





# Estado & comunes

Revista de políticas y problemas públicos

N.º 14, volumen 1, enero-junio de 2022

ISSN impreso: 1390-8081

ISSN electrónico: 2477-9245

Issue 14, volume 1, January-June 2022

Quito-Ecuador



**INSTITUTO DE ALTOS ESTUDIOS NACIONALES**

LA UNIVERSIDAD DE POSGRADO DEL ESTADO

Estado & comunes  
Revista de políticas y problemas públicos  
N.º 14, volumen 1, enero-junio de 2022  
ISSN impreso: 1390-8081  
ISSN electrónico: 2477-9245  
Issue 14, volume 1, January-June 2022  
Quito-Ecuador

*Estado & comunes*, revista de políticas y problemas públicos, editada por el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), de Ecuador, es una publicación cuyo objetivo es la reflexión, generación y difusión del conocimiento científico desde las ciencias sociales y las políticas públicas, con especial énfasis en los problemas, el gobierno y la Administración pública, relaciones internacionales, derechos y justicia, economía pública, seguridad y defensa, bajo una perspectiva plural, interdisciplinaria e internacional. La revista está dirigida a la comunidad científica, docentes, investigadores, estudiantes de posgrado y todas aquellas personas interesadas en realizar aportes analíticos y académicos en el área de las ciencias sociales. *Estado & comunes* se publica de forma semestral en los meses de enero y julio.

Dirección editorial: Bolívar Lucio Naranjo  
Coord. de arbitraje científico: Javier Monroy Díaz  
Corrección de estilo: David Chocair Herrera  
Diagramación y portada: Gabriel Cisneros Venegas  
Asistencia editorial: Cristina Salcedo Rodríguez  
Impresión:  
Ejemplares: 0

IAEN, Ecuador  
Dirección: Av. Amazonas N37-271 y  
Villalengua, esq.  
<https://www.iaen.edu.ec/>  
[http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado\\_comunes](http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes)  
Correo electrónico: [estado.comunes@iaen.edu.ec](mailto:estado.comunes@iaen.edu.ec)  
Teléfono: +593-2 3829900

Los artículos publicados en la revista son de responsabilidad exclusiva de sus autores; no reflejan necesariamente el pensamiento de *Estado & comunes*.

El IAEN no retiene los derechos de reproducción y comunicación pública de sus artículos publicados con fines académicos e informativos, siempre que se mencione la fuente del original.

Esta publicación aporta insumos académicos para el debate de políticas públicas en Ecuador y otros países de la región, en correspondencia con la misión del Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), la universidad de posgrado del Estado.



Revista aprobada por el Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior, Ecuador 2020.

Envío de artículos, información, pedidos y distribución: [estado.comunes@iaen.edu.ec](mailto:estado.comunes@iaen.edu.ec)

Estados & comunes, revista de políticas y problemas públicos n.º 14. Vol. 1 / Instituto de Altos Estudios Nacionales-IAEN. — 1.ª ed. — Quito: Editorial IAEN, 2022.

Tamaño 18 cm x 25 cm, 232 p.

Enero-junio de 2022

Semestral

ISSN impreso: 1390-8081

ISSN electrónico: 2477-9245

Issue 14, volume 1, January-June 2022

1. Administración pública.
2. Administración de la justicia-Ecuador
3. Acción (derecho) Ecuador.
4. Acción de protección-Ecuador (sugerido)
5. Derecho administrativo.
6. Transparencia.
7. Estado.
8. Derechos humanos.
9. Derechos sociales.
10. Presupuesto público.
11. Principio de legalidad.
12. Gestión pública.
13. Tecnologías de información y comunicación.
14. Política forestal-Chile.
15. Gobierno abierto-Ecuador.
16. Participación ciudadana.
17. Contratación pública (sugerida).
18. Derecho a la educación.
19. Políticas públicas.
20. Necropolítica.
21. Biopolítica.
22. Entrevistas.
23. Ecuador.
24. Sudáfrica.
25. América Latina.
26. Chile. I. Título



CC BY-NC-SA

Esta licencia permite compartir-copiar, distribuir, ejecutar y comunicar públicamente la obra, y hacer obras derivadas.

**Rector del Instituto de Altos Estudios Nacionales:** Eduardo Haro Ayerve

**Director de Estado & comunes:** Jhoel Escudero Soliz

**Editor de Estado & comunes:** Javier Monroy Díaz

**Coordinadores del Tema central:** María José Narváez y José Rafael Blandria García

### **Equipo editorial asociado**

- Grace Jaramillo Gutiérrez — The University of British Columbia — Canadá — grace.jaramillo@ubc.ca
- Juan Manuel García Samaniego — Consejo de Aseguramiento de la Calidad de la Educación Superior — Ecuador — manuel.garcia@caces.gob.ec
- Palmira Ríos González — Universidad de Puerto Rico — Puerto Rico — palmira.rios@upr.edu

### **Comité asesor internacional**

- Almudena Cortés — Universidad Complutense de Madrid — España — Almudena.cortes@cps.ucm.es
- Andrés Mejía Acosta — King's College London — Reino Unido — Andres.mejia@kcl.ac.uk
- Arduino Tomasi Adams — London School of Economics — Reino Unido — A.A.Tomasi@lse.ac.uk
- Beatriz Zepeda Rivera — Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales — Guatemala — bzepeda@flacso.edu.gt
- Claudia Zilla — Stiftung Wissenschaft und Politik German Institute — Alemania — claudia.zilla@swp-berlin.org
- Gonzalo Ramírez Cleves — Universidad Externado de Colombia — Colombia — gonzalo.ramirez@uexternado.edu.co
- Jan Ickler — University of Kassel — Alemania — J.ickler@uni-kassel.de
- José Castro-Sotomayor — University California Channel Islands — Estados Unidos — jcs@csuci.edu
- Lucía Dammert — Universidad Católica de Chile — Chile — lucia.dammert@gmail.com
- Luis Terán — University of Fribourg — Suiza — luis.teran@unifr.ch
- Patricia Baeza Cabezas — Universidad de Aysén — Chile — mpatricia.baeza@uaysen.cl

*Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos* es parte de las siguientes bases de datos, indexadores e índices:



Google Académico. Motor de búsqueda web.



Latindex. Sistema Regional de Información en Línea para Revistas Científicas, de América Latina, el Caribe, España y Portugal. México.



MIAR. Matriz de Información para el Análisis de Revistas. Universitat de Barcelona. España.



ROAD. Directory of Open Access Scholarly Resources. Francia.



Dialnet. Universidad de La Rioja. España.



Redib. Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico. España.



DOAJ. Directory of Open Access Journals. Reino Unido.



BASE. Bielefeld Academic Search Engine. Alemania.



Biblat. Bibliografía Latinoamericana. México.



Clase. Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades. México.

## ***Estado & comunes***

**E**l conjunto de procesos de toma de decisiones para regular la vida pública puede ser contradictorio y complejo. De forma constante, se movilizan más recursos políticos, administrativos, democráticos y culturales para adoptar resoluciones que hacen posible reproducir la vida social. Ese conjunto de decisiones puede ser examinado por la ciudadanía, que analiza tanto la actuación del Estado y de las élites que lo dirigen, como la relación del Estado con los ciudadanos y lo común.

La potencia del Estado es percibida como un instrumento de reorganización social demasiado significativo como para limitarla al mecanismo de la democracia formal, la secuencia electoral privada de toda sustancia participativa y los circuitos de especialistas dotados de una razón burocrática, quizá ligada a intereses de poder. El Estado no solo codifica lo público, sino que es también un elemento crucial para pensar lo común, lo que ya no puede estar al azar de la composición de una opción política, grupo de poder o élite.

El Estado es, además, ese conjunto de acciones que, a partir de una movilización popular, puede hallarse en condiciones de dirimir, desde la gestión colectiva, qué es público y qué es común, qué queda en manos de todos o qué es sometido a intereses parciales y excluyentes. La legitimación del Estado se produce, entonces, en torno a la discusión de lo que es público y de lo que es común, de lo que puede ser objeto de regulación estatal formal y lo que es posible más allá de la regulación de la gestión administrativa.

La revista *Estado & comunes* es un espacio de investigación en profundidad sobre estas problemáticas, sobre la capacidad de pensar el Estado, las políticas, la Administración pública más allá de las categorías más formales, de pensarlas a partir de conceptos que operen desde y hacia múltiples niveles.

## Estado & comunes

N.º 14, volumen 1, enero-junio de 2022

ISSN impreso: 1390-8081

ISSN electrónico: 2477-9245

Quito-Ecuador

## Sumario

### Tema central

Presentación del Tema central .....	13
<i>María José Narváez Álvarez y José Rafael Belandria García</i>	
Interrupción del plazo de caducidad de la acción subjetiva por interposición de una acción de protección en Ecuador .....	17
<i>Andrés Sebastián Moreta Neira y Juan Francisco Cárdenas Cifuentes</i>	
Principios constitucionales no convencionales de aplicación en el derecho administrativo y énfasis en el derecho electoral ecuatoriano ...	37
<i>Ricardo Fabricio Andrade Ureña</i>	
Política socioasistencial y programas de transferencia de renta: reformas institucionales y tecnológicas en América Latina .....	57
<i>María Laura Vecinday Garrido y Yoana Paola Carballo Perdomo</i>	
Presupuesto público y derechos sociales: perspectiva general sobre el cumplimiento de los derechos .....	75
<i>Lenin José Andara Suárez y Angello Javier Peña Barrios</i>	
Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina .....	95
<i>Jonás Eduardo Aponte Arcila</i>	
Posmodernidad, gestión pública y tecnologías de la información y comunicación en la Administración pública de Ecuador .....	113
<i>Xavier Barragán Martínez</i>	

### Coyuntura

Transparencia y controles democráticos en la política forestal de Chile, 2006-2016 .....	135
<i>Kiara Johanna Guerra Ayala</i>	
Gestión de procesos de negocio como mecanismo de transparencia y Gobierno abierto en entidades públicas de Ecuador entre 2016-2020 ...	155
<i>Juan Pablo Cubero Gomezjurado y Mathías Exequiel Valdez Duffau</i>	

Derecho a la educación en Latinoamérica ante la pandemia del covid-19: principales obstáculos y desafíos .....	175
<i>Juan Carlos Sánchez Lora</i>	
Constitucionalismo del desastre en Ecuador: conducta y sentencias estatales frente a la emergencia sanitaria del covid-19 .....	193
<i>Efrén Ernesto Guerrero Salgado y Felipe Rodríguez Estévez</i>	
Entrevistas	
Dos valores básicos que debe cumplir la Administración pública: la eficacia y el control	
Entrevista a Luis Martín Rebollo .....	213
<i>Por José Rafael Belandria García</i>	
Política editorial .....	225
Breve guía de estilo .....	228

## Estado & comunes

Issue 14, volume 1, January-June 2022

ISSN impreso: 1390-8081

ISSN electrónico: 2477-9245

Quito-Ecuador

## Summary

### Main Topic

Main topic presentation ..... 13

*María José Narváez Álvarez y José Rafael Belandria García*

Interruption of the expiry date to interpose the subjective action  
as a consequence of the interposition of a constitutional action ..... 17

*Andrés Sebastián Moreta Neira y Juan Francisco Cárdenas Cifuentes*

Non-conventional constitutional principles of application in  
administrative law and emphasis on Ecuadorian electoral law ..... 37

*Ricardo Fabricio Andrade Ureña*

Assistance policy and income transfer programs: institutional  
and technological reforms in Latin America ..... 57

*María Laura Vecinday Garrido y Yoana Paola Carballo Perdomo*

Public budget and social rights: general perspective  
on the enforcement of rights ..... 75

*Lenin José Andara Suárez y Angello Javier Peña Barrios*

Crisis of the principle of legality: recurring but  
necessary discussion in Latin America ..... 95

*Jonás Eduardo Aponte Arcila*

Postmodernity, public management and information and  
communication technologies in the Public Administration of Ecuador ... 113

*Xavier Barragán Martínez*

### Current situation

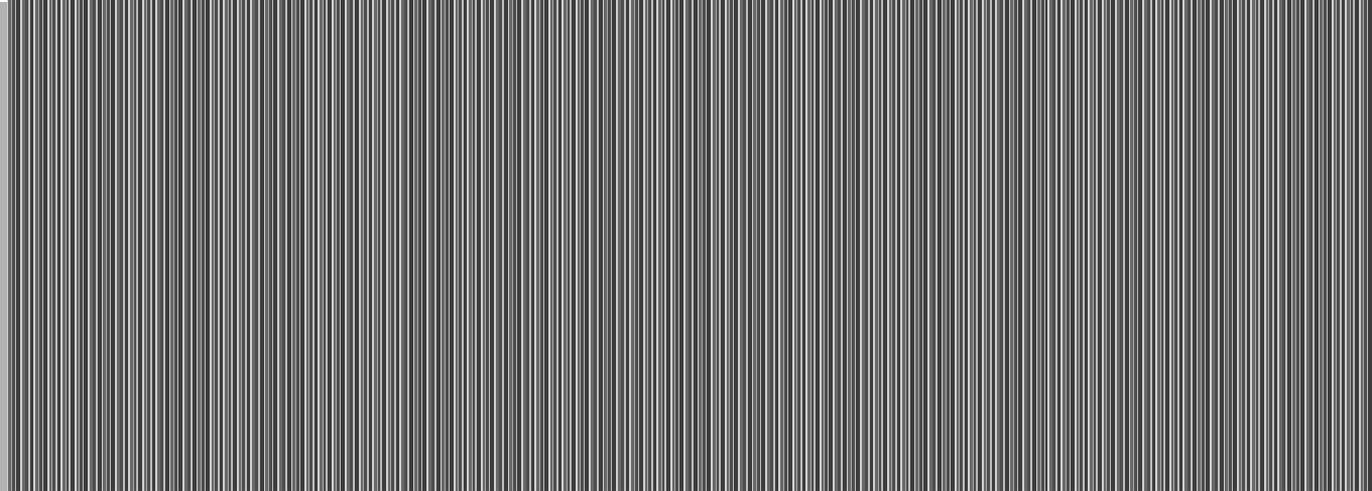
Transparency and democratic controls in forestry policy  
in Chile, 2006-2016 ..... 135

*Kiara Johanna Guerra Ayala*

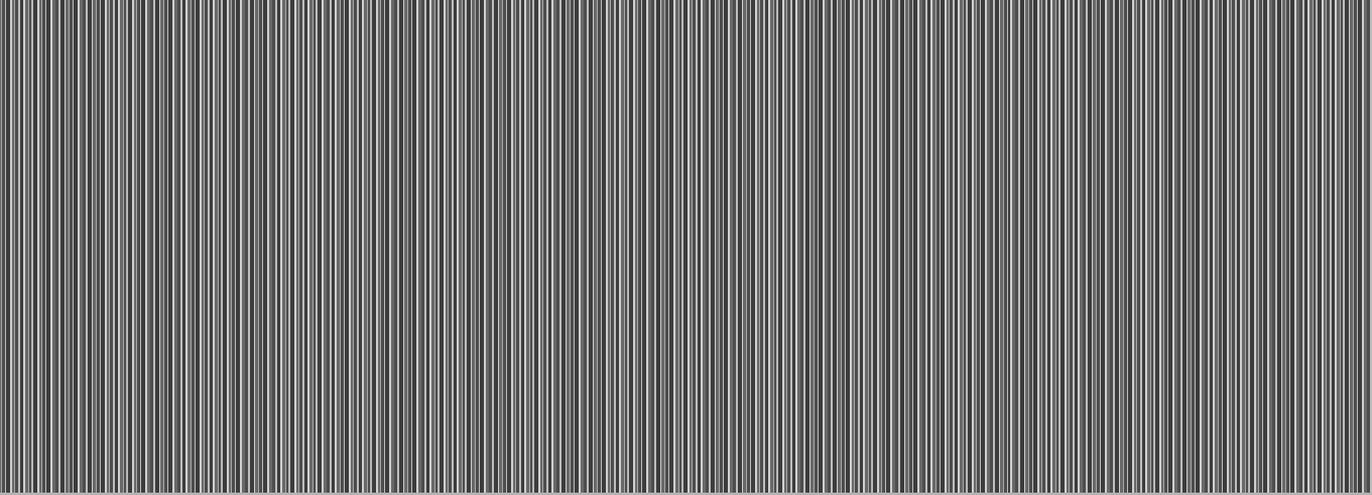
Business process management as a mechanism for transparency  
and open government in public entities in Ecuador in 2016-2020 .... 155

*Juan Pablo Cubero Gomezjurado y Mathías Exequiel Valdez Duffau*

The right to education in Latin America for the COVID-19 pandemic: main obstacles and challenges .....	175
<i>Juan Carlos Sánchez Lora</i>	
Constitutionalism of disaster in Ecuador: state conduct and sentences during the COVID-19 health emergency .....	193
<i>Efrén Ernesto Guerrero Salgado y Felipe Rodríguez Estévez</i>	
Entrevistas	
Two basic values that the Public Administration must comply: the effectiveness and the control	
Interview with Luis Martín Rebollo .....	213
By <i>José Rafael Belandria García</i>	
Editorial policy .....	225
Brief style guide .....	228



**Tema central**



# Transformación del Estado y retos para la función administrativa

## *Transformation of the State and challenges for the administrative function*

María José Narváez Álvarez

Profesora de la Escuela de Derechos y Justicia del  
Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador

Correo electrónico: [narvaezmariajose@gmail.com](mailto:narvaezmariajose@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0016-2870>

José Rafael Belandria García

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España

Correo electrónico: [joserbelandria@gmail.com](mailto:joserbelandria@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1526-2420>

El presente número de la revista *Estado & comunes* propuso una reflexión sobre el funcionamiento de la Administración pública. Para ello, se invitó a especialistas del derecho, administradores de justicia, funcionarios públicos e investigadores académicos a examinar el ejercicio de la función administrativa de los Estados mediante el dossier titulado “Transformación del Estado y retos para la función administrativa”.

Los artículos seleccionados que se acotan a continuación sugieren propuestas o alternativas que dilucidan aspectos pertinentes acaecidos durante la última década en la región latinoamericana, en la cual se han generado transformaciones institucionales como resultado de diferentes causales, entre otras: procesos de interrelación económica, jurídica, innovación tecnológica sobre información y comunicación; y que en los diversos Estados se expresan en grados preocupantes que ameritan la adopción de medidas que apunten a superar obstáculos jurídicos complejos, como la judicialización de los actos administrativos, la crisis del principio de legalidad y los principios generales del derecho administrativo como fuente de derecho. Además de otros aspectos vinculados con la capacidad del Estado para satisfacer las demandas derivadas de los derechos sociales y la tecnologización de la función administrativa.

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio de 2022, pp. 13-15.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.239](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.239)



En este número se publican seis artículos de la sección de Tema central y una entrevista de la siguiente manera: Andrés Moreta y Juan Francisco Cárdenas abordan la judicialización de los actos administrativos viciados de nulidad absoluta, cuya impugnación en el ámbito jurisdiccional puede ejercerse tanto en la vía constitucional, mediante la acción de protección por violaciones a los derechos constitucionales, como en la vía ordinaria contencioso-administrativa por medio de la acción subjetiva o de plena jurisdicción. Esto procura el control de legalidad de los actos administrativos. Los autores resaltan que la línea jurisprudencial que promueve que la interposición de la acción de protección no interrumpe la caducidad de la acción subjetiva ante la justicia ordinaria configura violación al derecho a la tutela judicial efectiva de las personas ciudadanas.

Ricardo Andrade, por su parte, describe los principios que nacen en el seno de la teoría general del derecho administrativo pero que no se encuentran recogidos en los ordenamientos jurídicos nacionales ni internacionales. No obstante, el autor promueve la incorporación de los mismos al ejercicio de la función administrativa, como una de las fuentes de derecho previstas en el artículo 14 del Código Orgánico Administrativo de Ecuador.

En la línea de la garantía de los derechos sociales, María Laura Vecinday y Yoana Carballo realizan un recorrido por las políticas socioasistenciales y los programas de transferencia de rentas en América Latina desde la década de 1990, como antesala de los retos que han afrontado los Gobiernos de la región para el combate a la pobreza, en un escenario de transformaciones institucionales y tecnológicas para el ejercicio de la función administrativa. Las autoras concluyen que la evolución hacia el Estado social digital y la inclusión de las tecnologías en los procesos de gestión de la política asistencial promoverían la provisión de bienestar a un mayor número de personas que, en efecto, requieren del apoyo estatal y que a la vez dotaría de transparencia a los resultados de dichos procesos.

Bajo la perspectiva de los derechos sociales, Lenin Andara y Angello Peña retoman la tesis que en el año 2000 promovieron Sunstein y Holmes sobre el costo de los derechos de libertad. En esta ocasión los autores lo hacen desde el enfoque de los derechos sociales emplazados en los Estados sociales y constitucionales. En este artículo se analiza la insuficiencia de la constitucionalización de los derechos sociales como instrumento de concreción de los mismos en el momento en que los Estados no cuentan con disponibilidad presupuestaria para su satisfacción.

Desde una perspectiva filosófico-jurídica, Jonás Aponte cuestiona la flexibilidad que el neoconstitucionalismo latinoamericano ha introducido al principio de legalidad que rige en el Estado de derecho y cuyo resultado es, según el autor, la pérdida de la seguridad jurídica que dota de predictibilidad a los efectos de las relaciones jurídicas y las decisiones que emanan de la Administración pública. Sin embargo, Aponte observa la teoría de Alejandro Nieto, quien preconiza la desconfianza hacia la ley y la legalidad, y encuentra en ella algunos puntos relacionados con la garantía de los derechos sociales que ameritan continuar el debate para robustecer el principio de legalidad, lejos de promover su reducción en el mundo jurídico.

Cierra esta sección el artículo de Xavier Barragán, quien observa los nuevos escenarios en los que el Estado ecuatoriano ha entrado en acción a partir de la pandemia del covid-19 y marcados por la globalización, la tecnología, el internet y la demanda de nuevos servicios públicos. Barragán aboga por la implementación del modelo de Gobierno abierto y las mejores prácticas devenidas de la gestión privada, que, sumadas a las innovaciones tecnológicas y la participación ciudadana, coadyuvan a desarrollar la democratización de la gestión pública con resultados más satisfactorios para la atención de las necesidades sociales.

En la entrevista al profesor Luis Martín Rebollo, realizada por uno de los coordinadores de la revista, se destaca que los cambios que se han producido en las Administraciones públicas y en su actividad han dependido, en algunos casos, de las peculiaridades sociales y políticas de cada país y de su evolución histórica. Pero otros han sido más o menos comunes en la medida en que se deben a fenómenos tales como la globalización, la generalización de valores democráticos más o menos homogéneos, la irrupción de las nuevas tecnologías y otras cuestiones de similar sentido.

Refiriéndose a la hipernormatividad de los Estados latinoamericanos, el entrevistado enfatiza que no por muchas leyes que se aprueben mejora la sociedad. De igual manera reitera que si la norma complica la gestión y la hace menos eficaz, y si hay un exceso de leyes, se pueden producir con facilidad interpretaciones contradictorias que generan imprevisibilidad, es decir, inseguridad jurídica, que es uno de los males que puede producir el derecho. Como se puede apreciar, el profesor Rebollo insta a debatir una temática que ha sido y sigue siendo de trascendental importancia en el campo del derecho administrativo.

Por último, de la lectura de los textos que conforman el dossier, se evidencia un diálogo académico que profundiza el problema del Estado desde perspectivas teóricas y metodológicas múltiples. Esta pluralidad nos lleva a comprender la complejidad que reviste el ejercicio de la función administrativa, e incluso, legislativa y judicial.

Desde la coordinación académica de este dossier expresamos el reconocimiento a los miembros del Equipo Editorial, evaluadores y demás personas que han hecho posible la publicación del presente número. En igual forma, extendemos el agradecimiento a las personas autoras por su aporte intelectual, significativo para el debate sobre la transformación del Estado y los retos para la función administrativa. Aspiramos que quienes lean este dossier puedan enriquecerse de los contenidos expuestos y, a la vez, retroalimentar con sus valiosos criterios en función de continuar optimizando este esfuerzo institucional.



# Interrupción del plazo de caducidad de la acción subjetiva por interposición de una acción de protección en Ecuador

*Interruption of the expiry date to interpose the subjective action as a consequence of the interposition of a constitutional action*

Andrés Sebastián Moreta Neira

Maestrante del programa de Derecho Administrativo  
de la Universidad de Buenos Aires, Argentina

Correo electrónico: [asmoreta@gmail.com](mailto:asmoreta@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3979-0885>

Juan Francisco Cárdenas Cifuentes

Investigador independiente, Ecuador

Correo electrónico: [cardenas99397@gmail.com](mailto:cardenas99397@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3083-704X>

*Recibido: 9-mayo-2021. Aceptado: 11-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

## Resumen

Este artículo replantea el razonamiento extendido entre jueces y la doctrina respecto de la no interrupción del plazo de caducidad de la acción subjetiva o de plena jurisdicción, ni aun en el caso de la interposición de una garantía jurisdiccional sobre el mismo acto administrativo. Este artículo recurre a sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional de Ecuador, las cuales se han pronunciado en contra de la posibilidad del anterior recurso de amparo, criterio que puede ser debatido por la naturaleza jurídica de la acción de protección y la vigencia del Código Orgánico Administrativo (COA) que incorpora nuevas reglas de la nulidad de los actos administrativos. Para ejemplificar, se presenta un caso hipotético: una sentencia

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 17-35.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.240](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.240)



favorable obtenida en primera instancia en vía constitucional que es revocada en apelación, sin observar los plazos normativos para resolver este recurso judicial, lo que ocasiona que fenezca el plazo para acudir a la sede contenciosa administrativa con la consecuente traba innecesaria de acceso a la justicia.

**Palabras clave:** caducidad, acción de protección, traba irrazonable, acceso a la justicia, actos confirmatorios, acción subjetiva.

### Abstract

This paper challenges the widespread idea both among judges and the doctrine of an uninterrupted expiration period of a subjective action of full jurisdiction action, not even if constitutional guarantees are applied upon the same administrative act. This article analyzes National and Constitutional Court sentences that have already ruled against this possibility a protection appeal (recurso de amparo), a notion that could be confronted due to the legal nature of the protection appeal and the validity of the Organic Administrative Code (COA) that introduces new rules regarding the nullity of administrative acts. This research presents a hypothetical scenario: a favorable sentence obtained in the first instance through constitutional procedures is eventually revoked in second instance with no regard to the rules that norm the deadlines of that action. This would bring the deadline to attend the contentious administrative seat forward and the expiration implies an unnecessary barrier to a person affected by the act.

**Keywords:** period for filing, constitutional protection proceedings, unreasonable locking, access to justice, confirmatory act, subjective action.

## 1. Introducción

La Constitución de la República del Ecuador (CRE) de 2008 incorporó la garantía jurisdiccional constitucional denominada acción de protección, misma que tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos constitucionales en el momento en que han sido desconocidos, entre otros escenarios, por un acto de autoridad pública no judicial. De esta forma, se ha creado una vía adicional, pero más rápida que la contenciosa administrativa para impugnar actos administrativos que ha llevado a que la mayoría de personas opten por su ejercicio dejando a la vía ordinaria como subsidiaria.<sup>1</sup> Aunque la acción de protección no es la única garantía jurisdiccional que prevé la Constitución, sí es la más utilizada;<sup>2</sup> por lo que el presente ensayo tiene por objetivo general realizar un análisis en torno a la misma en su incidencia con la caducidad de la acción subjetiva, que es una acción judicial ordinaria tendiente a impugnar la legalidad de un acto

1 De acuerdo con Valle (2012, p. 31): “Se infiere de acuerdo con los datos citados que los empleados públicos tienen desconfianza en los resultados de los procesos presentados ante los tribunales contenciosos administrativos o en el tiempo que tarda un expediente en resolverse; ya que prefieren plantear como proceso expedito, un amparo constitucional ante un juez ordinario”.

2 Castro (2020) señaló que esta es la garantía más importante en términos cuantitativos, haciendo referencia a un estudio realizado en 2016 que evidenció que el 90 % de las garantías, de un universo de 6000 garantías, correspondía a acciones de protección.

administrativo que presuntamente ha desconocido un derecho subjetivo al particular sin que se puedan extrapolar sus conclusiones a otras figuras no analizadas en el presente artículo. Los argumentos vertidos consideran, en esencia, la naturaleza jurídica de la acción de protección y no de las otras garantías jurisdiccionales.

Aunque el escenario descrito también da lugar al debate sobre lo que la doctrina denomina “la guerra de las cortes”, para expresar la rivalidad entre la Corte de Casación y la Corte Constitucional, en la cual la contienda se centra en defender el rol de cada una como máximo tribunal de la legalidad y la constitucionalidad, de forma respectiva, y, en consecuencia, la jerarquía de sus fallos en los ordenamientos jurídicos. La presente investigación se centra, más bien, en un problema que podría denominarse “choque de vías” en el que los protagonistas son, por un lado, los juzgadores de primera instancia, que son competentes para conocer de una acción de protección (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], 2009, art. 7) y, por otro, los juzgadores que conforman los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo.<sup>3</sup>

Cabe indicar que autores como Albuja (2016) han planteado con antelación la discusión respecto al límite que debe existir entre una acción de protección y una acción subjetiva o de plena jurisdicción, pero solo en el plano de su fundamentación. No obstante, se busca conocer si puede la acción de protección interrumpir el plazo de caducidad de la acción subjetiva o de plena jurisdicción en el Ecuador, así como, replantear el razonamiento teórico que tienen los tribunales contenciosos administrativo sobre la no interrupción del plazo de caducidad de la acción subjetiva.

Para cumplir con el objetivo se recurre a las sentencias y resoluciones de la Corte Nacional de Justicia, la Corte Constitucional de Ecuador y el ex Tribunal Constitucional del Ecuador que regulan la dogmática de la caducidad, así como las leyes y código nacionales que regulan el objeto de la acción de protección y la acción subjetiva. A partir del análisis dogmático del derecho procesal administrativo y constitucional y el respectivo cruce de contenidos de esta normativa se establecerá la conveniencia o no de que la caducidad se interrumpa bajo un escenario determinado.

Debido a la imposibilidad de delimitar de manera clara en el momento en que se está frente a un acto administrativo que desconoce derechos en la esfera constitucional y en la esfera legal, lo que a su vez genera que no exista certeza sobre la vía judicial que debería optarse (acción de protección o acción subjetiva), la propuesta del presente ensayo busca dar solución a este problema. Esto consiste en la posibilidad de que al justiciable le opere la caducidad en la vía ordinaria

---

3 Según el Código Orgánico de la Función Judicial, los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y Contencioso Tributario fueron denominados como “Salas de la Corte Provincial”. En la reforma de 17 de julio de 2013 a dicha ley, el legislador consideró: “Que, sustituir la estructura de los tribunales distritales por salas especializadas de las cortes provinciales demandará mayor esfuerzo económico y generará inconvenientes en la administración de justicia especializada”. No obstante, su rango es de segunda instancia, por lo que al momento no son competentes para conocer acciones de protección, como sí lo eran para conocer los recursos de amparo, en razón de lo señalado en el artículo 47 de la derogada Ley de Control Constitucional.

por cuestiones que no le son imputables, a saber, la demora en la sustanciación de la apelación de una acción de protección que tuvo una sentencia favorable en primera instancia.

Para ello se ha distribuido el ensayo en tres puntos centrales: 1) la comparación de la acción de protección con el recurso de amparo (sobre el cual se ha pronunciado la jurisprudencia) como punto de partida para reabrir el debate jurídico; 2) la nueva regulación de las causales de nulidad del acto administrativo que involucran asuntos de legalidad, pero también de constitucionalidad; 3) un caso hipotético, a modo de ejemplo, de las consecuencias y efectos jurídicos que tendría una sentencia favorable obtenida por vía constitucional que termina siendo revocada en apelación sin tener en cuenta los plazos normativos de este recurso judicial. Dado que las cortes aún no se han planteado el asunto en cuestión (mejor dicho, no ha sido cuestionado por los particulares por medio de los recursos respectivos) el presente ensayo, mediante el método cualitativo, arribará a conclusiones fundamentadas sin perder de vista el desarrollo jurisprudencial auxiliar y pertinente.

## 2. Constitución de 2008: se abre nuevamente el debate

Ecuador ha contemplado garantías jurisdiccionales de plano constitucional desde antes de 2008. Antes de la vigencia de la acción de protección ya se había cuestionado el plazo de caducidad para el ejercicio de la acción subjetiva o de plena jurisdicción por ocasión de la interposición de un recurso constitucional de amparo; hecho que fue tantas veces analizado (con profundidad) y resuelto por la justicia. Se tiene, por ejemplo, el caso Hidalgo Yanchapaxi contra el Municipio de Quito (2006), en el que la Corte Nacional de Justicia (CNJ) expuso

Una resolución administrativa no constituye providencia judicial que requiera de un término para ejecutoriarse y que dicha ejecutoria puede no producirse o prolongarse por la interposición de un recurso o de una solicitud de aclaración o ampliación, sino que causa estado cuando no es susceptible de recurso alguno en la vía administrativa, como fue el caso de la acción de personal impugnada; y, por tanto, el hecho de haber planteado un amparo constitucional respecto de dicha resolución o acto administrativo, no causa la suspensión del término para la presentación de la demanda contenciosa de plena jurisdicción.

En el caso Quinteros Campaña contra el Consejo de la Judicatura (2015), la CNJ confirmó el criterio sobre la no interrupción de la caducidad en sede contencioso administrativa, sustentando su argumento en la naturaleza cautelar de la acción de amparo prevista en el artículo 45 de la CRE y en el artículo 46 de la derogada Ley de Control Constitucional. Sin embargo, los criterios de la CNJ no habían sido compartidos por el ex Tribunal Constitucional (2005), que acogió la teoría de la suspensión de la caducidad como consecuencia de la interposición del recurso de amparo. Así, así en su resolución 0771-2004-RA señaló:

[...] haber presentado su reclamo por la vía del amparo constitucional con fecha 29 de junio del 2004, y ser la última providencia Nro. 138-2004 dictada por la autoridad de fecha 31 de mayo del 2004, se entiende que se ha suspendido el decurrimiento de la caducidad prevista en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por lo que está en su derecho de concurrir ante esta jurisdicción para incoar una acción de impugnación del acto administrativo negativo.

Es correcto el argumento de la Corte de Casación al sustentar su razonamiento en que el amparo tiene un efecto cautelar. Como lo señaló la Corte Constitucional del Ecuador (CCE, 2020), su concesión “implicaba la ineficacia de las decisiones impugnadas” (Sentencia Nro. 65-10-IS/2) mas no su invalidez y, por tanto, no podía constituirse en una situación consolidada o un derecho en favor de quien obtenía una sentencia favorable de amparo constitucional. La interposición del amparo no deslindaba al destinatario del acto administrativo de impugnarlo mediante una vía tendiente a lograr su expulsión del mundo jurídico. Para 2005 esto era posible con la acción subjetiva o de plena jurisdicción, pues, aunque haya triunfado en la vía del amparo constitucional, aquel solo suspendía los efectos del acto administrativo, pero no los extinguía, quedando este aún existente. Zavala (2001, p. 121) comenta que estas acciones procesales sí podían ser simultáneas, pero no sucesivas:

Nada impide, no hay litis pendencia entre la acción de amparo y la acción contencioso administrativa ordinaria; aún más, lo que está prohibido es que sean sucesivos, doy un ejemplo: si escojo porque es optativo mío como actor, la acción preferente y sumaria del amparo, y me voy por el amparo y es desestimado mi amparo, puedo ir a la acción ordinaria sin ningún problema, no hay ni cosa juzgada, ni litispendencia; aún más, si resulta que el amparo en el Tribunal Constitucional se me alargó y me caducó el plazo para la acción contenciosa, no se interrumpe el plazo de caducidad por la propuesta de acción de amparo porque son simultáneos pero no sucesivos.

Respalda esta posición Simone, para quien no existía litispendencia al momento de plantear estas medidas en conjunto, pues para dicha autora ambas acciones tienen sujetos y objetos distintos. Respecto del objeto de cada una señala:

[...] el recurso contencioso administrativo pretende la anulación de un acto lesivo de los derechos subjetivos del administrado, y el amparo, en cambio, la adopción de medidas urgentes destinadas a cesar, evitar la comisión o remediar inmediatamente las consecuencias de un acto que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en tratados internacionales, y que de modo inminente amenace con causar un daño grave (Simone, 2005, p. 80).

Bajo este escenario el debate planteado era el correcto. No obstante, con la instauración de la acción de protección en el ordenamiento jurídico de la Constitución de 2008, que eliminó la acción de amparo e introdujo la acción de protección, el debate ha vuelto a abrirse. Tal como lo plantea la Corte de Casación, la acción de protección no es solo un cambio de denominación del

amparo, sino una garantía constitucional claramente distinta. En Morales Torres contra el Municipio de Logroño, la Corte (2013, p. 5652) expuso:

[...] siendo comparables en la medida [en] que constituyen garantía de los derechos fundamentales, pero diferentes en cuanto al alcance que pueden tener sus resoluciones, pues la acción de amparo era eminentemente cautelar, con la posibilidad de suspender los actos contrarios a los derechos constitucionales; en cambio, la acción de protección tiene amplitud en tanto puede ser preventiva, en relación a los derechos amenazados, pero también puede declarar la vulneración de los derechos y ordenar la reparación integral por el daño material e inmaterial, conforme ordena el art. 18 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

La doctrina ecuatoriana es coherente con lo señalado en la jurisprudencia. Para Guerrero (2020, p. 14), la acción de amparo guarda mayor relación con las actuales medidas cautelares antes que con la acción de protección. La misma observación tuvo López (2012, p. 15), para quien a partir de la acción de protección existe una acción de fondo, situación que no se daba con el amparo constitucional ni con las actuales medidas cautelares. Por último, Cervantes (2020, p. 175), haciendo un análisis del desarrollo histórico de la garantía de amparo a raíz de su reconocimiento en 1997, lo señaló como un antecedente inmediato de las medidas cautelares: “[...] la concepción de amparo como una acción cautelar constitucional es propia de los desarrollos legislativos de 1997 y constitucionales de 1998 y son, por tanto, el antecedente inmediato de las medidas cautelares que recoge la Constitución de la República de 2008”.

Por lo señalado, la línea de la Corte de Casación (según la cual el amparo no interrumpe el plazo de caducidad para la acción subjetiva) no tendría vigencia frente a la acción de protección, ya que esta no tiene naturaleza cautelar e instrumental como el amparo, sino tutelar y reparatoria. Tutelar porque de acuerdo con la norma constitucional sirve de “amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución” y, reparatoria porque una vez concedida la acción de protección (y por ende la declaración de vulneración de derechos constitucionales) el juez tiene el deber de ordenar la “reparación integral por el daño material e inmaterial”, procurando que “la persona o personas titulares del derecho violado gocen y disfruten el derecho de la manera más adecuada posible y que se restablezca a la situación anterior a la violación [...]” (LOGJCC, 2009, artículo 18). En la práctica esto significa que los jueces pueden, como medida de reparación, declarar la nulidad del acto administrativo cuestionado y dejarlo sin vida jurídica.

En el caso Pulla Salinas contra EMOV EP (2014), con la vigencia de la acción de protección, la jurisprudencia ecuatoriana negó la posibilidad de que la acción de protección pueda interrumpir los plazos de caducidad, haciendo referencia solo a la subsidiariedad de la acción de protección: “[...] únicamente puede ser activada cuando la violación de derechos constitucionales no pueda ser impugnada ante la justicia ordinaria”, sin hacer análisis alguno respecto a la naturaleza

reparatoria de la acción de protección; por lo que el debate actual no ha sido zanjado con propiedad.

### **3. Principio de juridicidad y causal de nulidad en el Código Orgánico Administrativo (COA)**

El artículo 173 de la CRE señala que: “Los actos administrativos de cualquier autoridad del Estado podrán ser impugnados, tanto en la vía administrativa como ante los correspondientes órganos de la Función Judicial”, mientras que la LOGJCC establece, en su artículo 42, numeral 2, por causal de improcedencia de la acción de protección: “Cuando el acto administrativo pueda ser impugnado en la vía judicial, salvo que se demuestre que la vía no fuere adecuada ni eficaz”. Es de vital importancia la salvedad que establece la ley sobre la falta de idoneidad y eficacia de la vía judicial ordinaria (al menos en cuanto tiene que ver para cuestionar actos administrativos), pues de no haberse previsto así, las acciones de protección nunca se podrían ejercer en razón del precepto constitucional ya citado.

Señala Quintana que no se debe confundir la subsidiariedad con la residualidad ya que “en el primer caso se trata de una prueba a cargo del accionante para demostrar la falta de idoneidad y eficacia de la vía judicial, mientras que la residualidad obliga a que previo a la acción de protección se intenten las vías ordinarias” (2019, p. 89). A criterio de dicho autor la acción de protección no es ni subsidiaria ni residual, criterio que ha sido reforzado por la Corte Constitucional (2019), que tiene línea jurisprudencial consolidada respecto de los distintos fines que persigue cada vía de impugnación y, por tanto, cada una de ellas es adecuada ante distintos escenarios:

[...] la acción de protección y la acción subjetiva en la vía contencioso-administrativa persiguen fines distintos, mientras la primera tiene por objeto el amparo directo y eficaz de los derechos reconocidos en la Constitución, la segunda busca tutelar los derechos e intereses en las relaciones jurídicas con las administraciones públicas (Sentencia Nro. 283-14-EP/19).

Sin embargo, esta abstracción permite imprecisiones, ya que la violación a la Constitución no solo es de forma directa, sino también indirecta, en el momento en que se transgreden leyes que desarrollan, o muchas veces repiten lo que la Constitución ya consagra. Al análisis se debe añadir que, aun cuando los jueces de lo contencioso administrativo deban efectuar el control de legalidad (Código Orgánico General de Procesos [Cogep], 2015, artículo 300), dicho principio ha evolucionado hacia la juridicidad para integrar el respeto a la Constitución, los tratados internacionales, principios, etc. (Código Orgánico Administrativo [COA], 2018, artículo 14). Incluso, a diferencia de lo que se preveía como causal de nulidad del acto administrativo que consiste en aquel que atente contra los derechos de libertad previstos en la Constitución (Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de la Función Ejecutiva [Erjafe], 2002, artículo 129), el COA no se ha limitado a los derechos de libertad, sino que ha declarado como nulo el acto administrativo que contravenga la Constitución y la ley (COA, artículo 105.1).

Con ello se busca ampliar el campo de participación de la justicia ordinaria, conforme es la tendencia internacional.

Por ejemplo, en España, dice Serra (2014), la reforma a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LO 6/2007) señaló en su exposición de motivos que:

[...] se procede a establecer una nueva regulación del recurso de amparo, al tiempo que otorga a los tribunales ordinarios más posibilidades para revisar las violaciones de derechos fundamentales a través de una nueva regulación de la nulidad de los actos procesales ex artículo 241.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (p. 373).

Así, tanto la acción de protección como la acción subjetiva pueden, de forma eventual, declarar la invalidez de un acto administrativo: el primero, por encontrar el acto atentatorio a derechos fundamentales, y el segundo, porque el acto no pasó el control de legalidad en los amplios alcances que se han indicado con anterioridad sobre el principio de juridicidad. Cabe apuntar que ambas vías podían declararse al amparo de la primera causal del artículo 105 del COA en el momento en que el acto sea contrario a la Constitución, sobre la cual dice la doctrina:

La causal en estudio es, por contrario, garante de los derechos de las personas y de la estabilidad de los actos administrativos en el cual se hayan conferido. Pues si el acto administrativo por esencia debe producir efectos jurídicos en los particulares, lo puede hacer para conceder un derecho (acto favorable) o para imponer una carga o responsabilidad (desfavorable). Así la Constitución por esencia es la norma que establece derechos a las personas y correlativas obligaciones al Estado (y no al revés); por lo que únicamente una violación a la Constitución podrá darse únicamente al desconocer esos derechos y libertades de los particulares, y, por ende, en un acto desfavorable [...] (Moreta, 2020, pp. 90-91).

La línea entre asunto de mera legalidad y constitucionalidad tiene zonas de penumbra, que se esclarecerán en cada caso concreto según sus propias circunstancias. Dado que el presente ensayo no busca encontrar soluciones a dicho problema, sino determinar la interrupción del plazo de caducidad por ocasión de la acción de protección, habrá que conformarse, a efectos del presente, con aceptar lo que los jueces señalen en cada sentencia, debiendo cumplir con la regla señalada por la Corte Constitucional (2019) en el momento en que se declare que la vía constitucional no es la idónea, esto es:

[...] realizar un análisis para verificar la existencia o no de vulneración a los derechos, si en dicho análisis no se determina la existencia de vulneraciones a los derechos, sino más bien conflictos de índole infra constitucional, le corresponde al juez determinar cuáles son las vías judiciales ordinarias adecuadas para la solución del conflicto (Sentencia Nro. 1285-13- EP/19).

En definitiva, los cambios legislativos, en especial la inclusión de la violación a la CRE como causal de nulidad de los actos administrativos y la naturaleza tutelar y reparatoria de la acción de protección (que puede declarar la nulidad de un acto

administrativo y no solo la suspensión de sus efectos), provoca que un mismo acto administrativo que viola la CRE pueda ser atacado por la vía de la acción subjetiva o de plena jurisdicción y, al mismo tiempo, por una acción de protección. Este es un análisis que ante los poco esclarecedores criterios de la Corte Constitucional queda en cada caso particular a la sana crítica de los jueces, como el supuesto que se relata en el siguiente apartado para dar viabilidad a la teoría.

#### 4. Escenario hipotético

La Corte de Casación ha señalado, en el momento en que en la vía constitucional el juez de instancia rechaza una acción de protección por ser improcedente, que: “el efecto de las sentencias dictadas dentro de las acciones de protección, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria [...]” (Corte Nacional de Justicia, 2014, p. 91). Por el contrario, en caso de que la acción de protección sea aceptada, el acto administrativo queda extinguido al declararse su nulidad, y aunque los jueces constitucionales no lo invoquen, están expulsando del ordenamiento jurídico la actuación por la causal prevista en el artículo 105.1 del COA. Más allá de que el acto administrativo también hubiera tenido vicios de legalidad, la necesidad de acudir al contencioso administrativo es nula. En primer lugar, por cuanto no existiría acto que impugnar pues (debido a su extinción) no existe el presupuesto procesal de la pretensión<sup>4</sup> que se ventilaría en una acción subjetiva o de plena jurisdicción, y, en segundo lugar, porque desde la óptica del justiciable, al no tener un acto que le causa agravio o gravamen, sería ingenuo creer que tendría un interés de activar la vía ordinaria

No obstante, hay escenarios en los que el accionante acude a la vía constitucional, y en primera instancia la acción es declarada procedente y, por tanto, en aplicación del artículo 24 de la LOGJCC que concede el recurso de apelación solo en efecto devolutivo, el acto administrativo cuestionado no tiene vida jurídica. Si en segunda instancia la Corte Provincial declara la improcedencia de la acción y, por tanto, la sentencia venida en grado es revocada, entonces el acto administrativo (antes extinto) vuelve a tener efectos jurídicos.

Desde el punto de vista teórico, en virtud de la celeridad de la que supuestamente goza la vía constitucional,<sup>5</sup> una vez sustanciada la acción de protección en primera y segunda instancia, el destinatario del acto aún tendría la posibilidad de acudir ante el contencioso administrativo para plantear la acción de plena jurisdicción sin que haya operado la caducidad. No obstante, como apunta Guerrero

---

4 Couture (2014, p. 85) define a la pretensión como la autoatribución de un derecho y a la petición de que sea tutelado y señala que los presupuestos procesales de la pretensión no consisten tanto en la efectividad de ese derecho, como en la posibilidad de ejercerlo.

5 De acuerdo con las normas que rigen el procedimiento común en materia de garantías, el juzgador tiene veinticuatro horas para calificar la demanda, convocar audiencia dentro del término de tres días de calificada la demanda. En caso de que el juzgador disponga crear una comisión para recabar pruebas, se puede suspender la audiencia por hasta ocho días término más. La sentencia se dicta en la misma audiencia y en caso de apelación se la remite a la Corte Provincial para que en el término de ocho días dicte sentencia

(2020),<sup>6</sup> la demora en la resolución de las causas constitucionales es fruto de una inadecuada técnica legislativa, ya que la LOGJCC no prevé consecuencias específicas para el juzgador que incumple los términos establecidos. Esto permite la existencia de escenarios en los que el procedimiento de garantías constitucionales se extienda más allá de lo legalmente previsto, pudiendo darse el caso de que la sentencia de segunda instancia que declare la improcedencia de la acción de protección sea dictada una vez que han transcurrido los noventa días término desde que se notificó el acto impugnado y, por tanto, haya operado la caducidad que prevé el Cogep para interponer la acción subjetiva o de plena jurisdicción.

Bajo el escenario descrito, queda la duda de que si en estos casos el tiempo de caducidad para acudir al contencioso administrativo debería haberse interrumpido al momento en que se expidió la sentencia de primera instancia dentro de la acción de protección y mientras estuvo vigente. Esto significa la inexistencia del acto administrativo a impugnarse y la falta de interés o imposibilidad jurídica por no existir el presupuesto procesal de pretensión y el acto a impugnar, a fin de retomar el cómputo de los días faltantes al momento de expedirse la sentencia de apelación en sentido desfavorable. La interrupción de caducidad, como ha quedado mencionado, solo se daría en el momento en que existe una sentencia favorable que declare con lugar la acción de protección. No basta solo su admisión a trámite, ya que esta etapa procesal no expulsa y deja sin efecto el acto administrativo cuestionado.

#### 4.1. El término de caducidad para impugnar un acto administrativo

La caducidad se presente en tres escenarios: 1) extinción de un derecho; 2) pérdida de una potestad dentro de un procedimiento administrativo; y 3) pérdida del derecho a demandar. La aceptación de caducidad que importa en el presente trabajo es la tercera, es decir, que es una institución la que regula el tiempo que tiene el justiciable para interponer una demanda, cuya inobservancia tiene como consecuencia que el tribunal no pueda entrar a conocer el fondo de la demanda planteada. Así el Pleno de la CNJ en Resolución Nro. 13-2015, acogiendo criterios de la Sala de lo Contencioso Administrativo, definió a la caducidad como “una figura propia del Derecho Público que opera *ipso jure*, por el transcurso del tiempo para ejercer una acción o una potestad, es declarable de oficio y se refiere a la extinción del derecho para iniciar un proceso”.

De la definición citada, la caducidad a diferencia de la prescripción no extingue el derecho objeto de la pretensión del justiciable sino el derecho de acción y, por tanto, impide al tribunal verificar la existencia o no, de lo solicitado por la parte procesal. La importancia de la caducidad, según indica Pahon (2016, p. 7), radica en que es una institución jurídica encaminada a proteger el derecho de la seguridad jurídica:

6 Guerrero del Pozo (2020) realiza esta apreciación respecto del incumplimiento del término de ocho días que tiene la Corte Provincial para resolver el recurso de apelación en procedimientos de garantías, no obstante, dicha apreciación vale para todos los términos del procedimiento de garantías constitucionales señalados en la LOGJCC.

[...] se encamina a brindar protección al valor y principio general de derecho de la seguridad, a la vez que ofrecer dinamismo y agilidad a las relaciones jurídicas de los asociados, propendiendo por evitar que se extiendan o prolonguen de manera indefinida situaciones emanadas de tales relaciones socioeconómicas que deriven a la posteridad en una caótica indeterminación de los derechos subjetivos.

Dicha observación es pertinente en el derecho administrativo puesto que la Administración pública requiere que sus actos encuentren estabilidad lo antes posible para que pueda continuar ejerciendo sus facultades y creando relaciones jurídicas con base en dichos actos administrativos estables. Por ello el legislador, al determinar un tiempo de caducidad para presentar una demanda ante el contencioso administrativo y cuestionar la validez de un acto, deberá ponderar entre el derecho a la seguridad jurídica de la administración (y de todos los ciudadanos que se pueden beneficiar de las eventuales relaciones jurídico-administrativas que se generen a partir de dicho acto) y el derecho a la tutela judicial efectiva del destinatario del acto administrativo que considera le han sido afectado sus derechos subjetivos

Por último, es necesario señalar que la caducidad al ser una institución que opera *ipso iure* por el transcurso del tiempo (por tanto, pueda ser declarada de oficio por el tribunal) no admite como regla general interrupción. Ello llevaría a concluir que la postura planteada en este ensayo sería inconcebible, no obstante, conviene señalar que existen escenarios en los que esta regla general admite excepciones. Uno de estos ejemplos es Perú, país que admite la interrupción de la caducidad en el momento en que el destinatario del acto se ve impedido de acudir al tribunal a presentar su reclamo frente al acto. Así, en el artículo 2005 de su Código Civil, señala: “La caducidad no admite interrupción ni suspensión, salvo el caso previsto en el artículo 1994. inciso 8.” El “inciso” (numeral) ocho del artículo 1994 del Código Civil señala: “Causales de suspensión de la prescripción. Se suspende la prescripción: 8.- **Mientras sea imposible reclamar el derecho ante un tribunal peruano**” (énfasis añadido). La imposibilidad que el destinatario del acto administrativo pueda presentar su reclamo frente el Tribunal Contencioso Administrativo es el escenario que se presenta en este ensayo, el cual se expone concretamente en el siguiente apartado.

## 4.2. Formalismo procesal contra el acceso a la justicia

La CRE prevé en su artículo 169 que:

El sistema procesal es un medio para la realización de la justicia. Las normas procesales consagrarán los principios de simplificación, uniformidad, eficacia, intermediación, celeridad y economía procesal, y harán efectivas las garantías del debido proceso. No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades.

Por su parte, el Cogep, norma procesal común (incluyendo la jurisdicción contencioso-administrativa) contempla de forma dispersa la observancia al principio de formalismo, sea al presentar demandas, realizar audiencias, etc.

Así, además de los requisitos de una demanda (artículo 142), prevé un tiempo de caducidad para acudir al contencioso administrativo mediante una acción subjetiva o de plena jurisdicción. “En los casos en que se interponga una acción subjetiva o de plena jurisdicción, el término para proponer la demanda será de noventa días, contados a partir del día siguiente a la fecha en que se notificó el acto impugnado” (artículo 306.1).

Por ello, aunque se puede alegar que la CRE (sin ser tan expresa como la de Colombia<sup>7</sup>) consagra el principio de superioridad del derecho sustancial o material sobre el derecho procesal al plantear que: “No se sacrificará la justicia por la sola omisión de formalidades” (artículo 169), dicho postulado no puede ser absoluto. Al legislador le corresponde establecer regulaciones a los derechos constitucionales (artículo 132, numeral 2).

Antes de llegar a conclusiones es necesario conocer cuál es la necesidad de establecer un término de caducidad para la acción subjetiva o de plena jurisdicción. El llamado a esta acción de plena jurisdicción conlleva a que los jueces tengan competencia para revisar los hechos y el derecho que ha dado lugar a la emisión del acto administrativo impugnado, y puedan (ejerciendo plena jurisdicción) anular la disposición administrativa dictando en ciertos casos otra disposición en sustitución. Por ello, como lo ha reconocido la Corte de Casación, la finalidad de la caducidad es “que los actos de la administración no queden expuestos por tiempo indefinido a la eventualidad de su revocatoria o anulación” (Presidente Sala Contencioso Administrativo, 2015, p. 15). De allí que la doctrina administrativa catalogue de “acto firme y consentido” a aquel que no se ha impugnado dentro de los breves plazos de caducidad, presumiendo que el particular, al no ejercer su derecho de impugnar, ha mostrado su conformidad con la decisión, pues este tiene dicha carga y no la administración, debido a la presunción de legitimidad de sus decisiones.

Por lo tanto, el legislador, al incorporar el artículo 306 del Cogep, ponderó entre el derecho a la tutela judicial efectiva de los particulares vistos de forma individual (CRE, artículo 75) y el derecho a la seguridad jurídica (CRE, artículo 82) para que los actos de la administración no queden en zozobra por tiempo indefinido, primando el interés general sobre el particular. Se estableció que el término oportuno para que se pueda interponer la acción contencioso-administrativa sea de noventa días.

No obstante, la ponderación, que es un método para determinar qué principio o derecho debe prevalecer frente a otro ante una colisión, también es un método que puede utilizarse en casos concretos en los que la aplicación de la norma previamente establecida por el legislador puede llevar a escenarios de menoscabo no

7 El artículo 228 de la Constitución de Colombia señala: “La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”.

contemplados en la ponderación en abstracto. Es imperativo atender al objeto de la acción subjetiva o de plena jurisdicción que define la propia norma.

La de plena jurisdicción o subjetiva que ampara un derecho subjetivo de la o del accionante, presuntamente negado, desconocido o no reconocido total o parcialmente por hechos o actos administrativos que **produzcan efectos jurídicos directos**. Procede también esta acción contra actos normativos que lesionen derechos subjetivos” (Cogep, artículo 326.1, énfasis añadido).

En palabras de De Enterría y Fernández (2011, p. 643), el interés del particular al impugnar el acto administrativo que adolece de nulidad absoluta se centra en cesar sus efectos en los actos nulos mientras que la carga de la impugnación se refiere al problema de la eficacia. Así, se observa que el COA contiene dos disposiciones incompatibles en apariencia. En el artículo 229 se indica que solo los actos administrativos regulares ostentan presunción de legitimidad y son ejecutivos, es decir, aquellos actos que tienen un vicio de nulidad absoluta no la tendrían. Esto contrasta con lo señalado en el artículo 104 que recoge de forma expresa que: “Es válido el acto administrativo mientras no se declare su nulidad”. Retomando la lectura del artículo 326.1 del Cogep en el momento en que el objeto de la acción subjetiva o de plena jurisdicción es el acto administrativo nulo de pleno derecho (como se analiza en el presente caso, aquel que desconoce derechos fundamentales), la intención del impugnante será que mediante dicha declaratoria de nulidad cesen sus efectos.

Ello lleva a concluir que si el mismo acto administrativo se declaró nulo en la primera instancia de la acción de protección, el acto extinguido (aunque sea de forma temporal mientras se resuelve la apelación, dado que se concede solo con efecto devolutivo) no produce efectos, incluso el derecho ya fue restablecido al particular. Entonces, no tendría ni interés ni posibilidad jurídica de activar la vía judicial ordinaria

Se asimila el punto de derecho a lo resuelto por la Corte Constitucional en su Sentencia Nro. 946-19-EP/21 de 2021, que indicó que: “Esto genera una traba constitucionalmente irrazonable pues derivaría en una negación total del acceso a la justicia, al no haber existido nunca un momento en el cual un derecho haya podido ser reclamado antes de que prescriba”, entendiendo que el principio *in dubio pro actione* ostenta una fuerte intensidad en el primer componente de la tutela judicial que es el acceso a la justicia. También, que el derecho a recibir una respuesta (segundo componente de la tutela judicial efectiva según sentencia Nro. 889-20-JP/21)<sup>8</sup> en ciertas circunstancias, se antepone a las regulaciones y limitaciones que a nivel legal se puedan establecer para acceder a la justicia. Siguiendo esta línea, por ejemplo, la Corte de Casación (2014, p. 7) acudió al *indubio pro actione* para resolver una colisión entre el principio de acceso a la justicia y el principio de formalismo de los actos administrativos:

8 En este fallo la Corte Constitucional del Ecuador ha determinado que el derecho a la tutela judicial efectiva tiene tres componentes, que podrían concretarse en tres derechos: 1) el derecho al acceso a la administración de justicia; 2) el derecho a un debido proceso judicial; y 3) el derecho a la ejecutoriedad de la decisión

El *In dubio pro actione* o principio antiformalista del derecho, significa que en caso de duda cuando se producen ciertos defectos o silencios en la ley, debe hacerse una interpretación favorable a los intereses de los justiciables. El principio “*in dubio pro actione*” postula la mayor garantía respecto de la interpretación más favorable al ejercicio del derecho a la acción y, por lo tanto, en el sentido de asegurar en lo posible, más allá de las dificultades de índole formal, una decisión sobre el fondo de la cuestión objeto del procedimiento que se adecue a las exigencias sustanciales de la Constitución.

Con base en la forma de razonar del derecho, que en el caso de estudio en el que una acción de protección ha triunfado en primera instancia y no en segunda, el plazo de caducidad contencioso administrativo deberá computarse desde aquella segunda sentencia sus noventa días, pues en caso contrario, ello comportaría una traba irrazonable en lo constitucional para el acceso a la justicia.

### 4.3. Acto administrativo a impugnar

Por último, un asunto de índole procesal que no puede pasarse por alto está relacionado con el acto administrativo que el particular debe impugnar mediante la acción subjetiva luego de haberse declarado sin lugar (en segunda instancia) la acción de protección. En el caso Serrano Alvarado contra la Contraloría General del Estado, Serrano, quien era servidor público de la entidad demandada, propuso un amparo constitucional por cuanto se le suprimió su cargo, obteniendo una tutela favorable en primera instancia que le permitió el reintegro a su puesto. A posterior, la Corte Constitucional, al resolver el recurso de apelación, revocó dicha sentencia. El contralor general dejó sin efecto el reintegro del servidor público, lo cual supuso una demanda subjetiva ante la jurisdicción contenciosa administrativa. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la CNJ (2015) rechazó el recurso de casación señalando:

Tercero: Este Tribunal de Casación coincide en lo expuesto por el Tribunal de instancia en su sentencia impugnada, ya que no puede existir inconstitucionalidad o ilegalidad en un acto administrativo que da cumplimiento a una sentencia del máximo órgano de interpretación constitucional, como lo es la Corte Constitucional. Por tanto, no se verifican los vicios de falta de aplicación de los artículos mencionados dentro de la causal primera del artículo 3 de la Ley de Casación, señalados en el considerando 1.2 de esta sentencia, toda vez [que] no se dejaron de aplicar normas que necesariamente debían ser aplicadas para la decisión; pues, el Tribunal de instancia ya no podía realizar un control de legalidad sobre la supresión de partida dispuesta por el señor Contralor General del Estado (e) del cargo que ocupaba el recurrente, ya que ese tema no era el punto en el que se trabó la litis en el presente juicio, sino en la impugnación del acto administrativo que dio cumplimiento a lo dispuesto por la Corte Constitucional para el período de transición, dejando así insubsistente la restitución al puesto del ingeniero Serrano.

Lo anterior es un razonamiento acertado de los jueces pues, aunque este caso trata sobre un recurso de amparo y no de una acción de protección, para este último punto del debate no es relevante la naturaleza jurídica de la garantía

jurisdiccional. El análisis se centraría más bien en el acto administrativo que se dicta como consecuencia de la sentencia de segunda instancia (o acto confirmatorio) de la acción de protección, que es la confirmación o nueva notificación del acto administrativo que en primera instancia fue extinguido.

Bocanegra (2006) considera que el acto confirmatorio no es un acto administrativo por falta de su carácter regulatorio. Para el caso bajo análisis se trata solo del cumplimiento de la voluntad del juzgador constitucional de segunda instancia, como bien ha señalado la Corte de Casación en el caso aludido. Lo que corresponde en la acción subjetiva o de plena jurisdicción es impugnar la voluntad de la Administración pública que está contenida en el acto originario. Gamero (2001, p. 123) sobre el acto confirmatorio precisa que “no se trata verdaderamente de un acto, si no la reproducción de un acto anterior que ahora sencillamente se ejecuta”. De mantenerse la línea jurisprudencial que la acción de protección no interrumpe el plazo de caducidad en la vía ordinaria de plena jurisdicción bajo el escenario hipotético mencionado en este artículo, se le estaría negando el acceso a la justicia al destinatario del acto también por aplicación de la teoría de los actos confirmatorios que no son impugnables.

Por el contrario, si se acoge la interrupción de la caducidad, el destinatario del acto administrativo primigenio, una vez que su acción de protección ha sido declarado improcedente, bien pudiera plantear la acción subjetiva ante el Tribunal Contencioso Administrativo y permitir que los jueces ordinarios realicen un análisis de fondo sobre la legalidad del acto cuestionado. Al tratarse de dos vías paralelas, no es aplicable la institución de cosa juzgada pues, aplicando el razonamiento de la Corte Constitucional, en la Sentencia Nro. 283-14-EP/19, el juez de garantías solo se pronuncia sobre la vulneración o no de derechos constitucionales provenientes de un acto administrativo dejando a salvo el análisis de legalidad del mismo acto para el Tribunal Contencioso Administrativo, que es el órgano competente para aquello. Criterio que ha sido ratificado por la CNJ, que señala que al negarse esta garantía jurisdiccional “el efecto de las sentencias dictadas dentro de las acciones de protección, no podrían constituir cosa juzgada en la justicia ordinaria [...]” (CNJ, 2014, p. 91).

## **5. Activación de vías de forma simultánea**

Un argumento que puede plantearse frente a lo expuesto es que si la Corte Constitucional admite que la acción de protección y la de plena jurisdicción son vías paralelas encaminadas a realizar un análisis diferente del acto administrativo nada impediría al justiciable activar las dos vías de forma simultánea y, con esto, evitar que, ante un escenario desfavorable de la justicia constitucional, le opere la caducidad en la vía ordinaria. En este escenario, que es posible, se encuentra el derroche de recursos innecesarios tanto para el usuario de justicia como para la Administración pública.

La CRE consagra la gratuidad del acceso a la justicia (artículo 168, numeral 4), es un servicio a la colectividad. Por lo tanto, dicha regla debe guiar a los

operadores de justicia y hacerlos caer en cuenta que todo proceso judicial requiere de la contratación de servicios profesionales de un abogado y la inevitable erogación de gastos para el particular. En este orden de ideas, obligar al usuario de justicia a activar dos vías simultáneas ante la incertidumbre acerca de la vía judicial idónea, como si fuera una suerte de “apuesta”, sería ponerle una carga innecesaria al usuario de justicia. Más aún, si dicha incertidumbre se deriva de la penumbra con que se regulan ambas vías en nuestro ordenamiento jurídico. Es más razonable exigirle al usuario de justicia activar los mecanismos judiciales en el momento en que de verdad tenga la necesidad de activarlos, es decir, si en efecto ya obtiene una sentencia desfavorable en la vía constitucional por ser esta improcedente a criterio del juez.

Por otra parte, la gratuidad de la justicia referida también implica una gran erogación de recursos para el Estado. Si se admitiera la posibilidad de la activación de las dos vías de forma paralela también se admitiría la posibilidad de que una sentencia favorable en vía constitucional extinga un acto administrativo que se encuentre impugnado al mismo tiempo en la vía ordinaria. Ello implicaría que llegado el momento procesal oportuno para resolver la causa en vía ordinaria dicho acto ya no tenga efectos y, por tanto, la activación de dicha vía haya sido inoficiosa. En síntesis, se pueden dar muchos escenarios en los que la erogación de gastos en la administración de justicia sería en vano. Gastos que pudieron servir para causas que, en efecto, sí cuenten con un presupuesto procesal para obtener una eventual decisión favorable

En definitiva, la activación de la vía ordinaria de plena jurisdicción y vía constitucional de acción de protección, si bien es un escenario posible, no es una alternativa razonable. Se considera más oportuno adoptar la posibilidad de que el plazo de interrupción para acudir al Tribunal Contencioso Administrativo se interrumpa con la interposición de una acción de protección, según los criterios expuestos.

## 6. Conclusiones

Existe una línea jurisprudencial consolidada de la jurisdicción contencioso-administrativa según la cual la interposición del amparo constitucional no interrumpía los plazos de caducidad para interponer la acción de plena jurisdicción, teniendo como principal sustento la naturaleza cautelar de la acción de amparo. Dicha línea jurisprudencial no debería tener vigencia a partir de la instauración de la acción de protección, pues, a diferencia del amparo, tiene una naturaleza reparatoria. Así, la distinta naturaleza jurídica de ambas garantías constitucionales, la vigencia del principio de juridicidad y el establecimiento de la causal de nulidad establecida en el COA que permiten tanto a jueces constitucionales y contenciosos administrativos declarar la nulidad de un acto administrativo, ha reabierto el debate sobre la no interrupción de caducidad de la vía ordinaria por haberse activado la vía constitucional.

En este artículo se ha reflexionado que la no interrupción de la caducidad se convertiría en un criterio que generaría una traba irrazonable para que el justiciable

pueda acceder a la administración de justicia bajo el escenario en el que en la vía constitucional ha obtenido una sentencia favorable en primera instancia y revocada en segunda instancia más allá de los noventa días que otorga el Cogep para acudir al contencioso. Esto bajo los siguientes entendimientos: 1) la acción de protección permite a los jueces extinguir el acto administrativo y, por tanto, entre la sentencia de primera instancia (favorable) y mientras se dicta la de segunda (desfavorable) no existe acto administrativo alguno ni derechos vulnerados y, por ende, no hay necesidad de acudir al contencioso administrativo; 2) al existir una colisión entre un principio sustancial (derecho que se ve desconocido) y un principio formal (tiempo para acceder a la justicia) el primero debe prevalecer en aplicación del principio pro actione; y, 3) la teoría de los actos confirmatorios del derecho administrativo aplicado al escenario descrito no permitiría que los jueces puedan pronunciarse sobre el fondo del acto administrativo, ya que la sentencia de segunda instancia en la vía constitucional no crea un nuevo acto administrativo que puede ser impugnado, sino que confirmaría el acto administrativo original que causa el perjuicio.

En ese orden de ideas, el admitir el criterio del tribunal contencioso administrativo implicaría dejar en indefensión a muchos destinatarios de un acto administrativo que se encuentren bajo el escenario descrito por causas imputables al retardo de la administración de justicia y no por causas imputables a su descuido, lo cual sería menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva.

## 7. Referencias bibliográficas

- Albuja, F. (2016). *La acción ordinaria de protección como mecanismo de impugnación de actos administrativos. Límites entre constitucionalidad y legalidad*. Trabajo de titulación de posgrado de la Universidad San Francisco de Quito.
- Bocanegra, R. (2006). *Lecciones sobre el Acto Administrativo*. Navarra: Arazandi.
- Castro, J (24 de abril de 2020). *La Acción de Protección* [ponencia virtual]. Jornadas de Derecho Constitucionales. CIP LEX.
- Cervantes, A. (2020). Las medidas cautelares constitucionales y su desarrollo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional del Ecuador. *Revista Ruptura*, n.º 20: 171-120.
- Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.
- Corte Nacional de Justicia. (2014). *Cuadernos de Jurisprudencia contencioso administrativa*. Quito. Recuperado de <https://n9.cl/h9wo8>
- Couture, E. (2014). *Fundamentos del derecho procesal civil*. Montevideo: Editorial B de F.
- Enterría, E., y Ramón, T. (2011). *Curso de derecho administrativo*. Navarra: Arazandi.
- Gamero, E. (s/f). *Derecho administrativo, monografías*. El Salvador: CNJ y Escuela de Capacitación Judicial.
- Guerrero, J. (2020). *Las garantías jurisdiccionales en el Ecuador*. Quito: CEP.

- López, S. (2012). *Del amparo a la acción de protección, ¿regulación o restricción a la protección de los derechos fundamentales*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Moreta, A. (2020). *El silencio administrativo en el COA*. Quito: Legalite.
- Pahon, H. (2016). *Caducidad de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho*. Bogotá: Universidad Militar de Nueva Granada.
- Quintana, I. (2019). *La acción de protección*. Quito: CEP.
- Serra, R. (2014). Nuevos tiempos en las relaciones entre el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional en España. ¿De las desavenencias a una relación dialogada? *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n.º 18: 371-399.
- Simone, C. (2005). *Simone Lasso, Carmen Amalia, El control de constitucionalidad de los Actos Administrativos en el Ecuador*. Trabajo de titulación de posgrado de la Universidad Andina Simón Bolívar.
- Valle, A. (2012). *El amparo como garantía constitucional en el Ecuador*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Zavala, J. (2001). *Los actos administrativos en el amparo*. Quito: CLD.

### Normativa

- Asamblea Nacional (2017). Código Orgánico Administrativo. Publicado en Registro Oficial Suplemento 31 del 7/7/2017.
- \_\_\_\_ (2015). Código Orgánico General de Procesos. Publicado en Registro Oficial Suplemento 506 del 22/5/2015.
- \_\_\_\_ (2009). Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Publicado en Registro Oficial Suplemento 52 de 22/10/2009.
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Montecristi.
- Decreto Ejecutivo 2428. Estatuto del Régimen Jurídico de la Función Administrativa. Publicado en Registro Oficial Suplemento 536 del 18/3/2002.
- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (1984). Decreto Legislativo 295, Código Civil Peruano.

### Sentencias y resoluciones

- Corte Constitucional del Ecuador (30 de septiembre de 2020). Sentencia Nro. 65-10-IS/20. Caso Nro. 65-10-IS.
- \_\_\_\_ (4 de diciembre de 2019). Sentencia Nro. 283-14-EP/19. Caso No. 283-14-EP.
- \_\_\_\_ (4 de septiembre de 2019). Sentencia Nro. 1285-13-EP/19. Caso No. 1285-13-EP.
- \_\_\_\_ (28 de mayo de 2014). Sentencia Nro. 092-14-SEP-CC. Caso No. 0125-12-EP.
- \_\_\_\_ (24 de marzo de 2021). Sentencia Nro. 1285-13-EP/19. Caso No. 1285-13-EP.
- \_\_\_\_ (10 de marzo de 2021). Sentencia Nro. 889-20-JP/21. Caso No. 889-20-JP
- Tribunal Constitucional del Ecuador (3 de marzo de 2005). Resolución 0771-2004-RA. Caso 0771-2004-RA.

Corte Suprema de Justicia, Sala Contencioso Administrativo (10 de abril de 2006). Resolución 106-2006 Caso Hidalgo Yanchapaxi vs. Municipio de Quito.

Corte Nacional de Justicia (CNJ), Sala Contencioso Administrativo (13 de octubre de 2015). Resolución 652-2015, caso Quinteros Campaña vs. Consejo de la Judicatura.

\_\_\_\_\_ (9 de agosto de 2013). Juicio 051-2009, caso Morales Torres vs. Municipio de Logroño.

\_\_\_\_\_ (31 de enero de 2014). Resolución Nro. 080-2014, caso Pulla Salinas vs. EMOV EP.

\_\_\_\_\_ (27 de julio de 2015). Resolución Nro. 335-2015, caso Serrano Alvarado vs. Contraloría General del Estado.

Corte Nacional de Justicia (CNJ), Sala Civil y Mercantil (25 de febrero de 2014). Juicio Nro. 897-11.

Pleno Corte Nacional de Justicia (5 de noviembre de 2015). Resolución Nro. 13-2015.

Tribunal Constitucional Español (7 de febrero de 1995). Sentencia 37/1995.



# Principios constitucionales no convencionales de aplicación en el derecho administrativo y énfasis en el derecho electoral ecuatoriano

## *Non-conventional constitutional principles of application in administrative law and emphasis on Ecuadorian electoral law*

Ricardo Fabricio Andrade Ureña

Juez de la Unidad Judicial Penal en el cantón de Loja, Ecuador

Correo electrónico: ricardo77.77@hotmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3418-1239>

*Recibido: 6-mayo-2021. Aceptado: 2-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

### Resumen

Este artículo revisa los diferentes principios constitucionales que se aplican en el derecho administrativo, con énfasis en los principios poco comunes o no convencionales (principios que no emergen del derecho internacional público). Los procedimientos estatales atienden reglas fundamentales que permiten el cumplimiento de los derechos de la ciudadanía, al tiempo que el Estado sigue un esquema de reglas básicas para hacerlos efectivos en el caso de que sean vulnerados. Para dilucidar la relación entre los derechos objetos de este estudio, desde una perspectiva doctrinaria, se parte de la experticia alcanzada en el campo del derecho administrativo, con enfoque en la aplicación de los principios de la Administración pública (cualidades objetivas como valores, creencias, normas). Se concluye que los principios del derecho administrativo, por su naturaleza, suelen confundirse con los derechos constitucionales, lo cual incide en la toma de decisiones en ámbitos como administrativo, judicial o electoral.

**Palabras clave:** derecho administrativo, principios constitucionales, no convencionales, rectoría constitucional, Administración pública, garantías, reglas.

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 37-55.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.241](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.241)



## Abstract

This article reviews different constitutional principles applied in administrative law and focus on those that are uncommon or unconventional (principles that do not emerge from public international law). State procedures observe the fundamental rules that allow citizens to exercise their rights fully, as well the basic rules to make them effective in case they are violated. To elucidate the relationship between the rights that are the object of this study, from learnings in the field of administrative right and from a doctrinal perspective, this paper takes into consideration the application of the principles in Public Administration (objective qualities such as values, beliefs, norms). In conclusion, the principles of administrative law, by their own nature, are often confused with constitutional rights, which has incidence in decision-making within the administrative, judicial, or electoral spheres.

**Keywords:** administrative law, constitutional principles, unconventional, constitutional stewardship, Public Administration, guarantees, rules.

## 1. Introducción

Los principios en materia administrativa se refieren al conjunto de cualidades objetivas intrínsecas del hombre, es decir, el cúmulo de valores, creencias, normas y demás cualidades que se generan mediante las distintas fuentes del derecho. El artículo 227 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE) establece que: “[...] La Administración Pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”, es decir, establece el primer catálogo de los principios que rigen al Estado en general.

De lo manifestado se puede destacar los siguientes criterios: a) antes que se aplique una regla el juez o autoridad sabe con precisión en qué caso se aplica la regla, en tanto, que en los principios no sucede lo propio; y b) en el momento en que las reglas entran en conflicto una de ellas pierde su validez, como acontece cuando se da mayor prioridad a una disposición por el principio de competencia o jerarquía, mientras que en el momento en que los principios entran en colisión, ninguno de ellos pierde su validez ya que con relación a la valoración del peso se da preferencia a uno de ellos. Al respecto, Monroy (2006, p. 169) señala que

Las reglas son normas que, cuando se cumple el tipo de hecho, ordenan una consecuencia jurídica definitiva, es decir cuando se cumplen determinadas condiciones, ordenan, prohíben o permiten algo definitivamente o autorizan definitivamente hacer algo. Por lo tanto, pueden ser llamadas “mandatos definitivos” su forma de aplicación característica es la subsunción. En cambio los principios son mandatos de optimización [...]

Las normas son un conjunto de reglas que determinan la realización de algo conforme a las posibilidades fácticas y jurídicas. Las posibilidades jurídicas de un principio también están determinadas, además de las reglas, por principios

opuestos, esto significa que los principios dependen de y requieren ponderación siendo esta la forma característica de la aplicación de los principios. En definitiva, el procedimiento administrativo se encuentra estructurado por principios que afianzan su unidad y esencia, debe buscar la aplicación de los derechos del administrado. En atención a lo señalado, se puede afirmar que

[...] el neoconstitucionalismo como se le suele llamar, rompe con la imagen en la que prevalece la voluntad del legislador, pues la afirmación de la rigidez constitucional y de los órganos de justicia constitucional significa un redimensionamiento sustancial del poder legislativo, al cual para decirlo mediante una fórmula simplificadora, se le subtrae su carácter de omnipotencia en cuanto a la producción jurídica. El legislador en el Estado constitucional de Derecho, ya no es omnipotente sino que se constituye en un poder limitado, “acotado” como se suele decir. Y no sólo encuentra límites en su acción institucional sino que encuentra también vínculos pues la esfera de lo indecible, de la cual hablamos antes, contiene dos aspectos. Uno negativo, relacionado con los límites que el legislador encuentra en la distinción entre ley constitucional y ley ordinaria (para proteger los principios y valores inscritos en la constitución como aspiraciones colectivas); y, otro positivo relativo a los vínculos que la misma constitución, en sus principios y valores fundacionales, impone al legislador como tareas a cumplir (Rentería, 2007, p. 14).

En los artículos 3 al 37 del Código Orgánico Administrativo (COA) se deja constancia de los diferentes principios aplicables al procedimiento administrativo, de cumplimiento obligatorio para el sector público, incluidos los órganos de la Función Electoral. En el presente artículo se plantean los principios poco conocidos en el desarrollo del derecho administrativo común y que se aplican en el ámbito de la resolución de conflictos en el ámbito electoral, en sede administrativa y jurisdiccional.

Si bien la justicia ordinaria y constitucional ha desarrollado mediante la jurisprudencia los principios generales de aplicación de derechos, es escaso el análisis realizado en cuanto a los principios del derecho electoral y su nexa con el régimen administrativo. Cabe destacar que se pretende desarrollar herramientas jurídicas que permitan conocer el sistema electoral ecuatoriano, puesto que su evolución normativa ha girado alrededor de la distinción de un organismo electoral y otro administrativo, sin que se profundice en temas como la necesidad de promulgar un código procesal electoral y el reglamento al Código de la Democracia. Conocer el sistema electoral mediante sus principios permitirá que la ciudadanía ejerza de mejor manera sus derechos, que las autoridades motiven de mejor manera sus decisiones y, en consecuencia, la democracia en el país se fortalezca.

Este artículo fue elaborado con base en el análisis empírico de las experiencias alcanzadas en el campo del derecho administrativo con una perspectiva doctrinaria que ha profundizado en la aplicación práctica de los principios constitucionales y efectividad en la garantía de los derechos ciudadanos. Esto se refuerza con una comparación de los principios aplicables en la justicia contenciosa electoral. Por consiguiente, la técnica es el ejercicio práctico-administrativo.

El artículo se encuentra compuesto por el desarrollo doctrinario y jurisprudencial de los principios no convencionales existentes en Ecuador, los mismos que en algunos casos son desconocidos o poco utilizados en materia administrativa, y que se relacionan con los principios exclusivos en materia contenciosa electoral. En ese sentido el lector encontrará principios jurisdiccionales comunes, con énfasis en materia administrativa-electoral desde una perspectiva doctrinaria y jurisprudencial. El abordaje de los principios se realiza desde el control de la convencionalidad, es decir, considerando los principales tratados internacionales y convenciones.

## 2. Principios no convencionales en Ecuador

### 2.1. Debido proceso

En primera instancia, en un Estado constitucional de derechos y justicia social y democrático como Ecuador es fundamental que se respete los principios rectores de la justicia y la democracia, de acuerdo con el artículo 1, y el orden jerárquico de aplicación de las normas, según el artículo 245 de la CRE. Por consiguiente, los conflictos, así como también los derechos, deben tener un marco reglado e institucionalizado de resolución de peticiones y controversias, sea en sede administrativa o jurisdiccional. La resolución de conflictos debe estar mediada por el debido proceso que, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), abarca las condiciones que se deben cumplir para asegurar la adecuada defensa de aquellas personas cuyos derechos están bajo consideración judicial.

En este orden de consideraciones, la Corte ha dicho que los requisitos que deben ser observados en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales, “sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o el ejercicio de un derecho” y son “condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquéllos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial” (CIDH, 1999, p. 69).

La Corte Constitucional del Ecuador (CCE), con respecto al debido proceso, sostiene de forma reiterada que:

El debido proceso conlleva un mínimo de presupuestos y condiciones para tramitar adecuadamente un procedimiento y asegurar condiciones mínimas para defensa, constituyendo además una concreta disposición desde el ingreso proceso y durante el transcurso de toda la instancia, para concluir con una decisión adecuadamente motivada que encuentre concreción en la ejecución de lo dispuesto por los jueces. Por tanto, a este derecho como el “conjunto de principios a observar en cualquier procedimiento”, no solo como orientación sino como deber, destinado a garantizar de manera eficaz los derechos de las personas (CCE, 2014, p. 7)

Lo expuesto deja en evidencia que el debido proceso es el pilar fundamental de todo proceso administrativo y judicial, que establece el mínimo de garantías que permiten que las partes estén sujetas a un procedimiento idóneo y expedito.

Es evidente que el debido proceso está ligado a las experiencias humanas, por consiguiente, es el conjunto de principios básicos y reglas procesales que sirven para interponer una acción y, por consiguiente, garantizar un derecho.

En lo relativo al principio de publicidad y contradicción, partes constitutivas del debido proceso, la jurisprudencia electoral expedida dentro de la causa Nro. 21-Q-2009 por el TCE se pronunció al respecto. “Si una parte manifiesta que conoce determinada petición o providencia, o se refiere a ella en escrito o acto del cual quede constancia en el proceso, se considerará citada o notificada en la fecha de presentación del escrito o en la del acto a que hubiere concurrido” (Tribunal Contencioso Electoral [TCE], Causa No. 15Q-2009, p. 21). sobre la misma institución jurídica, el Tribunal dentro de la causa Nro. 027-Q-2009 indica,

[...] si en este acto se encuentran involucrados derechos fundamentales relacionados con el ejercicio del sufragio, es necesario que los sujetos políticos sean notificados a fin de que puedan impugnarlo de considerarlo pertinente, caso contrario se vulneran los principios constitucionales de la tutela judicial efectiva de los derechos, del debido proceso, de la certeza, independencia, imparcialidad u objetividad y publicidad o transparencia de la actuación en materia electoral, por parte de las propias autoridades encargadas de preparar, desarrollar y vigilar los comicios [...] (CCE, 2014, p. 29).

Los expedientes contenciosos electorales signados con los números 001-2009, 404-2009 y 699-2009 se refieren a la materia probatoria señalando que “[...] las copias simples no hacen fe en ningún proceso [...]” (TCE, 2009, p. 69). En cuanto a lo manifestado, y en referencia a la valoración de la prueba, el TCE señala en la causa Nro. 002-2009 que,

[...] se solicitó la presentación de pruebas y documentos para el esclarecimiento de los hechos, las mismas que han sido debidamente valoradas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, que involucra principios fundamentales de aplicación en la normativa procesal ecuatoriana, como la determinación de la fuerza de convicción de los medios probatorios incorporados al proceso que han sido apreciados en conjunto [...] (p. 21).

El TCE, mediante sentencia No. 019-2012, en relación con la prueba, establece que la presunción puede ser revocada si se aportan elementos capaces de crear en el juzgador la convicción de que, con certeza, hay un vicio que le reste eficacia jurídica (p. 19). Si bien, de manera primaria, la carga de la prueba recae sobre la persona que pretende demostrar la necesidad de una decisión favorable, no siempre dicha carga recae de manera exclusiva sobre el legitimado activo, puesto que en materia administrativa es obligación del Estado y de las instituciones públicas aportar con el expediente y, por consiguiente, con todos los documentos que se encuentran bajo su custodia.

Por lo expuesto, la carga de la prueba en materia administrativa es mixta. No basta con conocer a quien le corresponde el aportar los elementos probatorios, sino también, contar con tiempo adecuado y prudencial para acceder a dicha prueba, es decir, mediante las respectivas diligencias preprocesales o en la

justificación adecuada y pertinente de la solicitud de colaboración judicial para la incorporación de los elementos probatorios que no se encuentren en poder del requirente.

Es evidente que la institución jurisdiccional electoral, mediante la sentencia citada, se refiere a la garantía del debido proceso consagrada en la CRE en su artículo 76, de manera particular, en el ejercicio de notificación, citación y demás acciones para poner en conocimiento de las partes las providencias judiciales. Sin dichos actos procesales no puede activarse el derecho fundamental y básico a la defensa, el mismo que ha sido analizado por la CCE mediante sentencia Nro. 026-14-SEP-CC, que establece que es “[...] uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho abarca desde la posibilidad de concurrir al proceso, pasando a formar parte del mismo y de esta manera poder defenderse, presentar alegatos y pruebas” (CCE, 2014).

Las garantías al debido proceso son, a la vez, la garantía al derecho a la defensa, y se fundamenta en el respeto incondicional a los procesos y procedimientos señalados en la normativa infra constitucional pertinente (COA y Código de la Democracia). Sin estas condiciones o reglas mínimas los procesos administrativos y judiciales carecen de validez jurídica ya que los derechos no tienen las vías idóneas para hacerlos efectivos.

En ese sentido, el debido proceso es un principio general o principal, es decir, absorbe un sinnúmero de garantías subsidiarias que deben ser reconocidas a las personas en todos los procesos en que se determinen derechos y obligaciones. Por consiguiente, no puede ser analizado de manera abstracta sino amerita un razonamiento lógico ampliado que permita conocerlo de manera integral, cuyo cumplimiento corresponde al Estado. En el ámbito administrativo-electoral hay que destacar que en función del debido proceso la primera garantía reconocida es la de presunción de inocencia, que radica en que la carga de la prueba recae sobre la Administración pública, a fin de romper el sagrado estado de inocencia.

El principio de impulso oficial se consolida en la necesidad de que los funcionarios públicos ejerzan una actividad detallada al momento de imputar infracciones a la ciudadanía. También, en materia administrativa y electoral existe el principio de tipicidad anclado a la conducta infraccionaria relevante, es decir, los servidores públicos no pueden pretender que se impute una infracción administrativa o electoral por una acción u omisión que a la fecha de su presunta comisión no se encuentre tipificada en la normativa infra constitucional. Otra de las garantías del debido proceso es la eficacia probatoria, que consiste en que las pruebas deben ser practicadas de acuerdo con los parámetros establecidos en la norma positiva, distinguiendo el tipo de procedimiento y excluyendo como elemento probatorio todo acto no permitido por la Constitución y la ley de la materia.

Es importante insistir que en materia administrativa-electoral el debido proceso establece el principio de favorabilidad, que gira alrededor de la aplicación de la norma que más favorezca al administrado. El principio *in dubio proelector*

prima en la garantía de cualquier derecho. Por último, dicho principio garantiza la debida proporcionalidad entre la infracción y la sanción, así como un ejercicio integral del derecho a la defensa.

## 2.2. Impedimento del falseamiento de la voluntad popular

El principio de impedimento de falseamiento de la voluntad popular se direcciona o tiene una relación proporcional, de forma directa, con el principio democrático que rige a la justicia electoral en su ámbito administrativo y jurisdiccional y cuya manifestación es la soberanía popular expresada mediante el sufragio. Dicho precepto se encuentra contemplado en la CRE, en su artículo 1. Al respecto, Álvarez Conde (1991, p. 4) señala que,

[...] es la concreción más directa del principio democrático. Este principio sostiene que el derecho electoral debe garantizar que la voluntad del electorado sea respetada y cumplida, evitando cualquier tipo de engaño o distorsión de ella. Como ya se ha dicho reiteradas veces, la soberanía popular se ejerce a través del voto, y dicha voluntad se verá plasmada en los resultados de los comicios electorales, los cuales tienen como fundamento el sistema de las mayorías [...]

Entonces, este principio se encamina a la voluntad soberana plasmada en las urnas, es decir, la voluntad del electorado (mayoría simple en casi todos los casos de dignidades unipersonales y método de adjudicación de escaños en autoridades pluripersonales) sea respetada y que, en casos excepcionales de modo extremo y aislados, se pueda declarar la nulidad o menoscabar el resultado obtenido. Los recursos electorales no deben tener por finalidad el cambio de resultados sino resolver alguna anomalía procesal o de cómputo numérico.

En ese sentido, el Código de la Democracia señala, en su artículo 6, que la finalidad de la Función Electoral es “[...] asegurar que las votaciones y los escrutinios traduzcan la expresión auténtica, libre, democrática y espontánea de la ciudadanía y sean el reflejo oportuno de la voluntad del electorado expresada en las urnas por votación directa y secreta [...]”. Además, el artículo 146 del mismo cuerpo legal determina varias reglas con relación a la declaratoria de nulidad que están dirigidas a evitar la declaración de nulidades no fundamentadas. Por último, el artículo 147 determina en qué casos procede la nulidad. Se señala que se declarará la nulidad de las elecciones en el momento en que se haya declarado la nulidad de las votaciones o cuando no se hubieran instalado o suspendido las votaciones de al menos el 30 % de juntas receptoras del voto, siempre que dicha circunstancia afecte los resultados definitivos de la elección y cuando los votos nulos superen a la totalidad de los votos de los candidatos.

El principio de nulidad es fundamental en materia electoral y se sustenta en el respecto a la voluntad de los ciudadanos plasmado en las urnas, es decir, es el pilar de un sistema democrático. Si bien es cierto, existen causales de nulidad o situaciones que permiten que la votación sea declarada inválida, no es menos

cierto que dicha situación es excepcional y siempre y cuando no afecte el resultado de las elecciones.

Pese a existir un proceso de adjudicación de escaños en los que los cocientes, las mayorías, minorías y el orden de las candidaturas tienen un efecto en la asignación del puesto, los resultados generales no pueden verse afectados por situaciones ajenas a la voluntad del electorado. De darse el caso, que se declare la nulidad de una determinada junta receptora del voto, la autoridad electoral debe emitir su decisión con suficiente carga argumentativa que permita que la voluntad soberana sea sacrificada de forma provisional, puesto que el único efecto de dicha nulidad debe ser un nuevo ejercicio de sufragio.

### 2.3. Definitividad de los actos electorales

Con relación a este principio, la jurisprudencia del TCE señala, mediante la causa Nro. 15Q-2009 (p. 15), la característica de firmeza del proceso electoral por disposición legal o el transcurso de la etapa procesal, por ende, estos actos no pueden ser impugnados en otra etapa posterior. La definitividad en los actos electorales se fundamenta en el principio de presunción legítima de la validez de un acto de índole electoral, es decir, dicho acto se presume válido puesto que ha sido emitido por la autoridad competente, no adolece de nulidad sustancial y fue respaldado por los actos de mera administración o informes, que validan el actuar de la Administración pública y, en este caso, de la autoridad electoral.

Partiendo de que el calendario electoral (regresivo) inicia con la fecha de posesión de las autoridades electas por votación popular, es fundamental aclarar que los tiempos son reducidos y deben anclarse a las actividades específicas del ciclo electoral. Los recursos (corrección, objeción e impugnación recurso subjetivo contencioso electoral) deben ser presentados en los tiempos señalados e incluso, en algunos casos, en las propias audiencias de manera oral ya que de no hacerlo la actuación administrativa y judicial pasa a adoptar el estatus de *en firme* y por consiguiente es definitivo.

La actuación de los legitimados activos tiene una incidencia directa en las decisiones de la administración, de no acudir con los recursos adecuados (no residuales) la administración tiene la obligación de, sin más trámite, ejecutar la actuación. Por lo expuesto, este principio se basa en la legitimidad de la actuación administrativa y en la imposibilidad de acudir a instancias de la justicia ordinaria para hacer valer los derechos (la acción de protección y acción extraordinaria de protección durante período electoral no pueden ser admitidas a trámite). Este principio se encuentra atado al de presunción de validez, el mismo que se encuentra desarrollado en las causas No. 007-2009, 547-2009, 572-2009 y 600-2009 del TCE (p. 14) que determinan:

La presunción de validez y legitimidad de la que gozan las actuaciones de los organismos administrativos de la Función Electoral, tiene como efecto principal la imposición de una fuerte carga probatoria que pesa sobre quien pretendiese desvirtuar dicha presunción. En este sentido, no basta con afirmar la existencia de un supuesto

fraude o alteración de actas para alcanzar la convicción razonable del juzgador, es indispensable que es asevero probatorio sea capaz de demostrar objetivamente la causal invocada.

A partir de indicado, el principio de definitividad tiene por fundamento la normativa procesal general consagrada en el artículo 329 del Código Orgánico General de Procesos que, para la materia contenciosa administrativa, señala: “Los actos administrativos gozan de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad”. Esto deja en evidencia que se presume que la actuación de la Administración pública ha sido la correcta, que los servidores públicos involucrados en el proceso cumplieron con el principio de juridicidad y que sus actuaciones no incurrieron en nulidades subsanables. Esto garantiza que, de manera primaria, los actos administrativos generados no vulneren los derechos ciudadanos. En el supuesto que existan indicios de que el acto administrativo adolece de nulidades o afecte a derechos, la carga de la prueba para desvirtuar o deslegitimar dichas actuaciones radican en el administrado, lo cual implica que la fundamentación venga acompañada de pruebas que ratifiquen el particular.

Este principio está anclado al calendario electoral que, por su característica de regresivo, parte de fechas hito como la posesión del presidente de la república y de otras autoridades. De estas fechas hito emergen de manera anticipada la planificación de las contiendas electorales. En ese sentido, la planificación electoral establece fechas fatales, como la conformación del padrón electoral, el sistema de cambios de domicilio, la elaboración de los materiales electorales, la conformación de los organismos electorales desconcentrados, la implementación del sistema de escrutinios, entre otras. Esto implica que los tiempos sean ajustados y, por consiguiente, que los actos de índole electoral se ejecutorien en corto tiempo. Lo contrario sería generar actos electorales no firmes, lo que trastocaría el principio de seguridad jurídica. Por tanto, este principio se vincula al de presunción de validez y provoca que los actos electorales se consideren válidos hasta que una decisión administrativa o jurisdiccional no establezca lo contrario.

## **2.4. Juridicidad**

El principio de juridicidad es fundamental porque de ello los derechos van a prevalecer. Los ciudadanos que actúan en virtud de una potestad estatal tienen la obligación de ceñir sus actividades al denominado bloque de constitucionalidad, lo que permite que el principio de seguridad jurídica se respete. Así, la Administración pública tiene por objetivo cumplir con las fuentes del derecho. En este sentido, no basta con respetar la CRE sino también las actuaciones administrativas estipuladas por la CIDH y las diferentes convenciones de las cuales Ecuador es suscriptor. Por lo tanto, la juridicidad es un principio que refleja la verdadera esencia de la necesidad de los particulares al concurrir a la Administración pública con el fin de hacer valer sus derechos. Este principio, también denominado como principio de legalidad o competencia, se encuentra regulado sobre todo por el artículo 226 de la CRE.

Este principio ha sido tratado por la CCE, la misma que mediante sentencia No. 224-12-SEP-CC caso No. 1863-10-EP (p. 25) establece lo siguiente:

Dentro de ese enfoque del garantismo procesal, conviene precisar que la garantía del debido proceso consolida a su vez la seguridad jurídica, que constituye el elemento esencial y patrimonio común de la cultura del Estado de derechos y justicia; garantiza la sujeción de todos los poderes del Estado a la Constitución y la ley; es la confiabilidad en el orden jurídico, la certeza sobre el derecho escrito y vigente, el reconocimiento y la previsión de la situación jurídica. Las Constituciones de nuestros países garantizan la seguridad jurídica a través de algunas concreciones, como el principio de la legalidad y el debido proceso.

Chamorro (1978, p. 57) se refiere al principio de juridicidad como un limitante a las actuaciones de la Administración pública, es decir, la supeditación que esta debe mantener al derecho positivizado. Por ende, tiene por finalidad que el poder público adecue su conducta a las convenciones, Constitución, leyes y demás normativa vigente. En este sentido, para Cretella, citado por Aguirre (2017), el principio de legalidad es inherente al Estado de derecho, ya que genera estabilidad, seguridad y certeza en las acotaciones administrativas. La juridicidad es, en síntesis,

[...] exigir a la administración que dé cuenta de sus actos, explique las razones que la mueven a elegir una solución en lugar de otra y confrontar con la realidad la consistencia de dichas razones, es algo que interesa al justiciable y a la comunidad entera; según Fernández, juzgar a la administración es una garantía en un Estado de derecho, que contribuye a administrar mejor, pero no significa usurpar el ejercicio de la función administrativa [...] (Aguirre, 2017, p. 227).

En tal sentido, Villalba (2014) considera que los actos administrativos emitidos sin el cumplimiento del principio de juridicidad provocan la vulneración a los derechos constitucionales. Por consiguiente, mediante la potestad legal de obtener la decisión motivada por parte de la Administración pública con el recurso o acción respectiva, se puede garantizar los derechos, ya sea mediante la vía ordinaria (recurso subjetivo) o por vía constitucional (garantía jurisdiccional o acción de inconstitucionalidad).

[...] se ha dicho que el criterio que debe seguirse para determinar la procedencia del recurso contencioso administrativo (o tributario), o de las demás fórmulas de control de constitucionalidad, sería la inmediatez del principio constitucional infringido [...] en ocasiones ocurre lo que se conoce como violaciones indirectas a la Constitución, es decir, que la afectación se produce contra legislación secundaria que se deriva de la norma suprema la Constitución es un cuerpo orgánico y dogmático, sus normas son desarrolladas en otras para que encuentren mejor aplicabilidad. De ahí, que las violaciones [...] (Villalba, 2015, p. 27).

Lo manifestado por Villalba deja en evidencia la delgada línea que existe entre la justicia ordinaria y justicia constitucional, ya que ambas sedes jurisdiccionales buscan garantizar los derechos establecidos en la CRE. En la práctica, dicha

situación se vive a diario en los tribunales de justicia, en los que queda al libre albedrío el hecho de interponer garantías jurisdiccionales o recursos subjetivos para que los derechos sean garantizados. Sin duda, la vía idónea por sus características sería la acción de protección ya que informal, célere y práctica. No obstante, la carga probatoria y argumentativa para demostrar que es la vía legítima siempre queda al sano juicio del juzgador que la conoce. La vía contenciosa siempre permitirá que las actuaciones de la administración sean objeto de control de legalidad y que, mediante un procedimiento extenso, se pueda obtener la decisión judicial.

El hecho de que sean improcedentes las acciones de protección en contra de los actos electorales ha tomado connotaciones especiales. Las autoridades judiciales ordinarias han intervenido en las decisiones electorales puras, lo que tras-toca el principio de especialidad electoral. En cuanto a esto, la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece por causal de improcedencia de esta garantía jurisdiccional el hecho de que las decisiones sean emanadas por los organismos electorales, incluso, por situaciones nacientes del ejercicio del control político que tiene su propia vía de revisión (TCE). Esto no aplica para la acción extraordinaria de protección, debido a que su improcedencia es solo en período electoral. Partiendo de lo indicado, el control de la juridicidad en materia electoral le corresponde de manera prioritaria, privativa y exclusiva a las autoridades electorales, quienes tienen la obligación de velar por los principios constitucionales y el cumplimiento de los derechos de las partes. En cuanto a esto, Dosamantes (2004, p. 260) indica que,

[...] la administración sirve a los intereses generales, con potestades regladas de actuación; persiguiendo el proceso contencioso, el control efectivo de la legalidad de las entidades de la administración; el juez contencioso debe controlar los actos administrativos, frente a la ley y al derecho, por lo que se trata de un control contencioso de juridicidad y no solo de legalidad. El proceso contencioso: a) Es un medio jurisdiccional de tutela de derechos subjetivos. b) Es parte de los postulados del Estado de derecho, que constituye un instrumento de control inter orgánico de la administración. c) Es un medio de impugnación. d) Es un proceso judicial de satisfacción procesal de pretensiones. Los controles de constitucionalidad y de legalidad tienen diferencias, el primero se presenta cuando existe inconsistencia con un precepto constitucional; y el segundo cuando existe inconsistencia en relación con un precepto legal, puede suscitar casos en que un acto administrativo simultáneamente resulte ser impugnabile tanto ante la jurisdicción contenciosa mediante un recurso contencioso, cuanto ante la jurisdicción constitucional mediante la acción constitucional pertinente, por adolecer el acto de vicios de ilegalidad que perjudican derechos subjetivos del administrado, que son al mismo tiempo derechos fundamentales consagrados en la Constitución.

Para comprender la idea, es bueno referirnos al control de convencionalidad como buena práctica en la Administración pública y administración de justicia. Consiste en que todo servidor público tiene la obligación de revisar los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Ecuador, así como también

las sentencias y opiniones consultivas emitidas por la CIDH. La obligación de ejercer este control se ve ratificado en el artículo 424, inciso segundo, de la CRE. En ese sentido, en el derecho administrativo el principio de juridicidad consiste en la necesidad de motivar los actos administrativos y de mera administración, considerando el bloque de constitucionalidad y otras fuentes de derecho, a más de la ley formal, con énfasis en los derechos favorables para la persona (*pro homine*).

## 2.5. Oficialidad

La oficialidad tiene por propósito que los servidores públicos impulsen los diferentes trámites de las instituciones públicas sin dejar de observar la preocupación e intervención que debe existir por parte del administrado. Sin perjuicio de ello, la Administración pública debe actuar en beneficio del interés público e impulsar el procedimiento para llevarla a cabo (Dosamantes 2004, p. 265). En ese sentido, el Estado es garante de los derechos de las personas, por tanto, el impulso para la consecución de sus objetivos y el cumplimiento de las políticas públicas es obligación de los servidores públicos.

Por ende, el principio de oficialidad en materia administrativa cumple un doble rol: en primer lugar, permite que los usuarios, como parte débil de la relación estatal, puedan efectivizar sus derechos constitucionales y, segundo, que el Estado ecuatoriano, mediante sus funcionarios, no permita que existan vulneraciones a los derechos e intereses de las personas. Gordillo, al referirse al principio de oficialidad, sostiene que

[...] tiene como primera hipótesis la impulsión de oficio del procedimiento. En efecto, si bien el procedimiento puede ser iniciado de oficio o a petición de parte, la impulsión de éste corresponde en todos los casos a la administración. Ello es así porque en la actuación de los órganos administrativos no debe satisfacerse simplemente un interés individual sino también un interés colectivo, y el propio interés administrativo: de allí que la inacción del administrado no pueda determinar en ningún caso la paralización del procedimiento. Por ello nos parece desaconsejable proyectar la creación legislativa de una tal caducidad o perención de instancia, pues es muy difícil que la paralización de un procedimiento pueda ser debida a actos del particular ya que, normalmente, su continuación no depende de la voluntad del particular (Gordillo, 2017, p. 264).

Gordillo establece que en todos los casos el impulso de los procedimientos le corresponde al Estado, debido a que son las instituciones públicas las responsables de la custodia de la información y encargadas de la prestación del servicio; por consiguiente, resulta inoficioso que los ciudadanos comparezcan a un requerimiento que puede ser garantizado con la actuación de la administración. Además, la Administración pública, por medio de su inacción, no puede afectar los derechos ciudadanos o incurrir en silencio administrativo positivo o negativo, ya que los plazos fatales existentes para cada caso ameritan que los funcionarios del Estado adecuen su conducta al principio de debida diligencia, eficacia y eficiencia.

En la práctica, en materia electoral y administrativa, es común que los servidores públicos se tomen tiempos discrecionales para resolver los asuntos bajo su competencia. El COA en su contenido ha regulado dicha situación: establece en el artículo 15 que el Estado es el encargado de responder por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos. En muchos casos, el inicio de los procedimientos administrativos sancionadores termina dependiendo de nuevo del administrado.

Este principio tiene base constitucional y legal en el caso ecuatoriano. El artículo 66, numeral 23, de la CRE expone el derecho que tienen los ciudadanos a poder dirigirse y exponer sus casos ante las autoridades y que las respuestas de estos últimos deben darse de forma motivada. El COA, de la misma manera, regula y dispone mediante el artículo 139 el impulso a existir por parte de los distintos órganos de las Administraciones públicas. Cabe destacar que, en cuanto al principio de oficialidad, Mejía (2018, p. 40) indica:

A modo de conclusión de este acápite cabe señalar que los principios procesales son coherentes con la naturaleza material del proceso, en la medida que informan la manera en que tal instituto ha de servir a la concreción de derechos y poderes constitucionales –jurisdicción–. Los mandatos de estos principios rebasan lejanamente lo meramente adjetivo de la administración de justicia, identificándose e informando valores superiores en relación con el ejercicio de uno de los mandatos que la sociedad entregó al Estado, este es, la jurisdicción. Sin importar los procedimientos específicos que establezcan –plazos, requisitos, órdenes secuenciales, etapas, etc.–, el proceso será siempre un instrumento igualitario, contradictorio y de disposición de las partes procesales –esto último en materia privada.

El fin del Estado siempre será el cumplimiento de los derechos, por lo que su respeto y garantía debe ser el anhelo de sus autoridades. Partiendo de esto, el establecer condiciones igualitarias que permitan que los ciudadanos ejerzan sus derechos bajo las mismas oportunidades y condiciones, con un mínimo de reglas por cumplirse, es el pilar de un sistema democrático. Mejía señala en cuanto al principio de oficialidad que no se le debe confundir con el principio *iura novit curia*, ya que este último plantea que es el juzgador quien debe suplir los errores de las normas jurídicas en el momento en que exista confusión u omisión. “No obstante, este principio no le permite al juez resolver aquello que la parte no lo demandó expresamente, ni mucho menos impulsar el proceso, cosa que, bajo el principio oficioso, dado el interés público de la causa, sí podría realizar (2018, p. 41).

También es interesante lo referido por el autor en cuanto a la confusión que se genera debido a la necesidad de impulsar de oficio un trámite administrativo o electoral, así como que dicho impulso sea para subsanar los errores generados por el administrado. En este sentido, el principio de oficialidad sirve para que el protagonista más fuerte de la relación administrativa, como es el Estado, sea el encargado de viabilizar los trámites que se presentan ante una institución pública. Esto no quiere decir que dicha administración tenga la obligación de invocar

normas distintas o corregir los defectos provocados por el usuario público. Por lo expuesto, no se puede confundir a los principios procesales aplicables en garantías jurisdiccionales con principios de índole administrativo o electoral, los cuales giran alrededor del COA y el Código de la Democracia, de forma respectiva.

## 2.6. Transparencia

La transparencia es otro de los principios que tiene una gran relevancia en el actuar de las diferentes Administraciones públicas y en el derecho electoral, pues mediante este el Estado permite que sus acciones en el ámbito administrativo puedan ser públicas, observadas y recurridas por las personas que intervienen en la exigencia de derechos en determinados procedimientos administrativos. En Ecuador este principio está recogido en el artículo 12 del COA en el que se menciona: “Principio de transparencia. Las personas accederán a la información pública y de interés general, a los registros, expedientes y archivos administrativos, en la forma prevista en este Código y la ley”. Toda persona puede acceder a los datos, registros e información de las entidades públicas y privadas que ejerzan gasto público y ejerzan funciones de autoridad (Villanueva, 2006, p. 152). Otra perspectiva de lo que es el derecho de acceso a la información pública, desde el sistema republicano de gobierno, es la planteada por Basterra (2000, p. 36).

El derecho de acceso a la información pública es la facultad que tiene todo ciudadano, como consecuencia del sistema republicano de gobierno, de acceder a todo tipo de informaciones en poder tanto de entidades públicas como de personas privadas que ejerzan funciones públicas o reciban fondos del Estado, con la consecuente obligación estatal de instrumentar un sistema administrativo que facilite a cualquiera la identificación y el acceso a la información solicitada.

Este principio permite que exista publicidad en las actuaciones administrativas del sector público. A manera de ejemplo se tiene el portal web de Compras Públicas del Servicio Nacional de Contratación Pública (Sercop), que divulga documentos relevantes de los procedimientos de contratación y permite a los oferentes y ciudadanía en general acceder a los mismos y ejercer, incluso, la veeduría ciudadana. García de Enterría y Hernández (2004, p. 488) reflexionan que

De todos estos derechos nuevos el de acceder a los archivos y registros administrativos es, sin duda, el más trascendental y está llamado a transformar radicalmente los hábitos tradicionales de nuestra Administración, que, a partir de ahora, está emplazada a actuar en despachos de cristal, a la vista de todos los ciudadanos y no solo de los interesados en cada procedimiento concreto.

Este principio tiene un desafío en los tiempos actuales, debido a la pandemia del covid-19 y al avance de las nuevas tecnologías. Todas las herramientas informáticas que puedan aportar a una Administración pública eficiente, oportuna y transparente deben ser parte de la misma y con la finalidad de atender y garantizar los derechos al administrado. Países como España y Brasil han dado el salto y avanzan hacia Administraciones públicas electrónicas.

Este principio amerita un análisis desde las perspectivas de las nuevas tecnologías de la información y comunicación, debido a que el tratamiento de la información pública gira alrededor de los mecanismos de publicidad y libre acceso en el cual el *blockchain* y los sistemas análogos a la criptomoneda generan en la Administración pública la discusión respecto a si existe transparencia y oportunidad de obtener la información que administra el Estado o, en su defecto, si los mecanismos para acceder a la información (*habeas data*) son vías expeditas para dicha pretensión. Sin duda, en el caso ecuatoriano, los esfuerzos para transparentar la información son limitados, ya que a pesar de que existe la obligación legal de que las instituciones públicas publiquen de manera periódica toda la información relevante a su gestión, aún se observa la reserva de información y publicación de información desactualizada, lo que provoca una afectación directa al principio de transparencia.

## 2.7. Tutela efectiva

Esta es una garantía que emerge de los organismos encargados de la administración de justicia y radica en el derecho de los ciudadanos de contar con una actuación estatal acorde con el cumplimiento de todos los derechos de los ciudadanos. Este principio se encuentra estipulado en el artículo 75 de la CRE, que deja en evidencia que el acceso a la justicia es gratuito y que la actuación de las autoridades debe ser expedita, celerar y adecuada, garantizando a las partes procesales acudir de manera directa ante los jueces.

Bajo ningún concepto se puede limitar el derecho a la contradicción, ni poner barreras al momento de ejercer la oralidad y libertad probatoria. Por lo expuesto, la tutela debe darse en toda etapa procesal, desde su inicio y hasta la obtención de una decisión de última y definitiva instancia, por lo cual, su concordancia con otros principios, como la seguridad jurídica y el debido proceso, es indudable. En este sentido, Solano indica que “[...] el acceso a la justicia es el primer escalón de lo que siempre hemos denominado debido proceso” (2016, p. 27). Por ende, este principio implica una doble dimensión: por una parte, la obligación de que las actuaciones estatales sean expeditas para el ejercicio de los derechos, pero también, la obligación de los ciudadanos de adecuar sus conductas al principio de buena fe y lealtad procesal, ya que las partes, mediante sus actuaciones, también pueden incidir en la vulneración de principio mencionado.

No se puede olvidar que la tutela judicial es un principio inherente a la persona y, por tanto, no debe limitarse en la actuación de la administración de justicia, sino que debe ser concebida de manera amplia mediante los diferentes mecanismos de participación ciudadana. La actuación del Estado consiste en responder de manera oportuna, blindar las garantías básicas y no generar indefensión en los ciudadanos. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia (CNJ), Sala de lo Contencioso Administrativo, mediante sentencia de 4 de mayo de 2011, expediente 118, determinó:

SEXTO.- El reconocimiento de la garantía a la tutela judicial efectiva, [...] es una exigencia de todo ordenamiento jurídico, desde el momento en que el Estado, en procura de la paz y la correcta convivencia social, “asume el monopolio de la composición de los litigios y proscrib[e] la autodefensa”; razón por la cual “el Estado no puede desentenderse de su función de hacer justicia –sin la cual no existe orden ni derecho– y constituye un deber inexcusable que puede ser exigido por los ciudadanos”. “Este derecho fundamental, que en primer término supone una garantizada posibilidad de acceso a la jurisdicción, tiene relación con el derecho de acción [...] Por esta razón la Constitución, además del acceso a la jurisdicción, ordena la imparcialidad del juez, dispone la celeridad procesal, proscrib[e] la indefensión y ordena el cumplimiento de los fallos judiciales, requisitos sin los cuales no habrá la deseada efectividad en la administración de justicia”; todo lo cual lleva a concluir que “los requisitos legales para el acceso a la jurisdicción y a los recursos [...] deben ser razonables y obligan a la interpretación más favorable al pleno ejercicio del derecho” y que “el derecho a la tutela judicial efectiva no puede ser comprometido ni obstaculizado mediante la imposición de formalismos enervantes” (CNJ, Sala de lo Contencioso Administrativo, 2016, p. 29).

La sentencia de casación citada enfatiza que los organismos de administración de justicia, que incluye al TCE, son los llamados a atender los requerimientos ciudadanos de manera efectiva, imparcial y expedita, adecuando las normas a los principios de celeridad, intermediación y economía procesal tanto en el proceso judicial como en la etapa de ejecución de la decisión. Es decir, quien tutela los derechos de las partes en el proceso judicial es la autoridad que avoque conocimiento de la causa desde su inicio y hasta que la decisión se ejecute de forma integral. También es interesante citar la interrelación o complementariedad que existe entre los principios puesto que solo se puede tutelar los derechos en el momento en que la actuación de la administración de justicia garantice que las condiciones elementales previstas en la CRE y la norma, eviten los formalismos y obstáculos no esenciales. No puede perderse de la óptica jurídica que, si bien es cierto que el Estado en su conjunto es el garante de los derechos, no es menos cierto que la tutela efectiva de derechos puede ser garantizada con organismos de administración de justicia imparciales contramayoritarios y alejados de la opinión pública.

En materia electoral, el principio de tutela judicial efectiva se ve reflejado en las actuaciones del TCE, el cual mediante las reformas al Código de la Democracia ha intentado suplir las falencias en materia procesal, otorgando tiempos adecuados y oportunos para que las partes puedan acceder al ejercicio de sus derechos, velando así por el cumplimiento de la celeridad y oportunidad. No puede desconocerse que aún existen deficiencias en materia administrativa debido a que no todas las instancias permiten la intermediación de las partes, lo que limita la oralidad y el ejercicio pleno de la defensa de los administrados. Además, la falta de personal preparado en justicia electoral, como fiscales y defensores públicos, genera una vulneración a la tutela judicial efectiva ya que el desconocimiento en el ámbito electoral genera una vulneración en el ejercicio de los derechos.

### 3. Conclusiones

Los principios del derecho administrativo son de aplicación obligatoria para todos los órganos de las diferentes Funciones del Estado en Ecuador. La nueva dinámica del derecho administrativo en el país obliga a que las decisiones administrativas y jurisdiccionales consideren tanto a los parámetros constitucionales, convencionales, legales y reglamentarios. No obstante, otorga una relevante ubicación a los principios, los mismos que también pueden ser razonados al momento de adoptar dichas decisiones.

En el procedimiento administrativo electoral, corresponde al Consejo Nacional Electoral observar los principios comunes del derecho administrativo conforme a lo que se establece de forma especial en la Ley Orgánica Electoral-Código de la Democracia. Los principios aplicables al derecho administrativo se encuentran sobre todo enunciados en el artículo 227 de la CRE y en los artículos 2 al 30 del COA. Sin embargo, existen principios transversales para el ejercicio de todo procedimiento o garantía que deben ser considerados por la Administración pública al momento de resolver sobre derechos ciudadanos, aunque no estén expresamente previstos en el derecho positivo.

Se ha discutido sobre la prevalencia del principio de juridicidad al de legalidad. Conforme lo establece la normativa aplicable, el primero absorbe al segundo, puesto que la convencionalidad como práctica fundamental en el desarrollo de un Estado democrático como el ecuatoriano obliga que para resolver un problema administrativo o jurisdiccional se considere en primera instancia los tratados internacionales de derechos humanos que sean más favorables a los administrados, las sentencias emitidas por la CIDH, la Constitución y las leyes pertinentes. Los principios en derecho administrativo tienen ciertas especificidades, sobre todo si se compara con el derecho electoral; pese a tratarse de reglas y actividades que permiten garantizar derechos, es fundamental que se consideren al momento de resolver procesos que se refieran a derechos subjetivos.

### 4. Referencias bibliográficas

- Aguirre, A. (2017). *Derecho público*. Quito: Editorial Universidad Andina Simón Bolívar.
- Álvarez, E. (1991). Los principios del derecho electoral. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales* n.º 9. Recuperado de <https://burjcdigital.urjc.es/handle/10115/1707>
- Asamblea Nacional (2017). *Código Orgánico Administrativo*. Suplemento del Registro Oficial 111, 31-XII-2019. Quito. 7 de julio.
- \_\_\_\_ (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento del Registro Oficial 506. Quito.
- \_\_\_\_ (2009). *Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador-Código de la Democracia* de 2010. Publicado en el Registro Oficial Suplemento 352 del 30 de diciembre de 2010.
- Basterra, M. (2006). *El derecho fundamental de acceso a la información pública*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

- Chamorro, J. (1978). *Golpe a la transición*. Barcelona: Editorial Lealter.
- Congreso Nacional (2004). Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Publicado en Registro Oficial Suplemento 337 del 18 de mayo de 2004.
- Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2007). Caso Chaparro Vélez y Lapo Iñiguez vs. Ecuador de 2007 (Sergio García Ramírez, 21 de noviembre de 2007).
- \_\_\_\_ (2005). Caso Yatama vs. Nicaragua de 2005 (Diego García Sayán, 23 de junio de 2005).
- \_\_\_\_ (1999). Opinión Consultiva OC-16/99 de 1999 (Sergio García Ramírez; 1 de octubre de 1999).
- \_\_\_\_ (1987). Opinión Consultiva OC-9/87 de 1987 (Rafael Nieto Héctor Gros, Rodolfo Piza, Thomas Buergenthal, Pedro Nikken y Héctor Fix-Zamudio, 6 de octubre de 1987).
- Corte Nacional de Justicia - Sala de lo Contencioso Administrativo (2011). Sentencias de 4 de mayo de 2011 expediente 118, publicado en el Registro Oficial Suplemento 336, de 18 de septiembre de 2012.
- Dosamantes J. (2004). *Diccionario del Derecho Electoral*. Ciudad de México: Porrúa.
- García de Enterría, E. y Fernández, T. (2004) *Curso de Derecho Administrativo II*. Madrid: Ediciones Civitas.
- Gordillo, A. (2017). *Tratado de derecho administrativo*. Buenos Aires: Ediciones de la Universidad de Buenos Aires.
- Mejía, S. (2018). *La oralidad y los recursos en el proceso civil español y ecuatoriano*. Madrid: Tesis doctoral de la Universidad Complutense de Madrid.
- Rentería, A. (2007). Constitución y democracia ¿límites y vínculos? *Revista CONfines* 3/6 agosto-diciembre de 2007. Recuperado de <https://confines.mty.itesm.mx/articulos6/RenteriaA.pdf>
- Solano, L. (2016) *Derecho administrativo*. Madrid: Editorial Marcial Pons.
- Villalva, A. (2015). *Poderes públicos*. Quito: Ediciones Legales.
- Villanueva, E. (2006). *Derecho de la información*. Ciudad de México: Editorial Media Comunicación.

## Jurisprudencia constitucional

- Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (2016). Sentencia n.º 005-16-SEP-CC de 2016. Jueces CC;
- \_\_\_\_ (2014). Sentencia n.º 038-14-SEP-CC de 2014. Jueces CC.
- \_\_\_\_ (2014). Sentencia n.º 026-14-SEP-CC de 2014. Jueces CC.
- \_\_\_\_ (2013). Sentencia n.º 092-13-SEP CC de 2013. Jueces CC.
- \_\_\_\_ (2013). Sentencia n.º 0016-13-SEP-CC de 2013. Jueces CC.
- \_\_\_\_ (2009). Sentencia n.º 0034-09-SEP-CC de 2009. Jueces CC.

## Jurisprudencia electoral

Tribunal Contencioso Electoral del Ecuador [TCE] (2013). Causa n.º 142-2013 de 2013. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2012). Causa n.º 019-2012 de 2012. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 15Q-2009 de 2009. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 002-2009 de 2009. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 007-2009 de 2009. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 547-2009 de 2009. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 572-2009 de 2009. Jueces del TCE.

\_\_\_\_\_ (2009). Causa n.º 600-2009 de 2009. Jueces del TCE.



# Política socioasistencial y programas de transferencia de renta: reformas institucionales y tecnológicas en América Latina

*Assistance policy and income transfer programs: institutional and technological reforms in Latin America*

María Laura Vecinday Garrido

Docente e investigadora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay

Correo electrónico: [lauravecinday@gmail.com](mailto:lauravecinday@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1098-1626>

Yoana Paola Carballo Perdomo

Docente e investigadora de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de la República, Uruguay

Correo electrónico: [yoanacarballo@gmail.com](mailto:yoanacarballo@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-0475-8735>

*Recibido: 8-mayo-2021. Aceptado: 18-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

## Resumen

Desde 1990 y hasta la actualidad, los programas de transferencia de renta condicionada se convirtieron en la opción predilecta de muchos Gobiernos de América Latina para responder a los problemas de la pobreza. Estos programas propiciaron un conjunto de reformas al interior del Estado y de la Administración pública. Este artículo examina cómo su introducción estuvo acompañada de procesos concomitantes tales como la emergencia de una nueva institucionalidad en el campo social, un conjunto novedoso de requerimientos de gestión y el aprovechamiento de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. El presente estudio emplea una metodología cualitativa y se apoya en las revisiones de

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 57-74.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.242](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.242)



bibliografía y documentos normativos, busca comprender las alteraciones institucionales y tecnológicas de la política socioasistencial en América Latina. Se destacan la diversidad de reformas permanentes del Estado y la persistencia de una orientación gerencial anunciada en 1998 por el Consejo Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), que predomina con relativa independencia al signo ideológico de los Gobiernos de turno.

**Palabras clave:** reformas del Estado, política socioasistencial, tecnologías, instituciones, orientación gerencial, transferencia de renta.

### Abstract

Beginning in the 90s and until the present, conditional income transfer programs have been the preferred option of Latin American governments to address poverty problems. The introduction of these programs prompted a set of reforms within the State and the Public Administration. This article examines how the introduction of income transfer programs brought related processes such as the emergence of a new institutional framework in the social field, a relatively new set of management requirements, and the use of new information technologies. This article used a qualitative methodology, reviewed bibliographic and documentary sources, and analysed recent research to define institutional and technological policy changes in Latin America. The results show that, despite specificities, State reforms are persistent. They also show that the managerial orientation announced in 1998 by the Latin American Council of Administration for Development prevails over the ideological spectrum of governments in office.

**Keywords:** State reform, socio-assistance policy, technologies, institutions, managerial orientation, income transfer.

## 1. Introducción

La introducción, expansión e institucionalización de los programas de transferencia de renta condicionada como mecanismo de combate a la pobreza e indigencia desde la década de 1990 ha generado una serie de reformas al Estado y la Administración pública en América Latina. Estos programas emergieron en el momento en que los efectos sociales regresivos de las políticas neoliberales de 1990 se hicieron sentir sobre la población más vulnerable. Se trataba, entonces, de iniciativas que se propusieron atender tales problemas en sus múltiples dimensiones transfiriendo renta y, al mismo tiempo, condicionando su recepción al cumplimiento de ciertos requisitos destinados a elevar el capital humano y con el propósito de alterar el ciclo de reproducción intergeneracional de la pobreza. Por lo tanto, estas propuestas responden de forma masiva a tales problemas y deben satisfacer las “crecientes exigencias sociales para incrementar el control y la eficiencia de las prestaciones sociales” (Carballo y Vecinday, 2019, p. 89).

La reciente transformación de la política socioasistencial no es un hecho aislado. Esto forma parte de la permanente reforma del Estado, por lo que situar las alteraciones en el marco de una propuesta de reforma estatal guiada por una

orientación gerencial permite visualizar cómo las innovaciones y transformaciones institucionales y tecnológicas, que contribuyen a desarrollar y fortalecer los saberes y capacidades estatales, han estado vinculadas de manera estrecha a la institucionalización y expansión de los programas de transferencia de renta condicionada. Estas iniciativas de reforma importan al análisis antes que nada por su “efecto de anuncio” que por el alcance de su “impacto real” (Castel, 2014, p. 12). Desde este punto de vista, es relevante el análisis de las reformas no solo desde las transformaciones concretas, sino desde el interés de reflexionar sobre lo que anuncian estas iniciativas.

En ese sentido, la pertinencia de este tema radica, de manera general, en que la política socioasistencial, como objeto de estudio que sintetiza las sucesivas reformas sociales, ha sido un tema de preocupación constante para las ciencias sociales en tanto expresa las opciones políticas seguidas para abordar los problemas en torno a la pobreza. De manera particular lo es para las profesiones asistenciales involucradas en el campo social e institucional, pues las funciones atribuidas y las demandas de intervención colocadas están asociadas a las transformaciones de las políticas públicas. Así, los espacios socio-ocupacionales asignados y su metamorfosis pueden comprenderse y explicarse en el contexto de las alteraciones de la política socioasistencial.

Los enunciados y tesis que se ponen en discusión se inspiran en la teoría crítica como forma de recuperar la complejidad e historicidad del objeto de estudio. Este artículo se apoya en los resultados de una investigación reciente financiada por la Comisión Sectorial de Investigación Científica de la Universidad de la República, a quien las autoras agradecen. Para ello, se acude a la revisión bibliográfica emitida por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD, 1999) para abordar algunos casos de América Latina, y por el Consejo Nacional de Políticas Sociales (2011) para introducir los rasgos del caso uruguayo. Así, el diseño de la investigación fue analítica y, de modo fundamental, la estrategia metodológica fue cualitativa, basada en el uso de fuentes de datos sobre las categorías centrales.

Además de la revisión bibliográfica se identificaron, seleccionaron y analizaron ciertas fuentes documentales que ayudaron a comprender cómo los programas de transferencia de renta estuvieron precedidos por una serie de requerimientos de la gestión y reformas institucionales y tecnológicas en América Latina, sobre todo en Uruguay. Este se constituye en el objetivo del presente artículo. Se realizaron consultas de los documentos emitidos por órganos oficiales, normas, decretos, leyes, resoluciones, convenios de materiales programáticos, técnicos e instrumentales y, por último, de producción académica asociada a los requerimientos de gestión de la política (diagnósticos, evaluaciones, consultorías, metodologías). De acuerdo con el objetivo de la investigación, se ha privilegiado la revisión de las fuentes documentales emitidas por el CLAD en las que el *problema* del Estado aparece en términos de diagnósticos y de propuestas para su superación.

El artículo se pregunta cómo ha sido presentado el *problema* del Estado y la necesidad de su reforma, prestando atención a las sugerencias emitidas por el CLAD, el Banco Mundial (BM) y el Banco Interamericano de Desarrollo (BID). Estos organismos han contribuido a los procesos de reforma del Estado en América Latina promoviendo y financiando, desde la década de 1970, diversas estrategias, sugerencias y recomendaciones de reforma. Luego, se identifica un conjunto de requerimientos sobre la gestión de la política socioasistencial que ha impulsado innovaciones institucionales como tecnológicas. De este modo, el proceso de reforma de la estatalidad profundiza su alcance, reconfigurando aspectos centrales de las formas de organizar y gestionar las prestaciones y servicios del campo asistencial. Por último, se concluye que los Estados latinoamericanos están siendo reformados aun cuando permanecen discursos que insisten en reclamar la necesidad de la reforma como si fuera un pendiente de los Gobiernos nacionales. En ese sentido, la pretendida y reclamada reforma del Estado está en curso y está cambiando la naturaleza de los servicios y del trabajo a su interior, aun cuando estos cambios aparezcan invisibilizados u opacados por las modalidades, en apariencia, dispersas e inconexas de las alteraciones desencadenadas.

## 2. Acerca del *problema y solución* de la Administración pública: aportes al diagnóstico y la propuesta de reforma

Los organismos internacionales o de cooperación multilateral han promovido los procesos de reforma del sector público en América Latina desde la década de 1970, por ende, su intervención en la agenda y elaboración de la política pública tienen un largo derrotero. De preocupaciones iniciales en torno a la infraestructura y bases materiales para las iniciales políticas productivas en la década de 1950, se pasó a una estrategia que a partir de 1970 y con mayor intensidad hacia fines de 1980– jerarquiza la pobreza (la “deuda social”) como problema a atender en un contexto de preocupación por recuperar niveles de estabilidad política. Enmarcada en la crisis de la deuda (Stolowicz, 2015, p. 23) la agenda social fue objeto de tratamiento del BM y el BID mediante señalamientos que de manera progresiva fueron materializando las bases discursivas y prácticas para los países de la región (Barba, 2007).

Para la década de 1990, el tema de las reformas institucionales de Estado va a constar en la agenda de estos organismos. Era un tema que ya se había sido recomendado por la Comisión Trilateral durante la década de 1970, la cual proponía el “[...] disciplinamiento de las burocracias estatales [...]” a fin de facilitar consensos con los cuadros estatales para impulsar los procesos de reforma de los países (Murillo, 2008; Corbalán, 2004, p. 7). Dichas reformas fueron forjadas en torno a requerimientos de saberes de expertos que, en buena medida, han circulado por medio de una emergente tecnocracia nacida en el seno de los organismos internacionales (Corbalán, 2004).

De modo concomitante emerge en 1989 el Consenso de Washington con su paquete de reformas de “primera generación”, destinadas a enfrentar el problema

de la estabilidad y del crecimiento económico promoviendo, para ello, la apertura y competitividad de los países latinoamericanos. Descentralización, privatización y tercerización fueron los ejes vertebradores de las reformas cuyo objeto fueron los servicios públicos bajo la orientación del paradigma sociotécnico de la gestión<sup>1</sup> (Murillo, 2008) o reforma gerencial. El diagnóstico en la década de 1970 ya tenía como presupuesto básico que para promover el “desarrollo” de la región –entendido como apertura económica y financiera internacional– era necesario transitar por un proceso de “ajuste” en el tratamiento de las demandas ciudadanas por parte del Estado. En otros términos, se trataba de modificar el papel del Estado en la intervención y producción de bienes y servicios públicos universales, es decir, su papel redistributivo.

Las reformas de “segunda generación” promovidas en la década de 2000 por un nuevo Consenso de Washington *revisaron* con sentido crítico estos señalamientos para volver la mirada sobre el Estado “hacia dentro”, es decir, sobre el Estado como objeto de reforma administrativa mediante una progresiva incorporación de técnicas y tecnologías en todas las áreas del quehacer público –sus estructuras y sus procesos–. Estas reformas que, si bien pueden presentarse como esfuerzos aislados y desordenados, en su conjunto responderán a las mismas bases doctrinarias de la ciencia de la administración para la reforma de las burocracias locales y la Administración pública (López, 2005). Con las reformas de segunda generación se incorpora la necesidad de una modernización gerencial de la Administración pública (Álvarez, 2001), atribuyendo un nuevo rol no solo al Estado, sino también a las organizaciones de la sociedad civil y su vínculo con la institucionalidad estatal. No obstante, desde la década de 1990 y hasta la actualidad los países latinoamericanos han sido estimulados por los organismos internacionales (BM, BID y FMI) a fin de incorporar técnicas y tecnologías de la gerencia empresarial como requerimiento para recibir asistencia financiera (López, 2005).

Las medidas adoptadas, emparentadas con el paradigma de la nueva gestión pública (NGP),<sup>2</sup> contribuyeron a la transformación de la institucionalidad y de los instrumentos de gestión. La eliminación o relativización de las diferencias entre lo público/privado y las transformaciones en el proceso de las cuentas públicas de rendición de cuentas por procesos a rendición de cuentas por resultados constituyen dos de los atributos fundamentales de la NGP (Fernández, 2016, p. 66). Si bien este paradigma es presentado como neutro en un sentido político, es decir, con potencialidad de servir a objetivos neoliberales como a orientaciones contrapuestas, cabe señalar que el mismo surgió con la crisis del Estado keynesiano de bienestar y la expansión de las reformas neoliberales (Narbondó, Fuentes

1 Paradigma inspirado en una “filosofía empresarial” que jerarquiza el papel del conocimiento científico impulsado, entre otros aspectos, por el avance tecnológico y de la informática (Murillo, 2008).

2 Expresión que surge en la década de 1980 en el Reino Unido, durante el Gobierno de Margaret Thatcher, para impulsar un conjunto de reformas en el sector público inspiradas en una racionalidad económica empresarial, con la finalidad de mejorar la eficiencia estatal (Vecinday y Mariatti, 2018). Enfoques inspirados en la NGP también se encuentran en otros países, por ejemplo, con el nombre *Totalidad del Gobierno* (TG) desarrollado en Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido y Canadá (Christensen y Lægrend, 2007).

y Rumeau, 2010). Para comprender el sentido y las orientaciones de la reforma gerencial del Estado es imprescindible comprender su contexto de génesis. Se debe acudir a los diagnósticos y las soluciones propuestas en su momento original, pues de su examen se extraen elementos sustantivos para comprender cómo, por qué y cuándo se jerarquizaron ciertas preocupaciones, algunos problemas y un repertorio determinado de recomendaciones que desplazaron a otros asuntos de la agenda pública.

Por razones de espacio en este artículo se eligió profundizar en la propuesta de reforma emanada del CLAD. Fundamenta tal elección la naturaleza de este organismo que es respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y que su objetivo como entidad regional se centra en la modernización de las Administraciones públicas. Para la década de 1990 el CLAD va a difundir un documento que, por la relevancia de sus contenidos, además del reconocimiento de la trayectoria y las pertenencias institucionales de sus autores, merece ser abordado en este artículo. Se trata del escrito preparado por el Consejo Científico del CLAD, aprobado por el Consejo Directivo en su sesión del 14 de octubre de 1998 que lleva por título *Una nueva gestión pública para América Latina*. En este documento se arriesga a una interpretación sobre los déficits de la intervención pública y la consecuente necesidad de reformar nuestros Estados.

De este documento se desprende que el CLAD es una agencia con un objetivo estratégico: “[...] promover la reforma gerencial del Estado latinoamericano” (CLAD, 1999, p. 9). Quizás, de este propósito deriva el carácter doctrinario del texto que propone un conjunto de medidas y recomendaciones que configuran una reforma de orientación gerencial.<sup>3</sup> El escrito expresa que esta reforma gerencial es una propuesta “esencialmente progresista” y democrática en tanto:

La Reforma Gerencial del Estado en América Latina, por lo tanto, necesita inicialmente completar la tarea del modelo weberiano de fortalecer un núcleo estratégico ocupado por una burocracia profesional. Pero también necesita modificar el paradigma organizacional propio del modelo weberiano [...] En este sentido, los cambios deben ser orientados: a) por la flexibilización organizacional, capaz de hacer más ágiles a los [G]obiernos; b) por el montaje de una red de relaciones más democráticas entre la prestación de los servicios públicos y los ciudadanos-consumidores; c) por la implantación de un modelo contractual y competitivo de acción estatal, a partir del cual se pueda aumentar la eficiencia y la efectividad de las políticas (CLAD, 1999, p. 11).

Parte del diagnóstico sobre los Estados latinoamericanos ha subrayado en la deficiencia de su organización burocrático-weberiana, calificada de incompleta. Señaladas de discrecionales, clientelares y patrimonialistas, las prácticas de la clase política y de las corporaciones habrían obstaculizado el desarrollo pleno

3 Con la reforma gerencial (contenida en el paradigma de la NGP) se promueve la transformación de la Administración pública inspirándose en el modelo de las transformaciones organizacionales de las empresas privadas. Por detrás está el diagnóstico lapidario de la burocracia weberiana de la cual la propuesta de reforma solo rescata la profesionalización de un núcleo estratégico de funcionarios en el centro del Estado (CLAD, 1999).

del moderno modelo burocrático (Narbondo *et al.*, 2010). Gran parte de las críticas se centraron en el tamaño, lentitud e ineficiencia del Estado, así como en la “democratización del servicio público y flexibilización organizacional” entre los aspectos que el modelo burocrático-weberiano no contemplaba (CLAD, 1999, p. 9). Los planes de reforma se nutrieron de estos diagnósticos y recuperaron buena parte de sus propuestas. Sin desconocer las particularidades sociohistóricas y coyunturales de cada país, la mayoría de los Gobiernos instrumentaron medidas de reducción del servicio público, cierre de agencias y oficinas, fusión de entidades y el abandono o la tercerización de funciones como estrategia para reducir el tamaño y el alcance del Estado. Estructuras, funciones y recursos humanos fueron reorganizados desde una perspectiva gerencial, aspectos que se retoma en el siguiente apartado.

En la propuesta del CLAD (1999) se encuentran principios orientadores generales y gerenciales, recomendaciones que de manera progresiva fueron asumiendo diversas formas y ritmos de materialización en los países latinoamericanos, entre ellas:

- Profesionalización de la alta burocracia o élite técnico-burocrática: con funciones relativas a la formulación, supervisión y regulación de las políticas. Este cuerpo especializado de altos funcionarios públicos o *policy makers* define su función en la combinación entre conocimiento especializado y responsabilidad política como estrategia de transparencia pública y, en efecto, de combate al clientelismo. De manera que esta figura encarnaría la representación del vínculo entre ciencia y política en la reforma gerencial de la Administración pública entregando tareas “exclusivas” a los Estados, en tanto que aquellas tareas “auxiliares” podían ser brindadas por terceros. Estas tareas auxiliares se refieren a actividades tales como limpieza, mantenimiento, etc., así como otras tecnificadas en alto grado e informatizadas.
- Separación funcional entre las actividades “exclusivas” y “auxiliares” del Estado: esto es la separación entre estructuras a cargo de la formulación de las políticas y las unidades descentralizadas y ejecutoras de los servicios. Estas últimas serán objeto de supervisión por los procedimientos de control basados en los resultados alcanzados, a diferencia del clásico control weberiano centrado en el seguimiento de las normas y procedimientos establecidos.
- Nuevas formas de control: se refiere al control de resultados basado en indicadores de desempeño, control contable de costos sustentado en indicadores sobre el uso del dinero público desde una racionalidad que piensa a la población como contribuyente, control por competencia administrada o cuasimercados en los que diversos actores compiten por ofrecer servicios. “Esta competencia puede traer ganancias de eficiencia y efectividad al sistema, ya que la pugna obliga a una utilización más racional de los recursos y porque la tendencia es a aumentar la gama de servicios a disposición de los ciudadanos” (CLAD, 1999, p. 17); también el control social que supone habilitar un campo de evaluación de las políticas por los ciudadanos y, más aún, la participación en la gestión de los mismos. Diversos ejemplos se pueden rastrear en este sentido: la cogestión de servicios por una amplia gama de organizaciones de la sociedad civil, la figura del *ombudsman*

para canalizar demandas y reclamos por las políticas dispuestas, la creación de consejos sociales locales o comisiones de seguimiento y control como estrategia de participación ciudadana, entre otras.

- Distinción entre las estructuras administrativas: son aquellas dedicadas a las actividades “exclusivas” (formulación, regulación y financiamiento de las políticas sociales y desarrollo científico-tecnológico) y descentralizadas con competencia en la ejecución de servicios sociales por parte de un sector público no estatal. Son pensadas para el campo social y presentadas de la siguiente forma: “no se trata de la privatización de los servicios públicos en el área social. El Estado continuará siendo el principal financiador, y más que esto, tendrá un papel regulador en el sentido de definir las directrices generales [...]” (CLAD, 1999, p. 18). El reconocimiento de estas estructuras y figuras públicas no estatales para apoyar la necesaria flexibilización de una Administración pública sometida al derecho administrativo, el atributo de dedicación humana y sentido de solidaridad que la ejecución de la políticas sociales requiere y la necesidad del Estado de mejorar la cooperación con actores comunitarios, del tercer sector y también del mercado, son los principios que dan contenido a la propuesta del Estado red propuesto por el CLAD para América Latina

Este conjunto de recomendaciones incorpora la necesidad de delegación de poder hacia arriba y hacia abajo por parte de los Estados, aquella que Giddens (2004) describe como proceso necesario de la reestructuración estatal. Esta tendencia conjuga actores y espacios con diversas dosis de poder respecto a los procesos decisorios en los servicios públicos. Así se configura un escenario auxiliar en el que se ubican actores sociales y comunitarios que bajo diversas figuras y motivaciones tramitan la ejecución de los servicios. En tanto, las capacidades hacia arriba son recepcionadas sobre todo por organismos internacionales y empresas multinacionales que, por ejemplo, capitalizan los servicios asociados a procesos tecnológicos, informáticos y financieros. En síntesis, el *problema* del Estado es presentado como una necesidad de reforma hacia adentro que deriva en la propuesta de un Estado gerencial como solución, transformando las técnicas y estructuras para ofertar bienes y servicios a la población.

### 3. Reorganización del modelo socioasistencial como motor de cambios

Como fue expuesto, el fortalecimiento de la administración gerencial del Estado ha sido desde la década de 1990 el objetivo de las transformaciones en la NGP. Los primeros indicios de reforma en el campo socioasistencial datan de aquella época, pero hubo que esperar a las dos primeras décadas de 2000 para encontrar una completa reconfiguración de esta política, sus soportes institucionales y tecnológicos. En América Latina las reformas sociales redefinieron el papel y el alcance de la política asistencial: la magnitud de estos cambios ha resignificado el lugar de sus prestaciones en la matriz de protección social tomada en su globalidad, la cual también ha sido objeto de reforma. En ese sentido, los procesos de reforma social desarrollaron

[...] acciones específicas de mejoramiento de las capacidades institucionales necesarias (sistemas de información, estructuras organizacionales, mecanismos de gestión, espacios de articulación, recursos humanos, financiamiento, etcétera) para que los procesos de cambio se lleven a cabo exitosamente. Una reforma social es, por lo tanto, también una reforma de las capacidades públicas para intervenir en la sociedad (Consejo Nacional de Políticas Sociales, 2011, p. 31).

En el campo socioasistencial este fortalecimiento se observa en la tecnificación que sirve a los objetivos de focalización, seguimiento de las trayectorias de los beneficiarios, verificación de las condicionalidades, control del trabajo profesional e identificación de recursos superpuestos. Este proceso recibió un fuerte impulso en las dos décadas del presente siglo cuando la mayoría de los países latinoamericanos se abocó a una reforma de su política de asistencia social. La institucionalización y expansión de las prestaciones asistenciales, sobre todo bajo el formato de transferencias de renta condicionadas, tensionó las capacidades estatales para su implementación. Definir a la población elegible se constituyó en un desafío para decisores y gestores políticos que debieron hacer frente a los requerimientos de focalización social en programas cuya potencial cobertura superaría con amplitud a la alcanzada hasta ese momento por la política asistencial. A su vez, el control de las condicionales también supuso el desarrollo de innovaciones para fortalecer las capacidades estatales en este campo. Del mismo modo, los requerimientos de monitoreo, evaluación y rendición de cuentas colocaron nuevas exigencias sobre la hechura y el proceso de la política pública.

Respecto a las innovaciones institucionales se resaltan dos procesos: la centralización de la política asistencial en los ministerios o secretarías sociales, por un lado, y tercerización de cuasimercados para la implementación descentralizada de, al menos, algunos componentes de esta política, incluyendo la contratación y gestión de los trabajadores del nivel terminal de la política de asistencia social. Destaque especial merece la emergencia de la institucionalidad social bajo la forma de ministerios o secretarías sociales que proliferaron en la región. Por ejemplo, Uruguay se sumó en 2005 con la creación del Ministerio de Desarrollo Social. La agudización de la pobreza y la pobreza extrema, consecuencia del ajuste estructural, fue uno de los principales argumentos para promover la creación de una nueva institucionalidad para su atención.

Promovida por los organismos internacionales (los mismos que en su momento recomendaron el “ajuste”<sup>4</sup>) esta nueva institucionalidad fue interpretada desde dos posiciones que son relevantes y subsidiarias: por un lado, estos ministerios y secretarías parecen justificar su necesidad en el momento en que las interpretaciones (por tanto, las respuestas) sobre los problemas del trabajo son desplazados al registro de los problemas de la pobreza. En este sentido, Midaglia, Castillo y Fuentes (2010) indican que esta nueva institucionalidad:

4 El entonces representante del BID en Uruguay señaló que la creación de un Ministerio de Desarrollo era una deuda: “además de tener muchas instituciones públicas, tenemos instituciones que no son públicas involucradas en proyectos [...] quien es el que está responsabilizado de llevar adelante programas de este tipo [...] Hoy por hoy en Uruguay no existe un ámbito que tenga asignadas esas funciones, como por ejemplo un Ministerio Social” (Midaglia, 2001, p. 212).

[...] pone de manifiesto que las problemáticas relacionadas con la pobreza y vulnerabilidad social tienden a perdurar, y en algún sentido, están “separadas”, o mejor dicho, carecen de soluciones asociadas al mercado de empleo. Los Planes y políticas sociales que manejan estas Secretarías dejan en evidencia que se requiere de medidas específicas para tratar las actuales cuestiones sociales, y al parecer, esas iniciativas son tan particulares que se torna imposible o inconveniente ubicarlas en la esfera de los Ministerios de Trabajo (p. 150).

Por su parte, y de forma subsidiaria a lo expuesto (antes que controversial) Boltvinik (2013, p. 279) califica a estas iniciativas como “el paso neoliberal más importante en materia social”, al consolidar un principio sustantivo del proyecto neoliberal: lo social legítimo debe entenderse solo como el auxilio a la pobreza. El cometido de esta nueva institucionalidad será, entonces, la de garantizar la protección social de grupos poblacionales pobres y vulnerables según ingresos o ciertos atributos que representan un *handicap* social. Por definición, los ministerios sociales nacieron (y fueron concebidos) como las instituciones responsables de la protección social de los pobres y minusválidos sociales en el sentido que le atribuye Castel (2004). La asistencia social (o la “seguridad social” no contributiva de la pobreza) es el campo de competencia institucional de los nuevos ministerios sociales. Su creación parece anunciar que los programas de combate a la pobreza o de transferencias de renta llegaron para quedarse reconfigurando el campo asistencial (Vecinday, 2014).

Por otro lado, la nueva institucionalidad en el plano social ha generado una serie de iniciativas diversas y dispersas implementadas por equipos tercerizados, es decir, por burócratas que dependen de manera contractual de organizaciones privadas, aunque su salario proviene de las arcas del Estado, es decir, del fondo público. La delegación hacia abajo de los poderes y capacidades estatales en agencias no gubernamentales, que forma parte de la propuesta de reforma gerencial promovida por el CLAD, no es un rasgo original de este período. Más bien, se está frente a una multiplicación de agencias de distinto tipo (organizaciones no gubernamentales, cooperativas de trabajo, instituciones religiosas, etc.) que serán las prestadoras de los servicios sociales licitados en régimen de competencia.

En ese sentido, vale la pena preguntarse si se asiste a la configuración de cuasimercados<sup>5</sup> imperfectos o en transición. La reforma social se encuentra con el desarrollo de iniciativas que se presentan aisladas e inconexas pero que examinadas de forma global contribuyen a configurar las tendencias y orientaciones de un plan de reforma más o menos explícito. De este modo, estas iniciativas se

5 El modelo de cuasimercados se caracteriza por reunir un agente proveedor por el lado de la oferta y dos agentes por el lado de la demanda: el usuario y las agencias del Estado que financian la actividad del agente proveedor. “Lo particular de este modelo es que los servicios de bienestar social destinados a los consumidores finales no se compran ni se venden en un mercado tradicional donde los precios y las cantidades son determinados por la acción de la oferta y la demanda” (Salas, 2017, p. 201). El cuasimercado ha sido propuesto como la alternativa para enfrentar los problemas de eficiencia económica y operativa de los servicios públicos. Esta ineficiencia viene siendo denunciada desde 1980 por críticos que la explican a partir del carácter monopólico de los servicios; en otras palabras, el monopolio impide la competencia y, por lo tanto, es un obstáculo para la mejora continua (Salas, 2017).

comportan como mojonos colocados en un proceso permanente de reforma (se presentan como aisladas e inconexas) que pueden ser comprendidas por su efecto de anuncio (transportando un tipo de realidad ideal) antes que por su impacto real (Castel, 2014).

Si bien América Latina ha desarrollado cuasimercados, sobre todo en servicios educativos y de salud (con sistemas de *voucher* o cápitás), este artículo subraya la incipiente expansión de su lógica de funcionamiento hacia nuevas áreas de servicios y prestaciones sociales. Se afirma, entonces, que los programas asistenciales de transferencia de renta condicionada abonan en una misma dirección aun cuando no se pueda identificar casos en los que el desarrollo del modelo sea isomorfo a la figura típica del cuasimercado. Por tanto, los programas de transferencia de renta condicionada son, en términos hipotéticos, la antesala o una precondition para avanzar hacia modelos de cuasimercados de provisión de bienestar y asistencia en los que los receptores de transferencias monetarias podrán comportarse como clientes y los agentes prestadores (sean públicos o privados) como competidores que, aún sin fines de lucro, se verán impulsados por la propia dinámica de la competencia, a mejorar la eficiencia de los servicios que proveen.

En relación con los recursos humanos, es notable observar la multiplicación del uso de figuras contractuales transitorias y discrecionales (Narbondó *et al.*, 2010, pp. 32, 33) configurando una auténtica burocracia a la “sombra” (Martínez Silva, 1980) para dar flexibilidad al sistema de personal e incrementar los cuadros técnicos y profesionales, sin que ello suponga un aumento del funcionariado público de planta. Esta burocracia en la sombra, “compuesta por miles de trabajadores del sector privado, de tiempo completo, que dependen directamente de los contratos gubernamentales, realizando tareas tanto altamente especializadas como no calificadas” (Martínez Silva, 1980, p. 29), no ha parado de crecer pese a la retórica del “achique” del Estado persistente en muchos países. La interdependencia de esos burócratas con la burocracia formal es de tal magnitud que, como sugiere Martínez Silva (1980), deben concebirse como un sistema único de provisión de bienes y servicios ya desde finales del siglo xx.

El tercer foco relevante de innovaciones recae sobre las prácticas de los operadores asistenciales. En ese sentido, la nueva institucionalidad social emergente en América Latina, así como la opción preferencial de programas de transferencias de renta como política de combate a la pobreza han sido factores determinantes del avance de la automatización de procesos asociados a la gestión de la política asistencial. Como señala Perelmiter (2016), se trata de un área de política pública en la que sus trabajadores y sus usuarios están bajo sospecha: los trabajadores por no ceñirse a patrones objetivos y técnicos para distribuir de forma correcta los recursos asistenciales llegando a caer en engaños y fraude; por su parte, quienes demandan prestaciones asistenciales son sospechosos de realizar actos ilegales o por mantenerse en situación de privación de forma deliberada para conservar la prestación.

Esta trama de relaciones sospechosas se circunscribe al espacio de la relación directa entre el profesional y los usuarios; es el espacio del burócrata callejero (Lipsky, 1980) en el que los agentes profesionales se ven enfrentados a la necesidad de tomar decisiones que, en última instancia, definen la política en el nivel callejero. El control sobre este nivel decisonal ha sido un dilema para la Administración pública, dilema que encuentra en las nuevas tecnologías de la información y la comunicación alternativas imaginables con dificultad en el pasado reciente. Como ejemplo de ello, se muestran dos formas de uso de estas tecnologías que contribuyen con los fines de la administración pública de controlar la práctica de las personas sospechosas de la política socioasistencial: operadores y usuarios.

#### 4. Uso de tecnologías en el caso de Uruguay

La automatización y el control burocrático de las prácticas de profesionales y operadores funcionan sobre la base de descomponer los procesos de trabajo en pasos protocolizados que, insertos en campos documentales de registro, almacenamiento y tratamiento de la información, posibilitan un control del trabajo en el nivel callejero. Pucci y Vigna (2013) observaron, en el caso uruguayo, que la informatización del proceso de identificación y selección de la población beneficiaria de las transferencias de renta condicionada permitió aumentar la productividad del trabajo y controlarlo de forma directa desde oficinas centrales. Por otro lado, las prácticas orientadas al acompañamiento de las familias asistidas también son objeto de nuevas formas de regulación y control. Plazos que delimitan los tiempos de intervención, la definición de un plan o proyecto de trabajo, el seguimiento de los resultados según metas, protocolos de egreso, instrumentos de registro, contenidos a trabajar.

De este modo, se asiste a una serie de intervenciones con poblaciones preseleccionadas, plazos predefinidos, protocolos y modelos de atención que prescriben acciones y contenidos que, a su vez, se constituyen en parámetros para evaluar la productividad del trabajo y los resultados de las intervenciones. Además, estos parámetros de evaluación tienen efectos performativos sobre las prácticas de los agentes cuyo trabajo también será evaluado en función de los mismos. Los efectos de la introducción de estas tecnologías sobre las profesiones es objeto de debates, con posiciones que pronostican la desaparición de algunas de ellas por su pérdida de utilidad social y otras que solo ven en estos procesos la posibilidad de desprenderse de ciertas prácticas para enfocarse en aquellas en las que la necesidad de experticia particularizada y contextualizada obstruye la posibilidad de automatización. Huws (2019) circunscribe el alcance de los efectos de estas tecnologías al cambio en la naturaleza de las tareas antes que a la prescindencia de ciertos saberes y prácticas profesionales:

Los trabajadores sociales, por ejemplo, pueden verse a sí mismos rellenando formularios estándar en una pantalla de ordenador en lugar de escribirlos en papel o presentando informes más matizados y profesionalmente cualificados a sus clientes; los profesores podrían verse administrando exámenes estandarizados [...] los antiguos

componentes del empleo susceptibles de rutinización se transfieren a los trabajadores poco cualificados. Así, por ejemplo, las preguntas rutinarias planteadas a un sistema de ayuda podrían responderse mediante el uso de respuestas automáticas por correo electrónico o por personal subalterno, mientras que solo los problemas realmente difíciles se remitirían a expertos mejor pagados. O los enfermeros podrían animar a los enfermos a llamar a un centro de llamadas antes de pedir cita con el médico (p. 49, traducción propia de las autoras).

Los procedimientos algorítmicos y la elegibilidad remota representan los esfuerzos más recientes para controlar la discrecionalidad atribuida a la mediación de los profesionales o de políticos locales. A su vez, cuenta con instrumentos objetivos de elegibilidad para sortear las declaraciones engañosas de los demandantes de apoyos asistenciales, siendo el Índice de carencias críticas (ICC) el instrumento utilizado para focalizar los programas de transferencias no contributivas de Uruguay y que luego se extendió al conjunto de programas sociales del Ministerio de Desarrollo Social. Fue construido en 2008 por economistas de la Universidad de la República del mismo país para determinar la elegibilidad de los hogares, según criterios de vulnerabilidad socioeconómica, de tal forma que el ICC combina y pondera las características no monetarias de los hogares.

Las autoridades del Ministerio del actual Gobierno (que ha interrumpido los tres períodos de regímenes progresistas) no han planteado la modificación de la selección mediada por el ICC. Hace poco tiempo fue de conocimiento público un documento interno en el que el Ministerio se propone ajustar los criterios del ICC y desarrollar acciones para lograr “la mayor eficiencia en las actividades y en la generación de ahorros en las prestaciones hoy ofrecidas”, así como una “reducción leve de la cobertura” de otras transferencias (alimentarias y a la vejez) (*La Diaria*, 11 de agosto de 2020). Aquí aparece la segunda propuesta de cambio: hasta el momento la selección de la población supone un mecanismo por medio del cual las personas son visitadas en su hogar por operadores sociales del ministerio, encargados de relevar la información que permite las operaciones algorítmicas del ICC. El mecanismo propuesto elimina la intermediación del operador, sustituyéndola por una declaración jurada electrónica del solicitante. De este modo, las declaraciones juradas “son cruzadas con los sistemas de información del Estado para identificar riesgos de fraude en la declaración” (*Ibid.*), instalando así el mecanismo de la selección remota (Vecinday, 2020).

Como fue expuesto, muchas de estas innovaciones fueron introducidas en el marco de una nueva institucionalidad social representada en los ministerios o secretarías sociales. Estas nuevas agencias incorporaron, en general, divisiones o direcciones de evaluación y monitoreo para responder a los requerimientos de gestión del nuevo modelo asistencial en su formato de transferencias monetarias, ya sea condicionadas o no. Se afirma entonces que la introducción, institucionalización y expansión de las transferencias de renta condicionada en el proceso de reforma gerencial del Estado arrastra un “efecto dominó”, el cual requiere de saberes y capacidades estatales que avanzan en técnicas y tecnologías en el

propio campo del combate a la pobreza, pero que, como fue dicho, pueden ser rastreadas en otros planos de la reforma de la Administración pública; en ese sentido, suman sus efectos a una narrativa de época sobre el *problema* del Estado y la solución (Carballo y Vecinday, 2019).

## 5. Conclusiones

Dado lo expuesto, no resulta sorprendente la reciente referencia a la configuración de “Estados de bienestar digital” (Alston, 2019) para dar cuenta del aprovechamiento que hacen los sistemas de asistencia y protección social de estas alteraciones tecnológicas introducidas de modo creciente en estas políticas y expandidas a gran velocidad, por la propia rapidez del cambio tecnológico y por el papel de agencias multilaterales y centros académicos ocupados en su promoción. Con la introducción de tecnología cada vez más sofisticada, los Estados de bienestar digital han mejorado sus capacidades para vigilar, automatizar, predecir, identificar, detectar, singularizar y castigar (Alston, 2019).

Los avances tecnológicos y el uso de los sistemas de información en el campo social constituyeron una condición necesaria para la evaluación y el monitoreo desde el momento en que las políticas de transferencia de renta se expandieron como preferencia política para responder a la pobreza de forma masiva. Esta pretensión de ampliar la cobertura de la política socioasistencial, bajo un mismo mecanismo, requería de una institucionalidad que centralizara toda la gestión. Las secretarías o ministerios sociales cumplieron esa función. El cambio paradigmático de la política socioasistencial no podía procesarse sin innovaciones institucionales que anidaran este modelo de prestaciones que rompe al menos con dos rasgos característicos del modelo anterior: el carácter coyuntural de las prestaciones y la aptitud para el trabajo como principio de inclusión/exclusión. En otras palabras, el carácter permanente y la ampliación de sus destinatarios configura nuevos requisitos para la gestión y administración de la política socioasistencial que constituyen y contribuyen a la reforma del Estado.

Estas innovaciones institucionales y tecnológicas bien pueden entenderse como un primer momento que priorizó la cobertura masiva de la política socioasistencial, asistida por las tecnologías de la información y bajo formas institucionales destinadas, de manera específica, a la administración de la pobreza. Luego de tres décadas de experiencia (1990-2020) y aprendizajes en esa dirección, es posible advertir un segundo momento, que se caracteriza por profundizar y avanzar en la automatización de la gestión de la asistencia social y la elegibilidad remota. Y estos énfasis imprimen una nueva impronta a la política socioasistencial que se manifiesta, entre otros planos, en el vínculo del servicio con los destinatarios y las funciones atribuidas a los operadores sociales.

La automatización y la asistencia remota avanzan en el formateo de la figura del cliente de servicios sociales que inspira la reforma gerencial, en tanto que tiende a despojar aspectos subjetivos de la comunicación que, hasta entonces, tenían cabida de modo eventual en el vínculo entablado por los operadores; en efecto, se

advierte la configuración de un operador social que pierde los espacios cara a cara con los destinatarios y es forzado a inscribirse en una comunicación remota. Esto contribuye a la expansión de cuasimercados en el campo social, pues la asistencia remota parece requerir cada vez menos competencias de cuerpos profesionales y más técnica instrumental. Como señala Huws (2009), esto no supone que la gestión de la política pública vaya a prescindir de cuerpos profesionales, sino que su experiencia y conocimiento es capturado por el avance de los procesos de tecnificación, por lo que es devuelto en instrumentos y mecanismos que definen los modos de hacer profesionales.

En ese sentido, la pretendida y reclamada reforma del Estado está en curso y cambiando la naturaleza de los servicios y del trabajo a su interior, aun cuando estos cambios aparezcan invisibilizados u opacados por las modalidades, en apariencia, dispersas e inconexas de las alteraciones desencadenadas. La crítica históricamente sostenida y persistente del Estado ha sido acompañada por progresivas reformas que con distintas velocidades y alcances dan forma a la continua reforma modernizadora que, de manera creciente, incorpora las potencialidades de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación. De todos modos, la Administración pública no se reduce a una empresa y por ello su particularidad coloca límites al trasvase de la lógica empresarial. Por un lado, los Estados democráticos (a diferencia de las empresas que se movilizan en torno al lucro) preservan sus necesidades de legitimación social y política, necesidad que transversaliza sus procesos y resoluciones.

Por otro lado, la propia naturaleza del proceso de trabajo en el campo de los servicios públicos limita el avance desenfrenado de la normalización y la automatización al tropezar con la irreductibilidad del comportamiento humano y del trabajo relacional, característico de la prestación de servicios, difícil de someter a las pretensiones del gobierno absoluto de la incertidumbre. Conocido es el papel del conocimiento y la innovación tecnológica para reducir la incertidumbre de lo humano. Desconocido es el alcance que pueden tener estos desarrollos en un futuro próximo. En este sentido, el mismo organismo promotor de la reforma gerencial de los Estados latinoamericanos anuncia que es el tiempo de “empezar a trabajar con más intensidad en el uso del big data y la inteligencia artificial para predecir, analizar y evaluar, tanto en la formulación como en la directa prestación de servicios públicos” (Declaración de Lisboa, 2020).

## 6. Referencias bibliográficas

- Álvarez, S. (2001). Los cambios operados en las concepciones de gestión de programas sociales a partir del financiamiento internacional. VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública. Buenos Aires: 5-9 de noviembre.
- Alston, P. (2019). Declaración del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la extrema pobreza y los derechos humanos, Philip Alston, sobre la conclusión de su visita oficial a España, 27 de enero-7 de febrero de 2020. ONU. Recuperado de <https://n9.cl/bxty6>
- Barba, C. (2007). América Latina: regímenes de bienestar en transición durante los años noventa. *Caderno CRH*, 20, (50): 197-211. Recuperado de <https://n9.cl/poolp>
- Boltvinik, J (2013). Necesidad de reformar la reforma social neoliberal implantada en México a partir de los años 90. En L. Huesca, P. Aranda, J. Horbath y E. Valencia, *Alternativas en la crisis para la transformación de las políticas sociales en México*. Ciudad de México: Centro de Investigación en Alimentación y Desarrollo.
- Carballo, Y., y Vecinday, L. (2019). El efecto dominó de la introducción, institucionalización y expansión de las transferencias de renta condicionada sobre el proceso de reforma del Estado. En L. Vecinday y Bentura, P. (coords.), *Entre la asistencia y la activación. Intervenciones sobre la pobreza en el Uruguay progresista* (81-105). Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica (CSIC), UdelaR. Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12008/27268>.
- Castel, R. (2014). De la protección social como derecho. En: R. Castel y N. Duvoux (coords.), *El porvenir de la solidaridad* (7-20). Buenos Aires: Nueva Visión.
- \_\_\_\_ (2004). *La inseguridad social. ¿Qué es estar protegido?* Buenos Aires: Manantial.
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo [CLAD] (1999). Una Nueva Gestión Pública para América Latina. *Revista CLAD*, (13):5-20. Recuperado de <https://n9.cl/zj0na>
- Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública (2020). Declaración de Lisboa. Portugal, del 24 al 27 de noviembre de 2020.
- Consejo Nacional de Políticas Sociales (2011). La reforma social. Hacia una nueva matriz de protección social del Uruguay. Montevideo: Ministerio de Desarrollo Social. Recuperado de <https://n9.cl/nffns>
- Corbalán, M. (2004). América Latina frente a los organismos internacionales de crédito. Intervención y disciplinamiento. Función política de los organismos internacionales de crédito. *Cidos*, 14(27): 3-15. Recuperado de <https://n9.cl/v5pe5>
- Christensen, T., y Læg Reid, P. (2007). Reformas post nueva gestión pública. Tendencias empíricas y retos académicos. *Gestión y Política Pública*, 16(2): 539-564. Recuperado de <https://n9.cl/6s4lz>
- Fernández, L. (2016). *Fundamentos para la ciencia de la administración pública en el Siglo XXI*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Administración Pública. Recuperado de <https://www.inap.mx/portal/images/pdf/book/67270.pdf>.

- Giddens, A. (2004). *El estado del bienestar en una sociedad europea moderna*. Recuperado de [http://www.uoc.edu/symposia/caixamanresa/jornadaeconomia/ esp/giddens.pdf](http://www.uoc.edu/symposia/caixamanresa/jornadaeconomia/esp/giddens.pdf).
- Huws, A. (2009). Construção de um cibertariado? Trabalho virtual num mundo real. En R. Antunes y R. Braga (orgs.), *Infoproletários: degradação real do trabalho virtual* (37-58). São Paulo: Boitempo.
- Lipsky, M. (1980). La burocracia en el nivel callejero: la función crítica de los burócratas en el nivel callejero. En J. Shafritz y A. Hyde (coords.), *Clásicos de la Administración Pública* (780-794). Ciudad de México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas, Universidad de Campeche y Fondo de Cultura Económica.
- López, A. (2005). Los fundamentos de la Nueva Gestión Pública: lógica privada y poder tecnocrático en el Estado mínimo. En R. Thwaites y A. López (eds.), *Entre tecnócratas globalizados y políticos clientelistas. Derrotero del ajuste neoliberal en el Estado argentino* (69-88). Buenos Aires: Prometeo. Recuperado de <https://n9.cl/asswvf>
- Martínez, M. (1980). Clásicos de la Administración pública. En J. Shafritz y A. Hyde (coords.), *Clásicos de la Administración Pública* (7-42). Ciudad de México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas, Universidad de Campeche y Fondo de Cultura Económica.
- Murillo, S. (2008). *Colonizar el dolor. La interpelación ideológica del Banco Mundial en América Latina. El caso argentino desde Blumberg a Cromañón*. Buenos Aires: Clacso. Recuperado de <https://n9.cl/okrl7>
- Midaglia, C., Castillo, M., y Fuentes, G. (2010). El significado político de los Ministerios Sociales en Argentina, Chile y Uruguay. *Revista Chilena de Administración Pública*, 15(16): 123-154. Recuperado <https://core.ac.uk/download/pdf/46533117.pdf>
- Midaglia, C. (2001). Los dilemas de la colaboración público-privada en la provisión de servicios sociales. En P. Calame y A. Talmant (comps.), *Con el Estado en el corazón*. Montevideo: Trilce/Vozes.
- Narbondó, P., Fuentes, G., y Rumeau, D. (2010). La reforma de la administración central: marchas, contramarchas y bloqueo. En M. Mancebo y P. Narbondó (coords.), *Reforma del Estado y políticas públicas de la Administración Vázquez: Acumulaciones, Conflictos y Desafíos* (27-53). Instituto de Ciencia Política; Clacso-Coediciones. Montevideo: Fin de Siglo Editorial.
- Perelmiter, L. (2016). *Burocracia plebeya. La trastienda de la asistencia social en el Estado argentino*. San Martín: Universidad Nacional de San Martín.
- Pucci, F., y Vigna, A. (2013). Condiciones de trabajo de la unidad de seguimiento de programas del Mides. XII Jornadas Facultad de Ciencias Sociales. Montevideo.
- Salas, O. (2017). Cuasi mercado y privatización en el marco del Estado de bienestar de Suecia. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, 69: 191-222. Recuperado de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/3575/357559199007/index.html>
- Sánchez, S. (11 de agosto de 2020). Mides: asignación presupuestal proyectada por el MEF implicaría una “mutilación” de políticas sociales que atienden pobreza extrema. *La Diaria*. Recuperado de <https://n9.cl/zb5z2>

- Stolowicz, B. (2015). El “posneoliberalismo” para una reforzada hegemonía del capital. *Revista colombiana de análisis y crítica social- Espacio Crítico*, 23: 22-27. Recuperado de <http://www.espaciocritico.com/sites/all/files/revista/recrt23/espaciocritico-n23.pdf>.
- Vecinday, L. (2020). Sistemas de información y prácticas de vigilancia en la protección social: controversias, tensiones y desafíos para el Trabajo Social. *Revista Plaza Pública*, año 13 (23): 58-75. Recuperado de <https://ojs2.fch.unicen.edu.ar/ojs-3.1.0/index.php/plaza-publica/article/view/862/779>.
- \_\_\_\_\_. (2014). *Transformaciones institucionales y tecnológicas del esquema de protección social. El caso del Plan de Centros de Atención a la Infancia y la Familia en el Uruguay*. Montevideo: Comisión Sectorial de Investigación Científica. Recuperado de <https://hdl.handle.net/20.500.12008/4620>.
- Vecinday, L., y Mariatti, A. (2018). Aproximación a las condiciones sociohistóricas de la gerencialización de la política asistencial en el Uruguay “progresista”. *Fronteras*, 11:49-61. Recuperado de <https://n9.cl/mtqhd>

# Presupuesto público y derechos sociales: perspectiva general sobre el cumplimiento de los derechos

*Public budget and social rights: general perspective on the enforcement of rights*

Lenin José Andara Suárez

Profesor en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de Los Andes, Venezuela

Correo electrónico: leninandara@gmail.com/

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1268-8565>

Angello Javier Peña Barrios

Investigador del Grupo de Investigación Robert Von Möhl de la Universidad de Los Andes, Venezuela

Correo electrónico: angellojavierpb@gmail.com/

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-2381-0324>

*Recibido: 8-mayo-2021. Aceptado: 29-agosto-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

## Resumen

El cumplimiento de los derechos sociales tiene relación con la dinámica financiera de los Estados, los cuales someten su acción gubernamental a la planificación y disponibilidad de recursos. La presente investigación tiene por objetivo analizar la importancia del presupuesto público en el cumplimiento de derechos sociales como vivienda, salud y educación. Esta investigación, de tipo documental, utiliza el esquema de contenido a partir de la conceptualización de los derechos humanos e introduce los derechos sociales como medios para garantizar condiciones dignas de vida a partir del rol de la Administración pública. Para esto se valoran las necesidades públicas, su satisfacción en el tiempo y la disponibilidad de recursos que comprende tributos, presupuesto público y planificación. Se considera el rol del poder judicial ante la exigibilidad de los derechos sociales, al tomar en

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 75-94.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.248](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.248)



consideración casos representativos en Sudáfrica y Venezuela. Se concluye que los textos constitucionales que reconocen los derechos sociales no son suficientes para su efectividad y que las disponibilidades presupuestarias ocupan un lugar importante para su cumplimiento.

**Palabras clave:** derechos humanos, derechos sociales, presupuesto público, Administración pública, disponibilidad de recursos.

### Abstract

The enforcement of social rights depends on the financial dynamics of States whose governmental action is, in turn, subject to planning and the availability of resources. This research is of a documentary type and analyses why the public budget matters in enforcing rights (housing, health, and education). This study uses a conceptualization of human rights and proposes introducing social rights to guarantee fair living conditions within the role of Public Administration. It considers the public needs, how States addressed these needs historically, and the availability of financial resources (taxes, public budget, and planning) to attend social rights. This article focuses on the role of judicial power concerning the enforcement of social rights and assesses cases in South Africa and Venezuela regarding social rights. The study concludes that constitutions or declarations of social rights are not enough to assure effectiveness and that budget availability has a predominant place in enforcing rights.

**Keywords:** human rights, social rights, public budget, Public Administration, availability of resources.

## 1. Introducción

Los derechos humanos tienen un lugar relevante en la ciencia jurídica. De manera especial, es de gran interés la categoría de derechos sociales y la forma en la que se hacen efectivos para alcanzar mejores condiciones de vida. La idea básica acerca de los derechos sociales parte de una conducta positiva del Estado dirigida a intervenir para proteger bienes jurídicos como la vivienda, salud y educación, cuya necesidad se hace evidente en formas políticas como el Estado social de derecho que pretende otorgar mayores oportunidades a los más débiles hablando en lo económico y social (Ferrajoli, 2007, p. 75).

Sin embargo, los textos constitucionales que estipulan la protección de tales derechos no son suficientes. Más que incluir nuevas declaraciones que se agreguen a las Constituciones, lo que se requiere son modificaciones estructurales en el plano legislativo (Nino, 2013, p. 441). Hoy en día existe amplio interés desde el ámbito jurídico por analizar los factores que inciden en la no materialización de los derechos sociales, siendo uno de estos las instituciones financieras y el presupuesto público. Desde allí se estiman los ingresos y autorizaciones de gastos públicos que conciernen al cumplimiento de los derechos sociales.

La materialización de los derechos sociales constituye una aspiración permanente de la ciudadanía que encuentra en la teoría de los derechos humanos un argumento para su exigibilidad. En América Latina existen brechas respecto a este cumplimiento, lo que genera mayor desigualdad socio-económica en comparación con otras regiones del mundo (Busso y Messina, 2020, p. 3), pese a que el nuevo constitucionalismo latinoamericano reconoce a plenitud los derechos sociales con el fin de disminuir la desigualdad. Esto constituye un problema, ya que “reconocimiento no es lo mismo que goce de derechos” (Escudero, 2020, p. 113). Bajo tal escenario, este artículo tiene por objetivo analizar la trascendencia del presupuesto público en el cumplimiento de los derechos sociales bajo el argumento de que si bien las Constituciones reconocen a los derechos sociales, su aplicación pasa por la ejecución material, los criterios políticos y disponibilidad de recursos para la materialización de derechos como la vivienda, salud y educación.

El presente artículo tiene un enfoque dogmático y jurídico, se apoya en fuentes de tipo documental como normas constitucionales, doctrina y jurisprudencia. Esta última se enmarca en dos casos concretos: uno internacional y otro nacional que sirven para ilustrar cómo los recursos públicos son vitales para la materialización de derechos. El primer caso, en Sudáfrica, marcó un precedente en el ámbito internacional, tanto que el debate teórico sobre derechos sociales se ha concentrado alrededor de este caso (Landau, 2015) por su carácter revolucionario para la doctrina constitucional (Gargarella, 2015, p. 21). El caso República de Sudáfrica frente a Grootboom consistió en una demanda de más de 900 personas que reclamaban el derecho a una vivienda digna luego de ser desalojadas de forma violenta de tierras privadas. El segundo caso aborda uno nacional: la sentencia n.º 1505 de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, el cual se pronunció sobre una acción de amparo y desaplicación del artículo 63 de la Ley de Reforma Parcial de la Ley que establecía el aumento del impuesto al valor agregado (IVA) del 8 % a los servicios médicos y odontológicos. De acuerdo con los demandantes, dicho artículo violaba los artículos 83 y 84 de la Constitución sobre el derecho a la salud y sus servicios y a un sistema público nacional de salud.

En la recolección de datos se utilizó una ficha bajo la modalidad electrónica que emplea categorías textuales y contextuales sistematizadas de acuerdo con el esquema de contenido. A continuación, se exponen los principales elementos teóricos anclados al tema de derechos humanos y sociales que permiten, a posterior, plantear el rol de la Administración pública en el cumplimiento de tales derechos, así como las necesidades y objeciones a su reconocimiento. Luego se pone de manifiesto la discusión sobre la disponibilidad de recursos presupuestarios bajo el tema de la tributación y la planificación, se aborda la noción de exigibilidad y se presentan los dos casos de estudio. Por último, se abordan otros escenarios del poder judicial para la exigibilidad de derechos.

## 2. Marco teórico para la discusión

### 2.1. Derechos humanos

Los derechos humanos acompañan el proceso de globalización. Se empiezan a discutir desde la Segunda Guerra Mundial y tienen su máxima expresión en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. Se tratan de “aquellos derechos, principios y valores inherentes a los seres humanos que reafirman su dignidad y el propósito de vivir en condiciones de bienestar y desarrollo” (Andara, 2020a, p. 15). Los derechos humanos representan la razón de ser de los Estados y se configuran como fines que deben alcanzarse para el mantenimiento pacífico y digno de las relaciones sociales. Es un axioma que los derechos humanos son la base de la libertad, justicia y paz, y representan un supuesto para el progreso social y la elevación del nivel de vida dentro del concepto más amplio de la libertad, tal como indica el Preámbulo de la Declaración.

Los derechos humanos no son facultades. Representan también, principios y valores que orientan, según Ferrajoli, “estos artificios que son el Estado y toda otra institución política” (2012, p. 24). Por consiguiente, implican la forma de pensar y actuar que incluso debe verse reflejado en “cada norma emanada del poder público, así como en la acción de gobierno y en la administración de justicia” (Andara, 2020a, p. 15). La Administración pública juega un papel fundamental en la efectividad que los mismos puedan tener, por cuanto funge como motor, planificando la forma en que se destinarán los recursos públicos a las políticas sociales y los límites a la actividad económica.

La dignidad es el fundamento de los derechos humanos. Si bien, el concepto filosófico de dignidad humana existía desde la Antigüedad y se reafirmó con el concepto kantiano del XVII, se logró materializar en el xx. Para Habermas, la dignidad humana “solo alcanzó a materializarse en textos de derecho internacional y en las constituciones nacionales recientes hasta después de la Segunda Guerra Mundial”. En contraste, “la noción dignidad humana no apareció como concepto legal ni en las declaraciones clásicas de los derechos humanos del siglo xviii, ni en las codificaciones del siglo xix” (2010, p. 5). En efecto, el concepto de dignidad fue considerado por la comunidad política y jurídica hace poco y se convirtió en un principio de los regímenes democráticos. Esta situación se debe en parte a “las experiencias vividas por la humanidad, donde regímenes totalitarios como el fascismo y el nazismo no consideraban a las personas como sujetos de derechos, sino de instrumentos o medios de otros hombres” (Peña, 2020a, p. 167).

Una vez reconocidos por los Estados, la dignidad y los derechos humanos pasan a integrar la parte dogmática de los textos constitucionales (Waldron, 2019). Así, se está en presencia de la constitucionalización de los derechos humanos, lo que trae consigo una serie de obligaciones para el quehacer de los órganos que componen el Estado constitucional. En especial, para la comunidad política que se despliega con mayor fuerza en la Administración pública.

## 2.2. Derechos sociales

Los derechos sociales representan un avance respecto de los derechos de primera generación o derechos individuales (vida, libertad, igualdad, privacidad, integridad). De acuerdo con la evolución histórica, son de segunda generación y fueron reconocidos durante la segunda década del siglo xx en México, Alemania y Rusia, de forma conjunta con los derechos económicos y culturales (Andara, 2020a, p. 15). Su surgimiento se fundamenta en que los derechos liberales fueron insuficientes para garantizar la dignidad humana. La necesidad de otros derechos, como los sociales, motivó una serie de protestas y movimientos en el xix a partir de lo cual las Constituciones empezaron a reconocer derechos que implicaban a la colectividad, más que a la individualidad. Así, los derechos sociales forman parte de lo que Ferrajoli denomina “leyes del más débil”, cuyo fundamento es “la supervivencia contra la ley de quien es más fuerte social y económicamente” (2007, p. 75). Bajo esta idea, el Preámbulo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc, 1966) señala que “no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

En esencia, los derechos sociales también importan. No son menos relevantes que otros derechos, por cuanto representan la interdependencia e indivisibilidad en la labor de garantizar condiciones decentes de vida para todas las personas. Habermas consono con esta idea al afirmar que la “dignidad humana, que es una y la misma en todas partes y para todo ser humano, fundamenta la indivisibilidad de todas las categorías de derechos humanos” (2010, p. 9). Dignidad por sí misma, sería el soporte o clave para entender la indivisibilidad de los derechos y la forma bajo la cual se puede defender la consideración acerca de la importancia de los derechos sociales al igual que los derechos liberales de primera generación.

A escala regional, los derechos sociales adquieren relevancia con la Constitución Política de los Estados Unidos de México en 1917, que se refiere a los derechos laborales (jornada de trabajo de ocho horas y asociación de los trabajadores). A posterior, saldría a la luz la Declaración de los Derechos del Pueblo, Trabajador y Explotado (1918) y el documento constitutivo de la Organización Internacional del Trabajo (1919), que hace referencia al derecho a la negociación colectiva y la libertad sindical. La Constitución de Weimar (1919) en Alemania trajo consigo el derecho a la enseñanza obligatoria y pública.

De manera sucesiva, a la categoría de derechos sociales se le fue dando acogida en los Estados constitucionales y declaraciones universales. Tal acogida se hizo notar en la posguerra de la Segunda Guerra Mundial con los procesos de constitucionalización de los derechos en los países europeos que se suele denominar “constitucionalismo social”. Landau (2015, p. 307) concuerda con esa idea al señalar que la importancia ideológica de tales derechos “obtuvo mayor fuerza en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial, en las Constituciones poscoloniales que se expidieron en el mundo en desarrollo”. Este proceso se intensificó

con los acuerdos internacionales y tratados sobre derechos humanos que han tenido un rol no menos importante en las Constituciones y que tiene como una de sus máximas expresiones el Pidesc.

### **3. Rol de la Administración pública en el cumplimiento de los derechos sociales**

Los derechos sociales implican “la intervención de la autoridad pública” (Fernández, 2012, pp. 260-261): dicho de otra forma “ponen en marcha la actividad estatal” (Rivas y Picard, 2010, p. 31). Es importante señalar que los derechos sociales, como sostienen Abramovich y Courtis, implican abstenciones estatales en los casos de los derechos a la huelga y la negociación colectiva, además de que el Estado no puede interferir en sus resultados (2009, p. 6). El Estado debe abstenerse de invadir ciertas esferas de la ciudadanía, para lo cual debe crear mecanismos institucionales que promuevan incentivos en esa dirección, en especial aquellos de índole social (Carbonell, 2009, p. 62). De tal manera que los incentivos institucionales también se crean con el objetivo de impulsar acciones racionales provenientes del poder que permitan el cumplimiento de determinados derechos.

Así, las políticas públicas son pensadas con miras a satisfacer el cumplimiento de los derechos sociales (Andara, 2020a, p. 27). La Administración pública tiene un papel clave en su promoción y efectividad, es ejecutor material de la acción del Estado prevista en el ordenamiento jurídico; su acción u omisión tiene repercusiones. Esto se complementa con las visiones políticas de los tomadores de decisión que inciden en la orientación del gasto público y el rol que debe asumir en las políticas sociales. Así, la política neoliberal repercute en el gasto público en el momento en que reduce prestaciones (salud, vivienda o educación) y destina esos recursos hacia otros ámbitos que otorguen beneficios al mercado (Gutiérrez, 2006, p. 90).

#### **3.1. Necesidades públicas y su satisfacción en el tiempo**

Las necesidades públicas emergen de la carencia colectiva y se satisfacen mediante la actuación del Estado (Villegas, 1992, p. 2). El avance de la sociedad implica el aumento en las necesidades públicas, lo cual no puede separarse del desarrollo de los derechos humanos. Por el contrario, se encuentran unidos desde la perspectiva historicista, en especial, desde la internacionalización y constitucionalización de los derechos humanos. La insatisfacción de estos derechos origina el concepto de “necesidad pública”, la cual debe ser satisfecha pensando en las nuevas generaciones (Jarach, 1985, pp. 41-42).

Los Gobiernos deben adoptar mecanismos para que las prestaciones satisfagan necesidades públicas, tanto en su modalidad absoluta como en las relativas. Las de tipo absoluto se vinculan más con la existencia del mismo Estado, mientras que las relativas “atañen a la adecuación de la vida comunitaria a los progresos emergentes de la civilización (instrucción, salubridad, asistencia social,

transportes, comunicaciones, etc.)” (Villegas, 1992, pp. 4-5). El último tipo de necesidades es afín a los derechos sociales, ya sea porque se relaciona con los ejemplos señalados o bien porque corresponden a los progresos de la sociedad.

Las necesidades públicas son “contingentes, mudables y no vinculadas a la esencia misma del Estado” y han estado supeditadas a la “concepción sobre el papel del Estado [...] vinculadas al progreso y bienestar social, metas por las cuales el Estado debe velar en la medida de sus posibilidades materiales” (Villegas, 1992, p. 5). La promoción del progreso social y la elevación del nivel de vida de los pueblos dentro de un concepto más amplio de libertad, que de manera expresa señala el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos, requiere de la satisfacción de las necesidades públicas. La satisfacción de necesidades relativas conlleva al esfuerzo del Estado sostenido en el tiempo, por el contrario, su insatisfacción significa, para Gargarella, “la contracara de las Constituciones robustas de derechos que muchos de los países afectados por la desigualdad social poseen” (2015, p. 19). De allí que las necesidades públicas y su satisfacción en el tiempo tenga una relación con el ámbito de los derechos sociales y las políticas públicas.

### **3.2. Objeciones a los derechos sociales**

Las objeciones a los derechos sociales vienen sobre todo de los defensores del “liberalismo clásico o conservador”, cuya posición se opone de forma radical al reconocimiento de los derechos sociales en los ordenamientos jurídicos. Uno de los más representativos es Friedrich Hayek, para quien el sentido de justicia se plasma en reglas en esencia negativas que prohíben intromisiones en el orden espontáneo o natural del mercado, exigiendo un tipo de Estado mínimo. Para Nino esta crítica resulta una confusión por parte del liberalismo conservador, que es más conservador que liberal (2013, pp. 398-402).

En este sentido, Landau indica que otro factor en tales objeciones proviene de un grupo de académicos de Estados Unidos que señalan con fervor que los derechos sociales no deberían ser incluidos en los textos constitucionales. Esto se debe a las dificultades que tienen tales derechos en la aplicación judicial y en aspectos como la carencia de legitimación democrática para exigirlos y la ausencia de una competencia institucional (2015, p. 309). Una situación que pudiera reforzar este argumento es la que indica Gargarella (2015, p. 17) respecto a la reflexión teórica que existe en torno a los derechos sociales en la actualidad, si se toma en cuenta que su temporalidad es posterior a los derechos civiles y políticos, así como su escasa deliberación por parte de la Corte Suprema de Estados Unidos que es una gran referencia para los tribunales constitucionales de América Latina.

Una de las objeciones más importantes es la denominada “objeción de los costes”. Esta plantea que tales derechos, al tener una estructura diferente a los derechos civiles y políticos, tienen costos financieros y conllevan a la limitación de las exigencias sociales que pondrían en duda las obligaciones correlacionales (Morales, 2015, p. 85). Sobre esta objeción se continua más adelante.

#### 4. Disponibilidad de recursos y derechos sociales

La constitucionalización de los derechos sociales es el primer paso para que las personas tengan sustento de su existencia y los órganos del poder público no les nieguen relevancia jurídica. Tal constitucionalización de derechos sociales es necesaria pero no suficiente para que las personas disfruten de los mismos, ya que el Estado trabaja para su materialización (Gargarella y Courtis, 2009, p. 32). Junto a ello, es necesario considerar otros factores, como el concerniente a los recursos y la acción del Gobierno, es decir, la disponibilidad de recursos y el adecuado uso de estos.

Los documentos internacionales sobre derechos humanos, por lo regular, reconocen que el nivel de satisfacción de los derechos sociales depende de su desarrollo económico (Tushnet, 1999, p. 170). El artículo 2 del PIDESC sostiene que a este tipo de derechos corresponde el cumplimiento progresivo de acuerdo con los recursos del Estado, por lo cual, los Estados partes se comprometen a adoptar medidas por separado o mediante asistencia y cooperación internacional para lograrlo. En igual sentido, el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone que los Estados partes deben adoptar tales medidas por vías legislativas y medios apropiados para dar cumplimiento con lo estipulado en la Carta de la Organización de los Estados Americanos. Esto se encuentra vinculado con el progreso social y aumento del nivel de vida que refiere el Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos.

La disponibilidad de recursos es un factor que se considera en el momento en que se discute la practicabilidad de los derechos sociales. Morales (2015, p. 86) afirma que “no todos los derechos que se incluyen en la categoría de los derechos sociales serían objeto de la crítica de los recursos escasos”. Se refiere Morales al derecho a la huelga o la libertad sindical que, en lugar de implicar deberes positivos, determinan deberes correlativos negativos o de abstención. Otra observación de Morales es que “al contraponer los derechos sociales como derechos positivos costosos a los derechos civiles y políticos como derechos negativos cuyos deberes negativos no requieren el empleo de recursos públicos, se pasa por alto un rasgo básico del propio funcionamiento del Estado” (p. 88).

Esta es una apreciación importante en la discusión. En la obra de Sunstein y Holmes, titulada *El costo de los derechos*, se indica que la protección de los derechos no es gratuita “[...] porque siempre presupone la creación y el mantenimiento de relaciones de autoridad [...] dependen necesariamente de relaciones de mando y obediencia, cuya creación y sostenimiento a su vez son costosos” (2011, p. 99). De igual forma, Nussbaum señala que la satisfacción de derechos cuesta dinero. Así que se necesita “gravar a las personas para disponer de un sistema de libertades, un sistema de contratos y unos tribunales que hagan valer libertades de muchos tipos” (2019, p. 226).

Un ejemplo que ayuda a dilucidar lo anterior son los derechos prestacionales, a los cuales se les atribuye, como regla general, una noción programática. El

cumplimiento de estos derechos, que requieren de la contribución presupuestaria y logística de los Estados, tal como señala Rosales (2019, p. 352), no existirían como derechos subjetivos sino como condiciones programáticas. La tendencia los considera “un programa de acción estatal, una intención institucional”. No obstante, la noción programática puede chocar con la progresividad de los derechos humanos ya que, “con la progresividad, no puede existir un retroceso de los derechos humanos reconocidos en un ordenamiento jurídico y más bien se deben ampliar gradualmente” (Andara, 2020a, p. 18). Si un derecho social es programático tendría que cuestionarse algunas de las caracterizaciones generales en la doctrina de los derechos humanos. No obstante, la realidad financiera de los Estados parece imponer una dinámica propia para derechos que exigen una acción del Estado.

#### **4.1. Sobre los tributos**

La disponibilidad de recursos va a depender, en términos generales, del nivel de recaudación. Los tributos son la principal fuente de los ingresos públicos y deben redirigirse al gasto público de las personas vulnerables (Delgado, 2006, p. 198). De modo que las finanzas públicas deben considerar a las políticas sociales y esto es posible en los modelos de Estado social de derecho. En contraste, en modelos neoliberales se propugna la política fiscal en la que, por un lado, los impuestos sobre el capital tienden a reducirse y, por otro lado, los impuestos sobre el consumo tienden a aumentar, afectando en grado significativo a los particulares (Gutiérrez, 2006, p. 91).

Así, la disponibilidad de recursos tributarios por parte del Estado tiene como límite los índices de riqueza de los particulares, por lo que dicha disposición luce limitada en el tiempo, si bien las necesidades parecen siempre crecientes. Se puede considerar que los sujetos que disponen de mayores riquezas pueden satisfacer de forma permanente sus necesidades, en consecuencia, los derechos sociales pueden tener un grado de mayor satisfacción en las clases sociales de mayor nivel económico que tributan más. Sin embargo, el Estado debe intervenir para satisfacer los derechos a los sectores menos favorecidos y “más débiles” en lo económico, pues es la razón de ser de tales derechos y justifica concepciones como el Estado social de derecho.

#### **4.2. Presupuesto público y planificación**

El presupuesto público es la herramienta que marca la actividad financiera de los Estados. Es “el instrumento legal en el cual se realizan las estimaciones de ingresos que tendrá una entidad pública, así como las autorizaciones para realizar gastos durante un tiempo determinado” y la herramienta que permite la planificación de la política pública (Andara, 2019, p. 40). Tal instrumento se rige por una serie de principios, entre los que destaca la anualidad o periodicidad y el de planificación, los cuales están en la definición y tienen incidencia en la realización de los derechos sociales. El principio de periodicidad o anualidad presupuestaria es

aceptado en todo el mundo y se encuentra en los diversos textos constitucionales y legales. La anualidad es asumida como el período natural de vigencia del presupuesto. Este es el período sobre el cual se prevé la recepción de ingresos y se da la autorización de gastos.

La actividad prestacional del Estado requiere de inversiones que no pueden ejecutarse en un solo ejercicio financiero, exigen de un gasto público ordinario y pueden contemplar el empleo del endeudamiento público en el momento en que los ingresos no son suficientes para el período presupuestado. Por otro lado, la acción financiera del Estado se encuentra marcada por la planificación como una herramienta indispensable dentro de organización y distribución de recursos, y surge como parte de la ordenación y proyección de metas, la racionalización del gasto y la disminución de costos inherentes a las políticas públicas en materia de derechos humanos. Así, “la implementación de derechos sociales depende en parte de actividades de planificación, previsión presupuestaria y puesta en marcha que corresponden a los poderes políticos” (Abramovich y Courtis, 2009, p. 16). La satisfacción de los derechos sociales requiere que el Estado posea capacidad financiera; si bien esto no afecta el reconocimiento de los derechos sociales, llega a limitar su realización frente a la organización pública. De manera que la actividad que el Estado va a desplegar depende de los ingresos disponibles (Hernández, 2019, p. 335).

Conforme al principio de progresividad, “no puede existir un retroceso de los derechos humanos reconocidos en un ordenamiento jurídico y más bien se deben ampliar gradualmente” (Andara, 2020a, p. 18), por lo que se fija un estándar mínimo para su protección, que se entiende, no debe verse disminuido. Si la satisfacción de estos derechos va a depender de la disponibilidad de recursos, se ha de crear “cierta tensión entre el condicionamiento asociado a la capacidad estatal y el principio de progresividad”. En correspondencia, la progresividad de los derechos sociales debería ser proporcional a la disponibilidad de recursos, de forma directa, sin embargo, la capacidad estatal no solo es progresiva sino también regresiva (Hernández, 2019, p. 335).

Vale señalar que la planificación del presupuesto debe realizarse con enfoque de derechos humanos, de manera especial, de derechos sociales. El caso de México es ilustrativo, pues la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH) de ese país ha señalado principios y lineamientos que la asignación presupuestaria debe considerar, entre ellos: 1) los recursos públicos deben asegurar la satisfacción básica de los derechos; 2) utilizar al máximo los recursos disponibles; 3) progresividad y no regresividad; 4) transversalidad e integralidad; 5) transparencia y rendición de cuentas; y 6) participación ciudadana en la fase del proceso presupuestal (CNDH, 2016, p. 103). De esa manera, el enfoque de los derechos sociales en la elaboración del presupuesto público es relevante para permitir que la ciudadanía cuente con una planificación controlada y estructurada de gastos en políticas sociales.

## 5. El poder judicial ante la exigibilidad de los derechos sociales

Existen varias tesis sobre la exigibilidad de derechos sociales y su categorización como derechos humanos: por un lado, se tiene la tesis que postula que los derechos sociales son derechos humanos y, por tanto, justiciables. Por otro lado, la tesis que afirma que los derechos sociales no son justiciables por cuanto son programas políticos (Escudero, 2020, p. 102). La exigibilidad de los derechos de tipo liberal como la libertad personal aparece revestida de una serie de garantías y mecanismos procesales de protección, como es el control judicial mediante el amparo constitucional en sus diversas modalidades o la nulidad del acto que vulnera un derecho individual. Los mecanismos judiciales tradicionales del derecho procesal han sido pensados para la protección de derechos civiles clásicos por la vinculación tradicional de derecho subjetivo, la noción de propiedad privada y el modelo del Estado liberal (Abramovich y Courtis, 2009, pp. 24-25). En contraste, la situación es compleja para proteger los derechos sociales y aparece controvertida en aspectos claves como la legitimación activa o con la ejecución de una decisión judicial que, incluso siendo favorable para la protección de un derecho social como la salud, vivienda o educación, no se pueda ejecutar. Este tipo de problemas no son estructurales sino de jurisdicción (Escudero, 2020, p. 104).

Se advierte que, pese a los problemas de jurisdicción, el poder judicial cuenta con un conjunto de instrumentos que contribuyen con la exigibilidad de los derechos sociales, aunque, de manera más limitada a la forma en que otros poderes como el Ejecutivo o Legislativo pueden hacerlo. Lo que puede hacer el juez para proteger los derechos sociales es, en principio, limitado, ya que los principales actores para reforzar su cumplimiento son el Parlamento y la Administración pública. Las obligaciones derivadas de la mayoría de los derechos fundamentales se atribuyen en su mayoría a poderes políticos. Esta controversia se deriva de la división de poderes innata al propio régimen democrático, con especial susceptibilidad por la intervención de las máximas instancias electas mediante votación. “Las obligaciones que se desprenden del establecimiento de la mayoría de los derechos son, primariamente, (para) los denominados poderes políticos, es decir, la Administración y la Legislatura. Esto vale tanto para los derechos civiles como para los derechos sociales” (Abramovich y Courtis, 2020, p. 9).

Las garantías legislativas y administrativas de los derechos sociales pueden ser afianzadas desde tales perspectivas, es decir, regulando mediante leyes determinadas prestaciones que debe ejecutar el Estado mediante la Administración pública. Para Pisarello, los órganos de inspección administrativa desempeñan “un papel significativo en la detección y sanción de vulneraciones directas o indirectas de derechos sociales en materia tributaria, laboral, urbanística, ambiental o de servicios públicos en general” (2007, pp. 45-46).

Desde el Poder Judicial se puede exigir también el cumplimiento de los derechos sociales, pero con un alcance más reducido. El control judicial de la constitucionalidad en sus distintas formas es su principal herramienta. En este sentido, el rol de los jueces es “subsidiario”, porque actúa “cuando los demás poderes

incumplan con las obligaciones a su cargo, sea por su propia acción, por no poder evitar que otros particulares afecten el bien que constituye el objeto del derecho, o por incumplir con las acciones positivas debidas” (Abramovich y Courtis, 2009, pp. 9-10). Así, en el momento en que el poder judicial actúa, se convierte en un espacio de participación y disputa jurídico-política (Pisarello, 2007, p. 47).

Esto además implicaría un grado alto de activismo por parte de los jueces. Hernández señala que “el reconocimiento de los derechos prestacionales amplía el ámbito de intervención del Estado en el orden socioeconómico” (2019, pp. 331-332). En el momento en que se llevan a cabo decisiones judiciales de este tipo, las mismas se caracterizan por ser idóneas para realizar valores constitucionales sustantivos a costa de interferir “injustificadamente” en una línea de actuación, actual o potencial, reservada a la legislación o administración, en virtud de valores constitucionales formales (Lozada, 2018, p. 212).

Por ejemplo, si el activismo judicial pasa a valorar el direccionamiento del gasto público, puede estar invadiendo la esfera de competencias de los órganos ejecutivos y legislativos del poder público, propiamente políticos, en cuanto les corresponde aprobar las partidas presupuestarias, competencias de orden constitucional y representativas del régimen democrático. Eso implica tener tribunales a cargo de todo, los cuales se inmiscuirían en aspectos como la recaudación de impuestos y decidir sobre cómo se deben gastar los recursos públicos que se maximiza en aquellos ordenamientos jurídicos en que los derechos sociales han sido constitucionalizados (Tushnet, 1999, p. 169). Tal activismo es común en Constituciones de tipo “aspiracional”, como los casos de Colombia y Venezuela o, en general, del nuevo constitucionalismo latinoamericano. Así, valores sustantivos como la igualdad y dignidad humana mediante los derechos sociales sería la forma en que se “fundamentaría” el activismo judicial en el ordenamiento jurídico.

En ese sentido, las políticas públicas se ven afectadas por las reparaciones ordenadas por los tribunales y derivadas de la violación de derechos, ya que ello puede implicar decisiones sobre los grupos o sectores sociales que serán “auxiliados o tutelados por el Estado”. Por ello predomina el criterio según el cual estas valoraciones corresponden a los órganos políticos. Asimismo, se considera un litigio incierto en el momento en que el juez debe decidir no solo sobre el fondo del asunto sino también sobre las prioridades de gasto y sectores a los que va dirigido como objeto de especial protección por parte del Estado (Abramovich y Courtis, 2009, p. 23).

Algunos autores consideran que los derechos prestacionales exigidos como derechos humanos hay que ponderarlos para considerar su exigibilidad y justificabilidad (Rosales, 2019, p. 352). Se considera que las limitaciones en su cumplimiento no son sinónimo de vulneración y que para determinar si una medida lo respeta se debe tener en cuenta si la misma “tiene como finalidad esencial incrementar el grado de tutela de un derecho humano; y (II) generar un equilibrio razonable entre los derechos fundamentales en juego, sin afectar de manera desmedida la eficacia de alguno de ellos” (*Ibid.*, p. 358). El operador jurídico debe

efectuar un análisis de la afectación, lo cual ratifica el perfil programático y el cumplimiento progresivo por parte del Estado.

## 6. Casos de estudio sobre la justiciabilidad de los derechos sociales

En el plano judicial, los casos de derechos sociales se presentan en un número mucho menor que los casos de derechos civiles. Se procede a continuación a exponer dos casos puntuales al respecto que han tenido repercusión en los estudios de derechos sociales y la manera en que es posible protegerlos.

### 6.1. Sudáfrica

Uno de los casos fue la decisión tomada por la Corte Constitucional de Sudáfrica, la cual se pronunció respecto al caso N.º CCT 11/00 República de Sudáfrica frente a Grootboom el 4 de octubre de 2000. Este caso arroja luces sobre los derechos sociales, la institucionalidad democrática, los recursos públicos y su exigibilidad en el ordenamiento jurídico. La aguda crisis habitacional para ese momento en Sudáfrica descansaba de modo fundamental en el *apartheid*. Un aspecto central de esta política fue el sistema del *influx control*, que tendía a evitar el asentamiento de africanos en áreas urbanas. Así, Irene Grootboom y 900 peticionantes del caso quedaron sin vivienda como resultado de su desalojo de las tierras que ocupaban de forma ilegal destinadas a un plan de viviendas de bajo costo. Su oponente fue el Gobierno, que pese a ofrecer un acuerdo, no cumplió con sus términos. De esa forma, el caso llegó a la Corte Constitucional de Sudáfrica (CCS) que estableció varios aspectos interesantes que valen la pena resaltar.

En primer lugar, los derechos sociales son justiciables. Parte de considerar que los derechos económicos y sociales están incluidos en el *Bill of Rights*, por lo que no solo son palabras. El Estado debe respetar, proteger y promover los derechos reconocidos en el texto supremo y los jueces tienen la obligación de garantizarlos. La posición de la Corte en este caso es considerarlos como derechos justiciables, así como los derechos civiles y políticos. La Corte consideró el asunto de difícil resolución, que debe ser explorado caso por caso, debiendo considerarse “los términos y el contexto de las previsiones constitucionales en juego y su aplicación concreta a esta situación”. Se entiende así que el juez constitucional no puede excusarse de pronunciarse sobre el asunto controvertido bajo el pretexto de que tales derechos no tienen asentamiento constitucional.

En segundo lugar, se indica la conexión integral que tienen los derechos sociales, partiendo del derecho a la vivienda con los demás derechos humanos. El derecho a acceder a una vivienda digna no puede ser analizado de forma aislada sino en relación con otros derechos sociales y económicos, además de su contexto histórico y cultural. Así, los derechos sociales “deben ser leídos en conjunto y relacionados con la Constitución en su totalidad”. El derecho a la vivienda, de acuerdo con este criterio judicial, debe interpretarse de forma integral, por las implicaciones que el mismo tiene con respecto a la dignidad humana y los aspectos económicos, que conllevaría una política pública formulada por el Gobierno.

En tercer lugar, el fallo se refiere a las obligaciones que deben cumplir tanto el Poder Legislativo como Ejecutivo para materializar los derechos sociales. La Corte señala que el Estado está obligado a tomar medidas legislativas y otras con la advertencia de que “las medidas legislativas por sí solas no son suficientes para cumplir con el mandato constitucional”. En efecto, tales medidas deben tener el respaldo de las políticas y programas implementados por el Ejecutivo. La actuación de los poderes políticos (Parlamento y Administración pública) es esencial, sin ellos cualquier esfuerzo sería insuficiente, por cuanto toda implementación de un derecho humano en el ordenamiento jurídico requiere de su participación. El poder legislativo debe crear leyes que luego sean ejecutadas por la Administración pública mediante programas razonables; este es el camino que transita la materialización de los derechos humanos. El fallo deja evidenciado un elemento de amplia controversia, como lo es la materialización y efectividad de los derechos humanos, como un nivel superior al reconocimiento de los mismos en textos normativos.

En cuarto lugar, establece importantes consideraciones sobre los recursos disponibles para garantizar los derechos sociales. Indica que la obligación derivada del derecho a la vivienda “no requiere del Estado más de lo que sus recursos disponibles le permitan realizar”, lo cual significa que “el contenido de la obligación en relación con el grado de cumplimiento, así como respecto de la razonabilidad de las medidas tomadas para alcanzar el resultado, están supeditados a la disponibilidad de recursos”. Este factor indicado por la Corte es relevante y toca el *quid* del presente artículo. Además, se resalta la labor limitada que tienen los jueces.

Pese a que se encuentre un diseño constitucional en el que se consagren derechos sociales, el presupuesto público es una condición necesaria para su realización. De nuevo la planificación presupuestaria aparece no solo para estructurar las prestaciones que el Estado puede ofrecer a sus ciudadanos, sino que plantea la efectividad de los derechos sociales como un aspecto secundario a los productos presupuestarios. De modo que la disponibilidad presupuestaria es un condicionante a la efectividad de los derechos, en tanto que la misma va a depender de la acción gubernamental. Las obligaciones para el Estado derivadas de los derechos sociales dependen de los recursos disponibles que tenga el poder público. No se le puede exigir al Estado más de lo que sus recursos permiten, de manera que si los recursos económicos del Estado son altos, el rango de exigibilidad sobre el cumplimiento de estos derechos será alto también. Por el contrario, si son escasos los recursos, el rango de exigibilidad será más bajo, y esto puede contrariar principios propios de los derechos humanos.

En quinto lugar, el fallo se refiere a la oportunidad en que los tribunales pueden exigir el cumplimiento de los derechos sociales. La Corte reconoció que el Estado pudiese cumplir con estas obligaciones bajo las condiciones que atraviesa el país. “A pesar de estos condicionamientos, lo que se encuentra en juego son derechos y la Constitución obliga al Estado a hacerlos efectivos. Esto implica que los tribunales –en las circunstancias apropiadas– pueden y deben hacer cumplir estas

obligaciones”. Los tribunales pueden y deben hacer cumplir los derechos sociales, en circunstancias apropiadas. No obstante, la valoración de tales circunstancias se ubica en el plano la subjetividad que, si bien en este caso son circunstancias de orden económico, no obsta para que también lleguen a ser considerados otros elementos. En ese momento, los tribunales pueden hacer cumplir esas obligaciones. La ejecución de las decisiones judiciales viene bajo tales condiciones.

## 6.2. Venezuela

El 5 de junio de 2003 la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano, mediante sentencia N.º 1505, decidió un amparo constitucional que tiene por objeto el acto normativo del artículo 63, numeral 5, de la Ley de Reforma Parcial de la Ley que establece el IVA del 8 % a los servicios médicos-asistenciales, odontológicos, de cirugía y hospitalización prestados por entes privados que empezó a regir desde el 1 de enero de 2003. Su desaplicación se solicita en protección de los intereses y colectivos de los agremiados en el Colegio de Médicos del Distrito Metropolitano de Caracas y de todas las personas naturales y jurídicas que habitan o residen el territorio nacional que son contribuyentes del IVA en virtud de la prestación y recepción de los servicios médicos.

La Sala Constitucional estableció como punta de partida para la resolución del caso que el sistema de contribución del Estado orientado a la satisfacción del gasto público no puede menoscabar los derechos e intereses sociales, en especial, de los grupos más vulnerables. Se considera que, en aras de garantizar el derecho a la salud y el financiamiento del sistema público nacional de salud, a la seguridad social y a disponer de bienes y servicios de calidad, se amerita la revisión del 8 % del IVA, ya que es “incompatible con el valor superior de justicia que propugna el nuevo modelo constitucional, por cuanto constituye, a juicio de esta Sala, una carga demasiado onerosa para los contribuyentes el gravamen impositivo a que se refiere la norma accionada”.

En efecto, la Sala Constitucional señala que el derecho a la salud se configura como un “derecho social fundamental y como parte del derecho a la vida”, por lo que “debe ser garantizado por el Estado, el cual se presenta como prestador de los servicios inherentes a la preservación, mantenimiento y protección del mismo, en el marco de un esquema orientado a la consecución del bienestar colectivo”. El órgano jurisdiccional reconoce que los particulares pueden participar como prestadores de servicios de salud sin que ello signifique relevar al Estado del papel que tiene en el establecimiento y mantenimiento de un sistema público nacional de salud.

Pero, también reconoció la deficiencia en el sistema público de salud, debido a “que los recursos imputados a dicha actividad resultan escasos para satisfacer todas las demandas”. Estos recursos deben ser en cantidades adecuadas, considerando la cantidad de sujetos que demandan de servicios de salud de parte del Estado. Siendo así, la Sala Constitucional no encuentra lógico que quienes acuden a los prestadores privados de salud, debido a que el Estado no puede

garantizar este servicio por la insuficiencia de insumos, medicamentos y equipos, deban pagar, además del costo del servicio, un monto adicional.

Al tratarse de una acción cuya naturaleza fue la de atacar la norma que preveía el cobro de impuesto al valor agregado a los servicios de salud, se ordenó la exención de los mismos del referido tributo. Como se puede notar, el órgano jurisdiccional no obliga al Estado venezolano a destinar mayores recursos al sector salud, sino que trata de aligerar la carga económica que deben pagar los particulares que acuden a los prestadores privados de servicios de salud, lo cual resulta muy interesante desde las herramientas que tiene la justicia constitucional tributaria.

## 6. Algunas alternativas en el espacio judicial

Surgen dilemas en cómo equilibrar la posibilidad material de una acción estatal con el ejercicio de los derechos sociales. Esto se genera porque los textos constitucionales suelen establecer principios que rigen la legalidad del gasto y la planificación asociada al presupuesto público, en el entendido de que los recursos de los que dispone el Estado son limitados. En ese sentido, Pisarello advierte que decisiones judiciales favorables a la protección de los derechos sociales “pierden efectividad o son privadas de su sentido originario en la fase de ejecución de las sentencias” (2007, p. 49). No obstante, el espacio judicial ofrece otras alternativas importantes.

En caso de que el Estado no tenga presupuesto para sufragar sus obligaciones resulta relevante una decisión bajo la cual se defiendan estas conquistas. Abramovich y Curtis dan muestra de eso: “aun en casos en los que la sentencia de un juez no resulte directamente ejecutable por requerir de provisión de fondos por parte de los poderes políticos”, su valor radica en que “una acción judicial en la que el Poder Judicial declare que el Estado está en mora o ha incumplido con obligaciones asumidas en materia de derechos sociales” (2009, p. 15). No obstante, la obligación correlativa de los derechos sociales, para el Estado, sigue existiendo inclusive por falta de recursos.

En segundo lugar, mediante mecanismos participativos se pueden escuchar y atender las voces de grupos desfavorecidos. Por ello, la función judicial “no se agota con el dictado de un fallo” (Pisarello, 2007, p. 49), por el contrario, las decisiones judiciales canalizan las necesidades en una agenda pública “expresadas en términos de afectación de derechos, y no meramente de reclamo efectuado, por ejemplo, a través de actividades de *lobby* o demanda político-partidaria” (Abramovich y Curtis, 2009, p. 15).

Otra alternativa la plantea Landau (2015, p. 321), para quien una forma menos compleja para proteger los derechos sociales, tomando en consideración la disponibilidad de recursos, es la protección individualizada. Así, en el momento en que un demandante acude a la Corte pidiendo que le conceda la protección de un derecho, estas pueden alivian al demandante concediéndole su petición.

Así, se soluciona la tensión que provoca el actuar judicial ante la intervención masiva o colectiva en políticas públicas. Pese al efecto que implican este tipo de decisiones individuales al presupuesto público, es una forma en que las cortes pueden sentirse gusto en la protección de derechos. De manera que el espacio judicial sigue siendo importante, aun cuando no se puedan ejecutar sus sentencias para realizar los derechos sociales de forma “masiva” por falta de recursos económicos. Su capacidad para exigir tales derechos es limitada.

## 7. Conclusiones

Los derechos humanos buscan garantizar la vida digna. Desde su internacionalización y constitucionalización han sido reconocidos de forma masiva, en especial, los categorizados como individuales y sociales. Para la Administración pública, los derechos sociales exigen la realización de actividades, entendiendo que el beneficiario no es visto desde una perspectiva individual sino colectiva. Así, surgen las necesidades colectivas que deben ser satisfechas de forma permanente. La satisfacción de estas necesidades viene sometida a elementos predeterminantes o condicionantes.

La constitucionalización de los derechos no es suficiente para que estos sean efectivos. La acción del poder público, en especial de órganos políticos, se torna indispensable entendiendo que para la materialización de los derechos es necesario contar con recursos públicos que estén planificados en el presupuesto público. Esta disponibilidad presupuestaria está sometida a factores exógenos y quizás eventuales, como son los propios criterios políticos. Así, las apreciaciones ideológicas pueden constituir un sesgo a la acción pública dirigida a la realización de los derechos sociales. El poder judicial, por su parte, es una posible alternativa en la forma de encausar la estructura presupuestaria mediante acciones judiciales para la tutela de derechos. Los tribunales son garantes de la vigencia del texto constitucional y deben velar porque todos los derechos sean realizados. Empero, ello puede contrastar con otros principios como la estructura presupuestaria y el objetivo del gasto público

Los casos de Sudáfrica y Venezuela resaltan la labor limitada que tienen los jueces, pese a que se encuentre un diseño constitucional en el que se consagren derechos sociales. La necesidad de considerar el factor de los recursos económicos y el presupuesto público es relevante para su realización. El Estado no puede cumplir más allá de lo que recursos permiten, de manera que, si los recursos económicos del Estado son altos, el rango de exigibilidad sobre el cumplimiento de estos derechos será alto también. Así, las decisiones judiciales en tutela de los derechos sociales encuentran un muro de contención en la disponibilidad presupuestaria que puede hacer que el fallo sea de imposible ejecución en un momento determinado, lo que resalta el carácter limitado del poder judicial en este escenario.

Ante tales circunstancias la acción judicial sigue siendo útil, por cuanto sirve de marco institucional para recordar las conquistas sociales, cristalizar presiones

a los órganos propiamente políticos y hacer visibles las opiniones de los más desfavorecidos por medio de mecanismos participativos del proceso. Por todo lo anterior, considerar que la institucionalidad presupuestaria tiene un lugar importante para el cumplimiento de los derechos sociales constituye un factor clave a pensar en el momento en que se analizan las razones de que, pese a existir un diseño constitucional que establece derechos sociales, los mismos no se pueden ejecutar en la práctica.

## 8. Referencias bibliográficas

- Abramovich, V., y Courtis, C. (2009). Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. En C. Courtis y R. Ávila (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, 3-30.
- \_\_\_\_\_. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Andara, L. (2020a). Fundamentos de derechos humanos. *Cuadernos de derechos humanos Número 1*, Ediciones de Epikēia, Observatorio Universitario de Derechos Humanos y Observatorio de Derechos Humanos de la Universidad de Los Andes. Venezuela.
- \_\_\_\_\_. (2020b). *Manual de derecho tributario*. 2.<sup>a</sup> ed. Mérida: autor.
- \_\_\_\_\_. (2019). *El presupuesto público venezolano*. Mérida: autor. Segunda edición.
- Asamblea General de las Naciones Unidas (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos.
- \_\_\_\_\_. (1966). Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Busso, M., y Messina, J. (2020). Resumen: sociedades fracturadas. En M. Busso y J. Messina (ed.), *La crisis de la desigualdad, América Latina y el Caribe en la encrucijada*. Banco Interamericano de Desarrollo, 1-18.
- Carbonell, M. (2009). Eficacia de la Constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. En C. Courtis y R. Ávila (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, 55-90.
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016). *Estudio sobre presupuesto público y derechos humanos*. Programa Universitario de Estudios del Desarrollo. Universidad Autónoma de México.
- Corte Constitucional Sudáfrica (2000). República de Sudáfrica vs. Grootboom. Caso n.º CCT 11/00. Traducción de M. Sáens y W. Torre.
- Delgado, O. (2006). El neoliberalismo y los derechos sociales. Una visión desde la economía y la política. *Revista de investigación social*, n.º 5. 185-212.
- Duverger, M. (1980). *Hacienda pública*. 2.<sup>a</sup> ed. (trad. Bagaria Perpiñá). Barcelona: Bosch.
- Escudero, J. (2020). Límites normativos y estructurales a la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales o derechos del buen vivir en Ecuador. *Estado & Comunes*, Revista de políticas y problemas públicos, 1(10), 95-116.
- Fernández, J. (2012). *Temas de derecho constitucional. Especial referencia a la jurisprudencia de la Sala Constitucional. Concordado con la Ley Orgánica del Tribunal Supremo de Justicia*. 3.<sup>a</sup> ed. Mérida: Universidad de Los Andes.

- Ferrajoli, L. (2012). Sobre la definición de “democracia”. Una discusión con Michelangelo Bovero. *Teoría de la democracia. Dos perspectivas comparadas*. Colección Temas de la Democracia, Serie Conferencias Magistrales 13. México, 11-33.
- \_\_\_\_\_. (2007). Sobre los derechos fundamentales. *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- Gargarella, R. (2015). Prólogo, Derechos sociales: un acercamiento renovado. En L. Morales, *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons, 17-28.
- \_\_\_\_\_. (2007). El derecho de resistencia en situaciones de carencia extrema. *Revista internacional de filosofía*, n.º 4, 1-29.
- Gargarella, R., y Courtis, C. (2009). El nuevo constitucionalismo latinoamericano: promesas e interrogantes. *Políticas sociales*, series 153. Santiago: Cepal.
- Gutiérrez, R. (2006). El neoliberalismo contra los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales. *El mito del desarrollo y las transiciones a la democracia: terceras jornadas sobre globalización y derechos humanos*. Ciudad de México: Universidad Autónoma de México, 81-97.
- Habermas, J. (2010). El concepto de dignidad humana y la utopía realista de los derechos humanos. *Diánoia*, volumen LV, n.º 64, 3-25.
- Hernández, J. (2019). Repensando la tutela judicial de los derechos económicos, sociales y culturales por la corte interamericana de derechos humanos. Derechos presenciales en emergencias humanitarias complejas. *Revista Electrónica de Derecho Administrativo Venezolano*, n.º 17-19/2019, 327-357.
- Jarach, D. (1985). *Finanzas públicas y derecho tributario*. Buenos Aires: Cangallo.
- Landau, D. (2015). *Derechos sociales y límites a la reforma constitucional: la influencia de la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana en el derecho comparado*. Traducción de M. Viana. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Lozada, A. (2018). Activismo judicial y derechos sociales: un enfoque postpositivista. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 41, 211-226.
- Morales, L. (2015). *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- Morselli, M. (1947). *Compendio de ciencias de las finanzas (Compendio di Scienza delle Finanza 18.*<sup>a</sup> ed., trad. Abad de Santillana). Buenos Aires: Atalaya.
- Nino, C. (2013). *Fundamentos de derecho constitucional*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Nussbaum, M. (2019). *The cosmopolitan tradition: a noble but flawed ideal*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press.
- Peña, A. (2020a). La supremacía constitucional en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. *Revista Estado de Derecho Rechtsstaat*, año 2, n.º 1, 74-96.
- Pisarello, G. (2009). Los derechos sociales y sus garantías: notas para una mirada “desde abajo”. En C. Courtis y R. Ávila (ed.), *La protección judicial de los derechos sociales*, Serie Justicia y Derechos Humanos, Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito, 31-54.
- \_\_\_\_\_. (2007). *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para su reconstrucción*. Madrid: Trotta.

- Rivas, A., y Picard, M. (2010). *Derechos humanos y mecanismos judiciales de protección y tutela de derechos garantizados en la Constitución. Especial referencia a la legislación venezolana*. Caracas: Andrea.
- Rosales, C. (2019). La gratuidad de los derechos prestacionales como derechos humanos: una propuesta para su ponderación y otorgamiento. *Revista de Investigações Constitucionais*, vol. 6, n.º 2, 349-373.
- Sunstein, C. y Holmes, S. (2011). *El costo de los derechos, por qué la libertad depende de los impuestos*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Tribunal Supremo de Justicia de Venezuela (2003). *Sala Constitucional*. Sentencia n.º 1505 de fecha 5 de junio.
- Tushnet, M. (1999). *Taking the Constitution Away from the Courts*. Princeton: Princeton University Press.
- Villegas, H. (1992). *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. 5.ª ed. Buenos Aires: Depalma.
- Waldron, J. (2019). *Democratizar la dignidad: estudios sobre dignidad humana y derechos*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

# Crisis del principio de legalidad: discusión recurrente pero necesaria en América Latina

*Crisis of the principle of legality: recurring but  
necessary discussion in Latin America*

Jonás Eduardo Aponte Arcila

Investigador independiente, Venezuela

Correo electrónico: [jonasabogado@gmail.com](mailto:jonasabogado@gmail.com)

Orcid: <http://orcid.org/0000-0002-3414-9511>

*Recibido: 22-mayo-2021. Aceptado: 1-septiembre-2021. Aceptado: 15-enero-2022.*

## Resumen

Este artículo tiene por objetivo analizar, desde una perspectiva teórica, las causas de la posible crisis del principio de legalidad. Ciertos factores relacionados con la negación de la ley como protectora de la libertad y limitadora del poder político estarían en el origen de esta crisis. Procesos constituyentes, instauraciones de un Estado social en sentido formal y delegaciones de leyes habilitantes han hecho que la ley ceda posiciones en un Estado de derecho. Este estudio realiza una breve pero minuciosa recopilación de literatura que ha abordado dicha problemática, con especial énfasis en los aportes de Laporta, Hayek y Nieto. Este último, a menudo ha negado la existencia del principio de legalidad. Se concluye que el poder siempre procurará desconocer la legalidad y, por lo tanto, las libertades individuales no tendrán la protección debida. Por último, el artículo procura que esta discusión se mantenga vigente y no pierda la relevancia para construir sólidos pilares democráticos.

**Palabras clave:** principio de legalidad, Estado de derecho, libertades individuales, pilares democráticos.

## Abstract

The purpose of this article is to analyze the causes of a possible crisis of the principle of legality, from a theoretical perspective. Certain factors related to the denial of the law as protector of freedom and limiter of political power would be in the origin of this crisis. Constituent processes, the establishment of a social State in a formal sense and the delegation of enabling laws caused the law to lose its place in a State governed by the rule of law. This study presents a brief but meticulous documentary compilation of literature that deals with this problem, special emphasis has had the contributions of Laporta, Hayek and Nieto. The latter has often denied the existence of the principle of legality. It is concluded that power will always seek to disregard legality and, therefore, individual freedoms are not duly protected. Finally, the article seeks to feed this discussion further and enhance its relevance to build solid democratic pillars.

**Keywords:** principle of legality, rule of law, individual freedoms, democratic pillars.

## 1. Introducción

El liberalismo, como ideología para comprender las acciones sociales y económicas, desplaza al poder centralizado que garantiza las libertades y bienes individuales (Herrera, 1995, p. 1049). En este sentido, el liberalismo canaliza la correcta aplicación de las instituciones o reglas democráticas, contralando el poder o autoridad en virtud de un acto de voluntad popular. La doctrina liberal en el marco de la Ilustración, de forma específica, por la influencia que tuvo de la Revolución francesa, por encima de la estadounidense (Brewer, 2011, p.114), significó la enjundia de la ley como principal instrumento para controlar la actividad del Estado. La ley se ubicaría en el ápice del ordenamiento jurídico que bien puede constituirse en el centro de gravedad en torno al cual orbitarían las relaciones jurídicas. El principio de legalidad representa el andamiaje que recubre a la ley y comporta uno de los primordiales principios del derecho público y del Estado contemporáneo.

La ley sería entonces la justificación ideológica y material del Estado de derecho, aquella que signifique la limitación del poder y, por ende, el respeto de derechos de libertad y propiedad. Es importante que en la lucha por la legalidad que sirve para limitar al poder y reivindicar libertades no se permita que esta sea invadida por mecanismos que persiguen modelar y transformar al individuo. América Latina ha sido víctima de dicho fenómeno; la necesidad de transformar las constituciones mediante la instrumentalización de una constituyente se ha traducido a posterior en una forma de otorgar al Poder Ejecutivo inconmensurables atribuciones, entre ellos, atribuciones del Poder Legislativo, como son aprobar leyes en cualquier área y materia. Esto convierte al individuo en una masa, en un colectivo sin espíritu, ambición o metas (Canova, Herrera y Stefanelli, 2014).

Este artículo ofrece un análisis crítico sobre una práctica que se ha repetido con regularidad en los últimos años en países latinoamericanos: la de creer que los detentadores de un poder político pueden eludir la ley o crear normas con fuerza de ley sin cumplir los cánones o procedimientos establecidos de forma

constitucional, amparados en un supuesto interés general. En efecto, el Estado de derecho supone que todas las actuaciones de los poderes públicos que repercutan en los derechos de libertad de los ciudadanos deben estar contempladas con antelación en el ordenamiento jurídico y, por tanto, desconoce “cualquier concepción que pretenda sustraerse de la discrecionalidad del funcionario, basada en una tesis metajurídica de protección del denominado o invocado orden público, para limitar o afectar los derechos de libertad o patrimoniales de los ciudadanos” (Peña, 2009, p. 113).

Señala Díez-Picazo, justificando la antagónica y necesaria relación entre los derechos fundamentales y la ley, que el liberalismo clásico veía en esta última la máxima protección de los primeros, la cual se ha erosionado a medida que en el contexto de la democracia en masas “se ha ido perdiendo la fe en la ciencia de que las decisiones legislativas están condicionadas por las facciones y el espíritu del partido” (2005, p. 99). Vale señalar que este artículo intenta resumir las implicaciones prácticas de quienes defienden y superponen a la ley, desde su dimensión controladora del poder, como la principal institución de ordenamiento social.

Siendo así, el objetivo principal del presente artículo es destacar los problemas más visibles que enfrenta el principio de legalidad desde un enfoque teórico, vale decir, identificando los supuestos que hacen que la ley deje de servir como un instrumento para proteger libertades y, por el contrario, se use como un cincel para tallar o modelar a la sociedad (Bastiat, 2009, p. 182). Como objetivos específicos se propone analizar la fuerza vinculante del principio de legalidad y la posible crisis que la embarga y, en contraste con lo anterior, estudiar las diferentes ideas que propone el catedrático Alejandro Nieto para quien el principio de legalidad no existe.

La metodología usada se corresponde con una investigación documental, por tanto, se realizó una recopilación de artículos y libros que han tratado la crisis del principio de legalidad que tienen por argumento cómo se relaciona la legalidad con el deterioro de la libertad de las personas. Esta selección documental se realizó combinando a autores clásicos y contemporáneos, de manera que se pone de relieve su fundamentación teórica. Para su comprensión, se parte por definir el concepto de imperio de la ley, luego se aborda la necesidad de controlar las tareas del legislador, para, así, lograr una entrada conceptual a la posible crisis del principio de legalidad. Por último, con el objeto de mostrar un importante contraste entre dos visiones del mismo problema, se acude a ciertos trabajos de Nieto quien apunta a la crisis de la ley.

## 2. Imperio de la ley

Laporta (1994, p. 134), en torno a la concepción de imperio de la ley o *rule of law*, ha brindado valiosas ideas a los fines de matizar sus contornos desde la concepción expuesta del Estado de derecho de Díaz en sus obras *El Estado de derecho y sociedad democrática* y *Sociología y filosofía del derecho*, cuyas disertaciones se hilvanaron en el marco de una España desarticulada por un sistema político autoritario

de las garantías individuales y en el cual el poder estaba de manera parcial y fragmentaria sometido al derecho. Para Díaz, las insuficiencias del liberalismo ya estaban presentes en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución francesa de 1789, ya que fijaban a la propiedad como un derecho inviolable y sagrado. En el contexto capitalista, esto llevaba a una insuficiencia respecto de los derechos y libertades de los hombres no propietarios, es decir, de los proletarios, generando a su juicio dos tipos de ciudadanos: “activos y pasivos, en razón precisamente de su contribución tributaria, tomando como base impositiva la propiedad privada, y solo los primeros, propietarios contribuyentes, formarán parte del cuerpo electoral (sufragio censitario)” (Díaz, 2011, pp. 43-44).

Frente a las interferencias que pudiera sufrir la dignidad del hombre por parte de una sociedad política y de normas jurídicas, sugiere Laporta que ambos conceptos pueden padecer una profunda colisión, por cuanto, por una parte, la dignidad que refleja y significa autonomía, dirección del comportamiento, compromiso con sus deliberaciones y guía de valores y convicciones, se enfrenta por necesidad de sobrevivencia con el Estado, el cual es una entidad dotada de poder que por medio de la violencia o coacción exige que se cumpla con una determinada voluntad, coartando de esa manera el libre desarrollo de la personalidad (Laporta, 1994, p. 137).

Este concepto de Estado fue elaborado por Weber, quien siguiendo la orientación de Trotsky, lo definió como “aquella comunidad humana, dentro de un determinado territorio (como elemento distintivo) que reclama –con éxito– para sí el monopolio de la violencia legítima”. Para Weber el príncipe contará con privilegios, pero la aplicación y ejecución del derecho se dará por medio de la burocratización. Esto generó la eliminación de la ley del más fuerte e *ipso facto* produjo la concentración del ejercicio legítimo del poder físico en cabeza del Estado (2011, pp. 80-83). La máxima del Estado absoluto bajo el aforismo *rinceps legibus solutus* cede frente a *lex facit regem*, la cual forma parte de la dialéctica entre el absolutismo y liberalismo, Estado de derecho y despotismo y, gobierno de la ley frente a gobierno de los hombres (Aponte, 2019, p. 312).

Laporta se cuestiona si “al poner en pie un artefacto dotado de todo el poder que lleva consigo el monopolio virtual de la fuerza –el uso en exclusivo de la violencia– las más sombrías amenazas se proyectan otra vez sobre la esfera de la acción de los individuos, y, por tanto, sobre su autonomía personal” (1994, p. 137). Tómese en cuenta que, si el Estado crea normas de contenido general y abstracto y, además de ello, posee el monopolio legítimo de la violencia en manos equivocadas, puede suponer un escenario para eliminar y restringir libertades. La respuesta radica en la aportación propia y característica del pensamiento europeo a la teoría de las instituciones políticas, vale decir, la elaboración de un conjunto de “ideales complejos inspirados en postulados éticos, en exigencias morales, cuyo sentido último es precisamente la protección de la autonomía individual frente al poder político”. Se entiende así, al Estado de derecho, el sometido a la ley y ello puede suponer un problema. El Estado de derecho consiste así en el imperio de la ley (Laporta, 1994, p. 137).

Incluso, al imperio de la ley le han imputado tres grandes sentidos. La primera, la más amplia, entiende por ley todo el derecho; la segunda, más estricta, aprecia a la ley como aquella emanada del parlamento y expresión de la democracia; y la tercera, es la posición especial que goza la ley dentro del ordenamiento jurídico (Gascón, 1999, p. 26). La significación del concepto de ley ha sufrido un cambio fundamental, señala Hayek, quien imputa a la ley como cualquier orden emanado del cuerpo legislativo, siendo lo prudente refutar solo “ley”, que es aquella norma aplicada a todos, es decir, a la generalidad como requisito inherente a esta, siendo el *common law* un ejemplo sobresaliente (Hayek, 1991, p. 4).<sup>1</sup>

La esencia del imperio de la ley asegura que la maquinaria de coerción organizada (Gobierno/Estado) solo puede ser usada en el momento en que aquella es exigida por la norma y no por la voluntad personal o de acuerdo con decisiones arbitrarias o discrecionales (Hayek, 2010, p. 112). El imperio de la ley no es una noción descriptiva que diga cómo es el derecho, sino un complejo ideal meta-jurídico que dice cómo debe ser el derecho. Indica que el núcleo principal debe estar compuesto de normas en sentido de reglas, de esa manera se favorece el normativismo en lugar del decisionismo caracterizado por un derecho “fruto de decisiones individuales, súbitas y concebidas *ad hoc*, no gobernadas por pauta alguna y emitidas por quien detenta el poder” (Laporta, 1994, p. 140).

Aun cuando en el Estado de derecho coloca a la ley en una especial posición, no cualquiera garantiza la protección de las personas o de las libertades individuales (Aponte, 2021). Para Bastiat la ley debe servir para el fin que fue creada, pero suele ser un instrumento de expoliación, esto es, en el momento en que se dedica a

[...] a aniquilar la justicia que habría debido hacer reinar, a borrar entre los derechos el límite que debería haber hecho respetar; puso la fuerza colectiva al servicio de quienes quieren explotar, sin riesgo y sin escrúpulos, la persona, la libertad y la propiedad ajenas; convirtió el despojo en derecho para protegerlo y la legítima defensa en crimen para castigarlo (Bastiat, 2009, p. 183).

Por lo pronto, lo más significativo del Estado de derecho para el individuo es poder prever la acción del Estado y utilizar este conocimiento como un dato al establecer sus propios planes. “Lo que supone que el Estado no puede controlar el uso que se hace de sus instrumentos y que el individuo sabe con exactitud hasta dónde estará protegido contra la interferencia de los demás, o si el Estado está en situación de frustrar los esfuerzos individuales” (Hayek, 2010, p. 115).

## 2.1. Controlar y restringir la tarea del legislador

Indica MacCormick que la libertad tiene un valor independiente y la manera de asegurarla es restringiendo la tarea de la legislación mediante lo que Hume denomina “reglas generales inflexibles”. Concluye que los modos de gobierno que se

<sup>1</sup> Las reglas del *common law* suponen aislar de la decisión concreta solamente aquello que no tiene significación general y descartar las características individuales del caso.

restringen a sí mismos son modos de gobiernos libres (1989, p. 315). Oakeshott, citado por MacCormick, estableció la relación entre el orden espontáneo y el imperio de la ley, así:

Oakeshott es absolutamente claro en que el elogio del imperio de la ley solo puede hacerse en términos de sus virtudes intrínsecas, no en términos de sus efectos [...] “El imperio de la ley no cuece pan, es incapaz de distribuir panes y peces (no tiene ninguno), y no puede protegerse a sí mismo contra el asalto exterior, pero sigue siendo la más civilizada y menos gravosa concepción de Estado que quepa imaginar”. Esta línea de pensamiento podría ser por ello una base más prometedora sobre la que articular un argumento en favor del “orden espontáneo” hayekiano o de algo parecido a ello [...] Porque desde luego la espontaneidad no es parte de la idea de Oakeshott. Tal y como él caracteriza el imperio de la ley, uno de sus elementos fundamentales es una noción decididamente *gesetzespositivistish* de la “autenticidad” de las reglas (MacCormick, 1989, pp. 323 y ss).

Desde una perspectiva diferente, para Rubio (1986, pp. 99-100), pese a la fórmula utilizada en el Preámbulo de la Constitución de España, la idea de Estado de derecho que informa la realidad jurídico-política española relacionada con limitación del poder legislativo, según el cual debe respetar el contenido esencial de los derechos fundamentales, lleva consigo un debilitamiento del concepto formal de la ley como fuente del derecho.

### 3. Posibles causas de la crisis del principio de legalidad

El concepto de ley ha resistido los envites de la realidad político-jurídica y de la teoría, que según plantea Hierro (1996) puede resumirse en: 1) la diversificación de la ley y la competencia entre los diversos tipos de leyes (Estados complejos o Estados federales); 2) la aparición de normas no legales de carácter paralegal en los procesos de integración regional de los Estados; 3) la expansión de la fuerza normativa de las constituciones; y 4) la expansión de la fuerza normativa de los principios.

Por su parte, para Gascón (1999) existen circunstancias que denotan cierto debilitamiento al imperio de la ley, las cuales pueden resumirse en: 1) la eficacia en el derecho representa el grado más alto de ilegalidad y se relaciona con la desaparición del derecho y del Estado y con la sustitución por organizaciones paraestatales; 2) la violación de la ley por parte del Estado (corrupción); 3) declive de la centralidad en el ordenamiento jurídico y quiebra de las características de generalidad, abstracción y racionalidad debido a la incidencia de la supraestatalidad y la infraestatalidad. Vale decir, la ley ha dejado de ser la única fuente suprema de regulación uniforme y heterónoma a la que todos están sometidos por igual en el marco del Estado para convertirse en una fuente más; 4) inflación legislativa; y 5) abandono del imperio de la ley para pasar al imperio de los jueces.

Todas y cada una de estas causas son ostensibles en América Latina, cuyo escenario dista en varios elementos. El surgimiento del paramilitarismo y otras organizaciones criminales ejercieron la coacción e influencia en las decisiones del país, al igual que la ola neoconstitucional en varios países de la región entre ellos,

Venezuela, Ecuador y Bolivia. Debe sumarse a esto que ahora el juez es creador de derecho y no un aplicador de justicia que ubica a los principios como una fuente principal, empleados bajo fórmulas como la ponderación o la del peso. Todo esto ha erosionado de forma paulatina el Estado de derecho.

En un diálogo que mantuvieron Atienza y Laporta, el primero le preguntaba sobre su recelo o desconfianza al nuevo paradigma constitucional o el neoconstitucionalismo, a lo que el segundo contestó: *mutatis mutandis*, es decir, no se puede pregonar esas ideas y profesar el imperio de la ley al mismo tiempo. Indicó, además, que “para proteger a la persona es preciso someter el poder a normas jurídicas que se presenten predominantemente con la forma de reglas” (Atienza y Laporta, 2009, pp. 206-208). Otro de los aspectos que evidencia una crisis del principio de legalidad atiende a la importancia que toda la red de tratados que se suscriben en múltiples materias, de esa manera,

[...] cada vez es mayor la dificultad para reducir el Derecho a Derecho estatal. Particularmente en lo que a Europa se refiere, la internacionalización de la vida económica, política y social obliga a los Estados a importar de manera creciente normas y a que cada vez más se apliquen a sus ciudadanos reglas producidas más allá de sus fronteras (Sarrabayrouse, 2012, p. 34).

En efecto, ya la ley ha perdido el lugar de preponderancia que se le atribuye en el liberalismo y de manera sistemática ha ido cediendo los espacios que le correspondían. Ello no quiere decir que la ley deje de mostrar eficacia y sea considerada el instrumento que por excelencia regule y garantice la protección de ciertos derechos esenciales para la vida en sociedad. La realidad ha ido demostrando que su uso es instrumental en este nuevo modelo constitucional, vale decir, no responde a la protección de libertades y a la limitación del poder.

### **3.1. La ley no garantiza la libertad**

Con la instauración del Estado de derecho se logró recluir al derecho a un conjunto sistemático y cerrado de normas positivas, excluyendo de él toda referencia al valor material de la justicia. Empero, la sociedad ha comenzado a ver en la ley algo en sí mismo neutro “que no solo no incluye en su seno necesariamente la justicia y la libertad”, sino que puede convertirse en la más fuerte y formidable “amenaza a la libertad” justicia (García, 1983, pp. 598-599). Incluso, en una forma de organización de lo antijurídico y en un instrumento para la perversión del orden jurídico.

Hay autores que le atribuyen al capitalismo el derrumbamiento de la ley al indicar que las funciones de este modelo pueden resumirse en tres grandes aparatos: la primera, una función represora para asegurar el orden social económico frente a posibles amenazas; la segunda, el aseguramiento de la hegemonía de la ideología dominante, y; tercero, la producción de ciertas condiciones que los privados no pueden asegurar, por ejemplo, transporte y comunicaciones. Esto es producto del gran incremento del papel del Estado capitalista en la economía, situación que se viene reproduciendo desde el siglo XIX y XX (Estévez, 1990, p. 107).

Para el autor en referencia la crisis de la legalidad tiene su génesis en ciertos factores que merecen la pena ser analizados con detenimiento. El intervencionismo estatal lleva consigo que las reglas de actuación no sean ya solo normas generales y abstractas, sino, directrices que marcan objetivos concretos, que pueden tener la forma de normas jurídicas. En uno (las normas generales) se determinan las competencias, el otro (las directrices) suponen una autorización implícita de utilizar los medios que se consideren más eficaces para su consecución (Estévez, 1990, p. 107). Un doble fenómeno contemporáneo ha hecho posible compatibilizar diferentes criterios de racionalidad, vale decir, ese incremento de las materias reguladas en lo jurídico viene acompañado de la pérdida de precisión de las normas jurídicas, en virtud de la informalización del derecho. En efecto, en el ámbito concreto de la Administración,

[...] esta “informalización” se concretaría en la aparición, junto a las clásicas normas que delimitan competencias y establecen procedimientos a seguir, de otras normas que se limitan a fijar los objetivos que deben alcanzar determinadas instancias administrativas. Se mantiene, pues, la cobertura jurídica de la actuación estatal en general y administrativa en particular. Pero las normas que configuran esa cobertura pierden capacidad de predeterminar las decisiones concretas [...] Se trata del paso de un derecho predominantemente formal a un derecho predominantemente material. Es decir, el paso de un derecho que se limitaba a configurar marcos formales de actuación, a un derecho que decide sustantivamente muchas cuestiones, cuya resolución se dejaba anteriormente a los mecanismos sociales [...] Son en realidad las normas generales –especialmente las leyes– las que se “informalizan” [...] La pérdida de determinación de las normas generales implica un aumento del margen de maniobra de esas instancias (Estévez, 1990, p. 112).

El principio de legalidad constituyó uno de los más importantes principios del Estado contemporáneo. Sin embargo, quienes expurgan a la ley lo hacen acusándola de no alimentarse de valores como la justicia, o al existir cierta disociación entre ambos, se ha hecho un instrumento neutro, que en lugar de garantizar derechos de libertad puede, en ocasiones, propiciar derechos de no libertad.

#### **4. Principio de legalidad y su fractura con el advenimiento del Estado social**

Otra amenaza que atenta contra el principio de legalidad es la aparición de la cláusula del Estado social. Las limitaciones formales que imponían las leyes que tenían por objeto inhibir cualquier actuación de la Administración pública que incidiera en los derechos de libertad han supuesto un marco referencial aplicable en ciertos espacios de la vida diaria. La crisis del concepto decimonónico de la ley y su incidencia en el resurgimiento de nuevos tipos normativos se debió, en criterio de Peña (2005), a los siguientes acontecimientos, todos relacionados con los conflictos bélicos que atravesó la humanidad:

- La sustitución del principio de primacía de la ley por el principio de supremacía constitucional. Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial la mayoría de los

países europeos comenzaron a promulgar constituciones normativas, lo que ubico *ipso facto* a estos textos normativos en el lugar que en otrora ocupaba la ley;

- El monopolio que antes de la Guerra Mundial tenía el parlamento cede debido a lo lento y casi inútiles que se tornaban los procedimientos de promulgación ante situaciones de emergencia. Motivo por el cual la diputación comenzó a dictar leyes denominadas de “plenos poderes” mediante las cuales autorizaba al Poder Ejecutivo para que legislase por medio de decretos, es decir, para que asumiese de forma temporal la potestad legislativa del órgano parlamentario;
- Finalizada la guerra, la distribución de la cuota legislativa no desapareció, empero, “tal pronóstico resultó fallido, en virtud [de] que fue esa la época en que los Estados europeos presionados por los ciudadanos comenzaron a transitar la senda del Estado social de derecho; y, por consiguiente, a convertirse en prestadores de servicios públicos esenciales” (Peña, 2005, p. 36.).

A propósito del Estado social, merece la pena reproducir las ideas propuestas por Combellas (1980, pp. 38-50) en torno a dicha fórmula y los significativos cambios que trajo consigo en contraste con el modelo anterior. Para este autor, el Estado social:

- Establece una nueva dimensión de los derechos fundamentales, orientados a una concepción distinta a la tradicional. No se conciben como limitaciones al Estado, sino que se ligan a la aparición de los derechos sociales, lo cual supone que las libertades públicas no se sitúan de forma negativa, sino positiva, como garantías de participación.
- En segundo lugar, se fractura el dogma de la división de poderes, no lo desconoce. Sin embargo, señala que los decretos leyes son instrumentos empleados por el Ejecutivo en circunstancias de naturaleza imprevisible, necesaria y urgente. El parlamento, a su juicio, “ha dejado de ser, en buena medida, la tribuna pública en la que se discuten y resuelven, como antaño, los grandes problemas, conflictos sociales y políticos de la nación. De centro integrador de la resolución de conflictos, el parlamento se ha convertido en ratificador formal de las decisiones tomadas de antemano por los partidos y grupos de seno” (Combellas, 1980, p. 43).
- De manera progresiva se ha ido produciendo una autonomía del poder administrativo con respecto a los otros poderes, especialmente el Legislativo.
- Existe el rol de la justicia en el Estado social, tanto desde el plano del control judicial de los actos de la Administración pública y de la constitucionalidad de las leyes, convirtiéndose en este punto en el “Guardián de la Constitución”. Se produce de ese modo un proceso de “judicialización de la política” en el que existe una adquisición por parte de los jueces de “la posición de árbitros definitivos de procesos políticos y guardianes de los postulados valorativos consagrados por la Constitución” (Combellas, 1980, p. 50).

En ese sentido, en cuanto a todas las modificaciones y “transformaciones” sufridas por el Estado liberal y su paso al Estado social, han sido producto de una desformalización de sus estructuras y la incorporación e impregnación a sus genes principios y valores, así como de las tensiones sufridas por las tesis de liberación (Estado social) y de libertad negativa (restricciones al poder público).

#### 4.1. Problemas de las leyes habilitantes

La doctrina ha proferido críticas en cuanto a la producción de leyes habilitantes, situación que ha sido detonante de la degradación de la legalidad. Rubio (1983, p. 417), refiriéndose a la teoría de la ley, estableció las diferentes facetas que tiene esta, lo que permite determinar cuál es el campo que la Constitución le reserva. La aplicación de la ley puede resolver problemas concretos que suscita la habilitación que el legislador concede a la Administración para regular por vía reglamento materias determinadas. Aun cuando Rubio circunscribe su análisis con mayor detalle en las materias que puede desarrollarse mediante el reglamento, no es menos cierto que tiene total vinculación con las leyes habilitantes en las que se quebranta la reserva legal, invadiendo derechos fundamentales como la libertad y la propiedad.

A modo de ejemplo, desde la experiencia venezolana es posible encontrar especies de delegaciones en blanco desde el punto de vista cualitativo v.g. en el momento en que se autorizó al presidente dictar decretos con fuerza de ley regulatorios de la libertad económica, libertad de empresa por medio de la ley Autorizatoria de 1974; sin embargo, advierte que:

[...] estas alcanzan un número claramente exagerado, como en el caso de la ley habilitante de 2001, mediante la cual la Asamblea Nacional delegó al Presidente de la República la potestad para dictar cuarenta y nueve decretos leyes, cuando el Parlamento en el año 2002 no logró sancionar más de veinte leyes. En casos como el citado se produce, en nuestro criterio, una inconstitucionalidad estructural, porque el Parlamento en la práctica hace una dejación de su función esencial y existencial, [...] se procede a una concentración de poderes en manos del Ejecutivo que hace ilusorios los mecanismos propios del Estado democrático y de derecho (Peña, 2009, pp. 161-162).

#### 5. Tesis de Alejandro Nieto: su desconfianza hacia la ley y la legalidad

Respecto al tema de la ley, resultan imprescindibles los argumentos de Nieto, más aún, si se quiere tener una visión integral sobre la ley y el Estado. La lucha que ha sostenido este autor para dotar de realismo a tales conceptos, lejos de los planteamientos teóricos tradicionales, ha conducido en muchos de sus trabajos a negar la existencia de la legalidad y su desconfianza hacia la ley. Nieto es conocido por sus valiosos aportes en los temas de la burocracia: no solo sistematizó dicha materia, ya que también, al establecer la formulación del fenómeno burocrático en la Revolución francesa, dio cuenta de la labor que la ley tuvo en sus albores y con mayor exactitud en el imperio napoleónico (Nieto, 1976).

Sobre el particular, indicaría citando a Peuchet en 1789, que este no creía que existiera un Estado en el que la influencia del sistema burocrático sea tan intensa, absurda y extendida como en Francia. Peuchet insinuaba que “aquí el ciudadano no es nada y quien gobierna es el empleado”. La advertencia que desde preludios de la Revolución francesa predica Peuchet es, si se quiere, una de las razones de fuerza para que el principio de legalidad adquiriera la resonancia que aún hoy mantiene (Nieto, 1976, p. 74).

Desde el plano constitucional, el problema tuvo una dimensión muy clara: ha surgido un poder administrativo o ministerial que entra en conflicto con los demás poderes, por cuya razón “las Cortes Constituyentes, desde octubre de 1789, se esfuerzan en limitar su desmesurada extensión”; sin embargo, de modo paradójico, “los ministros, sin perjuicio de su gran fuerza hacia el exterior, se encuentran, a su vez, interiormente dominados por sus empleados, como Gulliver en el país de las enanos” (Nieto, 1976, p. 75). En virtud de ello, surge en la Revolución francesa la necesidad de:

[...] hacer frente a esta doble serie de cuestiones y, en consecuencia, por un lado, ha de intentar someter a los ministros al imperio de la ley, evitando su arbitrariedad, y, por otro lado, ha de romper la resistencia que los ministros, a la hora de ejecutar la ley, pueden encontrar en los inferiores o en otras corporaciones. Los jacobinos descubrirían, a tal efecto, una fórmula perfecta para solucionar ambos problemas en la centralización (que además ofrecía, a través de la burocracia profesionalizada, garantías de una mayor competencia técnica) (Nieto, 1976, p. 76).

En ese breve pasaje se aprecia con claridad que desde los inicios de la Revolución francesa a la ley se le asignó una tarea clara: limitar la actuación de los ministros, que posteriormente dio paso a la centralización. En ese sentido, el Gobierno napoleónico consiguió imponer sus principios sobre una nación desarticulada para ese momento, convirtiéndose en *deus ex machina*, resolviendo los problemas políticos y prestando unos niveles de eficacia para ese momento inigualados.

Siguiendo el rastro de la obra de Nieto, se observa que en el diálogo epistolar que mantuvo con el otro gran maestro español, Tomás Ramón Fernández, en la cuarta carta de esa dialéctica que mantuvieron, este le escribiría: “Sobre la ley y su sicofantes (A. N.)” (Nieto y Fernández, 2008, pp. 62-76). En la misiva este señala que el derecho no se agota en la ley, cuestión que a su criterio es bien sabida, al menos desde Geny. Por tal motivo, no cree en la ley o precisamente en el papel que de ordinario se le atribuye. Haciendo analogías con uno de los pasajes del periplo que vivió Moisés por cuarenta años en el desierto, indicó que la ley es como “un becerro de oro que brilla demasiado y es más cómodo danzar en su torno, repitiendo las músicas de siempre, que aventurarse por las zarzas del desierto buscando al Dios verdadero, al Derecho que está por encima de la ley” (Nieto y Fernández, 2008, p. 64).

Afirma que la ley es expresión de la voluntad del poder de las clases eminentes y sirvió para racionalizar la imposición de sus intereses. En este sentido, aduce que cuando llegó la hora histórica, “los propietarios no vacilaron en declarar legalmente que la propiedad era ‘sagrada’ y la defendieron consecuentemente”. A su criterio, en el momento en que la ley no es superflua es ideológica, de modo inevitable, y ahora que el capitalismo se ha europeizado, las clases eminentes ya no quieren instrumentalizar su poder mediante legislaciones nacionales y lo único que quieren es que le dejen las manos libres (Nieto y Fernández, 2008, p. 65).

A renglón seguido, indicaría que los Estados no pueden ser desmantelados por completo, por lo que para mantener la paz social se conserva un esqueleto del Estado de bienestar, desplegando “una intervención suficiente para llenar el estómago de una burocracia insaciable y de una casta política rapaz que sin este precio no estaría dispuesta a soltar sus instrumentos de dominación (las leyes) y de rapiña (la intervención)”. Por ende, la fórmula estatal ofrece la ventaja en las leyes parlamentarias, y es que “obra un ingrediente democrático que interfiere o tamiza el ejercicio descarnado del poder; pero tiene el inconveniente de su costo económico, su ineficacia operativa y la rapacidad de sus operadores” (*Ibid.*, p. 67).

Insiste Nieto en la necesidad de bajar a la ley de los altares del lugar en el que fue ensalzada por los iuspublicistas españoles, que “[...] redescubrieron el principio de la legalidad cuando empezaba a declinar el franquismo y llevaron a cabo una operación de mixtificación perfecta, de la que todavía no nos hemos repuesto del todo” (*Ibid.*, p. 68). De igual modo, sugiere que en la actualidad no se hacen las leyes para proteger a los ciudadanos sino para oprimirlos, “puesto que se conciben, casi sin excepciones, como instrumentos de intervención pública en beneficio de un impreciso interés general que se concreta en limitaciones harto precisas del interés individual, la recortarse inexorablemente el ejercicio de las esferas personales” (*Ibid.*, p. 70).

Por otro lado, en su libro titulado *La organización del desgobierno* hizo contundentes críticas a la ley. Arguyó que la sumisión de la Administración a la misma es una de las consecuencias más admirables del Estado de derecho en cuanto garantiza la supremacía del parlamento elegido por el pueblo. Esto considera que dicha concepción de la legalidad genera una disfunción al ser entendida “no ya solo como el sometimiento de la Administración a la ley, sino como la exigencia de que todas las tomas de decisión han de ir precedidas de una norma general” (Nieto, 1984, pp. 51-55). Esta forma de pensar genera algunos inconvenientes, tales como: 1) se complica el proceso de toma de decisiones al desviarse la energía pública hacia la producción normativa, en lugar de preocuparse en lo que realmente se debe hacer; 2) la acción administrativa se paraliza por falta de una norma previa que habilite su actuación, incluso, en supuestos de urgencia y necesidad si un ministro “no encuentra un asidero normativo que les sirva de cobertura para la acción, se inhiben ante el riesgo de incurrir en ilegalidad”; 3) la norma previa sirve como coartada para esquivar la responsabilidad, en el sentido que se refugian en el cómodo arbitrio de la normatividad general; y 4) el funcionario se degrada a un simple ejecutor sin inteligencia ni iniciativa “(desviación burocrática esencial, clave del sistema)” que genera un retraso en el proceso de toma de decisiones (Nieto, 1984, pp. 53-55).

Nieto, además de ser reconocido por su tenacidad argumentativa, lo es también por añadir, en ocasiones, humor y sátira en sus planteamientos, ingredientes que pueden considerarse rebeldes. Durante las lecciones que brindó en la Universidad Complutense de Madrid, a las que denominó “El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial”, se refirió en la primera de sus lecciones al imperialismo

de la ley y el positivismo legal y preconizó duras críticas a estos dos institutos (Nieto, 1998). De igual modo, se delata de entrada como retórica y solemne la expresión imperio de la ley; se cuestiona que este debe garantizarse, cuestión que le merece la siguiente interrogante:

¿pero qué garantiza si nadie sabe lo que es el imperio de la ley? Esta mañana terminaba de leer un artículo de Bartolomé Clavero, el catedrático de historia de Sevilla, en la que llega también a esta dolorosa conclusión: “que nadie sabe [...] (y él que es historiador y ha dedicado mucho tiempo a estudiarlo menos que nadie) lo que es el imperio de la Ley” (Nieto, 1998, p. 15).

De seguida, realiza un cuestionamiento relativo al respeto y obediencia que merecen los funcionarios, tanto por el lado de la ley y el derecho como del sometimiento de las órdenes de sus superiores. A su criterio, existe una palpable diferencia entre la labor de los jueces que dependen solo de la ley y no de instrucciones; “mientras que los funcionarios están sometidos ciertamente a la ley y al derecho, también están sometidos a la orden superior” (Nieto, 1998, p. 17). Esta revisión es significativa, por cuanto el funcionario llega a tener dos amos, situación que genera complicaciones debido a que pueden entrar en contradicción la ley y las órdenes del superior. Incluso, dicho conflicto contiene dos principios constitucionales: el de la legalidad en sentido estricto y el principio de la jerarquía, principios que a su criterio están en un mismo nivel de jerarquía (Nieto, 1998, pp. 17-18).

El planteamiento de Nieto puede resumirse de la siguiente forma: el funcionario que recibe una orden ilegal “si la cumple le persigue el juez, ¡y si no la cumple le persigue el superior! en ambos casos son delitos, ¡el delito de desobediencia y el delito material que haya sido, lo cual es una incongruencia total! o lo uno o lo otro”. Esto lleva a concluir y es que “el funcionario no está siempre sometido ni mucho menos al imperio de la ley puesto que en la mayor parte de los casos a quienes está sometido es a la obediencia debida” (Nieto, 1998, p. 18).

En la segunda parte de la clase, Nieto embiste contra el principio de legalidad, al cual alude como es un principio retórico, “¿por qué? ¡Porque no dice nada!” y es “dogmático autoritariamente aplicado”, y en su paroxismo agregó lo siguiente:

[...] porque ¡ay de aquel que ponga en duda el Principio de legalidad!, ¡ay de aquel porque será condenado por heterodoxo y hereje y será estigmatizado hasta el final de sus días! por eso, ¿quiénes podemos poner en duda y hasta atacar frontalmente el Principio de Legalidad? Pues, los que no tenemos nada que perder. Pero suponiendo que Ustedes no creyeran en el Principio de legalidad, ¿serían capaces de decirlo en público? (Nieto, 1998, p. 26).

Otra gran crítica que le atribuye al principio de legalidad es su ceguera ante los hechos, (Nieto, 1998, p. 28). También arguye que el principio de la legalidad en su formulación tradicional no desconoce solo los hechos, sino también el fenómeno de la “personalización del poder”, y en este punto habría que prestarle total detenimiento. Advierte que la formulación tradicional del principio de la

legalidad comporta como presupuesto, tal y como sostiene García de Enterría, la marginación de los poderes personales. Esto es, se deja de un lado a las personas físicas, el soberano absolutista, para colocar en su lugar un árbitro o un poder abstracto, vale decir, la ley.

Para mí, como digo, el poder sigue absolutamente personalizado. Lo compartirán o no lo compartirán, pero yo sin esas personas con nombre y apellido, no veo el poder, ni veo las leyes. **Las leyes son de carne y hueso, son inspiradas por personas de carne y de hueso, de modo que no se me haga la alabanza de la ley por esta despersonalización ni por esta abstracción, las leyes podrán estar mal redactadas o bien, podrán tener unas intenciones u otras, pero sus finalidades están de ordinario muy claras** (Nieto, 1998, p. 30, el destaque es nuestro).<sup>2</sup>

Ahora bien, en otra de sus grandes obras Nieto delató ciertas inconsistencias del sistema jurídico y no sin fomentar cierta polémica, como es de costumbre, y más precisamente de cómo el contencioso administrativo ha sido cuna de la tutela, casi de manera exclusiva, de los derechos individuales, excluyendo los intereses y derechos colectivos (Nieto, 1975). En esta ocasión Nieto no desaprovechó la oportunidad para denunciar la imperfección del ordenamiento jurídico, lo cual puede comportar por motivo de su rigurosidad la paralización del funcionamiento de la Administración pública y de ciertos servicios públicos esenciales; pero dejemos que sea el propio Nieto quien exponga el planteamiento:

En ocasiones el respeto riguroso a la legalidad presupuestaria –o a la legalidad a secas– perjudica, e incluso imposibilita, el funcionamiento normal de los servicios públicos, hasta tal punto que el funcionario consciente ha de infringir cada día tanto el ordenamiento administrativo como el penal. Los plazos del procedimiento se alargan o acortan según las necesidades, la cuantía de los contratos se fracciona, los horarios de trabajo se alteran, las retribuciones se ocultan, las incompatibilidades se relajan y –para no seguir con esta relación indefinida, que todo el mundo conoce–, las llamadas malversaciones indirectas son perfectamente habituales, sin que por ello exista (en los casos a que me estoy refiriendo) asomo de culpabilidad por parte del autor, antes al contrario un auténtico celo y sentido de la responsabilidad (Nieto, 1975, p. 16).

Las reservas de Nieto hacia el imperio de la ley y el principio de legalidad son difíciles de objetar, al menos desde la realidad. Deben ser estudiadas con mucha medida, por cuanto ideas tan revolucionarias en manos de personas no indicadas pueden convertirse de una supuesta legalidad en el reino de la arbitrariedad. No se trata de que Nieto no crea en el principio de legalidad, es creer que este autor está sugiriendo que la Administración haga lo que quiera sin amparo en ningún instrumento normativo. Que violente libertades porque la ley no existe. No es ese el mensaje. Es un hecho que la ley, muy a pesar de todas las dudas y celos que formula Nieto, genera cierta seguridad en la ciudadanía, necesaria para proteger a los individuos del poder.

<sup>2</sup> En similares términos, véase: (Nieto, 2007).

## 6. Reflexiones finales

Tal y como indica Laporta (1994), el principio del imperio de la ley procura que el ser humano tenga la posibilidad de prever las circunstancias de sus acciones, lo que supondría por sí mismo que pudiera hacer planes con confianza. La certeza es clave de este planteamiento, es decir, que no exista la posibilidad de que detentadores del poder puedan cambiar a su criterio las normas sobre las cuales se planificó el individuo por sí mismo. De forma lamentable, el espíritu de una ley que tenga por fin garantizar libertades y, por ende, limitar el poder, es una rareza en la región. El derecho se ha hecho más dúctil, más flexible, arbitrario y la ley una herramienta de instrumentalización de ese modelo neoconstitucional.

El imperio de la ley se caracteriza porque: 1) la autoridad que emite las leyes debe estar autorizada para ello; 2) las normas deben ser generales y abstractas; 3) no pueden ser retroactivas, salvo casos particulares; y 4) deben ser públicas y claras, evitando que sean redactadas con ambigüedades que a posterior serían el caldo de cultivo de decisiones arbitrarias e imprevisibles. El Estado social tiene una fuerte desconfianza en la ley, la cree contraria a un presunto interés general. Sobre esa base, esa supuesta dicotomía debería resolverse entendiendo que la ley no debe servir para modelar a la sociedad, sino para permitir que esta camine de manera libre, para que cada individuo cumpla a su voluntad su plan de vida. En América Latina los procesos constituyentes han debilitado a la ley como instrumento garante de la libertad y controlador del poder, a lo que debe añadirse que el juez es creador de derecho y no un mero aplicador, debilitando por vía de consecuencia el Estado de derecho.

Por otra parte, autores como Nieto tampoco creen en la ley. Parte de sus planteamientos van dirigidos a evitar que el control que ofrece la ley signifique por vía de consecuencia en una fórmula para hacer inoperante al Estado. El problema deviene en el momento en que la cultura de un pueblo no reconoce los rasgos más característicos de la libertad y piensan que la misma genera opresión en el “pueblo” y hay que limitarla y, por lo tanto, ya la ley deja de servir a un fin legítimo para reducirse a un predicado del poder, muchas veces en un artefacto decorativo de lo que alguna vez se entendió por democracia. Se procura que esta discusión siga viva y, por ende, los problemas que se presentan por la crisis de la legalidad se eviten lo más posible. Para ello es necesario que el Estado de derecho y el principio de legalidad sea garantizado *velis nolis*.

## 7. Referencias bibliográficas

- Aponte, A. (2021). *Qué es el Estado de derecho en un Estado de derecho*. Recuperado de <https://www.uedlibertad.org/que-es-el-estado-de-derecho-en-un-estado-de-derecho/>
- \_\_\_\_\_. (2019). Liberalismo y democracia. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 12. Caracas.
- Atienza, M. (2009). Imperio de la ley y constitucionalismo. Un diálogo entre Manuel Atienza y Francisco Laporta. *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía de Derecho*, n.º 31. Ciudad de México: Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Bastiat, F. (2009). *Obras escogidas*. Madrid: Unión Editorial.
- Brewer-Carías, A. (2011). Los aportes de la Revolución francesa al constitucionalismo moderno y su repercusión en Hispanoamérica a comienzos del siglo XIX. *Ars Boni et Aequi. Revista Jurídica de la Universidad Bernardo O'higgins*, vol. 7, n.º 2. Santiago de Chile: Universidad Bernardo O'higgins.
- Canova, G., Herrera, O., y Stefanelli, G. (2014). *Individuos o masa: ¿en qué tipo de sociedad quieres vivir?* Caracas: Editorial Galipán.
- Canova, G. (2012). *El modelo iberoamericano de justicia constitucional*. Caracas: Ediciones Paredes.
- Combellas, R. (1980). Crisis y reformulación de los principios jurídico-políticos del Estado de derecho en el Estado social. *Libro-homenaje a Manuel García-Pelayo*, Tomo I. Caracas: Universidad Central de Venezuela Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas.
- Estévez, A. (1990). La crisis del principio de legalidad: la imagen jurídico-formal y la realidad material del funcionamiento de la administración. *Anuario de filosofía del derecho*. Barcelona: Sociedad Española de Filosofía Jurídica y Política (SEFJP).
- Díaz, E. (2011). *Estado de derecho y sociedad democrática*. Madrid: Editorial Taurus.
- Díez-Picazo, L. (2005). *Sistema de derechos fundamentales*. Madrid: Thomson-Civitas.
- García de Enterría, E. (1983). Reflexiones sobre la ley y los principios generales del derecho en el derecho administrativo. En A. Nieto (coord.), *34 artículos seleccionados de la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*. Madrid: INAP.
- Gascón, A. M. (1999). Imperio de la ley. Motivos para su desencanto. *Revista Jueces para la Democracia Información y Debate*, n.º 32 Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/1998/07/09/revista-jueces-la-democracia-informacion-debate-numero-32-julio-1998/>
- Hayek, F. (2010). *Camino de la servidumbre*. Madrid: Alianza Editorial.
- \_\_\_\_\_. (1991). *Libertad bajo la ley*. Recuperado de [https://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2019/06/Monografia-41-Libertad-bajo-la-ley\\_compressed.pdf](https://cedice.org.ve/wp-content/uploads/2019/06/Monografia-41-Libertad-bajo-la-ley_compressed.pdf).
- Herrera, S. (1995). El individualismo liberal. *Realidad: Revista de Ciencias Sociales y Humanidades* n.º 48. El Salvador: Universidad Centroamericana José Simeón Cañas.
- Hierro, L. (1996). El imperio de la ley y la crisis de la ley, *Doxa*. n.º 19. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1996-n19-el-imperio-de-la-ley-y-la-crisis-de-la-ley>
- Laporta, F. (2007). *El imperio de la ley una visión actual*. Madrid: Editorial Trotta.

- \_\_\_\_\_ (1994). El imperio de la ley. Reflexiones sobre un punto de partida de Elías Díaz, *Doxa*, n.º 15-16. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1994-n15-16-imperio-de-la-ley-reflexiones-sobre-un-punto-de-partida-de-elias-diaz>
- MacCormick, N. (1989). Orden espontáneo e imperio de la ley: algunos problemas, *Doxa*, n.º 6. Recuperado de <https://doxa.ua.es/article/view/1989-n6-orden-espontaneo-e-imperio-de-la-ley-algunos-problemas>
- Nieto, A., y Fernández, T. (2008). *El derecho y el revés*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Nieto, A. (2007). *El desgobierno de lo público*. Barcelona: Editorial Ariel.
- \_\_\_\_\_ (1998). *El arte de hacer sentencias o teoría de la resolución judicial*. (Lecciones impartidas por el Dr. Alejandro Nieto García, curso de 1998 [disco compacto] recopiladas y apostilladas por Sergio Valverde Alpizar). Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- \_\_\_\_\_ (1984). *La organización del desgobierno*. Barcelona: Editorial Ariel.
- \_\_\_\_\_ (1976). *La burocracia. El pensamiento burocrático*. Madrid: Instituto de Estudios Administrativos.
- \_\_\_\_\_ (1975). La vocación del derecho administrativo de nuestro tiempo. *Revista de Administración Pública*, Madrid, CEC, RAP, n.º 76. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Peña, S. (2009). *Manual de derecho administrativo: la actividad de la Administración pública, de policía administrativa, de servicio público, de fomento y de gestión económica*. Caracas: Colección de Estudios Jurídicos del Tribunal Supremo de Justicia.
- \_\_\_\_\_ (2005). *Los tipos normativos en la Constitución de 1999*. Caracas: Ediciones del Tribunal Supremo de Justicia.
- Rubio, L. (1986). El principio legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 16. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_ (1983). Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley. Sobre el problema del concepto de ley en la Constitución. *Revista de Administración Pública*, n.º 100-102, enero-diciembre. Madrid: Thomson-Civitas.
- Sarrabayrouse, E. (2012). La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: una propuesta de integración. En J. Montiel, *La crisis de la legalidad en el nuevo derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*: Marcial Pons.
- Weber, M. (2012). *El político y el científico*. Madrid: Alianza Editorial.



# Posmodernidad, gestión pública y tecnologías de la información y comunicación en la Administración pública de Ecuador

## *Postmodernity, public management and information and communication technologies in the Public Administration of Ecuador*

Xavier Barragán Martínez

Docente de la Escuela de Gobierno y Administración Pública del Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador

Correo electrónico: [xavier.barragan@iaen.edu.ec](mailto:xavier.barragan@iaen.edu.ec)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2671-6555>

*Recibido: 4-febrero-2021. Aceptado: 20-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

### Resumen

Durante la emergencia sanitaria del covid-19 en Ecuador se introdujeron nuevas prácticas en la Administración pública para minimizar los problemas burocráticos y mejorar la gestión pública tradicional. El propósito de este artículo es analizar, desde una mirada posmoderna, el nuevo paradigma de la Administración pública, las nuevas tecnologías de información y comunicación (TIC) y las innovaciones en la gestión pública de Ecuador. La base metodológica es analítica, descriptiva y cualitativa; la fuente primaria consistió en una encuesta realizada a 29 funcionarios pertenecientes a cuatro de las cinco funciones del Estado. Los resultados evidencian innovaciones tecnológicas que pueden replicarse en las entidades públicas con necesidades de seguimiento y control de recursos, control de acceso y gestión documental y contable.

**Palabras clave:** posmodernidad, gestión pública, tecnologías de información y comunicación, Administración pública, innovaciones.

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 113-131.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.244](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.244)



## Abstract

During the COVID-19 health emergency in Ecuador, new Public Administration practices were introduced to minimize bureaucratic problems and improve traditional public management. The purpose of this article is –from a postmodern perspective– to analyze the new paradigm of Public Administration, the new Information and Communication Technologies (ICT) and the innovations in Public Management of Ecuador. Based on an analytical, descriptive, and qualitative methodology, whose primary source was a survey of 29 public officials belonging to four (out of five) State functions. The results show that technological innovations can be replicated and applied easily in other public entities with needs of solutions in monitoring and control of resources, access control, document, and accounting management.

**Keywords:** postmodernity, public management, information and communication technologies, Public Administration, innovations.

## 1. Introducción

El brote de un virus en la ciudad de Wuhan, en la provincia de Hubei de China, en diciembre de 2019, trajo consigo un antes y después en las actividades del ser humano y en el *statu quo* de la humanidad. El coronavirus de Wuhan, denominado SARS-CoV-2 (inicialmente 2019-nCoV-2) por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y conocida en el planeta como el covid-19, ha ocasionado una pandemia con síntomas y patología de fiebre, malestar, infiltrados pulmonares, tos seca, disnea y dificultad respiratoria (Cortes, 2020) sin precedentes en el siglo XXI. Hasta el 6 de octubre de 2021 se registraron 45 177 886 casos de personas contagiadas en América Latina y el Caribe, siendo Brasil, Argentina y México los más afectados. Además, dentro de los países más aquejados por las nuevas cepas del coronavirus en América Latina también se encuentran Colombia, Perú, Chile y Ecuador (Statista, 2021).

Esta pandemia ha generado lo que la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal) denomina triple crisis combinada y asimétrica: sanitaria, económica y social (Cepal, 2020a, 2020b y 2020c), la cual ocasiona un doble *shock* de oferta y demanda, así como el surgimiento de estrategias epidemiológicas de contención y efectos sobre el comercio internacional, la demanda y sus efectos en los sectores transables (Cepal, 2020a). Además, genera una transformación en las actividades del ser humano y la masificación de tecnologías de información y comunicación, sobre todo en actividades de teletrabajo, teleeducación, telemedicina, entre otras. Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), el 10 de abril de 2020 adoptó la Resolución 1/2020 con estándares y recomendaciones bajo la convicción de que las medidas acogidas por los Estados en la atención y contención de la pandemia deben tener como centro el pleno respeto de los derechos humanos.

Según el Banco Central del Ecuador, en 2020 el Producto Interno Bruto (PIB) del país, en términos constantes, totalizó 66 308 millones de dólares, lo que

representa un decrecimiento del 7,8 % con respecto a 2019, que fue de 71 879 dólares, según los datos del Banco Central del Ecuador. Los países de la región registraron las siguientes cifras negativas: Perú -11,1 %; Argentina -9,9 %; México -8,2 %. Países como Colombia y Chile presentan caídas de -6,8 % y -5,8 %, de forma respectiva.<sup>1</sup>

En este orden de sucesos, las Administraciones públicas (AP) del mundo y en particular la de Ecuador han venido desarrollado innovaciones en sus actividades cotidianas objeto de este estudio. Al asociar los conceptos de la nueva gestión pública y el uso y aprovechamiento de las TIC en estas organizaciones con una mirada posmoderna, se puede justificar las acciones y desarrollos tecnológicos alcanzados en la gestión propios de esta contemporaneidad durante la pandemia. Si bien es cierto que el debate actual se sitúa en el posposmodernismo como “la lógica emergente de algo mas no necesariamente algo ‘nuevo’, sino un diferente y más intenso modo de producción/consumo” (Nealon, 2012, p. 8), se precisa que el posposmodernismo no rompe con el posmodernismo. Este nuevo paradigma es la intensificación del primero, por lo que el presente artículo se sitúa solo en la posmodernidad para entender a las innovaciones en el contexto de la esfera pública.

Al no existir una definición unívoca, concreta y definitiva sobre posmodernidad (Ayuste & Trilla, 2005) la época contemporánea es diferente a la etapa anterior denominada moderna, justificando de esta manera la condición posmoderna. Por tal razón, se entiende a la posmodernidad como un estado superior a la modernidad que involucra los procesos de pérdida de sentido que conducen a la ruina de todas las historias, referencias y finalidades. Es un estado que pertenece a un mundo sin realidad, asemejándola a un simulacro, una suerte de realidad virtual creada por los medios de comunicación, la Internet, las redes sociales y las TIC, entre otros. Bajo esta concepción, la sociedad actual ya no es “moderna” pero está formada por creencias de la modernidad que se pierden en el tiempo y que conllevan al posmodernismo, algo distinto, aquello que acaba con las ideas de la modernidad con base en la incertidumbre y la duda.

En el ámbito organizacional, la globalización, el avance tecnológico, la Internet, las redes sociales, los cambios del comportamiento humano, la demanda de nuevos servicios públicos, entre otros, obligaron a un cambio de pensamiento, a una nueva conceptualización del modelo predominante y estandarización de la Administración pública, bajo un esquema mejorado de organización y funcionamiento. Desde la década de 1980, diversos métodos administrativos buscaron promover una gestión pública menos costosa, más eficiente y efectiva, basada en el uso de las TIC, en las que lo fundamental no es el equilibrio ni la tendencia al equilibrio de los sistemas históricos, sino la tendencia al desequilibrio y la inestabilidad.

Por tal razón, este ensayo parte de una metodología descriptiva-cualitativa y hace uso de fuentes primarias recolectadas mediante una encuesta estructurada con preguntas cerradas realizadas a 29 funcionarios pertenecientes a cuatro de

<sup>1</sup> Véase más en Banco Central del Ecuador, Boletín de cuentas nacionales trimestrales, boletín 114 de marzo de 2020, consultado en <https://contenido.bce.fin.ec/home1/estadisticas/cntrimestral/CNTrimestral.jsp>

las cinco funciones del estado que fueron a su vez, estudiantes de la Maestría de Gestión Pública del Instituto de Altos Estudios Nacionales. A esto se le suma el método analítico documental de fuentes secundarias de organismos internacionales e instancias nacionales, que conlleva a la revisión del debate de la posmodernidad y modernidad, la gestión pública, nueva gestión pública, los nuevos modelos de las TIC implementados en la gestión pública y cómo en este ambiente se desarrollan las aplicaciones en el sector público del Ecuador.

Con los resultados de esta investigación se espera contribuir a la prestación de un mejor servicio a la ciudadanía, disponer de sistemas para el control de ingreso y salida de personal, la gestión documental, seguimiento y control de la gestión, seguimiento de causas, administración y rastreo de convenios, uso de herramientas de inteligencia de negocios y el uso de sistemas de información geográfica (GIS). Sería interesante replicar estas prácticas en la función pública y estandarizar ciertos procesos que tienen directa relación con la gestión de la esfera pública. En concreto, este artículo muestra la importancia del aprovechamiento de las TIC en actividades propias de la Administración pública y cómo la innovación es la fuente para las oportunidades y la generación de nuevos procesos automáticos que buscan aumentar el valor de lo público, facilitando y mejorando la atención al ciudadano en un entorno de emergencia sanitaria.

## 2. Precisiones teóricas y conceptuales

### 2.1. Posmodernidad

En la actualidad, la sociedad de la información identifica a una cuarta revolución industrial (4RI), cuyo paradigma tecnológico es la Internet (Castells, 2003). Esta revolución obliga a definir un nuevo paradigma que rija a la gestión del sector público (gobernanza inteligente) y utilice de manera adecuada a las nuevas tecnologías disruptivas para construir una Administración pública inteligente (4.0), con una perspectiva ética, innovadora y digital que disponga de una visión posmoderna global y de futuro que permita el flujo de actividad constante en espacios virtuales en contextos de mayor complejidad (Criado *et al.*, 2021). En este contexto se requiere reflexionar sobre qué es la posmodernidad y cómo este nuevo pensamiento se relaciona con el desarrollo de nuevos servicios, aplicaciones y contenidos digitales (SAC) en la gestión pública basados en el uso y aprovechamiento de las TIC. La posmodernidad se ha convertido en un concepto multidisciplinar en el que convergen distintos movimientos artísticos, culturales, literarios y filosóficos que ha permitido clarificar conceptos, abstracciones y orientar en las investigaciones teóricas científicas.

Para comprender qué es la posmodernidad resulta necesario recurrir a la definición de modernidad. Para Habermas (2002) lo “moderno”, de contenido variable, refleja siempre la conciencia de un presente que se ve a sí mismo como lo nuevo en relación con el pasado y sirve en la distinción de lo presente. En esta línea

de pensamiento, Theodor W. Adorno<sup>2</sup> indica que es preciso la creación de nuevos módulos de organización por medio de una “unidad no violenta de lo múltiple” bajo el precepto de: “El Todo es lo no-verdadero”, una “síntesis disyuntiva inclusiva de la diferencia” (Arcos, 2009). En este sentido un momento postmoderno es un momento de deshacimiento o deconstrucción *unmaking* (Innamorato, 2020).

Desde la crisis de la Ilustración, la felicidad y la libertad humana como resultado de la razón, la modernidad ya no tiene sentido. Se trata entonces de romper con los metarrelatos, con las grandes metanarrativas, con las legitimaciones universalistas y de enfrentarse al principio de “realizatividad” y buscar una legitimación mediante la *invencción del otro* (Innamorato, 2020). La ciencia en este ámbito ya no es objetiva: tiempo y espacio ahora son construcciones conceptuales, no hechas. Según el constructivismo radical, el *saber ahora* son coordenadas de la experiencia en la cual la realidad objetiva se basa en la capacitación como herramienta que permite lograr objetivos basados en la experiencia. Ahora, el saber es obrar de forma adecuada.

El pensamiento posmoderno, según Mardones (1991), no necesita ser utilizado para transformar la realidad, sino que pretende vivirla en sí misma. Se trata de una actitud vital o un estilo de vida que rechaza lo que para Horkheimer (1947) sería la “instrumentalización de la razón” y de la vida misma. Por eso hay que vivir el presente, disfrutar e interpretarlo sin tratar de escapar de él, buscar siempre el disenso y la inestabilidad como fundamento de la vida humana y, mediante esto, perderse en lo terrenal.

Bajo estos preceptos y los actuales momentos en los que se experimenta la quiebra de la modernidad y el hundimiento de la Ilustración fundamentada en la razón ilustrada, que no es más que una razón manipuladora y dominadora, se generan consecuencias de burocratización y cuantificación de la vida social. Es necesario realizar un análisis del espacio organizacional de la gestión pública tomando en cuenta estos nuevos paradigmas y con la finalidad de buscar nuevos medios de desarrollo y optimización del uso de los recursos y puesta en práctica de nuevos pensamientos, ideas y conocimientos para el bienestar del hombre y su contexto.

Teniendo en cuenta el posible agotamiento del concepto de posmodernidad y que la educación y la configuración de la ciudadanía son dimensiones socio-culturales a las que se exige la reinterpretación constante, sobre todo en medio de la pandemia del covid-19, conviene preguntarse si todavía se vive en la era posmoderna o si, por el contrario, esta ha quedado proscrita y que la era posposmoderna emerge por el adelgazamiento de la razón y que es necesario encarar los retos del mundo tecnológico de la segunda década del siglo XXI (Pallarés & Chiva, 2018).

---

2 Como parte de la Escuela de Frankfurt y del grupo de investigadores que se adhirieron a las teorías de Hegel, Marx y Freud y cuyo centro estaba constituido en el Instituto de Investigación Social, inaugurado en 1923 en Fráncfort del Meno. Es representante de la teoría crítica que allí se fundó (Xirau, 2000).

Esta investigación toma en cuenta que el término posposmodernidad es casi nuevo, poco conocida en la lengua española (Alfaro, 2014) y usado en los estudios de las ciencias económicas. Además, la posposmodernidad es la lógica emergente de algo más que la lógica de la producción de bienes y servicios, no necesariamente algo nuevo sino algo diferente y más intenso, el modo de producción-consumo (Nealon, 2012, pp. 51-52). Por tanto, la posmodernidad es la base teórica necesaria para sustentar las innovaciones y el uso de las TIC en la Administración pública.

## 2.2. Gestión pública

La gestión pública, entendida como el ejercicio de la función administrativa del Gobierno, que incluye todos los procesos, instrumentos y acciones efectuadas por las organizaciones de ámbito público para el logro de sus fines, tiene origen en las sociedades primitivas que organizaban los esfuerzos individuales de sus miembros para lograr el objetivo común de sobrevivencia y desarrollo. Hablar de Administración pública es visualizar la evolución histórica del hombre en comunidad, regido por una autoridad que busca la satisfacción de necesidades colectivas (Ruiz y Silva, 2017).

En la estrecha relación entre la teoría administrativa tradicional, aplicada a las empresas y el desarrollo de los conceptos de Administración pública, surge el modelo burocrático de Max Weber como resultado de las observaciones efectuadas a las dependencias públicas de las sociedades modernas industriales de principios del siglo xx. Lo que hoy se conoce como el modelo burocrático de Estado es el mismo que implementa políticas públicas y centraliza procesos para la toma de decisiones. En este contexto, los estudios de Taylor, Fayol, Gulick y Urwick, entre otros, han tenido gran influencia en las prácticas de Administración pública y privada hasta nuestros días.

En la actualidad, la globalización, el avance tecnológico, la demanda de nuevos servicios públicos, los ecosistemas digitales basados en las TIC, la Internet y la banda ancha, entre otros, obligan a un cambio de pensamiento, a una nueva conceptualización del modelo predominante y a la estandarización de la Administración pública bajo un esquema mejorado de organización y funcionamiento. En este contexto, desde la década de 1980, diversos métodos administrativos buscaron promover una gestión pública menos costosa, más eficiente y efectiva. Desde el punto de vista positivista, la Administración pública busca convertirse en una administración abierta y en red<sup>3</sup> que promueva la colaboración y participación ciudadana, escuche las necesidades de la sociedad, converse con la ciudadanía y demás administraciones gubernamentales y organizaciones colaboradoras; anteponiendo el interés común al particular, facilitando el crecimiento del individuo,

3 Haciendo un símil a la sociedad en red planteada por Castells, que establece que con el uso de la Internet se vive en un escenario en el que todas las personas realizan intercambios en la red en los ámbitos político, social, cultural, entre otros.

eliminando la prepotencia y subsunción del individuo para aplicar la teoría de ganar-ganar en sus actos.

En este proceso, el buen uso de las TIC en la gestión pública desde el modelo tradicional de Weber ha permitido la racionalización de los procesos burocráticos, reducción de costos, profesionalización de los funcionarios, aumento del control de los procesos de producción, descentralización de actividades y el uso productivo de los recursos institucionales, lo que ha originado una Nueva Gestión Pública (NGP, en inglés *New Public Management*) con la inclusión de prácticas del sector privado. La gestión pública en su evolución ha integrado herramientas y técnicas que le permitan afrontar las crecientes necesidades y solicitudes de la ciudadanía, en especial, para afrontar los efectos de emergencias como la pandemia del covid-19. La Administración pública se vio obligada a migrar de la presencialidad al teletrabajo con el fin de no dejar sin servicios a la sociedad, utilizando y aprovechando las potencialidades de las TIC, motivo de análisis de este trabajo.

### **2.3. Nueva gestión pública (NGP)**

La constante búsqueda de un modelo que permita la modernización de la Administración pública, es decir, el paso del Estado burocrático tradicional a un esquema más flexible, eficiente, transparente y orientado a satisfacer las demandas de los ciudadanos, es una actividad permanente en los países desarrollados y motivo de análisis para los países en vías de desarrollo. En consecuencia, la NGP hace uso de herramientas de la gestión empresarial privada en procura de brindar servicios con estándares de calidad más acordes a las demandas de la ciudadanía. Sus principios son eficiencia, competencia y efectividad. La existencia de una Administración pública moderna, eficiente, transparente y al servicio de la ciudadanía permite la existencia de un Estado que brinde las garantías necesarias para proteger las libertades individuales, asegurando el desarrollo de la iniciativa privada y el ejercicio de los derechos individuales. Los servicios prestados por el Estado deben orientarse a asegurar el bienestar general y garantizar el cumplimiento de los derechos ciudadanos.

Por tanto, los Gobiernos reducen su margen de acción frente a la ciudadanía en la que predominan las dinámicas organizativas entre el sector público y privado para la prestación de servicios públicos y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos. La calidad, nueva filosofía de la gestión pública, exige que la Administración pública atienda las necesidades de la ciudadanía, mediante procesos de participación y pregunta directa a los ciudadanos. Esto trae consigo procesos de innovación y creatividad surgida de sus miembros lo que se refleja en la eficiencia en la Administración.

El escenario de la NGP considera al ciudadano un cliente de la Administración pública y esta debe atender de forma eficaz y eficiente como mero administrador de sus peticiones, reconociendo sus derechos individuales. Desde este punto de vista, se limitaría el concepto de ciudadano al concepto de cliente de servicios, prevaleciendo la postura del mercado. En este contexto, América Latina ha

avanzado con lentitud desde la década de 1990. Las dinámicas de transformación están en marcha en países como Uruguay, que, según Schiav (2011), se encuentra en la era del Gobierno electrónico (e-Government),

[...] donde resulta impensado pensar en una gestión pública sin transparencia, sin que los ciudadanos pueden acceder y conocer información relevante y verdaderamente significativa, propia de la función pública, del manejo de los fondos públicos, de ahí que vale resaltar el valor de lo que debemos entender como rendición de cuentas democrática (Schiav, 2010, p. 178).

Además, en Brasil y Chile se comienza a vislumbrar avances en la administración del Estado a partir del uso de herramientas de la NGP. Las TIC han sido el medio para asegurar la nueva realidad de la Administración pública, ya que el paradigma tecnológico de la información trae consigo nuevos procesos y asuntos relacionados con la ética y la integridad pública, entre otros. Grosso modo, la NGP es un tema que requiere de mucho análisis, ya que ha posibilitado el desarrollo de diferentes conceptualizaciones y nuevas teorías de organización y gestión, como la nueva gestión científica, la gestión pública postmoderna, la gestión pública pensada desde el arte y la estética, la gobernanza y el Gobierno abierto, entre otros.

En este contexto, Oszlak (2013) establece que la tecnología brinda la capacidad para planificar, programar, monitorear y evaluar resultados en casi cualquier área de la gestión. En la NGP la información es el insumo base para la implementación participativa de políticas basadas en la filosofía de Gobierno abierto.<sup>4</sup> En este contexto, se requiere distinguir entre los datos, información y conocimiento ya que solo la conversión de datos en información y de estos en conocimiento es capaz de generar los fundamentos técnicos y políticos para elegir cursos de acción. Por tanto, la información requerida debe guardar proporción con la dimensión del fenómeno que pretende ser abarcado o explicado mediante su acopio y sistematización. No se necesita conocer exhaustivamente los antecedentes de una cuestión para poder actuar o tomar una decisión (Oszlak, 2013). Son preceptos básicos de la NGP que se orienta al uso y el aprovechamiento de los datos como insumo básico del conocimiento y a la gestión de este, como la ventaja competitiva de las organizaciones.

#### **2.4. Gestión pública y las TIC en la posmodernidad**

La gestión pública en el contexto de la sociedad de la información y el conocimiento se encuentra en evolución debido al uso y aprovechamiento de las TIC con miras a mejorar su gestión y buscar beneficios para la sociedad, como la disminución de costos de los servicios públicos, facilidad de atención en los tramites, la participación ciudadana, acceso igualitario a la información. Esto contribuye al fin último de las políticas públicas, que es el mejoramiento de la calidad de vida y el bienestar de la sociedad.

4 Cuyos pilares son la transparencia, participación y colaboración.

En esta nueva realidad el administrador público busca cumplir los objetivos de la entidad pública propuestos en los planes de Gobierno mediante el uso de plataformas tecnológicas, recursos públicos y talento humano capacitado, en el que se distribuye tareas y funciones para alcanzar metas específicas, compartiendo una especie de mando y autoridad repartida con el Estado. Esta nueva forma de pensar (*minset*), ver y entender a las organizaciones tanto públicas como privadas, con filosofía ágil para actividades de delegación, compromiso, motivación, comunicación, nuevas formas de trabajo (presencial y virtual) y organización, entre otras (Appelo, 2011), presenta a la parte más complicada del cambio organizacional, que consiste en influir en el comportamiento de las personas, siendo este el meollo de la Administración 3.0. (Appelo, 2012).

En el contexto posmodernista toda teoría y todo pensador tiene su verdad que le permite encaminar diferentes acciones para la administración y gestión de la esfera pública y privada. Esta realidad líquida,<sup>5</sup> en la que lo real se desvanece y lo virtual se vuelve preponderante, obliga a que la gestión pública posmoderna utilice recursos tecnológicos y talento humano que combine las prácticas administrativas tradicionales con innovaciones disruptivas que basan el conocimiento en procesos de captura, análisis, procesamiento, transmisión y almacenamiento de la información. Son procesos que demandan el uso de técnicas y nuevas prácticas digitales y virtuales.

### **3. Experiencias de aplicaciones de las TIC en la gestión pública de Ecuador**

El nuevo escenario impactado por la emergencia sanitaria mundial del covid-19 ha acelerado el uso y aprovechamiento de las TIC, siendo estas de mucha importancia para desarrollar el trabajo a distancia o teletrabajo, despertando el ingenio y competencias de los nuevos funcionarios públicos para desarrollar proyectos, productos y aplicaciones, con la finalidad de soportar las actividades laborales sin contacto personal. En esta situación, la Administración pública ecuatoriana, haciendo uso de algunas tecnologías para optimizar los procesos y tareas en la gestión pública, ha motivado a sus empleados a asumir una mentalidad acorde con la situación, identificándose y adaptándose a los procesos y requerimientos de la ciudadanía. Por ejemplo, el Ministerio de Salud Pública y sus dependencias han implementado un sistema automático de reconocimiento de pacientes con covid-19 con la que se reduce el riesgo de contagio al ser atendidos de manera presencial.

Desde el inicio de la crisis en marzo de 2020 se habilitaron procesos y procedimientos electrónicos orientados a la rápida y oportuna atención de la ciudadanía, sobre todo en áreas de salud, empleo, gestión de trámites y el seguimiento de políticas de ayuda social, entre otras. La respuesta de la Administración pública y sus profesionales procuró adaptarse a la brevedad posible a la situación emergente,

5 Parafraseando a la metáfora de “liquidez” que nos enseña la “naturaleza de la fase actual – en muchos sentidos nueva– de la historia moderna” (Bauman, 2004).

consiguiendo el cambio de procesos basados en el uso y empleo de las TIC. Esto ha permitido, en ciertos casos, aprovechar la oportunidad de renovar el modelo de gestión y ofrecer nuevos servicios en línea a la ciudadanía y, en especial, el desarrollo del teletrabajo.

La inteligencia artificial (IA) se ha convertido en una de las mejores herramientas de apoyo para la toma de decisiones (Boucher, 2020) en el ámbito de las administraciones público-privado. Se observan diferentes usos en el quehacer ciudadano, por ejemplo, en el área de la salud el Estado dispuso de herramientas tecnológicas de apoyo para el diagnóstico de covid-19 en los hospitales Quito Sur y Los Ceibos, pertenecientes a la red del Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS). Con este *software* de inteligencia artificial, que fue donado a Ecuador por parte de la empresa Huawei, se realiza un mejor diagnóstico médico para las personas aseguradas que acuden con síntomas respiratorios complejos. Además, se puede realizar una tomografía con un equipo de más de 28 cortes, es decir, con mayor resolución y velocidad de resultados que ayuda al diagnóstico de 3000 casos sospechosos al mes, ya que contiene imágenes almacenadas de lesiones sospechosas de los pulmones de pacientes, a escala mundial, afectados por covid-19 (IESS, 2021).

En este contexto, el aprendizaje automático (*machine learning*) en procesos de la gestión pública traerá ahorros considerables en la Administración electrónica, tanto en tiempo como de dinero, al disponer de robots asistentes en la atención ciudadana a modo de *chatbot*. Se espera que esto ayude a prevenir o mitigar los actos de corrupción con sistemas que eliminen el contacto directo entre personas en los procesos de contratación, por mencionar algunos. De esta manera, el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información (Mintel), junto con la Organización de Naciones Unidas (ONU), en mayo de 2020 pusieron en marcha la iniciativa digital e informática *chatbot* que consiste en una herramienta virtual instalada en 82 sitios web de las instituciones de Gobierno que permite dirigir las preguntas de la ciudadanía a una asistente virtual que resuelve inquietudes de salud respecto covid-19, servicios sanitarios, acceso a bonos de ayuda, semaforización de las provincias y trámites más frecuentes en el registro civil, entre otros (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2020).

Por otro lado, la ciberseguridad, considerada un bien público global y componente clave para la conectividad actual y la prevención de amenazas cibernéticas, requiere de prácticas<sup>6</sup> que avalen la privacidad, seguridad y confidencialidad de la data de la administración electrónica. En este sentido, es importante tener en cuenta que con el uso de una computadora y el acceso a Internet los ciberdelincuentes pueden generar daños mientras permanecen casi en el anonimato (Frieiro, Pérez, & Pascual, 2017). Pese a esto, y si bien Ecuador no cuenta aún con una estrategia de seguridad cibernética, ha logrado mejorar sus capacidades con el apoyo de EcuCERT, equipo de prevención, respuesta y resolución de incidentes

6 Se estima, según la consultora Deloitte, que “los ciberataques suponen un coste de 50.000 millones para la economía alemana, y podrían alcanzar los 400.000 millones de euros en todo el mundo”.

cibernéticos del país que depende de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones (Arcotel) (Banco Interamericano de Desarrollo [BID], 2020a).

En esta línea, cobra trascendencia la computación en la nube (*Cloud Computing*), tecnología que almacena toda la información, archivos y contenido en Internet, eliminando la capacidad de cargar y guardar información en el ordenador. El uso de esta herramienta trae consigo varias ventajas en la Administración pública, como el fácil acceso, disponibilidad del 99,99 %, bajo costos, alta seguridad, mayor velocidad, cobertura y alcance a la ciudadanía con servicios de información, comunicación y atención a trámites, entre otras (Hernández, Álvarez y Catón, 2020).

En este contexto, Ecuador ha sido uno de los pioneros en la utilización de técnicas avanzadas de contratación para abastecer de medicamentos a su Red Pública Integral de Salud (BID, 2020). Desde 2011 el Servicio Nacional de Contratación Pública (Sercop), junto al IESS, Ministerio de Salud Pública (MSP) y otras entidades organizaron un proceso periódico de con la industria farmacéutica nacional e internacional para proveer de medicación al sector público, utilizando herramientas como la subasta electrónica inversa, convenios marco y catálogos electrónicos (BID, 2020b).

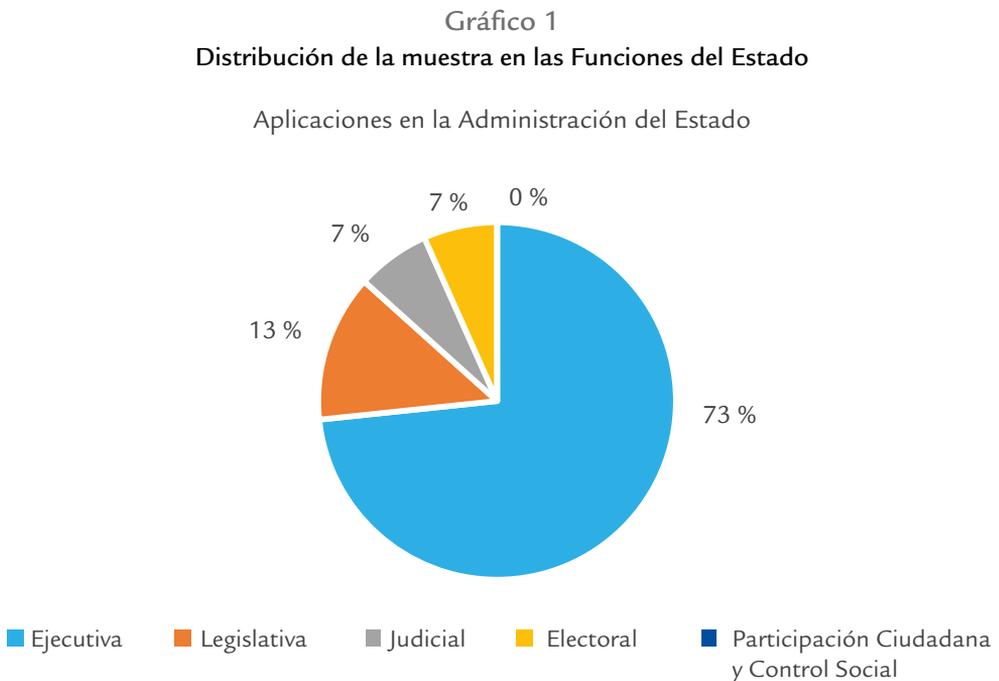
Por otro lado, el creciente uso del denominado Internet de las cosas (*IoT*, en inglés) en las ciudades, automatización de los hogares, su uso en espacios públicos y privados, control de procesos, entre otros, demanda mayor capacidad y velocidad de transmisión de información entre máquinas remotas (*M2M*, siglas en inglés) y, el surgimiento de nuevas y mejores TIC, como la tecnología móvil 5G, que se orienta a eliminar la latencia, mejorando la interconexión de sensores de manera mucho más ágil. Su uso permitirá a las Administraciones públicas de Ecuador optimizar su oferta de servicios, por ejemplo, en la gestión de la movilidad en las ciudades y el uso de la vía pública, automatización de la recolección de basura, control de la transportación pública con seguridad, así como nuevos tipos de negocios y servicios públicos inteligentes (Pérez, Navajas & Terry, 2019).

En el programa Estrategia Ecuador Digital, lanzada por el Mintel, se encuentra la línea de acción “Ecuador Conectado”, cuyo objetivo consiste en: “Fomentar la licitación de espectro para la masificación de 4G y despliegue de 5G, impulsando tecnologías emergentes como Internet de las Cosas y Big Data”. La meta, aunque consiste en el uso de tecnología 5G para 2021 y 2022, hasta 2019 el Mintel se encontraba en la fase de planificación de este proyecto (Mintel, 2019). El despliegue de esta tecnología requiere de plataformas seguras y confiables como el *blockchain* (registro único), que funciona como una cadena de bloques conectados entre sí (Mela y Cedeño, 2020), generando entornos seguros de consenso y distribución entre nodos de red. Con estos antecedentes, la producción, transmisión, procesamiento, difusión y almacenamiento de datos crece día a día en la comunidad digital. En este escenario, el término *big data* define el volumen, la variedad y velocidad (3V) de datos que se dispone con el uso de la Internet.

En ese sentido, las Administraciones públicas recolectan, generan y disponen de datos que pueden ser reutilizados de dos maneras: para brindar mejores servicios y atender de mejor manera a la ciudadanía, y por el otro, para mejorar los procesos internos de toma de decisiones basadas en información, con el uso de técnicas analíticas, minería y reportería, entre otras. Esto conlleva a procesos que traen consigo transparencia en la información, participación ciudadana en la toma de decisiones de la gestión de recursos públicos y la colaboración ciudadana en la gestión mediante la construcción de un espacio social de control, es decir, un Gobierno abierto como base de la construcción de una gobernanza y Administración pública inteligente.

#### 4. Presentación de hallazgos

La muestra recolectada de las aplicaciones tecnológicas desarrolladas en el contexto del covid-19 por la Administración pública ecuatoriana está distribuida en cuatro de las cinco Funciones del Estado: Ejecutiva, Legislativa, Judicial y Control Electoral, de la siguiente manera:



Fuente elaboración propia del autor (2021).

De las 29 encuestas realizadas, se identificaron 15 soluciones tecnológicas y dentro de estas, 14 se tratan de desarrollo e innovación por parte de los departamentos de tecnologías y sistemas de las diferentes entidades públicas. De las 15 innovaciones tecnológicas, 5 de ellas obedecen a actividades de seguimiento y control, 4 a actividades de administración de recursos, 3 a gestión documental y

GIS, 2 de control de acceso y 1 a sistema contable. Además, 14 de las 15 aplicaciones utilizan código fuente, tanto como interfaz de los productos licenciados, como desarrollo en *software* no licenciado y de propiedad intelectual de los funcionarios públicos de los departamentos de sistemas.

Es importante destacar que las aplicaciones desarrolladas van desde el control de ingreso y salida de personal, la gestión documental, el seguimiento y control de la gestión, seguimiento de causas, administración y seguimiento de convenios, uso de herramientas de inteligencia de negocios y el uso de herramientas de GIS, entre otras. En la tabla 1 se sintetizan a las 15 entidades, soluciones, descripción y vínculo de acceso de las innovaciones utilizadas por las distintas entidades de la Administración pública ecuatoriana.

Tabla 1  
Aplicaciones de las TIC en la gestión pública de Ecuador

Institución	Solución	Descripción	Sitio web
GAD Provincial de Santo Domingo de los Tsáchilas	Sistema de Información Local SIL	El sistema facilita la generación, estructuración, integración y difusión de la información estadística y geográfica para fortalecer los procesos de planificación y toma de decisiones en los GAD.	<a href="http://www.gptsachila.gob.ec/sil_gad/">http://www.gptsachila.gob.ec/sil_gad/</a>
Presidencia de la República	Minka Compromisos Presidenciales	Plataforma en línea administrada por la Presidencia de la República, la cual garantiza el cumplimiento eficaz y efectivo de las disposiciones impartidas por el presidente de la república a sus ministros y secretarios.	<a href="https://minka.presidencia.gob.ec/principal/">https://minka.presidencia.gob.ec/principal/</a>
Tribunal Contencioso Electoral	Aplicativo de Estado de causas jurisdiccionales del TCE (Diagrama de Gantt)	Sistema que permite conocer el estado (previo, etc.) de las causas ingresadas al TCE. Cada uno de estos estados determinan un lugar en el tiempo en el que se encuentran y los recursos (escritos, copias, y otros valores) que se han utilizado para llegar a dicho estado.	Solo personal autorizado
Ministerio de Agricultura y Ganadería	Aplicativo del escáner QR, en el celular para evitar contagios del Covid-19 – MAG	Scanner Qr. para teléfonos celulares que permite el manejo de ingreso y salida del personal, y evitar el contacto humano.	Solo para personal de planta central del MAG
Asamblea Nacional del Ecuador	Aplicación Asamblea Nacional del Ecuador	Aplicación de la Asamblea Nacional que permite: informar las principales funciones y actores de la Asamblea Nacional, socializar con la ciudadanía la información concerniente a las sesiones de Pleno, votaciones, proyectos de Ley y demás datos generales de los asambleístas.	APP descargable en la tienda de Apple Store y Google Play

Ministerio de Agricultura y Ganadería - MAG	Sistema de Convenios de Coejecución y Transferencia de Recursos - Siscon	Aplicativo web que permite administrar los convenios que esta Cartera de Estado ha suscrito mediante acuerdos ministeriales o resoluciones, así como disponer de documentos de los requisitos asociados para su aprobación e Informes de Ejecución en un solo repositorio digital.	<a href="http://servicios.agricultura.gob.ec/siscon/">http://servicios.agricultura.gob.ec/siscon/</a>
Empresa Pública Corporación Eléctrica del Ecuador Celec EP	Sistema De Información y Seguimiento De Procesos Automatizados y Controlados (Sispac)	Herramienta para proveer una solución de inteligencia de negocios para la elaboración, seguimiento y control del POA en la Celec- EP, Hidroagoyán mediante la integración y homogeneización de los datos en una base de datos multidimensional.	<a href="http://172.16.211.112/sispac_app/">http://172.16.211.112/sispac_app/</a> de acceso interno
Tribunal Contencioso Electoral	Aplicativo estado de causas TCE	Herramienta de seguimiento al estado de causas en el TCE.	Solo personal autorizado
Consejo de Educación Superior	Aplicativo Sith App Asistencia	Aplicativo de registro de asistencia y marcaciones para los funcionarios del CES.	<a href="http://app.ces.gob.ec/sith/asistencia/">http://app.ces.gob.ec/sith/asistencia/</a>
Cuerpos de Ingenieros del Ejército	ERP del Cuerpo de Ingenieros del Ejército	Proporciona información oportuna a nivel gerencial, para optimizar las decisiones del comando y estado mayor del CEE.	Solo personal autorizado
GAD Municipal del Cantón Mejía	Sinat, Sistema Nacional para la Administración de Tierras	Es un sistema que gestiona de manera ágil y eficaz el catastro. Utiliza herramientas que gestionan la información gráfica y alfanumérica de cada uno de los predios correspondientes al catastro en un solo entorno.	No se encuentra acceso al público
GAD Provincial Morona Santiago	Sistema Financiero Olympo	Sistema contable financiero, permite llevar las cuentas públicas de una manera automatizada.	<a href="https://www.protelcotelsa.com/olympo-caracteristicas/">https://www.protelcotelsa.com/olympo-caracteristicas/</a>
Consejo de la Judicatura (Función Judicial)	Sistema Automático de Trámite Judicial Ecuatoriano (Satje)	Esta herramienta tecnológica se relaciona con la gestión documental y el protocolo, y permite registrar y realizar un seguimiento de las actividades realizadas en cada uno de los expedientes judiciales que ingresan en las diferentes judicaturas del territorio ecuatoriano. Utiliza claves de acceso a todos los funcionarios judiciales; y existe una interfaz de acceso público del aplicativo Satje liberado en la web, en el que los ciudadanos pueden acceder a realizar sus búsquedas y el seguimiento de las causas que son de su interés.	<a href="http://www.funcionjudicial.gob.ec/">http://www.funcionjudicial.gob.ec/</a> <a href="https://intranet.funcionjudicial.gob.ec/index.php/satje">https://intranet.funcionjudicial.gob.ec/index.php/satje</a>

Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas	Sistema de Gestión Documental y Archivo de las Fuerzas Armadas Chasqui	Es un programa informático que se relaciona con el Sistema Documental Quipux para generar documentos de carácter administrativo, para uso exclusivo de las Fuerzas Armadas en todos los niveles. Alimenta a un Enterprise Resource Planning, y una base de datos común y servidores que garanticen el sostenimiento de la conectividad y redundancia de almacenamiento, por lo cual cuenta con protocolos de seguridad.	Su uso se encuentra restringido. Es de uso exclusivo del personal del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas
Hospital del IESS Quito Sur	Aplicación HGSQ	Describe los requisitos básicos para el uso del aplicativo usado por el Hospital del IESS Quito Sur, para la implementación en diferentes cuentas Ms Office 365. Utilizada para administrar el ingreso y salida de pacientes con covid-19.	Acceso restringido. Se limita a pacientes y personal de salud del hospital

Fuente: elaboración propia del autor (2020).

## 5. Análisis sobre las TIC y gestión pública ecuatoriana

El enfoque posmoderno muestra la certeza de que “el futuro será mejor que el pasado y el presente” (Habermas, 1988, p. 89). La evolución del mundo hacia la convergencia, representada por verdades universales y globales, como la libertad y la emancipación del ser humano por medio del conocimiento, se evidencia con una breve observación de la inventiva de los funcionarios de la Administración pública de Ecuador.

El pensamiento posmoderno no se forma de un consenso, tampoco de la creación del mejor argumento. La deconstrucción como técnica cuestiona las respuestas y no responde a las preguntas, aborda los fenómenos con nuevas interpretaciones para explotar todo su potencial. El lenguaje no solo describe la realidad, sino que la genera. Solo es posible reconocer algo al diferenciarlo de su entorno. Las acciones dependen de las ideas. La gente es libre de transformar sus pensamientos, modificando de esta manera sus acciones, que ayudan a generar nuevas innovaciones en las actividades personales y laborales como fuente de supervivencia y acción, sobre todo en el ámbito público y en las instituciones bajo un entorno desafiante.

El enfoque posmoderno obliga a sobreposicionar valores, actitudes y estilos de vida que generan nuevas formas organizativas tipo red y virtual, que se evidencia en la gestión pública ecuatoriana en un entorno de emergencia sanitaria. Las TIC pueden ayudar a las administraciones públicas a enfrentarse a los numerosos retos que se le presentan y, en especial, en entornos de emergencia sanitaria. Sin embargo, no hay que centrarse en las TIC, sino en el talento humano y en la utilización de estas tecnologías junto con un cambio organizativo y nuevos métodos para mejorar los servicios públicos, los procesos democráticos y las políticas públicas.

En el momento en que se habla de Administración pública digital o electrónica, además de referirse al uso de las TIC en la esfera pública, también se contempla un cambio en la organización del trabajo y la necesidad de nuevas habilidades entre los trabajadores y ciudadanos. Esto posibilita la mejora en los servicios públicos, haciendo de la Administración pública electrónica un sistema más transparente y abierta. Sin embargo, no hay que olvidar que su principal función es estar al servicio del ciudadano y que el objetivo último es prestar un servicio de la manera más eficiente y eficaz. Así, el ciudadano debe encontrar en la Administración electrónica una ayuda y no una barrera que le impida acceder a estos recursos (Viñarás-Abad *et al.*, 2017).

El auge de las TIC puede conducir a la reconceptualización de la forma en que deben funcionar las burocracias con base en las olas de innovación tecnológica (Criado, 2016). De forma concreta, en las Administraciones públicas posmodernas en Ecuador se evidencia de manera incipiente el uso y aprovechamiento de las nuevas tecnologías de computación en la nube, la *big data*, inteligencia artificial, Internet de las cosas, el *blockchain* y la ciberseguridad, entre otras. Sin embargo, y debido a la emergencia sanitaria, se ha iniciado diversas iniciativas relacionadas con la eliminación de brechas digitales, sobre todo en el ámbito laboral, educación y salud. Respecto al Gobierno electrónico, tomó relevancia la consulta de trámites en línea y el desarrollo de las prácticas e iniciativas de Gobierno abierto y la administración electrónica tal como se demostró con el desarrollo de los aplicativos de las TIC en distintas entidades públicas durante la emergencia sanitaria.

Este contexto ha permitido al funcionario público emprender nuevas iniciativas con la finalidad de crear, procesar, difundir y almacenar información, con el objeto de crear actividades de teletrabajo y ofertar novedosos sistemas de atención al cliente, trámites, servicios de salud, entre otros, que se pueden desarrollar de manera interna en las instituciones públicas o personalizarlas a soluciones ya disponibles en el mercado; originando y experimentando nuevas maneras de relación entre Estado-sociedad-mercado-Estado.

## 6. Conclusiones

Los nuevos modelos de gestión pública en Ecuador buscan la eficiencia, eficacia, transparencia y la participación ciudadana, tomando en cuenta las mejores prácticas de la gestión privada y adecuándolas a su entorno. La finalidad es brindar servicios públicos acordes a las necesidades de la colectividad, bajo modelos que a la postre, con el uso de las innovaciones tecnológicas, tienden a ser abiertos y generan estados de gobernanza participativa y democrática, en los que la responsabilidad del bienestar social sea de los individuos que la conforman y no solamente de la autoridad de turno.

En este contexto, los cambios generados por el covid-19 en la Administración pública con base en el uso de las TIC muestran un proceso de transformación en marcha, cimentada sobre bases de carácter abierto, colaborativo y relacional. Pese a que no es posible establecer el alcance de los 15 aplicativos desarrollados,

ni sus implicaciones en el desarrollo futuro, todo apunta a la administración electrónica como la principal estrategia de modernización de la gestión pública. Esta se fundamenta en nuevas capacidades organizativas e implicaciones para la relación entre las administraciones y ciudadanía, la existencia de una serie de tecnologías sociales, así como la adopción de valores de funcionamiento en el sector público más horizontales, abiertos al entorno y con una clara orientación a la innovación (Criado, 2016).

El uso de las TIC en la gestión pública desde el modelo tradicional de Weber permitió la racionalización de los procesos burocráticos, reducción de costos, profesionalización de los funcionarios, aumento del control de los procesos de producción, descentralización de las actividades y el uso productivo de los recursos institucionales. Demostró que en el contexto de emergencia sanitaria el paradigma tecnológico de la ciencia de datos y la analítica de la información juega un papel importante en la Administración pública, sobre todo para el desarrollo de aplicaciones y servicios que buscan satisfacer las necesidades del ciudadano sin tener contacto personal, característica propia de este escenario posmoderno.

Bajo este marco, la Internet, como medio de comunicación posmoderno e interactivo, ha cambiado los hábitos del individuo y de la sociedad, así como también de las administraciones. Las prácticas actuales de los Gobiernos industrializados se enfocan en el uso de las TIC en los procesos de la Administración pública, con lo que pretenden “reinventar” la gestión pública como miras a atender las necesidades de los individuos mediante prácticas de atención al cliente, con esquemas de calidad y democratización, control y seguimiento de la toma de decisiones. Por lo expuesto, se puede concluir el beneficio que las TIC han traído al país.

Por último, las organizaciones públicas abiertas al aprendizaje, con nuevos paradigmas de pensamiento y orientadas a una gestión orgánico-sistémica, pueden enfrentarse a un ambiente de competencia, inestabilidad, riesgo, rapidez, discontinuidad, horizontes cortos de planificación, conflictos, desequilibrios (económicos, sociales), oportunidades, movilidad, ideas y nuevos valores, tal como ocurre en la posmodernidad. Se genera así una gestión pública inteligente basada en el acceso, uso y aprovechamiento de las TIC, así como en la ética de lo público, la calidad y la innovación continua.

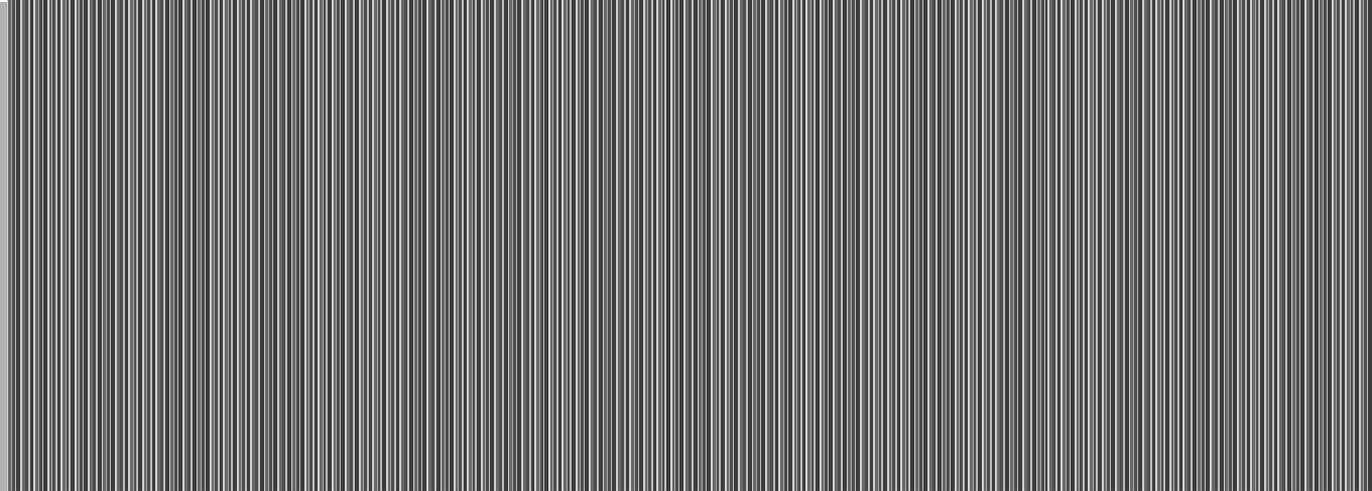
## 7. Referencias bibliográficas

- Alfaro, R. (2014). Post-postmodernismo. *Revista Reflexiones*, n.º 2, vol. 93: 103-113.
- Appelo, J. (2011). *Management 3.0: Leading Agile Developers, Developing Agile Leaders*. Crawfordsville: Addison-Wesley.
- \_\_\_\_\_. (2012). *How to Change the World Change Management 3.0*. Rotterdam: Appelo versión Kindle.
- Arcos, R. (2009). La estética y su dimensión política según Jacques Rancière. *Nomadas*, n.º 31: 138-155.

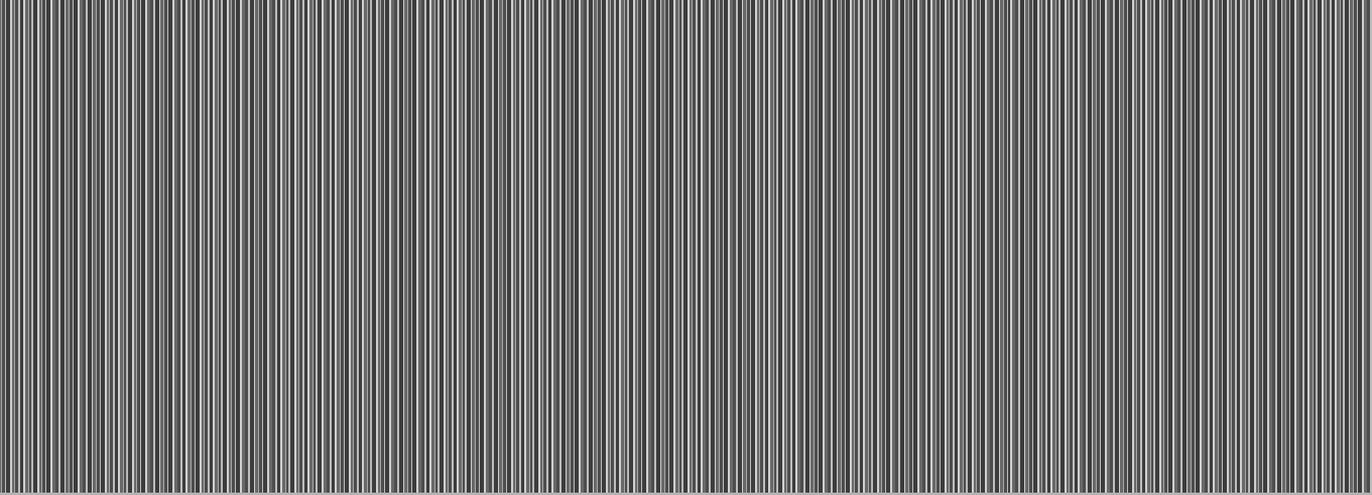
- Ayuste, A., y Trilla, J. (2005). Pedagogías de la modernidad y discursos postmodernos sobre la educación. *Revista de Educación*, n.º 336: 219-248.
- Bauman, Z. (2004). *Modernidad líquida*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina.
- Banco Interamericano de Desarrollo [BID] (2020a). *Ciberseguridad riesgos, avances y el camino a seguir en América Latina y el Caribe*. Washington D. C.: BID.
- \_\_\_\_ (2020b). *Contratación pública de servicios de computación en la nube. Mejores prácticas para su implementación en América Latina y el Caribe*. Washington D. C.: BID.
- Boucher, P. (2020). *Artificial intelligence: How does it work, why does it matter, and what can we do about it?* Brussels: European Parliamentary Research Service.
- Castells, M. (2003). La dimensión cultural de internet. *Andalucía Educativa*, n.º 36: 7-10.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal] (2020a). El desafío social en tiempos del COVID-19. Informe Especial COVID-19, n.º 3. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45527/5/S2000325_es.pdf)
- \_\_\_\_ (2020b). Sectores y empresas frente al COVID-19: emergencia y reactivación. Informe Especial COVID-19, n.º 4. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45734/4/S2000438_es.pdf)
- \_\_\_\_ (2020c). Enfrentar los efectos cada vez mayores del COVID-19 para una reactivación con igualdad: nuevas proyecciones. Informe Especial COVID-19, n.º 5. Recuperado de [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45782/4/S2000471\\_es.pdf](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/45782/4/S2000471_es.pdf)
- Cortes, M. (2020). Coronavirus como amenaza a la salud pública. *Revista médica Chile*, n.º 1, vol. 148: 124-126.
- Criado, J. (2016). *Nuevas tendencias en la gestión pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Criado, J., Campos, C., Salvador, M., Cotino, L., Escapa, L., et al. (2021). *Repensando la Administración pública. Administración digital e innovación pública*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Friero, R., Pérez, P., y Pascual, X. (2017). *¿Qué impacto ha tenido el ciberincidente de WannaCry en nuestra economía?* Madrid: Deloitte, S.L.
- Habermas, J. (2002). Modernidad versus postmodernidad. En J. Picó, *Modernidad y postmodernidad*. Madrid: Alianza Editorial.
- Hernández, J., Álvarez, E., y Catón, R. (2020). Tendencias del big data y cloud computing: Bibliometría del 2010 al 2020. *Ibersid* n.º 9.
- Horkheimer, M. (1947). *Eclipse of Reason*. New York: Oxford University Press.
- Innamorato, L. (2020). Entendiendo la posmodernidad. Recuperado de <https://n9.cl/4y5to>
- Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social [IESS] (6 de octubre de 2021). 12 hospitales del IESS implementan software de inteligencia artificial para detección oportuna de COVID-19. Recuperado de <https://n9.cl/54frj>
- Mardones, J. (1988). *Posmodernidad y neoconservadurismo*. Madrid: Verbo Divino.

- Mela, J., y Cedeño, E. (2020). Tecnologías Blockchain y sus aplicaciones. *Visión Antataura*, n.º 2, vol. 3: 110-126.
- Ministerio de Telecomunicaciones [Mintel] (2019). *Libro blanco de territorios digitales en Ecuador*. Quito: Intel.
- Nealon, J. (2012). *Post-postmodernism or, The Cultural Logic of Just-in-Time Capitalism*. Stanford: Stanford University Press.
- Oszlak, O. (2013). Gobierno abierto: hacia un nuevo paradigma de gestión pública. Red Gealc.
- Pallarés, M., y Chiva, O. (2018). El lugar del individuo en la era post-postmoderna. Sociedad, educación y ciudadanía tras la postmodernidad. *Pensamiento, revista de investigación e información filosófica*, 74(282): 835-852.
- Pérez, R., Navajas, S., y Terry, E. (2019). *IoT en ALC 2019: Tomando el pulso al Internet de las Cosas en América Latina y el Caribe*. Washington D. C.: BID LAB.
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] (31 de agosto de 2020). Herramienta virtual responde consultas de la ciudadanía sobre COVID-19. Recuperado de <https://n9.cl/b20nu>
- Ruiz, S., y Silva, P. (2017). El papel de la administración en la evolución humana. *Acotaciones*, n.º 62.
- Schiav, P. (2011). El acceso a la información pública en el Uruguay. *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, 148-178.
- Statista (7 de octubre de 2021). Número de casos confirmados por coronavirus (COVID-19) en América Latina y el Caribe al 19 de octubre de 2021, por país. Recuperado de <https://es.statista.com/estadisticas/1105121/numero-casos-covid-19-america-latina-caribe-pais/>
- Viñarás-Abad, M., Abad-Alcalá, L., Llorente-Barroso, C., Sánchez-Valle, M., y Pretel-Jiménez, M. (2017). Administración electrónica y e-inclusión de las personas mayores. *Revista Latina de Comunicación Social*, 197-219.
- Xirau, R. (2000). Introducción a la historia de la filosofía. Ciudad de México: Editorial Porrúa.





# Coyuntura



# Transparencia y controles democráticos en la política forestal de Chile, 2006-2016

## *Transparency and democratic controls in forestry policy in Chile, 2006-2016*

Kiara Johanna Guerra Ayala

Egresada de la Maestría de Investigación en Políticas Públicas de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, Ecuador

Correo electrónico: [gakiaraj20@gmail.com](mailto:gakiaraj20@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6564-892X>

*Recibido: 5-mayo-2021. Aceptado: 5-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

### Resumen

La adopción de la transparencia en la gestión de los asuntos públicos contribuye al aumento de la efectividad de los controles democráticos. El diseño y ejecución de la política sectorial en función de los objetivos de transparencia implantados y el empoderamiento de los actores no estatales involucrados es lo que permitiría ese aumento. Esta investigación analiza la implementación de las políticas forestales de Chile entre 2006 y 2016, mediante la reconstitución de procesos, un mecanismo causal que simula la capacidad de razonamiento en condiciones de incertidumbre (formalización bayesiana) y aumente la fiabilidad de las evidencias recogidas. Los resultados confirman que la transparencia aumenta los controles democráticos, aunque es necesario seguir en la exploración de la relación causal, así como en la calidad y el alcance de este tipo de controles democráticos. Este artículo espera contribuir a la reflexión de la transparencia en las políticas y la gestión pública de los recursos naturales renovables como los bosques, ríos, campos y criaderos.

**Palabras clave:** Chile, controles democráticos, formalización bayesiana, política forestal, reconstitución de procesos, transparencia.

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 135-154.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.247](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.247)



## Abstract

The adoption of transparency in the management of public affairs contributes to increasing the effectiveness of democratic controls. The design and execution of policy-based transparency objectives and the empowerment of the non-state actors would allow this increase. This research analyses the implementation of Chile's forest policies between 2006 and 2016 through a causal mechanism that simulates reasoning capacity under conditions of uncertainty (Bayesian formalization) and increases the reliability of the collected evidence. The results confirm that transparency increases democratic controls, but it is still necessary to explore the causal relationship and the quality and scope of democratic controls. This article hopes to enhance the understanding of transparency in policies and public management of renewable natural resources such as forests, rivers, fields and hatcheries.

**Keywords:** Chile, democratic controls, Bayesian formalization, forestry policy, process tracing, transparency.

## 1. Introducción

Los bosques son recursos vitales que cumplen un rol fundamental en los flujos globales de carbono, del cual también actúan como sus sumideros, conservan la fertilidad de los suelos, contribuyen a proteger la calidad del agua, mantienen el equilibrio ecológico y preservan la mayor parte de la biodiversidad terrestre. Además, los bosques apoyan de forma directa los medios de vida de más de 1400 millones de personas en situación de pobreza en el mundo (Petkova, Larson y Pacheco, 2011, p. 3). La región de América Latina y el Caribe no es la excepción, pues alberga el 23 % del total de los bosques del mundo (Comisión Económica para América Latina [Cepal], 2021).

Además, en América Latina y el Caribe los bosques se han convertido en una fuente importante de ingresos para muchos países, por ejemplo, de acuerdo con cifras de la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO, por sus siglas en inglés), en 2019 Brasil exportó el 24 % de la pulpa de papel del mundo; seguido de Chile, con un 17 %, y Uruguay, con 4 %. Pero si bien, los bosques proveen de recursos importantes para las economías latinoamericanas, esto también conlleva desafíos relacionados con su conservación, uso sustentable y controlado, lo que requiere de una gestión eficiente y consciente que prevenga la deforestación y la tala ilegal.

En ese contexto, nacen desde los Estados políticas de conservación que buscan mitigar la deforestación, regular y controlar el mercado maderero, así como la silvicultura, fortalecer la trazabilidad forestal, entre otros. Dada la importancia y fragilidad de estos ecosistemas y alineados con una serie de convenios y programas internacionales para promover la conservación de los bosques, surge casi a la par la preocupación de distintos actores no estatales por fortalecer la gobernanza en el ámbito forestal. La buena gobernanza forestal es entendida por varias organizaciones internacionales como

El conjunto de normas, organizaciones y procesos formales e informales a través de los cuales los sectores público y privado articulan sus intereses, toman e implementan sus decisiones, es decir, que ésta se concreta a través de la forma en que los actores públicos y privados negocian, toman y ejecutan decisiones vinculantes sobre la gestión, uso y conservación de los recursos forestales (Transparencia forestal, s/f, página web).

Esta reflexión sobre la gobernanza forestal se enmarca en una discusión más amplia, relacionada con la transparencia y los controles democráticos, dos elementos clave para que la idea de gobernanza forestal funcione en la práctica. La transparencia de la información permite empoderar e involucrar a la sociedad civil y a otros actores no estatales en el proceso de gestión sustentable de los bosques para su conservación. Luego de la última ola de democratización con los regímenes de bienestar en América Latina en 2000, que han tenido algunas críticas, como la carencia de sistemas eficaces de pesos y contrapesos, las democracias liberales y representativas de la región se han ido transformado de manera institucional (Peruzzotti y Smulovitz, 2002, p. 24).

Los controles democráticos se refieren al derecho de exigir, pero también, de rendir cuentas a la sociedad o las autoridades pertinentes, lo que implica que cualquiera de los actores puede sancionar, si fuera el caso, a quien rinde cuentas (Schedler, 2009, pp. 10-11). Por tanto, el concepto de controles democráticos incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y acciones justificándolas en público de forma debida y, por otro, la capacidad de sancionar a funcionarios en caso que hayan violado sus mandatos públicos.

Por otro lado, la transparencia puede entenderse como “una acción deliberada de los [G]obiernos por hacer públicas sus decisiones, determinaciones, políticas públicas y programas de acción” (Black, 1997, p. 16), transformando así la “caja negra” de las políticas públicas (Easton, 1965) en una suerte de urna de cristal que permite ver qué, cómo y cuándo se toman las decisiones. Christopher Hood (2010) determina tres tipos de aproximaciones para comprender a fondo la relación entre la transparencia y los controles democráticos: la primera es denominada “gemelos siameses”, la segunda es conocida como la “pareja incómoda”, y por último, Hood plantea a la transparencia y los controles democráticos como “partes coincidentes”, es decir, son dos elementos separados el uno del otro pero capaces de coincidir y complementarse y dar lugar a una buena gobernanza (Hood, 2010, p. 990). Por tanto, al existir solo la transparencia, esta sería necesaria pero no lo suficiente para que exista una buena gobernanza. Este artículo parte del entendimiento de la relación entre transparencia y controles democráticos en función de la última aproximación de Hood.

La transparencia es en sí misma un elemento instrumental que puede entenderse como una condición necesaria para dar lugar a cualquier proceso de implementación de controles democráticos, por tanto, toda iniciativa de acceso o difusión de información y apertura del aparato estatal tiene el potencial de

incrementar los controles democráticos (Meijer, 2014). Es así que la transparencia moviliza el poder de la vergüenza pública, mientras que los controles democráticos movilizan el poder de la coacción.

En el marco de esta relación entre transparencia y controles democráticos dentro de la política forestal, esta investigación partió de la siguiente pregunta: ¿por qué la adopción de objetivos de transparencia en la política forestal genera un incremento de los controles democráticos sectoriales? La hipótesis es que se genera un incremento en los controles democráticos a partir de la adopción y aplicación de objetivos de transparencia en la política forestal debido a dos razones fundamentales: por la influencia de los objetivos de transparencia en el diseño de la política forestal, y por un efectivo empoderamiento de actores no estatales en el mismo. Ambas razones constituyen el argumento central de la presente investigación.

Este artículo explica la relación causal entre transparencia y controles democráticos en la política forestal. Para ejemplificar la existencia de esta relación causal se ha tomado por referente el caso chileno. Chile potenció desde 1970 el desarrollo productivo del sector forestal en el sur del país mediante incentivos económicos como bonificaciones y exenciones de impuestos. Esta parte del territorio es habitado desde tiempos ancestrales por las comunidades Mapuche, las cuales se han opuesto al avance de las empresas madereras. Además, su territorio se caracteriza por tener un clima agreste pero húmedo, lo que hace que los suelos sean aptos para la silvicultura. En las siguientes secciones se presenta el marco analítico, el enfoque teórico, la metodología, el método, la selección de caso, los resultados y las conclusiones para explicar cómo la relación causal entre transparencia y controles democráticos está presente en la política forestal de Chile entre 2006-2016.

### **1.1. Enfoque teórico, metodología y método**

Esta investigación parte de un enfoque neoinstitucionalista que permite comprender el proceso mediante el cual las instituciones se transforman y adaptan a los contextos cambiantes debido a las normas y valores que las rigen. Dicho enfoque evidencia cómo las instituciones influyen en el diseño de las políticas públicas ya que las primeras son, en gran medida, componentes explicativos de las políticas capaces de influir en la configuración de las condiciones en las que determinados instrumentos son seleccionados para poner en marcha una política (Peters, 2003).

El enfoque neoinstitucional defiende que las instituciones son actores capaces de hacer política y tomar decisiones, son autónomas y pueden moldear la historia e influir en el curso de los eventos (March y Olsen, 1984, p. 739). Es decir, las instituciones son estructuras capaces de crear patrones de interacción que tengan estabilidad a lo largo del tiempo y afectan el comportamiento de los individuos moldeando sus decisiones en función de ciertos valores (Peters, 2003), reglas, normas y símbolos que afectan el comportamiento de otros actores.

El marco analítico en el que se asienta esta investigación es el diseño de políticas. Para este marco analítico, el conjunto de instrumentos seleccionados para implementar una política es fundamental, ya que los instrumentos son los medios y dispositivos reales con los que cuentan los tomadores de decisión para hacer posible la ejecución de una política como respuesta a un problema público (Howlett, Ramesh y Perl, 2009, p. 114). Las instituciones son un factor explicativo del diseño de una política, capaces de influir en la configuración de las condiciones en las que determinados instrumentos son seleccionados para poner en marcha una política (Peters, 2003).

Identificar a los instrumentos que se seleccionan para la implementación de una política permitirá rastrear los resultados, se convierten en empíricos observables de cada una de las entidades del mecanismo causal. Para identificar los distintos tipos de instrumentos, Christopher Hood elaboró la taxonomía denominada NATO, acrónimo de nodalidad, autoridad, tesoro y organización, que son conceptos que responden a las distintas fuentes o recursos de un Gobierno. La nodalidad se refiere al uso de recursos informáticos; autoridad, a los mecanismos legales del régimen para regular y reprimir; tesoro, son herramientas relacionadas con la capacidad financiera del Gobierno de definir incentivos positivos o negativos, y; organización, instrumentos que ejemplifican la capacidad administrativa del régimen y su capacidad para dirigir acciones (Hood, 1987, p. 129; Howlett, Ramesh y Perl, 2009, p. 122; Fontaine, Narváez y Paz, 2017).

Esta investigación también parte de una metodología realista que tiene dos premisas elementales: el dualismo mente-mundo, es decir, el planeta existe de forma independiente de quien lo observa o en este caso de quien lo investiga, y; el transfactualismo, que implica que el investigador puede conocer el mundo mediante fenómenos que no son, de modo necesario, observables de manera directa, pero que sirven para explicar la realidad social (Jackson, 2016).

Alineado a las premisas de la metodología realista esta investigación utiliza el método de reconstitución de procesos. Alinear este procedimiento con el realismo implica que la reconstitución de procesos es explicativa y transfactual (Fontaine, 2020, 276). Dicho método consiste en identificar el mecanismo causal entre el *explanans* (X) y el *explanandum* (Y),<sup>1</sup> lo que permite profundizar en un caso para estudiar la relación causal que existe entre X y Y. Además, este procedimiento ayuda a comprender cómo el *explanans* contribuye a generar un *explanandum* al desagregar todos los eventos entre la causa y el resultado, abriendo así la llamada caja negra de un problema público. Mediante la formulación de un mecanismo causal se generan inferencias sólidas sobre aquello que se ha planteado en la pregunta de investigación, por medio de este método el investigador puede acercarse al proceso causal que produce un resultado determinado.

Un mecanismo causal está conformado por entidades interconectadas que transmiten fuerzas causales desde la causa hacia el resultado. Cada entidad

1 Véase: Gerring, J. (2007). The Mechanismic Worldview: Thinking Inside the Box. *British Journal of Political Science*, vol. 38. Cambridge University.

acciona de alguna manera la fuerza causal, lo que genera cambios o transmite la fuerza causal de una entidad a otra a lo largo de todo el mecanismo (Beach y Pedersen, 2013). Cada parte del mecanismo es insuficiente, pero necesaria para que el mecanismo causal funcione.

El mecanismo causal de esta investigación (tabla 1) está planteado de modo teórico en función del protocolo propuesto por Fontaine *et al.* (2018) para visibilizar cómo se conduce la fuerza causal a lo largo de todo el mecanismo desde el detonante (T) hasta el resultado (O), teniendo en cuenta que cada mecanismo causal es único, pues tuvo lugar en un contexto específico. Así, se elaboran predicciones sobre la evidencia que debería estar presente en cada entidad del mecanismo (Beach y Pedersen, 2013, p. 95; Bennett y Checkel, 2015, p. 30). Estas predicciones empíricas son formuladas para cada entidad en función de la taxonomía NATO y son pruebas que determinan la exclusividad y lo únicas que pueden ser las evidencias encontradas (Collier, 2011, p. 825). Las inferencias causales se construyen como una combinación afirmativa de la evidencia con base en las hipótesis planteadas. Todo lo anterior se resume en la tabla 1:

Tabla 1  
Mecanismo causal

Mecanismo teórico	Adopción de objetivos de transparencia (T)	Formulación de la política (A)	Coordinación intersectorial (B)	Interacciones políticas (C)	Resultado de la política (O)
Operacionalización	El Gobierno adopta la transparencia como objetivo de política en el sector forestal	Cambios en la política forestal	Cambios en la coordinación intersectorial	Actores no estatales participan en la implementación de la política	Incrementan los controles democráticos en el área de política
Hipótesis	El Gobierno adopta objetivos de transparencia en el sector forestal	El Gobierno reforma la política forestal en función del objetivo de transparencia	El Gobierno adopta una nueva coordinación intersectorial en función de la política forestal reformada	El Gobierno fomenta la participación de actores no estatales en la implementación de la nueva política forestal	En el sector forestal incrementan los controles democráticos (horizontal y vertical no electoral)
Hipótesis alterna	El Gobierno no aplica objetivos de transparencia en el sector forestal	El Gobierno mantiene la política forestal	El Gobierno no modifica una nueva coordinación intersectorial	El Gobierno restringe la participación de actores no estatales en la implementación de la política forestal	En el sector forestal existe un déficit de los controles democráticos

Fuente: Fontaine y Narváez (2017); Fontaine, Narváez y Fuentes (2018). Elaboración: propia de la autora.

Se incorporó la formalización bayesiana para aumentar la confianza final en el mecanismo causal propuesto, con el fin de confirmar o invalidar el grado de confianza con respecto a las evidencias recogidas. La epistemología probabilística bayesiana consiste en evaluar la probabilidad de que una afirmación sea cierta o no: si la afirmación resulta cierta tras la recolección de evidencias que la sustentan el grado de confianza inicial sobre esa afirmación aumenta, y viceversa, de modo que las evidencias encontradas permiten “aumentar el grado de confianza para cada relación causal única, basada en información imperfecta” (Paz y Fontaine, 2018, p. 6).

Así, la formalización bayesiana permite evaluar las evidencias puntuales correspondientes con la hipótesis de una entidad del mecanismo causal, para confirmar o invalidar la hipótesis (Beach y Pedersen, 2013, p. 83). Es decir, hace posible comparar dos momentos de una evidencia, antes y después de encontrarla. Para ello, se partió de la premisa de que existe un 50 % de probabilidad inicial de que la hipótesis planteada se confirme con evidencia y un 50 % de probabilidad de que se invalide al no encontrar evidencia que respalde la hipótesis y que permita que se transmita la fuerza causal de una entidad a la siguiente.

## 2. Selección del caso de estudio

Para la selección de caso se utilizó el análisis cualitativo comparado, de tipo conjunto nítido, con el fin de visibilizar la homogeneidad causal (Fontaine, Medrano y Narváez, 2020). Para ello se elaboró una tabla de verdad en la que se enumeró el universo de casos,<sup>2</sup> para evaluar si el atributo que define al detonante (T) y al resultado (O) están presentes en los posibles casos a estudiar. Los atributos del detonante (T) son: acceso a la información; monitoreo, vigilancia y supervisión, difusión de información. Se tomó por referencia el puntaje del índice del derecho al acceso a la información elaborado por la organización sin fines de lucro Access Info Europe (AEI) y por el Centro para la Ley y la Democracia (CLD).<sup>3</sup> Mientras que el resultado (O) corresponde al incremento de los controles democráticos, cuyos atributos son el libre acceso a información actualizada y respeto al debido proceso mediante la independencia de órganos de control. Para operacionalizar estos atributos se tomó por referencia el índice de democracia ambiental desarrollado por Access Initiative (TAI) y el Instituto de Recursos Mundiales (WRI, por sus siglas en inglés),<sup>4</sup> en colaboración con socios de todo el mundo. La operacionalización (ver anexo 1) de estos indicadores, en función de los atributos del detonante y del resultado del mecanismo causal, se construye en una tabla de verdad con datos binarios para determinar qué países alcanzan el puntaje que cada índice considera como aceptable.

2 De acuerdo con la Cepal, la región de América Latina y el Caribe está conformada por un total de 31 países, por lo que se toma como universo de casos la lista completa de países proporcionada por esta organización.

3 Se puede acceder a la información de este indicador en el siguiente vínculo: <https://www.law-democracy.org/live/rtd-rating/>

4 Se puede acceder a la información de este indicador en el siguiente vínculo: <https://www.environmental-democracyindex.org>

La tipología de casos que se utiliza está basada en la membresía de estos a una categoría en función de los niveles de consistencia con los atributos tanto del detonante como del resultado. Así, en un caso típico están presentes ambos atributos, en uno desviante solo está presente el detonante, en un caso irrelevante de manera individual no están presentes los atributos del detonante ni del resultado, y por último, los casos inconsistentes no muestran la presencia de los atributos del detonante, pero sí del resultado tal como se puede observar en la tabla 2 (Fontaine, Narváez y Medrano, 2019).

Tabla 2  
Tipología de casos

	Incrementan los controles democráticos en el sector (O)		
	+	-	
El Gobierno adopta la transparencia como objetivo de política aplicable al sector forestal (T)	+	<b>Casos típicos:</b> Argentina, Brasil, Chile, Colombia, El Salvador, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Trinidad y Tobago.	<b>Casos irrelevantes:</b> República Dominicana, Ecuador y Honduras.
	-	<b>Casos desviantes:</b> Guatemala y Uruguay.	<b>Casos desviantes:</b> Guatemala y Uruguay. <b>Casos irrelevantes de manera individual:</b> Belice, Jamaica y Paraguay.

Fuente: Schneider y Rohlfing (2013). Elaboración: propia de la autora.

Como se observa en la tipología de casos dentro de aquellos típicos en los que están presentes los atributos tanto del detonante como del resultado, se encuentran un total de diez países, de los cuales, se escoge a Chile por ser un caso típico sólido con base en los indicadores utilizados.

### 3. Resultados

Las evidencias recogidas para cada una de las entidades siguieron la taxonomía NATO, las cuales debieron cumplir con un cierto grado de certeza y exclusividad para ser seleccionadas como válidas para esta investigación. Este tipo de prueba empírica se realizó con todas las evidencias y se conoce como prueba de aro, es la prueba más exigente pues la evidencia debe cumplir con la premisa de ser necesaria pero no suficiente para explicar el cambio en cada entidad (van Evera, 1997, p. 31). Se diseñaron pruebas empíricas para todas las entidades, como consta en la tabla 3. Aquellas evidencias que no cumplieron con esta premisa fueron descartadas por su bajo valor y aporte explicativo para corroborar la hipótesis planteada en el mecanismo causal para cada entidad.

Tabla 3  
Pruebas empíricas

Hipótesis para el detonante (T)	Instrumento	Evidencia empírica esperada
<b>El Gobierno busca aplicar objetivos de transparencia aplicables al sector forestal</b>	Nodalidad	Declaraciones explícitas de adopción de objetivos de transparencia aplicables al sector forestal
	Autoridad	Intenciones del Gobierno de incluir los objetivos de transparencia en el marco normativo
	Tesoro	Gobierno anuncia incorporación de transparencia en el modelo de desarrollo
	Organización	Intención del Gobierno de incluir la transparencia en la organización de la Administración pública
Hipótesis para la entidad A	Instrumento	Evidencia empírica esperada
<b>El Gobierno modifica la política forestal en función del objetivo de transparencia</b>	Nodalidad	Indicios de cambios en la planificación de la política
	Autoridad	Indicios de cambios en la normativa que regula el área de política
	Tesoro	Indicios de cambios en la gestión de recursos del sector
	Organización	Indicios de cambios administrativos en el sector forestal
Hipótesis para la entidad B	Instrumento	Evidencia empírica esperada
<b>El Gobierno refuerza una coordinación interinstitucional</b>	Nodalidad	Indicios de una planificación sectorial que propicia el emprendimiento
	Autoridad	Marco normativo favorece inversión y comercialización aplicable al sector
	Tesoro	Gobierno propicia inversión en el sector
	Organización	Administración pública descentralizada y coordinada que promueva la eficiencia
Hipótesis para la entidad C	Instrumento	Evidencia empírica esperada
<b>Gobierno favorece la participación de actores no estatales en la implementación de la política</b>	Nodalidad	Indicios de la inclusión de actores no estatales en la gestión del sector
	Autoridad	Normativa fomenta la participación de actores no estatales
	Tesoro	Iniciativas de responsabilidad social empresarial
	Organización	Mecanismos institucionales de participación de actores no estatales
Hipótesis para el resultado (O)	Instrumento	Evidencia empírica esperada
<b>En el sector forestal incrementan los controles democráticos horizontales, verticales no electorales</b>	Nodalidad	Libre acceso a información actualizada del sector
	Autoridad	Respeto al debido proceso en el sector
	Tesoro	Gestión transparente del presupuesto sectorial
	Organización	Autonomía de las entidades control

Fuente: elaboración propia (2019).

#### **4. Detonante: adopción de objetivos de transparencia aplicables al sector forestal**

La intención de incorporar objetivos de transparencia aplicables al sector forestal chileno se encontró en las declaraciones explícitas al respecto en el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2006-2010, en la Agenda Pro Participación Ciudadana 2006-2010 y en la Cuenta Pública de Michelle Bachelet ante el Congreso en 2006. En todos estos documentos se habla de transparencia y controles democráticos como pilares para garantizar la democracia. También en la Agenda Pro Participación Ciudadana 2006-2010 (p. 14) se hace referencia al derecho acceso a la información, para ello se plantea la creación del Consejo para la Transparencia, con el fin de precautelar el derecho al acceso a la información, exigiendo mayor transparencia en todos los sectores de gobierno.

Por otro lado, se esperaba identificar intenciones del Gobierno de incluir los objetivos de transparencia en el marco normativo. Esto se hace evidente en el Instructivo Presidencial N.º 8 de 2006 sobre Buenas prácticas en probidad, transparencia y acceso a la información en la administración del Estado y en la Agenda de Transparencia, Probidad, Calidad de la Política y Modernización del Estado (2007). En estos documentos se hace referencia a la necesidad de contar con una iniciativa legal que permita garantizar la transparencia y el derecho al acceso a la información y mejorar los mecanismos de solicitud de información

Con respecto a los instrumentos de tesoro, se esperaba encontrar evidencia de que el Gobierno anuncie la incorporación de la transparencia en el modelo de desarrollo. Esto se hace presente en el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2006-2010, en el que se hace referencia el compromiso de concertar para transparentar su gestión en todos los sectores, para ello se enuncia la importancia de contar con legislación sobre gobierno corporativo que incluya a las empresas públicas, con el fin de revelar su desempeño.

A nivel de los instrumentos de organización se esperaba identificar la intención del Gobierno de incluir la transparencia en la organización de la Administración pública, lo que se hace visible en una intervención del secretario general de la Presidencia, José Viera-Gallo, del 4 de noviembre de 2007, en la que habla sobre la intención del régimen de crear el Consejo para la Transparencia, a pesar de que la ley de acceso a la información aún no había sido aprobada para dicha fecha. También se puede ver esta intención en el Instructivo Presidencial N.º 8 de 2006 y en el Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2006-2010. En estos documentos se hace referencia a las funciones que tendría el Consejo para la Transparencia, también se plantea a la transparencia activa (publicación digital periódica de información de la Administración pública) y se menciona la creación de la Agencia para la Calidad de las Políticas Públicas con el fin de garantizar la eficacia y la transparencia del uso de los recursos públicos.

#### 4.1. Entidad A: la política forestal y los objetivos de transparencia

Una vez que se pudo evidenciar las intenciones explícitas del Gobierno chileno de incorporar objetivos de transparencia a toda la Administración pública que, por ende, son aplicables al sector forestal, se buscaron evidencias que respalden la presencia de modificaciones en la política forestal chilena en función de dichos objetivos de transparencia. En el Programa de Gobierno del expresidente Sebastián Piñera 2010-2014 se destaca uno de los ejes estratégicos para la modernización del Estado: el compromiso de avanzar en el cumplimiento de la legislación relativa a la transparencia, e incluso, se propone profundizar los mecanismos de control democrático en toda la Administración pública. Este mismo compromiso consta en la cuenta pública del Ministerio de Agricultura<sup>5</sup> de 2010, que entre los lineamientos estratégicos para el desarrollo del sector silvoagropecuario figura el eje de transparencia y acceso a mercados. En este documento oficial se define a la transparencia como uno de los pilares básicos para el desarrollo del sector.

En marzo de 2015, mediante Decreto N.º 8, el Ministerio de Agricultura crea el Consejo de Política Forestal para “diseñar y estructurar una política forestal para el Chile del futuro” (Corporación Nacional Financiera [Conaf] y Ministerio de Agricultura [Minagri], 2015, p. 9). Este organismo elaboró el documento titulado Política Forestal 2015-2035 de Chile, en el que se encuentran otros indicios de los cambios en la planificación del sector. Por ejemplo, de acuerdo con este documento, se espera incrementar la transparencia de los mercados internos e incorporar tecnologías apropiadas y modelos de gestión pertinentes para el sector.

Además, en la Ley sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal de 2008, el artículo 4 insta a la Conaf a mantener un catastro forestal público y permanente que permita conocer los tipos forestales existentes en cada región del país. En los artículos 5 y 9 se exige a toda acción presentar un plan de manejo que será aprobado por la Conaf. Estos documentos también son públicos y deberán estar disponibles en la página web de la corporación. Los artículos 37 y 38 habilitan la existencia de acreditadores forestales externos al Conaf, personas naturales o jurídicas; sin embargo, la Corporación deberá mantener un registro de todos los acreditadores forestales. Esta información es pública y, por ende, también debe constar en su página web. También en 2010 se modificó la Ley sobre bases generales del medioambiente, en cuyo artículo 4 se incluye que es deber del Estado facilitar la participación ciudadana y el acceso a la información ambiental.

A nivel de tesoro, la Programación Sectorial del Ministerio de Agricultura 2010-2014 plantea el aumento de los recursos destinados a sistemas de evaluación y monitoreo, ambos son indicios de cambios en la planificación de este sector en función de la transparencia. De igual manera se dan cambios en la gestión de los recursos al crear dos fondos concursables: uno para la conservación, recuperación y manejo sustentable del bosque nativo y otro enfocado a la investigación sobre bosque nativo.

<sup>5</sup> Cabe destacar que en Chile el ministerio rector del sector forestal es el Ministerio de Agricultura, es decir, la Corporación Nacional Forestal (Conaf) se encuentra bajo la rectoría de esta cartera de Estado.

A nivel de organización en 2011 se creó el Consejo Asesor del ministro de Agricultura para convertir al país en una potencia forestal sustentable, este espacio estaría integrado por personas del sector público y privado. Este consejo, conformado de manera plural, reúne a personas de la sociedad civil con actores estatales y tiene entre sus funciones la de proporcionar información relevante sobre las condiciones del sector, proponer y opinar sobre las líneas de acción de la agenda forestal del Ministerio de Agricultura, entre otros.

#### **4.2. Entidad B: una nueva coordinación interinstitucional**

Respecto a evidencias de una planificación sectorial que propicia el emprendimiento se encontró que el Ministerio de Agricultura considera que parte de su misión es contribuir a mejorar la competitividad, transparencia y acceso a mercados, investigación e innovación y sustentabilidad social, económica y ambiental del sector silvoagropecuario mediante la articulación, seguimiento y coordinación eficiente de las políticas, programas y proyectos que se ejecutan a nivel ministerial o por medio de convenios con otras instituciones (Conaf, 2014). En la Guía para la elaboración de la política forestal se resalta que otro reto radica en la necesidad de poner en marcha nuevas modalidades de interrelación entre los diferentes segmentos sectoriales para lograr un incremento y mejoramiento de la base de recursos forestales, la reducción de asimetrías de información, el incremento de la transparencia de los mercados internos, así como un mejor acceso a los mercados externos.

En el documento final de la Política Forestal 2015-2035 uno de los objetivos, enmarcado en el eje estratégico sobre productividad y crecimiento económico, busca promover los pequeños y medianos productores forestales e industriales para el incremento continuo de la calidad. Además, la Gerencia de Desarrollo y Fomento Forestal (GEDFF) tiene entre sus funciones la de promover el incremento a los niveles de acceso a los beneficios de la actividad forestal por parte de los pequeños y medianos propietarios forestales, para lo cual realizó un levantamiento de información para identificar fuentes de financiamiento para pequeños y medianos empresarios forestales. Este documento es de acceso público.

El marco normativo que favoreció la inversión y comercialización aplicable al sector forestal consta de la ley de zonas extremas (Ley N.º 20.655), publicada en 2013, cuyo objetivo es incentivar la inversión en dichas áreas. Esta ley autoriza el establecimiento de zonas francas en estas regiones aisladas en lo geográfico, zonas en las que se concentran las plantaciones forestales. Mediante el Decreto N.º 56 se aprobó la Estrategia de Fomento y Promoción de la Inversión Extranjera, esfuerzo planificado que busca atraer, retener y expandir los beneficios que la inversión extranjera directa puede generar en el país. La estrategia contempla los sectores a los que se dará prioridad, entre los cuales está la industria alimentaria, el sector energético (biomasa),<sup>6</sup> turismo y minería.

6 “Materia orgánica originada en un proceso biológico, espontáneo o provocado, utilizable como fuente de energía” (Real Academia de la Lengua Española), la energía generada a partir de la biomasa puede proceder de la madera, por ello el sector forestal en Chile se puede volver aún más llamativo para la inversión extranjera desde esta perspectiva energética.

A nivel de tesoro, el Gobierno propició la inversión aplicable al sector gracias a la Ley 20.488, que prorroga el Decreto Ley N.º 701 de 1974 e incrementa los incentivos para la forestación. Por ejemplo, el porcentaje de bonificación para pequeños propietarios forestales sería del 90 % de los costos de la forestación que efectúen en suelos de preferencia forestales o en suelos degradados de cualquier clase, mientras que la bonificación para los medianos propietarios forestales será del 75 %. Esta ley también contempla en su artículo 36 que la Conaf deberá llevar un registro público de operadores forestales que deberá publicarse en la página web de esta institución. También se propició la inversión mediante la creación en 2014 del Programa de Apoyo a la Inversión Productiva (IPRO), con el objetivo de apoyar las inversiones productivas y de servicios para favorecer la reactivación económica y el emprendimiento.

Respecto a la organización se debía identificar esfuerzos de descentralización y coordinación en la Administración pública que promueva la eficiencia. En este sentido, en 2010 se integró el Consejo de ministros para la Sustentabilidad, en el que participaban representantes de varias carteras de Estado, como los ministerios de Medio Ambiente, Agricultura, Hacienda, Salud, Economía, Energía, Obras Públicas, Vivienda y Urbanismo, Transportes y Telecomunicaciones, Minería y Planificación, con el fin de proponer al presidente políticas para el manejo uso y aprovechamiento sustentable de los recursos naturales renovables. Todos estos cambios dan cuenta de la existencia de un reforzamiento de la coordinación interinstitucional e intersectorial con el ánimo de que el sector forestal chileno cobre mayor protagonismo y compromiso en la administración pública.

En 2014 se creó la Comisión Asesora Presidencial para la Descentralización, conformada por un total de 33 miembros de organizaciones no gubernamentales y de la sociedad civil, así como alcaldes, consejeros y funcionarios de diversas instituciones públicas. Dicha comisión tiene el objetivo de presentar propuestas e iniciativas que fortalezcan y promuevan la descentralización en Chile. Por otro lado, la Conaf creó el Sistema de Información Territorial (SIT), que permite al público realizar consultas en línea sobre las actualizaciones del catastro de la vegetación, así como otras cubiertas cartográficas relacionadas con las acciones que la Conaf realiza sobre el territorio y para lo cual cuenta con un servidor de mapas web de acceso público.

#### **4.3. Entidad C: Gobierno favorece la participación de actores no estatales en la implementación de la política**

A nivel de autoridad se buscaron indicios de la inclusión de actores no estatales en la gestión del sector forestal. En 2014 se realizó el Primer Informe de Cuenta Pública Participativa, iniciativa anual que reúne a las autoridades sectoriales y representantes de comunidades, ONG, académicos y ciudadanía en general para rendir cuentas sobre la gestión de la Conaf, con el fin de incorporar de manera efectiva a la sociedad chilena en las decisiones en políticas públicas. También se habilitó un sitio web interactivo con un formulario para recoger la opinión

ciudadana: las preguntas deben responderse en un plazo de 45 días y publicadas en la web. La Conaf incorporó la consulta ciudadana, cuyo objetivo es conocer la opinión de la población sobre el quehacer de la corporación y dar respuesta a consultas y sugerencias. Este proceso es abierto y de acceso público.

Sobre la normativa que fomenta la participación de actores no estatales en el sector, se encuentra la Ley 20.500 sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública (2011), que establece que el Estado, en sus programas, planes y acciones, deberá contemplar el fomento de las asociaciones, garantizando la plena transparencia en los procedimientos de asignación de recursos. En 2014 se aprobó el instructivo presidencial N.º 007, con el fin de guiar la implementación de las disposiciones de la Ley 20.500. Este documento estipula que los órganos de la Administración pública deberán actualizar sus normas de participación ciudadana para ampliar los niveles de participación. Además, cada órgano del Estado deberá crear unidades de participación ciudadana. La Conaf aprobó, mediante la resolución N.º 104 en 2015, el nuevo texto de la norma general de participación ciudadana de la corporación, la misma. En tanto que la resolución N.º 292 del mismo año aprobó el Estatuto del Consejo de la Sociedad Civil de la Conaf.

A nivel de tesoro se esperaba encontrar iniciativas de responsabilidad social empresarial (RSE). La organización Acción Empresas está enfocada en el fomento de la RSE y la promoción de buenas prácticas sobre el tema. Desde 1999 forman parte de esta organización cuatro empresas vinculadas al sector forestal: Arauco, CMPC, Núcleo Nativo y Masisa. Estas empresas forestales presentan reportes que están disponibles en acceso público en línea. Otra iniciativa que trabaja en este sentido es el Pacto Global, cuyo objetivo consiste en apoyar a las empresas a realizar negocios de manera responsable, alineando sus estrategias y operaciones con los diez principios sobre derechos humanos, trabajo, medioambiente y anticorrupción. Dos empresas forestales chilenas forman parte del Pacto Global, estas son CMPC y Arauco.

En cuanto a organización, se esperaba encontrar mecanismos institucionales de participación de actores no estatales en el sector. En este sentido, se creó la unidad de participación ciudadana y transparencia y el Consejo de la Sociedad Civil de la Conaf junto con el Consejo de Política Forestal y Consejo Consultivo del Bosque Nativo, estos últimos conformados por representantes del sector público y privado. Es decir, los actores no estatales son tomados en cuenta e incorporados en la implementación de la política forestal, esto visibiliza la presencia de la fuerza causal en esta entidad.

#### **4.4. Entidad O: en el sector forestal incrementan los controles democráticos horizontales, verticales no electorales**

A nivel de nodalidad se esperaba encontrar evidencias de libre acceso a información actualizada del sector forestal. La sección de transparencia activa de la Conaf contiene información de acceso público relativa a marco normativo, compras y adquisiciones, trámites del organismo, derecho de acceso a la información

pública, participación ciudadana, transferencias, actos y resoluciones, información presupuestaria, subsidios y beneficios, costos directos de reproducción, declaración de intereses y de patrimonio, dotación de personal, auditorías al ejercicio presupuestario y estructura orgánica de la institución. El Consejo para la Transparencia suele realizar revisiones anuales a la sección de transparencia activa de las instituciones del Estado, con el fin de corroborar que contiene la información que exige la ley. También existe la guía metodológica del Sistema Integral de Información y Atención Ciudadana (SIAC) de 2010. El SIAC “coordina todos los espacios de atención en los servicios públicos mediante una gestión con una metodología moderna, procedimientos de derivación expeditos, sistemas de registro, plan de difusión y sistematización de la información para retroalimentar al Servicio” (Ministerio Secretaría General de Gobierno, 2010, p. 9).

En cuanto a los instrumentos de autoridad, se esperaba evidenciar el respeto al debido proceso en el sector forestal. Existe un registro de respuestas de solicitudes de acceso a la información pública realizadas a la Conaf. Se excluyen de este listado las solicitudes que han sido solicitadas y respondidas de manera exclusiva en atención directa y personal al peticionario, por ejemplo, en el momento en que lo solicitado sean datos sensibles y el solicitante es el titular de esos datos. De acuerdo con lo estipulado en la ley de transparencia, el Consejo para la Transparencia puede instruir sumarios y aplicar multas a la autoridad, jefatura o jefe superior del servicio requerido que no respondió o negó sin fundamento el derecho al acceso a la información. La multa por incurrir en este acto se encuentra en el rango del 20 % al 50 % de la remuneración mensual de quienes resulten responsables, la misma sanción aplica en los casos de incumplimiento injustificado de las normas sobre transparencia activa, en cuyo caso la sanción también puede recaer en otros funcionarios. Los responsables de estas infracciones serán determinados mediante un sumario elaborado por el Consejo para la Transparencia.

A nivel de tesoro se esperaba encontrar evidencias de la gestión transparente del presupuesto sectorial. En la página web de la Conaf se localizan las transferencias presupuestarias trimestrales que realiza a terceros, ya sea porque son beneficiarios de un fondo concursable o un convenio de cooperación interinstitucional. De igual manera, se tiene acceso a la información de gastos en publicidad local y nacional invertida para realizar difusión de campañas, programas y beneficios que otorga la Conaf. Como dato adicional, Chile se encuentra en el puesto 28 en el listado mundial de la Encuesta de Presupuesto Abierto (OBS, por sus siglas en inglés), con una calificación de 58/100 en transparencia (el promedio global fue de 45/100), 23/100 en participación del público en procesos presupuestarios, 67/100 en vigilancia del presupuesto por parte de la función legislativa y 100/100 por parte del auditor (OBS, 2015).

Por último, en cuanto a instrumentos de organización se esperaba encontrar pruebas de la autonomía de las entidades control. Cabe destacar que el Consejo para la Transparencia es un órgano autónomo de derecho público cuya principal labor es velar por el buen cumplimiento de la ley de transparencia. Para ello tiene

un registro público del número de casos que se han presentado ya sea por petición de amparo o reclamo. Entre 2009 y 2016 se presentaron 61 casos relacionados con la Conaf. Los motivos son muy variados. En 2016, por ejemplo, se presentaron ocho casos de amparo, de los cuales la mitad corresponden a la ausencia de respuesta por parte de la Conaf en el plazo establecido, que es de hasta 30 días hábiles. En otro caso se recibió información que no se solicitó y en otro se recibió la negativa por parte de Conaf debido a que era una solicitud sobre información sensible.

El Consejo, encargado de verificar el cumplimiento de la ley de transparencia, desarrolló un mecanismo de fiscalización que asigna un puntaje al desempeño de cada institución, teniendo en cuenta varios elementos, entre ellos: existencia y operatividad de los vínculos a todas las materias exigidas por la ley de transparencia, actualización de la información dentro de los diez primeros días hábiles del mes, entre otros. En 2016 el puntaje de la Conaf en la fiscalización del derecho al acceso a la información fue de 97,97/100. Como se evidencia, la fuerza causal está presente en todas las entidades. Si bien, es más débil en unas entidades y más fuerte en otras, la hipótesis se cumple al visibilizar que el diseño de la política es fundamental para consolidar la relación causal entre (T) y (O), es decir, la transparencia sí puede incrementar los controles democráticos en el área de política, en este caso, en la política forestal de Chile entre 2006-2016.

## 5. Conclusiones

Esta investigación arroja luz sobre la relación causal entre la transparencia y los controles democráticos en la política forestal en Chile entre 2006-2016. Debido a la reconstitución de procesos se pudo hacer visible el proceso mediante el cual en el lapso de diez años la adopción de objetivos de transparencia (T) permitió incrementar en cierto grado los controles democráticos (O) en el sector forestal, por tanto, en el fondo del mecanismo causal propuesto se evidencia un cambio. De acuerdo con la tipología de Peter Hall (1993), existen cambios de primer, de segundo y tercer orden. En este caso se evidencian cambios de primer orden, es decir, ajustes sutiles y calibraciones menores a los instrumentos de política, los mismos que se recogen y catalogan según su naturaleza para demostrar el camino que recorre la fuerza causal desde (T) hasta (O).

De forma adicional, esta investigación logró dilucidar el panorama y abrir, hasta cierto punto, la caja negra en la política forestal chilena sobre la adopción de objetivos de transparencia y su verdadera incidencia después de diez años en el aumento de los controles democráticos en el sector. Los resultados de esta investigación son consistentes con los indicadores internacionales sobre percepción de la corrupción, los cuales ubican a Chile entre los países de la región con bajas percepciones de corrupción.

Por otro lado, la adopción de objetivos de transparencia en muchos países es una política pública en sí misma; sin embargo, permea a otras políticas sectoriales. El Estado chileno decidió apostar durante años por un fortalecimiento

de la transparencia para toda la Administración pública, lo cual incluyó al sector forestal. No obstante, al aplicarla solo en el sector forestal, por ejemplo, sería deseable que dichos principios de transparencia se adapten a las dinámicas del sector, generando mecanismos, herramientas y criterios de transparencia específicos para el manejo y la gestión de los bosques.

Pese a la información que esta investigación presenta, es claro que aún es necesario explorar con más profundidad la señalada relación causal. Incluso, es pertinente analizar la calidad y el alcance tanto de la transparencia como de los distintos tipos de controles democráticos. Además, esta investigación espera generar una reflexión sobre la importancia de estudiar la transparencia y los controles democráticos en las industrias extractivas de recursos naturales renovables y no solo desde las industrias extractivas de recursos naturales no renovables. Los bosques, los campos, los ríos y los criaderos representan recursos naturales que tienen la capacidad de renovarse y volverse sostenibles en el tiempo; sin embargo, estos sectores, en su mayoría, están fuera de la agenda de investigación de los controles democráticos o de la transparencia, de modo que este estudio es solo el comienzo para otros de mayor alcance.

## 6. Referencias bibliográficas

- Bachelet, M. (2006). Programa de Gobierno de Michelle Bachelet 2006-2010. Santiago.
- Beach, D., & Pedersen, R. (2013). *Process-Tracing Methods. Foundations and Guidelines*. University of Michigan.
- Bennett, A., & Checkel, J. (2015). *Process tracing: From metaphor to analytic tool*. Cambridge: Cambridge University Press.
- Black, J. (1997). Transparency Policy Measures. *Oxford Dictionary of Accountability*. Oxford: Oxford University Press.
- Collier, D. (octubre de 2011). Understanding process tracing. *Political Science and Politics* 44(4): 823-830.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe [Cepal] (agosto de 2021). *La pérdida de los bosques de América Latina y el Caribe 1990-2020: evidencia estadística*. Recuperado de <https://www.cepal.org/es/publicaciones/47151-la-perdida-bosques-america-latina-caribe-1990-2020-evidencia-estadistica>
- Congreso Nacional de Chile (2013). *Ley Nro. 20.655 Establece incentivos especiales para las zonas extremas del país*.
- \_\_\_\_\_ (2011). *Ley Nro. 20.500 Sobre asociaciones y participación ciudadana en la gestión pública*.
- \_\_\_\_\_ (2010). *Ley Nro. 20.473 Modificación a la Ley No. 19.300 sobre bases generales del medio ambiente*. (2010).
- \_\_\_\_\_ (2010). *Ley Nro. 20.488 Prorroga vigencia del Decreto Ley No. 701, de 1974, y aumenta incentivos a la forestación*.
- \_\_\_\_\_ (2008). *Ley Nro. 20.283 Ley sobre recuperación de bosque nativo y fomento forestal*.
- Corporación Nacional Forestal [Conaf] (20 de marzo de 2015). *Resolución Nro. 104*.
- Easton, D. (1965). *A Systems Analysis of Political Life*. New York: Wiley.

- Fontaine G., Narváez, I., & Paz, B. (enero de 2017). Explaining public accountability deficit in extractive policies: The Ecuadorian case. *The Extractive Industries and Society* 5(1): 190-200.
- Fontaine, G., Narváez, I., & Fuentes, J. (enero de 2018). Policy mixes against oil dependence: Resource nationalism, layering and contradictions in Ecuador's energy transition. *Energy Research & Social Science* 47: 56-68.
- Fontaine, G., Medrano, C., & Narváez, I. (2020). *The Politics of Public Accountability: Policy Design in Latin American Oil Exporting Countries*. Suiza: Palgrave Mcmillan.
- Hall, P. (1993). Policy paradigms, social learning and the State: the case of economic policymaking in Britain. *Comparative Politics* 25(3): 275-296.
- Hood, C. (2010). Accountability and Transparency: Siamese Twins, Matching Parts or Awkward Couple? *West European Politics* 33 (5): 989-1009.
- \_\_\_\_ (1987). *The tools of government*. Chatham: Chatam House.
- Howlett, M., Ramesh, M., y Perl, A. (2009). *Studying Public Policy. Policy Cycles and Policy Subsystems*. Toronto, Oxford: Oxford University Press.
- Jackson, P. (2016). *The conduct of inquiry in international relations: Philosophy of science and its implications for the study of world politics*. London: Routledge.
- March, J., & Olsen, J. (1984). The New Institutionalism: Organizational Factors in Political Life. *The American Political Science Review* 78 (3): 734-749.
- Meijer, A. (2014). Transparency. En M. Bovens, R. Goodin & T. Schillemans (eds.), *The Oxford Handbook of Public Accountability*. Oxford: Oxford University Press.
- Ministerio de Agricultura [Minagri] (2015). Decreto Nro. 8 sobre la creación del Consejo de Política Forestal.
- \_\_\_\_ (2015). Política Forestal 2015-2035 de Chile.
- \_\_\_\_ (2015). Guía para la elaboración de la política forestal chilena.
- \_\_\_\_ (2010). Cuenta Pública 2010.
- \_\_\_\_ (2010). Programación Sectorial del Ministerio de Agricultura 2010-2014.
- Ministerio de Economía, Fomento y Turismo [MEFT] (2017). Decreto Nro. 56 Aprueba estrategia de fomento y promoción de la inversión extranjera.
- Ministerio Secretaría General de Gobierno [MSGG] (2008). Agenda Pro Participación Ciudadana 2006-2010.
- \_\_\_\_ (2007). Agenda de Transparencia, Probidad, Calidad de la Política y Modernización del Estado.
- Open Budget Survey [OBS] (2015). *Transparency, Public Participation, and the Strength of Oversight Institutions*. Recuperado de Open Budget Survey.
- Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura [FAO] (29 de diciembre de 2020). *Estadísticas de productos forestales*. Recuperado de <https://www.fao.org/forestry/statistics/80938@180724/es/>
- Paz, B., & Fontaine, G. (2018). A causal mechanism of policy innovation: The reform of Colombia's oil-rents management system. *Revista de Estudios Sociales*, (63), 2-19. <https://dx.doi.org/10.7440/res63.2018.01>

- Petkova, E., Larson, A., y Pacheco, P. (2011). *Gobernanza forestal y REDD: Desafíos para las políticas y mercados en América Latina*. Bogor Barat: Center for International Forestry Research (Cifor).
- Peters, G. (2003). *El nuevo institucionalismo: la teoría institucional en ciencia política*. Barcelona: Gedisa.
- Peruzzotti, E., y Smulovitz, C. (2002). Accountability social: la otra cara del control. En E. Peruzzotti y C. Smulovitz (eds.), *Controlando la política. Ciudadanos y medios en las nuevas democracias latinoamericanas* (pp. 23-52). Buenos Aires: Temas.
- Piñera, S. (2010). Programa de Gobierno de Sebastián Piñera 2010-2014.
- Presidencia de la República de Chile [PRC] (2006). Instructivo Presidencial Nro. 8 sobre Buenas prácticas en probidad, transparencia y acceso a la información en la administración del Estado.
- Schedler, A. (2009). *¿Qué es la rendición de cuentas?* Ciudad de México: IFAI, Cuadernillo 3.
- Schneider, C., & Rohlfing, I. (2013). Combining QCA and Process Tracing in Set-Theoretic Multi-Method Research. *Sociological Methods & Research* 42(4): 559-597.
- Transparencia forestal (s/f). La transparencia y el derecho a la información. Recuperado de <http://www.transparenciaforestal.info/background/forest-transparency/32/la-transparencia-y-el-derecho-a-la-informacion/>
- van Evera, S. (1997). *Guide to Methods for Students of Political Science*. Ithaca: Cornell University Press.

## Anexo 1

### Operacionalización del detonante y el resultado para la selección de caso<sup>7</sup>

Países de América Latina y el Caribe		Detonante	Resultado
		Puntaje del índice global del derecho a la información (RTI) 2016	Puntaje del índice de democracia ambiental (EDI) 2015
1	Antigua y Barbuda	113	No hay registro
2	Argentina	91	1,63
3	Belice	83	0,82
4	Bolivia	No hay registro	1,19
5	Brasil	108	1,80
6	Chile	93	1,67
7	Colombia	102	1,99
8	Costa Rica	No hay registro	1,52
9	Cuba	No hay registro	No hay registro
10	Dominica	No hay registro	No hay registro

<sup>7</sup> Varios países fueron excluidos a lo largo de la selección de caso, pues los índices utilizados para realizar este proceso no contaban con un registro de datos para ciertos lugares en los años requeridos. Estos países son: Antigua y Barbuda, Bolivia, Costa Rica, Cuba, Dominica, Granada, Guyana, Haití, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam y Venezuela.

11	República Dominicana	59	1,74
12	Ecuador	73	1,90
13	El Salvador	122	1,80
14	Granada	No hay registro	No hay registro
15	Guatemala	94	1,28
16	Guyana	69	No hay registro
17	Haití	No hay registro	0,51
18	Honduras	83	1,29
19	Jamaica	88	1,11
20	México	136	1,75
21	Nicaragua	111	1,60
22	Panamá	100	2,02
23	Paraguay	61	1,06
24	Perú	93	1,87
25	Saint Kitts y Nevis	No hay registro	No hay registro
26	Santa Lucía	no hay registro	0,73
27	San Vicente y las Granadinas	70	No hay registro
28	Surinam	No hay registro	No hay registro
29	Trinidad y Tobago	89	1,61
30	Uruguay	91	1,30
31	Venezuela	No hay registro	1,56

Fuente: elaboración propia de la autora.

# Gestión de procesos de negocio como mecanismo de transparencia y Gobierno abierto en entidades públicas de Ecuador entre 2016-2020

*Business process management as a mechanism for transparency and open government in public entities in Ecuador in 2016-2020*

Juan Pablo Cubero Gomezjurado

Doctorando en Ciencia Política en la Universidad de Belgrano, Argentina

Correo electrónico: [jpcubero@gmail.com](mailto:jpcubero@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-3287-7897>

Mathías Exequiel Valdez Duffau

Profesor-investigador del Departamento de Desarrollo Humano de la Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay, Ecuador

Correo electrónico: [mvaldez@yachaytech.edu.ec](mailto:mvaldez@yachaytech.edu.ec)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-4785-018X>

*Recibido: 8-mayo-2021. Aceptado: 27-agosto-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

## Resumen

Como parte de la Alianza para el Gobierno Abierto, el Estado ecuatoriano se ha comprometido a incorporar mecanismos que optimicen la transparencia de la información pública, la rendición de cuentas y ampliar el alcance de la participación ciudadana en el Gobierno. Sin embargo, la política y normativa vigentes en materia de transparencia y de apertura de información entre 2016 y 2020 encuentran limitaciones en sus mecanismos de ejecución para la consecución de los principios de Gobierno abierto. Este artículo aborda un estudio de indicadores analizados mediante metodología cualitativa y de los resultados introducidos por entidades gubernamentales mediante el uso de metodología cuantitativa, para

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 155-174.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.249](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.249)



evaluar los niveles de transparencia en la entrega de información. Se analiza el rol de la promoción de la información abierta para estimular la transparencia y la participación ciudadana como elementos del Gobierno abierto. Se concluye que, para consolidar las políticas de Gobierno abierto, a la par de brindar cumplimiento a la normativa vigente sobre transparencia, es esencial avanzar en la introducción de infraestructura tecnológica mediante la gestión de procesos de negocio y poder arribar a la apertura total de la información pública.

**Palabras clave:** Gobierno abierto, gestión de procesos de negocio, transparencia, participación ciudadana, contratación pública.

### Abstract

The Ecuadorian government, as part of the Open Government Partnership, has committed to incorporate mechanisms to enhance the transparency of public information, accountability, and expand the scope of citizen participation in the government. However, current policy and regulations on transparency regarding the opening of public information throughout 2016 and 2020, find limitations to execute mechanisms that fulfill the principles of open government. This article addresses a study of indicators analyzed through qualitative methodology as well as the results introduced by government entities that used quantitative methodology to evaluate the levels of transparency in delivering information. The role of promoting openness of information to stimulate transparency and citizen participation, as constitutive elements of open government, is analyzed. It is concluded that to consolidate open government policies, while providing compliance with current regulations on transparency, it is essential to advance in the introduction of technological infrastructure through a scheme of business management. The final goal would be to arrive to a state of complete openness of public information.

**Keywords:** Open government, business process management, transparency, citizen participation, public procurement.

## 1. Introducción

El uso que en la actualidad se estila respecto del término transparencia, en lo que concierne a la esfera de lo gubernamental, se origina en la década de 1990. El desarrollo y manejo en el uso de este término se encuentra en instrumentos generados por organizaciones supranacionales como Transparencia Internacional (TI) y la Organización de Estados Americanos (OEA) (Ball, 2009, p. 295), quienes lo abordan como vehículo de apertura a la información y en el contexto de la lucha contra la corrupción, de forma respectiva. A partir del manejo de la transparencia como herramienta de apertura y sanción, se han producido tres representaciones que permiten entender a la transparencia: en primera instancia, desde lo que constituye el término como un valor con su respectivo contravalor, y; segundo, desde la función orientadora que cumple, y finalmente desde el entendimiento de su finalidad dentro de la estructura de gobierno.

De esta manera, la primera instancia distingue a la transparencia como un valor público aceptado por la sociedad para el combate de la corrupción entrelazado de modo sutil con la responsabilidad o *accountability*, que, en lo conceptual, refiere al poder que se ejerce sobre los funcionarios públicos a todo nivel a fin de que estos respondan en lo administrativo, civil y penal por sus conductas en el ejercicio de sus cargos. Es decir que quienes ejercen una función pública o dignidad gubernamental rinden cuentas por sus acciones u omisiones frente a la ciudadanía (Peruzzotti y Smulovitz, 2002, p. 4). En la segunda instancia, la transparencia es concebida como sinónimo de toma de decisiones abiertas al público cuyo énfasis se encuentra en la apertura. En tercer lugar, la transparencia es una herramienta compleja para la buena gestión pública (*Good Governance*) en ámbitos que incluyen el desarrollo de programas, políticas y organizaciones. Incluso, respecto al Estado se acentúa en la responsabilidad, eficiencia y efectividad (Ball, 2009, p. 293).

Estas perspectivas de la transparencia han sido introducidas, compactadas y rediseñadas para lograr mayor precisión. En la década de 2000 surgen paradigmas de Gobierno abierto (Rodrigues de Caires, 2020, p. 25), de manera específica, la Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) y la Iniciativa Global Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible perteneciente a la Organización de las Naciones Unidas (ONU) que introduce mecanismos para la gobernabilidad responsable y la transparencia. Respecto de estas dos iniciativas, el Estado ecuatoriano se ha comprometido a implementar los programas que tienen por objetivo la institucionalización del Gobierno abierto en la estructura gubernamental y en el marco de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).

El Estado ecuatoriano es miembro de la AGA, iniciativa que impulsó la creación del Gobierno Abierto Ecuador (GAE), que tiene por objetivo que los Estados miembro introduzcan mecanismos de transparencia, participación ciudadana y gobierno participativo. El Gobierno de Ecuador se comprometió a establecer dispositivos para la gobernabilidad responsable (Alianza para el Gobierno Abierto, 2020, párr. 1) en respuesta a la necesidad de combatir la corrupción, propiciar mayores niveles de transparencia y participación ciudadana (GAE, 2020, párr. 1). Por otro lado, la Agenda 2030 consta de 17 ODS y 169 metas, entre las que destaca la meta sexta del objetivo décimo sexto sobre la creación de instituciones eficaces y transparentes que rindan cuentas (en adelante ODS16-6) (ONU, 2015, p. 30; Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2019, p. 33).

Dentro de este contexto de institucionalización de *accountability*, este artículo realiza un análisis de la situación actual de la transparencia en la gestión administrativa en treinta instituciones de educación superior (IES), con el objetivo de evidenciar que, en la *praxis*, existen vacíos en el diseño de aplicaciones de gestión gubernamental referentes a transparentar los actos públicos que afectan el alcance de la apertura y la calidad de la información que es entregada a la ciudadanía. Además, es el objetivo de mayor relevancia vincular a la gestión de procesos de negocio (*Business Process Management* [BPM]) como dispositivo auxiliar en la consecución de los postulados del Gobierno abierto mediante su incorporación al

ámbito institucional de las entidades públicas en Ecuador. Sobre la base de lo anterior, se busca identificar las dificultades relacionadas con la transparencia, interoperabilidad y estandarización de la publicación de información contractual.

Partiendo de la noción de transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana como elementos transversales del Gobierno abierto y de los ODS16-6, resulta necesario indagar cuál ha sido el impacto de la política y normativa de transparencia vigente respecto a la apertura de la información pública en Ecuador entre 2016-2020. Cabe destacar que en 2019 se introdujo el concepto de Gobierno abierto en las políticas del Gobierno central. Se considera también que la transparencia y rendición de cuentas son indispensables para que la ciudadanía, mediante los mecanismos constitucionales, pueda participar de manera efectiva en el gobierno y la toma de decisiones.

Este análisis, que se realiza a partir del artículo 7 de la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Lotaip), en relación con la difusión de la información pública, evalúa la entrega de información de transparencia de treinta instituciones de educación superior (IES). Se han escogido a las IES, ya que hacen parte del universo de entidades llamadas a cumplir con los preceptos del Gobierno abierto en Ecuador y, además, porque luego de una indagación preliminar se advirtió que los accesos de transparencia de un gran número de IES no contiene la información completa en sus páginas web. Así también lo sostiene Gómez:

Los portales de transparencia de la mayoría de universidades y escuelas de educación superior estatales carecen de información y documentos que permitan conocer su distributivo de personal, remuneraciones por puesto, y el uso que se le da a los recursos que provienen de los ciudadanos (Gómez, 2020, párr. 16).

De forma paralela, las IES son de las entidades públicas con mayor recorte presupuestario, del 17,42 % entre 2016 y 2020, además que, la ejecución presupuestaria alcanzó el 85 % en el mismo período, es decir, el 15 % de los fondos no se utilizó por alguna razón. Esto genera interés en la manera en la que se gestiona la ejecución presupuestaria y, por ende, la rendición de cuentas respecto en el componente de Contratación Pública.

El período seleccionado corresponde a los últimos cinco años, luego de la entrada en vigencia en 2015 de la Agenda 2030 y del ODS16-6 respecto a la creación de instituciones eficientes, transparentes y que rindan cuentas. Esta meta se relaciona con los postulados del Gobierno abierto sobre transparencia, rendición de cuentas y participación ciudadana. A partir de los resultados de esta investigación se busca generar una propuesta de mejora institucional de las IES en la gestión de la información pública.

La metodología que se utilizó es del tipo cualitativo en lo referente a la recolección de datos. En primera instancia, mediante una investigación de escritorio, se realizó un barrido en las páginas web del acceso a transparencia de treinta IES en Ecuador de los meses de diciembre de 2016 a 2020 en lo correspondiente a: 1) acceso a la página de transparencia; 2) acceso al informe mensual de contratación

pública, y; 3) acceso a la documentación de los procesos de contratación pública. En segunda instancia se recurre al procesamiento y tabulación de dicha información, en la cual se asignaron valores de esta manera: el cumplimiento en la presentación de documentación corresponde a  $n = 3,33$  y el incumplimiento un valor de  $n = 0$  para cada uno de los criterios anteriores. La intención ulterior es obtener valores referenciales que permitan calcular de forma porcentual el nivel de cumplimiento de la norma por parte de las IES. De manera adicional, se recolecta información en lo referente a la incorporación de BPM y de las entidades que hacen uso de estos sistemas, no solo para la gestión administrativa sino con el interés de propiciar mayores niveles de transparencia en la gestión pública.

## 2. Contexto y situación del Gobierno abierto

El manejo del concepto de Gobierno abierto desde el Gobierno central es concomitante con la creación del Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto Ecuador 2019-2021 (PPAGAE, 2019-2021), el cual fue elaborado de forma coparticipativa con la ciudadanía y recoge los lineamientos básicos que buscan introducir compromisos asumidos para su implementación, tales como la transparencia y acceso a la información pública, integridad y rendición de cuentas, colaboración e innovación pública y ciudadana (GAE, 2019, p. 11). Con antelación, el Estado ecuatoriano, desde 2016 es parte signataria de la Agenda 2030 de la ONU (2015, p. 30) que entre sus objetivos y metas se encuentra el ODS16-6 que, a su vez, está relacionado con el Gobierno abierto (GAE, 2019, p. 24). A lo mencionado, se incorpora un elemento adicional en el Gobierno abierto, que es la participación ciudadana, a la cual se dedica especial énfasis, tal como se muestra en la tabla 1:

Tabla 1

Fuerza de la relación de los pilares para la construcción e implementación del PPAGAE 2019-2021 con los componentes del ODS16-6 de la Agenda 2030

Pilares para la construcción e implementación del PPAGAE 2019-2021	Fuerza de la relación con los componentes del ODS16-6		
	Eficacia	Transparencia	Rendición de cuentas
Transparencia y acceso a la información pública	1	3	2
Integridad y rendición de cuentas	1	2	3
Participación ciudadana	2	2	2
Colaboración e innovación pública y ciudadana	2	1	1
Nivel de relación por componente	6	8	8

Fuente: Primer Plan de Gobierno Abierto 2019-2021 y Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Elaboración: propia de los autores (2021).

Nota: la relación de fuerza es (3) muy fuerte, (2) fuerte, (1) moderada.

El ODS16-6 de la Agenda 2030 y el PPAGAE 2019-2021 persiguen objetivos similares, lo cual, desde la implementación de políticas para dar cumplimiento a sus postulados, implicaría un doble esfuerzo para alcanzar un mismo fin. En la práctica, esto ha sido resuelto de forma programática mediante el PPAGAE 2019-2021, el cual articula una serie de dispositivos para el cumplimiento de los dos compromisos que de estas iniciativas se desprenden y que introducen evidencia, una vez en ejecución, de la apertura del Gobierno dentro de un contexto de sostenibilidad. Este antecedente no es menor, en tanto se considera que al Gobierno abierto un eje transformador de relaciones y herramienta para la consecución de los ODS (Hernández, 2020, p. 15).

## 2.1. Gobierno abierto en el contexto del desarrollo sostenible en 2019

Mediante Acuerdo Ministerial SNPD-046-2018 se establece y regula el procedimiento para la elaboración anual del Informe de Avance del Cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible (IACA, 2019). Por medio de este procedimiento el Gobierno se planteó el propósito de brindar seguimiento al cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030 de manera anual. De esta forma, en 2019 se contó con un primer documento oficial de rendición de cuentas.

El ODS16-6 de la Agenda 2030 hace mención a la construcción de una institucionalidad eficaz y transparente que rinda cuentas, elemento recogido en el IACA 2019 y traducido en cuatro indicadores. En 2019 se produjo una actualización al Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 de los objetivos e indicadores originales utilizados por el Consejo Nacional de Planificación (CNP, 2019, p. 4). Los objetivos del PND 2017-2021 e indicadores del IACA 2019, al estar relacionados con el ODS16-6 en lo que refiere a institucionalidad, no incluyen un eje transversal que sea identificable a plenitud. Sobre lo indicado, se abre la posibilidad para evaluar los criterios que han sido considerados, con el fin de fortalecer los indicadores seleccionados, ampliar el número de indicadores a ser estimados y brindar aportes metodológicos.

En la tabla 2 se observan cuatro indicadores que se obtuvieron luego de una revisión del IACA 2019. No obstante, dos de las organizaciones involucradas en el desarrollo de este documento han identificado solo dos indicadores, que son el gasto primario respecto del presupuesto general del Estado y la calidad de servicios públicos, sin que se haya encontrado información sobre la medición de los mismos en Ecuador en 2019 (Fundación Futuro Latinoamericano y Grupo Faro, 2020). Esto implica no solo una limitación en el número de indicadores, sino, un límite respecto de la posibilidad de conocer sobre el cumplimiento del ODS16-6 a nivel doméstico. Muestra de esto se encuentra manifiesto dentro del sitio web de la organización Alianza para la Contratación Pública Abierta (*Open Contracting Partnership*, OCP) relativa a la apertura de la información de contratación pública que, a fecha 9 de marzo de 2021, no registra datos sobre innovación en el monitoreo de contrataciones y uso de datos, como tampoco, la existencia de casos de éxito (OCP, 2021). A continuación, la tabla 2 incluye la relación entre objetivos e indicadores:

Tabla 2

Vinculación de los Objetivos del PND 2017-2021 con indicadores para el cumplimiento del ODS16-6 obtenidos a partir del IACA 2019

Indicador del IACA 2019*						
Objetivos relacionables	Descripción del Objetivo del PND 2017-2021	Diálogo político	Calidad de servicios públicos	Calidad regulatoria	Gasto primario respecto del Presupuesto General del Estado	Relación con el ODS16-6 de la Agenda 2030
Objetivo 7	Incentivar una sociedad participativa, con un Estado cercano al servicio de la ciudadanía	✓	✓	x	✓	Institucionalidad democrática / eficacia
Objetivo 8	Promover la transparencia y la corresponsabilidad para una nueva ética social	x	x	✓	✓	Transparencia / rendición de cuentas

Fuente: Secretaría Técnica Planifica Ecuador (2019) y Consejo Nacional de Planificación (2019). Elaboración: adaptación gráfica de los autores (2021).

\* (✓) Existe relación entre el objetivo PND 2017-2021 y el indicador a ser evaluado del IACA 2019.

(x) No existe relación entre el objetivo PND 2017-2021 y el indicador a ser evaluado del IACA 2019 o la misma es débil.

### 3. Limitaciones a la transparencia y calidad de los datos

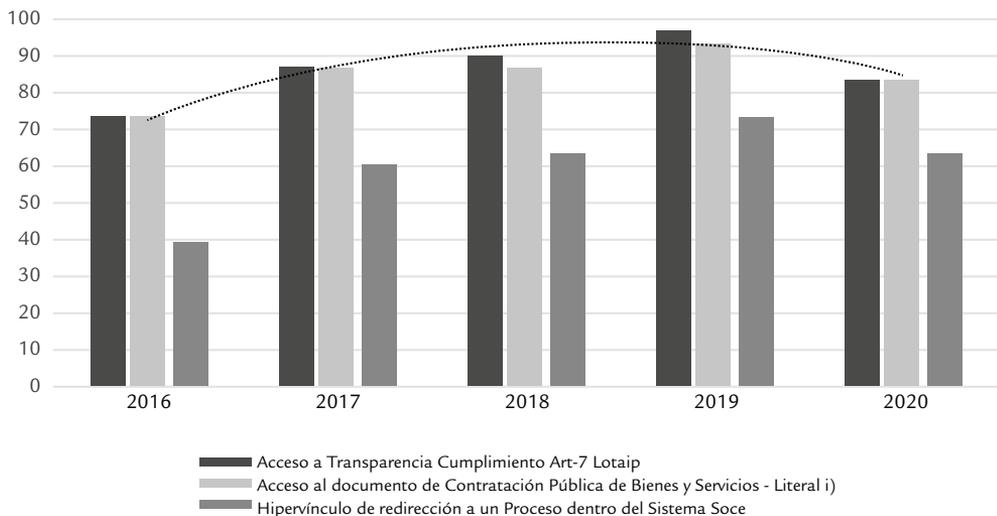
En el primer criterio de evaluación (acceso a la página de transparencia) se recogieron los resultados del número de IES que dentro de sus sitios web institucionales incluyen el acceso a transparencia normado por el artículo 7 de la Lotaip (Ley 24, 2004) por años y meses. Se verifica que, en ocasiones, no está publicado el literal i) correspondiente a procesos de contratación pública, en tanto que en otros no se encuentra publicado uno o varios de los años comprendidos entre 2016 y 2020. En el segundo criterio (acceso al informe mensual de contratación pública) se examinó la posibilidad de acceder al documento en el que se encuentran listados los procesos de contratación pública de bienes y servicios a los que refiere el literal i). Se verifica que, en ocasiones, el sitio no redirige al documento puesto que no tiene hipervínculo, o incluso, el acceso se encuentra restringido por claves de acceso desde la fuente, es decir, desde las IES. Respecto del tercer criterio (acceso a la documentación de los procesos de contratación pública), el documento en que se listan los procesos de contratación pública no existe o en los casos en que se halla publicado no tiene los hipervínculos que permitan acceder a la información contractual, los hipervínculos presentan errores para el acceso o redirigen a la página de la plataforma del Sistema Oficial de Contratación

del Estado (SOCE), en la cual el sistema solicita credenciales de acceso al ciudadano. Todo lo anterior contrasta con lo establecido en el artículo 1 de la Lotaip, que establece que,

Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público están sometidas al principio de publicidad, siendo este un derecho de las personas que garantiza el Estado. El principio de publicidad al que se hace referencia implica que la información pública se encuentre al alcance de la población y se facilite el acceso indiscriminado a la misma, la cual debe ser completa, original, oportuna, de fácil interpretación y que la misma no encuentre limitaciones tecnológicas (Ley 24, 2004).

En el gráfico 1 se observa que el cumplimiento respecto de la inclusión de accesos a transparencia en los sitios web de las IES y la posibilidad de acceso al documento que compila los procesos de contratación pública de bienes y servicios de forma mensual en 2016 registran un valor de 73,26 %. En 2019 existe una variación positiva de estos dos indicadores respecto de 2016 en un 23,31 % y 19,98 %, de forma respectiva. La interoperabilidad o redireccionamiento en el acceso al SOCE en 2016 se sitúa en el 39,36 %, valor que en 2019 alcanza el 73,26 %. No obstante, los tres criterios muestran un comportamiento descendente en 2020, siendo el dato de mayor relevancia. En ninguno de los casos el cumplimiento alcanza el 100 %.

**Gráfico 1**  
Porcentaje de sitios web de IES en las que se encuentra publicado de manera correcta un reporte mensual del listado de procesos de contratación pública de bienes y servicios



Fuente: sitios web de las IES respecto de Transparencia / Lotaip / Art. n.º 7 Lotaip / literal i) de los meses de diciembre de 2016-2020. Elaboración: propia de los autores (2021).

Mediante la evidencia recolectada se pone de manifiesto que: 1) existen casos en los cuales los accesos para la verificación de documentación no existen; 2) otros tantos en los que los vínculos no son operativos, y; 3) en algunos casos no existe la referencia a contratos o no constan procesos ni información publicada. La muestra apunta a la insuficiencia en la transparencia y limitaciones en el control ciudadano, restringiendo los dispositivos que viabilizan su participación. Entre las razones limitantes se hallan la inexistente homogeneidad de los datos y su presentación, así como una reducida interoperabilidad interinstitucional (GAE, 2019, pp. 39-43). Se concluye, de manera parcial, que existe incumplimiento a lo dictado de manera expresa en el artículo 7, literal i) de la Lotaip sobre,

La difusión a través del portal web institucional de Información actualizada completa y detallada de los procesos pre-contractuales, contractuales de adjudicación y liquidación de las contrataciones de obras, adquisición de bienes, prestación de servicios, arrendamientos mercantiles, etc., celebradas por la institución con personas naturales o jurídicas incluidas concesiones, permisos o autorizaciones (Ley 24, 2004).

### **3.1. Gobierno electrónico: antecedente del Gobierno abierto**

Si bien hasta el año 2019 ha existido un limitado desarrollo y planificación del ODS16-6 y del Gobierno abierto, dentro del PPAGAE 2019-2021 se han incluido compromisos que han sido recogidos como producto del trabajo de diversos actores, con la premisa de reestablecer la confianza en las instituciones públicas, pero, sobre todo, con énfasis en el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) como mecanismo para el impulso de la innovación (GAE, 2019, p. 11). Todo lo indicado apunta a brindar estructura a un plan que recoja elementos que puedan ser medidos y presentados respecto del ODS16-6 y de los compromisos dentro del AGA. A lo enunciado es importante conocer cómo intervienen las TIC en el Gobierno abierto.

El Gobierno abierto es un concepto que parte, en lo que respecta al uso de tecnología, desde una concepción que le es anterior y de mayor amplitud, el Gobierno electrónico (GE). El GE supone el uso exhaustivo de las TIC para la transformación del gobierno en su integridad. El hincapié del GE se encuentra en la gestión, administración, planificación y promoción de la participación ciudadana mediante el uso de herramientas que acerquen al ciudadano y que son generadas por el Estado (Nasser y Concha, 2011, p. 5).

Uno de los mayores retos dentro de la promoción de la participación ciudadana se encuentra en el cambio de paradigma para insertar una cultura que priorice el uso de las TIC, por ejemplo, sobre el uso de archivos en papel. Gran parte de la información que se genera en los entes gubernamentales se encuentra en archivos y bodegas atestadas de registros documentales físicos que no son seguros y pueden ser manipulados. Por esta razón es necesario arribar a una instancia en la cual los datos sean abiertos en su totalidad y de calidad, pero sobre todo oportunos. Es decir, que sean publicados conforme se avanza en los procesos desde su planificación y hasta su ejecución en tiempo real (Neumann, 2017, párr. 6). Para esto, es necesario que los documentos estén digitalizados.

De forma adicional, la importancia del GE se encuentra en los beneficios que de este se desprenden. La eficiencia, efectividad, transparencia y rendición de cuentas son elementos que, puestos a prueba, mediante el uso de las TIC, aportan a mejorar la gestión gubernamental (Nasser y Concha, 2011, p. 11). A esto se añade un elemento revitalizador de las relaciones Gobierno-ciudadanía, en las cuales las políticas de Gobierno abierto persiguen la modernización de los sistemas de gestión gubernamentales (Hernández, 2020, p. 19). Mediante la modernización se puede insertar modelos que promueven la eficiencia en la Administración pública, a la vez que promueven la participación ciudadana, como es el caso del sistema de gestión de procesos de negocio o *Business Process Management* (BPM).

#### **4. Gobierno abierto y BPM**

Los datos generados que se entregan a la ciudadanía deben considerar ciertos principios que son inmanentes a su característica de abierto y que son correlativos al BPM. Nasser y Concha definen los principios que caracterizan al Gobierno abierto (2011, p. 14) y que son utilizados en el presente artículo para establecer su relación con el BPM. El propósito es aportar al entendimiento respecto de la forma en la cual el BPM contribuye en la consecución del Gobierno abierto. De esta manera se considera lo siguiente:

##### ***Complejidad de los datos***

El BPM es un sistema que permite que los documentos públicos integros y que incluyen firma electrónica de responsabilidad, generados en un proceso, habiliten subsiguientes hitos una vez que los mismos han sido incorporados al sistema. Dicho de otra manera, los documentos públicos son elaborados en el sistema BPM o cargados de forma digital en el mismo y luego pasan a ser de acceso para toda la entidad pública. Estos documentos no están sujetos a privacidad y pueden descargarse del sistema en el cual se almacenan de forma automática y electrónica y de manera organizada según los hitos del proceso. El BPM es un sistema completo de información y comunicación (Díaz, 2008, p. 154).

##### ***Los datos deben ser primarios***

La información generada se produce de forma original. Los datos, sean archivos digitales, tales como documentos o formularios electrónicos que se encuentran en el sistema (Coellar, 2016a, párr. 2), una vez que son generados no son reprocesados ni tampoco se pueden incluir formas agregadas (Nasser y Concha, 2011, p. 14), ya que son estandarizados y la información que contienen es habilitante dentro de un proceso. El mecanismo automatizado desactiva el acceso al usuario anterior, lo que imposibilita la ejecución de acciones posteriores, previniendo la duplicidad o manipulación del contenido original del documento. De forma adicional, los datos son almacenados en los servidores que guardan los archivos originales, así como las actividades con fecha y hora de ejecución de manera automática (Coellar, 2016b, párr. 7).

Marchán y Oviedo agregan que para que el sistema funcione se debe entregar un poder al ciudadano para que realice evaluaciones, tanto al desempeño individual de servidores públicos como de los procesos internos, para lo cual, es primero necesario que se consideren las necesidades ciudadanas y se encaminen los productos finales primarios a sus requerimientos (2011, p. 22). Es decir, estos productos finales son el resultado de un ajuste continuo de demandas sociales plasmadas en los mismos.

### ***Los datos deben ser oportunos***

El principio de oportunidad es el paraguas bajo el cual se asienta el sistema BPM. El producto de una actividad materializada en un documento inserto en el sistema valida la gestión del funcionario público, el cual pasa a ser parte de la cadena de valor del proceso. La presente propuesta sostiene que los documentos que se generen y se producen en el sistema BPM se encuentren disponibles a la ciudadanía y sean divulgados en tiempo real (Nasser y Hoffman, 2016, p. 14), al menos aquellos documentos que tienen mayor importancia. La publicación de la información en tiempo real es lo que brinda valor a la misma.

Una vez que estos archivos se encuentren disponibles en el sistema, la ciudadanía podrá hacer uso de ellos y se hará efectivo el ejercicio del control ciudadano, tomando acciones para requerir la auditoría y hasta la suspensión de los efectos jurídicos de un proceso administrativo. El apoyo en las tecnologías se sustenta en la capacidad de brindar resultados que descansen en la disponibilidad de la información, en conocer las necesidades del ciudadano, entre las cuales se encuentra la oportunidad en la entrega y calidad del servicio y su seguimiento (Díaz, 2008, p. 153).

Existen referencias internacionales de Estados que no solo revelan información contractual a partir de la solicitud ciudadana, sino que lo hacen de forma proactiva y constante (Nasser y Hoffman, 2016, p. 14). Es decir, entregan información sobre procesos de contratación pública aun cuando esta información no ha sido solicitada, a lo largo del ciclo de contratación pública o en tiempo real conforme el proceso avanza. Ucrania, por ejemplo, integró el Gobierno abierto con BPM mediante una serie de reformas a la contratación pública, logrando mayores ahorros, competencia y reducción en la percepción de corrupción (Kroon y Garland, 2018, p. 8).

### ***Los datos deben ser accesibles***

La accesibilidad de los datos que se encuentran en el sistema BPM, disponible para los usuarios, está limitada a los miembros de la organización desde la cual se generó. Sin embargo, dada su flexibilidad, el sistema BPM puede vincularse al sitio web de la entidad gubernamental y se puede incluir un acceso directo para liberar y por descarga a toda persona que requiera información directa de la fuente (Mirofsky y Bevilacqua 2017, p. 364). Los productos finales, entendidos como bienes y servicios públicos, deben ser accesibles y oportunos en la entrega que se brinda de estos a los usuarios externos de la entidad gubernamental (Marchán y Oviedo, 2011, p. 25).

De manera adicional, el sistema BPM incluye un flujograma que contiene los nodos del proceso que permiten al usuario identificar la actividad, documento, funcionario responsable y estadísticas de cada parte del mismo (Coellar, 2016b, párr. 1). Mediante esta identificación se puede categorizar la información y ponerla a disposición del usuario para que la utilice y reutilice con el propósito que le sea conveniente. Por ejemplo, se puede empaquetar toda la información que la institución ha generado referente al Plan Anual de Contrataciones Institucional (PAC), normado en el artículo 22 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (LOSNCP) (Ley 1, 2008) y conforme se haya ejecutado. Esta información puede tener un alto valor para que la ciudadanía realice un seguimiento tanto de la eficiencia y eficacia en la contratación pública, como de los cambios que se generan en relación con el plan original.

Contrario a lo propuesto por Marchán y Oviedo, quienes señalan que los productos primarios intermedios, los cuales a pesar de ser parte de la cadena valor no se dirigen a la ciudadanía (2011, p.24), este artículo pretende introducir una orientación distinta. Se trataría de la inclusión de productos primarios intermedios que puedan ser empaquetados de manera que tengan utilidad, sean entregados a la ciudadanía y se pueda generar una veeduría ciudadana. Estos documentos pueden ser, por citar un ejemplo, informes técnicos, mismos que descansan sobre argumentos de valor que pueden ser rebatidos por pares en el área de conocimiento específico. Su utilidad sería mayor tan pronto se encuentren disponibles, mas no en el momento en que finaliza un proceso contractual.

### ***Los datos deben poder ser procesados***

Este elemento es el de mayor importancia al momento de vincular el Gobierno abierto con el BPM y se relaciona de forma directa con el punto anterior. Nasser y Concha indican que los datos, refiriéndose a aquellos que se entregan a la ciudadanía, deben ser “razonablemente estructurados para permitir su automatización a través de diversas herramientas” (2011, p. 14). El BPM, por su naturaleza estructurada, puede utilizarse agregando funciones para clasificar documentación de acuerdo con temas de forma cronológica, departamental, entre otras. Esto, a su vez, permite obtener información estadística de cada categoría de documentos que se generan sobre distintos procesos (Coellar, 2016b, párr. 3).

Regresando al ejemplo del PAC, es posible empaquetar todas las reformas que se hagan y obtener datos estadísticos al comparar los valores presupuestados con los valores que se modifican con cada reforma. Asimismo, el sistema BPM parte de un levantamiento de procesos u obtención de información metodológica, lo que quiere decir que existe una estructura definida de las actividades que se llevan a cabo dentro de un proceso reflejado en un flujograma que permite, al abrirlo al público, que la ciudadanía identifique la fuente (dirección a cargo), el estado (ejecutado o en ejecución), la temporalidad (tiempo que toma la ejecución con base en la media y desviación estandar medida en horas), de las actividades de un proceso que es automatizado (Coellar, 2016c, párr. 2).

### ***Acceso indiscriminado***

Una vez que los documentos se encuentren en la nube o servidor de la entidad gubernamental se genera un acceso mediante el sitio web institucional de los productos primarios que se han abierto al público y sin necesidad de registro alguno. Dentro del estudio de caso de las IES, que es parte del presente artículo, la disponibilidad de la documentación de contratación pública se encuentra restringida por claves de acceso generadas incluso desde la fuente. Es decir que para acceder a la información es necesario ingresar contraseñas de usuario dentro del sitio web de la IES.

#### **4.1. Automatización de procesos y mejora continua en la gestión pública**

Los BPM son una especie de *software* empresarial (Díaz, 2008, p. 170) cuyo modelamiento, al ser aplicado a entidades gubernamentales o de la Administración pública, pasan a denominarse *Government Process Management Systems* (GPMS) (Salimbeni, 2019, p. 77). En la actualidad, estos sistemas son utilizados en algunas entidades gubernamentales de Ecuador para modelar y ejecutar actividades relacionadas entre sí, estructurando procesos que se desarrollan dentro de una dirección administrativa. Los procesos se conectan, a la vez, con aquellos de otras direcciones de la administración, involucrando a todas las áreas de un mismo ente gubernamental (Coellar, 2016b, párr. 8). El sistema puede ser escalado para vincularse con otros entes gubernamentales. Sobre esto cabe anotar que entre las instituciones que utilizan el GPMS se encuentran la Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay (Uitey), el Consejo de Educación Superior (CES), los Gobiernos Autónomos Descentralizados (GAD) de Cuenca, Gualaceo y Guaranda, el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social (IESS), el Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos y la Empresa de Agua Potable y Alcantarillado de Durán (Emapad-EP) (Coellar, 2016a).

En lo conceptual, el Gobierno abierto, además de tener un núcleo de transparencia, participación ciudadana y participación colaborativa en la gestión pública (Rodriguez de Caires, 2020, p. 28), supone también el uso de tecnología con el fin de alcanzar mayores niveles de transparencia (Montero, 2017, p. 55). Es en el uso de tecnología que se establece un vínculo entre el Gobierno abierto y el GPMS. De esta manera, desde el plano institucional, la organización tiene, gracias a la automatización, accesos para monitorear la eficacia en la ejecución de actividades, la documentación generada en cada eslabón de la cadena, tiempo real en la documentación y candados a la manipulación física de documentos con resultados de gestión, operación e indicadores (Coellar, 2016b, párrs. 1-2). El efecto que se produce es la promoción de una cultura de rendición de cuentas permanente.

En el apartado anterior se puso en evidencia la insuficiencia en la provisión de información, junto con las dificultades de acceso y exigua interoperabilidad interinstitucional en la publicación de la información sobre procesos de contratación pública. Los documentos precontractuales, contractuales y de ejecución de

los procesos de contratación pública deben estar a disposición de la ciudadanía en todo momento y en tiempo real. El acceso a la información pública exige que exista alta interoperabilidad de entes gubernamentales que puedan actuar, de manera subsidiaria, al suplir la información en ausencia de la misma por parte de otro ente (Mendling *et al.*, 2018, p. 4).

Para que exista total transparencia, el Gobierno debe poner a disposición información objetiva, clara y libre de manipulación. En este sentido, se proponen dos pasos secuenciales para obtener mayor transparencia. En primer lugar, la implementación de certificados de firma electrónica en todos los procesos y niveles de la Administración pública e implementación rígida de normativa papel cero. El certificado de firma electrónica permite insertar un registro con los datos de su propietario en documentos digitales, con lo cual la generación y archivo de documentos se puede realizar de manera digital conservando el mismo nivel de validez que la firma física (Orellana, 2019, párr. 1). La firma electrónica es una herramienta que dinamiza la gestión pública y acelera la transición a la automatización de procesos (Coellar, 2016c, párr. 4).

Prueba de la utilidad de la firma electrónica se encuentra, por citar un ejemplo, en su aplicación para el desarrollo del teletrabajo por motivo de la pandemia del covid-19. Tanto el sector privado como público han hecho uso de esta para el desenvolvimiento de actividades laborales. Desde 2020 el Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador (Sercop) ha incorporado la obligatoriedad en el uso de certificados de firma electrónica para la gestión de los procesos de contratación pública (Resolución RE-SERCOP-2020-106, 2020). En este sentido, la obligatoriedad en la utilización de la firma electrónica en el servicio público responde a factores de fuerza mayor que han acelerado su implementación. Sin embargo, esta herramienta, como se ha demostrado, bien ha podido ser un elemento de un plan de digitalización y automatización de procesos y apertura de la documentación. Nótese que los objetivos organizacionales de un ente de gobierno no deben encontrar ataduras respecto de los tiempos políticos, los cuales son diacrónicos a las necesidades institucionales de los entes regulados (Salimbeni, 2019, p. 81; Mirofsky y Bevilacqua, 2017, p. 372).

Sobre lo indicado, existen iniciativas que se alinean con las exigencias de la velocidad de los cambios en la gestión pública. Destaca el caso de la Uitey, que ha llevado a cabo gestiones innovadoras que han permitido agilizar sus procesos que apuntan hacia la automatización de sus procesos (Resolución UITEY-REC-2018-0044-R, 2018). El primer paso en la consecución de este objetivo se produjo con la adopción de la política cero papel desde 2015 (Reglamento RCG-SE-05 No. 026-2015, 2015).

En segundo lugar, se plantea la implementación de sistemas GPMS a escala institucional y, de manera posterior, interconectados a nivel de entidades de gobierno. Como antecedente, el Gobierno ecuatoriano implementó el Sistema de Gobierno por Resultados (GPR) para la elaboración de la planificación de las entidades del sector público ecuatoriano. Esto es, medir el avance en la consecución de

los objetivos planteados a niveles estratégicos y operativos del Gobierno mediante un sistema que brinda seguimiento a los procesos y sus resultados (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020a). El GPR es un sistema informático que requiere que los ingresos de los resultados se inserten de manera manual por un usuario con perfil ejecutivo o administrador (Secretaría Técnica Planifica Ecuador, 2020b, párr. 3). Es decir que los resultados pueden ser modificados, lo cual puede generar controversia entre la información que se genera y la información que se publica.

Con la intención de reevaluar esta forma de operación, se propone como mecanismo de mejora institucional que la generación de indicadores y resultados sea automatizado, con el fin de evitar la manipulación de información. En un contexto de mayor amplitud, esta inserción aporta a la transparencia, elemento fundamental de una sociedad democrática. A su vez, la humanidad se encuentra experimentando cambios en la dinámica de la gestión encaminada hacia la eficiencia total que se caracteriza por el desarrollo de sistemas industriales inteligentes, los cuales aplican para todo tipo de procesos administrativos incluyendo a las entidades gubernamentales (Van der Aalst, La Rosa y Santoro, 2016, p. 2). Es necesario que las entidades gubernamentales expongan sus procesos de manera diáfana apoyándose en sistemas de automatización de procesos.

Para complementar sobre el GPMS, todas las partes de un proceso, incluyendo a los documentos que se generan, se almacenan e ingresan a una red compartida en tiempo real (Mirofsky y Bevilacqua, 2017, p. 357) y eliminando la posibilidad de que la documentación sea eliminada o alterada. La información se almacena en un repositorio especializado de manejo documental digital que permite, después de haber realizado el diseño respectivo, la búsqueda por contenido de los documentos (Coellar, 2016c, párr. 4). Por otro lado, la oportunidad en la entrega de información promueve la “integración de terceras partes en los procesos, permitiendo a clientes, proveedores, organismos públicos y otros —terceras partes en general— participar en el proceso de forma automatizada, directa y eficiente” (Díaz, 2008, p. 169).

De forma adicional, el avance de la tecnología hace posible que el GPMS pueda tener mayores capacidades de interoperabilidad para la ejecución de procesos en que se requiere la participación interinstitucional y la fiabilidad de información. A este respecto, tal como se observó en el apartado sobre las IES, no se puede validar la información por un tercero. Mediante el *Blockchain*, que merece un estudio complementario y diferenciado del presente documento, es posible el soporte dentro del GPMS para la colaboración en ámbitos como la validación de información que pueda ser incongruente entre entidades gubernamentales (Mendling *et al.*, 2018, p. 7).

Existen referentes internacionales en la implementación de tecnología en el ámbito del Gobierno abierto, como el caso de Estonia, que no solo se enfoca en la digitalización del Gobierno, sino también en el desarrollo de habilidades para cocreación de política pública (Riigikantselei, 2020, p. 10). En Estados Unidos se utiliza en procesos que forman parte de la misión central de entes de gobierno

como la *Food and Drug Administration* (FDA). La metodología de gestión de GPMS en Estados Unidos ha servido para sentar las bases de nuevas formas de relación con los ciudadanos internos y externos (Chopra, 2015, párr. 27).

Por último, la información y documentación que se publica debe no solo ser “completa sino, objetiva, confiable, excelente, de fácil acceso, entendimiento e interpretación y que sus canales de comunicación sean absolutamente abiertos” (Capelli, de Padua y do Prado Leite, 2007, p. 1). Es por esto que la información debe ser abierta, debe incorporarse al sistema GPMS y que se publique toda la información en un portal web que pertenezca a cada uno de los entes de gobierno, pero que opere de forma independiente de su sitio web institucional (Pozo, 2017, pp. 405-406). El portal web debe ubicarse en los motores de búsqueda de tal forma que el ciudadano lo encuentre en el primer resultado de búsqueda, como una forma de acercar la información del Gobierno a la ciudadanía y fomentar la participación ciudadana.

## 5. Conclusiones

La presente investigación tuvo por propósito brindar entendimiento respecto del impacto de la política y normativa de transparencia vigente respecto a la apertura de la información pública en Ecuador entre 2016-2020. En primer lugar, se pone en contexto al concepto de Gobierno abierto en tanto el mismo es relevante para lograr una primera aproximación sobre la transparencia, estableciendo un vínculo con el desarrollo sostenible a fin de brindar entendimiento situacional de lo que son estos preceptos y cómo se articulan entre sí.

A partir de lo anterior se evidencia que las causas de la deficiente atención respecto de la normativa existente sobre transparencia incluyen: 1) una inexistente homogeneidad de los datos y sus formas de presentación, ejemplo de esto son las formas agregadas de programación, tales como la inserción de claves de usuario que obstruyen la entrega de información y acceso a documentos públicos; 2) discrecionalidad en la entrega de información mediante la omisión en la incorporación de accesos a las páginas que redirigen a los meses y años en que la información debe encontrarse disponible; 3) existencia de accesos dañados dentro de los portales web de las IES analizadas, y; 4) reducida interoperabilidad referente a la correspondencia interinstitucional, al observarse vínculos que no se encuentran operativos o que redirigen a la página de acceso al usuario del SOCE, la cual solicita claves de usuario para permitir la navegación en la misma. Se afirma, a partir de estos hallazgos, que no se brinda cumplimiento a la normativa vigente sobre transparencia.

En cierta medida, los problemas expuestos se encuentran relacionados con la infraestructura tecnológica, en cuanto se ha observado que los sistemas pueden ser conducidos de tal forma que la información sea omitida o presentada de manera incompleta. Se hace hincapié respecto de la importancia conceptual del Gobierno abierto, el cual tiene su asiento en el uso exhaustivo de la tecnología para de esta manera propiciar discusión sobre la incidencia del GE para procurar mayor eficiencia, efectividad, transparencia y rendición de cuentas.

Con miras a proveer de mayores herramientas para abordar el problema de investigación se fija la atención en la metodología de BPM, por lo que se enfatiza en su variante tecnológica BPMS, por medio de la cual, con la maximización de la eficiencia en el desempeño de las actividades empresariales, se propicia una cultura de rendición de cuentas continua. Con este principio como antecedente, el BPM ha sido utilizado en el sector público mediante los GPMS no solo con el propósito de aportar en la eficiencia sino de transparentar las actividades de los funcionarios públicos, regularizando además la gestión administrativa institucional mediante el control de actividades y provisión de indicadores fidedignos y de resultados reales.

De lo expuesto se colige que la normativa legal vigente sobre transparencia se cumple de forma parcial, al menos, en las IES. Es de considerar que la dinámica de gestión del servicio público atraviesa un momento clave en el cual los paradigmas de Gobierno abierto y gobernanza sostenible ejercen presión para lograr una transición hacia el logro de mayores niveles de eficiencia, eficacia y transparencia. En particular, el combate a la corrupción implica que se asienten mecanismos más eficientes para la rendición de cuentas continua y, de esta manera, se fortalezca la participación ciudadana. Así, se confirma la tesis propuesta sobre la necesidad de arribar a una apertura total de la información pública.

Por último, los mecanismos que promueven una cultura de apertura y transparencia están asociados a la política institucional que mediante los reglamentos introduce cambios positivos en la búsqueda de eficacia y transparencia. Por lo expuesto, es recomendable hallar los medios que permitan asociar estas prácticas con otros organismos públicos para que operen de forma acoplada. El propósito es que se pueda obtener ventaja de la implementación de dispositivos tecnológicos que son escalables y que, como el caso del GPMS, pueden ser modelados para propiciar el encuentro entre el Gobierno y la ciudadanía. Dicho de otra manera, introducir en el modelamiento del GPMS canales de acceso ciudadano a información completa, original, oportuna, de fácil interpretación y que la misma no encuentre limitaciones tecnológicas.

## 6. Referencias bibliográficas

- Alianza para el Gobierno Abierto (10 de septiembre de 2020). Sobre Open Government Partnership. Recuperado de <https://www.opengovpartnership.org/es/about/>
- Asamblea Nacional Constituyente (2008). Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador (Ley 1 de 2008). R. O.: 395.
- Ball, C. (2009). What is Transparency? *Public Integrity*, 11(4), 293-307. doi:10.2753/PIN1099-9922110400.
- Capelli, C., de Padua, A., y do Prado Leite, J. (2007). Exploring Business Process Transparency Concepts. Trabajo presentado en 15th IEEE International Requirements Engineering Conference de la IEEE, (pp. 389-390). Río de Janeiro. doi: 10.1109/RE.2007.35

- Chopra, A. (6 de mayo de 2015). Fostering a Government of 'Open Innovation'. Trabajo presentado en PriceWaterhouseCoopers para el Council on Foreign Relations (N. Pollard, entrevistador). Recuperado de <https://www.cfr.org/event/fostering-government-open-innovation>
- Coellar, P. (2016a). Casos de éxito. Recuperado de <https://www.cobus.com.ec/es/portfolio-items/universidad-de-yachay/>
- \_\_\_\_\_ (2016b). ¿Cómo Funciona? Recuperado de <https://www.cobus.com.ec/es/how-does-it-work/>
- \_\_\_\_\_ (2016c). Razones. Recuperado de <https://www.cobus.com.ec/es/reasons/>
- Congreso Nacional del Ecuador (2004). Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública. (Ley 24 de 2004). R. O.: 337
- Consejo Nacional de Planificación (2019). Modificación del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Quito: Secretaría Técnica Planifica Ecuador.
- Díaz, F. (2008). Gestión de procesos de negocio BPM (Business Process Management), TICS y crecimiento empresarial. *Universidad y Empresa*, 7(15), 151-176.
- Fundación Futuro Latinoamericano y Grupo Faro (2020). Observatorio Nacional. Recuperado de <https://odsterritorioecuador.ec/observatorio-ods-2/>
- Gobierno Abierto Ecuador [GAE] (2019). Primer Plan de Acción de Gobierno Abierto Ecuador 2019-2021. Quito: Secretaría Técnica Planifica Ecuador.
- \_\_\_\_\_ (10 de septiembre de 2020). ¿Qué es la Alianza para el Gobierno Abierto? Recuperado de <https://www.gobiernoabierto.ec/ecuador-en-la-aga/>
- Gómez, L. (26 de mayo de 2020). El presupuesto de las universidades, ¿dinero bien gastado? Observatorio de Gasto Público de Fundación Ciudadanía y Desarrollo. Recuperado de <https://www.gastopublico.org/informes-del-observatorio/el-presupuesto-de-las-universidades-dinero-bien-gastado>
- Hernández, M. (2020). Nota Introductoria. En D. Pettinari (ed.), *Gobierno Abierto: estrategias e iniciativas en Iberoamérica Caracas* (pp.11-17). Caracas: Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD).
- Kroon, C., y Garland, A. (2018). Mithbusting Confidentiality in Public Contracting. Washington D. C. : Open Contracting Partnership.
- Marchán, C., y Oviedo, M. (2011). *Modelo de organización y gestión por procesos en la Administración Pública del Ecuador*, vol. 4. Quito: Editorial IAEN.
- Mendling, J., Weber, I., Van der Aalst, W., Brocke, J., Cabanillas, C., Daniel, F., Debois, S., Di Ciccio, C., Dumas, M., Dustdar, S., Gal, A., García-Bañuelos, L., Governatori, G., Hull, R., La Rosa, M. (2018). Blockchains for Business Process Management - Challenges and Opportunities. *ACM Transactions on Management Information Systems*, 9(1), (pp. 1-16).
- Mirofsky, E., y Bevilacqua, G. (2017). Caso de estudio: Municipio de Bahía Blanca. En A. Nasser, A. Ramírez-Alujas y D. Rosales (edits.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe* (pp. 353-378). Santiago: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (Cepal).
- Montero, G. (2017). Del gobierno abierto al Estado abierto: la mirada del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. En A. Nasser, A.

- Ramírez-Alujas y D. Rosales (edits.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe* (pp. 53-81). Santiago: Cepal.
- Nasser, A., y Hoffman, A. (2016). El gobierno electrónico y los datos abiertos: compartiendo información sin fronteras. En A. Nasser y A. Hofmann (edits.), *La contribución del gobierno electrónico y los datos abiertos en la integración regional* (pp. 103). Santiago: Cepal.
- Nasser, A., y Concha, G. (2011). El gobierno electrónico en la gestión pública. 73.<sup>a</sup> ed. Santiago: Instituto Latinoamericano y del Caribe de Planificación Económica y Social (Ilpes).
- Neumann, G. (4 de mayo de 2017). Contrataciones abiertas: Una solución de modernización de Estado con datos abiertos. [Entrada de blog] Recuperado de <https://blogs.iadb.org/conocimiento-abierto/es/contrataciones-abiertas-una-solucion-de-modernizacion-de-estado-con-datos-abiertos/>
- Open Contracting Partnership (9 de marzo de 2021). Ecuador. Recuperado de <https://www.open-contracting.org/worldwide/?lang=es#/ec>
- Orellana, J. (2019). Fabara Abogados. Firma electrónica ¿Cómo obtenerla? [Entrada de blog] Recuperado de <https://fabara.ec/blog-es/firma-electronica-como-obtenerla/>
- Organización de las Naciones Unidas [ONU] (2015). Objetivos de Desarrollo Sostenible. Recuperado de [https://www.un.org/ga/search/view\\_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S)
- Pérez, H., Santagada, E., Medrano, G., De Francesco, D., Sánchez, M., y Mejías, D. (2017). El derecho de acceso a la información pública y los datos abiertos como herramienta para mejorar la calidad de vida de las personas. En A. Nasser, A. Ramírez-Alujas y D. Rosales (edits.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe* (pp. 167-176). Santiago: Cepal.
- Peruzzotti, E., y Smulovitz, C. (2002). Accountability social: La otra cara del control. En E. Peruzzotti y C. Smulovitz. (eds.), *Controlando la Política* (pp. 1-39). Buenos Aires: Grupo Editorial Temas.
- Pozo, C. (2017). Gobierno Abierto y los laboratorios de innovación pública: el caso del municipio de Quito. En A. Nasser, A. Ramírez-Alujas y D. Rosales (edits.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal.
- Riigikantselei (2020). Estonia's Open Government Partnership Action. Recuperado de [https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2020/10/Estonia\\_Action-Plan\\_2020-2022\\_EN.pdf](https://www.opengovpartnership.org/wp-content/uploads/2020/10/Estonia_Action-Plan_2020-2022_EN.pdf)
- Rodrigues de Caires, C. (2020). El gobierno abierto desde la perspectiva del diseño de políticas públicas. En D. Pettinari (ed.), *Gobierno Abierto: estrategias e iniciativas en Iberoamérica Caracas* (pp.21-66). CLAD.
- Salimbeni, S. (2019). Gestión de Procesos de Negocio en el Sector Público. *Podium*, 35, (pp. 69-86). doi: 10.31095/podium.2019.35.5
- Secretaría Técnica Planifica Ecuador (2018). Acuerdo Ministerial Secretaría Técnica Planifica Ecuador. (Acuerdo Ministerial SNPD-046-2018 de 2018). Recuperado de <https://vlex.ec/vid/2030-desarrollo-sostenible-744555657>

- \_\_\_\_\_ (2019). Informe de Avance del Cumplimiento de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Quito: Secretaría Técnica Planifica Ecuador.
- \_\_\_\_\_ (2020a). ¿Cuáles son las directrices para la generación de Planes de Acción 2020? Recuperado de <https://soportegpr.administracionpublica.gob.ec/otrs/public.pl?Action=PublicFAQZoom;ItemID=147;ZoomBackLink=QWN0aW9uPVB1YmxpY0ZBUUV4cGxvcmVyO0NhdkVnb3J5SUQ9MTQ7U29ydEJ5PUZBUUIEO09yZGVy%0APURvd247U3RhcniRlaXQ9MQ%3D%3D%0A>;
- \_\_\_\_\_ (2020b). ¿Cuál es el procedimiento para corregir resultado en caso de algún error en el ingreso? Recuperado de <https://soportegpr.administracionpublica.gob.ec/otrs/public.pl?Action=PublicFAQZoom;ItemID=127;ZoomBackLink=QWN0aW9uPVB1YmxpY0ZBUUV4cGxvcmVyO0NhdkVnb3J5SUQ9NjEtb3J0Qnk9RkFRSUQ7T3JkZXI9%0ARG93bjtTdGFydEhpdD0x%0A>;
- Servicio Nacional de Contratación Pública del Ecuador (16 de julio de 2020). Disposición Transitoria Vigésima Segunda que instruye respecto de tener el certificado vigente para el uso de la firma electrónica para la validación documental (Resolución n.º RE-SERCOP-2020-106 de 2020). Recuperado de <https://portal.compraspublicas.gob.ec/sercop/wp-content/uploads/2020/07/R.E-SERCOP-2020-01061.pdf>
- Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay. (17 de septiembre de 2015). Reglamento Interno de Régimen Académico de la Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay. (Resolución RCG-SE-05 Nro. 026-2015 de 2015). Recuperado de [https://yachaytech.edu.ec/fileadmin/user\\_upload/uploads/PDFs/LOTAIP\\_October/LOTAIP\\_2015/Reglamento\\_Interno\\_de\\_Regimen\\_Academico\\_de\\_YT.pdf](https://yachaytech.edu.ec/fileadmin/user_upload/uploads/PDFs/LOTAIP_October/LOTAIP_2015/Reglamento_Interno_de_Regimen_Academico_de_YT.pdf)
- \_\_\_\_\_ (15 de mayo de 2018). Manual para el uso del Sistema de Gestión de Procesos en la Universidad de Investigación de Tecnología Experimental Yachay (Resolución UITEY-REC-2018-0044-R de 2018). Recuperado de <https://www.yachaytech.edu.ec/wp-content/uploads/2018/11/Manual-de-Uso-del-Sistema-Cobus-BPM.pdf>
- Van der Aalst, W., La Rosa, M., y Santoro, F. (2016). Business Process Management. *Business Information Systems*, 58 (1) (pp. 1-6). Wiesbaden: Springer Fachmedien. doi: 10.1007/s12599-015-0409-x

# Derecho a la educación en Latinoamérica ante la pandemia del covid-19: principales obstáculos y desafíos

## *The right to education in Latin America for the COVID-19 pandemic: main obstacles and challenges*

Juan Carlos Sánchez Lora

Doctor en derecho constitucional de la Universidad de Sevilla, España

Correo electrónico: [juancarlossanchezlora@yahoo.es](mailto:juancarlossanchezlora@yahoo.es)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2678-2333>

*Recibido: 24-mayo-2021. Aceptado: 21-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

### Resumen

Este artículo examina el impacto de la pandemia del covid-19 en el aprendizaje y el derecho a la educación en Latinoamérica. Para ello, se determina si las políticas de educación a distancia, emitidas por los Gobiernos de turno, se adecuaron a los estándares internacionales provistos por el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (SIPDH). Se analiza si, en efecto, dieron continuidad al aprendizaje, salvaguardando el núcleo esencial del derecho a la educación. Bajo una metodología analítica y descriptiva se recurre a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los informes emitidos por los órganos que conforman el SIPDH y algunas políticas públicas implementadas por los Gobiernos en materia educativa para identificar las principales fallas que han hecho infructuosa la aplicación de estas modalidades de enseñanza en los países de América Latina. Se concluye que, ante sus devastadores efectos, la llegada del covid-19 avivó aún más las falencias de los sistemas educativos nacionales, los cuales, en su gran mayoría, no garantizaron una educación inclusiva y de calidad apegada a los estándares internacionales.

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 175-191.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.250](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.250)



**Palabras clave:** derechos humanos, covid-19, educación, estándares internacionales, educación a distancia, políticas públicas.

### Abstract

This article examines the impact that the covid-19 pandemic had on learning and the right to education in Latin America. This study assesses whether remote education policies that Governments in the region issued considered the international standards provided by the International System for the Protection of Human Rights (ISPHR). The aim of the assessment was to verify whether policies effectively provided continuity to learning and supported the right to education. An analytical and descriptive methodology that used international human rights treaties, reports issued by ISPHR allied organisations and public policies implemented by governments in educational matters, helped to identify the problems that made the application of this education policies in Latin American countries unsuccessful. It is concluded that, given its devastating effects, the advent of covid-19 further aggravated the shortcomings of national education systems, most of which failed to ensure inclusive and quality education in line with international standards.

**Keywords:** human rights, covid-19, education, distance education, international standards, distance education, public policy.

## 1. Introducción

Con el surgimiento del virus del Síndrome Respiratorio Agudo Severo (SARS-CoV-2), causante de la enfermedad del covid-19, la humanidad se sumió en una crisis sanitaria global sin precedentes, además de los efectos sociales y económicos adversos. Junto a la pérdida de más de 4 500 000 vidas, se suman 221 millones de infecciones, 2,3 millones de fallecidos en América de los cerca de 5 millones en todo el mundo, según los datos de la Universidad Johns Hopkins a noviembre de 2021. Entre los resultados de las medidas de confinamiento social emitidas por los Gobiernos nacionales para controlar los brotes de infección se encontraba la libre circulación y movilidad, junto con otros derechos intrínsecos.

El derecho a la educación en todos sus niveles de enseñanza se vio interrumpida por el cierre de las instituciones educativas, situación que, en palabras del secretario general de Naciones Unidas, “ha causado el trastorno más grave registrado en los sistemas educativos en toda la historia y amenaza con provocar un déficit de aprendizaje que podría afectar a más de una generación de estudiantes” (Unesco, 2020). Los datos lo reflejan: la interrupción del sistema educativo presencial afectó a 1900 millones de estudiantes de más de 190 países en el mundo. El 99 % de los estudiantes de los países de bajos y medianos ingresos fue el más afectado (Naciones Unidas, 2020, p. 2). Frente a esta coyuntura, los Gobiernos se vieron en la necesidad de adoptar acciones positivas para salvaguardar el disfrute de la educación mediante el uso de formatos a distancia, sobre todo virtuales.

Sin embargo, su implementación no solo hizo aún más evidente las ya conocidas brechas sociales, sino que, ante el limitado acceso a estas modalidades virtuales, se produjo la pérdida y continuidad en los procesos de aprendizaje, cuyos efectos negativos profundizan las desigualdades sociales.

Si bien, el proceso de vacunación avanza a grandes pasos, pero desiguales e inequitativas en toda la región, en lo que respecta al avance educacional hay un estancamiento, pues cerca de la mitad de los educandos de todo el mundo, 210 813 123 estudiantes, siguen afectados por el cierre total y parcial de las escuelas, mientras que 100 millones de niños y niñas no llegarán al nivel mínimo de lectura como consecuencia de la crisis (Unesco, 2021a). Incluso, 40 millones de niños y niñas perdieron su tiempo de enseñanza en su año de educación preescolar (Naciones Unidas, 2020). Bajo este contexto, el presente artículo examina las políticas impulsadas por algunos Gobiernos latinoamericanos que emplearon formatos de enseñanza a distancia en las fases más drásticas de la pandemia durante 2020 y primer trimestre de 2021.

Con base en ello, se contrasta si las políticas nacionales han estado acordes o no a los estándares internacionales provistos por el Sistema Internacional de Protección de Derechos Humanos (SIPDH), que garantizan el derecho a la educación bajo cualquier escenario. De los hallazgos obtenidos, se realiza una propuesta de los desafíos que deben tener presente las autoridades nacionales para superar la crisis en el proceso de enseñanza-aprendizaje. Es de precisar que este estudio, con un enfoque normativo y reflexivo entre los estándares internacionales y la política nacional, sumado a las contribuciones de algunos académicos en la cuestión, se sustenta en diversos tratados en materia de derechos humanos, resoluciones e informes emitidos por los órganos que conforman el SIPDH de escala universal y regional, así como también, informes y publicaciones emitidas por organizaciones internacionales, como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA) mediante sus diversas agencias y programas.

Este artículo es oportuno porque se deriva de la necesidad de dar respuesta a la crisis educativa ocasionada por el covid-19, de modo que se plantea una serie de propuestas técnicas que en el marco del SIPDH resulten de utilidad para los Gobiernos latinoamericanos. Se enfatiza que el rezago educativo apremia de la adopción de políticas públicas tendientes a proveer, entre otras cosas, servicios de calidad que permitan reducir, de cara al futuro, el impacto de los predecibles riesgos o amenazas globales (Beck, 2008, p. 27) que afectan de forma indistinta a toda la sociedad.

A efecto de cumplir con estos objetivos, el artículo se encuentra estructurado de la siguiente manera: en un inicio, se analiza la definición y el contenido esencial del derecho a la educación en el marco de los instrumentos internacionales que integran el SIPDH universal y regional, en los que, además de reconocerlo como derecho humano, se han creado mecanismos institucionales para controlar y supervisar su cumplimiento por parte de los Estados que lo han ratificado. A

renglón seguido, se examinará las acciones que por lo regular han sido adoptadas por los Gobiernos nacionales latinoamericanos que buscaban garantizar el acceso a la educación bajo la modalidad a distancia durante la pandemia. A posterior se resaltarán los principales retos que deberán ser considerados por los Estados en el diseño de sus políticas, para ofrecer una educación apegada a los estándares internacionales, en el que se asegure una educación incluyente y de calidad. Por último, un cuerpo de conclusiones.

## **2. La educación en el SIPDH**

La educación es un derecho humano que comprende “[...] el conjunto de actividades de capacitación y difusión de información orientada a crear una cultura universal en la esfera de los derechos humanos mediante la transmisión de conocimientos, la enseñanza técnica y la formación de actitudes” (Naciones Unidas y Unesco, 2017, p. 17), con el propósito de desarrollar la personalidad humana, fortalecer el respeto a los derechos humanos y los principios universales como la comprensión, tolerancia, igualdad entre los sexos, la amistad entre las naciones, pueblos indígenas, grupos raciales, nacionales, étnicos, entre otros. Como derecho, supone el reconocimiento que se le ha dado en un instrumento jurídico que resulta protegido y exigible a favor de los individuos. Por su naturaleza es un derecho que debe interpretarse a la luz de los principios de indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos, puesto que sirve “para la consolidación democrática y eficacia misma de los derechos fundamentales” (Cotino Hueso, 2012, p. 127). De allí que reviste una bidimensionalidad al ser un derecho civil por el que se asegura la libertad de las personas y, a su vez, un derecho prestacional que el Estado está obligado a satisfacer como servicio público.

El SIPDH se encuentra integrado a los diversos instrumentos internacionales que han sido emitidos por las organizaciones internacionales de dimensión universal o regional. Es reconocido como un catálogo de derechos, como también por las decisiones judiciales (jurisprudencia) o extrajudiciales (resoluciones, informes, recomendaciones, etc.) que son dictadas por los órganos creados en virtud de dichos instrumentos para controlar y supervisar su cumplimiento. El derecho a la educación es parte sustantiva de esos bienes y valores básicos inherentes al ser humano que los Estados, además de reconocer, se han comprometido a promover, respetar, proteger y garantizar.

### **2.1. La educación en el SIPDH en su dimensión universal**

El SIPDH de escala universal, es decir, el proveniente de la ONU, dada su vocación de apertura para todos los Estados, con independencia de sus circunstancias geográficas, económicas, ideológicas, políticas y demás, señala en el artículo 26 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con respecto al derecho a la educación que,

La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz (DUDH, 1948).

A partir de ello, el derecho a la educación fue impulsado en otros instrumentos vinculantes para los Estados,<sup>1</sup> tal como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc, 1966) en el que, junto a otros derechos prestacionales, además de consagrarlo y prever su contenido en su artículo 13, se creó el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como órgano encargado de supervisar y controlar su cumplimiento por los Estados parte. Este Comité, en relación con el artículo 13 del Pidesc, en la Observación General Nro. 13 aprobada en el 21.º período de sesiones (1999), señaló que “la educación es un derecho humano intrínseco y un medio indispensable de realizar otros derechos humanos”. Admitiendo las limitaciones de recursos que pueden tener los Estados, enfatizó que la educación, al igual que todos los derechos humanos, debe ser garantizada por medio de obligaciones mínimas que busquen respetar (evitar medidas que obstaculicen o impidan su disfrute), proteger (adoptar medidas que eviten su obstaculización por terceros) y cumplir (dictar medidas positivas que permitan su pleno disfrute a toda persona) con los principios estructurales de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, que son característicos de este derecho.<sup>2</sup>

Dentro de los diferentes instrumentos internacionales de protección de derechos específicos, la educación es retomada como elemento común y de manera armónica para asegurar el pleno disfrute de estos. Así, por ejemplo, su reconocimiento puede encontrarse en tratados como: la Convención relativa a la Lucha contra la Discriminación en la Esfera de la Enseñanza (1960), Convención Internacional para la Eliminación de todas la Formas de Discriminación Racial (1965), Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1981), Convención sobre Derechos del Niño (1989), Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores

---

1 Debe precisarse que la Declaración Universal de Derechos Humanos es un instrumento internacional que, al ser una declaración adoptada por la Asamblea General de la ONU como una resolución, y no un tratado internacional convencional, carecerá de eficacia jurídica para los Estados miembros de la organización. Sin embargo, dada su trascendencia jurídica, además de haberse convertido en virtud de su aceptación común como una norma consuetudinaria, algunos Estados, como el caso de Argentina y España, le han otorgado cierto valor y reconocimiento en el derecho interno dentro de sus constituciones (Sánchez, 2019, pp. 191-192).

2 Conforme a los compromisos adquiridos por los Estados respecto al derecho a la educación, garantizarán su *disponibilidad*, al momento en que cuenten con instituciones y programas de enseñanza suficientes (p. ej. instalaciones, edificios, instalaciones sanitarias, agua, docentes calificados, bibliotecas, servicios de informática, tecnologías de la información, entre otros); la *accesibilidad*, en el sentido de que las instituciones y programas de enseñanza sean accesibles para todas las personas sin ningún tipo de discriminación, es decir, asequible en lo material en todos sus niveles (primaria, secundaria y superior), bien por locación geográfica o a distancia, y de manera gratuita; la *aceptabilidad*, en el entendido de que los programas de estudio y los métodos pedagógicos deben ser de calidad y admisibles para la sociedad; y *adaptabilidad*, al ser flexible para adaptarse a las nuevas realidades conforme a las necesidades de la sociedad.

Migratorios y de sus Familiares (1990) y Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006). El seguimiento de los acuerdos pactados en estas convenciones recae en los Comités creados por cada uno de ellos, a excepción del relativo a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza.

Ahora bien, desde los órganos de control y supervisión que forman parte del SPIDH de escala universal, en el escenario de la actual crisis sanitaria del covid-19, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU, órgano subsidiario de la Asamblea General encargado de promover el respeto universal por la protección de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, en mayo de 2020 publicó las *Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de derechos humanos en la atención a la pandemia por Covid-19*. En este documento, respecto al derecho a la educación, y como consecuencia de las medidas excepcionales dictadas por algunos Estados para restringir la libre circulación, recomendó utilizar los medios disponibles, incluyendo el aprendizaje a distancia, para que niñas, niños, adolescentes y personas con discapacidad puedan continuar con el acceso a la educación.

A posterior, en agosto de 2020, el secretario general de la ONU publicó el *Informe de políticas: la educación durante la Covid-19 y después de ella*, en el cual se formuló una serie de recomendaciones a los Gobiernos nacionales, a fin de evitar que la crisis que ha supuesto la pandemia en el aprendizaje se convierta en una catástrofe generacional. Para ello, destacó la implementación de acciones como: 1) reducir la transmisión del virus para planificar la reapertura de los centros educativos, realizar evaluaciones para identificar las carencias de aprendizaje y preparar programas de recuperación, así como dotar a los niños más marginados de los insumos necesarios para mantener las medidas sanitarias adecuadas; 2) mantener y, en el momento en que sea posible, aumentar la proporción del presupuesto nacional destinado a la educación; 3) fomentar el retorno, la matrícula y asistencia de los estudiantes, sobre todo, en el caso de las personas vulnerables, y 4) buscar mecanismos que coadyuven a recuperar las pérdidas en materia de aprendizaje.

De igual manera, en el informe multidimensional A/HRC/44/39 *Derecho a la educación: preocupación, desafíos y oportunidades en relación con los efectos de la crisis de la enfermedad por coronavirus en el derecho a la educación*, elaborado por la relatora especial sobre el derecho a la educación del Consejo de Derechos Humanos, se exhortó a los Estados a realizar una evaluación de las acciones que han sido adoptadas en su interior para hacer frente a la crisis del covid-19 durante lo que fue la primera etapa de la pandemia. Este informe identifica cuáles han sido las dinámicas que propiciaron el aumento de la discriminación en el disfrute del derecho a la educación y, en consecuencia, recomienda reforzar y ajustar las políticas y marcos nacionales de acuerdo con los estándares internacionales (ONU, 2020c).

## 2.2. La educación en el SIPDH en su dimensión regional

La educación, dada su importancia para el libre desarrollo de la personalidad del individuo, forma parte de los derechos que conforman el SIPDH a escala regional, es decir, el surgido en aquellos sistemas en los que participa un número

limitado de Estados que se encuentran unidos por una cierta afinidad, sobre todo, a una contigüidad geográfica y similitudes políticas (Díez de Velasco, 2010, p. 218). A continuación, se ciñe el análisis sobre el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos en el que convergen los distintos instrumentos internacionales que han sido emitidos por la OEA, así como de las decisiones emitidas por los órganos encargados de controlar y supervisar su cumplimiento, como son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Al hilo de estas ideas, el derecho a la educación, en un inicio, fue reconocido en el artículo 12 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) y, a posterior, con la evolución del marco jurídico-institucional de la OEA, en el Capítulo III “Derechos Económicos, Sociales y Culturales” de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). En esta última la educación se encuentra subsumida de forma genérica e indirecta en su artículo 26, como una obligación accesoria de los Estados parte a adoptar providencias que permitan lograr de forma progresiva el desarrollo de los derechos prestacionales. En cualquier caso, para enmendar las omisiones de la Convención Americana respecto a los derechos prestacionales, se adoptó el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988, artículo 13), en el que la educación es reconocida en su artículo 13 como derecho de toda persona. Para asegurar su disfrute en el marco de los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad, se dispuso que:

Los Estados Partes en el presente Protocolo convienen en que la educación deberá orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad y deberá fortalecer el respeto por los derechos humanos, el pluralismo ideológico, las libertades fundamentales, la justicia y la paz. Convienen, asimismo, en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad democrática y pluralista, lograr una subsistencia digna, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos raciales, étnicos o religiosos y promover las actividades en favor del mantenimiento de la paz.

Bajo el escenario de la pandemia del covid-19, la Corte IDH, el 9 abril de 2020, publicó la Declaración 1/20 *Covid-19 y Derechos humanos: los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales*, en el cual exhortó a los Estados parte a adoptar e implementar medidas para abordar la contingencia en observancia al conjunto de normas interamericanas de protección de derechos humanos y los estándares desarrollados en la jurisprudencia del Tribunal. Asimismo, con relación a los derechos prestacionales, tal es el caso de la educación, recomendó garantizarlos sin discriminación a toda persona, en especial, a los grupos que en su gran mayoría son afectados dadas sus condiciones de vulnerabilidad (personas mayores, niñas, niños, personas con discapacidad, personas migrantes, refugiados, apátridas, comunidades indígenas, personas en situación de pobreza, etc.).

En modo similar, la CIDH emitió la Resolución 1/20 *Pandemia y Derechos Humanos en las Américas*, por la que se exhortó a los Estados en la región a que, al momento de emitir medidas excepcionales para contener la pandemia, brinden y apliquen perspectivas interseccionales y, a su vez, presten atención a las necesidades y el impacto diferenciado de dichas medidas en los derechos humanos de los grupos vulnerables. En materia de educación instó a los Estados miembros a: 1) disponer de mecanismos que permitan a las niñas, niños y adolescentes seguir con el acceso a la educación; 2) asegurar que infantes y adolescentes que tienen algún tipo de discapacidad puedan tener acceso a la educación en línea sin exclusiones, por medio de sistemas de apoyo, estrategias de comunicación y contenidos accesibles; y 3) utilizar los medios de comunicación para garantizar el acceso a la educación sin ningún tipo de discriminación, sobre todo, de aquellos que, por contextos económicos o sociales, tienen un acceso limitado.

También, desde la Sala de Coordinación y Respuesta Oportuna e Integrada a la crisis en relación con la pandemia del Covid-19 (Sacroi covid-19), creada por la CIDH para fortalecer las capacidades institucionales en la protección y defensa de las libertades fundamentales y derechos humanos en el contexto de la crisis sanitaria, en lo que corresponde a los derechos prestacionales, el 16 de diciembre de 2020, en colaboración con las Relatorías Especiales sobre Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, se publicó la *Guía Práctica Nro. 2 sobre ¿Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia?* Este es un documento práctico que, a la luz de la experiencia producto de las estrategias ejecutadas por algunos países, permite a los Estados parte impulsar políticas públicas tendientes a garantizar el derecho a la educación de las niñas, niños y adolescentes, tomando especial consideración a los sectores más vulnerables.

Entre otras cosas, exhortó a los Estados a que: 1) aseguren que el sistema educativo cuente con el presupuesto suficiente que permita garantizar la protección del bienestar y salud física, mental y psicosocial de las niñas, niños y adolescentes; 2) salvaguarden el acceso a la educación en línea sin exclusiones, mediante sistemas de apoyo, estrategias de comunicación y contenidos accesibles; 3) establezcan programas y destinen recursos para proveer los dispositivos electrónicos necesarios para que las niñas, niños y adolescentes en situación de pobreza puedan participar en programas de educación a distancia; 4) planifiquen la reapertura de los centros educativos en atención a las medidas de prevención de contagios previstas por las autoridades de salud; 5) evalúen las condiciones del sistema de transporte para garantizar la movilidad de las niñas, niños y adolescentes hasta los centros educativos; 6) garanticen las condiciones de higiene y acceso a agua potable en las instalaciones educativas, etc.

### 3. Medidas estatales/nacionales adoptadas para garantizar el acceso a la educación

La pandemia del covid-19 impactó el goce de los derechos económicos, sociales y culturales (DESC), entre ellos, el de la educación tras el cierre total e indefinido de las instituciones educativas. Es de destacar que ciertos derechos civiles y políticos,<sup>3</sup> de acuerdo con las Constituciones estatales, están sujetos a restricción temporal mediante declaratorias excepcionales (estado de excepción, emergencia, sitio, alarma, conmoción interna) como mecanismos *in extremis* para responder a circunstancias extraordinarias que pongan en riesgo la estabilidad del Estado y la propia sociedad (Casal, 1999). En el caso de los DESC, este tipo de restricciones no son factibles conforme a los acuerdos suscritos en los tratados internacionales en la materia; por tanto, la emisión de declaratorias excepcionales en los que estos derechos puedan verse afectados, la obligación prestacional del Estado supondrá la adopción de acciones positivas que permitan garantizar su disfrute.

En ese contexto, el cierre de los centros educativos y sus actividades presenciales obligó a los Gobiernos nacionales a implementar una serie de medidas para garantizar el aprendizaje en los diferentes niveles de enseñanza. Se impulsaron estrategias que fueron configuradas bajo tres tipos de modalidades: 1) estrategias integrales para el aseguramiento de la educación mediante entornos digitales y plataformas web; 2) estrategias puntuales dirigidas a apoyar a la comunidad educativa, la prevención y protección emocional a docentes, padres y estudiantes con actividades de contención a nivel recreativo y cultural; y 3) estrategias en la gestión de los centros educativos, que canalizadas en los directivos y docentes, buscaban la continuidad pedagógica y la comunicación con los familiares mediante la difusión de guías, cuidado de la salud, protocolos de intervención, etc. (Unesco, 2020a).

Entre las medidas instrumentadas para asegurar el aprendizaje se encuentra el cambio de educación presencial a distancia, la implementación de programas de radio y televisión, el uso de plataformas digitales y la distribución de materiales impresos para dar continuidad a las clases. Así, los Gobiernos nacionales potenciaron el uso de las tecnologías de la información y comunicación para desarrollar e implementar plataformas virtuales de enseñanza digital o, en su caso, consolidar las ya existentes. Por ejemplo, en Argentina la estrategia fue “Seguimos Educando”; en Bolivia “Educa Bolivia”; en Chile con la plataforma “Aprendo en Línea”; en Colombia con el sitio web “Aprender Digital. Contenidos para todos”, en Uruguay, con la plataforma híbrida “Ceibal en Casa”. Algunas de las estrategias fueron diseñadas y programadas con el apoyo de la iniciativa privada, como en el caso del microsítio “Aprende en Casa”, desarrollado en México desde 2016 con la colaboración de Microsoft, Google, Cisco y Dell (Gobierno de México, 2017).

3 Es importante señalar que ciertos derechos civiles y políticos, identificados como obligaciones *erga omnes* y normas *ius cogens*, al ser parte del núcleo esencial de los derechos humanos, no pueden ser objeto de restricción alguno (por ejemplo, la vida, integridad personal, prohibición de esclavitud y servidumbre, etc.) (Ridruejo, 2011).

Por otro lado, algunos Estados apelaron al uso de los medios de comunicación televisivos o radiofónicos como modalidad principal para asegurar la enseñanza en los diferentes niveles de educación a la población. En Venezuela, con el programa educativo “Cada Familia una Escuela”, transmitido en televisión nacional por los canales estatales y la red social YouTube (Ministerio del Poder Popular para la Educación de Venezuela, 2020). En países como Uruguay esta estrategia se complementó a los formatos digitales, como fue el caso de “Seguimos Educando” (La Ronda FM 91.1, 2020) o en Colombia con la programación “3, 2, 1... Edu-Acción” (Ministerio de Educación del Gobierno de Colombia, 2020). Asimismo, para apoyar a la población vulnerable que tiene forma de acceder a los medios digitales o audiovisuales, en países como México (Secretaría de Educación Pública del Gobierno de México, 2021) y Panamá (Ministerio de Educación del Gobierno de Panamá, 2020) se difundieron materiales impresos, incluso, en lenguas indígenas y en formato de audio para niñas, niños y adolescentes con discapacidad visual.

La reapertura de los centros escolares en América Latina fue lenta y se encuentra en sintonía con los avances en el proceso de vacunación del personal del sistema educativo en 2021, salvo los casos de Nicaragua y Uruguay. En Nicaragua no se efectuó el cierre oficial de las escuelas, aunque la asistencia fue de manera irregular, con cerca del 40 % de asistencia entre mayo y junio de 2020; por su parte, Uruguay no solo demostró ser uno de los países que mejor implementó las plataformas de aprendizaje en línea (con conectividad del 85 % de los hogares, cubriendo los programas en los diferentes niveles de enseñanza), ya que “fue el primer país de la región en reabrir gradualmente las escuelas en áreas rurales a principios de abril, y hacia junio, prácticamente todos los colegios habían reabierto” (Banco Mundial, 2021, pp. 24-26).

Referente a la educación infantil, en la mayor parte de los países de América Latina el cierre de las escuelas superó el período de 41 semanas, lo que ocasionó que alrededor del 60 % de niñas, niños y adolescentes perdiera un año escolar completo (Unicef, 2021a). Sin dejar de lado que, en la actualidad, el cierre total de los centros escolares todavía se mantiene en países como Honduras, México, Panamá, República Dominicana y Venezuela, cuyo rezago en el aprendizaje y deserción escolar es todavía más riesgoso.

De cualquier forma, esta situación, a modo de reflexión, deja interrogantes: ¿estas medidas han sido de verdad eficaces para garantizar el derecho a la educación? o ¿solo cumplen con los estándares internacionales, en particular, con los principios de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad? En líneas generales, y considerando los altos índices de pobreza y desigualdad que perciben los países latinoamericanos, entre el discurso de buena voluntad y la realidad parece que las soluciones innovadoras empleadas durante la pandemia para garantizar la educación mediante formatos a distancia no han sido del todo exitosos, debido a las incapacidades e infraestructuras insuficientes, lo cual ha impactado de manera negativa en la alfabetización de niños, jóvenes y adultos (Unesco, 2020b).

Desde el enfoque jurídico, si bien la gran mayoría de los países latinoamericanos durante la pandemia, en lo que corresponde a los principios de disponibilidad y adaptabilidad del derecho a la educación, la enseñanza fue “garantizada” por los Gobiernos nacionales mediante el uso de las modalidades digitales o comunicacionales, lo cierto es que respecto a la *accesibilidad* las políticas nacionales no resultaron ser un medio asequible para todas las personas por diversas circunstancias. No pasa inadvertido que, pese a los avances en las TIC, ciertas poblaciones aún permanecen bajo la exclusión digital. Los datos contrastan: en países como Chile y Costa Rica más del 85 % de los hogares cuenta con acceso a Internet, mientras que en Bolivia y Guatemala no alcanza el 25 %, lo cual impide que la modalidad de educación digital no llegue a ser efectiva (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD], 2021).

Asimismo, el uso de plataformas digitales o comunicacionales educativas incrementó la demanda del Internet y la energía eléctrica residencial, dada la permanencia de las personas en sus hogares, el teletrabajo y la educación virtual. Durante el tiempo que perduraron las medidas de aislamiento, cerca del 80 % de los Gobiernos de la región decidió prohibir a las empresas prestadoras la interrupción del servicio por falta de pago mediante diversas estrategias, entre ellas, la exención y postergación del pago sin generar intereses, el pago de las facturas en cuotas iguales, reducción de la tarifa para un segmento de los consumidores (Yépez-García, *et al.* 2020) para que estudiantes y trabajadores, aunque sea de manera remota, continuaran con sus operaciones. Con efectos más graves, la interrupción constante del servicio eléctrico en Venezuela, que impide a la vez obtener Internet, generó problemas en el acceso y planificación de las clases, postergación de reuniones, uso limitado de redes sociales de comunicación entre docentes y estudiantes, entre otras (Muñoz, 2020, p. 384). Esto profundizó la condición de vulnerabilidad de su población para enfrentar los estragos causados por la pandemia (Escribano, 2020).

Respecto al principio de aceptabilidad de la educación, es importante mencionar que, dentro de las plataformas digitales implementadas, existió una variedad de programas que buscaban atender los diferentes niveles educativos incluso por materia, abarcando diversos niveles de enseñanza e incluyendo también a las personas con educación especial y adultos mayores. Ahora bien, no se cuenta con mecanismos y herramientas que permitan evaluar el impacto que estas políticas han tenido, como también es cierto, que ello escapa al objetivo del presente artículo. Lo cierto es que la situación en la que se hallan los países latinoamericanos constituye un desafío complejo, al tiempo que amerita impulsar de manera urgente acciones eficaces que permitan contrarrestar los efectos devastadores que ha ocasionado el covid-19 en materia de aprendizaje.

#### **4. Principales retos de los Gobiernos latinoamericanos**

La pandemia desde sus diferentes aristas impone grandes retos para los Gobiernos nacionales, de manera particular, en lo que concierne a sus obligaciones prestacionales de satisfacer, entre otros, la educación. Solo algunos países de América

Latina, entre ellos, Uruguay, Chile, México y Colombia, aplicaron estrategias efectivas para sortear la educación a distancia (*BBC News*, 24 de abril de 2020). No obstante, para otros países la pandemia llegó en un momento en que la Administración pública era insuficiente e incapaz, por sí misma, de resolver las necesidades de la población y de ofrecer respuestas oportunas y eficientes. A la fragilidad para proporcionar servicios educativos de calidad se le suma la insuficiencia en temas de tecnología y salud que terminan por convertir a la región en un territorio vulnerable.

Respecto a la educación, las medidas provistas para asegurar un aprendizaje inclusivo y de calidad mediante el uso de plataformas tecnológicas y comunicativas es dispar en la región. Si bien, en algunos países la aplicación de metodologías tecnológicas mantuvo los procesos de educación, en otros casos, no se ofrecieron las tecnologías, equipos y capacitación para la educación en línea. A esto se le suma las deficiencias en la provisión de la energía eléctrica y el Internet. Este último, de acuerdo con la ONU, además de ser un medio de comunicación, permite a las personas ejercer sus derechos a la opinión, expresión y educación, para lo cual se requiere de la infraestructura física y técnica necesaria para acceder a tal recurso de acuerdo con lo estipulado por la Asamblea General de la ONU en las Resoluciones A/HRC/17/27 y A/HRC/32/L.20 de 16 de mayo de 2011 y 27 de junio de 2016, de manera respectiva, y del Consejo de Derechos Humanos en la resolución A/HRC/20/L.13 de 29 de junio de 2012.

No debe negarse que la educación bajo estas modalidades, sobre todo la digital, ha sido una metodología que ha permitido a ciertos sectores de la sociedad la sostenibilidad en el proceso de aprendizaje. Pese a ello, la experiencia digital no podrá superar la experiencia en el aula ya que esta es vital para la interacción social y convivencia, examinar la actitud que el estudiante tiene hacia la materia y el entorno físico y el desarrollo cognitivo y afectivo (Arias, 2009, p. 33). De cualquier modo, los formatos a distancia, como refiere Cotino (2020, p. 9), “[...] no pueden sustituir a la buena escuela ni al buen docente, que la escuela es mucho más que información y comunicación. Ni los textos escolares antes, ni las computadoras hoy, sustituyen el contacto, la interacción humana y el afecto que son base esencial del aprendizaje, especialmente de niños y jóvenes”.

Es necesario combatir las deficiencias en la provisión de equipos, tecnología y servicios públicos y reabrir de forma gradual los centros escolares bajo medidas sanitarias y de prevención y mitigación de riesgos. En promedio, las escuelas de la región han estado cerradas 158 días (de marzo de 2020 a febrero de 2021); esta cifra es preocupante, ya que rebasa el promedio global de 95 días (Unesco, 2021b). La reapertura de las escuelas se debe realizar de manera técnica y programada. Tal como lo recomendó Sacro covid-19, se debe aplicar estrategias que permitan: 1) asegurar las más estrictas medidas de seguridad para prevenir los contagios en los centros de enseñanza (higiene y desinfección permanente); 2) garantizar servicios públicos básicos como el acceso a agua potable y el transporte público; 3) capacitar a la comunidad educativa (profesores, padres y alumnos)

acerca de los protocolos de higiene dentro y fuera de los recintos escolares; y 4) planificar horarios de asistencia presencial por turnos, considerando el flujo de movilidad de personas para evitar conglomeraciones, entre otras (OEA, 2020).

Será indispensable que los Gobiernos nacionales, de forma paralela, incorporen e impulsen en la agenda y elaboración de la política educativa las condiciones técnicas y tecnológicas que permitan a las personas, sobre todo a los grupos desfavorecidos, disfrutar de una educación virtual. Esto supone, en el caso de los frustrados formatos virtuales, que se proporcione y asegure servicios públicos de calidad, contar con plataformas digitales acordes a programas de estudio en sus diferentes niveles de enseñanza, capacitar a los profesores para hacer uso de herramientas digitales, dotar de equipos de cómputo, entre otras.

## 5. Conclusiones

Mediante la educación el individuo puede desarrollarse y obtener las oportunidades mínimas que le permitan alcanzar un nivel de vida digno. La llegada del covid-19 puso en evidencia las falencias de los Estados para garantizar la educación inclusiva y de calidad, esto es, ofrecer una enseñanza apegada a los estándares internacionales como parte de los compromisos asumidos por los Estados en virtud del SIPDH. En el caso latinoamericano, la pandemia sumó importantes y nuevos desafíos para los Gobiernos de turno, a fin de sostener los procesos de aprendizaje virtual, por un lado, y recobrar los límites y obstáculos de administraciones públicas anteriores.

Las autoridades nacionales de manera común adoptaron políticas emergentes destinadas a promover el uso de formatos digitales y comunicacionales de enseñanza a distancia. Sin embargo, la implementación de estas medidas (con excepción del caso uruguayo, en el que la interrupción de la educación se dio por tres meses), en sentido estricto, no garantizaron una educación inclusiva y de calidad a toda la población, en particular, por las deficiencias de los servicios públicos, sumado a la ausencia de dispositivos y equipos para tales fines. Como lo afirmó la relatora especial sobre el derecho a la educación del Consejo de Derechos Humanos, “no hay que promover soluciones fáciles que acaben siendo perjudiciales, en lugar de beneficiosas, para el derecho a la educación” (ONU, 2020c, p. 33). Los Gobiernos, en materia de derecho a la educación, deben actuar apegados al SIPDH.

Para ello, además de cumplir con la tarea de proveer servicios de calidad, es imperioso realizar un rediseño de las políticas y estrategias en materia educativa mediante una inversión y planificación cualificada que permitan garantizar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y adaptabilidad de la educación en sus distintos niveles de enseñanza. Esto debe incluir a las personas indígenas, adultas mayores, mujeres, migrantes y personas con discapacidad, quienes son los más expuestos a las desigualdades y brechas sociales.

La crisis sanitaria del covid-19 seguirá siendo una amenaza. Será necesario que los Gobiernos se preparen y refuercen las políticas nacionales y la cooperación internacional, no solo estableciendo mecanismos de prevención y gestión para hacer frente a este tipo de coyunturas, sino también siendo previsivos e implementando estrategias que permitan reducir los efectos con miras a evitar una catástrofe generacional. Otras medidas son, de acuerdo con Naciones Unidas (2020): 1) retorno seguro a las escuelas que emane de un proceso preparatorio, planificado y consultivo con la comunidad que incluya programas de aprendizaje de recuperación, sobre todo, a los niños y niñas más vulnerables; 2) protección de la financiación y recursos educativos con miras a abordar las ineficiencias; 3) fortalecer la resiliencia para lograr el desarrollo sostenible y equitativo haciendo hincapié de las capacidades para gestionar el riesgo en todos los niveles del sistema educativo; y 4) repensar la educación para que sea flexible, inclusiva y se ajuste a las necesidades de los niños y niñas.

Para esto se requiere, entre otras medidas, apoyar a la profesión docente, prevenir el abandono escolar, reforzar el seguimiento del aprendizaje y eliminar los obstáculos a la conectividad. Por consiguiente, atendiendo los estándares internacionales establecidos en el marco del SPIDH, no queda más para los Estados que reestructurar sus políticas educativas. Esto implica estar preparados para afrontar, mediante estrategias y medidas eficaces, como el uso de los modelos híbridos de educación presencial y a distancia, cualquier situación que pueda atender contra el aprendizaje y afectar el sano desarrollo de toda persona.

## 6. Referencias bibliográficas

- Arias, L. (2009). Las interacciones sociales que se desarrollan en los salones de clase y su relación con la práctica pedagógica que realiza el docente en el aula. *Revista Posgrado y Sociedad* 9(2). Universidad de Costa Rica: 32-57.
- Banco Mundial (2021). Actuemos ya para proteger el capital humano de nuestros niños: los costos y la respuesta ante el impacto de la pandemia de COVID-19 en el sector educativo de América Latina y el Caribe. Washington D. C. Recuperado de <https://n9.cl/azmb1>
- BBC News (24 de abril de 2020). Coronavirus: 4 países de América Latina que lograron aplicar estrategias exitosas de educación a distancia ante la pandemia. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-52375867>
- Beck, U. (2008). *La sociedad del riesgo mundial. En búsqueda de la seguridad perdida*. Barcelona: Paidós.
- Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981). *Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos*. Organización para la Unidad Africana. Recuperado de <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1297.pdf>
- Casal, J. (1999). Los estados de excepción en la Constitución de 1999. *Revista de Derecho Constitucional*, (1): 45-54.

- Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969). *Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Organización de Estados Americanos. Recuperado de <https://n9.cl/czmxp>
- Cotino, L. (2012). *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- \_\_\_\_\_. (2020). La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos de coronavirus. *Revista de educación y derecho. Fiscalidad y objetivos de desarrollo sostenible (ODS)*, (21): 1-29.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre*. Organización de Estados Americanos. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp>
- Declaración Universal de Derechos Humanos [DUDH] (1948). *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <https://n9.cl/o2t5>
- Díez de Velasco, M. (2010). *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Escribano, G. (2020). Energía y Covid-19 en América Latina: un impacto heterogéneo por sectores y países. Madrid: Real Instituto Elcano. Recuperado de <https://n9.cl/jrhyh>
- Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia [Unicef] (2021a). 3 de cada 5 niños y niñas que perdieron un año escolar en el mundo durante la pandemia, viven en América Latina y el Caribe. New York: Unicef. Recuperado de <https://n9.cl/2eaim>
- \_\_\_\_\_. (2021b). Las escuelas primero. La reapertura de las escuelas debe ser una prioridad en México. Ciudad de México: Unicef México. Recuperado de <https://www.unicef.org/mexico/historias/las-escuelas-primero>
- Gobierno de México (7 de noviembre de 2017). *Presentación del nuevo Programa @prende 2.0*. Recuperado de <https://n9.cl/3n8xq>
- Johns Hopkins University (10 de noviembre de 2021). *Center for Systems Science and Engineering (CSSE), Mapping 2019-nCoV*. Recuperado de <https://coronavirus.jhu.edu/map.html>
- La Ronda FM 91.1 (2020). Coronavirus: los medios públicos armaron una programación educativa para niños y niñas. Recuperado de <https://n9.cl/lofm76>
- Ministerio del Poder Popular para la Educación de Venezuela (2020). *Cada Familia Una Escuela*. Recuperado de <http://cadafamiliaunaescuela.fundabit.gob.ve/>
- Ministerio de Educación del Gobierno de Colombia (2020). *RTVC-Sistema de Medios Públicos y Ministerio de Educación Nacional: alianza para emitir contenidos educativos dirigidos a niños y jóvenes de todo el país*. Recuperado de <https://n9.cl/uqjlg>
- Ministerio de Educación del Gobierno de Panamá (2020). *Materiales educativos de preescolar hasta segundo atienden pertinencia cultural*. Recuperado de <https://www.meduca.gob.pa/node/3581>
- Muñoz, D. (2020). Educación virtual en pandemia: una perspectiva desde la Venezuela actual. *Revista Educare* 24(3): 387-404.
- Naciones Unidas (2020). Informe de políticas: la educación durante la COVID-19 y después de ella. Naciones Unidas. Recuperado de <https://n9.cl/cyde>
- Naciones Unidas y Unesco (2017). Programa Mundial para la educación en derechos humanos. New York y Ginebra.

- Observación General Nro. 13 (Observación 13 Pidesc, 1999). *Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general 13. El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto)*. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Recuperado de <https://n9.cl/p7h8y>
- Organización de Estados Americanos [OEA] (2020). Guía Práctica del la SACROI-COVID-19: ¿Cómo garantizar el acceso al derecho a la educación para niñas, niños y adolescentes durante la pandemia de Covid-19? Washington D. C.: Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH]. Recuperado de <https://n9.cl/ijks0>
- \_\_\_\_\_ (2020a). Covid-19 y derechos humanos: Los problemas y desafíos deben ser abordados con perspectiva de derechos humanos y respetando las obligaciones internacionales. San José: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <https://n9.cl/2x2h>
- \_\_\_\_\_ (2020b). Resolución 1/2020: Pandemia y Derechos Humanos en las Américas. Washington D. C.: CIDH. Recuperado de <https://n9.cl/ugylu>
- Organización de Naciones Unidas [ONU] (2006). Plan de acción Programa Mundial para la educación en derechos humanos. Ginebra: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos [OACNUDH]. Recuperado de <https://n9.cl/hsfj5>
- \_\_\_\_\_ (2020a). Directrices esenciales para incorporar la perspectiva de derechos humanos en la atención a la pandemia del COVID-19. Ginebra: OACNUDH. Recuperado de <https://n9.cl/flfor>
- \_\_\_\_\_ (2020b). Informe de políticas: La educación durante la COVID-19 y después de ella. New York: Secretario General de la Organización de las Naciones Unidas. Recuperado de <https://n9.cl/cyde>
- \_\_\_\_\_ (2020c). Derecho a la educación: preocupaciones, desafíos y oportunidades en relación con los efectos de la crisis de la enfermedad por coronavirus en el derecho a la educación. Informe de la Relatora Especial sobre el derecho a la educación. Ginebra: Consejo de derechos Humanos. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/HRC/44/39>
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales [Pidesc] (1966). *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Asamblea General de las Naciones Unidas. Recuperado de <https://n9.cl/9knri>
- Plan Ceibal (2020). Centro de Estudios Fundación Ceibal. Recuperado de <https://n9.cl/mq1h7>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo [PNUD] (2021). “Estás en Mute”: Porque el acceso a Internet no es suficiente para la digitalización inclusiva de América Latina y el Caribe. New York: PNUD. Recuperado de <https://n9.cl/yy7zg>
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1988). *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales*. Organización de Estados Americanos. Recuperado de <https://n9.cl/wzxr>

- Protocolo Adicional al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1952). *Protocolo Adicional al Convenio Para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*. Consejo de Europa. Recuperado de <https://n9.cl/jo09v>
- Ridruejo, P. (2011). Sobre la universalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época*, (12): 267-285.
- Sánchez Lora, J. C. (2019). *El poder constituyente en la era de la globalización de los derechos humanos*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch.
- Secretaría de Educación Pública del Gobierno de México (2021). *Catálogo de Libros*. Ciudad de México: Comisión Nacional de Libros de Texto Gratuitos. Recuperado de <https://n9.cl/5jd6j>
- Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura [Unesco] (2020). El secretario general de la ONU prevé una catástrofe en la educación. Recuperado de <https://n9.cl/zcuo8>
- \_\_\_\_\_ (2020a). Sistema de Información de Tendencias Educativas en América Latina. París: Unesco. Recuperado de <https://n9.cl/1ie79>
- \_\_\_\_\_ (2020b). Día Internacional de la Alfabetización 2020: documento de referencia sobre “La alfabetización de jóvenes y adultos en tiempos de la COVID-19: impactos y revelaciones”. París: Unesco. Recuperado de <https://n9.cl/21a3zg>
- \_\_\_\_\_ (2021a). Interrupción y respuesta educativa. París: Unesco. Recuperado de <https://n9.cl/yzi6>
- \_\_\_\_\_ (2021b). ¿En dónde los docentes son prioritarios para ser vacunados contra la COVID-19? París: Unesco. Recuperado de <https://n9.cl/eq78f>
- Yépez, A., Planas, A., Márquez, F., y Goldenber, F. (2020). COVID-19 y el sector eléctrico en América del Caribe ¿Cómo ayudar a los grupos vulnerables? New York: Banco Interamericano de Desarrollo. Recuperado de <https://n9.cl/j6zs3>



# Constitutionalism of disaster in Ecuador: state conduct and sentences during the COVID-19 health emergency

## *Constitutionalism of disaster in Ecuador: state conduct and sentences during the COVID-19 health emergency*

Efrén Ernesto Guerrero Salgado

Docente de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Ecuador

Correo electrónico: EEGUERRERO@puce.edu.ec

Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4636-0362>

Felipe Rodríguez Estévez

Investigador jurídico independiente, Ecuador

Correo electrónico: feliperod1694@gmail.com

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-3058-8218>

*Recibido: 11-marzo-2021. Aceptado: 23-septiembre-2021. Publicado: 15-enero-2022.*

### Resumen

Este artículo constituye un acercamiento al concepto de “constitucionalismo del desastre” en el escenario de la pandemia del covid-19 en Ecuador. Este escenario se caracterizó porque los actores públicos estuvieron inmersos en un contexto en el que las reglas de legalidad, controles administrativos y soluciones —de emergencia— generaron situaciones de ineficiencia sistémica. El presente artículo analiza la incapacidad de control sobre las necesidades de las personas ciudadanas y la vulneración al principio de legalidad establecido de forma constitucional, bajo el análisis conceptual del “necroconstitucionalismo” que refiere un poder que niega la política, a los sujetos y sus derechos. Para esta discusión se retoman sentencias

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-junio 2022, pp. 193-210.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.251](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.251)



de la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), sobre todo la sentencia Nro. 34-20-IS/20, respecto a usos de fondos públicos para atender las necesidades de emergencia. Se concluye que el constitucionalismo del desastre, que ha operado mediante prácticas biopolíticas, restringe las condiciones de vida y generan instituciones y prácticas necropolíticas al interior de la Administración pública.

**Palabras clave:** constitucionalismo del desastre, principio de legalidad, necropolítica, Corte Constitucional del Ecuador, necesidades de emergencia, biopolítica.

### Abstract

This article reviews the concept of “disaster constitutionalism” in the COVID-19 pandemic scenario in Ecuador. The predominant feature of this scenario was public actors immersed in a context in which the rules of legality, administrative controls and (emergency) solutions generated situations of systemic inefficiency. This article examined the inability to address the needs of citizens and the violation of the constitutionally established principle of legality. With that aim, this research used the concept of “necroconstitucionalism”, which refers to a power that denies politics, subjects, and their rights. This paper reviewed Constitutional Court of Ecuador (CCE) rulings, especially sentence No. 34-20-IS/20, regarding the use of public funds to meet emergency needs. In conclusion and within Public Administration, disaster constitutionalism restricts living conditions, generates institutions, and undermines the rights of citizens.

**Keywords:** constitutionalism of disaster, principle of legality, necropolitics, Constitutional Court of Ecuador, emergency needs, emergency needs, biopolitics.

## 1. Introducción

La situación que atraviesa la humanidad, resultado de la pandemia del covid-19 y sus consecuencias en las relaciones humanas, es inusitada: ha evidenciado los límites de la capacidad estatal frente al *shock* combinado de la enfermedad, la muerte y la fractura de las cadenas productivas, logísticas y económicas. En ese sentido, Žižek propuso la idea de “acontecimiento” que sirve para explicar este escenario: un cambio de planteamiento mediante el cual se percibe el mundo y cómo las personas se relacionan con él (2014, p. 23). La dificultad surge en el momento en que las sociedades modernas están lejos de comprender el alcance de la emergencia (la pandemia) en el modelo actual de la economía, las interrelaciones y gestión de los recursos.

En el actual *status quo*, la incapacidad planetaria para controlar la naturaleza y realizar una profunda autocrítica sobre el camino que se está tomando (de Novaes Vianna, 2020) debería obligar a repensar y redefinir las instituciones y mecanismos de regulación humana. El derecho desde su rama constitucional se ha autodefinido como el mecanismo de control más eficiente de las relaciones humanas. En relación con la dignidad humana el derecho es un sistema que refleja la universalidad de prerrogativas mediante una serie de estándares compartidos

en el marco del derecho internacional. En su versión ideal prepandemia, esta definición implicaba el reconocimiento de la norma jurídica como un espacio de construcción de la identidad social, con una valoración jurídica de las diferencias (Ferrajoli, 2004) unida a un sistema de derechos, el cual proponía una relación con la naturaleza más bien amigable (Ávila, 2016), y en perspectiva, un cúmulo de herramientas que –con sus aciertos y problemas– trataba de controlar el poder de *imperium* estatal mediante una serie de arreglos institucionales que limitan el poder y lo regulan.

En la actualidad todo este proceso se encuentra en discusión, por cuanto la pandemia ha profundizado un fenómeno creciente del ejercicio soberano del derecho como una herramienta de impacto negativo sobre los individuos (Han, 2016). A la insatisfacción de la democracia en la región, con un 24 % (Razvan, 2019), se le unieron las amplias protestas de “cambio de modelo” de 2019 y la llegada de la pandemia a inicios de 2020. Este cúmulo de situaciones han servido para hacer más amplias y distantes las brechas de descontento y desigualdad social: han mostrado que los límites del modelo democrático-liberal-constitucional están próximos a ser examinados ante la incapacidad de aterrizar en acciones concretas al discurso de constitucionalidad y derechos –que en la praxis– llega a ser un modelo discursivo legitimador de la centralidad del poder (Habermas, 2001) sobre el Estado de derecho. Esto se ha manifestado en múltiples afectaciones a los derechos sociales, basado en la justificación de enfrentar a la pandemia del covid-19, por lo que los límites y controles públicos se tornaron ineficaces (Mendieta y Algarín Heredia, 2020, p. 37).

Ese vaciamiento del contenido de derechos ha sido una constante, de manera especial en América Latina, donde los niveles de fragmentación institucional llevaron a la construcción de regímenes híbridos de democracias tales como autoritarismos competitivos (Levitzky, 2002) o democracias delegativas (Mejía, 2011; Peruzzotti, 2010). Estos escenarios, centrados en el aumento de la responsabilidad, poderes y falta de controles del Poder Ejecutivo, han visibilizado sus fallas en la Administración pública en varios aspectos relacionados con la situación de emergencia sanitaria: escándalos de corrupción en la provisión de vacunas (Fowks, 2021), sobreprecio y uso dolosos de fondos públicos en el uso de medicamentos (Paucar, 2021), entre otros. Este escenario se encuentra mediado por la polarización y distintos niveles de conflictividad, carencia de controles y decisiones que, en conjunto, han pospuesto a la ciencia en la construcción de respuestas integrales a la crisis (Abbasi, 2020).

El constitucionalismo se encuentra en una reconstrucción que deberá responder a los retos políticos y éticos y pragmáticos que presupone regular sociedades polarizadas y fragmentadas (Teixeira y Frizzo, 2021). Por lo expuesto, este artículo busca analizar cómo el constitucionalismo moderno se encuentra en medio de prácticas biopolíticas que conducen al “constitucionalismo del desastre”, en el que las reglas de legalidad, controles administrativos y soluciones –de emergencia– han generado un escenario de ineficiencia sistémica, incapacidad de control de los *shocks* negativos y sin seguimiento y fiscalización en la que el discurso de soberanía

estatal (Habermas, 2001) se inmiscuye en los derechos fundamentales de las personas ciudadanas e instrumentalizando el derecho constitucional para legitimar situaciones que vulneran los proyectos de vida ciudadanos (Mbembe, 2019).

Por lo expuesto con anterioridad, se pretende introducir el concepto de “constitucionalismo del desastre” o “necroconstitucionalismo” a esta discusión, el cual encuentra su fundamento biopolítico en la negación de la política, los sujetos y sus derechos y basado en que las decisiones del poder político tienen una consecuencia directa en el ejercicio de los derechos de la ciudadanía (Alday, 2017). Así, este artículo pretende demostrar que el actual orden constitucional de Ecuador combina elementos de negación de la capacidad total del Estado para sostener el sistema de derechos, mismo que se construye sobre un sistema de gramáticas, narrativas e interacciones sociales mediante la gestión de la muerte (Triana, 2012).

Para responder al argumento se analiza la sentencia Nro. 34-20-IS/20 sobre Incumplimiento de Sentencias y Dictámenes, y los casos acumulados de la CCE, con el propósito de evidenciar los razonamientos necropolíticos que se institucionalizaron durante la pandemia en observancia de la soberanía del Estado y los derechos ciudadanos. En este sentido, la necropolítica se fundamenta en el conjunto de condiciones sociales y culturales que se determinan por los argumentos jurídico-político que legitiman soberanía interna de los Estados como un ejercicio de regulación de la muerte de los individuos (Mbembe, 2019).

Durante la emergencia sanitaria del covid-19 el presidente de la República emitió el Decreto Ejecutivo Nro. 1017 de 16 de marzo de 2020, mismo que se refiere al Estado de excepción adoptado a escala nacional por la declaratoria de pandemia por parte de la Organización Mundial de la Salud. A posterior, la CCE declaró la constitucionalidad del decreto de Estado de excepción mediante dictamen Nro. 1-20-EE/20. No obstante, un grupo de ciudadanos presentó una demanda de acción de incumplimiento del dictamen de constitucionalidad Nro. 1-20-EE/20 en relación con la circular emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, signada con el número MEF-VGF-2020-0003-C, ya que, al parecer, esta circular no cumplía con los puntos 2 y 3 del mencionado dictamen de la CCE. A esta demanda de acción de incumplimiento le siguieron cuatro más, las cuales se explicarán más adelante.

El punto 2 de la sentencia se refiere a la sujeción de las actuaciones de las autoridades que conforman los comités de operaciones de emergencia y toda persona que esté en ejercicio de potestades públicas a las normas constitucionales; entretanto, el punto 3 establece que la suspensión de derechos y adopción de medidas excepcionales solo pueden ordenarse mediante decreto ejecutivo de estado de excepción y sin perjuicio de las disposiciones complementarias. Para los accionantes el incumplimiento, de acuerdo con la circular emitida por el Ministerio de Economía, radicaba en la disposición del recorte presupuestario y reducción de fondos a las instituciones del sector educativo. Razón por la cual, se solicitaron medidas cautelares para suspender los efectos jurídicos de esta

circular. Por último, la CCE, mediante sentencia Nro. 34-20-IS/20 de la CCE, desestimó las acciones de incumplimiento del dictamen 1-20-EE/ y revocó las medidas cautelares.

Por otra parte, se propone analizar el comportamiento de los actores gubernamentales y miembros de la sociedad civil que influyeron en la sentencia Nro. 34-20-IS/20, con el fin de evidenciar: 1) el efecto de administración de las poblaciones a partir del miedo (Carax y Suresh, 2018); 2) el establecimiento de una nueva ideología que se encuentra en el marco de las “doctrinas de *shock*” –como una imposición de regímenes mediante la psicología social– previstas por Naomi Klein (Reyes, 2007); y 3) la generación de patrones de sometimiento a poblaciones subalternas.

La metodología de este artículo es de alcance comparativo, pues busca demostrar los elementos de un constitucionalismo con influencia necropolítica como un “bloque de conocimiento” (Sartori, 1992) que se encuentran en ciertas decisiones de la CCE. Estas sentencias son unidades válidas de estudio por cuanto son vinculantes en el sistema ecuatoriano y es un tribunal de cierre quien emite la sentencia, es decir, son decisiones inapelables y definitivas de acuerdo con lo establecido por la Constitución de Ecuador (CRE) en el artículo 440. Por ende, son un universo cerrado de estudio medible y válido (Anduiza, Crespo, y Méndez, 2009). Se busca revisar la existencia de conexiones entre sentencias, con el fin de encontrar aquellas que constituyen clústeres de información (puntos en el cual se unen varios fallos de las Cortes). De existir estos elementos en el comportamiento del Estado, debería existir características estructurales de un constitucionalismo influenciado por la necropolítica que presenta elementos comunes. Con esto último se planteará la discusión de los hallazgos.

Para fines de lectura y orden, el presente texto se compone de cuatro secciones: las dos primeras buscarán mostrar el *télos* de la situación jurídico-política a analizar: la existencia de una conducta mundial signada por el uso abusivo del derecho en el contexto político y de la crisis de covid-19, generando la reducción del “contenido mínimo” de los derechos en su conjunto por debajo de los estándares previstos por el Estado. En segundo lugar, se realiza un ejercicio de definición del constitucionalismo del desastre o necroconstitucionalismo, como la variación legal y operativa de la necropolítica (Mbembe, 2019). Estos conceptos constituyen una perspectiva antiutópica en el que la mezcla de una situación de emergencia y altos niveles de concentración de poder en el Ejecutivo generan una tormenta a nivel decisonal. Con amplios poderes se invisibiliza y niega la condición de ciudadanos a amplios sectores de la población y se generan marcos de acción en los que la vida y la muerte de estos se definen solo por factores económicos (Martínez, 2017).

Las dos últimas secciones del presente artículo mostrarán la situación y manifestación jurídica de estos dos fenómenos: el comportamiento del Estado en relación con los fondos presupuestarios de la educación dirigidos a solventar la emergencia sanitaria y su consecuencia estructural y filosófica. A posterior se

plantea las reflexiones finales sobre el papel de los derechos fundamentales como límites del poder y cómo una perspectiva biopolítica de la gestión de los derechos puede volverse la única posibilidad de una gestión equilibrada de los recursos del Estado en el marco de la actual emergencia.

## 2. Constitucionalismo del desastre: acercamiento del fenómeno

La pandemia del covid-19 es el acontecimiento límite de esta generación (Zibechi, 2020). La sociedad no está consciente en su totalidad de los alcances del virus, la crisis global y el consecuente fallo sistémico de las instancias de control global:

La percepción del fracaso se aferró inmediatamente a las instituciones europeas, las instituciones transatlánticas, e instituciones de las Naciones Unidas por igual. Y, sin embargo, estas instituciones fueron creadas para exactamente este tipo de momento. Precisamente porque se trataba de una auténtica crisis mundial: una nueva enfermedad que se propaga rápidamente y tiene el potencial de dañar a todos en el mundo: el fracaso de las organizaciones globales parecía particularmente grave (Brands y Gavin, 2020, p. 224).

La respuesta fue, sin lugar a duda, contrafáctica. Los Estados, unidades de soberanía primigenias, recuperaron el protagonismo de veinte años de globalización y un sistema de gestión internacional que se signaba en la cooperación, el institucionalismo y un cúmulo de derechos compartidos por los actores del sistema. Los Estados colapsaron y volvieron a centrarse en un modelo de soberanía puro centrado en el papel preponderante de la gestión directa para la toma de decisiones que protejan a sus ciudadanos y mantengan sus economías a flote. Esto es algo común, si se lo analiza en perspectiva histórica. Kenneth Waltz indicaba que “la textura de la política internacional permanece muy constante, los patrones se repiten y los acontecimientos se repiten sin cesar” (1979, p. 66).

En consecuencia, el localismo reforzó las posibilidades del modelo clásico de Estado, con una serie de características nuevas y viejas, entre ellas: 1) un Estado centrado en la necesidad de volverse el “alfa y omega” de la política pública (Panizza, 2000), dada la incapacidad de sostener iniciativas cooperativas en un sistema internacional centrado en proteger sus instancias internas; 2) un elemento de organización de la comunicación y política basada en información contra-productiva, politizada y no científica. Un tecnopopulismo (De la Torre, 2013) que, dentro de sus decisiones cortoplacistas y limitadas a un marco decisional reducido por la falta de información clara sobre los alcances de la pandemia, ha generado fracturas en el tejido social en forma de conspiraciones y noticias falsas (Domínguez, 2020); 3) generación de una biopolítica totalizante y en tiempo real, del comportamiento ciudadano por medio de las redes de información y comunicación. Por ejemplo, los riesgos para la privacidad de las medidas de seguimiento mediante la red de teléfonos de personas con el fin de mantener el distanciamiento social (Gerke, Shachar, Chai y Cohen, 2020), el reconocimiento facial como mecanismo de control de las aglomeraciones (Van Natta, 2020), la operativización de redes sociales para controlar cuarentenas (Han, 2020).

Los anteriores ejemplos demuestran que frente a la pandemia ciertos derechos de la esfera personal del ser humano como la intimidad se han visto abocados a una regulación máxima. De hecho, el virus no puso a la humanidad en condiciones de igualdad, por el contrario, “revela descaradamente que nuestra sociedad depende estructuralmente de la incesante producción de vulnerabilidad diferencial y desigualdades sociales” (Lorenzini, 2021, p. 44). Además, el control está generando asimetrías en cuanto al acceso a atención sanitaria, vacunación y políticas de seguridad en el marco de la separación social. En este sentido, surge una vinculación entre la epidemiología social de la pandemia con el comportamiento del Estado, un elemento que muestra “la lógica gobernante que une la raza, la violencia y el virus en este momento histórico crítico” (Bowman, 2020, p. 312).

Otro elemento de cómo el localismo reforzó al modelo clásico del Estado se encuentra en la omnipresencia de la “plaza pública” con igualdad de condiciones de comunicación entre el Estado y los particulares. Durante la cuarentena y el aislamiento preventivo ejecutado a escala mundial las redes sociales se convirtieron en el canal de comunicación predilecto durante el 2020 (Karami y Anderson, 2020). Frente a la imposibilidad de interacción social la apuesta consistió en fortalecer la presencia en las redes sociales, datos en tiempo real e interacciones constantes. Aunque a principio del siglo *xxi* se perfiló la perspectiva de una posible sociedad en red que pudiera aumentar las perspectivas democráticas (Castells, 2012), la realidad de 2020 acrecentó las disparidades raciales étnicas e intensificó las desigualdades socio-económicas.

Esta crisis ha dejado al descubierto los problemas de nuestro fallido sistema económico global, así como otros tipos de opresión estructural que permiten que una pequeña élite prospere, mientras las personas en situación de pobreza, un gran número de mujeres, las personas negras y afrodescendientes, los pueblos indígenas y demás comunidades históricamente excluidas y oprimidas de todo el mundo tienen dificultades para sobrevivir (Oxford Committee for Famine Relief [Oxfam], 2021, p. 61).

Bajo este escenario tuvo lugar una reinterpretación pandémica del constitucionalismo. El constitucionalismo liberal, paradigma global de derecho y de poder controlado, fue reemplazado por el aislamiento, sumado a las restricciones que rompieron la idea de lazos comunes y de valores compartidos de una comunidad global. En este sentido, la “lucha de cifras, bandos ideológicos enfrentados, ausencia de pactos y de entendimiento común, críticas, desinformación o la insolidaridad” (Moreno, 2020, p. 9) muestran varios límites constitucionales. Entre ellos, si la Constitución es: 1) robusta de forma suficiente como para reconocer los derechos del pueblo; b) cuenta con el respaldo de un Gobierno que anteponga los intereses ciudadanos a los de las élites; y 3) poseen estructuras que aseguren de manera activa y afirmativa el “bienestar” (Robson, 2020). En muchos Estados, esta situación al parecer no sucede, según lo expresado por Gross:

En lugar de seguir siendo excepcionales, las emergencias se han afianzado y prolongado. Ante la amenaza o el miedo continuos del terrorismo, los regímenes

de emergencia tienden a perpetuarse, independientemente de las intenciones de aquellos que originalmente los invocó. Una vez que cobran vida, no son tan fáciles de terminar. Los poderes temporales de emergencia se convierten en la norma, el estado de cosas ordinario (Gross, 2020, p. 429).

La normalización de la emergencia, unida a la falta de información en el marco general de una racionalidad limitada, conllevó a que las medidas de protección de derechos individuales y colectivos se vulneren, además de que generó un neolenguaje que separaba a los grupos humanos mediante el uso de la biopolítica y la tecnología. Estos elementos se manifiestan en un constitucionalismo del desastre en el cual la emergencia sanitaria justifica una serie de medidas que en abierta omisión de procesos establecidos de modo legal y una rutina de medidas de facto se vislumbran como las únicas opciones para legitimar el uso de las acciones gubernamentales, y por ende, de la biopolítica (Mbembe, 2019). Autores como Drinóczi y Bien-Kacała (2020) argumentan que frente a estos fenómenos la gestión adecuada de crisis podría haberse realizado con base en el régimen jurídico ordinario. No obstante, se generó un “constitucionalismo iliberal” con máximos poderes de control que no resolvió las tensiones, la crisis de salud pública y no garantizó las libertades individuales y el Estado de derecho (Chang, 2020).

En ese sentido, el constitucionalismo iliberal aplica la Constitución de forma arbitraria que, pese a establecer mecanismos previstos de modo legal dentro de su estructura normativa, es manipulada en lo político para legitimar decisiones del Gobierno (Drinóczi y Bien-Kacała, 2020). Esta toma de decisiones genera relaciones binarias: es un paradigma de división entre los segmentos sociales, el cual regula –y regulariza– el poder de gestión sobre las vidas, dictando quién puede vivir y quién debe morir para garantizar el funcionamiento del Estado (Santos, 2020). En este contexto, las relaciones binarias se demarcan dentro de la necropolítica, corriente de la biopolítica y las relaciones de poder que se configuran dentro del Estado, en observancia al marco constitucional de derechos.

La necropolítica se fundamenta en una serie de condiciones que legitiman y regulan la muerte de las personas (Mbembe, 2019). Estas condiciones se manifiestan con la normalización del terror dentro de las relaciones sociales, modificando las conductas de los individuos mediante la instrumentalización de prácticas de aniquilamiento y disciplinamiento (Reyes, 2007), como una justificación para ejercer su control por medio de un ejercicio soberano de biopolítica que tiende a degenerar las instituciones políticas y jurídicas vigentes del Estado (Criscione, 2011). Este ejercicio de biopolítica responde al paradigma de segregación, por cuanto establece condiciones de protección de las condiciones de desarrollo de vida para determinados grupos, mientras que a la vez deniega la de los otros (Esposito, 2006). De esa proposición, se tratará la siguiente sección, que explicará este fenómeno mediante un caso práctico.

### 3. Constitucionalismo del desastre: sentencia y casos jurisprudenciales de la CCE

Como se mencionó con anterioridad, la pandemia del covid-19 provocó la utilización de regímenes legales excepcionales –como los estados de emergencia– y otros regímenes en apariencia legales –como el constitucionalismo iliberal– en respuesta a las necesidades de la ciudadanía. En este orden de ideas, en el presente acápite se analizará la sentencia Nro. 34-20-IS/20 de la CCE, en función de los elementos descritos, con la finalidad de ejemplificar el constitucionalismo del desastre en Ecuador en el contexto de la emergencia sanitaria.

#### 3.1. Antecedentes

El 16 de marzo de 2020, el presidente Constitucional de Ecuador emitió el Decreto Ejecutivo Nro. 1017 que declara el estado de excepción en el territorio nacional, se dispone a las entidades del sector público a ejecutar acciones necesarias para mitigar los efectos del coronavirus, suspender el ejercicio del derecho a la libertad de tránsito, asociación y reunión, se declara el toque de queda, la suspensión de la jornada presencial de trabajo, entre otras disposiciones. Este decreto fue enviado a la CCE el 17 de marzo de 2020. Dos días después, el Pleno de la Corte emitió el dictamen de constitucionalidad Nro. 1-20-EE/20 del estado de excepción.

El 16 de abril de 2020, el viceministro de Finanzas expidió la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C, la cual establecía una serie de medidas económicas orientadas a dirigir la ejecución presupuestaria del Estado en el segundo trimestre de 2020. El 4 de mayo de 2020 varios actores de la sociedad civil, entre ellos ciudadanos, representantes de gremios estudiantiles y colectivos defensores de derechos humanos, demandaron que dicha circular incumplía los puntos 2 y 3 del dictamen de constitucionalidad Nro. 1-20-EE/20. Solicitaron de forma conjunta medidas cautelares, con la finalidad de suspender los efectos de dicha circular ya que, aducían, existía un recorte al presupuesto de las instituciones de educación superior. El caso fue signado con el Nro. 34-20-IS.

El 5 de mayo de 2020, un ciudadano presentó otra acción de incumplimiento que recayó sobre los numerales 1, 2 y 3 del dictamen de constitucionalidad, siendo signado con el Nro. 35-20-IS. El 11 de mayo de 2020, una ciudadana representante del órgano de cogobierno de una universidad presentó otra acción de incumplimiento sobre los numerales 3, 4 y 5 de dicho dictamen, siendo signada con el Nro. 36-20-IS.

El Pleno de la Corte Constitucional aprobó la acumulación de las causas 35-20-IS y 36-20-IS a la causa 34-20-IS, el 12 de mayo de 2020, reafirmando las medidas cautelares presentadas en conjunto con la causa 34-20-IS. A posterior, el 18 de mayo de 2020, un representante de una asociación de profesores de una institución de educación superior presentó una acción de incumplimiento sobre los numerales 2, 3 y 5 del dictamen de constitucionalidad, siendo signada con el número 30-20-IS. Esta causa solicitó de forma conjunta suspender los efectos del Memorando Nro. MINEDUC-DNTH2020-01956-M, emitido por el Ministerio de Educación el 30 de abril de 2020, el cual ofrecía directrices para recorte presupuestario.

El 20 de mayo de 2020, el rector de una institución de educación superior presentó otra acción de incumplimiento sobre los numerarles 2, 3, 4 y 5 del dictamen de constitucionalidad y fue signada con el Nro. 39-20-IS. El 22 de mayo de 2020, el pleno de la Corte Constitucional aprobó la acumulación de las causas y una jueza constitucional avocó conocimiento sobre las mismas. Para efectos del presente artículo las distintas causas acumuladas, acto administrativo lesivo, argumentos y artículos de la Constitución de forma presunta violados que se presentaron durante el proceso, sobre las que versa la sentencia 34-20-IS, se sintetizan en la tabla 1. Una vez contextualizados los casos que componen la sentencia Nro. 34-20-IS/20 se procederá a realizar un análisis sobre los elementos del constitucionalismo del desastre.

Tabla1  
Causas acumuladas dentro de la sentencia 34-20-IS/20.

	Caso 34-20-IS	Caso 35-20-IS	Caso 36-20-IS	Caso 38-20-IS	Caso 39-20-IS
<b>Punto de incumplimiento</b> Nro. 1-20-EE/20	Numerales 2 y 3.	Numerales 1, 2 y 3.	Numerales 3, 4 y 5.	Numerales 2, 3 y 5.	Numerales 2, 3 y 4.
<b>Acto administrativo lesivo</b>	Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Economía y Finanzas.	Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Economía y Finanzas.		Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Economía y Finanzas.	Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Economía y Finanzas. Resolución RPS-SO-012-238-2020 del Consejo de Educación Superior.
<b>Artículos de la Constitución violados de forma presunta</b>	Arts. 164 y 165.	Arts. 165, núm. 2; 355; y 348.	Arts. 11; 147; 165; 166; 226; 289; 427; y 436, núm. 8.	Art. 165, núm. 2; 348.	Art.11 núm.8; 165 núm.1; 355.
<b>Argumentos</b>	Los puntos contenidos en la circular vulneran de manera abierta el numeral 2 del artículo 165 de la Constitución.	Las acciones del Ministerio de Economía y Finanzas deben sujetarse a la Constitución. Las actuaciones de dicho Ministerio suspenden derechos fundamentales.	Las actuaciones del Ejecutivo vulneran la autonomía universitaria y el derecho a la educación. Las vulneraciones de derechos han sido cometidas por vías de hecho.	La circular del Ministerio de Economía y Finanzas no debía ser adoptada por cuanto es de manera abierta inconstitucional, ignora de forma abierta el artículo 165 de la Constitución e implica una suspensión injustificada de derechos.	Las acciones del Ministerio de Economía y Finanzas atentan contra el principio constitucional de desarrollo progresivo y no regresividad de los derechos.

Fuente: Sentencia 34-20-IS y acumulados de la Corte Constitucional del Ecuador. Elaboración propia de los autores (2021).

### 3.2. Elementos del constitucionalismo del desastre ecuatoriano

#### *Principio de legalidad*

Dentro de los casos acumulados que comprenden la sentencia Nro. 34-20-IS/20, uno de los principales argumentos de los distintos accionantes recayó en la legalidad de los actos del Ministerio de Finanzas como representante del Poder Ejecutivo. En observancia al principio de legalidad, de acuerdo con el artículo 226 de la Constitución de la República del Ecuador (CRE), se sostuvo que las actuaciones relativas a la emisión del acto fueron realizadas al margen de las competencias legal y previstas de forma constitucional.

En este orden de ideas, el principio de legalidad es una institución jurídica muy reconocida y desarrollada por la doctrina jurídica, por cuanto este presupone una de las más grandes manifestaciones del Estado de derecho (Silva, 2020). Este principio representa un límite formal para las actuaciones del Estado, en virtud a una configuración legal que determina las actuaciones posibles y previsibles dentro del ordenamiento jurídico vigente, precautelando la indemnidad de los derechos de los ciudadanos (Garrorena, 1980). Este principio ha sido recogido y desarrollado por la CCE, que establece que,

Bajo estas consideraciones, podemos concluir que el principio de legalidad garantiza que las instituciones públicas y sus delegatorios ejerzan el poder público respetando los derechos constitucionales de todos los ciudadanos, por lo tanto, su vigencia se constituye en una garantía de protección frente a los operadores administrativos y judiciales, cuyas potestades, atribuciones y competencias solamente nacen de la Constitución y la ley (CCE, Sentencia N.º 216-18-SEP-CC).

Tomando en cuenta lo anterior, se puede afirmar que las actuaciones de la Administración pública en Ecuador fueron sometidas –por mandato constitucional– al principio de legalidad, siendo este principio el que legitima o no las actuaciones estatales y constituye una vinculación positiva de las actuaciones de la Administración pública a la ley, eliminando la posibilidad de actuaciones de poder “ajurídico y libre” (García De Enterría y Fernández, 2011, p. 464). Esta actuación, contraria a la Constitución, se fundamenta a sí misma bajo el discurso soberano (Habermas, 2001) de la optimización y la eficiencia del uso de los recursos públicos en el contexto de la emergencia sanitaria. Esto desconoce los derechos reconocidos de forma constitucional a las instituciones de educación superior (CRE, art.355), así como la configuración prevista de manera legal que establece un límite formal y material para la limitación de los derechos fundamentales de los ciudadanos (CRE, art.165, núm. 2).

En el caso concreto, la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Finanzas coarta de forma abierta la autonomía financiera de las instituciones de educación superior reconocida en el artículo 355 de la CRE. La circular en cuestión es contraria a lo reconocido en el numeral 2 del artículo 165 de la CRE la cual establece que:

Durante el estado de excepción la Presidenta o Presidente de la República únicamente podrá suspender o limitar el ejercicio del derecho a la inviolabilidad de domicilio, inviolabilidad de correspondencia, libertad de tránsito, libertad de asociación y reunión, y libertad de información, en los términos que señala la Constitución. Declarado el estado de excepción, la Presidenta o Presidente de la República podrá:

[...]

2. Utilizar los fondos públicos destinados a otros fines, excepto los correspondientes a salud y educación (CRE, 2008, artículo 165).

La instrumentalización del principio de legalidad implica la manipulación de la Constitución con el propósito de legitimar el accionar político del Ejecutivo durante la pandemia (Drinóczi y Bien-Kacała, 2020) llegando, incluso, a afectar el derecho a la educación de los ciudadanos. Ahora bien, bajo esta lógica, dentro de la sentencia Nro. 34-20-IS/20, los argumentos presentados por los representantes del Estado recayeron en el control de la legalidad de los requisitos formales del estado de excepción, sustentando su posición en que la competencia para limitar derechos durante un estado de excepción es privativa del presidente de la República. De forma adicional, el Ministerio de Finanzas –dentro de la audiencia– determinó que la circular objeto de la sentencia no imponía una condición rígida sobre la modificación presupuestaria, pues la misma contenía lineamientos y recomendaciones sobre cómo administrar sus gastos durante la época de pandemia y, en consecuencia, durante el estado de excepción, volviendo a instrumentalizar la legalidad de los actos administrativos a favor de los discursos políticos.

Las actuaciones de la Administración pública durante la pandemia del covid-19 en Ecuador se sustentaron en la figura del estado de excepción, la misma que sirvió de parámetro de normalización de las actuaciones inconstitucionales. En este orden de ideas, el estado de excepción consistió en un mecanismo previsto de forma legal y utilizado por el Ejecutivo como un mecanismo de instrumentalización de la Constitución (Drinóczi y Bien-Kacała, 2020). Esta instrumentalización pretendió generar condiciones de gobierno para el Ejecutivo sin perjuicio de la existencia y jerarquía de la CRE en respuesta a la primera oleada del covid-19 en el territorio nacional.

### **Discurso**

En este apartado se analizará solo el discurso utilizado por la CCE para dirimir y sustentar la sentencia Nro. 34-20-IS/20 en función de lo alegado por las partes accionantes, los accionados y los terceros interesados. Este análisis se realizará en función de los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 del dictamen de constitucionalidad Nro. 1-20-EE/20. Cabe anotar que, por la naturaleza de esta causa, hubo terceros interesados (estudiantes, profesores, representantes gremiales, activistas de derechos humanos, entre otros) que comparecieron al proceso mediante la presentación de un *amicus curiae*. La Corte escuchó aquellos que aportaron con elementos técnicos o criterios jurídicos especializados a plenitud para obtener una mejor resolución de la causa en cuestión.

La CCE determinó que la disposición 1 recae sobre los Comités de Operaciones de Emergencia y sus resoluciones, por lo cual, dentro de la problemática jurídica la CCE no tiene elementos para considerar incumplido dicho numeral. Respecto de la disposición 2, la Corte estima que dentro de los argumentos de los accionantes no existen razonamientos suficientes sobre la falta de competencia que se alega sobre el viceministro de Finanzas. Para la Corte, la competencia de los ministros de Estado se complementa con disposiciones constitucionales que entrelazan el sistema económico con las políticas públicas, por lo cual determina que el Estado central y sus representantes cuentan con la competencia suficiente para adoptar las políticas económicas, fiscales y tributarias que se establecen dentro de la Constitución (CCE, Sentencia n.º 34-20-IS, párrs. 103-106) en favor de generar un sistema de finanzas públicas sostenible.

Bajo este razonamiento, la Corte estimó que el viceministro de Finanzas actuó en apego de sus competencias al expedir la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C. Sobre la tercera disposición del dictamen de constitucionalidad, la Corte determinó que:

[...] la suspensión de derechos y la adopción de medidas excepcionales solo puede ordenarse mediante decreto ejecutivo de estado de excepción; esto sin perjuicio de las disposiciones complementarias que puedan emanar de los comités de operaciones de emergencia u otras autoridades de aplicación, siempre en ejercicio de las competencias y atribuciones otorgadas en cada caso por la Constitución y la ley [...] (CCE, Sentencia n.º 34-20-IS, párr. 115).

La Corte enfatizó en la competencia del viceministro de Finanzas para emitir directrices presupuestarias por ser representante del Estado central, directrices que se encuentran en el Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, el cual le permite modificar los presupuestos de los componentes del Sistema Nacional de Finanzas Públicas. Por estas razones, la Corte considera que la emisión de las directrices que contiene la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C constituyen una medida ordinaria que se ajusta a los criterios de oportunidad y pertinencia que establece el ente rector (CCE, Sentencia n.º 34-20-IS, párr. 121).

Sobre la cuarta disposición, la Corte considera que no existe razonamiento alguno dentro de la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C para afirmar la suspensión de derechos constitucionales que no se encuentran contenidos en el Decreto Ejecutivo Nro. 1017 (CCE, Sentencia n.º 34-20-IS, párr. 123), por cuanto los derechos suspendidos fueron especificados dentro del mismo decreto sin que exista incumplimiento de esta disposición. Sobre las alegaciones de la quinta disposición del dictamen Nro. 1-20-EE/20, la Corte consideró que no existen elementos argumentativos de forma suficiente vinculados a una norma directa, sino que se refiere a las disposiciones normativas contenidas en el primer inciso del artículo 233 de la CRE (2008), la misma que establece que: “Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones o por omisiones, y serán responsable administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos”.

So pena de que la Corte estableciera estos razonamientos, también analiza el presupuesto universitario estatal en observancia con las pretensiones de los accionantes para determinar violaciones de derechos. En este sentido, se determinó que las universidades públicas tienen dos fuentes de financiamiento: las asignaciones en fuente fiscal y la preasignación, mismas que según el razonamiento de la Corte no han sido modificadas por la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C. El presupuesto de las universidades corresponde a las preasignaciones establecidas de manera legal, las cuales se formulan en observancia de una proyección de la recaudación del impuesto a la renta y del valor agregado. Al estar ligado de forma intrínseca a una proyección este presupuesto puede ser flexible en relación con la existencia o no de un déficit presupuestario (CCE, Sentencia N.º 34-20-IS/20, párrs. 140-141).

En función de lo expuesto, se puede afirmar que el razonamiento de la Corte se fundamenta en un exhaustivo análisis sobre la mera legalidad del acto administrativo controvertido, por cuanto no se llega a topar el fondo del asunto ni la vulneración de los derechos fundamentales de los individuos. Por tanto, el análisis realizado por la Corte, en función del principio de legalidad omite la supremacía de la Constitución —pilar fundamental de las actuaciones de la Administración pública— por cuanto no considera la existencia de otros derechos reconocidos de forma constitucional y redundante en argumentos funcionalistas orientados a legitimar las actuaciones estatales sin perjuicio de la vulneración de derechos fundamentales (Ferrajoli, 2005).

### ***Necropolítica***

La necropolítica es una forma de biopolítica que se sustenta en la denegación de condiciones políticas y sociales a determinados grupos sociales como parte de un ejercicio de soberanía (Mbembe, 2019). Para tratadistas como Agamben (2004) las condiciones de favorabilidad para la implementación de instituciones biopolíticas resultan óptimas dentro de los estados de excepción, por cuanto el Estado —en ejercicio de poder soberano— es el que capta la vida. En el contexto ecuatoriano, la utilización del estado de excepción impuso un régimen fundamentado en el *shock* (Reyes, 2007), la muerte y el miedo de lo incierto ante una emergencia sanitaria que afectó en gran parte a la población ecuatoriana, dejando una constante amenaza sobre el ultraje del cuerpo (Alday, 2017) por la enfermedad que no cesa hasta hoy. Esta necropolítica se reafirma en el ordenamiento jurídico, aunque es negada en el discurso político.

En el contexto de la sentencia 34-20-IS/20, la CCE realizó un ejercicio argumentativo en apariencia fundamentado en el principio de legalidad y la competencia de las autoridades para generar actos administrativos que modifiquen los derechos de los ciudadanos. De esta manera, se legitima de forma activa la denegación de condiciones de vida (Mbembe, 2019) mediante la utilización de argumentos ordo utilitaristas. Este planteamiento, priorización de la soberanía estatal sobre el individuo, se evidencia en la instrumentalización del principio de

legalidad que realiza la CCE para declarar que no existió vulneración de derechos fundamentales de los ciudadanos. En tal sentido, la sentencia Nro. 34-20-IS/20 se presenta como la forma legal de lo que no puede tener forma legal (Agamben, 2004) que se fundamenta en un régimen jurídico de excepcionalidad en el cual se hace evidente una indeterminación entre lo constitucional y lo inconstitucional (Taccetta, 2015). La aplicación del constitucionalismo en los regímenes de excepcionalidad, como una naturalización del ejercicio de soberanía mediante la instrumentalización de los derechos fundamentales, es lo que imbuye al constitucionalismo de un elemento necropolítico.

#### 4. Conclusiones

Bajo el razonamiento de la CCE se puede afirmar que existe la normalización sistémica del estado de excepción para solucionar las crisis devenidas de la pandemia del coronavirus en Ecuador. En tal contexto, la Corte desestimó las acciones de incumplimiento sin considerar el plano intersubjetivo de la realidad social, por cuanto la política de austeridad del Estado ecuatoriano viene mermando y debilitando las bases de las instituciones públicas de educación superior. Reducir el análisis del derecho a la educación al origen del presupuesto implica un proceso de deshumanización del derecho. Esto en observancia de la traducción de un fenómeno económico –con claras imbricaciones sociales– a una mera proyección bajo el pretexto de establecer un marco aceptable de regulación durante la calamidad pública, lo cual demuestra un marco de segregación de necesidades impuesto por el Estado a manera de práctica biopolítica sobre los ciudadanos y sus derechos (Lorenzini, 2021).

Esta tendencia de la normalización de la excepción ha generado y justificado actos normativos que modifican o atentan contra derechos fundamentales, por cuanto su aplicación resulta inviable dentro del marco de la normalidad pragmática del derecho constitucional. En este sentido, la circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C del Ministerio de Finanzas se configura como un acto de selectividad, segregación y discriminación de derechos de los ciudadanos, por cuanto se aleja de las conceptualizaciones de dignidad humana que se presumen imperantes en un Estado de derechos y se arraiga en la cuantificación económica de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

En consecuencia, se generan prácticas como la necropolítica, economización de las actividades humanas, limitación de las actividades y, en consecuencia, banalización e instrumentalización de los derechos de los ciudadanos que hace que la Constitución se degenere en un marco orientativo despojada de su dimensión valorativa. Esta instrumentalización de los derechos fundamentales permite generar tecnologías de biopoder que se nutren de la instrumentalización mediante la supresión del individuo (Criscione, 2011). En este contexto, las decisiones soberanas otorgan un valor económico a la vida humana siendo esta relevante por la plusvalía que genera dentro del Estado (Lechuga, 2012).

La aplicación de dichas medidas biopolíticas está diseñada para generar el sometimiento a los ciudadanos y restringir las condiciones de vida mientras utiliza mecanismos discursivos para brindar una imagen dominante del Estado de derechos y justicia. De forma paralela, se expone a determinados sectores sociales a condiciones de muerte destruyendo su proyecto de vida y su personalidad. Los actos y actuaciones de la Administración pública durante la emergencia sanitaria del coronavirus han generado instituciones y prácticas necropolíticas que deshumanizan y desvalorizan a la Constitución como un marco normativo sólido dentro del Estado de derechos. Esto ocasiona la desvalorización fáctica de los derechos fundamentales, permitiendo el sometimiento de los individuos a actuaciones discrecionales del Estado.

## 5. Referencias bibliográficas

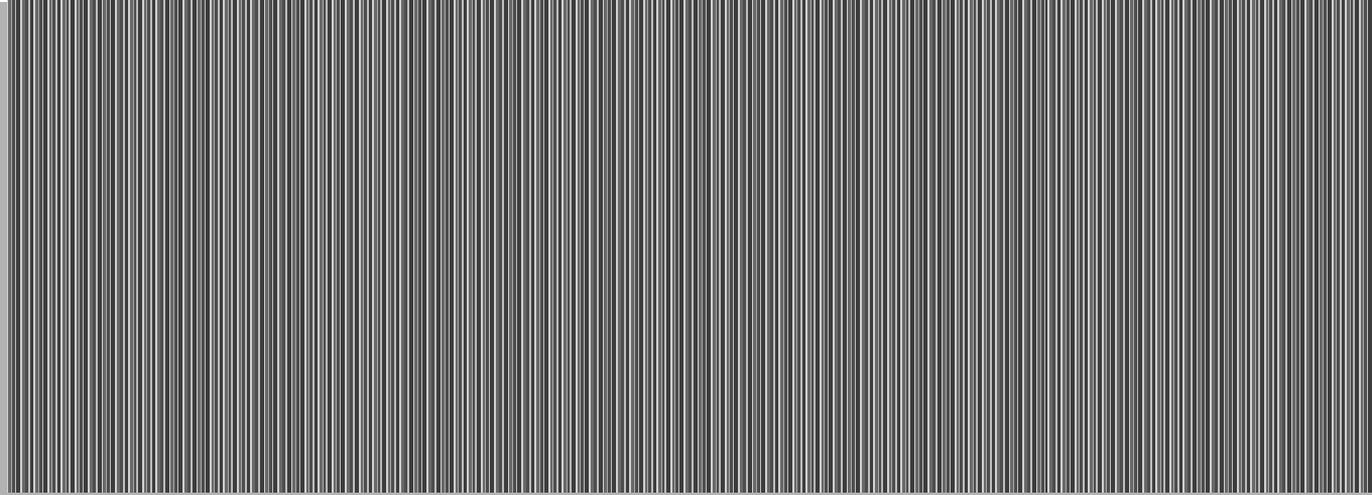
- Abbasi, K. (2020). COVID-19: politicisation, “corruption” and suppression of science. *British Medical Journal*, 1-2.
- Alday, P. (2017). Muertos vivos en la crónica latinoamericana contemporánea: de la ficción fantástica a la necropolítica. Recuperado de <http://eventosacademicos.filo.uba.ar/index.php/cuerpoyviolencia/2017/paper/view/762>.
- Anduiza, E., Crespo, I., y Méndez, M. (2009). *Metodología de la investigación política*. Madrid: Centro de Investigaciones Sociológicas.
- Agamben, G. (2004). *Estado de excepción Homo Sacer II*. Buenos Aires: Hidalgo, A. (ed.).
- Ávila, R. (2016). *El neoconstitucionalismo andino*. Quito: Huaponi Ediciones.
- Bowman, B. (2020). On the biopolitics of breathing: race, protests, and state violence under the global threat of COVID-19. *South African Journal of Psychology*, 312-315.
- Brands, H., & Gavin., F. (2020). *COVID-19 and World Order: The Future of Conflict, Competition, and Cooperation*. Washington D. C.: Johns Hopkins University Press.
- Carax, R., y Suresh, A. (2018). Necropolítica: negación y miedo. Recuperado de <http://revistas.unam.mx/index.php/rep/rep/article/view/68039>
- Castells, M. (2012). *Redes de indignación y esperanza*. Madrid: Alianza Editorial.
- Chang, W.-C. (2020). Taiwan's Fight against COVID-19. Constitutionalism, Laws, and the Global Pandemic. *Verfassungsblog: On Matters Constitutional*, 1-5.
- Criscione, G. (2011). *Las prácticas tanatopolíticas en los tiempos de la seguridad democrática (2002-2010): aniquilamiento, disciplina y normalización* (Tesis de maestría de la Pontificia Universidad Javeriana). Bogotá.
- De la Torre, C. (2013). El tecnopopulismo de Rafael Correa: ¿Es compatible el carisma con la tecnocracia? *Latin American Research Review*, 24-43.
- de Novaes Vianna, L. (2020). Antropoceno e o COVID-19: Uma era de integração ou de controle da Natureza? *Revista Brasileira de Meio Ambiente*, 8(1), 114-117.
- Domínguez, L. (2020). El origen de COVID-19: lo que se sabe, lo que se supone y (muy poquito) sobre las teorías de complot. *Educación química* (31), 3-11.
- Drinóczi, T., & Bien-Kacała A. (2020). COVID-19 in Hungary and Poland: extraordinary situation and illiberal constitutionalism. *The Theory and Practice of Legislation*, 171-192.

- Esposito, R. (2006). *Bíos: biopolítica y filosofía*. Buenos Aires: Amorrortu.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_. (2004). *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Fowks, J. (16 de febrero de 2021). El 'vacunagate' convulsiona Perú: cientos de personas influyentes recibieron en secreto dosis de Sinopharm. *Diario El País*. Recuperado de <https://n9.cl/8ing9d>
- García de Enterría, E., y Fernández, T. (2011). *Curso de Derecho Administrativo* (tomo I). Madrid: Civitas.
- Garrarena, Á. (1980). *El Estado español como Estado social y democrático de derecho*. Murcia: Universidad de Murcia.
- Gerke, S., Shachar, C., Chai, P., & Cohen, G. (2020). Regulatory, safety, and privacy concerns of home monitoring technologies during COVID-19. *Nature Medicine volumen* (26), 1176-1182.
- Gross, O. (2020). Emergency's Challenges. En A. Richard y Roznai, *Constitutionalism Under Extreme Conditions* (pp. 420-452). Suiza: Springer.
- Habermas, J. (2001). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*. Madrid: Trotta.
- Han, B. (2020). La emergencia viral y el mundo del mañana. En P. Amadeo (ed.), *Sopa de Wuhan, pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias*. Buenos Aires: ASPO.
- \_\_\_\_\_. (2016). *Topología de la violencia*. Barcelona: Herder Editorial.
- Karami, A., & Anderson, M. (2020). Social media and COVID-19: Characterizing antiquarantine comments on Twitter. *Proceedings of the Association for Information Science and Technology*, 57(1).
- Lechuga, M. (2012). Comentarios de Agamben a la noción de biopolítica de Foucault. *Psicología & Sociedade*, 24 (spe), 8-17.
- Levitzky, S. (abril de 2002). Elections Without Democracy: The Rise of Competitive Authoritarianism. *Journal of Democracy*, 13(2), 51-65.
- Lorenzini, D. (2021). Biopolitics in the Time of Coronavirus. *Critical Inquiry*, 40-45.
- Martínez, T. (2017). De los discursos biopolítico y necropolítico al discurso de subsistencia. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5736677>
- Mbembe, A. (2019). *Necropolitics*. New York: Duke University Press.
- Mejía, A. (2011). ¿Revolución o delegación ciudadana? Democracia, gobierno y rendición de cuentas en el Ecuador. En G. O'Donnell, O. Iazzeta y H. Quiroga (coords.), *Democracia delegativa*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- Mendieta, D., y Algarín, G. (2020). Estado de derecho y modelo constitucional frente a la pandemia 2020. *Utopía y Praxis Latinoamericana* (8), 30-40.
- Moreno, L. (2020). *Constitucionalismo global en tiempos de pandemia*. Madrid: Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- Oxford Committee for Famine Relief [Oxfam] (16 de enero de 2021). El virus de la desigualdad. Recuperado de <https://n9.cl/0wo3z>
- Panizza, F. (2000). Beyond 'delegative democracy': 'old politics' and 'new economics' in Latin America. *Journal of Latin American Studies*, 32(3), 737-763.

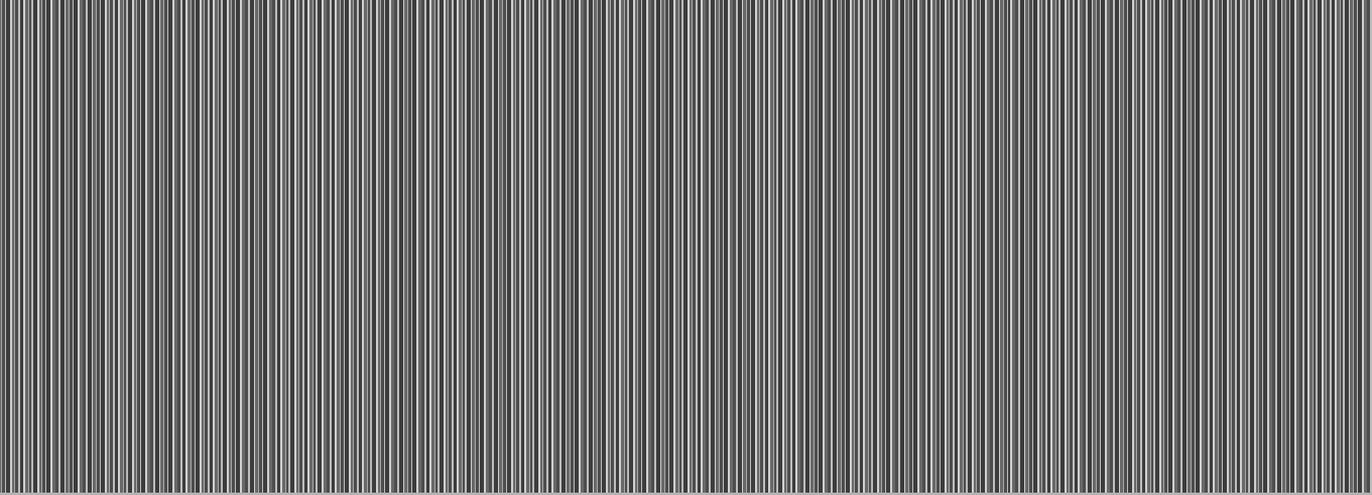
- Paucar, E. (27 de enero de 2021). La Comisión Anticorrupción denuncia falta de fármacos para niños con cáncer y otras patologías. *Diario El Comercio*. Recuperado de <https://n9.cl/gck2y>
- Peruzzotti, E. (2010). El otro déficit de la democracia delegativa. Retomando el debate acerca de la rendición de cuentas en las democracias contemporáneas de América Latina. *Journal of Democracy en Español*, 47-64.
- Razvan, V. (25 de junio de 2019). Qué podrá restaurar la fe de los latinoamericanos en la democracia. Recuperado de <https://n9.cl/9mre>
- Reyes, O. (2007). Después del shock: entrevista a Naomi Klein. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2364514>
- Robson, R. (2020). Pandemics and the Constitution: Positive Constitutionalism in a Pandemic: Demanding Responsibility from the Trump Administration. *ConLawNOW*, 15-37.
- Santos, H. (2020). Necropolítica e reflexões acerca da população negra no contexto da pandemia da COVID-19 no Brasil: uma revisão bibliográfica. *Ciência y Saúde Colectiva*, 4211-4224.
- Sartori, G. (1992). *Elementos de teoría política*. Madrid: Alianza Universidad Textos.
- Silva, M. (2020). El principio de legalidad: una aproximación desde el Estado social de derecho. *IUS ET VERITAS*, (60), pp.198-209.
- Taccetta, N. (2015). Violencia y derecho: Benjamin, Schmitt, Agamben y el estado de excepción. *Devenires*, XVI, 32, 13-38.
- Teixeira, A., & Bragato, F. (2021). Human rights, transnational constitutionalism and racial inequality: post-COVID-19 pandemic challenges. *Revista de Investigações Constitucionais* 8: 185-207.
- Triana, S. (2012). Capitalismo Gore y necropolítica en México contemporáneo | Necropolitics and slasher capitalism in contemporary Mexico. *Relaciones Internacionales* (19). Recuperado de <https://n9.cl/34fa5>
- Van Natta, M. (2020). The rise and regulation of thermal facial recognition technology during the COVID-19 pandemic. *Journal of Law and the Biosciences*, 7(1), 1-17.
- Waltz, K. (1979). *Theory of International Politics*. Londres: Addison-Wesley.
- Zibechi, R. (2020). A puertas de un nuevo orden mundial. En P. Amadeo (ed.), *Sopa de Wuhan, pensamiento contemporáneo en tiempos de pandemias* (pp.113-118). Buenos Aires: ASPO.
- Žižek, S. (2014). *Acontecimiento*. Madrid: Sexto Piso.

## Referencias normativas

- Asamblea Nacional Constituyente (2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449. Montecristi.
- Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (31 de agosto de 2020). Sentencia Nro. 34-20-IS. Caso Nro. 34-20-IS y acumulados. Quito.
- \_\_\_\_\_. (19 de marzo de 2020). Dictamen Nro.1-20-EE/20. Quito.
- Ministerio de Economía y Finanzas (16 de abril de 2020). Circular Nro. MEF-VGF-2020-0003-C. Quito.



# Entrevistas



## Dos valores básicos que debe cumplir la Administración pública: la eficacia y el control

*Two basic values that the Public Administration must comply: the effectiveness and the control*

Entrevista a Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad de Cantabria, España

Correo electrónico: [luis.martin@unican.es](mailto:luis.martin@unican.es)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-6252-5481>

Entrevistado por José Rafael Belandria García

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid, España

Correo electrónico: [joserbelandria@gmail.com](mailto:joserbelandria@gmail.com)

Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1526-2420>



Fotografía: Luis Martín Rebollo (2021).

*Luis Martín Rebollo*

---

Estado & comunes, revista de políticas y problemas públicos. N.º 14, vol. 1, enero-julio de 2022, pp. 213-221.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN). Quito-Ecuador.

ISSN impreso: 1390-8081 - ISSN electrónico: 2477-9245

[https://doi.org/10.37228/estado\\_comunes.v1.n14.2022.252](https://doi.org/10.37228/estado_comunes.v1.n14.2022.252)



Catedrático de Derecho Administrativo, es profesor emérito en la Universidad de Cantabria (Santander, España), de cuya Facultad de Derecho fue decano (1986-1998) por largo tiempo. Autor de una docena de libros y casi tres centenares de estudios y artículos en volúmenes colectivos y revistas de la especialidad. Los campos que ha cultivado, de manera preferencial, se relacionan con la organización y el control de la actividad pública (en especial, la justicia administrativa y la responsabilidad patrimonial), pero se ha ocupado también de otras muchas cuestiones (urbanismo, servicio público, descentralización, funcionarios, bienes culturales, procedimiento administrativo, entre otras). Su edición comentada, *Leyes administrativas* (Ed. Aranzadi, 26.ª ed., 2020) es desde hace tiempo un volumen de referencia, así como su *Manual de Derecho Administrativo (y Guía para el estudio de las Leyes Administrativas)* con el sello editorial de Thomson Reuters (4.ª ed., 2020). Pertenece a la “escuela” de administrativistas que tiene como referente al fallecido profesor Eduardo García de Enterría. Integra el Consejo de Redacción de la editorial Thomson-Reuters y de varias revistas, entre ellas la *Revista de Administración Pública* (Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid), la más importante de la especialidad.

En esta entrevista el profesor Luis Martín Rebollo analiza las circunstancias que han ocasionado cambios en las Administraciones públicas contemporáneas, en el caso de España la descentralización del Estado y la incidencia del derecho europeo; el fenómeno de la hipernormatividad, de que no por muchas normas mejora la sociedad y en su lugar dificulta la gestión administrativa; en cuanto a la crisis por la pandemia del covid-19, el derecho puede paliar la crisis económica mediante ayudas, créditos, exenciones, etc., puede reorientar el crecimiento apostando por sectores más productivos o tecnológicos y debe dar mayor espacio a la ciencia por medio de su visibilidad y financiación; en la construcción del Estado de derecho, la idea de control institucional es decisiva; en tanto que para modernizar la Administración pública y acercarla al ciudadano son necesarias medidas concretas, realistas y visibles, así como a partir de la información la percepción social.

***1. Existen distintos elementos y circunstancias que han producido cambios de calado en la organización y funcionamiento de las Administraciones públicas contemporáneas. A su juicio, ¿cuáles son los factores más relevantes que han ocasionado esa transformación de las Administraciones públicas en el curso del presente siglo y las manifestaciones más notables de ese fenómeno?***

Los cambios que se han producido han dependido mucho y dependen de las condiciones y circunstancias políticas y sociales de cada país. Hay, no obstante, algunas cuestiones generalizables derivadas de la globalización, como la irrupción de las nuevas tecnologías, la generalización de los valores democráticos, la mayor sensibilización en torno a los derechos fundamentales en las relaciones con las Administraciones públicas, la exigencia generalizada de más transparencia y otras cuestiones similares. Al final, en todos los casos hay que recordar los dos criterios desde los que nace y se postula el derecho que regula la Administración: la eficacia

y el control. El derecho administrativo trata de propiciar herramientas para conseguir la eficacia gestora de la Administración pública y luego para controlar su actividad.

La eficacia depende de muchos factores, algunos de los cuales escapan al derecho, aunque se relacionen con él (la selección y preparación de los empleados públicos, su especialización, la existencia de medios técnicos y económicos suficientes, las estructuras organizativas y otras cuestiones semejantes no muy diferentes a las propias de una empresa privada). En el espacio en el que el derecho despliega todo su potencial es en la actividad de control y, en particular, en el control llevado a cabo por jueces o autoridades independientes. Es la cuestión básica que tiene un doble efecto o significado. El control como elemento de garantía individual, sí, pero el control también como elemento que contribuye a la eficacia como todo gestor empresarial sabe cuándo implantan en su empresa controles de calidad.

En el caso de España hay dos elementos adicionales que han contribuido a una transformación casi radical de la Administración, prescindiendo ahora – aunque sea mucho prescindir– de la construcción de una Administración propia de un Estado democrático; transformación que tiene lugar a partir de la década de 1980 y que se plasma en algunas importantes nuevas leyes como la Ley del Gobierno, la nueva Ley de Procedimiento, la Ley de la organización del Sector Público y otras similares. Al margen de eso, digo, hay que considerar dos factores esenciales que juegan en cierto modo en sentido diferente. Me refiero, de un lado, a la descentralización del Estado y, de otro, y en sentido opuesto, a la incidencia del derecho europeo luego de la entrada de España en el club de la actual Unión Europea a partir de enero de 1986.

El primer aspecto, esto es, la descentralización política, ha tenido una gran incidencia. Ha supuesto, en términos generales y sin perjuicio de algunas disfunciones conocidas, una transformación de primer orden. Por ejemplo, la mayor parte de los servicios que afectan a las personas –en particular, la educación y la sanidad– dependen hoy de las regiones, de las Comunidades Autónomas (sin perjuicio de la previsión de algunas pautas comunes de coordinación). La gestión es autonómica y eso se traduce, por ejemplo, en el número de los empleados públicos. En la actualidad más del 50 % de todos los empleados públicos depende de las Comunidades Autónomas. Un millón y medio de los dos millones y medio del conjunto del empleo público es autonómico. Medio millón son funcionarios de los entes locales; los mismos que tiene el Estado central, medio millón, y en ese medio millón está incluida la policía y el Ejército profesional. En el personal autonómico se incluye el bloque más importante, que son los docentes y los sanitarios que, juntos, superan el millón de personas. Algo parecido sucede con el gasto público. Ha sido, pues, un cambio espectacular.

**El derecho administrativo trata de propiciar herramientas para conseguir la eficacia gestora de la Administración pública.**

Y, en otro sentido, algo similar cabe decir de la incidencia de la Unión Europea. Aquí no es un problema de empleo público sino de homogeneización reguladora. La clave de la UE es que los Estados miembros aceptan ceder soberanía de manera tal que las normas emanadas de las instituciones de la Unión (el Parlamento, el Consejo y la Comisión Europea) priman sobre todas las normas internas de los Estados miembros, incluidas las Constituciones nacionales, lo cual es una novedad de gran calado. Pero la Unión no tiene una Administración propia, más allá de algunos servicios centrales y un amplio ejército de traductores. Porque la Administración de la UE son las Administraciones de los Estados miembros que tienen que aplicar el derecho europeo como derecho propio. Igual que los jueces de la Unión son los jueces nacionales que aplican ese derecho. El Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo, tiene como principal función la de unificar la aplicación e interpretación del derecho europeo mediante varios mecanismos, el principal de

**El Tribunal de Justicia, con sede en Luxemburgo, tiene como principal función la de unificar la aplicación e interpretación del derecho europeo.**

los cuales es la llamada cuestión prejudicial en virtud de la cual el juez que tiene que aplicar una norma nacional y crea que esa norma es contraria al derecho de la UE puede parar el pleito y preguntar al Tribunal su opinión, que será de obligado cumplimiento. En la medida en que ese derecho ha ido creciendo y abarcando parcelas cada vez más diversas que van más allá de los aspectos económicos, eso ha tenido y tiene una enorme trascendencia

pues, poco a poco, homogeneiza numerosas parcelas de la actividad pública y de su aplicación por las Administraciones.

Así, pues, los cambios que se han producido en las Administraciones y en su actividad han dependido, algunos, de las peculiaridades sociales y políticas de cada país, de su evolución histórica. Pero otros han sido más o menos comunes en la medida en que se deben a fenómenos tales como la globalización, la generalización de algunos valores democráticos más o menos homogéneos, la irrupción de las nuevas tecnologías y otras cuestiones de similar sentido.

## ***2. ¿Cuáles son las consecuencias de la hipernormatividad estatal con respecto a la realización de la función administrativa?***

Hace aproximadamente cuarenta años un conocido autor francés publicó un pequeño libro con un título muy significativo: *No se cambia la sociedad por decreto*. Lo que latía en ese gráfico título es la idea de que el derecho sirve y ayuda a cambiar, sí, pero normalmente su función es la de consolidar fenómenos sociales. Es decir, va por detrás de la realidad. Puede ir algo por delante, de acuerdo, puede ordenar conductas, apuntar tendencias, imponer acciones. Pero si esa actitud es fruto del mero voluntarismo, si la norma no cala socialmente, puede tener un efecto perverso contrario a las buenas intenciones del autor. Y es que sin esa consideración social, como no se puede poner un policía en cada esquina para verificar el

cumplimiento de todas las normas, al final la ley demasiado avanzada, que la sociedad no asume del todo, se empieza a incumplir. Y en el momento en que ese proceso se inicia en lo pequeño adquiere, poco a poco, el volumen de una bola de nieve y lo que sigue es que se incumple también en lo que sí importa. El derecho se desprestigia socialmente, pierde una faceta de su sentido que, al final, es la de ser una norma social... pero que tiene detrás el poder coactivo del Estado.

Pues bien, la hipernormatividad por la que me pregunta obedece al mismo fenómeno. No por muchas normas que se aprueben mejora la sociedad y, desde luego, esa hiperactividad dificulta la gestión administrativa que tiene que ser, sobre todo, eficaz y previsible. Si la norma complica la gestión y la hace menos eficaz, si hay un exceso de normas, se pueden producir fácilmente interpretaciones contradictorias que generan imprevisibilidad, es decir, inseguridad jurídica que es uno de los peores males que puede producir el derecho.

Hay una técnica que se viene exigiendo en muchos países –entre ellos en España– a la hora de legislar. El Gobierno, en el momento en que presenta un proyecto de ley al Parlamento, tiene que acompañar al texto normativo propiamente dicho una serie de informes (los resultados de consultas previas a los actores sociales, por ejemplo), y entre ellos, un informe económico y un informe de impacto normativo. Es decir, tiene que explicar cuánto va a costar implementar la ley, qué necesidades de personal adicional se necesitarán, a qué normas anteriores afecta, por qué es necesaria, en definitiva, la nueva Ley. Y aunque esto no es ninguna panacea (porque hace falta luego un seguimiento y la posibilidad de exigir su cumplimiento) es, desde luego, un avance para no legislar a golpe de ocurrencia sin considerar la incidencia e impacto de la nueva ley, creyendo ingenuamente (si no es ingenuamente es aun peor) que la mera existencia de la norma es capaz por sí sola de resolver el problema que trata de atajar o articular fluidamente las relaciones que trata de ordenar.

**Si la norma complica la gestión y la hace menos eficaz, si hay un exceso de normas, se pueden producir fácilmente interpretaciones contradictorias que generan imprevisibilidad.**

### ***3. ¿Cuál debe ser el papel de la Administración pública para superar las facetas más importantes de la crisis producida por la pandemia del covid-19 y garantizar los derechos y libertades de los administrados?***

Lamentablemente el derecho no tiene instrumentos por sí solo para superar la crisis sanitaria derivada del o de la covid-19 (es curioso que la Academia Española acaba de admitir tanto el masculino como femenino, de enfermedad, cuando se usan esas siglas). Bien, el derecho solo puede aspirar a paliar la crisis económica subsiguiente por medio de ayudas, créditos, exenciones, moratorias y, en definitiva, gasto público que ayude a los más vulnerables y potencie la actividad económica más afectada. Puede también reorientar el crecimiento apostando por los

sectores más productivos y tecnológicos. Puede, y seguramente debe, dar mayor espacio a la ciencia, tanto desde el punto de vista de su visibilidad como de su financiación. Financiar la investigación, crear redes de investigadores utilizando las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías, aprovechar el momento para simplificar procesos burocráticos y repensar los circuitos de la gestión pública y la participación privada en los proyectos públicos. Cosas de ese estilo.

La garantía de los derechos se debe mantener, por supuesto, teniendo en cuenta que en el momento en que hay valores enfrentados, valores constitucionales enfrentados por mor de acontecimientos tan inesperados y duros como la pandemia (por ejemplo, la libertad de circulación y la vida), hay que buscar equilibrios y que, desde luego, la vida es prioritaria y, a veces, con la debida ponderación y siempre con garantía judicial, se pueden reducir temporalmente el ejercicio de algunos derechos en garantía de valores prioritarios. Pero eso, que es razonable, debe ser explicado, debe tratar de convencer. Es decir, debe implementarse el siempre necesario papel pedagógico y ejemplificador de la Administración.

*4. A partir de la interacción y diálogo jurídico entre los países iberoamericanos, así como en virtud de la influencia del derecho administrativo español sobre el de países de Centro y Sur América, ¿cuáles considera que son los principales retos a los que se enfrentan los países latinoamericanos en la construcción o perfeccionamiento del Estado de derecho y la democracia?*

Lo primero, tener claro qué es el Estado de derecho. Lo segundo, poner el acento en la realidad propia. La influencia de modelos ajenos puede ser beneficiosa en la medida que quien adopta lo que han hecho otros antes se beneficia de su experiencia y puede también evitar sus errores. Pero, dicho esto, hay que considerar la realidad de cada país. Yo no conozco bien la realidad de su país. Por tanto, lo importante es lo que nos es común. Y eso es, efectivamente, la idea del Estado de derecho que, en el fondo, no es muy distinta de la expresión anglosajona del *rule of law*.

El Estado de derecho supone, en síntesis, cuatro cosas que acaban simplificándose en la idea de democracia. Primero, el principio de legalidad como regla de referencia, esto es, la ley como norma suprema, pero no cualquier norma que se llame así sino entendiendo por ley aquella norma emanada de un Parlamento libremente elegido. Segundo, un Estado en el que rija la separación de poderes en el sentido tradicional de la expresión. Tercero, un Estado en cuya Constitución se proclamen una serie de derechos fundamentales y, sobre todo, existan medios

**Clave de casi todo está en la idea de control, es decir, en el establecimiento y consolidación de un Poder judicial.**

procesales para defenderlos ante tribunales independientes. Y, finalmente, un Estado en el que la actividad de su Administración pueda ser controlada por jueces o, en su caso, por órganos administrativos especializados, autónomos e independientes al estilo del Consejo de Estado francés.

A partir de esta consideración cada Estado debería incidir en aquellos aspectos en los que se detecten más carencias. Pero podemos decir, con carácter general, que la clave de casi todo está en la idea de control, es decir, en el establecimiento y consolidación de un Poder judicial (o, como alternativa, un órgano como el Consejo de Estado francés) independiente y especializado que vaya sentando doctrina jurisprudencial en el sentido expresado. Una doctrina que respete y proteja los poderes de la Administración en el momento en que actúa en aplicación de la ley, pero una doctrina exigente a la hora de controlar los errores o abusos de esa actividad administrativa, esto es, su legalidad y que exija de manera decidida la concisa pero suficiente motivación de todos los actos administrativos porque esa motivación es lo que conecta la decisión a la ley que le sirve de cobertura. El juez no puede, no debe, sustituir a la Administración, pero sí controlarla y exigir que se explique y pondere criterios. Si esa ponderación es razonable y esa justificación encuentra suficiente acomodo en la ley no hay que tener miedo: difícilmente el juez anulará el acto. Y el resultado será doblemente positivo: el acto se mantendrá y la Administración, al expresar así su vinculación al principio de legalidad, irá ganando en credibilidad, que es algo importante.

**El juez no puede, no debe, sustituir a la Administración, pero sí controlarla y exigir que se explique y pondere criterios.**

*5. Durante el primer semestre de 2021 Ecuador atravesó un proceso electoral, para elegir a un nuevo presidente de la república. En ese sentido, ¿cuáles son, en su opinión, los principales aspectos que debe tener en cuenta el Gobierno que resulte de tales comicios a los fines de generar innovación y producir eficiencia en la Administración pública?*

Obviamente yo no soy quién para decir qué debe hacer su Gobierno. Habrá un programa y a él habrá de atenerse. Pero, dicho eso, y sin otro ánimo que el de reflexionar en voz alta, se me ocurren algunas cosas que son comunes a todos los países y que se pueden enunciar de forma muy sintética.

Con una u otra denominación todos o casi todos los Gobiernos emprenden de vez en cuando procesos de reforma administrativa, con ese o parecido nombre. Modernización, se dice en ocasiones. Se trata de una cuestión recurrente que tiene una doble perspectiva. De un lado está la perspectiva normativa. Modificar normas existentes o alumbrar otras nuevas. De otro, la actividad no jurídica, que tiene que ver con los medios.

Desde la perspectiva normativa la legislación española del procedimiento administrativo y de la organización del sector público puede ser un referente; no digo necesariamente para imitarla pero sí para tenerla en cuenta. Esa legislación ahora es de 2015 (Leyes 39 y 40/2015, ambas de 1 de octubre). En ellas se contemplan los temas clásicos y fundamentales del derecho administrativo como derecho regulador de las relaciones de la Administración con los ciudadanos en términos actualizados y, si se quiere, modernizados: la capacidad de obrar, la actividad

administrativa (la gestión electrónica, los registros, comparencias, obligación de resolver, los plazos, la eficacia de los actos administrativos, el procedimiento administrativo, los recursos...) y las cuestiones organizativas que tienen también indudable trascendencia porque proporcionan certeza y seguridad (los órganos administrativos, la imparcialidad de los gestores, la competencia, el funcionamiento de los órganos colegiados, la organización ministerial y la estructura de los diversos organismos públicos dependientes de los órganos centrales, la responsabilidad de los entes públicos y otras cuestiones conexas...).

Pero la actividad no jurificada es aún más importante. Apela a la necesaria utilización de medios técnicos, con tendencia a la digitalización de la Administración (sin olvidar que un porcentaje de la ciudadanía aún no está familiarizado con esos medios y hay que tenerlo en cuenta para no dejarlos abandonados), a la especialización de los empleados públicos, a la puesta en marcha de mecanismos tendentes a propiciar la eficacia, mecanismos que no deben ser sólo ni prioritariamente negativos o sancionatorios sino, al contrario, incentivos positivos perfectamente mensurables y no muy difíciles de implantar dando margen para ello a los jefes inmediatos.

Hay que considerar el número de funcionarios necesario y su formación a partir de una cierta ética del servicio público. Hay que contemplar los problemas en términos realistas, es decir, de lo que se puede verdaderamente hacer con los medios disponibles porque la apelación a las mejoras utópicas es de todo punto contraproducentes. Considerar las experiencias ajenas es también, obviamente, una buena táctica, pero no para incorporarlas acríticamente sino para “traducir” el contexto y adaptarlas a la realidad propia. Porque el mimetismo sin filtrar y adaptar a la idiosincrasia de cada uno conduce a algo por desgracia bien conocido: el lenguaje ampuloso pero vacío de muchos planes y proyectos de reformas sin plasmarse en ninguna o casi ninguna medida concreta. Es necesario o al menos conveniente contar con asesoramiento externo, para no caer en la autocomplacencia, y estar abierto a la crítica, para no obviar los valores básicos que debe cumplir la Administración y que a la postre se traducen, como he dicho ya, en dos palabras: eficacia y control. Ni que decir tiene que esa y otras imaginables medidas de reforma y modernización necesitan un impulso político continuado.

En todo caso, lo decisivo para modernizar la Administración y acercarla al ciudadano son medidas concretas, realistas y visibles. Digo lo de visibles porque

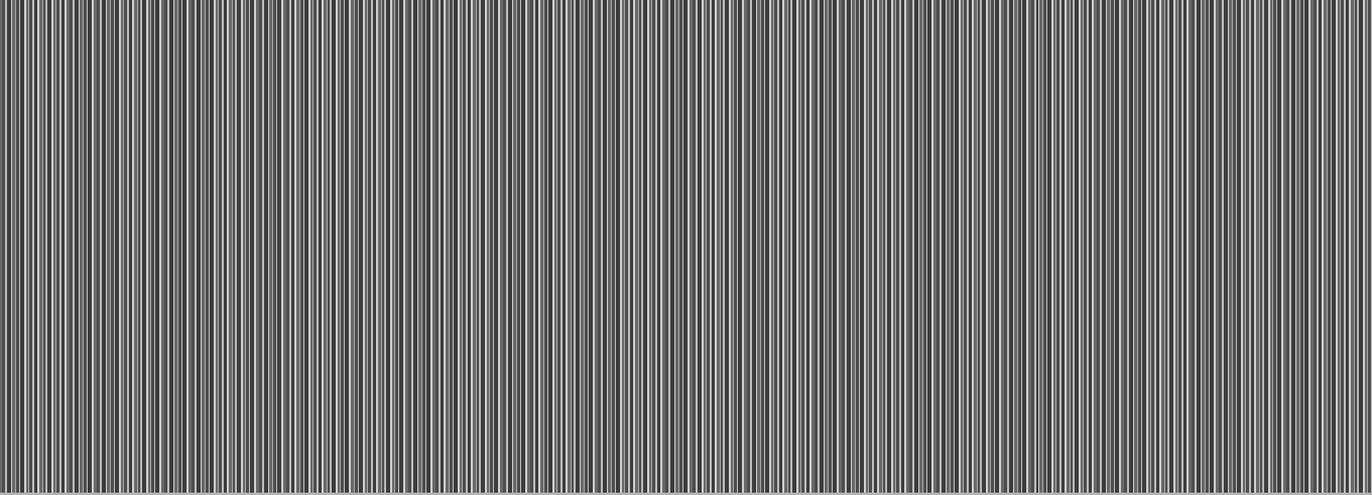
**La modernización es un resultado que no deben juzgar los académicos sino los ciudadanos y de ahí la importancia de las medidas concretas y su “visibilidad”.**

hay principios solemnemente proclamados en las normas cuya virtualidad solamente se puede juzgar desde fuera, desde los ciudadanos, que son sus teóricos beneficiarios. No bastan auditorías internas, datos estadísticos, proclamas o discursos parlamentarios. Al final lo que importa es la percepción. Las

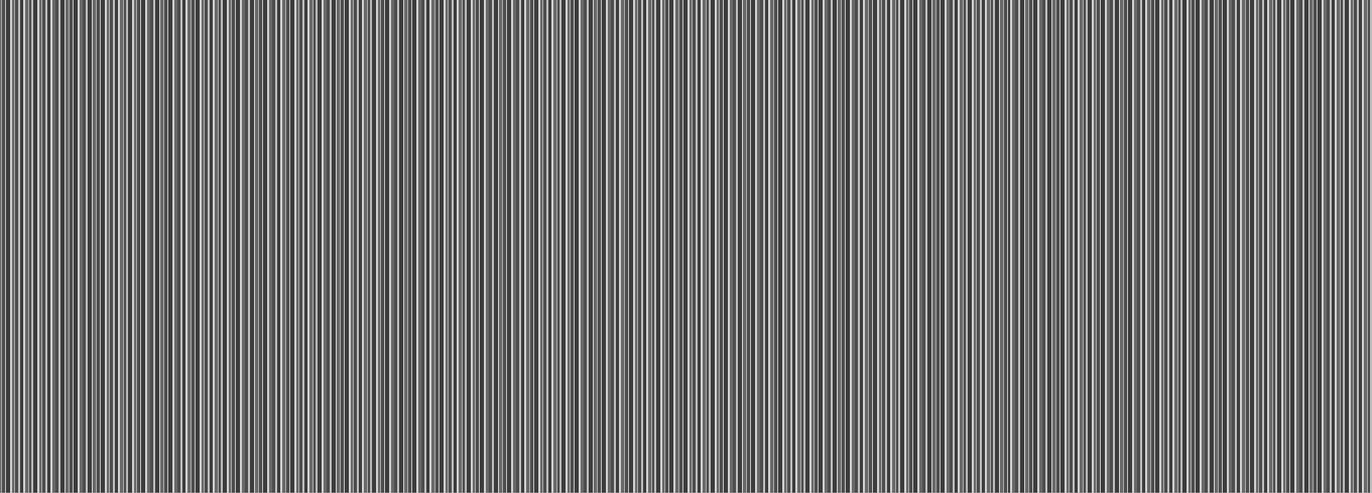
cosas acaban siendo como *parece* que son y ese juicio es siempre externo. Son los ciudadanos informados los que lo hacen a partir del análisis de cada medida o de la propia experiencia.

Quien recibe los servicios públicos percibe bien y en seguida la eficacia y los cambios que generan las medidas adoptadas. Medidas que, en todo caso, deben ser continuadas, con plazos de ejecución, bien conocidas y, como digo, sujetas a la crítica social (de funcionarios y ciudadanos). Porque la modernización es un resultado que no deben juzgar los académicos sino los ciudadanos y de ahí la importancia de las medidas concretas y su “visibilidad” porque en ese ámbito de la percepción social las cosas no necesariamente son como realmente son sino como se percibe que son, es decir, como *parece* que son. 





**Política editorial  
Breve guía de estilo**



# Política editorial

*Estado & comunes*, revista de políticas y problemas públicos, procesa artículos que observen la política editorial y las líneas establecidas en las convocatorias. Los trabajos presentados reflejarán la misión y las líneas de investigación del Instituto de Altos Estudios Nacionales, por lo que se espera que los artículos del Tema central sean un aporte a la reflexión sobre el Estado, las políticas y la Administración pública. Los artículos de Coyuntura de la realidad nacional e internacional deberán estar relacionados con las líneas de trabajo e investigación de la institución. *Estado & comunes* solo recibe artículos originales e inéditos que no se encuentren publicados en ningún otro medio impreso o digital, ni que hayan sido postulados de manera simultánea para su publicación en otras revistas, libros e instituciones editoriales. Esta revista es financiada y editada por el IAEN.

## 1. Secciones

- *Tema central*. Esta sección está compuesta por artículos que presentan información novedosa, detallada y relevante sobre un tema específico. Las convocatorias son continuadas, rotativas y reúnen a coordinadores especialistas, quienes proponen el dossier. Son trabajos arbitrados por dos lectores ciegos y externos.
- *Coyuntura*. Presenta artículos que analizan temas de coyuntura nacional e internacional que suscitan profundización teórica, conceptual e histórica y complementan las líneas de investigación del IAEN. Los editores de la revista evalúan la pertinencia de estos trabajos.
- *Entrevistas*. Esta sección captura opiniones y puntos de vista informados de académicos o personalidades sobre los asuntos públicos analizados en el dossier de la revista.

El envío de los artículos para la sección Tema central debe realizarse dentro de las fechas establecidas en las convocatorias. Las contribuciones para las secciones restantes pueden ser enviadas a lo largo del año.

## 2. Información para autores

Las personas interesadas en publicar sus artículos en *Estado & comunes*, revista de políticas y problemas públicos deben dar cuenta de haber entendido y acatar las políticas editoriales, los términos de las convocatorias, las directrices para autores, derechos de autor y el proceso de evaluación por pares descritos en el OJS de la revista ([http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado\\_comunes](http://revistas.iaen.edu.ec/index.php/estado_comunes)). De igual modo, los artículos deben ajustarse a los lineamientos editoriales.

El Consejo Editorial del IAEN se reserva el derecho a decidir sobre la publicación de los artículos. Los editores de la revista pueden sugerir el número y la sección en la que aparecerá un artículo, así como proponer las ediciones y correcciones de estilo que considere pertinentes.

### 3. Selección de artículos

Los artículos recibidos en cada convocatoria serán sometidos a un proceso de revisión que incluye varias etapas:

- Los artículos que cumplan con los requerimientos formales especificados en las políticas editoriales de la revista serán dados por recibidos.
- Los artículos serán sometidos a una evaluación previa que valorará la originalidad, pertinencia temática, conceptual e investigativa. Los coordinadores estarán a cargo de la evaluación previa de estos artículos enviados para Tema central. Los editores de la revista, aconsejados por el Consejo Editorial de IAEN, se encargarán de la sección de Coyuntura.
- Si el artículo de dossier recibió una valoración positiva, entrará al proceso de revisión par (*peer review*) doble ciego externo. Dos revisores académicos y anónimos considerarán la consistencia conceptual y metodológica, la coherencia lógica de las argumentaciones, la claridad y precisión en la redacción del texto y el uso de bibliografía especializada. Los revisores pares determinarán si el artículo es: 1) publicable, 2) publicable con modificaciones o 3) no publicable.
- En caso de criterios divergentes entre las dos evaluaciones, el artículo de Tema central se enviará a un tercer evaluador y este resultado será definitivo.
- Los autores recibirán los informes de arbitraje y se comprometen a incorporar los cambios o sugerencias ahí señalados.

### 4. Líneas de investigación priorizadas

Los artículos de *Estado & comunes* se ubicarán en alguna de las siguientes líneas de investigación.

- Administración pública, servicio público, transparencia, innovación y territorio
- Amenazas, resolución de conflictos y protección de derechos
- Derechos humanos, género, interculturalidad y participación ciudadana
- Relación entre el poder, el derecho y la institucionalidad en el Estado constitucional
- Política exterior, estudios estratégicos y procesos globales
- Política económica y fiscal, sectores e instituciones económicas, modelos de desarrollo
- Prospectiva, gestión estratégica y toma de decisiones

Información adicional puede encontrarse en este vínculo: [https://www.iaen.edu.ec/wp-content/uploads/2019/09/Politica-y-Lineas-de-Investigacio%CC%81n-IAEN\\_2019\\_vd18072019-1.pdf](https://www.iaen.edu.ec/wp-content/uploads/2019/09/Politica-y-Lineas-de-Investigacio%CC%81n-IAEN_2019_vd18072019-1.pdf).

## 5. Lineamientos para la recepción de artículos

- *Recepción:* los artículos que se ajusten a las políticas editoriales de la revista serán declarados “recibidos” y cada autor será notificado. Caso contrario serán devueltos.
- *Idiomas:* la revista solo publica artículos en español, sin embargo, recibe artículos en inglés y portugués. En el caso de que un artículo en un idioma distinto al español sea considerado para su publicación, la traducción es responsabilidad del autor.
- *Formatos:* los artículos se enviarán en formato Word, tamaño A4, márgenes de 2,4 cm en todos sus lados, letra Times New Roman 12, interlineado de 1,5 justificado. Todas las tablas, gráficos, imágenes y elementos visuales deben enviarse en formato original en formato Excel, PNG o Ilustrador, según corresponda, y no superar la cantidad de ocho elementos visuales por artículo.
- *Extensión:* varía de acuerdo con la sección de la revista y se mide con el contador de palabras de Word. La extensión incluye las notas al pie, anexos y referencias bibliográficas.

Tema central	6000-8000 palabras
Coyuntura	5000-7000 palabras
Reseña	1000-1500 palabras

- *Título:* el título del artículo no debe ser mayor a quince palabras. El editor de la revista podrá sugerir cambios al título.
- *Resumen:* tendrá hasta 200 palabras. Su orden de enunciación será el siguiente: 1) propósito o problema del trabajo; 2) metodología y datos usados; 3) resultados o hallazgos principales; 4) conclusión principal y 5) limitación o alcance del estudio.
- *Palabras clave:* reflejarán el contenido del artículo. Serán un total de siete descriptores, que se tomarán del título y el resumen.

## Breve guía de estilo

### 1. Citas cortas

Las citas textuales de menos de cuarenta palabras aparecerán entrecomilladas e incluirán el autor, año y la página señalada con una *p* seguida de un punto o dos *pp* si señala más de una página.

La pertinencia de las leyes y la mejor manera de elaborarlas es problemática porque, “donde hay propiedad privada y donde todo se mide por dinero, difícilmente se logrará que la cosa pública se administre con justicia” (Moro, 2010, p. 105).

Al discutir el concepto de *autocritas*, escribe que “se refiere a una fenomenología jurídica relativamente amplia que contiene tanto al derecho privado como al público” y más adelante señala que el *actor* confiere “validez jurídica al acto de un sujeto que por sí mismo no puede producir un acto jurídico válido” (Agamben, 2010, pp. 111, 112).

### 2. Citas largas (más de cuarenta palabras)

Si una cita contiene más de cuarenta palabras (cerca de cuatro líneas), está deberá ser ubicada en un bloque independiente del texto, con un margen izquierdo de 1,5 cm, sin comillas, a espacio sencillo y con tamaño de letra de 11 puntos.

### 3. Ilustraciones

Las ilustraciones (tablas, gráficos, mapas, fotografías) deben contener, en la parte superior, el número, y, en la parte inferior, la fuente.

### 4. Referencias bibliográficas

La lista de citas bibliográficas se incluirá al final, en orden alfabético, con sangría francesa y espacio interlineal de 1,5. Para facilitar la ubicación de las obras referenciadas por el autor en el texto académico, se considera necesario que toda cita incorpore los siguientes elementos: apellido y primera letra del nombre del autor o autores (seguida de un punto), año de publicación, título de la obra, edición, número o volumen (de ser el caso), lugar de publicación y editorial. Si en el texto se utilizaron siglas o acrónimos se recomienda utilizar la misma sigla en la entrada bibliográfica para facilitar la ubicación.

### 5. Obras con un autor

Apellido, N. (año de publicación). *Título de la obra*. Lugar de publicación: Editorial.

Moro, T. (2010). *Utopía*. Madrid: Alianza Editorial.

## 6. Obras con dos autores

Apellido, N., y Apellido, N. (año de publicación). *Título de la obra* (edición). Lugar de publicación: Editorial.

Antón, J., y García, F. (2015). *Vigilando el racismo. Cuatro casos de observación comunitaria al derecho a la no discriminación en comunidades indígenas y afroecuatorianas*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

## 7. Obra con editor(es), coordinador(es) o compilador(es)

Apellido, N., Apellido, N., Apellido, N., y Apellido, N. (Eds., Coords. o Comps.) (año de publicación). *Título de la obra* (edición). Lugar de publicación: Editorial.

Álvarez, C., Cuesta, M., y Jiménez, G. (Comps.). (2016). *Las políticas de control de armas de fuego, partes y municiones en Ecuador 2007-2014*. Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales.

**Cuadro 1**  
Ejemplo de citas con uno, dos o más autores

Tipo de obras	Cita en medio de la oración	Primera cita al final de la oración	Citas subsiguientes en el texto
Un autor	Chomsky (2007).	(Chomsky, 2007).	
Dos autores	Antón y García (2015).	(Antón y García, 2015).	
Tres a cinco autores	Barry, Kay, Martínez y North (2014).	(Barry, Kay, Martínez y North, 2014).	(Barry <i>et al.</i> , 2014).

## 8. Artículo de periódico

Apellido, N. (día, mes, año de publicación). Título del artículo. *Nombre del periódico*. p. xx-xx.

Meursault, A. (6 de noviembre de 2019). Cinco siglos con Tomás Moro. *El Comercio*, p. 6.

## 9. Artículo de revista

Apellido, N. (mes, año). Título del artículo. *Nombre de la Revista, volumen* (número): pp. xx-xx.

Pontón, D. (julio de 2016). Perspectivas y dilemas para una comprensión económica del delito organizado transnacional. *Estado & comunes: Revista de política y problemas públicos*, 2(3): pp. 115-134.

## 10. Tesis

Apellido, N. (año de publicación). *Título de la tesis* (tesis doctoral o tesis de maestría). Nombre de la institución, ciudad.

Fernández, S. (2013). *La construcción moderna de los maestros y de la infancia en el Ecuador ¿1925-1948?: “la cuestión social”, la “escuela activa” y las nuevas ciencias humanas* (tesis doctoral). Universidad Andina Simón Bolívar, Quito.

## 11. Libros en línea

Sousa Santos de, B. (2003). *La caída del Ángel Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos. Recuperado de <http://www.boaventuradesousasantos.pt/-media/LSA.pdf>.

## 12. Sentencias

Nombre de la institución autora [acrónimo, si lo tiene] (día, mes y año). *Número de sentencia*. Información complementaria.

Corte Constitucional del Ecuador [CCE] (28 de enero de 2015). *Sentencia No. 019-15-SEP-CC*. Caso No. 2068-11-EP.

Cuadro 2  
Ejemplos de citas de documentos legales

Tipo de documento	Primera cita corta	Cita subsecuente	Cita subsecuente con información complementaria
Decretos	(Presidencia de la República del Ecuador [PRE], 2018).	(PRE, 2018).	(PRE, 2018, Decreto Ejecutivo No. 376).
Resoluciones	(Defensoría del Pueblo Ecuador [DPE], 2015).	(DPE, 2015).	(DPE, 2015, Resolución No. 58-DPE-CGAJ-2015).

### 13. Constitución

Nombre de la Constitución (año de publicación). *Nombre del documento*. Institución autora. Información complementaria.

Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.

#### Cuadro 3

Ejemplos de citas de documentos legales: Constitución, leyes y reglamentos

Tipo de documento	Cita en medio de la oración	Primera cita al final de la oración	Cita subsecuente en el texto
Constitución	Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008).	(Constitución de la República del Ecuador [CRE], 2008).	(CRE, 2008).
Códigos	Código Orgánico Integral Penal (COIP, 2014).	(Código Orgánico Integral Penal [COIP], 2014).	(COIP, 2014).
Leyes	Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres (Ley de la Violencia contra las Mujeres, 2018).	(Ley Orgánica Integral para la Prevención y Erradicación de la Violencia contra las Mujeres [Ley de la Violencia contra las Mujeres], 2018).	(Ley de la Violencia contra las Mujeres, 2018).

