/resoluciones.php?tipo=tribunal>

de la contratación pública, ASSE podría utilizar los siguientes instrumentos:

- Control en el Registro Único de Proveedores del Estado (RUPE), de la información de los proveedores de la Administración, de donde surgen los nombres de Directores, Socios y Representantes, lo cual es necesario para analizar la capacidad para contratar (Artículo 46 del T.O.C.A.F.)

- Inclusión en los Pliegos de Condiciones Particulares que redacte la Administración, como requisito de admisibilidad, de la obligación para las empresas que se presenten de presentar declaración jurada de que no ingresan en la incompatibilidad prevista en el Artículo 46 del T.O.C.A.F.

- Mecanismo de rotación de funcionarios públicos que cumplen funciones en las reparticiones encargadas de la adquisición de bienes y servicios.

- Mecanismo de declaración jurada de implicancias a efectos de conocer las vinculaciones de sus funcionarios.

El caso referido constituye un claro ejemplo de la importancia del instituto de la Consulta Vinculante en materia de ética pública, donde el máximo órgano de control del Estado ayuda al cumplimiento del principio de seguridad jurídica, otorgando elementos para un buen obrar en el ámbito público.

## **4. REFLEXIONES FINALES**

En un Estado de Derecho resulta elemental que la Administración Pública se desempeñe en el ámbito del cumplimiento del principio de legalidad. Para ello, resulta imprescindible que quienes prestan funciones para la Administración, actúen de acuerdo al haz de juridicidad con el más alto nivel ético.

La exigencia ética se incrementa en ciertos sectores de actuación, como ser aquellos en los cuales se manejan fondos públicos, ya que por su propia naturaleza, son propensos a que se puedan producir prácticas indebidas o corruptas. En ese ámbito resulta de enorme trascendencia la actuación de los Organismos de control, tanto el órgano de control superior en materia de ética pública<sup>19</sup>, como el de control externo de la hacienda pública, este último objeto de la presente ponencia.

El Tribunal de Cuentas, como Entidad Fiscalizadora Superior (EFS), tiene cometidos importantes, especialmente de control y asesoramiento. No obstante, resulta necesario reforzar los mecanismos de control, de los que muchas veces la Administración Pública pretende escapar.

Sería necesario reforzar las Instituciones con competencia en la materia a efectos de lograr instancias de prevención y detección, lo que requiere dotarlas de los recursos necesarios para poder afrontar los cometidos.

Pero ello no resulta suficiente. Es necesario que los Organismos de control y los funcionarios que las integran sean conscientes del gran valor de su trabajo que los erige en aplicadores del Derecho Administrativo como garante de la Ética Pública, así como es imprescindible que la población acompañe dicho obrar.

El prevenir, detectar, sancionar y erradicar la corrupción es una tarea de todos. Ha llegado el momento de tomar conciencia de la necesidad de asumir un rol protagónico en la materia, siendo que nuestro accionar diario como integrantes de la sociedad, debe procurar el efectivo cumplimiento de los principios que rigen el obrar público, con una actuación de los órganos de control efectivo y

---

<sup>19</sup> En Uruguay el órgano de control superior es la Junta de Transparencia y Ética Pública (JUTEP). Al respecto, ver en PINTO NERÓN, XIMENA. "Junta de Transparencia y Ética Pública" en "Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado", AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2017, Págs. 321 - 348.



eficiente que garantice una mejor Administración para la mejor vida de las personas.

Como indica el Profesor Rotondo al finalizar una ponencia sobre el control y su relevancia institucional, cabe recordar lo indicado por James Madison, en tanto: *“Si los hombres fuesen ángeles, ningún gobierno sería necesario. Si los ángeles gobernasen a los hombres, ningún control interno o externo sobre el gobierno sería necesario. Al constituir un gobierno que es administrado por hombres, la gran dificultad es la siguiente: se debe capacitar al gobierno para que controle a los gobernados pero se le debe también obligar a controlarse a sí mismo”*.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> ROTONDO TORNARÍA, FELIPE citando a Madison, James. El Federalista 1788, No 51, en “Noción de control. Su relevancia institucional”, publicado en “Control estatal sobre entidades públicas y las instrumentales de derecho privado”, AAVV, Felipe Rotondo (Coordinador), Ed. FCU, 1ª Edición, Noviembre de 2017, Pág. 20.

ISBN 979-88-01979-36-6



9 798801 979366 >

*AM* Alma mater