

Manual para la Buena Gestión en la Seguridad Social



Con el apoyo de:





Organización Iberoamericana de Seguridad Social

José Antonio Panizo Robles

Para cualquier consulta, póngase en contacto sin compromiso con la secretaría general de OISS: (34) 91 561 17 47 / 91 561 19 55

Direcciones corporativas de contacto:

Dirección de Internet corporativa: www.oiss.org

Secretaría general: sec.general@oiss.org

Fecha de publicación: noviembre 2020

Manual para la Buena Gestión en la Seguridad Social



Índice de contenidos

Prólogo. Pág. 6

Presentación. Pág. 8

Capítulo 1. La buena administración pública con especial referencia a la actividad administrativa de seguridad social • Jaime Rodríguez-Arana **Pág. 10**

Capítulo 2. El contenido constitucional de los derechos sociales. Técnicas de interpretación constitucional de la norma legal • Juan Antonio Hernández Corchete **Pág. 26**

Capítulo 3. Aspectos generales de la Seguridad Social • Francisco Jacob Sánchez **Pág. 52**

Capítulo 4. Introducción a la equidad de género • Andrea Fenero Calvo **Pág. 70**

Capítulo 5. Calidad regulatoria • Jorge Villarino Marzo **Pág. 94**

Capítulo 6. La buena administración en el procedimiento administrativo • Luis Felipe López Álvarez **Pág. 114**

Capítulo 7. Buena administración en la contratación pública • José Antonio Moreno Molina **Pág. 132**

Capítulo 8. Gestión Económico-Financiera • Susana Álvarez Gómez **Pág. 146**

Capítulo 9. Transparencia y acceso a la información pública • José Ignacio Herce Maza **Pág. 172**

Capítulo 10. Las nuevas tecnologías en la administración pública • Óscar Cortés Abad **Pág. 198**

Capítulo 11. Seguridad de la Información • Luis López Loma **Pág. 216**

Capítulo 12. La relevancia del dato y la Gobernanza de la Información •
• Javier Moreno Campillo **Pág. 234**

Capítulo 13. Liderazgo en las administraciones públicas de seguridad social •
• Lorena Arraiz Rodríguez **Pág. 232**

Capítulo 14. Comunicación para la buena gestión en tiempos de crisis •
• Sandra Orjuela Córdoba **Pág. 248**



Prólogo

Litin re nist, qui cusam, quia voluptet pos ditatquam rernatem. Nequis eum unt vendebis qui quietem rem etur alictem faccati dolupitatem doluptum nectaes seque poreicil iunt lacestiores sequodi tation rem alit et, sinvele caborectatus vid ex estis et expellu ptaturiam ea dem. Ita percill aborianditat utat re cus as enempor endenduci dolum ium fugia voluptaquia sendem none pos arias-sintia natqui sum sunt doluptate prioriore exerum volupiendae consequisquo blabori dolo erovita quae ne perum dendebitate qui rest que sanditaerum voloriatquid ut volupta il iur? Occum et doloris accatat ionseque se cusanis voluptat.

Restiur, consequiasim quiatis eatessi te volore comnimu sapitatem hit, coresed ut dolupit volorpore voluptati dolorestias desse alicipsae. Itatio volorporem commo veria poreheniet volessunt fuga. At qui berum et et aut aut adisci aborum, audis dit alit aborem at voluptatum quam est laccusa nimint qui comnis et ilitasperro molupta sed eos iumquiaerum fugitium volorae. Nem nimo volut plibeatqui ullorum iditione rae ducient la inctatur alignam rempore, utatur aut ullit inctotatia dellabo rerem. Ut enda consequerest haribeat illa volorestibus doluptibus dendernam, quaeped quiducia desequam quaspere perio. Nam unt latio qui volupta aut res mosapictenis qui sam quatio exercitem doluptas sinimus el ipsandi genient, officimilici reritio nsenia eatum quas mollaut voluptibus aliquis ea volum simpos ex evenienet, con elenimus.

Arum eos doluptat poria sin ex earum volorporum aturiae ma duntore perio. Fere, te qui niment eos pos est hillabo. Ut aciam earument, quis alia pelitate cullaudit et officia pa numendis iuscia qui as id quod modiscite nis nobis cum de si aut undam, quam expercimus ducidunt ditatis et derum restiorro tem est, consecae sima dolest, quae sam, int quid molent plaborro maximenda dignam a dem dolor sum quat ent ape demod ut fugitibus molenihil ipsandisiti debitat ad quaspelique nonsequi od quiati accus, etus necestibusam est vel magnam quo ipiet ut dolores repedis ducia digente endeni sum lam quibusdam quidenim con et et omnim quatque doluptatur?



Presentación

Litin re nist, qui cusam, quia voluptet pos ditatquam rernatem. Nequis eum unt vendebis qui quietem rem etur alictem faccati dolupitatem doluptum nectaes seque poreicil iunt lacestiores sequodi tation rem alit et, sinvele caborectatus vid ex estis et expellu ptaturiam ea dem. Ita percill aborianditat utat re cus as enempor endenduci dolum ium fugia voluptaquia sendem none pos arias-sintia natqui sum sunt doluptate prioriore exerum volupiendae consequisquo blabori dolo erovita quae ne perum dendebitate qui rest que sanditaerum voloriatquid ut volupta il iur? Occum et doloris accatata ionseque se cusanis voluptat.

Restiur, consequiasim quiatis eatessi te volore comnimu sapitatem hit, coresed ut dolupit volorpore voluptati dolorestias desse alicipsae. Itatio volorporem commo veria poreheniet volessunt fuga. At qui berum et et aut aut adisci aborum, audis dit alit aborem at voluptatum quam est laccusa nimint qui comnis et ilitasperro molupta sed eos iumquiaerum fugitium volorae. Nem nimo volut plibeatqui ullorum iditione rae ducient la inctatur alignam rempore, utatur aut ullit inctotatia dellabo rerem. Ut enda consequerest haribeat illa volorestibus doluptibus dendernam, quaeped quiducia desequam quaspere perio. Nam unt latio qui volupta aut res mosapictenis qui sam quatio exercitem doluptas sinimus el ipsandi genient, officimilici reritio nsenia eatum quas mollaut voluptibus aliquis ea volum simpos ex evenienet, con elenimus.

Arum eos doluptat poria sin ex earum volorporum aturiae ma duntore perio. Fere, te qui niment eos pos est hillabo. Ut aciam earument, quis alia pelitate cullaudit et officia pa numendis iuscia qui as id quod modiscite nis nobis cum de si aut undam, quam expercimus ducidunt ditatis et derum restiorro tem est, consecae sima dolest, quae sam, int quid molent plaborro maximenda dignam a dem dolor sum quat ent ape demod ut fugitibus molenihil ipsandisiti debitat ad quaspelique nonsequi od quiati accus, etus necestibusam est vel magnam quo ipiet ut dolores repedis ducia digente endeni sum lam quibusdam quidenim con et et omnim quatque doluptatur?

1

- La buena administración pública
- con especial referencia a la actividad
- administrativa de seguridad social

Jaime Rodríguez-Arana



I. Introducción

En términos generales, las transformaciones observadas en los distintos países que han emprendido reformas en materia de gestión pública son bastante similares. Todo un conjunto de fenómenos como la preocupación por la eficacia pública, la búsqueda de la calidad en la prestación de los servicios públicos con la consiguiente orientación al ciudadano, supuestos de descentralización territorial y funcional, mayor participación de las organizaciones no gubernamentales en la gestión de servicios, etc., son intentos de reducir el exceso de leyes y reglamentos y, al tiempo, fórmulas para generar instrumentos que fortalezcan la idea de servicio público, tan necesaria hoy en día. En materia de seguridad social, garantizando este derecho fundamental, estos avances son una venturosa realidad como acontece en el Reino de España. Profesionalización de la función pública, agilidad en las prestaciones sociales y un entramado creciente, en ocasiones con el sector privado, permiten hablar de una buena administración de la gestión de la seguridad social.

Como es bien sabido, la práctica totalidad de los procesos de reforma y modernización administrativa se declaran dirigidos a conseguir una Administración Pública más eficaz, más sencilla, que cueste menos y que atienda mejor al ciudadano en sus necesidades públicas. De esta manera, se pone de manifiesto un dato de importancia capital: los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano, de abajo hacia arriba, en función de sus necesidades colectivas. Este es, en mi opinión, el *"punctum dolems"* de cualquier proceso de reforma o modernización administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano. Sin embargo, siendo esta afirmación tan evidente, suele ser sistemáticamente preterida y orillada, en unos países más que en otros obviamente, en los diferentes intentos de reforma o modernización realizados en los últimos años.

El Estado moderno se ha convertido en un Estado Social y Democrático de Derecho, superando anteriores concepciones basadas en una administración de autoridad, limitadora de los derechos fundamentales y libertades públicas. Aparece en nuestras Constituciones el principio de eficacia como elemento rector de la actividad administrativa, al que es necesario unir, como derivación de la cláusula del Estado Social, el mandato constitucional dirigido a los poderes públicos de remoción de los obstáculos que impidan al individuo y los grupos en que se integra disfrutar real y efectivamente de la libertad y de la igualdad. La eficacia debe ir siempre acompañada del servicio objetivo y efectivo a los intereses generales. Si la

eficacia se convierte en el criterio único de la acción administrativa, es muy fácil, y ejemplos hay, que se confundan los fines y los medios.

La Administración pública del Estado Social y Democrático de Derecho ha de configurarse, pues, como una organización que debe distinguirse por los principios de legalidad, de eficacia y de servicio. Legalidad, juridicidad en sentido amplio, como gustaba decir a Hauriou, porque el procedimiento administrativo no es otra cosa que un camino pensado para salvaguardar los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Eficacia, porque hoy es perfectamente exigible a la organización administrativa que se aplique a la consecución de los fines que se establecen. Y servicio, sobre todo, porque no se puede olvidar que la justificación de la existencia de la Administración pública como organización, se encuentra en el servicio a los intereses colectivos. Por eso, las distintas potestades y poderes públicos son manifestaciones concretas de esa idea de servicio público. Legalidad, eficacia y servicio son, pues, los parámetros fundamentales de la acción administrativa.

Todo ello permite pensar en la necesidad de potenciar un clima de transformación permanente en la Administración pública, en el sentido de establecer las condiciones necesarias para su corrección y adaptación a unas circunstancias cambiantes de manera sistemática y cotidiana, aprovechando las opiniones de los ciudadanos sobre lo que, a su juicio, sería su funcionamiento deseable. En materia de gestión de la seguridad social este ambiente de mejora permanente es fundamental porque los destinatarios de esta actividad pública son personas que precisan de una especial protección social.

En esta situación, no puede ni debe olvidarse el actual contexto de limitación del gasto público, que obliga a buscar un funcionamiento del aparato público que respete los indicadores de racionalidad en la gestión de recursos, tanto humanos como financieros, utilizando técnicas que van desde la programación por objetivos y el sistema de control de resultados a la introducción de estándares de calidad en los servicios públicos. Contexto, sin embargo, que no puede ser la excusa permanente para reducir el compromiso social del Estado. Como señala la Constitución del Reino de España de 1978 en el artículo 31, el gasto público debe realizarse de acuerdo con programas de eficiencia, economía y equidad.

Por otra parte, la configuración del Estado social y democrático de derecho supone una nueva funcionalidad de la Administración Pública. En efecto, la Administración, al gestionar los intereses generales, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad

y, por tanto, de los ciudadanos en la elaboración de los criterios rectores que impulsen las políticas públicas. En otras palabras, la Administración pública ya no es dueña del interés público sino que está llamada, por su inserción en el Estado Social y Democrático de Derecho, a articular una adecuada intercomunicación con los agentes sociales para redefinir las políticas públicas. Quiere eso decir que los ciudadanos no deben ser sólo sujetos pasivos de las potestades públicas, sino que deben aspirar a ser legítimos colaboradores y protagonistas de la propia Administración para la gestión de los propios intereses que les afecten. Desde esta perspectiva puede entenderse mejor la función promocional de los poderes públicos en nuestro tiempo.

II. Centralidad del ciudadano

La persona se constituye en el centro de la acción pública. No la persona genérica o una universal naturaleza humana, sino la persona, cada individuo, revestido de sus peculiaridades irreductibles, de sus coordenadas vitales, existenciales, que lo convierten en algo irreplicable e intransferible, en persona.

Cada persona es sujeto de una dignidad inalienable que se traduce en derechos también inalienables, los derechos humanos, que han ocupado, cada vez con mayor intensidad y extensión, la atención de los políticos democráticos de cualquier signo en todo el mundo. En este contexto es donde se alumbran las nuevas políticas públicas, que pretenden significar que es en la persona singular en donde se pone el foco de la atención pública, que son cada mujer y cada hombre el centro de la acción política.

En efecto, el poder público es de los ciudadanos. El titular de los poderes del Estado es el pueblo soberano, que encomienda a los actores públicos el ejercicio, la gestión, del poder, de forma y manera que quien lo administra en nombre de la comunidad debe permanentemente rendir cuentas de su ejercicio.

Los ciudadanos, pues, tienen una función bien relevante en la definición, análisis, implementación, ejecución y evaluación de las políticas públicas. Han dejado de ser sujetos inertes que pasivamente recibían servicios y prestaciones públicas. Ahora, en el Estado social y democrático de Derecho, deben ser protagonistas, sujetos activos, personas que participan en la determinación y configuración del interés general. Y especialmente en lo que atiene a la acción social de los Poderes públicos.

Colocar a las personas en el centro de la acción pública, conduce a una disposición de prestar servicios reales a los ciudadanos, de servir a sus intereses reales. En este

sentido, el entendimiento con los diversos interlocutores es posible partiendo del supuesto de un objetivo común: libertad y participación.

Los Poderes públicos, las Administraciones públicas, son de los ciudadanos, de las personas, que deben tomar mayor conciencia de su posición central en el sistema político. Entonces, quienes trabajan en el sector público no son, ni más ni menos, que gestores de intereses ajenos que deben rendir cuentas periódicamente de su administración.

El ciudadano, la persona, es el centro del sistema, y, por ello, el poder público no debe ejercerse nunca desde la perspectiva de los privilegios o las prerrogativas, sino como un instrumento de servicio a la entera sociedad.

Una de las grandes directrices políticas de la arquitectura constitucional del Estado social y democrático de Derecho es la participación, en cuya virtud los Poderes públicos facilitar la presencia de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Una Administración abierta, un Gobierno abierto, fomenta la participación.

La participación no es sólo una consecuencia de entender el interés general en un Estado social y democrático de Derecho como un concepto que debe definirse a través de una acción concertada entre Poderes públicos y agentes sociales. Significa, además de un objetivo, un método de trabajo social dirigido a que los asuntos de interés general estén transidos de presencia social en todas sus dimensiones y aspectos. Las políticas públicas democráticas deben colocar en el centro de su elaboración, implementación, ejecución y evaluación, a las personas destinatarias de dichas actuaciones del poder público.

La determinación de los objetivos de las políticas públicas no puede hacerse realmente si no es desde la participación ciudadana. La participación ciudadana se configura, pues, como un objetivo público de primer orden, ya que constituye la esencia misma de la democracia. Una actuación política que no persiga, que no procure un grado más alto de participación ciudadana, no contribuye al enriquecimiento de la vida democrática y se hace, por lo tanto, en detrimento de los mismos ciudadanos a los que se pretende servir. Pero la participación no se formula solamente como objetivo, sino que la exige la práctica de la participación como método. En materia de protección social, la presencia de los ciudadanos es, si cabe, más importante, por su propia naturaleza y, también, porque en las estructuras de gestión de esta función pública tan relevante, es menester con las opiniones y consideraciones de los propios usuarios de estos servicios.

III. Transparencia

La transparencia, otra de las claves de los actuales procesos de reforma y modernización administrativa en los Gobiernos y Administraciones públicas es, desde luego, uno de los principales desafíos del buen gobierno y de la buena administración. Por una parte, porque la transparencia es una exigencia de calidad democrática y, por otra, porque el derecho fundamental ciudadano a una buena administración incluye expresamente el derecho de los ciudadanos a que Gobiernos y Administraciones públicas, estatales, autonómicos y locales, sean transparentes en su actividad y en la forma en que implementan las políticas públicas. Hoy las posibilidades de la técnica permiten publicar en las webs de los organismos públicos un conjunto amplio de información realmente amplio que, en el caso de las prestaciones de la seguridad social, ayudan a que estas políticas sean bien conocidas por todos los ciudadanos.

En democracia, los poderes del Estado residen en el pueblo y se realizan por y para el pueblo. El pueblo es el soberano y encomienda la gestión y administración de lo público a unos representantes que tienen la obligación de dar cuentas de su gestión y administración a la ciudadanía en forma constante, transparente y argumentada. El gobierno y la administración del espacio público deben servir con objetividad el interés general promoviendo las condiciones precisas para el libre y solidario ejercicio de los derechos fundamentales por parte de todas las personas.

La transparencia es, debe ser, un hábito propio que ha de presidir la actuación de los diferentes Entes públicos y, por ello, de las personas físicas que en ellos laboran. También, por supuesto, debe regir la actuación de todas las organizaciones e instituciones que realizan actividades de interés general o que utilicen o manejen fondos públicos en sus actividades. Por una razón bien sencilla: como el pueblo es el dueño y señor, el soberano, de los fondos públicos, es lógico que todos los organismos y organizaciones que administren estos recursos, sean Administraciones, partidos, sindicatos, patronales o, entre otros, ONGs, concesionarios de servicios públicos o cualesquiera otra forma de organización que reciba dinero público, se rijan por la publicidad y la concurrencia en materia contractual, y por el mérito y la capacidad en la selección de personal.

Efectivamente, los fondos públicos requieren, por su propia naturaleza, uso transparente y publicidad. Por eso, los procesos de selección de personal que se realizan siempre que hay fondos públicos de por medio, han de estar regidos por los principios de mérito y capacidad. Igual-

mente, cuándo se trata de contratar bienes o servicios, el carácter público de esos fondos, reclama siempre publicidad y concurrencia.

En el mismo sentido, las instituciones que realizan tareas de interés general también deben guiar su actuación en materia de personal y de contratos por estos criterios. No hacerlo así, encastillarse en la oscuridad y en la opacidad, no es más que una manifestación de arbitrariedad incompatible con los postulados del Estado de Derecho. Tiempo atrás John Locke enseñó que en toda manifestación de arbitrariedad hay siempre irracionalidad, subjetividad, propiedades del absolutismo bien opuestas a lo que debe ser el régimen y funcionamiento de los gobiernos y administraciones públicas de un Estado social y democrático de Derecho.

En este contexto, la transparencia y el acceso a la información de interés general deben ser gestionados o administrados por un órgano colegiado de naturaleza plural, en el que estén representados los Poderes públicos así como la sociedad civil. Es lógico que así sea porque el pluralismo es también una cualidad democrática que debe estar presente en todas aquellas cuestiones que afectan a la rectoría de asuntos de tanta envergadura como la gestión de la transparencia o del interés general.

El derecho fundamental de todo ciudadano europeo a la buena Administración, recogido en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de diciembre de 2000 fue formulado para salir al paso, para reaccionar frente a la denominada, por el Defensor del Pueblo Europeo, mala administración pública. Mala administración que viene caracterizando desde hace unos años a numerosas administraciones y gobiernos del área europea y que mucho tiene que ver con la escasa transparencia y publicidad reinante al interior de tantas instituciones y organismos públicos en el espacio europeo.

La conformación como derecho fundamental de la buena administración pública es una relevante manera de subrayar el papel central del ciudadano en todo lo referente al manejo y conducción de los asuntos relativos al interés general. Tal derecho es configurado por la Carta Europea en atención a la equidad, a la imparcialidad a la responsabilidad, a la transparencia y al plazo razonable en la resolución de los expedientes. Por tanto, la administración parcial, inequitativa, opaca, irresponsable y lenta es mala administración.

Uno de los aspectos centrales de la reforma y modernización del Gobierno y de la Administración pública en nuestros días se refiere, como es bien conocido, al gobierno en red, al gobierno abierto, al gobierno y a la administración

transparente. En efecto, en casi todos los países desarrollados se han acometido, con distinta suerte, procesos de implantación de las nuevas tecnologías en el marco de las nuevas políticas públicas a implantar.

Tal y como se define en el Memorándum del ya ex Presidente Obama de 21 de enero de 2009 sobre transparencia y en gobierno en red, tal forma de entender la función gubernamental ha de estar caracterizada por el aseguramiento de la confianza pública a partir de un sistema de transparencia, participación pública y colaboración. Por tanto, los tres principios del gobierno abierto son la transparencia, la colaboración horizontal y vertical y la participación pública en el diseño y ejecución de las políticas públicas.

El gobierno abierto tiene un objetivo esencial dos objetivos básicos. El objetivo esencial es la apertura del gobierno y de la administración pública, deben abrirse a la sociedad, a los ciudadanos, a las empresas y a las organizaciones en general. El primer objetivo básico es de orden político: fortalecer la democracia y el segundo de naturaleza administrativa, promover la eficacia y la eficiencia en las tareas de naturaleza ejecutiva o administrativa.

El gobierno abierto es consecuencia del eGovernment o gobierno electrónico. Es decir, es una proyección de la irrupción de Internet como red de redes en la sociedades occidentales a mediados de los noventa del siglo pasado, una irrupción, como señala García Mexía, que al ocupar todas las facetas de la vida humana, no podía dejar de tener reflejo en la esfera pública.

En Europa el Gobierno y la Administración electrónica empezaron a plantearse a partir de tres relevantes documentos. El primero, el informe Bangemann (Europa y la sociedad global de la información), de 1994, que subraya por encima de todo los ahorros en costes de esta forma de realizar el gobierno y la administración pública. El segundo y tercero son las Recomendaciones del Consejo de Europa de 15 de diciembre de 1994 y de 30 de septiembre también de 1994. La de 15 de diciembre se refiere a la gobernanza electrónica y la de 30 de septiembre a los estándares legales, procedimentales y técnicos de los sistemas de votación electrónica. Más adelante, el 18 de febrero de 2009, la Recomendación del Consejo de Europa sobre democracia electrónica da un paso más hacia una más abierta forma de gobierno y gestión democrática.

Estos documentos, junto a las iniciativas europeas e-Europe 2002, e-Europe 2005 y estrategia i2010, nos conducen a la Agenda Digital para Europa 2010 en la que la Comisión Europea propone una serie de orientaciones

estratégicas sobre administración electrónica, encabezadas por la necesidad de desarrollar y desplegar servicios públicos transfronterizos en línea.

El gobierno abierto constituye un estadio de la evolución natural del gobierno electrónico aunque realmente, además de estar conectado al eGovernment esta forma de concebir el gobierno y la administración pública están más cercanos a las modernas concepciones del buen gobierno y de la buena administración, que además, de una obligación inherente a los Poderes públicos, son también un principio de organización y actuación pública y, sobre todo, un derecho fundamental de los ciudadanos.

El eGovernment es consecuencia de los procesos de reforma y modernización del Estado de finales del siglo pasado presididos por la globalización y la tecnificación a partir de cuatro estrategias: financieras (menores costes), de crecimiento (mejores servicios), de eficiencia (optimizar procesos) y de proximidad al ciudadano.

Otra perspectiva del eGovernment sería la de constituir un medio para una buena gobernanza, un gobierno caracterizado por la transparencia, la participación y la rendición de cuentas. El gobierno abierto, tal y como ha señalado García Mexía, se ha convertido en una especie de "mecanismo-puente" entre la dimensión ética de la función pública y las nuevas tecnologías en el desarrollo de las tareas del gobierno y la administración pública. Ética y nuevas tecnologías son dos dimensiones del gobierno y la administración pública que deben ir inseparablemente unidas para que se pueda hablar en propiedad de gobierno abierto. Las TICs se justifican en este campo en la medida en que abran el gobierno y la administración a los ciudadanos de manera que éstos se consideren los auténticos soberanos del sistema político. Entonces, la accesibilidad y la transparencia facilitan la democracia entendida como el gobierno del pueblo, por el pueblo y para el pueblo. A partir de ahí surge una mayor participación y entonces se comprende en su pleno sentido que el interés general no debe ser definido unilateralmente por el gobierno o la administración pública sino a través de inteligentes alianzas entre Poder público y agentes sociales.

En la medida en que el Gobierno y la Administración pública se asientan sobre la ética y las nuevas tecnologías, entonces, en expresión inglesa, el gobierno abierto forma parte del paisaje constitucional y puede ser asumido por todos, ya sean gobiernos, ciudadanos, o empresas u organizaciones de un color o de otro. Este es el principal sentido del gobierno abierto en la tradición del gobierno electrónico y los valores que componen la dimensión ética de la función y el servicio público.

La transparencia se concreta en la apertura de datos e información en manos del poder público gracias al empleo de Internet y las TIC (Open data). La participación se materializa en herramientas y en democracia electrónica a través de las redes sociales y otros mecanismos 2.0, así como en asambleas y encuentros off-line con los propios ciudadanos. Y la colaboración se proyecta en sitios web donde los ciudadanos aportan sus conocimientos para la elaboración de políticas públicas.

El Open data constituye el mecanismo de menor interacción pues el ciudadano se limita a recibir las informaciones suministradas por el poder público. La participación, por su parte, incrementa la interacción con el ciudadano, a quien se solicitan decisiones (votación electrónica) y opiniones (redes sociales o foros off-line). La colaboración incrementa el compromiso cívico pues en este caso el ciudadano en este caso aporta el propio conocimiento como bagaje personal.

IV. El derecho fundamental a la buena administración

La buena Administración pública es un derecho de los ciudadanos a que los Poderes públicos sin excepción resuelvan los asuntos de interés general de forma justa, equitativa, objetiva y en plazo razonable promoviendo constantemente la dignidad humana. Además, es una obligación inherente a la esencia de los Poderes públicos y un principio de actuación administrativa. Los ciudadanos, pues, tienen derecho a exigir tales características de objetividad, imparcialidad, justicia, equidad y resolución en plazo razonable en el funcionamiento y actividad de todas las Administraciones públicas determinados patrones o estándares de calidad en el funcionamiento de la Administración. En materia de seguridad social la racionalidad del plazo resulta especialmente relevante hasta el punto que se puede afirmar que si esa administración responde con notorio retraso, se puede perjudicar seriamente a la personas más desprotegidas.

El derecho, principio, y obligación de la buena Administración pública, vinculan la forma en que se deben dirigir las instituciones públicas en una democracia avanzada. Dirigir en el marco de la buena Administración pública supone asumir que la Administración pública, existe y se justifica, en la medida en que ésta sirve objetivamente al interés general.

Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía. El responsable público tiene que

saber, y practicar en consecuencia, que la buena Administración pública le obliga a rendir cuentas continuamente a la ciudadanía y a que la búsqueda de la calidad en el servicio público presida toda su actuación.

El artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, aprobada en Niza en diciembre de 2000, de aplicación en España por virtud del Tratado de Lisboa de diciembre de 2007, constituye un precipitado de diferentes derechos ciudadanos, nada menos que de rango fundamental, que a lo largo del tiempo y a lo largo de los diferentes Ordenamientos han caracterizado la posición central que hoy tiene la ciudadanía en todo lo que se refiere al Derecho Administrativo. Hoy, en el siglo XXI, el ciudadano ya no es un sujeto inerte que simplemente recibe bienes y servicios públicos, sino que debe participar en la determinación del interés general, que ya no define unilateralmente la Administración pública pues como dice el Tribunal Constitucional del Reino de España en una sentencia de 7 de febrero de 1984, éste se define a través de una acción intercomunicada entre Poderes públicos y agentes sociales.

El citado artículo 41 de la Carta Europea dispone que:

“1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones y órganos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable.

2. Este derecho incluye en particular:

-el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente.

-el derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto a los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial.

-la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones.

3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Comunidad de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros.

4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua”.

Los ciudadanos europeos tenemos un derecho fundamental a que los asuntos públicos se traten imparcialmente, equitativamente y en un tiempo razonable. Es

decir, las instituciones comunitarias han de resolver los asuntos públicos objetivamente, han de procurar ser justas –equitativas– y, finalmente, han de tomar sus decisiones en tiempo razonable. En otras palabras, no cabe la subjetividad, no es posible la injusticia y no se puede caer en la dilación indebida para resolver.

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

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

El primero se refiere al derecho a que todo ciudadano comunitario tiene a ser oído antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente. Se trata de un derecho que está reconocido en la generalidad de las legislaciones administrativas de los Estados miembros como consecuencia de la naturaleza contradictoria que tienen los procedimientos administrativos en general, y en especial los procedimientos administrativos sancionadores o aquellos procedimientos administrativos de limitación de derechos. Es, por ello, un componente del derecho a la buena administración que el Derecho Comunitario toma del Derecho Administrativo Interno.

El segundo derecho derivado de este derecho fundamental a la buena administración se refiere, de acuerdo con el párrafo segundo del citado artículo 41 de la Europea de Derechos Fundamentales, se refiere al derecho de toda persona a acceder al expediente que le afecte, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial. Nos encontramos, de nuevo, con otro derecho de los ciudadanos en los procedimientos administrativos generales. En el Derecho Administrativo Español, por ejemplo, este derecho al acceso al expediente está recogido dentro del catálogo de derechos que establece confirmada en la Ley de 2 de octubre de 2015 en el catálogo de los derechos del ciudadano en relación con la Administración. Se trata,

de un derecho subjetivo lógico y razonable que también se deriva de la condición que tiene la Administración pública, también la comunitaria, de estar al servicio objetivo de los intereses generales, lo que implica, también, que en aras de la objetividad y transparencia, los ciudadanos podamos consultar los expedientes administrativos que nos afecten. Claro está, existen límites derivados del derecho a la intimidad de otras personas así como del secreto profesional y comercial o de la seguridad pública, excepciones que habrán de interpretarse restrictivamente.

El tercer derecho que incluye el derecho fundamental a la buena administración es el derecho de los ciudadanos a que las decisiones administrativas de la Unión europea sean motivadas. Llama la atención que este derecho se refiere a todas las resoluciones europeas sin excepción. Que todas las decisiones de las Autoridades de la Unión Europea sean motivadas es la consecuencia de que el ejercicio del poder en las democracias debe ser argumentado, razonado, motivado por la sencilla razón de que el poder público debe realizarse de forma objetiva. El poder que se basa en la razón es legítimo. El que no se justifica es sencillamente arbitrario. Por eso todas las manifestaciones del poder público deben motivarse. La intensidad de la justificación dependerá de la naturaleza de los actos de poder. Si son reglados la motivación será menor. Pero si son discrecionales, la exigencia de motivación será mayor. Es tan importante la motivación de las resoluciones públicas que bien puede afirmarse que la temperatura democrática de una Administración es proporcional a la intensidad de la motivación de los actos y normas administrativas.

En una sentencia de 15 de octubre de 2010, el Tribunal Supremo del Reino de España precisa el alcance de la motivación que exige nuestra Constitución señalando que tal operación jurídica *“se traduce en la exigencia de que los actos administrativos contengan una referencia específica y concreta de los hechos y los fundamentos de derecho que para el órgano administrativo que dicta la resolución han sido relevantes, que permita reconocer al administrador la razón fáctica y jurídica de la decisión administrativa, posibilitando el control judicial por los tribunales de lo contencioso administrativo”*. Además, tal obligación de la Administración *“se engarza en el derecho de los ciudadanos a una buena administración, que es consustancial a las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros de la Unión Europea, que ha logrado refrendo normativo como derecho fundamental en el artículo 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada por el Consejo de Niza de 8/10 de diciembre de 2000, al enunciar que este derecho incluye en particular la obligación que incumbe a la Administración de motivar sus decisiones”*.

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

El apartado cuarto dispone que toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los Tratados y deberá recibir una contestación en esa lengua.

V. Especial referencia a la carta de los derechos y deberes de los ciudadanos

El 10 de octubre de 2013 el CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo), fiel a su tradición, aprobó en su seno la llamada Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública (CIDYDCAP). El borrador me fue encargado por la secretaria general del CLAD y, con las mejoras introducidas por los responsables de función pública de la región, se puede considerar que el texto finalmente aprobado constituye el reflejo del compromiso que existe en esta parte del mundo en relación con una Administración pública más humana, más justa, más cercana a la ciudadanía, a la que debe servir en sus necesidades públicas. No es exageración alguna afirmar que en la Carta están presentes muchas ideas de sabios y agudos colegas iberoamericanos, maestros del Derecho Administrativo y fervientes defensores del derecho fundamental a la buena Administración pública y el conjunto de derechos que lo componen.

En el preámbulo, la Carta (CIDYDCAP) afirma que *“El Estado Social y Democrático de Derecho otorga una posición jurídica a la persona, un estatus de ciudadano en sus relaciones con la Administración Pública. En efecto, ahora los ciudadanos ya no son sujetos inertes, simples receptores de bienes y servicios públicos; son protagonistas principales de los asuntos de interés general y disponen de una serie de derechos, siendo el fundamental el derecho a una buena Administración Pública, a una Administración Pública que*

promueva la dignidad humana y el respeto a la pluralidad cultural. En efecto, la Administración Pública, en sus diferentes dimensiones territoriales y funcionales, está al servicio de la persona atendiendo las necesidades públicas en forma continua y permanente con calidad y calidez”.

Este párrafo primero del preámbulo reconoce, como no podía ser de otra manera, la funcionalidad del ciudadano en el modelo del Estado social y democrático de Derecho. Si el Estado es la comunidad política jurídicamente articulada sobre un territorio para garantizar y promover el libre y solidario desarrollo de la persona, es lógico, todavía más, es una exigencia, la existencia de un auténtico derecho fundamental, de un auténtico derecho humano, el de la buena administración pública.

Por otra parte, si reconocemos, como implícitamente admite la Carta (CIDYDCAP), que los poderes del Estado son de la titularidad y propiedad ciudadana, es lógico que quienes los ejercen temporalmente por mandato del pueblo, a él deban permanentemente dar cuenta del encargo recibido. De ahí que como señala el párrafo segundo de la Carta, *“los poderes del Estado derivan del consentimiento de los ciudadanos, debiéndose buscar un equilibrio entre dichos poderes como entre derechos y deberes de las personas. En su representación, legisladores, ejecutivos y jueces ejercen el poder que les corresponde. Como administradores y gestores de estos poderes del Estado, deben rendir cuenta permanentemente de su ejercicio ante toda la ciudadanía a través de los diferentes mecanismos que los ordenamientos jurídicos nacionales establecen”.*

La aspiración a una Administración Pública que contribuya a un mejor servicio objetivo al interés general no es algo propio de este tiempo. Es una exigencia de la misma existencia de la Administración Pública, y desde siempre, de una u otra forma, se ha tratado de poner a disposición de los habitantes de un aparato administrativo comprometido con el libre y solidario desarrollo de las personas. En este sentido, el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP) sigue señalando que *“en el marco del complejo Gobierno-Administración Pública, núcleo en el que se realiza la definición e implementación de las políticas públicas propias del Poder Ejecutivo, ha ido cobrando especial relieve en los últimos tiempos la obligación de las instancias públicas de proceder a una buena Administración Pública, aquella que se dirige a la mejora integral de las condiciones de vida de las personas. La buena Administración Pública es, pues, una obligación inherente a los Poderes Públicos en cuya virtud el quehacer público debe promover los derechos fundamentales de las personas fomentando la dignidad humana de forma que las actuaciones administrativas armonicen criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad, y sean prestadas en plazo razonable”.*

He aquí una caracterización de la buena Administración Pública como obligación de los Poderes Públicos, una caracterización más amplia y completa que la establecida en el artículo 41 de la Carta Europea de los Derechos Fundamentales de la Persona de 8 de diciembre de 2000. Una simple comparativa de las dos versiones enseña que en la Carta Iberoamericana aparece la nota de la objetividad y la de la justicia, algo que no acontece en la Norma europea, que se concentra en la imparcialidad, equidad y el plazo razonable.

La propia Carta (CIDYDCAP) subraya la capitalidad del ser humano como centro y raíz del Estado, y por ende de la Administración Pública: *“desde la centralidad del ser humano, principio y fin del Estado, el interés general debe estar administrado de tal forma que en su ejercicio las diferentes Administraciones Públicas hagan posible el libre y solidario desarrollo de cada persona en sociedad. Es decir, hace a la condición de la persona, es inherente al ser humano, que el Gobierno y la Administración del interés general se realice en forma que sobresalga la dignidad y todos los derechos fundamentales del ciudadano”*.

En este párrafo se justifica sólidamente el carácter de derecho humano del derecho a la buena Administración Pública, un derecho del que forman parte un conjunto de derechos derivados o derechos integrantes, que, como el derecho fundamental, deben gozar de la mayor protección jurisdiccional.

La buena Administración Pública puede ser concebida como obligación de los Poderes Públicos, como derecho humano y, también, como no, como principio general del Derecho Público y de la Ciencia de la Administración Pública. Extremo que explica también claramente el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP): *“La buena Administración Pública adquiere una triple funcionalidad. En primer término, es un principio general de aplicación a la Administración Pública y al Derecho Administrativo. En segundo lugar, es una obligación de toda Administración Pública que se deriva de la definición del Estado Social y Democrático de Derecho, especialmente de la denominada tarea promocional de los poderes públicos en la que consiste esencialmente la denominada cláusula del Estado social: crear las condiciones para que la libertad y la igualdad de la persona y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y facilitando la participación social. En tercer lugar, desde la perspectiva de la persona, se trata de un genuino y auténtico derecho fundamental a una buena Administración Pública, del que se derivan, como reconoce la presente Carta, una serie de derechos concretos, derechos componentes que definen el estatuto del ciudadano en su relación con las Administraciones Públicas y que están dirigidos a subrayar la dignidad humana”*.

En realidad, la caracterización de la buena Administración, sea cuál sea su funcionalidad concreta, responde, eso lo sabemos muy bien los conocedores de la Constitución del Reino de España, a la principal tarea de la Administración Pública: el servicio objetivo al interés general: *“la buena Administración Pública, sea como principio, como obligación o como derecho fundamental, no es ciertamente una novedad de este tiempo. La Administración Pública siempre ha estado, está, y seguirá estando, presidida por el muy noble y superior principio de servir con objetividad al interés general. Ahora, con más medios materiales y más personal preparado, tal exigencia en el funcionamiento y estructura de la Administración Pública implica que el conjunto de derechos y deberes que definen la posición jurídica del ciudadano esté más claramente reconocido en el ordenamiento jurídico y, por ende, sea mejor conocido por todos los ciudadanos.”* (Preámbulo CIDYDCAP).

En el Estado democrático, los intereses generales, es bien sabido, ya no son objeto de definición patrimonial o monopolística por parte del Estado o de la Administración Pública. Más bien, tal definición se produce en el marco de un proceso dinámico de diálogo e interacción entre Poderes Públicos y agentes ciudadanos. De esta manera se evita esa versión unilateral, de fuerte sabor iluminista, a partir de la cual el funcionario público, que tantas veces se considera dueño y señor de los procedimientos y las instituciones, termina por pensar, y actuar consecuentemente, como soberano del interés general. Por eso, la Carta (CIDYDCAP) señala también en su preámbulo, que *“la Administración Pública debe estar al servicio objetivo de los intereses generales. Unos intereses que en el Estado Social y Democrático de Derecho ya no se definen unilateralmente por las Administraciones Públicas. Por el contrario, los Poderes Públicos deben salir al encuentro de los ciudadanos para que de forma integrada y armónica se realice la gran tarea constitucional de la construcción democrática, profundamente humana, solidaria y participativa, de las políticas públicas. Una función que en este tiempo debe diseñarse desde las coordenadas de la participación social, tal y como se puso de relieve en la precedente Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública adoptada en Estoril el 1 de diciembre de 2009 por la XIX Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno a iniciativa precisamente del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo”*.

El derecho fundamental a la buena Administración Pública y sus derechos componente, junto a los deberes de los mismos ciudadanos, deben ser objeto de autoconocimiento por los habitantes pues en la medida en que las personas sean conscientes realmente de su posición medular en el sistema político y administrativo, entonces es posible que estemos en el momento de la verdadera reforma ad-

ministrativa, que sin participación ciudadana, no es más que un precipitado de diversas dimensiones tecnocráticas por muy plurales y multidimensionales que sean. Por eso, la Carta (CIDYDCAP) señala con nitidez en el preámbulo que *“en la medida que la ciudadanía ponga en valor su condición central en el sistema público, más fácil será que pueda exigir un funcionamiento de calidad de las Administraciones públicas. Si el ciudadano reclama ordinariamente, y de forma extraordinaria cuando sea menester, los derechos que se derivan del fundamental a una buena Administración Pública, el hábito de la rendición de cuentas y de la motivación de todas las decisiones de los poderes del Estado será una realidad”*.

En efecto, la rendición de cuentas como exigencia ciudadana es ciertamente distinta que la rendición de cuentas como expresión del quehacer de los Entes públicos. Es más, una Administración que asume con habitualidad la motivación de sus decisiones, que es reacia a la oscuridad y que busca siempre y en todo atender objetivamente las necesidades colectivas de los habitantes, es una Administración profundamente democrática que se legitima en función de la calidad de la justificación de su actuación. Pregunta, ¿de qué calidad es la rendición de cuentas en cada uno de nuestros países en materia de gestión de la seguridad social. Se contentan los dirigentes con meras rendiciones de cuentas formales e existe un verdadero compromiso en cuya virtud cotidianamente se motivan convenientemente todas las actuaciones, especialmente las dictadas como consecuencia de potestades discrecionales?.

En definitiva, como señala acertadamente la Carta (CIDYDCAP), *“el estatuto del ciudadano en relación con la Administración Pública está compuesto por el derecho fundamental a la buena administración y sus derechos componentes, así como por los deberes que definen también la posición jurídica del ciudadano. Derechos y deberes son expresiones de la naturaleza dinámica y activa que hoy el Estado Social y Democrático de Derecho demanda de los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones Públicas”*.

En efecto, el reconocimiento del derecho fundamental a una buena Administración Pública, así como sus derechos integrantes, sería incompleto si no se hiciera referencia a los deberes y obligaciones que graban sobre los propios ciudadanos. Como señala el preámbulo de la Carta (CIDYDCAP), *“todas las Constituciones Iberoamericanas hacen referencia, desde una perspectiva general, a los deberes de los ciudadanos a cumplir las leyes, a promover el bien común y a colaborar con los poderes públicos en aras de la consecución del interés general. Y en las principales leyes administrativas de la región encontramos referencias expresas a dichos deberes aplicados a la relación con la Administración Pública en el marco del procedimiento administrativo”*.

En la Carta (CIDYDCAP), antes de la caracterización del derecho fundamental a la buena Administración Pública y de sus derechos componentes, se hace referencia a los principios sobre los que se asienta tal derecho humano por una elemental razón. El derecho humano a la buena Administración se levanta sobre el solar de los principios básicos del Derecho Administrativo y de la Administración y, los derechos componentes, como se puede colegir fácilmente, se encuentran en buena medida desperdigados por las diferentes leyes administrativas de la región. Así también lo ha entendido la Carta (CIDYDCAP) cuándo en la parte final del preámbulo señala que *“por lo que se refiere a los principios sobre los que descansa el derecho fundamental de la persona a una buena Administración Pública, máxima expresión de la función de dignificación humana propia de los Poderes Públicos, es menester tener presente que todas las leyes administrativas que se han promulgado en Iberoamérica disponen de relevantes elencos y repertorios. Igualmente, muchos de los denominados derechos componentes del derecho fundamental a una buena Administración Pública están recogidos en las principales normas que regulan el régimen jurídico de la Administración Pública y el procedimiento administrativo en los diferentes países iberoamericanos”*.

La Carta (CIDYDCAP) no es una Norma jurídica de obligatorio cumplimiento, tal y como lo expresa el último párrafo del preámbulo: *“la presente Carta constituye un marco de referencia que posibilita, en la medida en que no se oponga a lo dispuesto en las legislaciones de cada uno de los países de la región, una ordenación de los derechos y deberes del ciudadano en relación con la Administración Pública, los cuales pueden adecuarse a las particularidades de las normas relacionadas a la Administración Pública y a la idiosincrasia de cada uno de los países iberoamericanos”*.

“La Carta de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública tiene como finalidad el reconocimiento del derecho fundamental de la persona a la buena Administración Pública y de sus derechos y deberes componentes. Así, los ciudadanos iberoamericanos podrán asumir una mayor conciencia de su posición central en el sistema administrativo y, de esta forma, poder exigir de las autoridades, funcionarios, agentes, servidores y demás personas al servicio de la Administración Pública, actuaciones caracterizadas siempre por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana”. En el punto 1 de la Carta (CIDYDCAP), transcrito al principio de este párrafo, se expone con meridiana claridad su objeto, que no es otro que dar carta de naturaleza de derecho humano, con todas sus consecuencias, al derecho fundamental de la persona a una buena Administración Pública. Un derecho humano que obligará a que

todas las actuaciones administrativas, cualquiera que sea su naturaleza, se caractericen por el servicio objetivo al interés general y consecuente promoción de la dignidad humana. Es más, una actuación administrativa que no se oriente al servicio objetivo del interés general nunca podrá promover la dignidad humana.

A renglón seguido comienza la exposición de los principios, que deben entenderse, como dispone el punto 2 de la Carta (CIDYDCAP), en *“el marco del respeto de los postulados del buen funcionamiento de las instituciones públicas y de la observación estricta del Ordenamiento Jurídico”*, contexto en el que debe afirmarse que *“la Administración Pública sirve con objetividad al interés general y actúa con pleno sometimiento a las leyes y al Derecho, especialmente en sus relaciones con los ciudadanos, de acuerdo con los principios expuestos en los siguientes preceptos, que constituyen la base del derecho fundamental a la buena Administración Pública en cuanto este está orientado a la promoción de la dignidad humana”* (punto 2).

El principio de servicio objetivo a los ciudadanos se proyecta, según lo dispuesto en el punto 2, *“a todas las actuaciones administrativas y de sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública, sean expresas, tácitas, presuntas, materiales –incluyendo la inactividad u omisión– y se concreta en el profundo respeto a los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos, que habrá de promover y facilitar permanentemente. La Administración Pública y sus agentes, funcionarios y demás personas al servicio de la Administración Pública deben estar a disposición de los ciudadanos para atender los asuntos de interés general de manera adecuada, objetiva, equitativa y en plazo razonable”*. Un principio de especial aplicación a toda la actividad administrativa de Seguridad Social.

En el apartado 3 se define el principio promocional de los Poderes públicos, que *“se dirige a la creación de las condiciones necesarias para que la libertad y la igualdad de los ciudadanos iberoamericanos y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan su cumplimiento y fomentando la participación ciudadana a fin de que los ciudadanos contribuyan activamente a definir el interés general en un marco de potenciación de la dignidad humana”*. Este principio, como sabemos, es la expresión administrativa de la cláusula del Estado social y democrático de Derecho y cobra en materia de gestión de la seguridad social, una importancia capital.

En el punto 4 se hace referencia al principio de racionalidad, que *“se extiende a la motivación y argumentación que debe caracterizar todas las actuaciones administrativas, especialmente en el marco del ejercicio de las potestades dis-*

crecionales”. Este principio es uno de los más importantes para la existencia de una Administración comprometida realmente con la democracia y el Estado de Derecho pues en buena medida se puede afirmar que el compromiso con los derechos humanos de una Administración Pública se mide por la calidad y rigor de las motivaciones de sus decisiones.

En el apartado 5 se trata del principio de igualdad de trato, en cuya virtud *“todos los ciudadanos serán tratados de manera igual, garantizándose, con expresa motivación en los casos concretos, las razones que puedan aconsejar la diferencia de trato, prohibiéndose expresamente toda forma de discriminación cualquiera que sea su naturaleza”*. Este principio debe facilitarse especialmente a las personas con capacidades especiales o diferentes: *“las Administraciones Públicas deberán realizar los ajustes tecnológicos y físicos necesarios para asegurar que este principio llegue efectivamente a los ciudadanos con especiales dificultades, especialmente a las personas con capacidades especiales o capacidades diferentes”*. Consideración que, como es lógico, es de plena aplicación a los procedimientos de la Seguridad Social en cada uno de nuestros países.

En el apartado 6 se hace referencia al principio de eficacia, *“en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse, de acuerdo con el personal asignado, en el marco de los objetivos establecidos para cada Ente público, que siempre estarán ordenadas a la mayor y mejor satisfacción de las necesidades y legítimas expectativas del ciudadano”*. La Administración Pública debe ser guiada en atención a objetivos en los que los ciudadanos han de tener presencia en el marco de las preferencias electorales que ha de concretar el Gobierno salido de las elecciones. Sin objetivos es difícil que la Administración Pública sirva con objetividad los intereses generales.

La eficacia según la Carta (CIDYDCAP) también se ordena a eliminar y remover las dificultades que impiden que las actuaciones administrativas cumplan los fines previstos. Así en el mismo punto 6, la Carta (CIDYDCAP) dispone que *“las Autoridades buscarán que los procedimientos y las medidas adoptadas logren su finalidad y, para ello, procurarán remover de oficio los obstáculos puramente formales y evitarán las dilaciones y los retardos, buscando la compatibilidad con la equidad y el servicio objetivo al interés general. En esta materia será de aplicación, de acuerdo con los diferentes ordenamientos jurídicos, el régimen de responsabilidad del personal al servicio de la Administración Pública”*. En la medida en que se identifique al funcionario responsable de cada procedimiento, será más sencillo derivar la responsabilidad que en que pudiera incurrir como consecuencia de dilaciones y retardos indebidos, sin justificación alguna.

El principio de eficiencia atiende a la consecución de los objetivos establecidos con el menor coste posible, y según el apartado 7, *“obliga a todas las Autoridades y funcionarios a optimizar los resultados alcanzados en relación con los recursos disponibles e invertidos en su consecución en un marco de compatibilidad con la equidad y con el servicio objetivo al interés general.”* Es decir, la eficiencia debe tener presente, para alcanzar los resultados esperados, los recursos, personales y materiales, disponibles en un marco en el que la equidad y el servicio objetivo al interés general sean criterios determinantes. Esto es así porque la Administración no es una organización que se mueva por el lucro o el beneficio económico, sino por la rentabilidad social. En este sentido, conviene reflexionar sobre la adecuación entre medio materiales, personales y ratios de resolución de expedientes, también en materia de seguridad Social. Consideración que nos permite afirmar que para que la gestión de los procedimientos de la seguridad Social sea eficaces y eficientes es necesario contar con un personal seleccionado con arreglo al mérito y a la capacidad. In una administración verdaderamente profesional es imprescindible para que estos principios sean una auténtica realidad.

De acuerdo con el principio de economía, apartado 8, *“el funcionamiento de la Administración Pública estará guiado por el uso racional de los recursos públicos disponibles (...) de manera que el “gasto público se realizará atendiendo a criterios de equidad, economía, eficiencia y transparencia.”* El gasto público debe, pues, realizarse en un contexto de equilibrio y complementariedad entre los principios de eficacia, eficiencia y equidad, siempre de forma transparente. Principio que hace referencia a que los presupuestos en materia de Seguridad Social deben ser los necesarios para atender a las personas necesitadas de especial protección, lo cual significa que han de ser confeccionados desde la realidad.

En virtud del principio de responsabilidad, según el punto 9, *“la Administración Pública responderá de las lesiones en los bienes o derechos de los ciudadanos ocasionados como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos o de interés general de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.”* Como es lógico, la Carta (CIDYDCAP) no entra en la cuestión de si las lesiones deben ser consecuencia del funcionamiento anormal o irregular de los servicios públicos, optando por la regla general de la responsabilidad por actuaciones administrativas que lesionen, sin más, los bienes o derechos de los ciudadanos.

Los ciudadanos son los dueños y señores del poder público y quienes lo ejercen en su nombre deben dar cuentas a la ciudadanía permanentemente de cómo lo administran. Por eso, en el punto 10, de acuerdo con el principio de evaluación permanente de la Administración Pública,

“ésta, tenderá a adecuar su estructura, funcionamiento y actividad, interna y externa, a la identificación de oportunidades para su mejora continua, midiendo de forma objetiva el desempeño de sus estructuras administrativas.”

En el apartado 11 se impone a la Administración Pública que asegure la *“universalidad, asequibilidad y calidad de los servicios públicos y de interés general con independencia de la ubicación geográfica de los ciudadanos y del momento en que estos precisen el uso de dichos servicios por parte de las Administraciones Públicas con presencia territorial.”* En el caso de los servicios públicos va de suyo, y en el caso de los servicios de interés general es consecuencia de propia naturaleza de estos servicios que exigen que el Estado, a través de los medios más pertinentes, preserve también la continuidad de estos servicios garantizando su universalidad, asequibilidad y calidad.

El ethos de la Administración Pública es obvio pues su principal función es el servicio objetivo del interés general. No sólo estructuralmente sino también a través de las personas que laboran en su interior. De ahí que el apartado 12 se refiera al principio de ética, *“en cuya virtud todas las personas al servicio de la Administración pública deberán actuar con rectitud, lealtad y honestidad, promoviéndose la misión de servicio, la probidad, la honradez, la integridad, la imparcialidad, la buena fe, la confianza mutua, la solidaridad, la transparencia, la dedicación al trabajo en el marco de los más altos estándares profesionales, el respeto a los ciudadanos, la diligencia, la austeridad en el manejo de los fondos y recursos públicos así como la primacía del interés general sobre el particular.”* Es más, personal que labora en los servicios de Seguridad Social ha de distinguirse por un escrupuloso respeto y compromiso con los principios de la ética pública que tan bien reflejados están en este párrafo de la Carta Iberoamericana.

La cláusula del Estado democrático implica la participación y presencia ciudadana en el análisis y evaluación de las políticas públicas. Por eso el punto 13 de la Carta (CIDYDCAP) hace referencia al principio de participación, *“en cuya virtud los ciudadanos, en el marco de lo dispuesto en la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública, podrán, según la legislación interna de cada país, estar presentes e influir en todas las cuestiones de interés general a través de los mecanismos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos de aplicación. Igualmente, se propiciará que los ciudadanos participen en el control de la actividad administrativa de acuerdo con la Legislación administrativa correspondiente.”* Debe subrayarse que la Carta deja la puerta abierta a la función de control de la actividad administrativa general por parte ciudadana, lo que obviamente se regulará en la legislación general administrativa de cada país.

Dicha participación, como es lógico, tiene una relevancia especial cuándo se refiere a la elaboración de las normas administrativas. De ahí que la parte final de este apartado señala que *“de igual manera, la Administración Pública facilitará que los ciudadanos interesados participen, individual o colectivamente, también a través de sus legítimos representantes, en el procedimiento de elaboración de las normas administrativas que puedan afectarles.”*

En el punto 14, consecuencia también de la función de servicio a la ciudadanía que acompaña a la Administración en todo su quehacer, se hace referencia a los *“principios de publicidad y claridad de las normas, de los procedimientos y del entero quehacer administrativo en el marco del respeto del derecho a la intimidad y de las reservas que por razones de confidencialidad o interés general, que serán objeto de interpretación restrictiva”*. La legislación de Seguridad es abundante y cambiante por lo que las exigencias de claridad, y de publicidad son especialmente significativas en este sector de la actividad administrativa de dimensión social.

Consecuencia de lo expuesto en el párrafo anterior es, como dispone la Carta (CIDYDCAP) en este punto, que *“las Autoridades procurarán dar a conocer a los ciudadanos y a los interesados, de forma sistemática y permanente, según las diferentes legislaciones de cada uno los países de la región, sus actos, contratos y resoluciones, mediante comunicaciones, notificaciones y publicaciones, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de forma masiva tal información.”* Especialmente relevante es que los destinatarios de las prestaciones de la Seguridad Social estén debidamente informadas en todo momento y circunstancia pues hoy las nuevas tecnologías pueden conseguirlo sin especiales dificultades.

En el apartado 15, se reconocen los *“principios de seguridad jurídica, de previsibilidad, claridad y certeza normativa, en cuya virtud la Administración Pública se somete al Derecho vigente en cada momento, sin que pueda variar arbitrariamente las normas jurídicas.”* La claridad de las normas administrativas trae consigo, como señala más adelante este apartado que *“la Administración Pública procurará usar en la elaboración de las normas y actos de su competencia un lenguaje y una técnica jurídica que tienda, sin perder el rigor, a hacerse entender por los ciudadanos.”*

La denominada actividad administrativa de policía, ordenación o limitación, demanda, especialmente, la aplicación del principio de proporcionalidad, establecido en el punto 16 de la Carta (CIDYDCAP), en cuya virtud *“las decisiones administrativas deberán ser adecuadas al fin previsto en el ordenamiento jurídico, dictándose en un marco de justo equilibrio entre los diferentes intereses en presencia y*

evitándose limitar los derechos de los ciudadanos a través de la imposición de cargas o gravámenes irracionales o incoherentes con el objetivo establecido.”

La Administración actúa, bien lo sabemos, en virtud de normas. Por eso, apartado 17 de la Carta (CIDYDCAP), el principio de ejercicio normativo del poder *“significa que los poderes deberán ejercerse, única y exclusivamente, para la finalidad prevista en las normas de otorgamiento, prohibiéndose el abuso o exceso de poder, sea para objetivos distintos de los establecidos en las disposiciones generales o para lesionar el interés general.”*

En virtud del *“principio de objetividad, fundamento de los principios de imparcialidad e independencia, las autoridades y funcionarios, así como todas las personas al servicio de la Administración Pública, deberán abstenerse de toda actuación arbitraria o que ocasione trato preferente por cualquier motivo, actuando siempre en función del servicio objetivo al interés general, prohibiéndose la participación en cualquier asunto en el que él mismo, o personas o familiares próximos, tengan cualquier tipo de intereses o en los que pueda existir conflicto de intereses según el ordenamiento jurídico correspondiente.”* (Apartado 18).

El principio de buena fe también se proyecta sobre la Administración Pública, por lo que el punto 19 señala que en su virtud *“las Autoridades y los ciudadanos presumirán el comportamiento legal y adecuado de unos y otros en el ejercicio de sus competencias, derechos y deberes.”*

La Administración Pública, como está al servicio de los ciudadanos, debe facilitar todo lo que pueda las relaciones de éstos con el Poder público. Por eso, el apartado 20 dispone que *“de acuerdo con el principio de facilitación los ciudadanos encontrarán siempre en la Administración Pública las mejores condiciones de calidez, amabilidad, cordialidad y cortesía para la tramitación y asesoramiento de los asuntos públicos que les afecten”*.

En este sentido, las innovaciones tecnológicas han de estar orientadas a esta finalidad, por lo que, como establece la Carta (CIDYDCAP) al final de este apartado, *“en estos casos, el uso de las TICS facilita la tramitación de numerosos procedimientos y permite de forma puntual conocer en cada momento el estado de la tramitación así como solventar las dudas que puedan tener los interesados.”*

La resolución de los asuntos públicos en plazo razonable justifica el principio de *“celeridad, en cuya virtud las actuaciones administrativas deberán realizarse optimizando el uso del tiempo, resolviendo los procedimientos en un plazo razonable que será el que corresponda de acuerdo con la dotación de personas y de medios materiales disponibles y*

de acuerdo con el principio de servicio objetivo al interés general, así como en función de las normas establecidas para tal fin". (Apartado 21)

La centralidad del ciudadano y su condición capital en el sistema política y administrativo, en cuanto dueño y señor de los poderes públicos, justifica el principio de transparencia y acceso a la información de interés general: establecido en el apartado 22: *"el funcionamiento, actuación y estructura de la Administración Pública deberá ser accesible a todos los ciudadanos, de manera que éstos, de acuerdo con la protección del derecho a la intimidad y de las declaraciones motivadas de reserva por razones de interés general, puedan conocer en todo momento, gracias a la existencia de archivos adecuados, la información generada por las Administraciones Públicas, por las organizaciones sociales que manejen fondos públicos y por todas aquellas instituciones que realicen funciones de interés general de acuerdo con la legislación respectiva".*

Las nuevas tecnologías, dice la Carta (CIDYDCAP), tienen también gran importancia para facilitar dichos principios: *"Las Autoridades deberán impulsar de oficio los procedimientos y procurarán usar las TICS a los efectos de que los procedimientos se tramiten con diligencia y sin dilaciones injustificadas de acuerdo con los enunciados de la Carta iberoamericana del Gobierno Electrónico. Igualmente, se procurará potenciar el uso de estándares abiertos para facilitar la difusión y reutilización de la información pública o de interés general". (apartado 22 in fine).*

En este tiempo, las técnicas de limitación y ordenación a las que la Administración Pública puede someter las actividades de las personas, deben respetar el principio establecido en el punto 23: el principio de protección de la intimidad, *"de forma que las personas al servicio de la Administración Pública que manejen datos personales respetarán la vida privada y la integridad de las personas de acuerdo con el principio del consentimiento, prohibiéndose, de acuerdo con los ordenamientos jurídicos correspondientes, el tratamiento de los datos personales con fines no justificados y su transmisión a personas no autorizadas".*

Finalmente, apartado 24, el principio de debido proceso implica que *"las actuaciones administrativas se realizarán de acuerdo con las normas de procedimiento y competencia establecidas en los ordenamientos superiores de cada uno de los países miembros, con plena garantía de los derechos de representación, defensa y contradicción".*

Tras señalar el punto 25 que *"los ciudadanos son titulares del derecho fundamental a la buena Administración Pública, que consiste en que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcial-*

idad, siendo resueltos en plazo razonable al servicio de la dignidad humana"; la Carta reconoce que *"el derecho fundamental a la buena Administración Pública se compone, entre otros, de los derechos señalados en los artículos siguientes, que se podrán ejercer de acuerdo con lo previsto por la legislación de cada país".*

Estos derechos componentes que señala Carta (CIDYDCAP), de especial aplicación a los procedimientos administrativos de la Seguridad Social se encuentran en los apartados subsiguientes y, son, de forma resumida los siguientes:

1. Derecho a la motivación de las actuaciones administrativas.
2. Derecho a la tutela administrativa efectiva.
3. Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale.
4. Derecho a presentar por escrito o de palabra peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas de aplicación, en los registros físicos o informáticos.
5. Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la Administración Pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras Administraciones públicas del propio país.
6. Los ciudadanos tienen derecho a no presentar documentos cuando éstos se encuentren a disposición de la Administración Pública.
7. Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
8. Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.
9. Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa.
10. Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo.
11. Derecho a presentar quejas, reclamaciones y recursos ante la Administración Pública.

12. Derecho a denunciar los actos con resultado dañoso que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos producidos por los entes públicos en el ejercicio de sus funciones.
13. Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente de acuerdo con el ordenamiento jurídico correspondiente.
14. Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten en el marco del respeto al derecho a la intimidad y a las declaraciones motivadas de reserva que habrán de concretar el interés general en cada supuesto en el marco de los correspondientes ordenamientos jurídicos.
15. Derecho a copia sellada de los documentos que presenten a la Administración Pública.
16. Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general.
17. Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad.
18. Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo.
19. Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten.
20. Derecho a ser notificado por escrito en los plazos y términos establecidos en las disposiciones correspondientes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten.
21. Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
22. Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de las personas al servicio de la Administración Pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas de acuerdo con el ordenamiento jurídico respectivo.

La Carta (CIDYDCAP), recuerda también, que el ejercicio del derecho fundamental a la buena Administración Pública supone el ejercicio de deberes, pues sin deberes no puede haber derechos. En concreto, la Carta se refiere a los siguientes:

En primer lugar, los ciudadanos deberán acatar con lealtad la Constitución, las Leyes así como el entero Ordenamiento jurídico con arreglo a las exigencias de un Estado de Derecho.

En segundo término, los ciudadanos habrán de actuar siempre de acuerdo con el principio de buena fe, tanto en el uso de la información obtenida de la Administración Pública, la cual deberá ser utilizada con interés legítimo, como así también abstenerse del uso de maniobras dilatorias en todo procedimiento o actuación en relación con dicha Administración Pública.

Tercero, los ciudadanos tienen la obligación de ser veraces en todas sus relaciones con la Administración Pública, evitando toda afirmación o aportación falsa o temeraria a sabiendas.

En cuarto lugar, los ciudadanos deben ejercer con la máxima responsabilidad los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico, absteniéndose de reiterar solicitudes improcedentes o impertinentes o de presentar acciones que representen erogaciones innecesarias de los recursos del Estado.

Quinto, los ciudadanos observarán en todo momento un trato respetuoso con las autoridades, funcionarios y con todo el personal al servicio de la Administración Pública.

Y, en sexto y último término, los ciudadanos deberán colaborar siempre y en todo momento al buen desarrollo de los procedimientos y actuaciones administrativas, cumpliendo diligentemente todas las obligaciones razonables y justas que les impone el ordenamiento jurídico, especialmente en materia tributaria, reconociendo los costos establecidos para la atención demandada.

Finalmente, como colofón, la Carta (CIDYDCAP) dispone que el derecho fundamental de la persona a la buena administración pública y sus derechos componentes tendrán la protección administrativa y jurisdiccional de los derechos humanos previstos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

Bibliografía

- ARISTÓTELES (1873). *Ética a Nicómaco*. Madrid: Medina y Navarro editores.
- BONNIN, C.J. (2004). *Principios de Administración pública*. México: Fondo de Cultura Económica.
- CROZIER, M. (1974). *El fenómeno burocrático*. Bilbao: Amorrortu.
- FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2010). *Los códigos de buen gobierno en las administraciones públicas*, Administración y ciudadanía Vol. 2, nº 2.
- GARRIDO FALLA, F. (2005). *Tratado de Derecho Administrativo*. Madrid: Tecnos.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, TR (2011). *Curso de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1981). La significación de las libertades públicas para el Derecho Administrativo. *Anuario de Derechos Humanos*. Madrid: Universidad Complutense.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (1994). *Derecho Administrativo Español*. Navarra: Eunsa.
- HABERMAS, J. (2000). *Teoría de la acción comunicativa*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- HABERMAS, J. (2000). *Aclaraciones a la ética del discurso*. Madrid: Trotta.
- HUME, D. (1992). *Historia natural de las religiones*. Madrid: Tecnos.
- LLANO, A. (1999). *Humanismo cívico*. Barcelona: Ariel.
- MIR PUIG-PELAT, O. (2002). *La responsabilidad patrimonial de la Administración pública*. Madrid: Civitas.
- MEMBIELA, L. (2007). *La buena administración en la Administración general del Estado*. Actualidad administrativa, nº 4.
- MORENO MOLINA, J.A. y MAGÁN, J.M.(2005). *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas*. Madrid: El consultor.
- NIETO, A. (1997). *Corrupción en la España contemporánea*. Barcelona: Ariel.
- PARDO, M.J. (2004). *De la Administración pública a la gobernanza*. México: Colegio de México.
- PARADA, R. (2007). *Derecho Administrativo*. Madrid: Marcial Pons.
- RIFKIN, J. (2010). *La sociedad empática*. Barcelona: Paidós Ibérica.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2012). *El poder público y el ciudadano: la buena Administración pública como principio y como derecho*. Madrid.
- TOMÁS MALLÉN, B. (2004). *El derecho fundamental a la buena administración*. Madrid: INAP.
- VILLORIA, M. (2007). *La corrupción política*. Madrid: Síntesis.
- VON IHERING, R. (2008). *La lucha por el derecho*. Granada: Comares.
- WEBER, M. (2001). *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*. Madrid: Alianza Editorial.

2

- **El contenido constitucional**
- **de los derechos sociales**
- Técnicas de interpretación constitucional de la norma legal

Juan Antonio Hernández Corchete¹

¹ Letrado Tribunal Constitucional de España y Profesor Dº Administrativo Universidad de Vigo, jahc43@hotmail.com.



I. Las constituciones democráticas y la justicia constitucional

A. La función constitucional del legislativo y el ejecutivo en un sistema constitucional democrático

La Constitución, en sentido formal, es un texto normativo que realiza dos funciones. De un lado, desempeña un papel organizativo que consiste en crear los órganos del Estado y distribuir entre ellos las facultades o poderes de carácter público. De otro, establece un marco básico de reglas sustantivas, entre las que destacan principalmente las que garantizan el respeto a los derechos humanos, dentro del cual debe desenvolverse el ejercicio de tales poderes públicos. Dicho en otras palabras, la Constitución en la edad actual no solo define quién ostenta cada uno de los poderes públicos y cuál es el procedimiento para su desarrollo, sino que también fija límites sustantivos, si bien que abiertos o genéricos, que condicionan el contenido material de las decisiones que adoptan los órganos competentes.

En las Constituciones de los países iberoamericanos la primera de esas dos funciones –la de organización y reparto de las facultades públicas– está presidida por el principio democrático. Esta regla constitucional traduce normativamente la idea de que las disposiciones que rigen en una sociedad, reconociendo o limitando derechos de los individuos que la conforman, deben ser autoimpuestas. Han de ser los propios ciudadanos quienes acuerden estas normas y les den fuerza de obligar, pudiendo en ocasiones hacerlo de un modo inmediato a través de mecanismos de participación política directa como son los referéndums. Ahora bien, dada la complejidad que entrañan estas decisiones, las Constituciones prevén que la participación política de los ciudadanos se verifique de un modo mediato, a través aquéllos a quienes eligen periódicamente para representarles. Es por ello que se afirma que las Constituciones de los países iberoamericanos la regla general es la democracia representativa, sin perjuicio de que excepcionalmente se materialicen experiencias de democracia directa.

Las Cámaras legislativas, en tanto que están integradas por los representantes inmediatos de los ciudadanos, son las depositarias del poder de establecer las normas que fijan el estatuto jurídico del ciudadano, al menos en cuanto a las líneas fundamentales que determinan la extensión y límites de sus derechos y obligaciones. Al actuar esta función privilegian unas opciones regulatorias y correlativamente postergan otras. Cuando el reconocimiento de derechos implica gasto público, que por definición

es un bien escaso, los legisladores (como representantes de los ciudadanos) acuerdan gastar aquí y no allí, lo que se traduce en atribuir más ampliamente un derecho y más limitadamente otro derecho. El legislativo, por las razones expuestas, tiene un amplio margen de apreciación al definir el contenido de las normas. Es tan válido y legítimo, dicho en términos constitucionales, tanto una concreta solución como muchas otras que pudieran encarnarse en la norma.

La Constitución coloca al Ejecutivo en una posición diferente. Sus actuaciones también concurren a definir la extensión de los derechos y obligaciones de los ciudadanos, pero están vinculadas por las líneas básicas de regulación que se encuentran en las leyes aprobadas por el legislativo. Al Ejecutivo, por tanto, le corresponden dos funciones, ambas dentro del marco predefinido por la ley. La primera tarea, conocida genéricamente como potestad reglamentaria, es precisar los aspectos que la norma legal ha establecido de un modo abierto y la segunda es aplicar las normas –tanto las legales como las reglamentarias– a cada caso concreto.

No cabe obviar que muchos países iberoamericanos son Estados presidencialistas, con lo que se pretende destacar que el Presidente del Estado es designado mediante elección inmediata del cuerpo electoral. La consecuencia de ello, en lo que aquí interesa, es que la Constitución le permite regular algunas materias directamente y sin la mediación del legislador, en atención a que también este órgano cuenta con el mismo grado de representación. Ahora bien, esta situación especial se reduce a ciertas materias pues muchas otras son constitucionalmente confiadas a las asambleas legislativas, aparte de que al Ejecutivo, incluso cuando es presidencialista, le incumben sus tareas propias: potestad reglamentaria y la aplicación de las normas a los casos concretos.

B. La vinculación del ejecutivo y el legislativo a los contenidos constitucionales

Vale la pena recordar que la Constitución no solo organiza y distribuye los poderes públicos, sino que también prevé algunas reglas sustantivas fundamentales. Las disposiciones constitucionales sustantivas comúnmente son reglas de contenido muy abierto. Incluso algunas de ellas se limitan a afirmar que los poderes públicos deben atenderse a una finalidad genérica (se afirma el derecho a la salud) o que cierto grupo social debe recibir protección (la protección de la vejez, o la existencia de una seguridad social pública que proteja de las contingencias), sin precisar ni siquiera de un modo básico contenidos o líneas de obligado cumplimiento en la realización de ese

objetivo o materialización de esa protección. A pesar de esta estructura abierta, las previsiones constitucionales son verdaderas normas jurídicas y vinculan a los poderes públicos. Ninguna de ellas, ni siquiera las que carecen de todo contenido concreto y se limitan a garantizar finalidades u objetos de protección, son meras indicaciones programáticas².

El legislativo ostenta la representación directa de los ciudadanos, transferencia de legitimidad democrática que se renueva periódicamente asegurando de este modo que la conexión legislativo-ciudadanos sea actual. Al legislativo, en virtud de esta legitimación democrática directa y actual, ve como las constituciones le atribuyen la competencia de regular los derechos y las obligaciones de los ciudadanos en sus líneas fundamentales (que son las más trascendentes, pues implica las decisiones principales, las privilegian la protección mayor de unos derechos y menos intensa de otros), lo que supone a su vez poder cambiar la regulación, sujetándose eso sí a los procedimientos previstos en la Constitución.

Esta amplia competencia regulatoria atribuida constitucionalmente al legislador, apoyada en su nexo directo y actual con el cuerpo electoral, no es ilimitada. El horizonte que no cabe superar por el legislador es la Constitución. Con otras palabras, las normas constitucionales le vinculan, y le imponen usar unos concretos procedimientos y que el contenido de sus decisiones respete las reglas sustantivas previstas en la Constitución, y entre ellas los derechos humanos y el mandato general de igualdad y de prohibición de discriminación.

Pero esta vinculación del legislador a la Constitución presenta notas especiales. No cabe entender que las reglas sustantivas previstas en la Constitución reducen a la nada, o en gran medida, el margen de apreciación que incumbe constitucionalmente al legislador al regular los derechos y obligaciones de los ciudadanos. Las reglas sustantivas constitucionales pueden proscribir una concreta solución regulatoria, pero su vinculación sobre el legislador ha de ser de tal modo que éste siempre debe tener la opción de preferir entre varias opciones, y de cambiar esa preferencia en un momento posterior, por el cambio de circunstancias o simplemente por la alteración del peso relativo de las fuerzas políticas (que se corresponde con la actualización periódica del nexo entre el legislador y

los ciudadanos). Esta es la idea que fluye en la posición que expresa el TC España cuando destaca que *"el legislador no se limita a ejecutar o aplicar la Constitución, sino que, dentro del marco que esta traza, adopta libremente las opciones políticas que en cada momento estima más oportunas"* (STC 99/2019, de 18 de julio, FJ 6).

En resumen, las reglas constitucionales sustantivas actúan respecto del legislador como un marco genérico de coincidencias³, dentro del cual caben distintas y variadas combinaciones regulatorias. No entenderlo así, y reducir en exceso el espacio de decisión libre del legislador, conduce a hacer más fácil la crítica de lo que se ha venido en llamar "constitucionalismo popular"⁴. Esta posición doctrinal defiende que el pueblo, y el legislador cuando actúa en su nombre, es quien tiene la capacidad de regular los derechos y deberes de los ciudadanos, sin ningún límite preestablecido en textos constitucionales que el cuerpo electoral de cada momento no ha acordado. Implica, simplemente, la negación del constitucionalismo.

Por su parte, la vinculación del Ejecutivo a la Constitución presenta dos modalidades. En primer término, las reglas sustantivas constitucionales actúan como guía de las decisiones que competen al Ejecutivo dentro del respeto de las leyes. El desarrollo de las leyes (potestad reglamentaria) y la aplicación de las normas a cada caso concreto brindan al Ejecutivo un espacio propio para conformar los derechos y deberes. Este espacio no es tan extenso como el del legislador (pues está reducido por las opciones del legislador a la que está sometido), pero su amplitud no es desdeñable. Dentro de este espacio el Ejecutivo prefiere unas opciones regulatorias a otras y en este proceso decisorio debe buscar la mayor efectividad de la Constitución. De este modo, las reglas sustantivas constitucionales guían obligatoriamente el proceso decisorio del Ejecutivo, mas no se pierda de vista que la mayor efectividad de un previsión constitucional suele conllevar la menor efectividad de otra, con lo que esta vinculación como guía desemboca en una obligación de consideración de las reglas constitucionales y de racionalidad en la combinación de unas con otras.

La segunda modalidad de vinculación es aun más compleja. Resulta que el Ejecutivo está sometido al mismo tiempo al legislador y a la Constitución. ¿Qué ocurre cuando los ór-

² Sobre la significación de la Constitución, y en especial sobre la incorporación a ella de reglas sustantivas y su consideración como norma jurídica, véase García de Enterría, E., "La Constitución como norma jurídica", en La Constitución española de 1978, Civitas 1981, pág. 98 y ss.

³ EL TC España, en una de las primeras ocasiones en que interpretó la Constitución (STC 11/1981, de 8 de abril, FJ 7) destacó que "la Constitución es un marco de coincidencias suficientemente amplio como para que dentro de él quepan opciones políticas de muy diferente signo".

⁴ NIEMBRO, R. (2013), "Una mirada al constitucionalismo popular", en Isonomía, nº 38, abril 2013, págs. 191-224.

ganos ejecutivos, al disponerse a aplicar una ley a un caso concreto, entienden que la ley es inconstitucional? ¿Cómo resuelven esta doble vinculación? ¿Pueden desentenderse de su obligación de sujeción a la ley para dar cumplimiento a su vinculación a la Constitución? Esta es una cuestión constitucional que no tiene fácil solución, cabe argumentar tanto una como la contraria. En todo caso, quisiera destacar aquí que aun cuando se optara por una respuesta positiva no cabe obviar que en la realidad a menudo no hay certezas. No es que la inconstitucionalidad de la ley aparezca como evidente, sino que para el legislador no habrá contradicción mientras para el Ejecutivo sí la habrá. Todo ello sin mencionar que reconocer al Ejecutivo este poder de inaplicar leyes por inconstitucionales supone restar efectividad a la actividad del Legislativo y, en consecuencia, reformula el equilibrio entre los poderes del Estado.

C. La jurisdicción constitucional defiende la efectividad de la Constitución

Las Constituciones contienen reglas sustantivas que en cierto modo, conforme a la naturaleza de marco genérico de referencia que le es propia, vinculan al Legislativo y al Ejecutivo. Ahora bien, la experiencia muestra que entre el carácter vinculante de las normas jurídicas y su aplicación efectiva suele haber un largo trecho. Este abismo entre el uno y la otra se nutre de multitud de incumplimientos de las normas vinculantes por quienes están sujetos a ellas, en ocasiones deliberados mientras en otras son de carácter inadvertido.

Para garantizar el cumplimiento real y efectivo de esta sujeción a la Constitución, los propios textos constitucionales establecen y regulan un sistema jurisdiccional encargado de proteger su integridad frente a posibles desconocimientos por parte de los poderes públicos. Este sistema es un conjunto de órganos jurisdiccionales y de procedimientos a través de los que cabe instar la aplicación efectiva de la Constitución.

La garantía jurisdiccional de la Constitución adquiere también relevancia porque precisa el sentido de las previsiones constitucionales, lo que resulta necesario por su carácter de normas de enunciado abierto, y al mismo tiempo lo actualiza, dado que los textos constitucionales fueron aprobados en otras épocas y necesitan comportarse como instrumentos vivos, en el sentido de que incorporen a sus enunciados los significados que originariamente no comprendían pero que en las nuevas realidades conllevan de un modo razonable. La interpretación de la Constitución permite adaptarla al tiempo en que ha de regir y esta interpretación se confía a los órganos jurisdiccionales que integran la jurisdicción constitucional.

D. Sistemas de justicia constitucional

La Constitución, como norma jurídica que es, vincula a todos y cada uno de los poderes públicos, y entre ellos a los jueces y tribunales del Poder Judicial, que están obligados a aplicarla al resolver todas las controversias que resuelven. De este modo, todos los órganos judiciales y todos los procedimientos a través de los que realizan la función de juzgar forman parte del sistema jurisdiccional de protección de la Constitución.

Este principio básico existe siempre. Pero su operatividad varía sustancialmente según se module otro factor, que es la mayor o menor rigidez con que se configura constitucionalmente la sujeción de los órganos del Poder Judicial a la Ley.

En algunos sistemas constitucionales este sometimiento del juez a la ley es absolutamente rígido, reservándose únicamente la competencia para declarar que una ley es inconstitucional a un órgano ajeno al Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional. De este modo, se refuerza la posición constitucional del Legislativo, dando mayor estabilidad a sus productos normativos, y se evitan conflictos entre el Judicial y el Legislativo. En otros países iberoamericanos, sin embargo, las Constituciones configuran la sujeción de los jueces a las leyes de un modo más flexible. Las diferencias se exponen a continuación al diferenciar los sistemas de justicia constitucional en difusos y concentrados.

Antes de abordar esta diferencia merece decirse una palabra sobre el control de constitucionalidad de las actuaciones del Ejecutivo. Debe ponerse el acento en que, conforme al principio básico que es la condición de la Constitución como norma jurídica, los actos del Ejecutivo pueden ser impugnados por contrarios a la Constitución ante los órganos judiciales y éstos, aplicando la Constitución, los pueden anular y reconocer al interesado el derecho que dicho acto inconstitucional negaba. Claro está, cuando el contenido del acto del Ejecutivo sea directa consecuencia de un mandato legal, la situación cambia y se resuelve conforme a la distinción entre sistemas difusos y concentrados de justicia constitucional que hemos mencionado y ahora desarrollaremos.

D.1. Sistema difuso

El origen del sistema difuso de justicia constitucional está en la elaboración jurisprudencial de principios del siglo XIX por parte del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América del Norte. A partir de la sentencia *Marbury vs. Madison* de 1803 se afirma que la Constitución es la norma suprema del territorio y que los tribunales, para asegurar ese carácter supremo, han de *inaplicar* las leyes que la contradigan.

Se caracteriza este sistema por dos notas. La primera consiste en que se atribuye a los órganos del Poder Judicial el poder de declarar que una norma aprobada por el legislativo es inconstitucional, lo que se traduce en que en ellos no existe un órgano ajeno al Poder Judicial como es el Tribunal Constitucional. La otra nota relevante es que esta apreciación por el juez de la inconstitucionalidad de una determinada ley solo conlleva la inaplicación de la misma al caso concreto que tiene que resolver ese órgano judicial. Dicho en otras palabras, la ley continúa en vigor y puede ser aplicada por otros órganos judiciales para solventar otras controversias.

Este sistema presenta la inestimable ventaja de la inmediatez con que se asegura la vigencia efectiva de la Constitución y los derechos que ésta garantiza. Tiene a su vez inconvenientes: a) una cierta percepción de desigualdad en la aplicación de la Constitución y en el disfrute de los derechos que reconoce; b) una cierta devaluación de la posición de legislador, que es el representante directo y actual de los ciudadanos, pues cualquier juez puede apreciar que las normas legales son inconstitucionales, debiendo tener presente que en muchas ocasiones la situación puede entrañar dudas.

Esta modalidad de justicia constitucional está presente en varios países iberoamericanos, como es el caso de Argentina, Brasil o México, en los que, como es sabido, no hay un Tribunal Constitucional, realizando sus funciones un Tribunal Supremo, que se denomina respectivamente Corte Suprema de Justicia, Supremo Tribunal Federal y Suprema Corte de Justicia.

D.2. Sistema concentrado y sus diversas modalidades

En los sistemas concentrados de justicia constitucional existe un Tribunal Constitucional que ocupa la cúspide de la jurisdicción constitucional, pero no quiere decir que sea el único llamado a aplicar la Constitución. Su monopolio se reduce, como se detallará más adelante, al juicio negativo de constitucionalidad de las leyes que desemboca en su expulsión erga omnes del ordenamiento jurídico. Esta reserva no pone en tela de juicio el carácter normativo de la Constitución, en virtud del cual ésta rige directamente todas las relaciones jurídicas y vincula a los jueces al juzgar sobre ellas. Solo en caso de que el juez entienda que esa aplicación conlleva la inconstitucionalidad de la ley que gobierna el caso, le obliga a suspender el proceso y elevar la cuestión al Tribunal Constitucional, con el fin de conferir estabilidad a la ley y de extraerla de la relación entre Legislativo y Judicial.

En estos sistemas, de acuerdo al principio que ya hemos mencionado, todos los poderes públicos están llamados

a aplicar la Constitución. El Ejecutivo, en aquellos ámbitos de libre disposición que tenga (que ya hemos señalado que son amplios, pues las leyes comúnmente solo contienen líneas básicas de regulación), debe guiar conforme a la Constitución sus decisiones, pudiendo los individuos afectados impugnarlas por inconstitucionales ante los tribunales del poder judicial. Expuesto de otra manera, los individuos afectados por las resoluciones del Ejecutivo que les deniegan derechos constitucionalmente reconocidos pueden accionar la vía de tutela ante los tribunales de justicia. Los jueces, por su parte, han de resolver estas controversias aplicando la Constitución, declarando si procede que tal o cual derecho corresponden al recurrente.

Ahora bien, cuando la decisión del Ejecutivo es trasunto directo e inmediato de una ley, los tribunales del Poder Judicial, debido a un vínculo rígido a la ley, no pueden por sí mismos apreciar la inconstitucionalidad de la decisión del ejecutivo, pues ello conlleva declarar la inconstitucionalidad de la ley, lo que está fuera de su alcance. En estos casos, los jueces únicamente pueden elevar esa cuestión ante el Tribunal Constitucional, para que éste ejerza su monopolio de enjuiciamiento de la constitucionalidad del legislador. Véase a estos efectos el art. 93 de la Constitución chilena o el art. 163 de la Constitución española.

En estos modelos de justicia constitucional concentrada, junto a esta vía incidental (como un incidente dentro de un proceso concreto que afecta a un individuo) de promover la verificación de la constitucionalidad de la ley por el Tribunal Constitucional, existen vías directas, que consisten en que aquellos a quien legitima la Constitución pueden impugnar una ley en abstracto (es decir, en sí misma considerada, sin necesidad de estar relacionada con su aplicación a un caso concreto). Las Constituciones de los países iberoamericanos difieren en cuanto a esta legitimación. En algunos casos se restringe a ciertos sujetos políticos (en el caso de España, al Presidente del Gobierno, al Defensor del Pueblo, a 50 diputados, a 50 senadores y al Gobierno y Parlamento de las Comunidades Autónomas). Otras Constituciones, como la dominicana o la colombiana se sitúan en el otro extremo, en tanto que reconocen para ello una acción pública (que significa que cualquier individuo puede promover esta acción directa de inconstitucionalidad). Entre uno y otro extremo caben muy diversas modalidades.

De lo expuesto hasta aquí resulta una de las notas del sistema concentrado de justicia constitucional: el monopolio del Tribunal Constitucional (órgano ajeno al Poder Judicial) para declarar la inconstitucionalidad de las leyes. La otra nota que caracteriza este sistema es el carácter

erga omnes (frente a todos) de la decisión de inconstitucionalidad. En el sistema difuso el efecto de la declaración de inconstitucionalidad era solo *inter partes*, pues la ley solo se inaplicaba pero dejaba de estar vigente). En el sistema concentrado, por el contrario, la ley declarada inconstitucional no solo es inaplicada al caso concreto, sino expulsada del ordenamiento jurídico, no pudiendo ya aplicarse en ningún otro supuesto.

Por último, algunos modelos (como la español) prevén que esta expulsión del ordenamiento jurídico de la ley inconstitucional tiene efectos *ex tunc*, lo que supone que la ley nunca existió y da derecho a aquellos a quienes se aplicó a pedir que se remuevan las consecuencias de esa aplicación pasada. En otros modelos (como el colombiano) los efectos de la declaración de nulidad por inconstitucional son *ex nunc*, lo que significa que solo se manifiestan hacia el futuro.

II. La constitucionalización de los derechos sociales

A. La configuración legal y administrativa de los derechos sociales

En los derechos sociales, seguramente más que en otras clases de derechos, hay un ingente espacio para la graduación. Es importante que un derecho social sea reconocido, pero lo verdaderamente trascendente es el cuánto de ese reconocimiento, la extensión en que las personas pueden disfrutarlo. Claro que es importante reconocer el derecho a la salud de un modo universal, más lo que hace la diferencia es cómo de extenso es el grupo de personas que disfrutan de él con cargo a las cargas públicas y más específicamente qué prestaciones, o qué calidad en cada una de ellas, reciben sin coste para ellos. Y lo mismo sucede con el derecho a la seguridad social (pensiones etc), el derecho a la educación etc.

Esta gradación –darle mayor o menor extensión a un derecho– entraña una decisión fundamentalmente política, en el sentido de que determina los objetos que prioritariamente deben protegerse por medio de los presupuestos públicos. Ese alcance de los derechos sociales, como decisión básica que es, lo define el legislador, en tanto que representante directo y actual de los ciudadanos.

La experiencia nos demuestra que las leyes que regulan derechos sociales presentan más detalle que las que disciplinan otros ámbitos materiales, dado que la delimitación de la extensión subjetiva y objetiva de estos

derechos pasa por establecer con precisión los requerimientos para ser acreedor a cada prestación. A pesar que se disponen con mayor detalle, las normas legales no agotan el ámbito de decisión. Téngase en cuenta que la aplicación de las leyes a cada caso concreto, sobre todo porque cada uno de ellos presenta características propias que una ley general no es capaz de prever siempre, conlleva también un espacio decisorio relevante.

En conclusión, la amplitud subjetiva (qué beneficiarios) y objetiva (qué extensión de prestaciones) con que se reconocen los derechos sociales está colocado principalmente en las manos del legislativo y del ejecutivo, correspondiendo a cada uno de ellos el espacio que le es propio.

B. Los condicionamientos constitucionales de ese margen de apreciación

Los poderes legislativo y el ejecutivo configuran los términos en que los individuos gozan de los derechos sociales. No son completamente libres al hacerlo, pues están vinculados por las reglas sustantivas contempladas en la Constitución. Indicaré a continuación cuáles son estas reglas, distinguiendo dos tipos a los efectos que aquí interesan.

B.1. Previsiones específicas

Ya desde hace décadas las Constituciones de los países iberoamericanos, aparte de reconocer los clásicos derechos civiles y políticos, contemplan además ciertas reglas sustantivas obligatorias referidas a los derechos sociales, como no podía ser de otro modo después de que en los años 60 en el sistema de Naciones Unidas estos derechos comenzaron a captar atención, concluyéndose el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por no extenderme demasiado en este punto, tomaré como ejemplo una Constitución antigua como la española (digo antigua porque los artículos a que me refiero no han sido modificados desde 1978). Comprobamos, aun sin ser exhaustivos, que garantiza el derecho al trabajo (art. 35) y el derecho a la protección de la salud (art. 43); que prevé que los poderes públicos realizarán una política orientada al pleno empleo (art. 40), mantendrán un sistema público de seguridad social que asegure prestaciones suficientes en situaciones de necesidad (art. 41) y en especial pensiones adecuadas y periódicamente actualizadas (art. 50), promoverán el acceso a la cultura (art. 44) y el disfrute de un medio ambiente adecuado (art. 45) y del derecho a una vivienda digna y adecuada (art. 47); y que ordena a los poderes públicos que protejan de un modo especial a la familia y a los menores (art. 39), así como a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49).

B.2. Reglas generales y el efecto indirecto de la garantía de otros derechos

Además de estas previsiones específicas, el legislativo y el ejecutivo han de ajustarse en el ejercicio de su función configuradora de los derechos sociales a las reglas a las que la Constitución somete todas las actividades poderes públicos. Destaca entre ellas el principio de igualdad y la prohibición de discriminación, de cuya operatividad nos ocupamos en el capítulo IV de este temario.

Por último, hay espacios de intersección entre la regulación de los beneficios sociales y la virtualidad efectiva de los derechos civiles y políticos también reconocidos en la Constitución, de modo que el legislativo y el ejecutivo también tienen que respetar estos últimos derechos cuando proceden a configurar los derechos sociales. Indicaré ejemplos de ello en el capítulo IV al referirme a la protección indirecta o por conexidad de los derechos sociales.

C. Justiciabilidad de los derechos sociales

El obstáculo para la efectividad de los derechos sociales no se encontraba, por tanto, en la falta de incorporación de los derechos sociales a los textos constitucionales. Se hallaba en que, a pesar de estar expresamente contemplados en ellos, no existían cauces procedimentales que permitieran verificar su implantación real y verdadera, o en otro orden de cosas había triunfado la idea de que la estructura abierta de estas previsiones no era apta para fundar un control de constitucionalidad. El problema de su efectividad era, y sigue siendo en cierto modo, el de la justiciabilidad de los derechos sociales. En este apartado se mostrará la positiva evolución que ha experimentado esta justiciabilidad.

La diferencia entre (a) derechos sociales y (b) derechos civiles y políticos es apreciable desde la propia sistemática de los textos que los recogen. En el sistema de las Naciones Unidas se adoptaron al mismo tiempo, en diciembre de 1966, dos pactos internacionales de derechos humanos, uno recogía los derechos civiles y políticos mientras que el otro contenía los derechos económicos, sociales y culturales. Esa misma división está presente tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericano de derechos humanos, con una doble peculiaridad. En estos dos últimos sistemas el texto que garantiza los derechos sociales es, por un lado, posterior y, por otro, no lleva asociado un mecanismo jurisdiccional de protección, cauce que sí aparece previsto respecto del texto que contiene los derechos civiles y políticos. Esta diversidad de cauces de protección, más frágiles en el caso de los derechos sociales, también se manifiesta en algunas Constituciones

nacionales, como la española cuyo art. 53 solo contempla el recurso de amparo constitucional para la tutela de los derechos previstos en los arts 14 a 29, que son evidentemente de los considerados civiles y políticos, lo que muy probablemente es mimesis del sistema del Consejo de Europa al que España se quería acomodar en el año 1978.

A esto debe unirse un obstáculo que pudiéramos llamar dogmático, ligado a la consideración de los derechos civiles y políticos como derechos de libertad, que no requieren del poder público más que la no interferencia, mientras se califica a los sociales de derechos de prestación, que necesitan de acciones positivas por parte del poder público que implican necesariamente un ejercicio de gasto público.

Estas dos notas determinaron durante años que la justiciabilidad de los derechos sociales fuera negada, y que solo fuera admitida cuando se configuraba como un efecto reflejo de la tutela de uno de los derechos civiles y políticos (protección indirecta o por conexidad) o como una aplicación de las reglas constitucionales de alcance general (por ejemplo, el principio de igualdad o la prohibición de discriminación).

Ha sido más recientemente, y principalmente en el ámbito de los países iberoamericanos, cuando se han superado de un modo más radical los obstáculos antedichos, obteniendo para los derechos sociales un mayor grado de justiciabilidad, formalmente al menos igual al de los derechos civiles y políticos.

A modo de ejemplo, es ilustrativo el & 101 de la Sentencia de 1 de julio de 2009 de la Corte IDH (Caso Acevedo Buendía y otros v. Perú), donde se lee que *“la Corte considera pertinente recordar la interdependencia existente entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, ya que deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello”*. En el mismo sentido cabe citar al Tribunal Constitucional de Colombia (Sentencia T-428/12), en la que, para resaltar la igualdad entre unos y otros derechos, se afirma que *“todos los derechos poseen facetas positivas y negativas, por lo que la expresión ‘derechos prestacionales’ constituye un ‘error categorial’: lo prestacional se predica de determinadas facetas y no del derecho considerado como un todo. En el pronunciamiento T-016 de 2007, recogiendo los conceptos de interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, la Corporación indicó que el criterio de ‘conexidad’ resulta artificioso pues todos los derechos son conexos entre sí y se dirigen a la realización de la dignidad humana, por lo que su plena eficacia, en un plano de igualdad entre derechos, es obligación de todos los estados”*.

A partir de estos textos y de otros mucho similares cuya cita ahora se omite, se podría pensar que los derechos han alcanzado la misma justiciabilidad que los derechos civiles y políticos, pero poner solo el énfasis en esos amplios pronunciamientos quizá nos haga perder de vista que la igualdad en la estricta justiciabilidad formal (respecto de los derechos civiles y políticos) no implica necesariamente un mismo grado de justiciabilidad material. Uno de los mayores defensores de la indivisibilidad de los derechos humanos, y por tanto de su igual protección, el juez de la Corte IDH Eduardo Ferrer, no dudó en señalar en su voto concurrente a la sentencia recaída en el asunto Suárez Peralta v. Ecuador que *“de la justiciabilidad de un derecho, civil o social, no se deriva su protección absoluta en todo litigio. Siempre hay que resolverlo haciendo un análisis de imputación y verificar cómo operan las obligaciones de respeto y garantía respecto a cada situación que se alega violatoria de un determinado derecho”*.

Esta es quizá la idea retener. Los derechos sociales previstos en la Constitución son vinculantes para los poderes públicos y, además, son justiciables, cabe impetrar de la jurisdicción constitucional que verifique que se han respetado, pero no son absolutos y, en consecuencia, es necesario que los jueces constitucionales los ponderen con otros derechos y en esa ponderación que guarden una cierta deferencia con las opciones del legislador. Una muestra de este planteamiento ponderado es la (muy conflictiva, con tres jueces haciendo voto particular disidente) STC España 139/2016, que analizaba si era constitucional una norma legislativa que en una situación de crisis económica dejaba de reconocer a ciertos grupos sociales la atención sanitaria con cargo a fondos públicos. Les adjunto un corto extracto de la opinión de la mayoría: *“Es claro que el proceso que se inicia con la Ley general de sanidad ha venido determinado por diversos condicionantes, entre ellos los económicos, dada la necesidad de asegurar la viabilidad de la universalización del derecho a la prestación de asistencia sanitaria financiada con fondos públicos, según las circunstancias económicas y sociales y la legítima libertad de elección de las políticas públicas en cada momento. Así pues, el legislador, de acuerdo con el inherente componente de flexibilidad que caracteriza el marco constitucional, dispone de un amplio margen de configuración con relación al art. 43 CE, en tanto que precepto incluido en el capítulo III del título I CE. Ahora bien, la naturaleza del derecho a la salud como principio rector no implica que el art. 43 CE constituya una norma únicamente programática, vacía de contenido, sin referencias que lo informen [...] En suma, el desarrollo del art. 43 CE y la articulación del derecho a la protección de la salud requieren que el legislador regule las condiciones y términos en los que acceden los ciudadanos a las prestaciones y servicios sanitarios, respetando el contenido del mandato constitucional. Debe tenerse*

presente que, dada la ubicación sistemática del art. 43 CE, nos encontramos ante una remisión a la libertad de configuración del legislador ordinario que deriva de lo dispuesto en el art. 53.3 en relación con el art. 43.2 CE”.

III. Tratados internacionales de derechos humanos

A partir del fin de la segunda gran guerra, la escena internacional ha situado una de sus prioridades en el impulso de los derechos humanos. Los Estados al ratificar estos tratados determinaban que sus poderes públicos, incluido el legislativo, quedaba vinculado a su contenido, por lo que producen un efecto que, sin ser igual, se acerca al de las Constituciones. El ser los tratados instrumentos normativos de enunciados muy abiertos ha retardado la sujeción de los poderes públicos estatales, pero la configuración de órganos que aplican jurisdiccionalmente estos textos, precisando el sentido de dichos enunciados, ha agilizado el efecto en los ordenamientos internos de los Estados. Esta similitud al efecto constitucional se ha acrecentado al atribuir algunas Constituciones de los países iberoamericanos a los tratados internacionales el mismo rango que la propia Constitución. Todo ello justifica el análisis que se hace a continuación de los distintos sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.

A. El sistema de Naciones Unidas

En diciembre de 1966 se adoptaron simultáneamente dos textos generales, de un lado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de otro el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. De ellos cabe destacar en lo que aquí interesa lo siguiente: a) no están acompañados de mecanismos jurisdiccionales de aplicación; b) la interpretación de sus enunciados está a cargo de sendos Comités que emiten Observaciones Generales; c) al ser vinculantes para los Estados parte, es común que los tribunales nacionales (y muy en especial los Tribunales Supremos y Constitucionales) resuelvan los litigios sobre derechos humanos con argumentos fundados en aquellos textos, tal como son interpretados por las Observaciones Generales de los respectivos Comités.

B. El sistema interamericano

En el contexto institucional de la OEA⁵, se adoptó en 1969 en San Jose (Costa Rica) la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Merece destacarse de ellas dos notas: a) los derechos que garantiza son los considerados

civiles y políticos, refiriéndose únicamente a las normas económicas, sociales y culturales de la Carta de la OEA en el art. 26, que se limita a exigir a los Estados partes que promuevan su desarrollo progresivo; b) entre sus medios de protección está un mecanismo jurisdiccional que se confía a un órgano ad hoc denominado Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH).

En 1988 se adoptó un Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Protocolo de San Salvador), en el que se reconocen y garantizan los derechos sociales en su más amplia acepción (trabajo, derechos sindicales, seguridad social, salud, educación, derechos culturales, derecho al ambiente etc). El apartado 6 de su art. 19 dispone expresamente que, de todos los derechos reconocidos en ese Protocolo, únicamente la libertad sindical y el derecho a la educación serán tutelados a través de un mecanismo jurisdiccional, que será el de la Corte IDH.

A pesar de esta configuración tan limitada en cuanto a la justiciabilidad de los derechos sociales, la Corte IDH ha encontrado algunas vías para fijar jurisprudencia en esta materia, como son y se expondrán con detalle en el Capítulo IV de este texto el uso del principio de igualdad, la tutela por conexidad con otro derecho que si está disciplinado en la Convención, la derivación de obligaciones especiales de tutela a partir de las obligaciones generales de protección de los derechos humanos expresadas en los primeros artículos de la Convención y, más recientemente, la utilización del art. 26 CADH para exigir la progresividad en la protección de los derechos sociales.

C. El sistema europeo

Los países europeos habían adoptado en el seno del Consejo de Europa, y con unos años de antelación, un sistema de protección de derechos humanos de unas características prácticamente iguales a las del sistema interamericano ya descrito. En 1950 se firma la Convención Europea de Derechos Humanos, que recoge los derechos civiles y políticos y goza de la defensa de un eficaz mecanismo jurisdiccional aplicado por el Tribunal Europeo de Derecho Humanos. Y en 1961 se añade la Carta Social Europea, que incorpora los derechos sociales y no está protegida más que por un Comité de expertos, esto es, no hay ningún mecanismo jurisdiccional que la interprete y aplique.

D. El valor interpretativo de la jurisprudencia de la Corte IDH

La CADH es un texto obligatorio para los jueces y tribunales de los Estados parte de la misma. Lo que no resulta fácil es conocer cuál es el contenido normativo concreto de los artículos integrantes de la Convención, sobre todo porque se trata de enunciados genéricos y adoptados en un momento histórico ya ciertamente alejado de la realidad del siglo XXI. Por todo ello, el sentido de los preceptos de la Convención va a ser el que, con motivo de resolver reclamaciones concretas, vaya estableciendo la Corte IDH. No es que la Corte IDH cree nuevas obligaciones para los Estados parte, simplemente es que define el sentido actual de las obligaciones adquiridas por éstos en virtud de los preceptos de la Convención.

Por la misma razón que los preceptos de la Convención son vinculantes para los Estados, lo es también la jurisprudencia de la Corte IDH que precisa el contenido normativo de aquéllos, y no solamente la jurisprudencia establecida en las sentencias que les condenan, también los criterios sentados en las sentencias que se refieren a otros Estados Parte.

Así lo han venido declarando los órganos judiciales de los Estados parte. Baste en este momento con poner dos ejemplos:

- La Suprema Corte mexicana señaló, al resolver el 3 de septiembre de 2013 la contradicción de tesis 293/2011, que *“Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona”*.
- La Sala Constitucional de la Corte Suprema de la República de Costa Rica cambió su criterio en la sentencia No. 2014-12703, de 1 de agosto, en la que indica que *“el control de convencionalidad diseñado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos [...] es de acatamiento obligatorio para las Salas y Tribunales Constitucionales, debiendo contrastar cualquier conducta (activa u omisiva) con el parámetro de convencionalidad o el corpus iuris interamericano, conformado por las convenciones y declaraciones regionales en materia de Derechos Humanos, la jurisprudencia de esa Corte y sus opiniones consultivas”*.

⁵ La OEA fue una organización pionera en la promoción de los derechos humanos, pues en mayo de 1948 aprobó en Bogotá la denominada Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre.

E. El control de convencionalidad

1. Originariamente se entendía por control de convencionalidad el que realizaba la Corte IDH, comprobando si la actuación del Estado parte impugnada ante ella se adecuaba a la Convención, con el fin de resolver si el Estado parte había cumplido o no sus obligaciones internacionales. Ya entrado el siglo XXI, sin embargo, la Corte IDH ha establecido que ese mismo control debe realizarse por los órganos de los Estados parte. Se señala como punto de partida de este criterio el párrafo 124 de la Sentencia de 26 de septiembre de 2006, caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, donde la Corte IDH afirma que *“Es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de «control de convencionalidad» entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana”*⁶.

2. Según el extracto transcrito, el control de convencionalidad incumbe de oficio a todos los órganos judiciales⁷ de los Estados parte, que deben ejecutar este control frente a cualesquiera actuaciones de los poderes públicos, incluso frente a la ley.

Este último extremo –que el control de convencionalidad no se detiene ni siquiera ante el legislador– adquiere enorme relevancia en los sistemas de justicia constitucional concentrada, en los que (como se expuso en el Capítulo I) los jueces y tribunales son objeto

de un sometimiento rígido a la ley, no pudiendo inaplicarla por inconstitucional, solo teniendo en su mano la elevación de esta cuestión al Tribunal Constitucional, que es a quien corresponde, en caso de que una ley sea inconstitucional, declararlo erga omnes. Por tanto, los jueces (en estos sistemas de justicia concentrada) van a poder hacer con la ley con motivo del control de convencionalidad lo que no podían hacer con motivo del control de constitucionalidad. Van a poder inaplicar la ley al caso concreto.

De este modo se pone de relieve que el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad juegan en distintos planos. El primero juega en el ámbito de la supremacía de la Constitución y determina la declaración erga omnes (por quien tiene el monopolio para hacerlo) de que una ley es inconstitucional: El segundo juega en el ámbito de la selección de la norma aplicable y determina que cualquier tribunal, cuando haya contradicción entre la ley nacional y el CADH, debe aplicar este último e inaplicar el primero. El control de convencionalidad, en rigor, solo produce la inaplicación de la ley nacional al caso concreto, no permitiendo una expulsarla del ordenamiento con efecto erga omnes, pues esta consecuencia está reservada al juicio de conformidad a la Constitución que solo puede realizar el que tiene el monopolio al efecto.

3. Este que se ha expuesto es en rigor el enfoque propio del control de convencionalidad derivado de que los Estados parte han de cumplir con sus obligaciones internacionales. Ahora bien, resulta que algunos países iberoamericanos han ido más allá de lo que exigen su deber de cumplir con la CADH, en el sentido de que en sus propias Constituciones le han atribuido a la CADH un valor que en sí misma no tiene, indicando que la CADH y otros tratados de derechos humanos gozan del mismo rango que la Constitución⁸. Esta operación convierte a la CADH en parte de la Constitución y, en consecuencia, puede operar como parámetro de constitucionalidad.

También en Costa Rica hallamos un efecto parecido, pues el art. 73 inciso d) de la Ley de la Jurisdicción Constitucional prevé la posibilidad de promover una acción de inconstitucionalidad cuando alguna ley o disposición general infrinja el 7.1 de la Constitución,

⁶ Este mismo criterio se ha repetido, por poner algunos ejemplos, en las sentencias *Trabajadores Cesados del Congreso vs. Perú* de 24 de noviembre de 2006, *Cabrera García y Montiel Flores vs México* de 26 de noviembre de 2010 y *Gelman vs Uruguay* de 24 de febrero de 2011.

⁷ Algunos fallos de la Corte IDH han extendido la obligación de verificar el control de convencionalidad también a los órganos del poder ejecutivo. Véase el párrafo 497 de la Sentencia de 28 de agosto de 2014, caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana.

⁸ Por ejemplo, el art. 75 inc. 22 de la Constitución argentina (introducido por la Reforma de 1994) o el art. 1 de la Constitución mexicana (según la Reforma de 2011).

justamente por oponerse a un tratado público o convenio internacional. Por esta vía, sin que ello venga obligado por la CADH, se incorpora esta Convención al bloque de la constitucionalidad costarricense, admitiendo como lógica consecuencia que se pueda fundar en la contradicción de una ley con la CADH una acción directa de inconstitucionalidad contra aquella, que de estimarse producirá su declaración de inconstitucionalidad erga omnes.

Los efectos que he destacado en este punto 3 no son efectos propios del control de convencionalidad derivado de las obligaciones internacionales de los Estados. Son consecuencia de que algunos países iberoamericanos, yendo más lejos de sus obligaciones internacionales, han incorporado la CADH y otros tratados de derechos humanos a sus textos constitucionales.

IV. Las técnicas de justiciabilidad constitucional de los derechos sociales

A. La tutela indirecta o por conexidad con los derechos civiles y políticos: la consideración de las Constituciones y los Tratados como instrumentos vivos.

La CEDH (Consejo de Europa) de 1950 y la CADH de 1969 (OEA) son textos que contienen derechos civiles y políticos. Tanto el TEDH como la Corte IDH han interpretado los enunciados generales incorporados a esos textos de tal modo que su significado sea actual y de ellos derive una protección real y verdadera de los derechos humanos allí recogidos. Esto es lo que se quiere decir cuando se afirma que esas dos convenciones son instrumentos vivos o que sus preceptos son objeto de una interpretación evolutiva.

Tanto el TEDH como la Corte IDH, al realizar esta tarea, han dado a cada uno de los conceptos usados en los preceptos convencionales una interpretación propia y quizá distinta de la que se les da en los derechos nacionales, lo que se traduce en que se hable de “conceptos autónomos”, que tienen un sentido autónomo en el contexto del tratado que sea del caso.

De este modo, interpretando los preceptos que garantizaban derechos civiles y político han logrado en ocasiones proteger aspectos relacionados con los derechos sociales. La experiencia descrita ha venido en denominarse tutela “indirecta” o “por conexidad”. Se sitúa su origen en la STEDH Airey c. Irlanda de 1979, en cuyo párrafo 26 se lee:

“.. el Convenio [Europeo] debe interpretarse a la luz de las condiciones del presente [...] y ha sido diseñado para salvaguardar al individuo de manera real y efectiva respecto de los derechos protegidos por este Convenio [...]. Si bien el Convenio recoge derechos esencialmente civiles y políticos, gran parte de ellos tienen implicaciones de naturaleza económica y social. Por eso el Tribunal estima [...] que el hecho de que una interpretación del Convenio pueda extenderse a la esfera de los derechos sociales y económicos no es factor decisivo en contra de dicha interpretación, ya que no existe una separación tajante entre esa esfera y el campo cubierto por el Convenio”.

El TEDH ha hecho constante uso de esta técnica. Pondré dos ejemplos: en primer lugar, para entender que las garantías procesales de los derechos y obligaciones civiles (art. 6.1 CEDH) cubren también asuntos conectados en realidad con derechos y prestaciones sociales, como litigios relativos a relaciones laborales (Obermeier c. Alemania, 1990) o pensiones (Massa c. Italia, 1993). Muy interesante en esta línea de razonamiento es la STEDH García Mateos c. España (2013), que extendió el derecho a la ejecución de sentencia de un modo exacto y sin dilaciones indebidas a un conflicto sobre adecuación del horario laboral. En segundo lugar, el TEDH ha hecho lo propio con el derecho de todos “al respeto a los bienes” (art. 1 del Protocolo 1), pues ha interpretado el concepto “bienes” como inclusivo de prestaciones y subsidios por desempleo, así como de pensiones por retiro (jubilación) o de cualquier otra clase pensiones, de suerte que su privación injustificada constituye una verdadera expropiación ilícita (Stec c. Reino Unido, 2006).

La Corte IDH ha seguido la estela del TEDH, y precisamente citando en algunos casos como antecedente la STEDH Airey (por ejemplo, en Acevedo Buendía c. Perú, de 1 de julio 2009, & 101). Señalaré dos ejemplos en que la Corte IDH, mediante lecturas sociales del concepto autónomo derecho a la vida, ha proyectado su tutela sobre derechos sociales. De un lado, la Corte IDH ha establecido que *“el derecho fundamental a la vida comprende, no solo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna”* [Caso Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) c. Guatemala, de 1999]. La SCJN Argentina, en sentencia de 4 de septiembre de 2007 (asunto Reyes Aguilera c. Estado Nacional), partió de esa jurisprudencia para concluir que se había vulnerado el derecho a la vida al denegarse por el Ministerio de Salud a una menor de ciudadanía boliviana con un 100% de discapacidad una pensión prevista legalmente, por el solo motivo de que no cumplía con el requisito legal de “residencia mínima continuada en el país de 20 años”.

El segundo ejemplo versa sobre la decisión de la CSJ Costa Rica de declarar la inconstitucionalidad de las normas que admitían en Costa Rica la fecundación in vitro. Esta decisión fue revisada por la Corte IDH [Caso Artavía Muriillo y otros (fecundación in vitro) c. Costa Rica] a partir de la interpretación del art. 4 CADH, concretamente cuando prevé que el derecho a la vida *“estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción”*. La Corte IDH afirma que *“se reconoce un legítimo interés en proteger la vida prenatal, pero [...] se diferencia dicho interés de la titularidad del derecho a la vida, recalando que todo intento por proteger dicho interés debe ser armonizado con los derechos fundamentales de otras personas, especialmente de la madre”* (& 260), y entre esos intereses pondera el *“impacto desproporcionado en las parejas infértiles que no contaban con los recursos económicos para practicar la FIV en el extranjero”* (& 303), recordando que es obligación del Estado *“regular y fiscalizar la prestación de los servicios de salud para lograr una efectiva protección de los derechos a la vida y a la integridad personal. La salud constituye un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”*. Indirectamente la Corte IDH protegió el derecho a la salud.

B. El principio de igualdad, las acciones positivas y la regla de no discriminación

El principio de igualdad resulta vulnerado cuando concurren tres elementos: a) la diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales; b) que para esa diferencia no se ofrezca una justificación objetiva y razonable; c) de existir esa justificación objetiva y razonable, que el efecto perjudicial de la diferencia sea desproporcionado. La utilización de esta técnica para asegurar que el reconocimiento de derechos sociales no incurra en desigualdad viene siendo común tanto en Europa como en América. Sirva como ejemplo la STC España 40/2014, que se refería a la ley que regulaba el modo de acreditar la situación de pareja de hecho a los efectos de disfrutar de la pensión de viudedad (sobrevivencia) prevista legalmente en estos casos. Esa ley permitía que, según el territorio en que residía la pareja de hecho, el modo de acreditar esos requisitos fuese distinta, de modo que dos parejas de hecho en la misma situación podían o no acreditar su condición, diferencia que no obedecía a ninguna razón objetiva. El TC España declaró inconstitucional la ley por vulnerar el principio de igualdad contenido en el art. 14 de la Constitución.

Hay que resaltar, por otro lado, la existencia de diferencias de trato que están destinadas a beneficiar a un grupo social que sufre una arraigada postergación social, como

es bien conocido que sucede con la mujer trabajadora. En estos casos la diferencia de trato, aunque representa verdaderamente una desigualdad, no está proscrita por el principio de igualdad que se acaba de describir. Estos supuestos son las conocidas como acciones positivas o de discriminación positiva. Estos instrumentos de discriminación positiva juegan un papel principal en el ámbito de los derechos sociales. Valga como muestra la ley española que reconoce un complemento de pensión, por su aportación demográfica a la Seguridad Social, a las mujeres que hayan tenido dos o más hijos biológicos o adoptados y sean beneficiarias de pensiones contributivas de jubilación, viudedad o incapacidad permanente. Pues bien, un hombre que estaba en la misma situación solicitó este complemento y, al resultarle denegado por ser hombre, acudió a los tribunales alegando lesión del principio de igualdad. El ATC España 61/2018 inadmite esta cuestión con el argumento de que se trata de una acción positiva en favor de un grupo desfavorecido.

Por último, detengámonos un instante en la prohibición de discriminación, que es una técnica de justiciabilidad distinta del principio de igualdad. Existen algunas condiciones personales o sociales que en principio no pueden fundar una diferencia de trato. Cuando se hace una distinción entre personas con apoyo en alguna de ellas, se presume la ilicitud de la diferencia, de modo que se invierte la carga de probar que ese tratamiento dispar está justificado. La presunción de ilicitud y la alteración de la carga de la prueba es la primera nota específica de la prohibición de discriminación respecto al principio de igualdad. La segunda es que la verificación de la justificación debe ser más intensa y cuidadosa⁹.

Aun dentro de la categoría de la prohibición de discriminación cabe apreciar dos modalidades. Se habla de discriminación directa cuando abiertamente se dispensa un trato distinto con fundamento en esa condición personal o social sospechosa. Son muy ilustrativas de esta técnica de justiciabilidad en el campo de los derechos sociales aquellas disposiciones que regulan la pensión de sobrevivencia de tal modo que se reconoce a un solo sexo (STEDH Willis c. Reino Unido, 2002, que apreció que

⁹ STC España 145/1991, de 1 de julio: *“cuando ante un órgano judicial se invoque una diferencia de trato [...] y tal invocación se realice precisamente por una persona perteneciente al colectivo tradicionalmente castigado por esa discriminación —en este caso las mujeres—, el órgano judicial no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 CE”*.

era discriminatorio atribuir el derecho a pensión de viudedad a la “madre viuda”, con exclusión del varón) o que de ella se excluye a ciertas parejas por su orientación sexual (Corte IDH Duque c. Colombia, de 26 de febrero de 2016, que consideró discriminatorio que la ley no reconociese la pensión de viudedad a las parejas homosexuales). Igualmente interesantes en este sentido son las sentencias que estiman este tipo de discriminación en materia de despidos, como el despido de unos militares por su orientación sexual (STEDH Smith y Grady c. Reino Unido, 2002) y el despido de una mujer porque no había realizado el servicio militar cuando éste solo estaba previsto para los hombres (STEDH Emel Boyraz c. Turquía, 2014).

Existen otros casos donde, aunque formalmente hay igualdad de trato, la posición singular de uno de los grupos sociales determina que esta norma aparentemente igual produce efectos peyorativos para sus integrantes. Un supuesto tristemente real es que son las mujeres el grupo más afectado por el trabajo temporal. Por este motivo, la STC España 91/2019, de 3 de julio, ha considerado inconstitucional y ha declarado nula la disposición legal que, a los efectos del cálculo de la pensión de jubilación, trata un modo desproporcionadamente distinto a los trabajadores a tiempo completo respecto a los que lo son a tiempo parcial. En esta diferencia aparentemente no se menciona la condición sexual, se trata igual a los trabajadores a tiempo parcial sean hombres o mujeres. Pero al quedar acreditado que hay muchas más mujeres que hombres trabajando a tiempo parcial se concluye ese trato formalmente igual entraña en realidad una verdadera discriminación indirecta. Este concepto de discriminación indirecta, señaló el TC España en aquella ocasión, *“constituye un elemento clave para procurar una igualdad efectiva, material o sustancial, entre el hombre y la mujer, superando una desigualdad histórica que puede calificarse de estructural, pues la igualdad sustantiva es un elemento definidor de la noción de ciudadanía en nuestro orden constitucional”*.

C. Mención especial a la prohibición de discriminación por “posición económica”

Sobre las circunstancias que cabe considerar sospechosas y que hacen surgir la técnica específica de la prohibición de discriminación, debe ponerse énfasis en el contexto iberoamericano en la regulación expresa incorporada al art. 1.1 CADH, que prohíbe a los Estados parte incurrir en *“discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”*.

El primer aspecto relevante es que se trata de una enumeración abierta (véase que al final se lee *“cualquier otra condición social”*). Obviamente, es necesario que se trate de una condición social peyorativa (que lleve asociado una posición arraigada de desventaja social). El segundo elemento destacable es que, al contrario que en otros textos sobre derechos humanos (tratados o Constituciones), la CADH prevé explícitamente *“la posición económica”* como una de estas condiciones sospechosas que dan lugar el régimen cualificado de la prohibición de discriminación.

Resulta muy elocuente sobre este punto la Sentencia Corte IDH de 9 de marzo de 2018 (Caso Ramírez Escobar y otros Vs. Guatemala), en la que la Corte, respecto de una decisión administrativa de separación de un niño de su familia por carencia de recursos materiales de esta, resolvió:

278. La Corte ha destacado que a diferencia de otros tratados de derechos humanos, la “posición económica” de la persona es una de las causales de discriminación prohibidas por el artículo 1.1 de la Convención Americana. Asimismo, este Tribunal ha determinado que el efecto jurídico directo de que una condición o característica de una persona se enmarque dentro de las categorías del artículo 1.1 de la Convención es que el escrutinio judicial debe ser más estricto al valorar diferencias de trato basadas en dichas categorías. En consecuencia, la eventual restricción de un derecho, con base en cualquiera de las categorías del artículo 1.1 de la Convención, exige una fundamentación rigurosa y de mucho peso con razones sustentadas en una argumentación exhaustiva. Además, cualquier diferenciación con base en dichas categorías invierte la carga de la prueba, por lo cual corresponderá a la autoridad demostrar que su decisión no tenía un propósito ni un efecto discriminatorio.

279. La Corte ha sido clara en que la carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención.

En este asunto la Corte IDH reconoció que la situación económica de los miembros de la familia no es la única razón que se incluye en la decisión administrativa que ordenó la separación de los niños Ramírez de su familia biológica, pero afirma que el resto de motivos o no fueron suficientes investigados o constituyen meros estereotipos. Es a todas luces una aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba específico de los supuestos de prohibición de discriminación.

La Corte IDH ha tenido presente la “posición económica” como circunstancia sospechosa que hace jugar la cláusula de prohibición de discriminación del art. 1.1 CADH en

casos como González Lluy c. Ecuador¹⁰ (donde pondera las barreras económicas derivadas del VIH al efecto de entender aplicable el art. 1.1 CADH, & 255), Artavía c. Costa Rica¹¹ (aprecia la Corte que proscribir la FIV discrimina a quienes carecen de recursos económicos para acceder a ese tratamiento en el extranjero, & 303) o Cuscul Pivaral vs Guatemala¹² (poniendo el acento en que “las personas que viven en situación de pobreza a menudo tienen un acceso inequitativo a los servicios e información en materia de salud, & 131).

Atención especial merece la Sentencia Corte IDH de 20 de octubre de 2016 (Caso Hacienda Brasil Verde c. Brasil) en la que, en un supuesto de trabajo forzoso y servidumbre por deudas, se apreció la violación del derecho a no ser sometido a esclavitud en conexión con discriminación sufrida ex 1.1 CADH “*producida en el marco de una situación de discriminación estructural histórica en razón de la posición económica*”.

D. Las exigencias que derivan de las obligaciones generales de garantizar el respeto de los derechos humanos

El art. 1.1 CADH impone a los Estados Parte una obligación general de “respetar los derechos y libertades reconocidos en ella”. La Corte IDH ha derivado de esta obligación general determinadas obligaciones especiales que han tenido repercusión directa en materias relativas a los derechos sociales. Dicho de otra forma, aunque los derechos sociales no están contemplados en la CADH y consecuentemente la Corte IDH no tiene competencia para tutelarlos, dicha Corte IDH los ha protegido a través de su vinculación a la obligación general de respeto por los derechos humanos. La Corte manifiesta que esa obligación general se manifiesta con particular intensidad respecto de las personas en situación de vulnerabilidad, vía por la que ha procedido a tutelar algunos aspectos conectados con los derechos sociales.

La Corte IDH ha operado de este modo en el caso Ximenes Lopez c. Brasil¹³, en el que apreció que las condiciones inhumanas y degradantes de la hospitalización del señor Ximenes Lopes desconocían la obligación general de res-

peto a los derechos humanos, precisamente porque presentaba una situación de especial vulnerabilidad dado que era una persona con discapacidad mental. Este modo de razonar, según el cual de la obligación general de proteger los derechos humanos se derivan para los Estados deberes de adoptar medidas de protección de los más vulnerables, ha sido acogido por los órganos judiciales de los países de Iberoamérica. Pondré un solo ejemplo: la SCJN México, en sentencia dictada en Amparo en Revisión 159/2013, afirmó que “*toda persona con alguna discapacidad y que se encuentre en situación de vulnerabilidad es titular de una protección especial, la cual obliga a los Estados a tomar medidas positivas de carácter legislativo, social, educativo, o de cualquier índole, necesarias para eliminar cualquier forma de discriminación y propiciar su plena integración en la sociedad*”.

E. Desarrollo progresivo y principio de no regresión

1. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General nº 3, aprecia que la plena efectividad de aquéllos “*no podrá lograrse en un breve período de tiempo*” y que, en esa medida, “*requiere un dispositivo de flexibilidad necesaria que refleje las realidades del mundo [...] y las dificultades que implica para cada país el asegurar [dicha] efectividad*”.

Por este motivo, reconoce a los Estados un marco de flexibilidad en cuanto a plazo y modalidades de realización de esos derechos, obligándoles esencialmente a una obligación de hacer orientada a esa efectividad, siempre en la medida de los recursos económicos y financieros de que disponga para el cumplimiento del respectivo compromiso internacional adquirido.

2. Como correlato de lo anterior, se desprende un deber de no-regresividad, pero este no puede ser entendido como una prohibición absoluta de medidas que restrinjan el ejercicio de un derecho.

El propio Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas ha señalado que “*las medidas de carácter deliberadamente re[gresivo] en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto [Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales] y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que [el Estado] disponga*”. Por su parte, la Comisión Interamericana ha sostenido que para evaluar si una medida regresiva es compatible con la Convención Americana, se deberá “*determinar si se encuentra justificada por razones de suficiente peso*”.

¹⁰ Sentencia de 1 de septiembre de 2015.

¹¹ Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

¹² Sentencia de 23 de agosto de 2018.

¹³ Sentencia de 4 de junio de 2006.

El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁴ nos provee de algunos criterios sobre esta necesaria justificación de la regresión, señalando que “[e]n caso de que un Estado Parte aduzca ‘limitaciones de recursos’ para explicar cualquier medida regresiva que haya adoptado, [...] examinará esa información en función de las circunstancias concretas del país de que se trate y con arreglo a los siguientes criterios objetivos: a) [e]l nivel de desarrollo del país; b) [l]a gravedad de la presunta infracción, teniendo particularmente en cuenta si la situación afecta al disfrute de los derechos básicos enunciados en el Pacto; c) [l]a situación económica del país en ese momento, teniendo particularmente en cuenta si el país atraviesa un período de recesión económica; d) [l]a existencia de otras necesidades importantes que el Estado Parte deba satisfacer con los recursos limitados de que dispone; por ejemplo, debido a un reciente desastre natural o a un reciente conflicto armado interno o internacional; e) [s]i el Estado Parte trató de encontrar opciones de bajo costo[,] y f) [s]i el Estado Parte recabó cooperación y asistencia de la comunidad internacional o rechazó sin motivos suficientes los recursos ofrecidos por la comunidad internacional para la aplicación de lo dispuesto en el Pacto”.

3. La CADH recoge expresamente esta regla de desarrollo progresivo de los derechos sociales en su art. 26. Y ha fundado directamente en la violación de esa regla sus fallos en los Casos Poblete Vilches (vulneración del derecho a la salud de persona especialmente vulnerable por ser adulto mayor) y otros c. Chile¹⁵ y Cuscul Pivaral¹⁶ y otros c. Guatemala (vulneración del derecho a la salud por inacción del Estado en proteger a las persona con VIH). Resulta muy interesante, a nivel de entendimiento de cuál es el contenido vinculante del principio de progresividad, la Sentencia Corte IDH de 28 de febrero de 2003 (Caso Cinco Pensionistas c. Perú), en la que se destaca que:

“Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas¹⁵⁸, se debe medir, en el criterio de este

Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”.

La Corte Constitucional Colombiana, recogiendo esa doctrina jurisprudencial, establece en la Sentencia recaída en el caso C-258/13 lo siguiente:

3.5.1.5.- A la luz de estos principios, particularmente los de universalidad y solidaridad, es posible adoptar medidas distributivas dentro de los sistemas con miras a ampliar la cobertura a los sectores más pobres y vulnerables. En este sentido, si bien carece de carácter vinculante para Colombia, es ilustrativo el informe de admisibilidad y de fondo de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre el caso Asociación Nacional de Ex -servidores del Instituto Peruano de Seguridad Social y otras contra Perú (petición No. 12.670 del 27 de marzo de 2009), en el que la Comisión avaló medidas como la reducción del monto de las pensiones más elevadas dentro de un sistema pensional, sin que puedan oponerse los derechos adquiridos, con miras a promover la sostenibilidad y equidad del sistema, y la ampliación de la cobertura.

[...]

Señaló [la Comisión Interamericana] que la limitación en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad, pues la obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida:

“136. La Comisión considera de especial relevancia aclarar que la restricción en el ejercicio de un derecho no es sinónimo de regresividad. El corpus iuris interamericano en materia de derechos económicos, sociales y culturales, evidencia que el concepto de progresividad –y la obligación correlativa de no regresividad– establecida en el artículo 26 de la Convención Americana, no es excluyente de la posibilidad de que un Estado imponga ciertas restricciones al ejercicio de los derechos incorporados en esa norma. La obligación de no regresividad implica un análisis conjunto de la afectación individual de un derecho con relación a las implicaciones colectivas de la medida. En ese sentido, no cualquier medida regresiva es incompatible con el artículo 26 de la Convención Americana”

¹⁴ Declaración sobre la “Evaluación de la obligación de adoptar medidas hasta el ‘máximo de los recursos de que disponga’ de conformidad con un protocolo facultativo del Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sesiones, 21 de septiembre de 2007, párr. 10.

¹⁵ Sentencia de 8 de marzo de 2018.

¹⁶ Sentencia de 23 de agosto de 2018.

V. Ámbitos materiales (I)

A. Derechos a la seguridad social: en especial pensiones

1. En materia de pensiones de viudedad (en general, sobrevivencia), han sido declaradas inconstitucionales leyes que reconocían esa prestación bajo condiciones desiguales o discriminatorias.

Es el caso de la ley española que confería este derecho a pensión de viudedad a los sobrevivientes de una pareja de hecho, pero que admitía que los modos de acreditar qué existía pareja de hecho al tiempo del fallecimiento podían ser diversos, de manera que era posible (y sucedía en ocasiones en la realidad) que, entre varios sobrevivientes de parejas de hecho en idénticas situaciones, unos recibieran la prestación mientras otros no la recibían. El TC España (STC 40/2014) declaró está ley inconstitucional por violar el principio de igualdad.

La ley colombiana introducía diferencias en las pensiones de sobrevivencia según que las parejas fuesen heterosexuales o del mismo sexo. Esta disparidad, declaró la Corte IDH (Caso Duque c. Colombia), se apoyaba en una condición social sospechosa y, al no levantarse por las autoridades colombianas la carga de probar que se debía a una razón objetiva y razonable, resultaba discriminatoria.

2. Las pensiones que se otorgan para apoyar a personas en situación de discapacidad han sido consideradas desde la óptica del derecho a la vida, que comprende el de acceder a unas condiciones económicas mínimas para asegurar una existencia digna. En este sentido la SCJN Argentina estimó inconstitucional que una pensión de este tipo se condicionase a 20 años de residencia en el país, de suerte que se había denegado a una menor boliviana con una discapacidad del 100% que no alcanzaba ese límite temporal de residencia.
3. La mayor fuente de litigios hasta ahora ha sido la pensión por vejez (o jubilación). Y en gran medida se han planteado desde la perspectiva del principio de desarrollo progresivo de los derechos sociales.

La Corte IDH (Cinco Pensionistas c. Perú) admitió la reducción de algunas pensiones de vejez que eran especialmente altas. Declaró que la progresividad de los derechos se entendía en términos de solidaridad social, de modo que era aceptable limitar ciertas prestaciones altas con el objetivo de extender la protección bajo criterios de equidad a más sectores de la población. Con cita de esta jurisprudencia, la Comisión IDH afirmó lo mismo para una situación similar...

Cuestión distinta, aunque parezca igual, es la resuelta por la Corte IDH en el Caso Acevedo Buendía c. Perú. En este caso no se trataba de una regulación regresiva de la pensión de jubilación. La pensión de jubilación en los términos en que se reclamaba existía en la ley, y una sentencia firme había declarado el derecho a favor de los interesados. La Corte IDH condena a Perú, no por introducir una regulación regresiva, sino por no dar ejecución a un fallo firme. El fundamento del fallo no es el principio de progresividad (art. 26 CADH), sino el derecho a un proceso equitativo en su vertiente de derecho a la ejecución de las sentencias firmes. Este mismo criterio se ha reproducido en muchos asuntos similares en la jurisprudencia de la Corte IDH. En el año 2019 cabe destacar el Caso Asociación Nacional de Cesantes (sentencia de 21 de noviembre de 2019) y el Caso Muelles Flores (sentencia de 6 de marzo de 2019).

Este último fallo presenta interés por más motivos: a) porque aparte de la cosa juzgada, señala que los derechos adquiridos también son un límite a la regresividad. Sobre la diferencia entre las meras expectativas y los derechos adquiridos en materia de regulación regresiva de pensiones puede verse también las sentencias de la CC Colombia C-789/02 y C-228/11; b) porque supera la óptica de la obligación de progresividad y procede a definir directamente las obligaciones del Estado en materia de pensiones conforme al derecho a la seguridad social (& 192):

“con base en los criterios y elementos constitutivos del derecho a la seguridad social, y tomando en cuenta los hechos y particularidades del presente caso, las obligaciones del Estado en relación con el derecho a la pensión son las siguientes: a) el derecho a acceder a una pensión luego de adquirida la edad legal para ello y los requisitos establecidos en la normativa nacional, para lo cual deberá existir un sistema de seguridad social que funcione y garantice las prestaciones. Este sistema deberá ser administrado o supervisado y fiscalizado por el Estado (en caso de que sea administrado por privados); b) garantizar que las prestaciones sean suficientes en importe y duración, que permitan al jubilado gozar de condiciones de vida adecuadas y de accesos suficiente a la atención de salud, sin discriminación; c) debe haber accesibilidad para obtener una pensión, es decir que se deberán brindar condiciones razonables, proporcionadas y transparentes para acceder a ella. Asimismo, los costos de las cotizaciones deben ser asequibles y los beneficiarios deben recibir información sobre el derecho de manera clara y transparente, especialmente si se tomara alguna medida que pueda afectar el derecho, como por ejemplo la privatización de una empresa; d) las prestaciones por pensión de jubilación deben ser garantizadas de manera oportuna y

sin demoras, tomando en consideración la importancia de este criterio en personas mayores, y e) se deberá disponer de mecanismos efectivos de reclamo frente a una violación del derecho a la seguridad social, con el fin de garantizar el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, lo cual abarca también la concretización material del derecho a través de la ejecución efectiva de decisiones favorables dictadas a nivel interno.

B. Derecho a la salud

1. El derecho a la salud, aunque es indudable que se proyecta sobre todos los miembros de una sociedad, debe protegerse de un modo especial en relación a las personas más vulnerables. La Corte IDH (Caso González Lluy c. Ecuador) ha declarado que el deber general de los Estados de respetar los derechos humanos comprende la atención particular de las personas con VIH y en este contexto ha sentado la siguiente doctrina:

173. Por otra parte, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha señalado que todos los servicios, artículos e instalaciones de salud deben cumplir con requisitos de disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad. En torno a estos elementos esenciales del derecho a la salud el Comité ha precisado su alcance en los siguientes términos:

a) Disponibilidad. Cada Estado Parte deberá contar con un número suficiente de establecimientos, bienes y servicios públicos de salud y centros de atención de la salud, así como de programas. Con todo, esos servicios incluirán los factores determinantes básicos de la salud, como hospitales, clínicas y demás establecimientos relacionados con la salud, personal médico y profesional capacitado, así como los medicamentos esenciales definidos en el Programa de Acción sobre medicamentos esenciales de la OMS.

b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las mujeres, los niños, los adolescentes y las personas con VIH/SIDA. [...] iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los esta-

blecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.

c) Aceptabilidad. Todos los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser respetuosos de la ética médica y culturalmente apropiados, es decir respetuosos de la cultura de las personas, las minorías, los pueblos y las comunidades, a la par que sensibles a los requisitos del género y el ciclo de vida, y deberán estar concebidos para respetar la confidencialidad y mejorar el estado de salud de las personas de que se trate.

d) Calidad. Además de aceptables desde el punto de vista cultural, los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán ser también apropiados desde el punto de vista científico y médico y ser de buena calidad. Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas"

2. La Corte IDH también ha proyectado sobre el ámbito del derecho a la salud la virtualidad del principio de desarrollo progresivo de los derechos sociales. Así ha ocurrido en la sentencia dictada en el Caso Poblete Vilches y otros c. Chile (8 de marzo de 2018), en la que se declara lesionado autónomamente el principio de progresividad referido al derecho a la salud, por no haber suministrado al interesado servicios básicos necesarios en atención a su situación especial de vulnerabilidad como adulto mayor. Y también, meses después, en la sentencia recaída en el Caso Cuscul Pivaral y otros c. Guatemala (23 de agosto de 2018), resaltando que es contrario al principio de progresividad la inacción estatal en materia de protección del derecho a la salud de la población que vive con VIH.
3. La Corte IDH, por otro lado, ha resaltado en el Caso Ximenes Lopes c. Brasil que los *"Estados son responsables de regular y fiscalizar con carácter permanente la presta-*

ción de los servicios y la ejecución de los programas nacionales relativos al logro de una prestación de servicios de salud públicos de calidad” (&99), señalando también que su responsabilidad internacional comprende “los actos de las entidades privadas que estén actuando con capacidad estatal, así como actos de terceros, cuando el Estado falta a su deber de regularlos y fiscalizarlos. La obligación de los Estados de regular no se agota, por lo tanto, en los hospitales que prestan servicios públicos, sino que abarca toda y cualquier institución de salud” (90)¹⁷.

Una muestra a nivel nacional de cómo operan estas obligaciones, es la Sentencia de la SCJN México dictada en Amparo en Revisión 173/2008, según la cual no vulnera el derecho al trabajo la ley que exige que un titulado como médico cirujano, para actuar su profesión, debe contar con una autorización expedida por la Secretaría de Salud. En esa sentencia se argumenta que el derecho a la salud *“tiene, entre otras finalidades, la de garantizar el disfrute de servicios de salud y de asistencia social que satisfagan las necesidades de la población, y que por servicios de salud se entienden los acciones dirigidos o proteger, promover y restaurar la salud de lo persona y de la colectividad”*, indicando que correlativamente le corresponden al Estado *“obligaciones de adoptar leyes u otras medidas para velar por el acceso igual a la atención de la salud y los servicios relacionados con ella; vigilar que la privatización del sector de la salud no represente una amenaza para la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de los servicios; controlar la comercialización de equipo médico y medicamentos por terceros, y asegurar que los facultativos y otros profesionales de la salud reúnan las condiciones necesarias de educación y experiencia”*.

4. En la misma línea, en algunas jurisdicciones se ha planteado el juego del derecho a la salud en relación al derecho de propiedad intelectual, relacionado en especial con el registro de patentes de medicamentos. Véase, por ejemplo, la experiencia mexicana mostrada por el recurso de amparo en revisión (RA 244/2015) resuelto por el Séptimo tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito.

C. Derecho al trabajo

1. El derecho al trabajo no es uno de los que están recogidos en la CADH. De hecho está previsto expresamente en el artículo 6 de su Protocolo adicional sobre derechos sociales, conocido como Protocolo de San Salvador, que no contempla la justiciabilidad por la Corte IDH de su contenido (salvo del derecho a la educación y el de libertad sindical).

Sin embargo, la Corte IDH en la Sentencia recaída en el Caso Lagos del Campo c. Perú (de 31 de agosto de 2017) afirma que cabe hablar de una *“derivación del derecho al trabajo a partir de una interpretación del artículo 26 [CADH] en relación con la Carta de la OEA, junto con la Declaración Americana”* (& 145). No obstante, luego se desprende del límite que supone el art. 26 CEDH, en el sentido que solo permite a la Corte IDH hacer juicios en términos de obligación progresividad, y procede a definir el alcance objetivo que debe darse al derecho al trabajo.

Destaca en el párrafo 147, con cita literal del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, que este mismo *“implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo. Asimismo, ha señalado que el ‘incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros’; lo cual incluye ‘el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente’*.”

Y añade en el párrafo 150 que *“la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas, quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho”*.

2. Igualmente en este ámbito del despido laboral, cabe resaltar algunas líneas jurisprudencia del TEDH. De un lado, ha considerados despidos discriminatorios aquellos se apoyaban exclusivamente en el sexo (...) o en la orientación sexual de los trabajadores despedidos. De otro lado, ha apreciado lesivo de los derechos fundamentales que la indemnización por despido laboral sea

¹⁷ En el mismo sentido en la misma Corte IDH, véase el Caso Albán Cornejo c. Ecuador, de 22 de noviembre de 2011.

gravada con impuestos de un modo desproporcionado, incluso cuando esto se produzca en una situación de crisis económica que exija allegar más recursos para hacer frente al gasto público.

3. Más allá de los despidos laborales, también en los derechos humanos tienen un juego importante en la adecuación de los horarios laborales. Sirvan de ejemplo las sentencias del TC España 3/2007, 15 de enero, y 26/2011, 14 de marzo, en las que se juzga discriminatorio las decisiones del empleador de no conceder a los trabajadores solicitantes el ajuste de su jornada laboral, de modo que se pudiera conciliar su trabajo con la vida familiar. En ambos casos quien lo solicitaba, en el primero una mujer y en el segundo un hombre, tenían a su cargo niños de corta edad.
4. También el principio de desarrollo progresivo de los derechos humanos debe atenderse en relación al derecho del trabajo. La Corte Constitucional Colombiana destacó en su Sentencia C-182/10 que:

La jurisprudencia constitucional vertida por esta Corporación se ha referido al principio de progresividad de los derechos sociales y la garantía prima facie de no regresividad de los mismos, señalando que es obligación del Estado avanzar constantemente en la protección del trabajo, a fin de lograr la plena realización de ese derecho. Ciertamente, la Corte ha explicado que el trabajo no es sólo un derecho de carácter fundamental, sino también de carácter social, con unos contenidos legales mínimos, y en cuanto tal es de desarrollo progresivo, siéndole aplicables el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y culturales –PIDESC– y el Protocolo de San Salvador, que prescriben el deber de los Estados de adoptar las medidas apropiadas, hasta el máximo de los recursos disponibles, para lograr progresivamente su plena efectividad.

Aunque también es cierto que acto seguido puntualizó que *“la prohibición de regresividad es apenas una prohibición prima facie y no absoluta. Lo anterior significa que cuando el Estado ha obtenido un mayor nivel de satisfacción de derechos sociales, la decisión política de disminuir el alcance de la protección debe contar con una justificación suficiente para superar la prohibición de regresividad”*.

Lamentablemente nos hemos quedado sin conocer el resultado de la ponderación de dicha Corte, pues en el fallo acordó: *“Tercero. INHIBIRSE de proferir un fallo de fondo, por ineptitud sustancial de la demanda, respecto del cargo aducido en contra del artículo 2° Ley 1233 de 2008 por desconocimiento del principio de no regresividad de los derechos sociales”*.

D. Personas en situación de discapacidad

La situación de discapacidad coloca a la persona en una posición de especial vulnerabilidad. Como consecuencia de ello, los Estados deben, en justo ejercicio de su obligación general de respetar los derechos humanos realizar actividades positivas de protección de estas personas.

Valga como ejemplo la Sentencia de 4 de julio de 2006 de la Corte IDH (Ximenes Loses c. Brasil), en la que se razona que *“es directo y significativo el vínculo existente entre la discapacidad, por un lado, y la pobreza y la exclusión social, por otro. En razón de lo anterior, entre las medidas positivas a cargo de los Estados se encuentran aquellas necesarias para prevenir todas las formas de discapacidad prevenibles, y dar a las personas que padecen de discapacidades mentales el tratamiento preferencial apropiado a su condición”*. Y también por ese motivo, sigue señalando la sentencia, *“los Estados deben adoptar las medidas de carácter legislativo, social, educativo, laboral o de cualquier otra índole, necesarias para que toda discriminación asociada con las discapacidades mentales sea eliminada, y para propiciar la plena integración de esas personas en la sociedad.*

Sobre los criterios que han de guiar esa regulación estatal, quiero resaltar dos de los establecidos en la citada sentencia:

1. *“la discapacidad mental no debe ser entendida como una incapacidad para determinarse, y debe aplicarse la presunción de que las personas que padecen de ese tipo de discapacidades son capaces de expresar su voluntad, la que debe ser respetada por el personal médico y las autoridades. Cuando sea comprobada la imposibilidad del enfermo para consentir, corresponderá a sus familiares, representantes legales o a la autoridad competente, emitir el consentimiento en relación con el tratamiento a ser empleado”*.
2. *“el Tribunal considera que la sujeción es una de las medidas más agresivas a que puede ser sometido un paciente en tratamiento psiquiátrico. Para que esté en conformidad con el respeto a la integridad psíquica, física y moral de la persona, según los parámetros exigidos por el artículo 5 de la Convención Americana, debe ser empleada como medida de último recurso y únicamente con la finalidad de proteger al paciente, o bien al personal médico y a terceros, cuando el comportamiento de la persona en cuestión sea tal que ésta represente una amenaza a la seguridad de aquéllos. La sujeción no puede tener otro motivo sino éste, y sólo debe ser llevada a cabo por personal calificado y no por los pacientes”*.

Igualmente destacable es la Sentencia de 31 de agosto de 2012 de la Corte IDH (Caso Furlan y Familiares c. Argentina), que pone el acento en que las convenciones

de derechos humanos, tanto del sistema universal como del sistema americano, indican que el tratamiento de las personas con discapacidad que realicen los Estados debe obedecer al denominado modelo social. Quisiera resaltar dos de sus argumentaciones:

1. *“Al respecto, la Corte observa que en las mencionadas Convenciones se tiene en cuenta el modelo social para abordar la discapacidad, lo cual implica que la discapacidad no se define exclusivamente por la presencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, sino que se interrelaciona con las barreras o limitaciones que socialmente existen para que las personas puedan ejercer sus derechos de manera efectiva. Los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad, son, entre otras, barreras físicas o arquitectónicas, comunicativas, actitudinales o socioeconómicas.*
2. *El Tribunal recuerda que no basta con que los Estados se abstengan de violar los derechos, sino que es imperativa la adopción de medidas positivas, determinables en función de las particulares necesidades de protección del sujeto de derecho, ya sea por su condición personal o por la situación específica en que se encuentre, como la discapacidad. En este sentido, es obligación de los Estados propender por la inclusión de las personas con discapacidad por medio de la igualdad de condiciones, oportunidades y participación en todas las esferas de la sociedad, con el fin de garantizar que las limitaciones anteriormente descritas sean desmanteladas. Por tanto, es necesario que los Estados promuevan prácticas de inclusión social y adopten medidas de diferenciación positiva para remover dichas barreras.*

Notable en este sentido es la ya citada Sentencia Corte IDH (Caso Artavía c. Costa Rica), en la que, conforme a este modelo social, considera la infertilidad como un supuesto de discapacidad, haciéndose acreedores las personas que la tienen de un protección especial por parte del Estado.

VI. Ámbitos materiales (II)

E. Derecho a la educación

1. El derecho a la educación está previsto expresamente en el art. 13 del Protocolo adicional a la CADH en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Este instrumento, conocido como Protocolo de San Salvador, dispone en el apartado 6 de su art. 19 (“medios de protección) que las violaciones al art. 13 (derecho a la educación) son justiciables ante la Corte IDH¹⁸.

En consecuencia, esta instancia jurisdiccional ha fundado alguna de sus decisiones en la aplicación directa de dicho precepto, como sucedió en el Caso “Instituto de Reeducación del Menor” c. Paraguay (Sentencia de 2 de septiembre de 2004, en donde afirmó que:

174. Está también probado que el Estado no brindó a los niños internos la educación que éstos requerían y a la cual aquél estaba obligado, tanto en razón de la protección del derecho a la vida entendido en el sentido señalado anteriormente, como por la disposición del artículo 13 del Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El programa educativo que se ofrecía en el Instituto era deficiente, ya que carecía de maestros y recursos adecuados (supra párr. 134.12).

2. La propia Corte IDH ha procedido en otros casos a proteger el derecho a la educación con base en otros fundamentos, como la protección de los niños (19 CADH) y el principio del desarrollo progresivo de los derechos sociales (art. 26 CADH). En el Caso de las niñas Yean y Bosico c. República Dominicana (Sentencia de 8 de septiembre de 2005), en el que a una niña se le impidió estudiar en el turno diario por carecer de acta de nacimiento, razona lo siguiente:

185. [...] Cabe resaltar que de acuerdo al deber de protección especial de los niños consagrado en el artículo 19 de la Convención Americana, interpretado a la luz de la Convención para los Derechos del Niño y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en relación con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la Convención, el Estado debe proveer educación primaria gratuita a todos los menores, en un ambiente y condiciones propicias para su pleno desarrollo intelectual.

3. La decisión quizá más relevante en materia educativa es la recaída en el Caso González Llu y c. Ecuador (1 de septiembre 2015), relativo a la separación de una niña afectada de VIH de su proceso educativo que la autoridad pretendió justificar en el presunto peligro para la salud del resto de estudiantes. La Corte IDH establece,

¹⁸ “En el caso de que los derechos establecidos en el párrafo a) del artículo 8 y en el artículo 13 fuesen violados por una acción imputable directamente a un Estado parte del presente Protocolo, tal situación podría dar lugar, mediante la participación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y cuando proceda de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a la aplicación del sistema de peticiones individuales regulado por los artículos 44 a 51 y 61 a 69 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”.

en resumen, lo siguientes criterios: a) el derecho a la educación no cede ante la salud del resto de estudiantes, salvo que se acredite que esa medida de separación de la niña con VIH es imprescindible para evitar contagios, lo que la autoridad pública no justificó, pues se limitó a alegar estereotipos; b) el Estado tiene la obligación de adaptar el sistema educativo para *“promover su inclusión y no discriminación dentro del entorno social”*. Resulta muy ilustrativo de la intensidad de los deberes positivos del Estado derivados del derecho a la educación el siguiente argumento de la Corte IDH:

284.[...] La Corte considera que la necesidad que tuvo Talía Gonzales Lluy, su familia y algunas de sus profesoras de ocultar el hecho de que Talía vivía con VIH o esconderse para poder acceder y permanecer en el sistema educativo constituyó un desconocimiento al valor de la diversidad humana. El sistema educativo estaba llamado a contribuir a que Talía y su familia pudieran hablar del VIH sin necesidad de ocultarlo, procurando que ella mantuviera la mayor autoestima posible gracias a su entorno y en gran medida a partir de una educación de los demás estudiantes y profesores a la luz de lo que implica la riqueza de la diversidad y la necesidad de salvaguardar el principio de no discriminación en todo ámbito.

4. Esta última jurisprudencia de la Corte IDH es un buen ejemplo de educación inclusiva, que es una de las manifestaciones del derecho a la educación que está adquiriendo más relevancia. Diversas instancias internacionales lo están poniendo de relieve. Pondré dos ejemplos.

El primero de ellos es que el Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptó, con fecha 25 de noviembre de 2016 la Observación general núm. 4 sobre el derecho a la educación inclusiva, incidiendo en la concepción de la discapacidad como un modelo social, de modo que la situación peyorativa deriva realmente de las barreras sociales (físicas, económicas y de actitud), las cuáles deben ser removidas por el poder público, entre otros modos a través de la educación.

El segundo ejemplo involucra a la jurisprudencia del TEDH, muy destacadamente en su Sentencia Çam c. Turquía de 23 de febrero de 2016. El Tribunal declara que Turquía desconocía los derechos humanos de una niña invidente que, habiendo superado las pruebas para acceder a un conservatorio de música, fue rechazada porque las instalaciones no estaban adaptadas a su condición particular de invidente, insistiendo el Tribunal que incumbe al Estado supervisar que los procesos educativos (programas e instalaciones) estén razonablemente ajustados a las necesidades de todos.

5. También los tribunales internos de los países iberoamericanos a considerado el derecho a la educación. Quiero resaltar el uso del criterio de la progresividad que ha hecho este mismo año la Corte Constitucional de Colombia, en su sentencia T-030/20, juzgando contrario a esta regla jurídica la decisión pública de dejar de prestar el servicio de Internet a una escuela rural. Transcribo a continuación algunos razonamientos sobre la aplicación del criterio de la progresividad.

3.10 [...] De la respuesta de la Gobernación de Antioquia se infiere que la finalidad importante que se buscó cumplir con la determinación de dejar de prestar el servicio de internet en la referida Escuela es que, ante el recorte de recursos, pretendió continuar con la prestación del servicio en aquellas zonas rurales que pueden contar con una mayor cobertura. No obstante, para esta Sala de Revisión no se encuentra acreditado que la medida adoptada haya sido efectivamente conducente, dado que no demostró que con dicha decisión haya logrado suministrar el servicio en escuelas rurales con una mayor población estudiantil o que haya usado otro criterio de priorización en favor de personas con necesidades diferenciadas.

3.11. Por lo anterior, para la Sala de Revisión, la justificación ofrecida por la Gobernación de Antioquia no demuestra cabalmente que la medida adoptada haya sido efectivamente conducente. Si bien se pone de presente la reducción de presupuesto (i) en ningún momento, ofreció razones específicas que justifiquen porque se prefirió llevar a cabo el recorte en la destinación de recursos en la escuela rural en cuestión frente a otros posibles. (ii) Ni se explicó cuál fue el criterio con base en el cual se eligió la escuela rural en donde estudian los menores de edad representados por sus madres en la tutela objeto de pronunciamiento. Si bien se afirma que estudian 9 menores de edad no se indica que ese haya sido un criterio usado, de manera comparativa frente a las otras instituciones para haber preferido quitar dicho servicio en la Institución Educativa La Leona. (iii) Tampoco se demostró que la medida fuera acorde al principio de no discriminación y que la decisión atendió a unos criterios objetivos y razonables que aseguraran el respeto básico de la igualdad. Todos los niños, las niñas y los adolescentes que tenían acceso a internet en las escuelas rurales de Antioquia tenían también el derecho a continuar con la prestación de dicho servicio. Por ello, ante la situación de notoria disminución del presupuesto, como la que se presentó, se debía procurar adoptar un plan de contingencia que implicara la distribución más eficiente de recursos y que minimizara el impacto de la medida en este grupo de especial protección constitucional.

3.12. Además, bajo el supuesto de que se haya demostrado que la medida adoptada era conducente, no se consideraron medidas compensatorias ni se presentó un programa de acción para avanzar nuevamente en la prestación de esta faceta prestacional del derecho a la educación.

F. Derechos culturales

1. Los derechos humanos no se reducen a los aspectos materiales. La dignidad del hombre, que es la fuente última de estos derechos inherentes a la persona, presenta también dimensiones espirituales. Por ello, el acceso a la cultura como medio de satisfacción de estas necesidades espirituales también es un derecho humano. Así está reconocido en el PIDESC y en los instrumentos regionales de protección de los derechos humanos, como es el caso para América del Protocolo de San Salvador. No obstante, este derecho no ha registrado mucha atención por los órganos jurisdiccionales de aplicación de los tratados de derechos humanos. Cabe destacar, eso sí, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el periodo de sesiones del 2 a 20 de noviembre de 2009, adoptó la Observación general N° 21, titulada Derecho de toda persona a participar en la vida cultural.
2. Distinto, aunque conectado, es el derecho a una protección especial de las minorías culturales o de los pueblos indígenas. Sobre lo primero, hay una cierta actividad en Europa concretada sobre todo en (a) el Convenio Marco para la protección de las minorías nacionales de 1995 y (b) la Carta Europea de las Lenguas Regionales o Minoritarias de 1992. Sobre lo segundo, de mayor importancia en los países iberoamericanos, destaca (a) el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales de 1989 y (b) la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas de 2007.
3. La Corte IDH ha registrado una actividad destacable en la protección de la identidad cultural de los pueblos indígenas. Pondré algún ejemplo. El primer ejemplo es el Caso Bámaca Velásquez c. Guatemala. (22 de febrero de 2002), en el que la Corte afirmó.

81. Esta Corte considera que el cuidado de los restos mortales de una persona es una forma de observancia del derecho a la dignidad humana. Asimismo, este Tribunal ha señalado que los restos mortales de una persona merecen ser tratados con respeto ante sus deudos, por la significación que tienen para éstos. El respeto a dichos restos, observado en todas las culturas, asume una signi-

ficación muy especial en la cultura maya, etnia mam, a la cual pertenecía el señor Efraín Bámaca Velásquez. Ya la Corte ha reconocido la importancia de tener en cuenta determinados aspectos de las costumbres de los pueblos indígenas en América para los efectos de la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Caso Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua)¹³⁷. Como se ha reiterado en la audiencia pública sobre reparaciones en este caso, para la cultura maya, etnia mam las honras fúnebres aseguran la posibilidad de un reencuentro entre las generaciones de los vivos, la persona fallecida y los antepasados muertos. Así, el ciclo entre la vida y la muerte se cierra con esas ceremonias fúnebres, permitiendo “rendir respeto a Efraín, para tenerlo cerca y para devolverlo o llevarlo a convivir con los antepasados”; así como para que las nuevas generaciones pue puedan compartir y aprender de lo que fue su vida, como es tradición en su cultura indígena.

El segundo ejemplo se proyecta sobre la relación de los pueblos indígenas con su territorio. Así, Comunidad Indígena Yakye Axa c. Paraguay (Sentencia de 17 de junio de 2005), en el que se lee:

137. [...] la estrecha vinculación de los pueblos indígenas sobre sus territorios tradicionales y los recursos naturales ligados a su cultura que ahí se encuentren, así como los elementos incorporeales que se desprendan de ellos, deben ser salvaguardados por el artículo 21 de la Convención Americana. Al respecto, en otras oportunidades, este Tribunal ha considerado que el término “bienes” utilizado en dicho artículo 21, contempla “aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporeales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor”.

En el mismo sentido, puede consultarse el Caso Chitay Nech y otros c. Guatemala. (25 de mayo de 2010), y en especial donde razona que:

146. Así, el desplazamiento de los familiares de Florencio Chitay fuera de su comunidad provocó una ruptura con su identidad cultural, afectando su vínculo con sus familiares, su idioma y su pasado ancestral.

147. En consecuencia, conforme a su jurisprudencia constante en materia indígena, mediante la cual ha reconocido que la relación de los indígenas con el territorio es esencial para mantener sus estructuras culturales y su supervivencia étnica y material, el Tribunal considera que el desplazamiento forzado de los pueblos indígenas fuera de su comunidad o bien de sus integrantes, les puede

colocar en una situación de especial vulnerabilidad, que “[p]or sus secuelas destructivas sobre el tejido étnico y cultural [...], genera un claro riesgo de extinción, cultural o físico, de los pueblos indígenas” 139, por lo cual es indispensable que los Estados adopten medidas específicas de protección considerando las particularidades propias de los pueblos indígenas, así como su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres para prevenir y revertir los efectos de dicha situación.

G. Derechos ambientales

1. El TC España, acomodándose a una doctrina jurisprudencial del TEDH, ha fundado en ciertos derechos fundamentales algunas decisiones en materia ambiental, señalando un camino que ha sido seguido por los órganos judiciales del Poder Judicial en todos sus niveles. El citado Tribunal Constitucional (véanse las SSTC 119/2001, 16/2004 y 150/2011) ha resuelto que el exceso de ruidos en las ciudades puede vulnerar el derecho a la vida íntima en el domicilio (vertiente del derecho a la intimidad)¹⁹ y, en ocasiones muy agravadas, en el derecho a la vida e integridad física y moral²⁰.

Esta línea jurisprudencial deriva del TEDH, cuya doctrina, que se recoge especialmente en sus Sentencias de 9 de diciembre de 1994, caso López Ostra c. España, § 51, y de 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros c. Italia, § 60, advierte que, en determinados casos de especial gravedad, ciertos daños ambientales, aun cuando no pongan en peligro la salud de las personas, pueden privarle del disfrute de su domicilio y, en consecuencia, atentar contra su derecho al respeto de su vida privada y familiar en los términos del art. 8.1 CEDH. Más recientemente, Caso Moreno Gómez c. España, § 53, insiste en que *“atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no au-*

torizada, sino también una vulneración inmaterial o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias. Si la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo”.

En fin, en el sistema europeo el derecho al medio ambiente se protege de modo indirecto o por conexidad, por el impacto sobre el derecho a la vida y a la integridad física y moral, así como respecto al derecho a la vida íntima en el domicilio. Ese mismo esquema, como se dirá más abajo, es el que se está utilizando por la Corte IDH.

2. Antes de proceder a exponer la experiencia americana, quiero mencionar que el TC España también ha considerado como protección constitucional del medio ambiente el art. 45 de la Constitución española²¹, que ya no es un derecho fundamental sino un principio rector de las políticas públicas, a las que se les impone la persecución de la preservación ambiental y el uso racional de los recursos, mandato que adquiere mayor relevancia cuando la regulación legal impone disposiciones que reducen la tutela ambiental. La STC 233/2015, de 5 de noviembre, analizando una ley que aminoraba la protección de la ribera del mar, razonó:

2 [...]La exégesis de la obligación constitucional de defender y restaurar el medio ambiente o, dicho en otras palabras, la tarea de velar por la garantía del cumplimiento de las obligaciones que dimanen de este precepto constitucional se presenta siempre compleja cuando, como es el caso en este proceso, se alega regresión o involución de los estándares de protección medioambiental previamente establecidos en la esfera de la legislación ordinaria.[...]

En este contexto, el principio de no regresión del Derecho medioambiental (cláusula stand-still) entronca con el propio fundamento originario de este sector del ordenamiento, y enuncia una estrategia sin duda plausible en orden a la conservación y utilización racional de los recursos naturales, que con distintas técnicas y denominaciones ha tenido ya recepción en algunas normas de carácter sectorial del Derecho internacional, europeo o nacional

¹⁹ *“exposición prolongada a unos determinados niveles de ruido, que puedan objetivamente calificarse como evitables e insoportables, ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad” (STC 150/2011).*

²⁰ *“cuando la exposición continuada a unos niveles intensos de ruido ponga en grave peligro la salud de las personas, esta situación podrá implicar una vulneración del derecho a la integridad física y moral (art. 15 CE). En efecto, si bien es cierto que no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del art. 15 CE, sin embargo cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona, a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el art. 15 CE” (STC 150/2011).*

²¹ 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.

2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.

(STC 45/2015, FJ 4) o en la jurisprudencia internacional o de los países de nuestro entorno, cuyo detalle no viene al caso porque se trata de referencias sectoriales que no afectan específicamente al dominio público marítimo-terrestre. En la vocación de aplicación universal con la que dicho principio se enuncia, es hoy por hoy a lo sumo una lex non scripta en el Derecho internacional ambiental y, sin duda, constituye una formulación doctrinal avanzada que ya ha alumbrado una aspiración política de la que, por citar un documento significativo, se ha hecho eco la Resolución del Parlamento Europeo, de 29 de septiembre de 2011, sobre la elaboración de una posición común de la UE ante la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo Sostenible, "Río+20" (% 97)

Así las cosas, el interrogante que debemos despejar es si cabe extraer directamente tal principio de los postulados recogidos en el art. 45 CE. Ciertamente, como ya advertimos en las citadas SSTC 149/1991 y 102/1995, las nociones de conservación, defensa y restauración del medio ambiente, explícitas en los apartados 1 y 2 de este precepto constitucional, comportan tanto la preservación de lo existente como una vertiente dinámica tendente a su mejoramiento que, en lo que particularmente concierne a la protección del demanio marítimo-terrestre, obligan al legislador a asegurar el mantenimiento de su integridad física y jurídica, su uso público y sus valores paisajísticos. En particular, el deber de conservación que incumbe a los poderes públicos tiene una dimensión, la de no propiciar la destrucción o degradación del medio ambiente, que no consentiría la adopción de medidas, carentes de justificación objetiva, de tal calibre que supusieran un patente retroceso en el grado de protección que se ha alcanzado tras décadas de intervención tuitiva. Esta dimensión inevitablemente evoca la idea de "no regresión", aunque los conceptos que estamos aquí contrastando no admiten una identificación mecánica, pues es también de notar que el deber constitucional se proyecta sobre el medio físico, en tanto que el principio de no regresión se predica del ordenamiento jurídico. En términos constitucionales, esta relevante diferencia significa que la norma no es intangible, y que por tanto la apreciación del potencial impacto negativo de su modificación sobre la conservación del medio ambiente requiere una cuidadosa ponderación, en la que, como uno más entre otros factores, habrá de tomarse en consideración la regulación preexistente.

3. La Corte IDH también ha prestado atención al derecho al medio ambiente. Vale la pena referirse al Caso Pueblos Kaliña y Lokono c. Surinam (25 de noviembre de 2015), en el que parte de afirmar su conexión con el derecho a la vida, entendido como acceso a condiciones mínimas para una vida digna. Dice la Corte IDH:

"[la Corte] resalta la importancia de la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente contenido en el artículo 11 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" como un derecho humano esencial relacionado con el derecho a la vida digna derivado del artículo 4 de la Convención a la luz del corpus iuris internacional existente sobre la protección especial que requieren los miembros de las comunidades indígenas "en relación con el deber general de garantía contenido en el artículo 1.1 y con el deber de desarrollo progresivo contenido en el artículo 26 de la misma".

Aparte de exponer la conexión con otros derechos, la Corte destaca las obligaciones positivas del Estado de prevenir daños a este derecho mediante la regulación y la supervisión, señalando como instrumento principal al efecto la realización previa de evaluaciones de impacto de los distintos proyectos. Sobre estos deberes positivos del Estado véanse las consideraciones de la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017, en especial:

"5. Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido".

4. Una modalidad importante del derecho al medio ambiente es el derecho al agua. Ningún instrumento internacional garantiza expresamente el derecho al agua. Su importancia se ha impuesto aún así, y tanto el TEDH como la Corte IDH han intervenido para garantizarlo.

La STEDH Dubetska y otros c. Ucrania abordó los efectos de la colocación de un mina de carbón en las proximidades de unas viviendas, así como la contaminación del suelo y el agua circundante a causa de la operación de la mina. El Estado tardó 20 años en construir un acueducto que permitiese a los residentes en la zona el disfrute de agua no contaminada. El TEDH consideró vulnerado el derecho a la vida personal y familiar ex art. 8 CEDH, que garantiza la vida íntima que se desarro-

lla en el domicilio, con aplicación de la jurisprudencia iniciada en el caso López Ostra que se menciona en el punto 1.

Por su parte, la Corte IDH Comunidad Indígena Xákmok Kásek c. Paraguay (Sentencia de 24 de agosto de 2010). La Corte IDH ha juzgado que el Estado, al no cumplir sus deberes positivos de suministro de agua, vulneró el derecho a la vida (art. 4 CADH). La Corte observa que “el agua suministrada por el Estado durante los meses de mayo a agosto de 2009 no supera más de 2.17 litros por persona al día. Al respecto, de acuerdo a los estándares internacionales la mayoría de las personas requiere mínimo de 7.5 litros por persona por día para satisfacer el conjunto de las necesidades básicas, que incluye alimentación e higiene”.

3

- **Aspectos generales**
- **de la Seguridad Social**
-

Francisco Jacob Sánchez
Documento compilado



I. Las raíces históricas de la seguridad social

1.1. Las primeras medidas de protección social

Cualquier estudio que pretenda dar una visión completa de una institución e incluso de su plasmación en un estadio determinado no puede prescindir de un análisis de su evolución. En efecto, la Seguridad Social, tal y como la conocemos actualmente, no se ha formado por generación espontánea, sino que es el resultado de una larga evolución histórica. No obstante, en materia de Seguridad Social, hablar de evolución no resulta del todo preciso, pues, con anterioridad al momento en que tal expresión se acuña, únicamente se han sucedido distintas formas de protección de las necesidades sociales, que en gran medida continúan presentes en los distintos ordenamientos jurídicos. Por tanto, quizás sea más propio referirnos a una evolución de la protección social, como expresión más amplia e indicadora de los diversos instrumentos utilizados a lo largo del tiempo para afrontar las necesidades sociales.

En este sentido y con ánimo de facilitar la sistematización de este complejísimo proceso histórico y, no sin una cierta finalidad pedagógica, podemos distinguir, tres fases o etapas de las distintas formas de protección social:

- a) Las primeras medidas de protección social, desde sus orígenes hasta la aparición de los seguros sociales, que podemos considerar como los precedentes más remotos de la Seguridad Social.
- b) Los Seguros Sociales: nacimiento y desarrollo de los seguros sociales, desde el último tercio del siglo XIX hasta la configuración de los sistemas de seguridad social, como precedente inmediato.
- c) Los sistemas de seguridad social, a partir de la década de los años treinta del pasado siglo hasta el momento actual.

La preocupación por la protección de las necesidades individuales y sociales tiene raíces muy profundas. Se podría decir, que la idea de protección de estas necesidades sociales ha estado presente desde que el hombre es hombre (ARISTÓTELES), de ahí, que las medidas de protección social que se han venido adoptado, tanto en común como aisladamente, hayan sido extraordinariamente numerosas y diversas.

El ejemplo histórico inmediato de las medidas de protección social, lo encontramos en la antigüedad romana. Entre los *collegia*, los llamados *artificum vel opificum* o *te-*

nuiros, eran asociaciones con una clara finalidad mutualista. Su constitución requería la unión de al menos tres individuos, que con aportaciones de entrada y periódicas, se comprometían a contribuir para formar el fondo común. El fondo así formado se destinaba a sufragar los gastos de enterramiento del socio fallecido.

Durante la Edad Media, el problema de la pobreza va a dar lugar a medidas de protección social de diverso signo. Por un lado, se adoptan, medidas de protección basadas en la solidaridad o ayuda mutua a través de asociaciones de carácter corporativo o profesional. Las Cofradías y Gremios, con las aportaciones de los miembros, ayudaban a aquellos que caían en desgracia, protegían a las viudas y huérfanos, y llegaron, incluso, a fundar hospitales. Y, por otro, se adoptaron medidas de asistencia social a favor de los pobres, por parte de la Iglesia y de instituciones caritativas privadas. El Estado únicamente se esforzará, en este momento, en la lucha y represión de la mendicidad y otras consecuencias derivadas de la pobreza (policía de los pobres).

En la Edad Moderna, se da un salto cuantitativo y cualitativo en materia de protección social. El fortalecimiento en Europa de la figura del Monarca (Monarquía Absoluta), la aceptación por parte de los teóricos de la época (LUIS VIVES, THOMAS HOBBS, BERNARDO WARD) de la protección como una responsabilidad del Gobierno monárquico, y la necesidad real del apoyo del pueblo para consolidar su autoridad sobre la aún poderosa nobleza y la naciente burguesía, son factores que determinan que, durante los siglos XVI, XVII y XVIII, desde la Autoridad Pública se arbitren diversas medidas de protección social.

No obstante, y pese al desarrollo en Europa de una cierta política de asistencia pública, centrada, esencialmente, en la asistencia hospitalaria (organización hospitalaria inglesa) y/o en la superación de determinados estadios de pobreza a través de las organizaciones u organismos de carácter local (Diputaciones de barrio, Juntas Municipales de Beneficencia, Privy Council), la protección fundamental de las necesidades sociales se realiza a través del principio mutualista (hermandades, montepíos) y de las primeras instituciones de ahorro popular (Montes de Piedad).

En la Época liberal, el ascenso de la burguesía, la exaltación de los principios individualistas (Laissez faire), y el triunfo del liberalismo económico (ADAM SMITH), abocan a la sociedad del siglo XIX a una total indefensión frente a las necesidades sociales. La obra de Adam SMITH, *“Wealth of Nations”* (La Riqueza de las Naciones), no sólo constituye un método de análisis económico apoyado en el estudio de la dinámica del mercado (libertad absoluta),

sino una determinada concepción del papel del Estado, el “Estado Mínimo”, que desaconseja la intervención de la autoridad pública para evitar cualquier situación de necesidad social. Para el liberalismo económico, la pobreza y las privaciones de las clases inferiores aparecen pues, como un hecho inevitable y necesario, lo que determina que en este momento la protección de las necesidades sociales pasa única y exclusivamente, por la previsión individual, es decir, por el ahorro de los individuos. Se produce así, la creación de instituciones de ahorro popular: las Cajas postales de ahorro (Cajas de Ahorro, Trustie savings banks, Caisses d'épargne).

En la primera mitad del siglo XIX se comienza a poner de manifiesto la incapacidad del liberalismo económico para hacer frente a las necesidades sociales que planteaba la nueva sociedad industrial. Esta situación desemboca en la aparición de una nueva ideología basada en la primacía de los valores sociales sobre los individuales, y que constituye una transformación radical del panorama político, social y económico: el Socialismo. Esto nos traslada, inmediatamente, a un determinado momento histórico, el último tercio del siglo XIX, a un país, Alemania, y a una realidad política y económica, el Socialismo de Estado, donde se sitúa el origen moderno de la Seguridad Social: los Seguros Sociales.

II. Los seguros sociales

2.1. Los primeros seguros sociales: el programa de Bismarck

Los primeros seguros sociales aparecen en Alemania, bajo el patrocinio del Canciller de Hierro, Otto VON BISMARCK, como una nueva forma de protección social que relegaba al pasado, como residual, el sistema tradicional de la ayuda en la pobreza: la beneficencia privada y pública.

El nacimiento de los seguros sociales en Alemania viene determinado por los siguientes factores: la Revolución Industrial empieza tardíamente en Alemania (1850) pero se desarrolla con gran rapidez; se consolida políticamente el Estado alemán bajo la dirección de Prusia; el nacimiento prematuro de los seguros sociales alemanes, que no surgen precisamente en los años 80, sino bastante antes (en efecto, como indica RITTER, Alemania gozaba de una importante tradición intervencionista que se vivió por primera vez durante la revolución de los años 1848-1849); las diversas corrientes del pensamiento alemán (HEGEL, FICHTE, SAVIGNY, LIST) lejos de la filosofía utilitarista imperante en Gran Bretaña y en otros países; la situación económica y social de los años 70 (la revolución social de

la Comuna de París en 1871, las oleadas de huelgas de 1869 a 1872, la escasez de vivienda...); el Partido Socialista Alemán obtiene un relativo éxito en las elecciones parlamentarias de 1877.

Como consecuencia de todo ello, la política proteccionista adoptada por Bismarck para “proteger el trabajo nacional”, como medio para solucionar la crisis económica y contribuir a la disminución del desempleo, dará lugar a una política fiscal cuyos ejes son los impuestos indirectos y el monopolio del tabaco. La política fiscal se revela como una técnica esencial para llevar a cabo un proyecto concreto de política social.

De cualquier manera, el motor principal que hace posible la puesta en marcha de los Seguros Sociales en Alemania es el temor a la destrucción del Estado y de la sociedad por el movimiento obrero socialista, concibiéndose como el instrumento adecuado tanto para neutralizar dicho movimiento como para disponer de un arma política contra la burguesía liberal. En resumen, se trataba de combatir, ni más ni menos, que una amenazante revolución social y dar respuesta a las exigencias de la socialdemocracia. Frente a los postulados alemanes, la reforma social en Inglaterra se concibe como el instrumento adecuado para luchar contra la pobreza y sus consecuencias sociales.

El 17 de noviembre de 1881 en el Salón Blanco del Reichstag, Bismarck, Canciller del Imperio alemán, abría la sesión leyendo un Mensaje en nombre del Emperador Guillermo I que contenía, sin ninguna duda, un ambicioso plan de reformas sociales, que el desarrollo legislativo posterior convirtió en leyes:

- **1881**, aprobación de un crédito de 100 millones de thalers para la creación de cooperativas de trabajadores.
- **1883, Ley del seguro de Enfermedad** (Krankenversicherung), para todos los obreros industriales: 2/3 de la cotización a cargo del empresario y 1/3 del trabajador. Prestaciones: asistencia médica y subsidio del 50% del salario. Gestión Estatal.
- **1884, Ley del Seguro de Accidentes de Trabajo** (Unfallversicherung) que estaba ya establecido pero, se mejora en el sentido de eliminar el sentido de responsabilidad por culpa, es decir, todo accidente queda cubierto (responsabilidad objetiva). La cotización íntegramente a cargo de la empresa. El estado cede, tras un período de presiones, la gestión a organizaciones patronales.
- **1889, Leyes de los Seguros de Invalidez y Vejez** (Invaliditäts- und Altersversicherung), reformada en 1899, financiado por medio de un seguro fijo del Estado (12,5 mar-

cos que se elevan a 50 en 1899) más cotizaciones obreras y patronales que podían ser variables. Las pensiones tenían un mínimo fijo más un complemento variable.

El sistema alemán de seguros sociales, que se amplía considerablemente en 1911 (La Ley de 19 de julio de 1911 crearía el Seguro de Viudedad y el Seguro de Orfandad y el Código de Seguros Sociales o Reichversicherungsordnung) viene marcado por los siguientes rasgos:

- a) Por su **obligatoriedad**, es obligatorio para todos los individuos sometidos a la ley.
- b) El **ámbito subjetivo** originario es muy limitado, sólo afecta a los trabajadores industriales, y sobre todo, a los obreros. Es, por tanto, un sistema de carácter laboral o profesional.
- c) La **carga financiera** se reparte entre los empleadores y los asegurados, añadiéndose en ocasiones una subvención del Estado a esas cotizaciones.
- d) Es un sistema **causal**, es decir, atiende a los riesgos y causas del infortunio; y de tipo **reparador**, trata de suplir ante todo la pérdida salarial.
- e) Cada uno de los seguros cuenta con su **propia estructura** administrativa.

No obstante, la genialidad del sistema de seguros sociales ideado por Bismarck reside (ALONSO OLEA) en trasladar al campo de los riesgos sociales la técnica de la operación del seguro privado (agrupación del riesgo y dispersión en el colectivo), con algunas originalidades (DURAND):

- a) El seguro social es **obligatorio**, no como contrato forzoso legal (relación contractual que se forma bajo la coacción de la ley) sino como relación jurídica legal impuesta por vía de la autoridad.
- b) En el ámbito del seguro privado la **prima** es pagada por el suscriptor del seguro y aunque pueda ser pagada por un tercero voluntariamente, concierne siempre a la deuda de otro. En el seguro social las cotizaciones se imponen a personas no protegidas, los empresarios, que pagan en razón de una deuda personal y que incluso están obligadas a pagar la cotización obrera por medio de retenciones salariales.
- c) El principio de proporcionalidad de la prima y el riesgo, que es fundamental en el seguro privado, está excluido en el seguro social. La institución gestora de los seguros sociales no lleva a cabo ninguna **selección de riesgo**.

- d) El seguro social practica la compensación de riesgos en el **marco nacional**; por el contrario, el seguro privado desemboca a través del juego del reaseguro, en una dispersión de riesgos en el **ámbito internacional**.

2.2. Generalización a los países industrializados europeos

El sistema de seguros sociales se extiende, con más o menos retraso, según las características socioeconómicas de cada país, desde la época de las leyes bismarkianas hasta la década de los años cuarenta del siglo XX.

En este período de desarrollo de los seguros sociales, cabe distinguir dos tendencias:

- 1ª) Una primera es la **creación de verdaderos seguros sociales**. Este es el caso de Luxemburgo, Países Bajos, Rumania y Gran Bretaña. Destaca, por su atrevimiento, la política social británica.

Pese a que la Revolución Industrial se produjo en Gran Bretaña antes que en el continente, la legitimación del sistema político parlamentario, la ausencia de un movimiento obrero político, el sistema jurídico del Common Law basado en la propiedad privada y en el derecho contractual, la fuerza del liberalismo económico, y la fuerte tradición mutualista, determinaron (RITTER), entre otros factores, que la evolución de los seguros sociales sufriera un retraso. Habrá que esperar al nacimiento del Partido Laborista (Labour Party) y a su triunfo en las elecciones de 1905, para que los sucesivos Gobiernos liberales, desde 1906 a 1914, bajo la influencia de determinados ministros como Churchill y Lloyd George, pudieran realizar amplios programas de reformas sociales, sobre la base del seguro obligatorio, el Seguro Nacional:

- a) El sistema de seguros sociales británico otorga un sitio a las medidas de Asistencia. La **'National Insurance Act'**, de 16 de diciembre de 1911, instauró de manera simultánea el seguro de enfermedad y de invalidez ('National Health Insurance'), pero no el de vejez, por considerar suficiente las pensiones de vejez en favor de los indigentes ('Old Age Pensions Act', de 1 de agosto de 1908). En 1925 se creaba un Seguro de vejez y fallecimiento (widows'Orphans' and old age contributory pensions Act).
- b) El sistema inglés se caracteriza por el ser el primero en organizar la institución del **Seguro Obligatorio de Paro ('National Unemployment Act')**, quizás

porque en la crisis de los años 70 el desempleo alcanzó en Inglaterra mayores proporciones que en el resto de Europa.

- c) La legislación inglesa no incorpora el sistema de reparación de accidentes de trabajo en el sistema general de seguros sociales. La Ley inglesa consagró, en 1897, el principio del riesgo profesional y el de responsabilidad individual del empleador.
 - d) El sistema inglés preveía, frente al principio de proporcionalidad entre las cotizaciones y las prestaciones que regía en Alemania, **cotizaciones y prestaciones uniformes (flat rates)**, de ahí, la importancia que adquieren las sociedades de socorro mutuos y el seguro popular.
 - e) El sistema inglés se diferencia, por otra parte, del alemán en la mínima participación de los interesados en la
 - f) gestión, en la **participación del Estado en la financiación** de los seguros sociales (en Alemania el Estado no contribuía a la financiación), y en la gestión del seguro por organizaciones reconocidas (centrales sindicales) tratando así, de evitar la burocratización asentada en el sistema alemán.
- 2ª) La otra tendencia fue la de **libertad subsidiada** (DURAND), que consistía en apoyar los sistemas de seguros voluntarios que habían ido creando las organizaciones de trabajadores (mutuas), dejando a los trabajadores la opción de asegurarse o no, pero incentivando al asegurado, que obtenía, si se aseguraba, subvenciones del Estado. Este sistema fue inaugurado en Italia en 1898, por Bélgica en 1900 y Francia hasta 1930.

2.3. La extensión de los seguros sociales fuera del continente europeo: los Estados de América Latina

Entre las dos guerras mundiales de 1914 y 1939, el Seguro Social deja de ser una institución específicamente europea. No obstante, y contrariamente a lo que en un principio pudiera pensarse, no es en los Estados Unidos de América ni en Canadá, dado su grado de industrialización, donde el sistema de seguros sociales se introduce más fácilmente. Muy al contrario, lo va a hacer en América Latina, en África del Sur, en Australia y en Nueva Zelanda.

La aparición de los Seguros Sociales atraviesa en América Latina por no pocas dificultades: escaso desarrollo industrial, dispersión de la población (con excepción de algu-

nos grandes centros), problema en las comunicaciones (grandes distancias), dificultad de acceso a determinados sectores de la población que habitan en zonas, en muchos casos inexploradas, etc. Será Chile quien inaugure la política de Seguros Sociales en 1925, creando los seguros de enfermedad, maternidad e invalidez e instituyendo un Ahorro Obligatorio para sustituir al seguro de vejez. De todas las ramas del aseguramiento social, Chile desplegó un esfuerzo particular en los problemas de la enfermedad, organizando servicios de asistencia tanto en las ciudades como en el campo.

Perú, siguió el ejemplo de Chile, instituyendo por la Ley de 12 de agosto de 1936 un Sistema de Seguros Sociales Obligatorio. **Brasil**, por su parte, organizó a partir de 1933, regímenes más o menos completos de seguros sociales, esencialmente enfermedad y vejez, a favor de determinados grupos profesionales, extendiéndose, posteriormente, a favor de empleados de comercio (Decreto núm. 274, de 22 de mayo de 1934) y de empleados de la industria (Ley núm.367, de 31 de diciembre de 1936).

Con posterioridad en el tiempo, se introducirían sistemas de seguros sociales en: Venezuela (Ley de 14 de junio de 1949), México (Ley de Seguridad Social de 31 de diciembre de 1942 y 19 de enero de 1943), Paraguay (el Decreto núm.17071, de 13 de abril de 1943, establecía el seguro de enfermedad-maternidad-invalidez-vejez, así como el de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), Bolivia (Ley de 7 de enero de 1949, establece los principios de un Régimen General de Seguros Sociales obligatorios), Colombia (Ley de 26 de diciembre de 1946 instituye por primera vez un régimen de seguros sociales), Costa Rica (Ley de 1 de noviembre de 1941, es la primera que instituye en América Central el seguro social obligatorio), etc.

III. Las políticas de seguridad social

La idea de Seguridad Social estuvo presidida por la Ley estadounidense de Seguridad Social de 14 de agosto de 1935, para encontrar su máxima expresión en El Informe Beveridge, sobre el Seguro Nacional. A partir de este Informe, serán la actitud de las legislaciones nacionales y un movimiento internacional favorable los que terminen por consolidar la política de Seguridad Social frente a los Seguros Sociales.

La política de Seguridad Social no es una simple prolongación de la política de Seguros Sociales. Las políticas de Seguridad Social están presididas por la idea de solidari-

dad social (cobertura general de los riesgos en favor de toda la población) realizada a través de la redistribución de la renta nacional, es decir, constituyen un servicio público de finalidad social.

3.1. La Ley Estadounidense de Seguridad Social

La crisis de 1929 provoca en los Estados Unidos profundos cambios: crecimiento del desempleo, desórdenes en el sistema bancario, restricción de la actividad económica. La elección en 1932 del presidente Roosevelt supone la adopción de una nueva política, la del New Deal, política intervencionista en todos los órdenes, incluido el social, que trata de dar solución a la situación del país. El 14 de agosto de 1935 fue aprobada la Social Security Act, de protección deficiente, que será modificada por la Ley de 28 de agosto de 1950:

- a) La Ley de 1935, tenía un campo de aplicación muy reducido: **los trabajadores industriales**. Excluye a los trabajadores agrícolas, autónomos, domésticos, funcionarios, que serán incluidos por la Ley del 50.
- b) El régimen de cobertura de los riesgos sociales asegura una protección insuficiente otorgando prestaciones de exigua cuantía: **Seguro de paro** (*Unemployment Insurance*), y **Seguro de Vejez y Supervivencia** (*Old-age and survivors Insurance, OASI*). Se desatiende la enfermedad y la invalidez, salvo que deriven de accidente de trabajo.
- c) La Ley de Seguridad Social contiene disposiciones típicas de un sistema de seguro. Así, los seguros se financian por medio de tasas sobre los salarios, su nivel repartido por igual entre empleador y asalariado, y con subvenciones federales concedidas a los Estados. La ideología del **Welfare State** hizo incluir un sistema de **Asistencia Social** en favor de los ancianos, ayuda a familias con hijos a cargo y a los ciegos necesitados.
- d) La Constitución estadounidense no incluye ni la asistencia ni la Seguridad Social como materias de competencia federal, lo que impide una legislación federal uniforme y aumenta la complejidad del Sistema.

3.2. El Informe Beveridge

De importancia equiparable al Mensaje de Otto von Bismarck al Reichstag el 17 de noviembre de 1881 es la presentación del Informe de William Beveridge al Gobierno británico el 20 de noviembre de 1942, hecho público el 1

de diciembre siguiente, bajo el título de '**Social Insurance and allied Services**'. A este informe en materia de Seguridad Social hay que añadir un segundo informe dedicado a la política de pleno empleo apuntada por Beveridge como un instrumento esencial en el primer informe, y que fue publicado en 1944 bajo el título de '**Full Employment in a Free Society**'.

Las alternativas que el nuevo modelo inglés o beveridgeano de Seguridad Social ofrecía respecto al anterior bismarkiano, eran en principio las siguientes (ALONSO OLEA):

- a) Aunque la operación de seguro seguía siendo la clave en ambos modelos, el modelo inglés descansaba ampliamente sobre recursos indiferenciados procedentes de los **Presupuestos Generales del Estado**, con los que había de atenderse a la carga creciente de la asistencia sanitaria y a la protección residual prestada por la asistencia social.
- b) Mientras que la operación del seguro del modelo beveridgeano se montaba sobre **cotizaciones uniformes** para todos los asegurados y otorgaba **prestaciones económicas uniformes** para todos ellos, el modelo bismarkiano reposaba sobre cotizaciones diferenciadas según el volumen de rentas del asegurado y, en consecuencia, otorgaba prestaciones en proporción a estas rentas. Por tanto, mientras el primero pretende garantizar un **nivel de subsistencia uniforme**, el segundo garantiza un nivel de vida futura que guarda relación con el anterior al acaecimiento del riesgo.
- c) El modelo inglés preveía la existencia de una **seguridad social voluntaria**, concibiendo la obligatoria, como nivel de subsistencia.
- d) El sistema del modelo Beveridge manifiesta una tendencia hacia la **universalización de la cobertura**, de forma que abarque a toda la población con derecho protegible en virtud del simple título de ciudadano. La universalidad no es incompatible con el sistema de Bismarck, pero sí presenta mayores dificultades de implantación, al no prever subvenciones públicas masivas.
- e) El modelo inglés lleva implícita una tendencia hacia la **unificación y homogeneidad de los riesgos** objeto de cobertura; no ya de los sanitarios, cualquiera que fuera la causa (común o profesional), sino también de los económicos. La tendencia es que una única cotización cubra en unidad de acto todos los riesgos. Por el contrario, en el modelo del canciller Bismarck hay una consideración aislada de cada una de las contingencias.

f) El modelo Beveridge impone una **administración y gestión unificada y pública del sistema**, mientras que el modelo Bismarck hace posible, aunque no impone, la subsistencia de administraciones diferenciadas para cada riesgo y aun para colectivos diferenciados de cotizantes.

El sistema británico ejercería una poderosa influencia tanto en los países de la Commonwealth como en los propios ordenamientos europeos, que apegados al sistema germánico no dudan en acoger algunas de las ventajas del modelo beveridgeano. De cualquier manera, conviene señalar que ningún sistema de Seguridad Social es hoy puramente bismarkiano o beveridgeano; ni siquiera en los países en que vieron la luz ambos modelos.

3.3. El Sistema de Nueva Zelanda

La Ley de 14 de septiembre de 1938 pone en marcha en Nueva Zelanda un Sistema de Seguridad Social enteramente nuevo, sin contacto con el resto de los sistemas extranjeros:

- a) El sistema neozelandés amplía su ámbito de aplicación, es más, es susceptible de aplicación **a toda la población** salvo los inmigrantes que no lleven residiendo en Nueva Zelanda un determinado tiempo. No se hace ninguna distinción entre profesiones.
- b) Los Seguros Sociales no se financian por medio de una doble cotización, patronal y obrera, sino por medio de **impuestos**, que posteriormente fueron modificados en la gestión del sistema fiscal.
- c) El Sistema neozelandés asegura una cobertura general de riesgos: la enfermedad, la vejez, la invalidez, la muerte, el paro, y la reparación de daños de guerra causados al personal civil; y bajo el concepto de **emergency** quedan protegidos todos aquellos riesgos que no estén expresamente recogidos por la ley.
- d) Se distinguen **dos tipos de prestaciones**: las prestaciones de Seguro Social que no se otorgan más que a aquellos individuos cuyas rentas no excedan de un determinado límite; y las prestaciones universales, que se otorgan a todas las personas y que son, la asistencia médica, la pensión de jubilación, y la pensión de vejez (distinta y de cuantía inferior).
- e) Las prestaciones de Seguro Social se otorgan sin límite de duración: la de desempleo se otorga hasta que el beneficiario consigue un nuevo empleo; la de enfermedad hasta el restablecimiento del enfermo, etc.

3.4. La internacionalización de la Seguridad Social

La internacionalización de la Seguridad Social no es un fenómeno espontáneo, sino que es el resultado de la necesidad de resolver dos tipos de cuestiones:

- 1ª) En primer lugar, una necesidad de **armonización de normas y tendencias de seguridad social dirigidas a los Estados**, y que afectan a los nacionales aun cuando tengan que ver con otro país. En esa tendencia internacionalizadora se incluyen tanto convenios, recomendaciones y resoluciones de organismo internacionales (OIT, ONU), como simples declaraciones, programas, estatutos o constituciones, de vocación universal o zonal. Entre ellas:
 - a) La **Carta Atlántica**, firmada por Roosevelt y Churchill el 12 de agosto de 1941.
 - b) La acción de la Organización Internacional de Trabajo (OIT): **Declaración de Filadelfia** (1944), y los Convenios 12 y 13 (accidente de trabajo), Convenios 24 y 25 (seguro de enfermedad), Convenios 97 y 143 (protección de emigrantes), Convenio 102 (norma mínima), Convenio 183 (protección de la maternidad), Convenio 157 (conservación de derechos en Seguridad Social), Convenio 159 (readaptación de minusválidos)... Las Recomendaciones de la OIT son también numerosas.
 - c) La **Declaración Universal de los Derechos del Hombre** aprobada por la Asamblea general de la ONU el 10 de diciembre de 1948, y que en su artículo 22 establece que *“toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social”*.
 - d) El Consejo de Europa, creado en Londres en 1949, aprueba la **Carta Social Europea** (1961), el **Código Europeo de Seguridad Social** (1964) y el **Convenio Europeo de Seguridad Social** (1972).
 - e) El **Derecho Comunitario Europeo**, constituido por el Tratado de Roma (1957), el Tratado de Maastricht, y los Reglamentos, Directivas y Recomendaciones en materia de Seguridad Social.
- 2ª) Los problemas en materia de Seguridad Social que afectan a nacionales en la medida en que se relacionan con un país extranjero, han dado lugar a una reglamentación de coordinación, por vía convencional, de los conflictos entre las legislaciones nacionales: (tratados bilaterales o multilaterales de

Seguridad Social, como los Reglamentos europeos o el Convenio Multilateral Iberoamericano de Seguridad Social).

IV. Campo de aplicación y estructura de la seguridad social

Los sistemas de protección social se caracterizan por su gran diversidad. Las diferencias se encuentran, entre otros aspectos, en la cobertura de los riesgos, en las normas para tener derecho a los beneficios, en la estructura de los beneficios, en el nivel y fuentes de los recursos financieros implicados, en la gestión de los sistemas, etc.

La diversidad existente es, sin lugar a dudas, el resultado de las circunstancias particulares de los distintos Estados que, han tomado y combinado a su manera, diversos elementos de los sistemas Beveridge o Bismarck. De manera que, pese a que en el momento de su implantación se ajustaban con mayor o menor fidelidad a los principios de uno u otro modelo, su posterior desarrollo, respetando los originales, ha ido discurriendo por caminos muy distintos. Hasta el punto de poder afirmar que, hoy por hoy, no existe ningún sistema de Seguridad Social puramente de uno u otro signo. Los países que optaron por el sistema de Bismarck o continental han evolucionado hacia el modelo de Beveridge o atlántico. Y los que se inspiraron en el modelo de Beveridge se han aproximado hacia el de Bismarck. De manera que la mayoría de los Estados han optado por la progresiva instauración de sistemas mixtos.

A la hora de analizar la estructura de la Seguridad Social, conviene tener presente, pues, el estudio que sobre la evolución histórica de la Seguridad Social se acometía en apartados anteriores. Pues bien, ligado a lo allí expuesto, nos encontramos con que, partiendo de las instituciones embrionarias del seguro social hasta llegar a la concepción de Seguridad Social actual, el campo o ámbito subjetivo de aplicación de la Seguridad Social ha tenido una evolución irregular, si bien orientada hacia una creciente ampliación de la cobertura, tanto en sentido vertical como horizontal.

El campo de aplicación de los sistemas de protección social se ha configurado históricamente a través de diversos criterios que podemos adscribir a los siguientes períodos o etapas:

1) Los **primeros seguros sociales** surgen para atender los problemas de los 'económicamente débiles', núcleo de la calificada como 'cuestión social' (ALONSO OLEA). Las

primeras medidas de protección social tratan de remediar estrictamente los problemas de un sector de la clase obrera, el constituido por aquellas personas con rentas o salarios bajos. Los sistemas de protección social aparecen aquí, como una cierta prolongación de lo que hasta ese momento había sido la Beneficencia pública, y que una vez más, trata de hacer frente a determinadas situaciones de pobreza o indigencia.

2) Paulatinamente, se producirá un proceso de **ampliación del sistema** de protección social, que de proteger al trabajador industrial pasa a extender su cobertura a todo trabajador por cuenta ajena. En efecto, el modelo bismarkiano que, como hemos visto, surge en Alemania y acaba por extenderse a países como Francia, Italia, Bélgica, República Federal Alemana, Portugal, Grecia, Gran Ducado de Luxemburgo, España y a gran parte de los países del continente americano; que nace como mecanismo de protección reservado a determinadas capas de trabajadores manuales -proletariado industrial- acabará dando acogida progresivamente al resto de los trabajadores; de los 'económicamente débiles' se extiende a trabajadores con salarios más altos; de los trabajadores industriales a los de servicios, etc.

En este momento no se trata ya solo de remediar la situación de pobreza a la que se veían abocados los sectores de población económicamente más débiles, sino de garantizar una protección económica generalizada a la clase asalariada. Se ha dejado de proteger al necesitado sin más, y se ha pasado a proteger a una determinada clase: la clase trabajadora. La protección social deja de ser pues, un mecanismo de lucha contra la pobreza y sus consecuencias sociales, y pasa a ser un instrumento de integración de los trabajadores en el Estado y en la sociedad, de superación de los problemas sociales y de mejora de la capacidad laboral de los trabajadores que traía consigo la industrialización y la urbanización.

La política a que actualmente se refieren los términos Seguridad Social aparece así, como un elemento de la legislación obrera (DURAND). En otras palabras, los trabajadores constituyen el núcleo de protección de los sistemas de Seguridad Social y a ellos resultan ajenos otros colectivos profesionales. La Seguridad Social se limita a hacer frente, única y exclusivamente, a todos aquellos riesgos que puedan afectar a la vida y a la capacidad de trabajo. En el campo de aplicación de los sistemas de Seguridad Social sólo están comprendidos, en este momento, los trabajadores, lo que, sin duda, va a condicionar la acción protectora. Las prestaciones sociales van a estar ligadas a la pérdida de la renta salarial y, por tanto, van a estar llamadas a ser sustitutorias de un salario.

3) La siguiente etapa o período de los sistemas de protección social vendrá marcada por una **Seguridad Social de tipo profesional**. En efecto, los sistemas de protección social han ido ampliando progresivamente su ámbito de aplicación subjetivo hasta llegar a la deslaboralización de la Seguridad Social, en el sentido, de qué, si bien la figura central sigue siendo el trabajador por cuenta ajena, sin embargo, se incorporan a su ámbito de aplicación otros sujetos que desarrollan una actividad profesional, no ya bajo la figura del contrato de trabajo sino mediante otras figuras jurídicas. La protección social pasa pues, a otorgarse a todas aquellas personas que ejercen una actividad profesional: autónomos o trabajadores por cuenta propia, los trabajadores agrícolas, los profesionales liberales, los comerciantes, etc. Estamos ante una Seguridad Social de tipo profesional.

Las causas de esta ampliación o deslaboralización de la Seguridad Social son de tres órdenes (DURAND):

- a) La primera causa es de **orden social**, ya que son muchas las personas que, sin ser trabajadores o asalariados, no siempre disponen de recursos suficientes para protegerse de los riesgos sociales. De este modo la idea de una dependencia jurídica, propia de la relación laboral, es sustituida por la de dependencia económica.
 - b) La segunda causa es de **orden económico**. La idea de solidaridad y de distribución de la renta nacional, están en el espíritu de las políticas de Seguridad Social.
 - c) La extensión de la Seguridad Social se ha impuesto también por **razones técnicas**, dada la dificultad material a la hora de aislar a los trabajadores asegurados del resto de la población no asegurada, en la medida que en un sistema de economía de mercado son frecuentes las migraciones de un grupo social a otro.
- 4) Finalmente, esta evolución apunta, como ideal último, a la **protección de todos los ciudadanos** y aun de todos los residentes de los Estados. Esta etapa podría calificarse como de **universalización** de la Seguridad social. La última fase de la evolución coincide pues, con la generalización del criterio de universalidad de la cobertura, trazo tendencial del modelo beveridgeano o atlántico de seguridad social (1942) y que se revela como objetivo primero y básico de todo sistema de protección social contemporáneo, haciendo bueno el *"derecho de toda persona a la seguridad social"* que proclama el artículo 9 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

La tendencia expansiva y de universalización de la Seguridad Social inaugura un segundo escalón de la protección social: el nivel no contributivo. Este nivel se sitúa dentro de la concepción del llamado Estado del Bienestar, conforme a la cual el Estado debe de atender a aquellos sectores que no han podido realizar una actividad profesional, corregir desigualdades y redistribuir la renta. La razón de la protección ha dejado de estar relacionada con el salario social sustitutivo de las rentas de trabajo, para pasar a conectarse a la necesidad de renta como ciudadano. A este nivel accede toda persona que carece de un cierto nivel de renta personal, condicionando la protección a la prueba del 'estado de necesidad' del peticionario. Se retoman, pero para formularlas de otra manera, las viejas instituciones de la Asistencia y Beneficencia Pública.

La Seguridad Social ha evolucionado, pues, en muchos casos, hacia una estructura dual o en dos niveles:

- a) Un **primer nivel elemental, no contributivo**, financiado con **impuestos** y no siempre totalmente universal. En efecto, pese a que algunas legislaciones otorgan una cobertura general a toda la población (Dinamarca, Gran Bretaña, Países Bajos, Irlanda, Finlandia, Islandia); una gran mayoría garantizan una protección universal limitada a ciertos riesgos: asistencia sanitaria (España), cargas familiares (Francia y Canadá), enfermedad (Suecia), vejez (Suecia y Suiza). Singularmente, la protección sanitaria tiene un carácter universal y uniforme.
- b) Un **segundo nivel contributivo** o profesional, de derecho estricto, financiado en todo en su mayor parte con **cuotas** según el esquema del seguro y con determinación de las prestaciones de acuerdo al cumplimiento de una serie de requisitos previos y conforme con lo cotizado (rentas sustitutivas del salario o rentas de activo).

A los niveles contributivo y asistencial cabría añadir un tercer nivel, conformado por la previsión social **complementaria**, externa, de carácter privado canalizada a través de seguros privados.

El futuro de la protección social parece pasar pues, por la combinación de esas tres nociones básicas: **solidaridad nacional, nivel contributivo profesional y esfuerzo personal**, que se revelan, sin duda, como los tres pilares de la Seguridad Social de los Estados.

Anotado esto, conviene aportar un dato más. El estudio comparado de las legislaciones de Seguridad Social revela que en los sistemas de protección social generalizada se introducen, no obstante, importantes diferencias de regímenes completos. No existe **ningún país que tenga**

un único régimen de seguridad social, siempre hay varios: los regímenes que se aplican a los trabajadores por cuenta ajena en general, los regímenes de los trabajadores por cuenta propia, los regímenes de los funcionarios públicos, los regímenes de otras actividades profesionales, etc. Son pocos los Estados que han adoptado un Régimen Interprofesional (Gran Bretaña y Nueva Zelanda), pues, en la mayoría de los países el modelo estructural de seguridad social es un modelo complejo constituido por una pluralidad de Regímenes Especiales que subsisten y se superponen al Régimen General, lo que plantea no pocas complicaciones. No obstante, existe una tendencia a la supresión de los regímenes especiales o a su reducción e integración en el régimen general.

V. La acción protectora del sistema de seguridad social

5.1. La acción protectora: riesgos cubiertos

Por acción protectora se entiende el conjunto de prestaciones que un sistema de Seguridad Social ofrece al colectivo personal protegido por él. La acción protectora de la Seguridad Social no se extiende a cualquier riesgo sino única y exclusivamente a los riesgos sociales expresamente protegidos por cada sistema de Seguridad Social, si bien la lista es bastante similar en la mayoría de los países occidentales (ALARCÓN/GONZÁLEZ ORTEGA).

Como veíamos en el apartado anterior, los sistemas modernos de Seguridad Social, se definen por su tendencia a la universalización, por lo que el riesgo social no aparece como un riesgo exclusivo de los obreros o asalariados, sino que la protección contra los riesgos sociales se otorga a todas las personas que ejercen una actividad profesional e, incluso, a todos los que se encuentran en la imposibilidad de realizar un trabajo como consecuencia de circunstancias ajenas a su voluntad.

Una Seguridad Social así concebida, en suma, implica que pese a la diversidad, exista un amplio consenso internacional en lo que se refiere a los objetivos, los riesgos a cubrir, y las normas mínimas que se han de garantizar. Un gran número de instrumentos internacionales contiene cláusulas normativas mínimas adoptadas por la mayoría de los Estados: el Convenio nº 102 de la OIT (1952); en el ámbito europeo, el Código de Seguridad Social del Consejo de Europa aprobado en Lovaina en 1964 y revisado en el año 1990; y en el ámbito iberoamericano, el Código Iberoamericano de Seguridad Social de 1995.

Así pues, a pesar de la absoluta diversidad de sistemas existentes, podemos realizar una aproximación al contenido de la acción protectora de tales sistemas, a través de los instrumentos internacionales que tienen carácter de norma mínima y, más en concreto y dado su carácter universal, el Convenio 102 de la OIT.

5.2. La norma mínima de Seguridad Social

El Convenio sobre Norma Mínima de Seguridad Social fue sometido a la 35ª Conferencia Internacional de Trabajo en Ginebra en junio de 1952. El convenio nº 102 de la OIT ha sido calificado como una de las fuentes de mayor influencia en la formación y desarrollo de la Seguridad Social de muchos países del mundo (GONZALO GONZÁLEZ/GONZÁLEZ-SANCHO LÓPEZ), puesto que ha consagrado una transformación profunda de las normas internacionales de Seguridad Social, introduciendo la idea de un nivel general de Seguridad Social que deben alcanzar los Estados miembros y que corresponde al desarrollo económico y social de cada Estado (VALTICOS).

En efecto, los rasgos que conviene resaltar del Convenio 102 son, en primer lugar, su carácter de mínimo desde la perspectiva del nivel de protección que han de dispensar los Estados que los suscriban, en la medida que se configura como "Norma mínima de Seguridad Social". Y, en segundo lugar, su flexibilidad, ya que su artículo 2 deja una gran elasticidad a los Estados a la hora de ratificarlo; es más, admite expresamente que los Estados puedan elegir algunas de las diferentes partes en que se estructura su contenido sin necesidad de que se obliguen a respetarlo íntegramente.

En palabras de la OIT este Convenio reúne en un "solo documento las políticas en la materia que los Estados que a la sazón eran Miembros de la OIT estaban dispuestos a hacer suyas, define las prestaciones que constituyen el núcleo de la Seguridad Social, sienta los requisitos mínimos en cuanto a cobertura de la población y al contenido y nivel de prestaciones, prevé lo necesario para la protección de los derechos de los cotizantes y los beneficiarios y se refiere a asuntos accesorios de administración". El Convenio 102 de la OIT constituye, sin duda, el verdadero eje de cualquier sistema moderno de Seguridad Social (VIDA SORIA).

Este Convenio estructura la Seguridad Social en nueve ramas de prestaciones (asistencia médica, prestaciones monetarias por enfermedad, prestaciones de desempleo, de vejez, prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional, prestaciones familiares, de maternidad, de invalidez y de sobrevivientes), que hoy por

hoy, constituyen lo que se ha dado en llamar el ‘ideal de cobertura’ (ALONSO OLEA) al que ha de dirigirse cualquier modelo de protección social que aspire a estar en armonía y a ser homologable con las mínimas exigencias internacionales (ESCUADERO RODRÍGUEZ). Si bien, más recientemente sería preciso incluir, como lo hace el Código Iberoamericano de Seguridad Social, una décima rama de protección como son los Servicios Sociales que están adquiriendo un enorme auge y deberán potenciarse aún más en el futuro, entre otras razones, por la presión de la evolución demográfica.

El convenio en cuestión consta de quince partes dispuestas como sigue:

- Parte I: Disposiciones generales.
- Parte II: Asistencia médica.
- Parte III: Prestaciones monetarias de enfermedad.
- Parte IV: Prestaciones de desempleo.
- Parte V: Prestaciones de vejez.
- Parte VI: Prestaciones en caso de accidente de trabajo y enfermedad profesional.
- Parte VII: Prestaciones familiares.
- Parte VIII: Prestaciones por maternidad.
- Parte IX: Prestaciones de invalidez.
- Parte X: Prestaciones de sobrevivientes.
- Parte XI: Cálculo de los pagos periódicos.
- Parte XII: Igualdad de trato a los residentes no nacionales.
- Parte XIII: Disposiciones comunes.
- Parte XIV: Disposiciones diversas.
- Parte XV: Disposiciones finales.

Antes de adentrarnos en el análisis de cada una de estas partes, y más exactamente, las relativas a las prestaciones que conforman la acción protectora de la Seguridad social, conviene tener presente las siguientes consideraciones:

1ª) En lo que concierne a los riesgos cubiertos, los Estados se obligan a aplicar las normas fijadas en por lo menos **tres de las nueve partes del Convenio**; y dentro de las tres partes que se escojan debe de estar comprendida por lo menos una de las relativas a paro, vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez y seguro de supervivencia (art.2).

2ª) En cuanto a las personas protegidas, el Convenio parte de la consideración de que ciertos países tienen regímenes de Seguridad Social contributivos y, que protegen solamente a determinadas categorías, bien de asalariados, bien de población activa; mientras que otros países han sustituido regímenes nacionales de asistencia social en beneficio de todos los residentes que no posean más que recursos modestos. Para poder ser considerados conformes al Convenio, los regímenes deben proteger al menos al **50% del conjunto de asalariados**, o de las diferentes categorías de población activa que constituyan en total, por lo menos, el **20% del conjunto de los residentes** (art.9). El artículo 68 del Convenio impone el principio de igualdad de trato de los residentes no nacionales.

3ª) El Convenio prevé la adaptación de algunas prestaciones (vejez, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, invalidez, muerte) al coste de la vida (art.66.8).

4ª) El reconocimiento del derecho a las prestaciones está sujeto a una serie de **requisitos**: observancia de un determinado ‘período de calificación’, de cotización o de empleo; cumplimiento de una determinada edad; fijación de un período de residencia en el país, etc.

VI. Las prestaciones de la seguridad social

Las prestaciones recogidas en el Convenio 102 de la OIT presentan las siguientes características:

6.1. La prestación de asistencia sanitaria

La prestación de asistencia sanitaria tiene por objeto la **prestación de los servicios médicos y farmacéuticos conducentes a conservar, restablecer o mejorar la salud** de sus beneficiarios, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales (art.10.1 y 3). Las contingencias que cubre la prestación de asistencia sanitaria son:

- todo estado mórbido, cualquiera que fuera la causa (enfermedad común o profesional, accidente)
- la maternidad: el embarazo, el parto y el puerperio

La asistencia sanitaria se presta conforme los artículos 9 y 11 del Convenio 102 tanto al titular del derecho (los asalariados y profesionales asegurados y los residentes con un

nivel de recursos que no excedan de los límites previstos por el Convenio) como a sus beneficiarios (familiares de ellos dependientes). En cuanto al contenido de la asistencia sanitaria de la Seguridad Social, hemos de señalar, que comprende las siguientes prestaciones:

- la asistencia médica, cuyas modalidades son la atención primaria o general y la atención especializada, en régimen de hospitalización o a domicilio;
- las prestaciones farmacéuticas.

Conviene tener presente que, a la asistencia sanitaria, hoy por hoy en la mayoría de los países tiene derecho (al menos en teoría) **toda la población**, bien porque esté implantado el Servicio Nacional de Salud, bien porque, aunque en principio sólo estén protegidos los activos-asegurados, a través de fórmulas indirectas (beneficencia, asistencia social) se protege a todos.

6.2. Las prestaciones monetarias de enfermedad

La enfermedad es una causa frecuente de situaciones de necesidad: determina la pérdida de ingresos producidos por el trabajo y es fuente de importantes gastos. No es casual que el primer seguro que se creó en Alemania fuera el de enfermedad y que sea una de las prestaciones recogidas por la Norma mínima de seguridad Social.

La prestación monetaria de enfermedad tiene por objeto proteger la **situación de aquella persona que se encuentre impedida temporalmente para el trabajo y necesite asistencia médica**. La Incapacidad Temporal derivada de enfermedad o accidente genera así el derecho a una prestación económica que trata de sustituir, al menos parcialmente, la carencia de rentas de trabajo en los términos establecidos por las legislaciones nacionales (arts.13, 14). El Convenio 102 no establece una cantidad fija, ni cantidad mínima ni máxima, sino variable.

El régimen de esta prestación se caracteriza por tres rasgos:

- a) La exigencia de un “período de calificación” o de cotización para poder acceder a esta prestación. El Convenio no fija un plazo, pero remite su regulación a las legislaciones nacionales “para evitar abusos” (art.17).
- b) La institución de un período de espera: las prestaciones por enfermedad sólo se pagan si duran algunos días. Este plazo es breve: tres días.

- c) Se trata de un régimen temporal. Aunque el Convenio afirma que la prestación deberá “concederse durante todo el transcurso de la contingencia”, posteriormente reserva a los Estados la posibilidad de limitar la duración de la prestación a 26 semanas, que cabe restringir aún más en el supuesto de aquellos países cuya economía y cuyos recursos médicos estén insuficientemente desarrollados (art.3).

6.3. La prestación de desempleo

El paro constituye uno de los riesgos más graves para toda la política de Seguridad Social; representa el tercer programa de protección social a nivel internacional y amenaza con afectar al sistema en la medida que reduce de forma alarmante sus recursos. La prestación de desempleo proporciona **prestaciones sustitutivas de las rentas salariales dejadas de percibir**, conforme a lo establecido por la legislación nacional (arts.19 y 20).

Para el Convenio 102 el paro objeto de aseguramiento es, única y exclusivamente, el paro involuntario. La prestación de desempleo protege, así, la situación de aquella persona, que siendo apta para trabajar y estando disponible para el trabajo, se ve imposibilitada para obtener un empleo conveniente. La situación involuntaria de desempleo se emplea por el Convenio como mecanismo de control que pretende luchar contra el fraude, o en términos del propio Convenio, “contra el abuso” (art.23). Aparte de las restricciones en la protección derivadas de lo indicado, hay que tener en cuenta, la reducción que en el ámbito personal de cobertura opera el artículo 23, que prevé la necesidad de cotizar por esta contingencia.

El Convenio prevé una duración de 13 semanas en el transcurso de un período de 12 meses, en el caso de protección de los asalariados, duración que se amplía a 26 semanas en el transcurso de un período de 12 meses en el caso de que el sistema extienda la protección a todos los residentes, con la posible fijación de un período de espera de siete días (art.24.1).

6.4. Las prestaciones de vejez

Localizada en la parte V del Convenio, en los artículos 25 a 30, la prestación de vejez o jubilación representa el primer programa de protección social a nivel internacional. Motivo de inactividad permanente, y desde luego, causa de una mayor carga económica en el sistema, determina que la política contemporánea en materia de vejez se caracterice por una gran prudencia.

Queda claro pues, que los problemas demográficos y financieros ocupan una posición clave para explicar las exigencias que los sistemas de Seguridad Social exigen para causar derecho a esta prestación que, en el caso del Convenio, se reducen enormemente:

- a) El Convenio 102 define esta contingencia como “**la supervivencia más allá de una edad prescrita**”. El mero hecho de llegar a una edad determinada supone la concesión de la prestación de vejez.
- b) El Convenio fija una edad mínima para la concesión de prestaciones. El derecho a las prestaciones de vejez nace con la llegada a una edad, 65 años, aunque con posibilidad de ser aumentada por la autoridad competente según la capacidad de trabajo de las personas de edad avanzada en cada país (art.26). El sistema es pues flexible, pues no prevé una simple elevación uniforme de la edad de jubilación, sino que permite hacer variar la edad de jubilación, según la capacidad de trabajo.

En la mayoría de los sistemas de protección social, esta edad de jubilación, es objeto de adaptación, tomándose en consideración no tanto la capacidad de trabajo como otros criterios objetivos (económicos, demográficos, y sociales). Con carácter general, la tendencia es una revisión al alza de las edades normales de retiro (hasta los 67 años en la mayoría de países europeos), al mismo tiempo que se amplían los supuestos posibles para el acceso, voluntario u obligatorio, a la jubilación anticipada. Pero no existe una clara unanimidad.

- c) El cese en el trabajo aparece como condición sine qua non frente al cumplimiento de la edad prescrita para tener derecho a una pensión de jubilación (art. 26.3). La realización de actividades asalariadas tiene un efecto claro: “suspende la prestación”. Sin embargo, en algunos países se prevé su compatibilidad con el trabajo.
- d) Para acceder a la prestación junto con el requisito de la edad y el cese en el trabajo, el Convenio prevé que basta con reunir la condición de residente. No obstante, el Convenio prevé la posibilidad de fijación de un período de calificación que podrá consistir en 30 años de cotización o de empleo, ó 20 años de residencia (art.29.1).

6.5. Las prestaciones en caso de accidente de trabajo y de enfermedad profesional

La reparación de las consecuencias de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales ha evolucionado progresivamente, pasando de un régimen de responsa-

bilidad individual del patrono a otro ya propio de Seguridad Social (DURAND). Con independencia de este dato, lo cierto es que, una vez producido el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, plantean los mismos problemas de protección que la enfermedad común.

En el régimen de la incapacidad temporal derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional, previsto por el Convenio 102 destacan:

- a) El sistema de protección trata por una parte de asegurar la **asistencia médica** (art.34), y por otra, de **sustituir la pérdida de salario** durante el tiempo que dure la situación de incapacidad temporal para el desarrollo del trabajo (art.36). A la finalización de este período se abre, en caso de invalidez, el régimen de incapacidad definitiva o permanente.
- b) El Convenio prevé, la adopción, cuando fueran necesarias, de medidas de rehabilitación y readaptación profesional de las personas que vean su capacidad laboral reducida (art.35).
- c) La norma internacional no subordina el derecho a la prestación por accidente de trabajo o enfermedad profesional, como en otras prestaciones, a ninguna condición, es decir, no impone un determinado período de cotización o de empleo. La exigencia del período de carencia queda suprimida.

6.6. Las prestaciones familiares

Las prestaciones familiares están reguladas en la parte VII, artículos 39 a 45 del Convenio 102. El Convenio no ha sido revisado posteriormente respecto a esta prestación. La regulación de esta contingencia por la Norma mínima de Seguridad Social es el resultado de un conjunto de preocupaciones demográficas, económicas y sociales:

- a) El descenso de la natalidad y de la población amenazan a la larga el futuro de un país. Esta prestación es una medida más destinada a luchar contra el descenso de la natalidad.
- b) No son rentas sustitutorias. Se trata de **aportar rentas complementarias** del salario y de las otras prestaciones de la Seguridad Social.
- c) Son una medida de protección a la familia. Estas prestaciones constituyen un mecanismo de superación de la agravación de las condiciones de vida y las dificultades económicas por las que atraviesan las familias. Esta prestación se afecta a las cargas familiares.

El artículo 40 de este Convenio define esta prestación de una forma muy simple: la de *“tener hijos a cargo”*. El Convenio establece un período de cotización o de carencia de tres meses o un período de residencia de un año como requisito para causar derecho a la prestación (art. 43). Las modalidades de pago de la prestación son, según el artículo 42 del Convenio: un pago periódico, un pago en especie (alimentos, vestidos, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica) o una combinación de ambos.

En la actualidad, muchos ordenamientos no condicionan las prestaciones familiares al requisito de que el grupo familiar tenga hijos a cargo, sino que se añaden otros miembros de la familia. Así, pueden causar derecho a subsidios familiares, nietos/as, hermanos/as, sobrinos/as siempre que el titular del subsidio demuestre que debe proveer a su mantenimiento y no tengan derecho a la asignación familiar por otra vía (Bélgica, Italia, España). En algunos sistemas se pagan incluso subsidios por adultos; por ejemplo, en Italia por esposa, padres o abuelos a cargo. Sistemas análogos en favor de familiares a cargo existen en otros países.

6.7. Las prestaciones de maternidad

La parte VIII del Convenio 102 de la Seguridad Social, artículos 46 a 52, es la relativa a las prestaciones por maternidad. La maternidad comporta una cesación en el trabajo y una pérdida de ingresos para la mujer trabajadora. Pues bien, la prestación por maternidad trata de dar cobertura durante los períodos de descanso, a las situaciones de embarazo, maternidad y las consecuencias derivadas del parto.

Respecto a la prestación de maternidad, conviene destacar los siguientes aspectos:

- a) Durante el descanso por maternidad se devenga el derecho a las prestaciones de: **asistencia sanitaria y prestación económica** (arts.49 y 50).
- b) La prestación por maternidad está sujeta al cumplimiento de un período de calificación o de empleo (art.51).
- c) El Convenio prevé una duración de doce semanas para el descanso por maternidad (art. 52), de las que obligatoriamente seis han de tomarse con posterioridad al parto. El artículo 4.1 del Convenio 183 de la OIT en materia de maternidad, eleva el descanso a **trece semanas** y el artículo 4.4 mantiene la obligatoriedad de las seis semanas después del parto.

- d) Los períodos de descanso por maternidad y las prestaciones de él derivadas podrán ser disfrutadas por el padre trabajador, cuando cumpla los períodos de cotización exigidos (art.51).

En la mayoría de los sistemas de Seguridad Social la duración de la prestación por maternidad ha sido revisada al alza, siendo de 16 semanas la más habitual (hasta un año en algunos países) . Por el contrario otros sistemas están por debajo de los mínimos previstos por el Convenio.

Por otra parte, en muchos países se ha introducido también la **prestación por paternidad**, por la consideración de que estas prestaciones no van tanto dirigidas a la recuperación física de la madre, como a la atención y cuidado de los hijos y de que esta función debe ser compartida por ambos progenitores.

6.8. La invalidez

Es una de las ramas de protección más importantes de la Seguridad Social. Junto con la jubilación y el desempleo, constituye la tercera rama de protección social que cae dentro del ámbito de la inactividad laboral y que, sin duda, representan una importante carga financiera para el sistema.

Las prestaciones por invalidez aparecen reguladas en la Parte IX del Convenio 102, en sus artículos 53 a 58. Esta contingencia es definida como *“la ineptitud para ejercer una actividad profesional, en un grado prescrito, cuando sea probable que esa ineptitud será permanente o cuando la misma subsista después de cesar las prestaciones monetarias de enfermedad”* (art.54). Pues bien, teniendo en cuenta esta definición así, como el resto del articulado en la materia, podemos extraer los siguientes rasgos:

- a) La noción de invalidez que aparece en el Convenio 102 es una invalidez de carácter profesional no una invalidez física. La invalidez se define en relación con el ejercicio de una actividad profesional.
- b) El Convenio 102 no establece una graduación de la invalidez. La noción de invalidez es pues, una noción amplia.
- c) La prestación de invalidez consistirá en una prestación económica cuya cuantía se fija de acuerdo con las reglas del artículo 56, es decir, conforme a los ingresos y rentas del beneficiario.
- d) La flexibilidad general que se aprecia en esta prestación contrasta con la exigencia de un alto período de calificación, que se traduce en 15 años de cotización o

de empleo o en 10 años de residencia (art.57). En este sentido se prevé una prestación reducida para aquellos que no cumplan con los períodos señalados. Hemos de apuntar, que en las legislaciones nacionales, con carácter general, se prevé un régimen distinto si la invalidez deriva de un accidente de trabajo o una enfermedad profesional (no se exige período de cotización) que si deriva de un accidente no laboral o de una enfermedad común, en cuyo caso, los requisitos (cotización, edad, etc.) son más rigurosos.

6.9. Las prestaciones de sobrevivientes

Esta prestación está contenida en la parte X del Convenio, en los artículos 59 a 64. Las prestaciones por muerte o supervivencia tienen por finalidad **reparar el daño causado por la muerte del sostén de la familia**. Así pues, los dos elementos que determinan el hecho causante son: la muerte del sostén de la familia y la supervivencia de otras personas que dependían económicamente de la primera.

A luz del análisis de la norma internacional, nos encontramos con que el régimen de esta prestación se caracteriza por los siguientes rasgos:

- a) El ámbito subjetivo de cobertura de la prestación sólo protege a la viuda e hijos. No se contemplan a otros sujetos del círculo familiar, como el viudo, el padre, la madre, hermanos o hermanas que estuvieran a cargo del difunto. Como afirma la propia OIT, en principio la rama de prestaciones de sobrevivientes se concibió para “una forma de vida en la que lo predominante era la familia y que la mujer casada permanecía en su hogar ocupándose de los quehaceres domésticos y del cuidado de los niños... este reparto de papeles ha cambiado...y el concepto de dependencia ya no se aplica siempre en su forma tradicional a la mujer y a los hijos...”. Hoy por hoy, en los países donde las uniones de hecho son frecuentes, el derecho a la pensión se reconoce a la persona con que cohabitara el asegurado así, como a los hijos naturales incluso no reconocidos si estaban efectivamente a cargo de aquél.
- b) El Convenio fija un período de calificación excesivamente alto, pues se exigen 15 años de cotización o de empleo ó 10 de residencia (art.63.1). No obstante, este período se reduce a 3 años siempre que se “haya pagado en nombre del sostén de la familia, en el transcurso del período activo de su vida, el promedio anual prescrito de cotizaciones” (art.63.2).
- c) El Convenio 102 no tiene en cuenta la edad de la viuda ni su estado de salud. Esta línea sí ha sido seguida, posteriormente por su convenio revisor, el número 128,

que establece la posibilidad de que la prestación se condicione al hecho de tener una determinada edad, excepto en el caso de que la viuda sea inválida o tenga un hijo a cargo.

- d) El artículo 63 en su párrafo 5 prevé la posibilidad de exigir una duración mínima del matrimonio en el supuesto de una viuda sin hijos a la que se presume incapaz de subvenir a sus propias necesidades.
- e) La norma internacional admite la incompatibilidad de la prestación con cualquier renta de trabajo, y prevé una reducción proporcional a la pensión cuando los ingresos o rentas del beneficiario excedan del límite previsto (art.60.2).

Una aproximación a la normativa comparada pone de manifiesto que la regulación de las pensiones de viudedad se apoya sobre tres elementos. El primero es la posición de la mujer dentro de la familia y de la sociedad que, tradicionalmente, ha partido de una presunción de dependencia respecto del cónyuge varón. El segundo tiene que ver con los problemas económicos que la muerte del causante provoca en la unidad familiar. Por último, ha de mencionarse la relación con el problema de la vejez, ya que estadísticamente se observa un alto porcentaje de viudas con una edad avanzada, circunstancia achacable, en general, al más elevado promedio de vida de las mujeres. No obstante, resulta claro que es el primero de los factores enumerados el que prima sobre el resto, de manera, que las soluciones deben ser distintas en una situación social de plena equiparación jurídica de los sexos y de participación similar en las cargas del hogar.

VII. Alcance de las prestaciones

Existen datos fiables, tanto a nivel europeo, a través del programa MISSOC (Mutual Information System on Social Protection), como a nivel iberoamericano, por medio del BISSI (Banco de Información de los Sistemas de Seguridad Social Iberoamericanos), sobre las personas que pueden beneficiarse, sobre los requisitos para tener derecho, las fórmulas de cálculo de las prestaciones.

Pues bien, a la luz de esta información entendemos oportuno señalar las siguientes características generales:

- a) Con carácter general, las diferencias entre la mayoría de los sistemas nacionales respecto de la acción protectora, **no se plantean por la extensión sino por su intensidad, es decir, por su nivel de protección**.
- b) Aunque difieren en los aspectos concretos de organización y en los métodos de financiación, los sistemas de pro-

tección de los distintos Estados son **similares en cuanto a sus objetivos**: garantizar unos ingresos mínimos, prestar asistencia sanitaria y ofrecer servicios sociales.

- c) La importancia relativa de las **fuentes de financiación** (cotizaciones a la seguridad social o impuestos) es un reflejo de los modelos históricos de protección y de los sistemas vigentes.
- d) La generalización de medidas destinadas a reforzar el **control del fraude** para evitar que el sistema genere abusos.
- e) Tendencia hacia la **asistencialización** que discurre paralela al robustecimiento del carácter contributivo de las prestaciones.

VIII. El momento actual de la seguridad social

Más de cien años después de la puesta en marcha de la Seguridad Social, los distintos países comienzan a manifestar una gran **preocupación por la viabilidad futura de los sistemas**. Las causas de esta preocupación están íntimamente ligadas entre sí: la evolución demográfica, la generación de empleo y la estructura del sistema de protección social, su eficacia protectora y las dificultades de su gestión.

Por lo que respecta a la primera cuestión, nos encontramos con que el análisis las tendencias demográficas revelan el **creciente envejecimiento** de la población, lo que conlleva un aumento considerable de número de personas en edad de jubilación. En los países de la Unión Europea, según los datos aportados por el MISSOC las pensiones constituyen el primer programa de protección social. Esta tendencia se extiende ya a otras zonas geográficas, como algunos países iberoamericanos (Uruguay, Argentina, Cuba...) por lo que también estos países tienen que tener en cuenta esta cuestión y en el futuro inmediato seguirá extendiéndose a otros muchos.

El segundo problema, más relevante si cabe que el anterior, es la **situación de empleo** o, más exactamente, del crecimiento, incluso en los países industriales más avanzados, de las tasas de desempleo. Es innecesario señalar el impacto directo que sobre la Seguridad Social tiene esta cuestión. En los países europeos, la prestación por desempleo constituye el tercer programa de protección social, absorbiendo una parte importante de los recursos. Y su importancia es aún mayor, desde el punto de vista de los ingresos ya que estos están basados, en la mayoría de los sistemas, en el empleo.

Pues bien, junto el aumento de los gastos de protección social dedicado a las prestaciones que aseguran las contingencias de jubilación y de desempleo, así, como la protección de otros sectores de población que pertenecen al grupo de personas laboralmente inactivas (inválidos, minusválidos), otros motivos que contribuyen a la tendencia reformista, con mayor o menor peso según los países, son los siguientes:

- a) Una situación persistente de **paro** acompañado de una **débil tasa de crecimiento económico**, que genera importantes gastos en concepto de ingresos sustitutivos e implica una reducción de las recaudaciones. En los sistemas de Seguridad Social se vienen produciendo fuertes desequilibrios financieros a consecuencia de la reducción de las tasas de empleo y de la participación de los asalariados en la renta nacional, lo que incide de forma creciente sobre el déficit público.
- b) El **envejecimiento de la población**, por el aumento de la esperanza de vida y la caída de la natalidad que supone una carga creciente sobre los ocupados. En efecto, el envejecimiento de la población conlleva un aumento de la proporción de los recursos destinada a las personas que no contribuyen directamente a su generación.
- c) Los **déficit presupuestarios** y el alto nivel de endeudamiento, derivados en gran parte de la financiación de la protección social.

d) Los **flujos migratorios**.

e) Las tendencias ideológicas **neoliberales** y privatizadoras.

Esta situación ha llevado a propuestas de cambio en los actuales sistemas de Seguridad Social que, con carácter general, se mueven en las siguientes direcciones:

- a) **Convergencia** de los **dos sistemas** antagónicos: el de raíz bismarkiana, concebido como un sistema de garantía de las rentas profesionales, y los que tienen sus orígenes en Beveridge, que como hemos visto, puede concebirse como el sistema de garantía de un mínimo vital.
- b) **Reglamentaciones** y condiciones más **estrictas** para el acceso a los dispositivos de apoyo de la renta y limitación del derecho a las prestaciones a los casos más justificados.
- c) Revisión al **alza de las edades de jubilación** y, en determinados casos, ampliación del acceso, voluntario u obligatorio, a la jubilación anticipada.

- d) **Reducción de la carga financiera**, mediante la reforma de las reglas de cálculo que determinan la prestación media de los sistemas.
- e) **Clarificación de las fuentes de financiación**, vinculando, las prestaciones contributivas a las cotizaciones sociales; y las prestaciones asistenciales a los impuestos generales (redistribución de renta).
- f) **Reducción de las cargas sociales** que afectan a las empresas, especialmente los costes no salariales de la mano de obra.

Privatización, en algunos casos, de diversos aspectos del sistema e introducción de técnicas financieras de capitalización, frente a los tradicionales sistemas de reparto.

4

- **Introducción a la equidad de género**

Andrea Fenero Calvo



Introducción

A lo largo de la siguiente unidad vamos a desarrollar conceptos e ideas claves para entender la llamada “perspectiva de género” y la importancia de tenerla en cuenta, también en el ámbito de la Seguridad Social.

Comenzaremos por el desarrollo de los conceptos básicos, que ayuden a fijar unas bases sólidas que nos sirvan de punto de partida. Para, poco a poco, ir profundizando en el tema.

En el transcurso de la unidad podréis ir encontrando diferentes recursos y actividades que ayuden a reforzar las ideas expuestas y, al final del documento, encontraréis bibliografía básica y de referencia para quien desee ampliar conocimientos.

¿Por qué hablamos de igualdad de género?

El género es una categoría que, aunque aparentemente invisible, opera en todos los niveles y ámbitos de nuestra vida; como veremos más adelante.

El hecho de ser hombre o mujer es una característica tenida en cuenta por toda la sociedad, desde nuestro entorno más cercano hasta los medios de comunicación, antes incluso del propio nacimiento.

Hablamos de género y de desigualdad de género para visibilizar aquellas situaciones que suponen discriminaciones y que han sido socialmente normalizadas excusándose en la biología y las “leyes naturales”.

Las desigualdades de género operan tanto en la esfera privada (lo que conocemos como ámbito doméstico/familiar) como en la esfera pública, en todos sus niveles.

Sin embargo, no debemos olvidar que la igualdad es un Derecho Humano, contenido en todas las normas fundamentales y que la perpetuación de la desigualdad de género y su reproducción constituye, sin lugar a duda, una vulneración de este derecho.

Es por ello, que se trata de un tema de relevancia social y de responsabilidad colectiva. Más allá de ser una “cuestión de mujeres”, se trata de una cuestión vital para toda la sociedad, hombres y mujeres. Una muestra significativa de ello es que en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) esté establecida la igualdad de género como uno de ellos, en concreto el número 5.

En la formulación de este objetivo o meta, el PNUD ha puesto de manifiesto algunos datos que pueden ayudar a entender de qué estamos hablando y porqué tiene este calado.

Pero para comenzar, vamos a analizar poco a poco cómo hemos llegado a estas situaciones, de dónde vienen.



.....
No debemos olvidar que la igualdad es un Derecho Humano



En cifras

—
77 centavos

A nivel mundial, las mujeres ganan solo 77 centavos por cada dólar que ganan los hombres haciendo el mismo trabajo.

—
2 de cada 3

Dos tercios de los países del mundo en desarrollo han alcanzado la paridad de género en la educación primaria.

—
24%

Solo el 24% de todos los parlamentarios nacionales eran mujeres a noviembre de 2018, un lento incremento desde 11,3% en 1995.

—
750 millones

En todo el mundo, casi 750 millones de mujeres y niñas vivas hoy se casaron antes de cumplir los 18 años.

—
1 de cada 3

Mujeres han experimentado violencia física y/o sexual.

—
13%

Las mujeres representan solo el 13% de los propietarios de las tierras.

Empecemos por el principio... ¿Género?

Cuando hablamos de equidad de género, de perspectiva de género, ... lo primero que debemos conocer es a qué nos estamos refiriendo con la palabra "género". Para ello, es importante conceptualizar y diferenciar dos términos básicos: SEXO y GÉNERO.

Con sexo nos referimos a las características biológicas de hombres y mujeres, que conforman nuestra fisionomía de manera diferente.

En la mayoría de las ocasiones se centra en tres aspectos: órganos genitales, cromosomas y hormonas.

El género por su parte es la idea, la construcción cultural que en cada sociedad y cada tiempo creamos a partir de esas características biológicas (sexo) de lo que es "ser un hombre" y "ser una mujer". Se basa en la diferenciación biológica para determinar el género asociado a esta. Fue la antropóloga estadounidense Gayle Rubin quien en 1975 acuñó este término.

El género asigna roles, actitudes, aptitudes, modos de expresarse, ...incluso maneras de vestir y hablar, en función del sexo "biológico"²² de la persona. Características que, sin duda, dependen mucho del momento histórico y la sociedad concreta en la que se desarrollan. No es lo mismo ser mujer en Colombia en 2020 que lo que suponía serlo en Guatemala en 1940, o ser hombre en el Japón del año 2000 que serlo en España en 1973.

Pero, aunque varían en el tiempo, en la mayoría de sociedades del mundo se comparten unos patrones generalizados sobre cómo es una mujer y cómo es un hombre, y cuáles son sus características diferenciadoras.

Así, *grosso modo*, se entienden una serie de características asociadas a cada género: los hombres/chicos usan más la fuerza, son más inteligentes y estratégicos y menos emocionales. Mientras que las mujeres/chicas son más delicadas, se dejan llevar más por sus emociones y están muy pendientes de todo lo que rodea a la estética y la belleza.

²² Se nombra como biológico pero existen realidades en las que lo biológico puede ser también construido (médicamente) y en las que lo entendido como "biológico" está fuera de las categorías que solemos utilizar y entender. En un anexo posterior, anexo I, ampliamos esta información.

Si bien estas son ideas que no expresamos de manera tan explícita habitualmente, sí son construcciones mentales que reproducimos constantemente sin prestar excesiva atención a ello.

Se trata de generalidades que, aunque aparentemente inofensivas y sin importancia, operan en todo nuestro sistema social y de valores; siendo pilares base para la concepción y comprensión del mundo que nos rodea.

Estas ideas se construyen a lo largo de nuestra vida, desde los inicios, en el proceso que conocemos como SOCIALIZACIÓN DIFERENCIADA.

La socialización, según Giddens es un proceso que se inicia en el nacimiento y se mantiene durante toda la vida, en el cual las personas en la interacción con otras personas aprenden e interiorizan los valores, las actitudes, las expectativas y los comportamientos característicos de la sociedad en la que han nacido y que le permiten desenvolverse en ella (Giddens, 2001).

La sociabilización diferenciada es, como su nombre indica, ese proceso realizado de distinta manera en función del género de la persona.

Aunque la sociedad, y el mundo, ha avanzado en estos términos (en gran parte gracias a los movimientos feministas y sus incansables luchas en todas las partes del globo) y nos parezca que estas son cuestiones del pasado, seguimos encontrando ejemplos muy claros que nos muestran estas diferencias de educación y trato; antes incluso del propio nacimiento.

«Antes de continuar, os proponemos acceder al Foro del curso y desarrollar la “Actividad 1”. Se trata de un pequeño vídeo a analizar y compartir con el resto de participantes vuestra opinión.»

Como se puede ver en el vídeo que hemos propuesto en la “Actividad 1”, al igual que si analizamos nuestra vida real, desde los inicios ya otorgamos un fuerte peso al género en la definición de una persona y en la relación que vamos a establecer con ella. Necesitamos poner etiquetas, categorizar, para entender mejor en nuestro esquema mental nuestra relación con esa persona. Buscamos el género para definir a la persona que tenemos delante y, en función de este, cómo va a ser nuestra relación o comportamiento con ella. Esto viene además reforzado, cuando existen vínculos familiares directos, en las expectativas que ponemos en “cómo” será.

Así, utilizamos el color azul, un tono más grave y directivo, aspiraciones relacionadas con la fuerza, el ejercicio físico y la inteligencia con los chicos y fomentamos el rosa

o colores pastel, tonos más dulces y palabras más suaves, aspiraciones sobre la belleza y los contenidos estéticos en las chicas; tal y como se ve en el vídeo.

Esto, además de ser en muchos casos determinante y limitante en el propio desarrollo de la persona, de sus gustos y aptitudes; implica también una discriminación hacia la diversidad existente. Una desigualdad basada en la desinformación y la naturalización hegemónica del binarismo hombre/mujer como únicas categorías. ***En el documento llamado “Anexo I” hemos facilitado información ampliada al respecto, por si es de vuestro interés. ***

La sociabilización es por tanto el proceso de aprendizaje sobre los modos de comportamiento, relaciones, gustos, ... en definitiva, del papel que se nos asigna en función del género en esta sociedad.

Es un proceso que se desarrolla a lo largo de la vida, pero que tiene especial relevancia en las primeras etapas formativas; donde la niña y el niño aprenden por imitación de los patrones y modelos que se les muestran y donde asumen su propia identidad y rol según estos.

Cada grupo social transmite una serie de valores y normas en este proceso, si bien podemos definir unos rasgos de forma generalizada como hemos visto anteriormente. Y en base a esto, la persona aprende a valorar, a pensar, a conocer, a saber qué esperar, qué se espera de ella, a comportarse y a sentir. Aprende a definir qué es, en función de su género y cómo es el género “opuesto”.

Aunque no son ideas universales, ni verdades categóricas, sí implican la construcción social de conceptos, de tabúes sociales y normas de ser y estar en esa sociedad concreta.

Estas identidades imponen a mujeres y hombres unos patrones de comportamiento y determinan en muy buena medida las expectativas y aspiraciones que la sociedad (las personas, familias, comunidades, empresas, organizaciones etc.) tienen sobre unos y otras, pero también tienen una importante influencia en las expectativas que cada persona tiene sobre sí misma.

Desde edades muy tempranas aprendemos estas definiciones y las diferencias existentes entre mujeres y hombres. De hecho, según las teorías de desarrollo, alrededor de los dos años niños y niñas toman conciencia de las diferencias físicas existentes entre mujeres y hombres, y con tres años se empiezan a identificar como mujeres u hombres. La mayoría, cuando cumpla los cuatro años, tendrá una idea estable de su identidad de género.

Esto implica un desarrollo de la identidad propia muy temprana y asumir las diferencias entre hombres y mujeres antes incluso de poder “definirnos” (algo, nuestra identidad, que además puede variar a lo largo de nuestra vida). Por eso, aunque nos parezca baladí, las palabras, comportamientos, modelos y ejemplos que nos llegan desde la infancia van a tener un marcado peso en nuestro desarrollo vital.

Hablamos del proceso de sociabilización diferenciada, pero hay que tener muy presente que de él surgen concepciones e ideas también. Esas ideas que asociamos de manera diferenciada en función del género de la persona es lo que conocemos como ESTEREOTIPOS DE GÉNERO.

Los estereotipos de género son ideas creadas en relación con el sexo/género de una persona. Ideas utilizadas para explicar el comportamiento de hombres y mujeres, los papeles que deben desempeñar en el trabajo, la familia y el espacio público, además de cómo deben relacionarse entre sí.

Son ideas generalizadas que no representan la realidad diversa en la que vivimos, sino que encorsetan las capacidades y modos de ser de cada persona en función de su género y de las ideas asociadas a este.

Los estereotipos de género suponen grandes discriminaciones tanto para hombres como para mujeres y generan ideas falsas y deterministas de lo que supone ser mujer u hombre. Limitando así las posibilidades de desarrollo y las opciones de cada persona, solo por “pertenecer” a uno u otro género.

Como hemos visto, estos estereotipos van a conformarse desde edades muy tempranas y se siguen generando (o no, si somos conscientes de ello y los trabajamos) a lo largo de toda nuestra vida; en ese proceso que hemos analizado de sociabilización.

El lenguaje es sin duda una herramienta de socialización, nos permite comunicar nuestras ideas y pensamientos y generar otras nuevas en esa construcción de la realidad.

Una de las grandes premisas del feminismo es “lo que no se nombra, no existe”, algo que alude directamente a la importancia de poner palabras a lo que ocurre, a lo que vivimos. Este lema aparece como denuncia ante la invisibilización de la violencia de género como una cuestión privada y de pareja, no como el problema social que constituye. El hecho de no nombrarla como tal supuso durante muchos años que se ocultara tras el velo de lo “natural en el matrimonio/pareja”; ante el argumento de que eran casos aislados.

Ponerle palabras, nombrar las cosas, ...el lenguaje nos permite sacar a la luz esas discriminaciones, visibilizar lo históricamente ocultado y a las personas escondidas en ello, ... pero también puede servir para perpetuar la desigualdad y los estereotipos. El uso que hagamos del lenguaje permitirá una cosa o la otra, de ahí su importancia.

Antes de continuar con los estereotipos de género, os invitamos a realizar la **«Actividad 2» que se plantea en el Foro Virtual del curso.»**

Como se puede ver hay diferencias entre los lenguajes y costumbres de los distintos países, pero en el fondo el mensaje que se lanza con estas frases es muy parecido en todos los lugares.

Si seguimos hablando desde la infancia, tenemos claros ejemplos de socialización diferenciada en lo que respecta a juegos y juguetes. Aunque las cosas cambian poco a poco, todavía están presentes los juguetes asociados al género y así se representan, por ejemplo, en publicidades o catálogos.

Pero además de cómo se promocionan, influye mucho lo que las personas adultas ofrecemos a la población infantil como opciones de juego, incluso de manera inconsciente. Un pequeño experimento lo muestra fácilmente:

<https://www.youtube.com/watch?v=Bj0fTHMXyok>

El refuerzo de estos estereotipos de género, con el lenguaje, con los juguetes, con las imágenes... van conformando poco a poco nuestra idea del mundo que nos rodea, de lo que somos y cómo tenemos que ser en función de nuestro género.

Pero también se puede reforzar en la etapa adulta, por ejemplo, con chistes o bromas sexistas, al asignar determinadas tareas a hombres y a mujeres, etc. Estos estereotipos de género generan los conocidos roles de género.

Los ROLES DE GÉNERO, aunque beben de los estereotipos no son lo mismo, dado que se enmarcan más bien en las tareas asociadas a los géneros. Podríamos decir que los roles de género son la puesta en práctica, en la vida diaria, de esos estereotipos (que serían ideas o conceptos generalizados).

Podemos verlo con un ejemplo:

Estereotipos	Roles
Las mujeres tienen el instinto maternal y saben cuidar mejor.	Mujer cuidadora.
Los hombres son más fríos y emocionalmente más estables.	Hombre jefe y toma decisiones importantes solo.
Las mujeres son más débiles y los hombres más valientes y audaces.	La mujer que tiene problemas espera a que el hombre encuentre la solución, es el salvador (por ejemplo, en los cuentos).

En resumen, las ideas que tenemos de cómo es una mujer y cómo es un hombre en función de esos estereotipos de género, hace que tengan que comportarse de una determinada manera, asumir un papel, un rol, para cumplir con ese estereotipo.

De manera que, además, no cumplir con esos roles o asumir unos que no son los asignados al género que se te supone, implica también el cuestionamiento de ese comportamiento. En los casos más evidentes, incluso el rechazo social y la marginación por no responder a lo “esperado”.

Estereotipos y roles de género, establecen, según Gayle Rubin, lo que se conoce como el SISTEMA SEXO/GÉNERO, el que organiza la sociedad en función de esta diferenciación por género.

El hecho de que este sistema se base en la genitalidad como norma sobre la que asentar las capacidades, actitudes, ... genera esa gran desigualdad y diferente valoración para iguales conceptos e ideas.

Se trata de una organización social que establece una jerarquía basada en el género. Situando a los varones por encima y a las mujeres en una situación de inferioridad.

La pervivencia de este modelo ha supuesto, en todos los ámbitos la desvalorización, invisibilización y discriminación de las mujeres frente al reconocimiento y la sobrevaloración de los hombres. Esto se expresa, como veremos más adelante, en desigualdades salariales, los mayores obstáculos que enfrentan las mujeres para acceder a posiciones de decisión o la mayor valoración social de los rasgos tradicionalmente asignados a los hombres (fuerza, valor, ambición, frialdad para decidir, etc.) frente a los asignados a las mujeres (sensibilidad, capacidad para cuidar, buena administración etc.). Cuando las mujeres se incorporan al trabajo productivo se encuentran con mayores obstáculos que los hombres: menores salarios, jui-

cios sobre ellas por su papel como madres y trabajadoras, estereotipos que dificultan su incorporación al trabajo por creer que su prioridad va a ser la familia y no rendirán igual en la empresa, entre otros.

La buena noticia es que las cosas han ido cambiando y pueden cambiar más a favor de la igualdad entre mujeres y hombres. El género, como construcción social, se puede cambiar. Nosotras y nosotros podemos ser agentes de cambio no solo en nuestras organizaciones sino en todo nuestro entorno y vida personal.

División sexual del trabajo

Tanto roles como estereotipos de género operan de manera especialmente incisiva en el ámbito del trabajo y el sistema sexo/género articula una división muy particular, que conocemos como **división sexual del trabajo**.

Este término se refiere a la diferenciación y clasificación de tipos de trabajo en función de las características asociadas al género de cada persona. De esta manera, se distinguen dos ámbitos, marcadamente separados, que son atribuidos a hombres o a mujeres en función de las tareas que se desarrollan en cada uno de ellos. Hablamos de trabajo productivo vs. trabajo reproductivo.

Se trata de una división histórica, que se basa en esa naturalización y biologización de los estereotipos para normalizar las tareas como algo innato.

Cuando hablamos de **trabajo productivo** nos referimos al trabajo que se realiza en lo que denominamos “espacio público”, es decir, fuera del ámbito doméstico, de la casa. Por este trabajo, además, se percibe una remuneración y salario y, tradicionalmente ha tenido un mayor valor y reconocimiento por ello. Se ha considerado netamente masculino, algo que influye directamente en esa valoración y prestigio.

Sin embargo, hay que matizar que los avances en pro de la igualdad han hecho que las mujeres se encuentren en gran medida incorporadas a este ámbito también. Si bien con algunos matices, que ahora veremos.

Trabajo reproductivo: a diferencia del anterior, se desarrolla dentro del “espacio privado”, el hogar. Se considera en la práctica secundario, invisible en muchas ocasiones, aunque es fundamental para la existencia y supervivencia de las personas. Este trabajo tiene menos valoración y reconocimiento, no se remunera y está invisibilizado socialmente. No es aleatorio que haya sido realizado mayoritariamente por mujeres. Sin embargo, es condición fundamental para asegurar el bienestar de la fuerza de trabajo y el funcionamiento del ámbito productivo, así como para garantizar en su conjunto la reproducción de la vida humana y el desarrollo de nuestras sociedades.

Cabría añadir un tercer ámbito, el **trabajo comunitario**. Es el que se desarrolla en espacios colectivos y en beneficio de la comunidad/sociedad de forma altruista. Suele responder a participación en espacios comunes como escuelas, asociaciones de barrios, etc. Las mujeres son en muchos casos mayoría en este tipo de trabajo (servicio a la comunidad, educación, salud etc.). Este trabajo también es voluntario y no remunerado.

Como queda claro, esta diferenciación de espacios no se refiere solo al espacio físico en el que se realizan las actividades, sino que la división sexual del trabajo incide también en el tipo de tareas que realizan hombres y mujeres y en el reconocimiento/valoración de estas. Lo que lleva, además, a creer/imaginar que los puestos de responsabilidad y aquellas profesiones de mayor especialización e importancia son las desarrolladas por hombres.

Como ejemplo, podemos analizar la manera en que nombramos y/o imaginamos los trabajos dependiendo del género de la persona que lo lleve a cabo:

Hombre	Mujer
Médico	Enfermera
Chef	Cocinera
Profesor	Maestra (referido a educación infantil de 0-3 años)
Sastre	Modista

O cómo asociamos determinadas profesiones a mujeres: cuidadora, auxiliar administrativa, cajera, peluquera, ... Y otras a hombres: mecánico, obrero, científico, vendedor de coches, policía, ...

Aunque, nuevamente, esto nos pudiera parecer cosa del pasado (y bien es cierto que los cambios son innegables) esta división sexual del trabajo todavía opera en la construcción de nuestro imaginario colectivo.

Como muestra de ello, os traemos un pequeño experimento que inicialmente se llevó a cabo en Inglaterra y que se quiso replicar en España:

<https://www.youtube.com/watch?v=FtGcYjr0gPc>

Esta diferenciación bebe en gran parte de la reducción del papel de la mujer a su capacidad biológica reproductiva, por la que se ha simplificado su “tarea” en la reproducción y el cuidado. Mientras que al hombre se le ha reducido a su condición física y gracias a ella a la producción económica.

El conocido modelo “*breadwinner*” (ganador del pan) y el de ama de casa, si bien aparentemente desfasados, no están tan lejos de la realidad actual. Tiene su origen en la incorporación tardía de las mujeres al ámbito del trabajo reproductivo, pero aún a día de hoy supone mayores dificultades para las mujeres en el desarrollo en el mercado de trabajo y se ignora el papel fundamental de los hombres en el cuidado familiar. Aspectos que perpetúan los roles y estereotipos comentados y refuerzan esta división sexual del trabajo, aunque sea de manera indirecta. Generando discriminación tanto para mujeres como para hombres.

Para continuar con la unidad, os invitamos a realizar la «**Actividad 3**» que se plantea en el Foro Virtual del curso. En este caso, como vais a comprobar se trata de una lectura, corta en extensión, pero intensa en contenido.»

Desigualdad de género ¿Qué es?

Como consecuencia de este sistema hegemónico imperante sexo/género aparecen como hemos visto diferencias entre hombres y mujeres en los diferentes ámbitos de la vida.

Pero hay que prestar atención a esto, diferencia y desigualdad no son términos sinónimos. Pues es evidente que mujeres y hombres somos diferentes, pero ello no tendría que conllevar el hecho de que seamos también desiguales.

La desigualdad se produce por el posicionamiento que el sistema otorga a hombres y mujeres, tanto en el ámbito productivo como en el reproductivo. Es el resultado de unas relaciones de poder, no igualitarias, y marcadas por los privilegios de “género”.

Esta desigualdad se refuerza por esa valorización de lo “masculino” e invisibilización y subordinación de lo “femenino”. Lo que deriva en una perspectiva en la que las cuestiones relacionadas con el “ser hombre” se colocan en el centro y son las medidas utilizadas como referencias en todos los aspectos de la vida. Esto es lo que se conoce como ANDROCENTRISMO.

Y parte de la idea de que lo masculino es lo universal y genérico, y la experiencia de los hombres puede definir, y así lo hace, la de toda la población; constituyendo la norma.

Llegando a este punto, y antes de concretar manifestaciones de esta desigualdad de género y las discriminaciones que provoca, hay que tener en cuenta que “Nadie es “solo” un trabajador, “solo” una mujer, “solo” negro...” (Anne Phillips, 1996, cit. en Del Águila, Vallespín et al., 1998:327).

Y es que, si bien el género es una categoría importante y determinante como venimos analizando, no hay que olvidar que no es la única; en tanto que generadora de desigualdades. Y, por tanto, en muchas ocasiones no opera de manera aislada.

Fue Kimberlé Crenshaw en la Conferencia Mundial contra el Racismo en Sudáfrica en 2001 la que acuñó el término INTERSECCIONALIDAD. Se refiere con él a cómo la etnia y el género influyen en la vida de las personas de manera distinta y, por tanto, el racismo no tenía los mismos efectos sobre los hombres que sobre las mujeres negras.

Aunque ahora con un nombre específico, la idea no es nueva, ya Sojourner Truth manifestaba esta situación cuando, en la convención de Mujeres en Akron, Ohio, 29 de mayo de 1851, daba su famoso discurso “¿Acaso yo no soy una mujer” (Ain’t I a woman?) reivindicando sus derechos como mujer; que estaban siendo pasados por alto por ser negra.

Nadie tiene una única característica definitoria y considerar que es así sería caer en teorías simplistas y reduccionistas. Por ello es importante tener en cuenta todas las situaciones y realidades que nos atraviesan y cómo nuestras diferencias condicionan también nuestras experiencias, incluso en realidades parecidas.

Esto no implica enfatizar estas diferencias, creando de ellas desigualdades; sino atender a las mismas para no permitir que sean motivo y objeto de discriminación.

La diversidad es un reto enriquecedor, la desigualdad un mal con el que acabar.

Es imposible negar que hay varias circunstancias que nos atraviesan y que son parte de nuestra experiencia, y es

importante que sean tenidas asimismo en cuenta si realmente se busca una sociedad igualitaria y justa. Pero, de igual modo es innegable que la categoría “mujer” viene siendo históricamente un condicionante que se añade a cualquier otro, reforzando la discriminación.

Desigualdad de género en cifras

Este modelo hegemónico no es sino un motor en cuanto a generador de desigualdades; por ello es innegable la necesidad de reajustar sus piezas.

Aunque en ocasiones veamos la desigualdad muy de cerca, hay situaciones en las que nos parece que hablamos de términos y conceptos muy genéricos, que no tienen un impacto real en nuestro día a día y en la experiencia de mujeres y hombres.

Por ello, es oportuno ver algunos datos acerca de la desigualdad de género en el mundo.

Por ejemplo, según los datos aportados por Cándida Gago en el “Atlas de las mujeres en el desarrollo del Mundo”, publicado en 2015 y los datos de ONU Mujeres:

- Aproximadamente el 70% de las personas pobres y analfabetas del mundo son mujeres.
- 72 millones de mujeres mueren por la práctica de abortos selectivos, infanticidios, abandono de niñas recién nacidas o por la desatención en el parto.
- Cada año, 2 millones de niñas de entre 5 y 15 años son explotadas sexualmente.
- 130 millones de mujeres han sido obligadas a la mutilación genital.
- Más de 60 millones de niñas son forzadas a contraer matrimonio o a vivir en pareja antes de cumplir los 18 años.
- Pese a la limitación de acceso a los datos y las múltiples formas de violencia, 1 de cada 3 mujeres sufre violencia física o sexual, principalmente por sus parejas o exparejas.
- En torno a un 50% de las mujeres del mundo tienen un trabajo remunerado. Sin embargo, las mujeres cobran de promedio dos tercios del salario de los hombres.

Vamos a analizar algunas de las causas de esta desigualdad, especialmente en el ámbito laboral, para poder entenderlas; primer paso para trabajar en su eliminación.

Segregación horizontal y vertical

Si bien la incorporación de las mujeres al ámbito laboral, productivo, es un avance en aras de la igualdad, esta se ha dado sin tener en cuenta las discriminaciones históricas y la desigualdad socialmente aceptada como norma y naturalizada. Esto ha supuesto que esas situaciones se mantengan y perpetúen también en el campo del trabajo remunerado.

Una de ellas es la conocida como **segregación horizontal**. Esto es, que existan ámbitos y/o profesiones “feminizadas” y “masculinizadas”. Esto va muy de la mano de lo comentado en cuando división sexual del trabajo, pero específicamente en lo que respecta al ámbito productivo.

Si con la división sexual hablábamos de ámbitos, productivo vs. reproductivo, en los que se “entiende” que deben desarrollarse hombres y mujeres respectivamente, cuando nos referimos al empleo²³, nos encontramos que se reproduce esa división en cuanto a las profesiones que mayoritariamente ejercen hombres y a las que mayoritariamente se dedican las mujeres.

Así, ellas suelen ser mayoría en los trabajos relacionados, de nuevo, con la vida y los cuidados. Véase: enfermeras, cuidadoras, asistentes del hogar, limpiadoras, ...

²³ Trabajo y empleo son dos conceptos distintos, pues el segundo lleva implícita la remuneración; no así el primero. De ahí que una de las consignas en las reivindicaciones laborales de los movimientos de mujeres en España fuera “queremos empleo, trabajo nos sobra”. Pues no se trata de tener tareas que realizar, sino de la remuneración de estas.

Y ellos, en aquello relacionado con esfuerzo físico y/o mental. Véase: mecánicos, obreros, médicos, ingenieros, ...

Sin duda esta es una situación que va cambiando, y las reivindicaciones y luchas feministas han propiciado sustanciales cambios tanto a nivel colectivo, como sociedad, como individual. Pero, si desde la infancia se nos educa con esa diferenciación basada en el género, es inevitable que esos posos queden en nuestra construcción del mundo, también en la edad adulta. Por ello es tan importante la visibilización y la existencia de referentes distintos, modelos que muestren a mujeres y hombres en los diferentes ámbitos de la vida cotidiana. Laboral y privada.

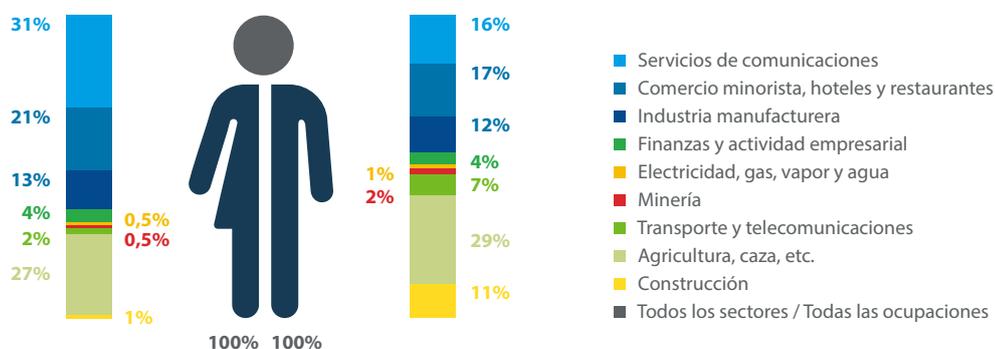
Esta segregación horizontal, además, está muy marcada por el valor que se da a los diferentes tipos de trabajo. Tal y como ocurría cuando hablábamos del reconocimiento del trabajo productivo y la desvalorización del reproductivo, también en el primer ámbito existe jerarquía. Socialmente está mucho más valorado un puesto de ingeniería o arquitectura respecto de uno de cuidado de las personas mayores, y esto se ve reflejado también en el salario que se percibe por ese trabajo. Lo cual, implica de manera indirecta que los ámbitos mayoritariamente ocupados por mujeres tienen una remuneración más baja; con todo lo que ello implica también a nivel de prestaciones, condiciones laborales, etc.

Por lo tanto, no se trata solo de la diferenciación por tipos de trabajo, sino de lo que esa diferencia supone; en términos de desigualdad.

Aquí podemos ver un gráfico que nos muestra los principales ámbitos de trabajo de mujeres y hombres.



Distribución del empleo femenino y masculino según los sectores



Fuente: Estimaciones realizadas por el equipo del IDM 2012 sobre la base de datos de la Organización Internacional del Trabajo 2010 (77 países).

Nota: Debido al redondeo de las cifras, es posible que la suma no corresponda a los totales indicados.

En esta misma línea opera la conocida como **segregación vertical**, pero en este caso, como su nombre indica, la relación a analizar es de arriba a abajo.

La segregación vertical visibiliza la reducción progresiva del número de mujeres conforme vamos subiendo en el escalafón laboral. Las mujeres van desapareciendo según vayamos aumentando el rango o categoría profesional.

Los puestos de dirección, con mayor salario y responsabilidad son ocupados mayoritariamente por hombres, tanto en el ámbito público como en el privado.

Aunque pareciera que esto es una cuestión de elección personal en el ámbito individual de cada empresa o entidad, está directamente relacionado con los estereotipos y roles de género que hemos analizado.

A los hombres se les presupone mayores dotes de liderazgo y capacidades en la toma de decisiones por ese carácter objetivo y directivo que se les asocia, mientras que las mujeres no son vistas como grandes líderes pues sus emociones tienen un gran peso en su toma de decisiones y esto impide que sean objetivas. Además de que a ellas se les asocia directamente con la maternidad, lo que en muchos casos limita sus posibilidades de desarrollo y proyección laboral.

El hecho de que existan menos mujeres en cargos de responsabilidad tiene varias consecuencias:

– En muchas ocasiones esto implica que no se tengan en cuenta las necesidades propias de las mujeres como, por ejemplo, el tema de la conciliación. Dado que no hay mujeres que puedan visibilizarla y expresarla, queda invisibilizada pues no “responde” a un malestar general en el grupo de hombres directivos (es un “tema de mujeres”).

– También supone que no existan referentes mujeres que alimenten a generaciones futuras en cuanto a expectativas y posibles aspiraciones.

– Unido con el punto anterior, al no existir modelos de mujeres con poder, se identifica el poder con el género masculino; por lo que para poder llevar a él hay que asemejarse al hombre, en cuanto a comportamiento, roles, etc.

«Antes de continuar y ver datos y cifras al respecto, os animamos a realizar la siguiente actividad (“Actividad 4”) en el Foro que ya conocéis y compartáis vuestra experiencia particular.»

Ahora bien, es interesante tener algunos datos sobre estas cuestiones que nos ayuden a analizar y a ver la realidad de una manera más general; no solo la que vivimos en nuestro entorno.

Para ello, aquí un enlace para consultar los datos que proporciona la OIT sobre la proporción de mujeres en puestos directivos en los diferentes países:

https://www.ilo.org/ilostat/faces/oracle/webcenter/portalapp/pagehierarchy/Page27.jspx?locale=es&_afzLoop=6615134892732057#!%40%40%3Flocale%3Des%26_afzLoop%3D6615134892732057%26_adf.ctrl-state%3D1a7i9rg85t_25

Y un gráfico para ver el “ranking” por países (véase gráfico **Mujeres al mando** de la página siguiente).

Esta dificultad para encontrar mujeres en altos cargos, no se da solo en el ámbito de la empresa, sino que también se encuentra en el ámbito político y de representación, como podemos ver en el mapa de la página siguiente.



Mujeres al mando. Puestos gerenciales o directivos ocupados por mujeres (en %)

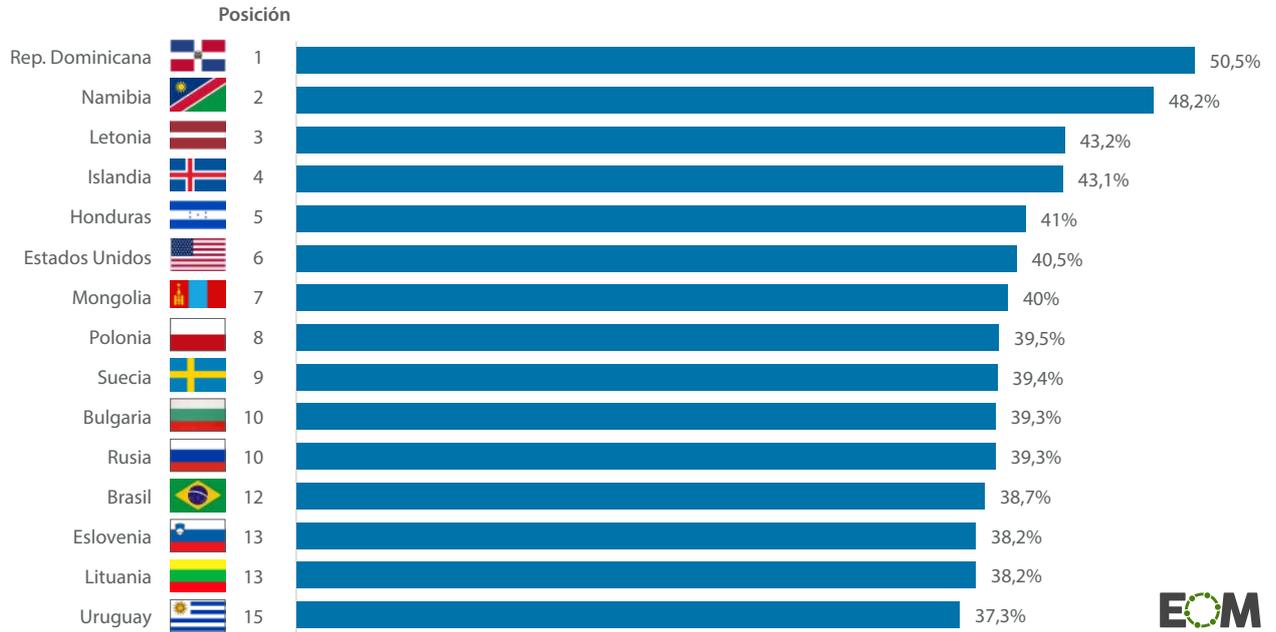


Gráfico: Álvaro Merino (2019).

Fuente: Organización Internacional del Trabajo (2017-2018).



Mujeres representantes en legislaturas nacionales en 2018 (%)



Fuente: Unión Interparlamentaria.

Nota: Cifras de cámaras bajas o donde solo hay una cámara.



La segregación vertical, si es analizada de manera más exhaustiva, muestra que esta dificultad para el ascenso y la promoción de las mujeres viene determinada en gran medida por dos conceptos que es necesario conocer:

El techo de cristal, concepto que comienza a ser más común y conocido, apareció por primera vez en un artículo del Wall Street Journal en 1986 en los Estados Unidos («*glass ceiling barriers*» el original en inglés) En el artículo se describía las barreras invisibles a las que se ven expuestas las mujeres trabajadoras altamente cualificadas; barreras que les impedían alcanzar los niveles jerárquicos más altos en el mundo de los negocios, independientemente de sus logros y méritos.

El hecho de que sea “de cristal” hace referencia a que no son cuestiones objetivas y palpables las que suponen esta limitación y discriminación, sino que son invisibles; lo que dificulta todavía más el acabar con ellas.

El concepto de **suelo o piso pegajoso** (*sticky floor*) más moderno, pero menos conocido popularmente, se refiere a los factores que impiden a las mujeres “despegar” de la zona impuesta por los roles de género y que las mantienen en trabajos relacionados con el ámbito de los cuidados y la limpieza, temporalidad a media jornada para poder ocuparse de las responsabilidades familiares y del hogar, ... Son las “ataduras” determinadas por el rol de cuidadora que limitan el posible desarrollo profesional de las mujeres que quedan relegadas a trabajos con peores condiciones, menor salario y que se concentran en sectores “feminizados”²⁴. Opera, de nuevo, como condicionante la crítica social a las mujeres que no cumplen con esos roles y rompen con los modelos hegemónicos.

Ambos conceptos pueden actuar a la vez, generando una dificultad para avanzar laboralmente y una limitación de ascenso o continuidad, una vez se ha conseguido ese primer paso.

Brecha salarial de género

Una de las manifestaciones más evidentes, al tiempo que alarmante, de la desigualdad de género, especialmente en el ámbito del empleo, es la conocida como la “brecha salarial de género”.

Esta es la distancia en las retribuciones medias que reciben hombres y mujeres, y que habitualmente se calcula según la siguiente fórmula:

$$\text{Brecha} = \frac{\text{Retribución hombres} - \text{retribución mujeres}}{\text{Retribución hombres}} * 100$$

Sin embargo, no hay una forma única de realizar este cálculo, ya que hay muchas cuestiones a tener en cuenta a la hora de determinar cómo se estiman las retribuciones medias.

Como afirma la OIT, que *“hay distintas maneras de medir las brechas salariales de género no ajustadas. Las dos medidas que se utilizan con más frecuencia son la «brecha salarial de género basada en la media» (como en el cálculo anterior) y «la brecha salarial de género basada en la mediana», que compara el valor central de la distribución salarial de las mujeres con el valor central de la distribución salarial de los hombres. También se observan más diferencias cuando se hacen comparaciones utilizando salarios mensuales en lugar de salarios por hora. Utilizando estas cuatro combinaciones diferentes (salarios promedios o la mediana, y salarios por hora o por mes) el informe observa que las estimaciones mundiales ponderadas oscilan entre el 16 por ciento y el 22 por ciento, dependiendo de la medida utilizada”*.

“Informe Mundial de salarios 2018/2019” de la OIT
(https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_650653.pdf)

Por tener una comparativa, aquí se pueden ver los datos ofrecidos por Amnistía Internacional, en 2018, que situaban la brecha salarial de género en el mundo en el 23%

<https://www.amnesty.org/es/latest/research/2018/12/rights-today-2018-inequality/>

Pero dentro de la propia brecha salarial podemos encontrar dos componentes diferenciados que ayudan a entenderla: la brecha salarial “explicada” y la brecha salarial “no explicada”.

La brecha salarial explicada, también llamada ajustada, se refiere a las características que pueden ser observables, objetivas, y que dan como resultado esa brecha. Por ejemplo, el tipo de empresa, tipo de trabajo y sector, la jornada...

Aunque, dentro de esta habría que tener en cuenta, como comenta Meulders que “La posición de la mujer antes de su entrada en el mercado de trabajo y fuera del mercado de trabajo explica a su vez las diferencias de características que constituirían la parte explicada” (Meulders et

²⁴ Feminizados ya que se ha impuesto esa condición, realizados por mujeres; que no trabajos femeninos, pues no existe realmente esa diferenciación natural en el trabajo, sino que se debe a la sociabilización diferenciada.

al., 2005). Esto es así porque el hecho de que las mujeres opten en mayor medida que los hombres a puestos de trabajo a media jornada, o en sectores con un menor salario medio, no responde exactamente a una decisión personal en su totalidad. En la mayoría de las ocasiones, los estereotipos y roles de género imponen estas opciones acorde a sus imperativos sociales y culturales.

La brecha salarial ajustada, mide la diferencia en las retribuciones de mujeres y hombres controlando las características individuales y estableciendo las comparaciones entre mujeres y hombres que comparten características. Es decir, se trata de controlar las diferencias de tal forma que se puedan comparar las retribuciones en el desempeño de trabajos equivalentes, lo que permite en mayor grado determinar si se realiza la misma retribución por el mismo trabajo y acercarse más a la definición de discriminación retributiva. Cuantas más variables con incidencia en las retribuciones se controlen, más ajustado será el cálculo de la brecha.

Por otro lado, la **brecha salarial no explicada, también llamada no ajustada**, es aquella que no tiene una explicación propia ni objetiva, aparentemente. Se refiere al porcentaje de la diferencia total que no puede atribuirse a diferencias en características objetivas de los individuos, sino a las distintas retribuciones que reciben por estos atributos. Es importante recordar que todo lo que se refiere a esta parte “no explicada” también remite a distintas formas de desigualdad como pueden ser la

menor posibilidad de acceso a la educación o la asimétrica distribución del trabajo doméstico no remunerado, entre otras.

La brecha salarial no ajustada es aquella que mide la diferencia porcentual bruta entre el salario de hombres y de mujeres, sin tener en cuenta sus características socioeconómicas (nivel educativo, años de experiencia...) o del puesto de trabajo (sector de actividad...). Esta es la fórmula que se utiliza normalmente, dado que su cálculo es más sencillo, pese a que la información que proporciona no permitiría extrapolar la existencia de discriminación salarial, pero sí la de discriminación a priori.

Lo que nos permite la brecha no ajustada es visualizar, de una manera más global, el nivel de ingresos de las mujeres respecto de los hombres. Lo cual permite también mostrar si existe o no igualdad en otras cuestiones como, por ejemplo, la estabilidad de los contratos, el tipo de jornada, los complementos salariales, etc.

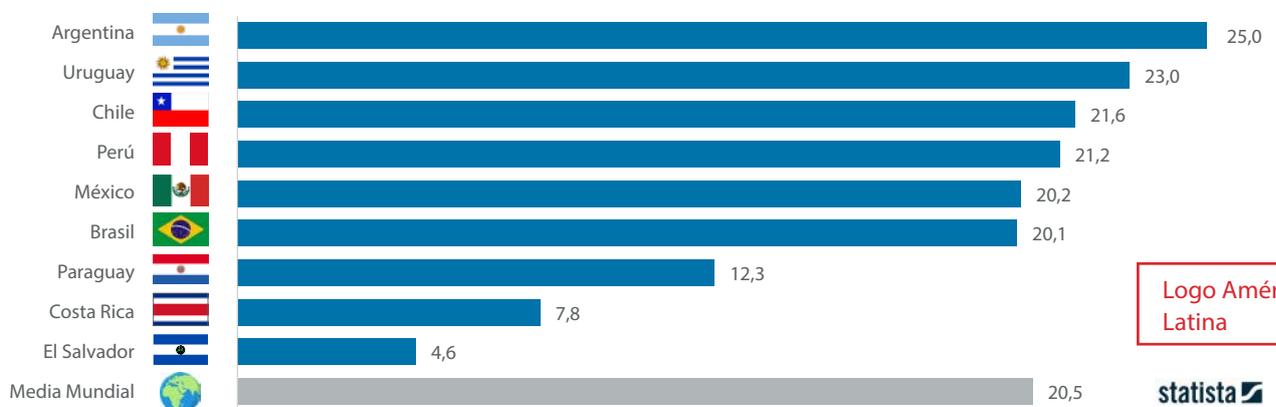
Sus cifras nos indican en definitiva las diferencias salariales que sirven para reflejar las diferencias en las condiciones laborales y las posiciones ocupadas por mujeres y hombres en una organización laboral, aunque en principio no ayudarían a cuantificar la discriminación salarial.

En el siguiente gráfico podemos analizar la brecha salarial de género, en concreto en Latinoamérica:



¿A cuánto asciende la brecha salarial en Latinoamérica?

Brecha salarial en ingresos mensuales entre hombres y mujeres en América Latina (en %)*



Logo América Latina



Países seleccionados

* Porcentaje del salario de los hombres que no cobran las mujeres. Estimaciones elaboradas con datos de 2016 o último año disponible.

Fuente: Global Wage Report 2018/19. Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Género y seguridad social

Una vez vistas, a grandes rasgos, las distintas desigualdades de género que nos encontramos en el ámbito del empleo, vamos a hacer hincapié en lo que respecta al ámbito que nos ocupa, la Seguridad Social.

El tema en sí es muy amplio, por lo que vamos a intentar dar unas pinceladas que permitan al menos entender cómo opera la variable “género” cuando la introducimos en el ámbito de la Seguridad Social.

Pero ¿por qué hablamos de género y Seguridad Social? ¿existe realmente esta relación que hace que el género merezca una atención especial?

En 2001, la Conferencia Internacional del Trabajo concluyó con una resolución centrada en la necesidad de priorizar las iniciativas de reforma de la seguridad social que aumentaran la cobertura. En esta resolución, la Conferencia Internacional del Trabajo puso énfasis en el tema de género:

“La seguridad social debería fomentar y basarse en principios de la igualdad de género. No obstante, esto significa no sólo trato igualitario para hombres y mujeres en situaciones iguales o similares, sino también medidas para garantizar la igualdad de hecho para las mujeres. La sociedad obtiene un enorme beneficio del cuidado no remunerado que proporcionan las mujeres, en especial a los niños, los padres y los familiares impedidos. Las mujeres no deberían verse más tarde perjudicadas por el sistema por haber hecho esta contribución durante la edad en que podían trabajar” (OIT, 2002: 3).

Los sistemas nacionales e internacionales contemplan la igualdad de género como indispensable en relación con la protección social. Sin embargo, desde una perspectiva de género, los sistemas de seguridad social albergan elementos objetivos, pero también otros que no lo son y que perjudican de manera sistemática a las mujeres. Esta discriminación de género se explica por múltiples dinámicas y prácticas, profundamente enraizadas en la cultura, relacionadas en gran medida, aunque no únicamente, con las desigualdades existentes en el mercado de trabajo.

Para comenzar, cabe resaltar que en la mayoría de los países Iberoamericanos atendemos a sistemas de protección social contributivos. La Seguridad Social es un sistema basado en la contribución de la población activa y orientado a garantizar el bienestar de la sociedad de un Estado. Ofreciendo prestaciones que mantengan el equilibrio económico en casos de enfermedad, discapacidad, maternidad, jubilación, etc.

Esto nos da ofrece ya una pieza clave a tener en cuenta, la contribución de la población activa.

En los apartados precedentes hemos analizado cómo el género influye en el tipo de trabajo, tanto en el ámbito como en la categoría/puesto. Y esto es determinante para el cálculo de las contribuciones que cada persona realiza a la Seguridad Social.

Si existe desigualdad en la actividad laboral, inevitablemente se verá reflejada en las contribuciones realizadas por hombres y mujeres. Y, en sistemas de Seguridad Social contributivos, esto revierte directamente en la percepción de las prestaciones; por ejemplo, las presiones.

Queda manifiesto que mujeres y hombres no realizan la misma contribución y ni hacen el mismo uso de las prestaciones.

Hay un dato relevante, a tener en cuenta en esta parte y es el envejecimiento de la población y la inversión de la pirámide poblacional. Un hecho que ya es una realidad actualmente, a nivel mundial y que tiene grandes condicionantes de género pues el envejecimiento no se da por igual en hombres y mujeres.

En general, prácticamente en todos los países, las mujeres tienen mayor esperanza de vida que los hombres y esto genera el fenómeno conocido como “feminización de la vejez”.

Una realidad que viene acompañada por el hecho de que muchas de estas mujeres, van a llegar a edades avanzadas en situación de viudedad. Algo a tener en cuenta en las prestaciones sociales a percibir en esta etapa de la vida, pues se dirigen en gran medida a mujeres solas.

Pero, además, estas prestaciones, como hemos analizado, vienen determinadas por la contribución en la etapa laboral. Y muchas de estas mujeres, por los roles de género asignados, habrán contribuido de manera muy desigual respecto a los hombres. Llegando incluso a no poder acceder al sistema de prestaciones en los casos en lo que el rol de cuidadoras haya sido asumido como trabajo único, lejos del empleo remunerado y regulado.

Cabe destacar aquí el tema de la interseccionalidad, que hemos nombrado al inicio de la unidad. Pues la situación de muchas mujeres que trabajan en ámbito de cuidados es de irregularidad, sobre todo con el componente migratorio²⁵, por lo que, aunque hayan recibido remuneración por esos trabajos, carecerán igualmente de acceso a sistema de prestaciones.

No obstante, también existen pensiones no contributivas por edad, en las que los beneficios pensionales no responden a ningún tipo de aporte o contribución personal. Algunos de estos programas están focalizados, en el sentido de que protegen exclusivamente a quienes no han podido acceder a una pensión contributiva y no superan determinado nivel de ingresos y en otros se trata de pensiones universales que se dan a todas las personas mayores de una determinada edad.

Otro componente clave dentro de la Seguridad Social, sin duda, es la salud. Si bien hemos hablado ya de ella en cuanto a esperanza de vida, la influencia del género en este campo va más allá.

Para entender de manera gráfica y sencilla esto, proponemos empezar con el visionado del siguiente vídeo:

https://www.youtube.com/watch?v=s_n5FeOS36U

Las diferencias de género en cuanto a la salud son innegables, pero, como hemos visto en el inicio de la unidad, tenemos que tener precaución para no asimilar ideas construidas y relacionadas con el género con características biológicas. Pues esto ha llevado en numerosas ocasiones a lo largo de la historia, y también de la presente a otorgar legitimidad a la relación entre enfermedad y debilidad con las características biológicas de las mujeres, ejemplo de ello la menopausia, la menstruación, etc. Percepciones que pueden, y así lo han hecho, privar a las mujeres del control de sus propios cuerpos.

La comprensión de la forma en que los factores biológicos y sociales interactúan en diferentes aspectos de la salud se torna fundamental para entender cómo funciona el género en su relación con la salud. Ello tiene consecuencias no solo para la salud de las mujeres sino, también, para la de los hombres. Las altas tasas de mortalidad y de lesiones en los hombres, debidas a los accidentes de conducción, por ejemplo, pueden ser una consecuencia del fenómeno relacionado con el género de quien conduce y quien es dueño de los automóviles.

En relación con el ámbito de la salud se encuentran también los riesgos laborales.

Hilando esta con la segregación que hemos visto en el empleo, tanto horizontal como vertical, podemos afirmar que los trabajos que mayoritariamente realizan hombres no conllevan los mismos riesgos que los que realizan las mujeres en mayor proporción.

Y, aunque a priori pudiéramos pensar que al relacionar los masculinos con lo físico, los riesgos para ellos son mayores, hay que resaltar que para ellos hay más riesgos en materia de seguridad; pero no en cuanto a cantidad de riesgos. Pues los trabajos que están entendidos como “femeninos”, implican muchas veces riesgos relacionados con las posturas de trabajo inadecuadas, demasiado tiempo de pie, trabajos repetitivos, manipulación de objetos de poco peso y riesgos psicosociales relacionados con la organización del trabajo.

A esto se añade, como hemos visto con anterioridad, que ellas son mayoría en trabajos precarios y con peores condiciones.

Igualdad de género

De todas estas cuestiones, de lo determinante del género también en la Seguridad Social, y de las situaciones de discriminación y desigualdad en el trabajo que hemos analizado, surge la necesidad de tener un enfoque de género y apostar por la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres; tanto en el ámbito público como en el ámbito privado.

Pero, antes de continuar con estas medidas, es necesario responder a una pregunta clave: ¿a qué nos referimos exactamente cuando hablamos de igualdad?

Es importante hacer una primera diferenciación entre igualdad y equidad. Dos conceptos que a veces usamos de manera indistinta pero que tienen matices importantes a tener en cuenta.

Cuando hablamos de **IGUALDAD DE GÉNERO** nos referimos a una visión, un empoderamiento y una participación de ambos sexos en todas las esferas de la vida pública y privada. Es decir, promover la plena participación de las mujeres y de los hombres en la sociedad de manera conjunta.

Cabe mencionar, que dentro de igualdad tenemos que hacer una pequeña división dado que pueden existir dos tipos distintos de igualdad:

²⁵ Es indispensable nombrar en este punto el concepto de “cadenas globales de cuidados”. Mujeres que se mueven a otras partes del mundo a asumir las tareas de cuidados que otras mujeres no pueden realizar por su incorporación al mercado de trabajo.

– Igualdad formal:

Se refiere al reconocimiento de la igualdad de derechos entre mujeres y hombres en la normativa jurídica de un Estado o internacional.

Además de reconocer esta igualdad de derechos se refiere también a la no prohibición expresa en la normativa de situaciones de discriminación.

– Igualdad real:

Que exista igualdad formal, algo muy importante tanto en cuanto supone una responsabilidad de los Estados o entes internacionales garantizarla, no significa que directamente exista una igualdad real en la cotidianidad de mujeres y hombres.

Existe una brecha entre la igualdad formal y la igualdad real, entre el hecho del reconocimiento como iguales de la legislación y que efectivamente lo seamos.

Esta brecha da lugar a las medidas conocidas como de Igualdad de Oportunidades o a la necesaria transversalización de la perspectiva de género. Ambas son herramientas para que esa igualdad legislativa se convierta en igualdad efectiva y real.

Por otro lado, está el término **EQUIDAD**, con el que nos referimos a un principio de justicia emparentado con la idea de igualdad y el reconocimiento de las diferencias sociales. Podemos entonces definir la equidad como una “igualdad en las diferencias” basada en los derechos humanos y la igualdad de oportunidades.

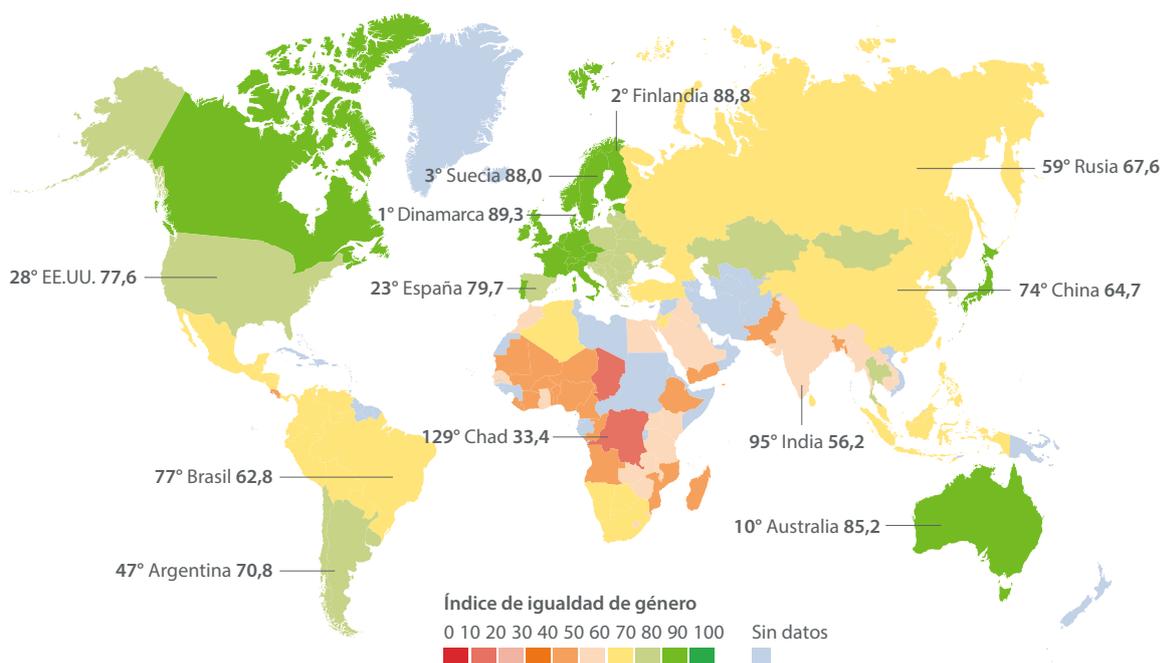
He aquí una conocida imagen que puede ayudar a entender la diferencia entre una y otra.



Una vez conocidos los conceptos, ¿cómo estamos en materia de igualdad de género a nivel mundial? Aquí dejamos una imagen que muestra la comparativa en 2019 y que nos dice que todavía tenemos camino por recorrer.



Estado de la igualdad de género en el 2019 (Raúl Camañas)



Y ahora... ¿Cómo puedo transversalizar la perspectiva de género?

A continuación, ofrecemos algunos elementos a tener en cuenta para trabajar en aras de esa igualdad real y efectiva en nuestro entorno laboral, y que puede aplicarse también a nuestra experiencia individual y personal.

Lenguaje y comunicación inclusiva

Como hemos visto el lenguaje es una pieza clave en el trabajo por la igualdad de género, por ello el uso de un lenguaje y una comunicación inclusiva y no sexista es imprescindible en esta lucha.

“El lenguaje no es una creación arbitraria de la mente humana, sino un producto social e histórico que influye en nuestra percepción de la realidad. Al transmitir socialmente al ser humano las experiencias acumuladas de generaciones anteriores, el lenguaje condiciona nuestro pensamiento y determina nuestra visión del mundo” (UNESCO).

Estas son algunas de las herramientas que nos pueden ayudar a incorporar este lenguaje inclusivo:

- Utilizar términos que incluyan a mujeres y hombres. Existen términos neutros o que engloban ambos géneros y son igualmente útiles y adecuados para sustituir al uso del masculino como genérico. Un recurso fácil en estos términos suele ser utilizar la palabra “persona” o “personas”, para ayudar en casos más complejos.

Por ejemplo:

En lugar de...	Se puede utilizar...
Los argentinos	La sociedad/ la población argentina
Los trabajadores	La plantilla
Los derechos de los niños	Los derechos de la infancia
Los profesores	El profesorado
Los médicos	El personal médico o sanitario

- Una de las más prácticas es usar sustantivos o nombres abstractos relacionados con el cargo, la profesión, ...en lugar del adjetivo referido a la persona

En lugar de...	Se puede utilizar...
¿Quién es el Tesorero?	¿Quién se encarga de la Tesorería?
Dirigido al coordinador del equipo	Dirigido a la Coordinación del equipo
La oficina del Director	La oficina de Dirección

- Cambiar el artículo que marca el género por “quien” /“quienes” o por la omisión del mismo.

En lugar de...	Se puede utilizar...
Los que se reunieron	Quienes se reunieron
El consumo de alcohol en los jóvenes	El consumo de alcohol en jóvenes
Enviaron la solicitud los que tenían	Enviaron la solicitud quienes tenían
Curso dirigido a los profesionales de la salud	Curso dirigido a profesionales de la salud

En casos en los que sea posible saber a quién nos dirigimos exactamente, cuando es una persona concreta, se debe intentar personalizar. Y, en casos difíciles en los que no encontramos una palabra que englobe a ambos géneros o la fórmula para realizarlo de manera neutra, siempre podemos utilizar lo que se conoce como el “desdoble”. Esto es, nombrar ambos: amigos y amigas, socias y socios, ...

Muchas veces cuesta darnos cuenta de qué lenguaje se está usando en la frase o de qué manera se nombra, para ello podemos cambiar la palabra dudosa por su correspondiente género opuesto. Si la frase queda inadecuada o suena rara, es que la anterior estaba utilizando un lenguaje no inclusivo.

Otro elemento importante dentro de la comunicación es la imagen. Es muy importante atender a no reproducir estereotipos en las imágenes que promovemos en las campañas, anuncios, memorias, justificaciones...

Esto implica prestar mucha atención para no sacar a mujeres solo en los roles aceptados para ellas (madres, cuidadoras, limpiadoras, cocineras, ...) ni a hombres en sus roles estereotipados (trabajadores, alejados de niñas y niños, en posiciones de poder, ...) En muchas ocasiones el trabajo realizado es mucho más inclusivo e igualitario de lo que las imágenes muestran. Es muy importante mostrar la realidad con toda su diversidad, tal y como es.

Para visibilizar cómo de influyente puede ser el lenguaje inclusivo, os dejamos este vídeo:

<https://www.youtube.com/watch?v=29La-ob67Ac>

Datos desagregados

Una clave importante es que muchas veces no tenemos datos para saber cómo están influyendo las medidas, políticas, acciones, ... a hombres y mujeres. Tenemos un cómputo global de datos, pero no sabemos si se están produciendo desviaciones o discriminaciones en materia de género. Lo que, además, puede suponer la existencia de un sesgo a la hora de caracterizar la realidad de mujeres y hombres que no estamos teniendo en cuenta y que puede arrojar información errónea.

Por ello es imprescindible tener datos desagregados por sexo/género. Esto implica tener en cuenta en estadísticas, cuestionarios y evaluaciones esta variable.

Uno de los ámbitos en los que esto puede ser realmente útil y relevante es en las investigaciones sociales e informes derivados de estas.

Medidas o acciones positivas/ afirmativas²⁶

Estas son medidas o acciones dirigidas a corregir una discriminación histórica que ha sufrido un grupo o colectivo.

Una de las premisas más destacables de estas es que son medidas temporales, que no pretenden dilatarse en el tiempo y ser estables, sino que están pensadas para corregir una desigualdad existente para poder tener un punto de partida igualitario sobre el que trabajar. No han llegado para quedarse, sino que pretenden eliminar una situación discriminatoria concreta para hacer frente al verdadero problema que subyace.

Lo cierto es que, en muchas ocasiones, si no se atiende a la realidad particular que está generando el desajuste, es imposible atender al problema realmente.

Aun así, es innegable que muchas de las medidas o acciones positivas desarrolladas permanecen más de lo deseado; pues la desigualdad que pretenden eliminar está más arraigada de lo esperado.

Tal y como hemos visto, estas serían un conjunto de medidas tomadas en origen para que la igualdad formal consagrada en la actual legislación sea también, al fin, igualdad real.

En ocasiones, cada vez menos, se denominan "medidas de discriminación positiva". Esta denominación se originó por la idea de revertir la discriminación existente, pero la realidad es que estas medidas no generan nuevas discriminaciones. No buscan acabar con una discriminación hacia las mujeres discriminando a los hombres. Nada más lejos de la realidad.

Por ello es importante entender que no son generadoras de desigualdades o discriminaciones, sino correctoras de estas en términos de equidad (como hemos analizado antes) para poder alcanzar la igualdad real.

De este modo, esta última denominación aportada no representa la realidad de lo que son estas medidas. Y, como hemos visto, el lenguaje es importante para generar un cambio; por lo que la realidad es que son, y así debemos nombrarlas, "medidas positivas" o "acciones positivas" (también "afirmativas").

Protocolos de no discriminación

Quizás sea una de las medidas más conocidas, pero no por ello menos efectiva o útil.

La existencia de protocolos para garantizar la no discriminación en el entorno de trabajo supone un posicionamiento claro de la entidad/ empresa en cuanto a la igualdad y a su política de trabajo. Pero también es una herramienta realmente indispensable para que quien pueda sufrir algún tipo de discriminación sepa qué hacer para acabar con esta y cuente con el apoyo y no culpabilización o cuestionamiento por parte de la entidad.

Es por eso que es necesario contar con protocolos específicos que se dirijan a situaciones concretas, más allá de un posicionamiento global contra la desigualdad.

Entender la diferencia entre el acoso sexual/ por razón de género/ acoso laboral²⁷, es necesario para poder abordar cada situación con su casuística particular. Protocolos específicos ante discriminaciones específicas, es algo imprescindible.

²⁶ Su definición, en el artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de toda forma de Discriminación contra la Mujer (CEDAW por sus siglas en inglés): "medidas especiales de carácter temporal encaminadas a acelerar la igualdad".

²⁷ Aquí un artículo para entender esto según la OIT https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:-NO::P12100_ILO_CODE:C190

Además, esto refuerza la idea de que la discriminación no es natural. Y que, aunque en ocasiones la naturalicemos como sociedad, no se van a permitir determinadas actuaciones relacionadas con los estereotipos de género; pues igual que se construyen, se pueden deconstruir.

Medidas que fomenten la corresponsabilidad, la conciliación

También es importante adoptar medidas que favorezcan un cambio cultural en cuanto a las tareas de cuidados. Desde facilitar lugares de cuidado de hijas e hijos cerca o dentro del entorno de trabajo hasta jornadas flexibles para poder conciliar la vida personal (no solo familiar) y laboral. Las medidas que fomentan la igualdad real de hombres y mujeres en el entorno laboral no inciden solo en el ámbito de trabajo, sino que suponen en muchos casos un cambio cultural y un avance real hacia una sociedad igualitaria.

Además, una plantilla que se siente realizada, también a nivel personal, y que no sufre el estrés de conciliar sin apoyos, supone una plantilla más productiva; generando mayores beneficios para la empresa o entidad.

Indicadores de género y formulación con perspectiva de género

Si bien los datos desagregados son un buen comienzo, en ocasiones incluso estos se pueden quedar cortos en cuanto a información ofrecida. Por ello, podemos seguir avanzando en esta línea incluyendo en los proyectos y evaluaciones indicadores de género.

Estos nos permiten observar cómo evolucionan aspectos de la desigualdad como consecuencia de los roles de género, porque parten de que esa es la realidad existente. Si queremos trabajar de verdad en aras de la igualdad una parte indispensable es conocer la realidad de la que partimos.

Los indicadores de género no solo nos ofrecen datos para las estadísticas y para conocer impacto numérico, sino que nos aportan información concreta sobre el impacto real que estamos teniendo. Incluso nos permite detectar necesidades sobre las que seguir incidiendo, así como errores o fallos que se estén produciendo y analizar qué es lo que no está funcionando y porqué.

Pero no solo los indicadores nos aportan datos, pues la información que nos ofrecen es *a posteriori*. Si queremos realizar un trabajo igualitario desde su nacimiento es necesario que incorporemos la perspectiva de género desde su formulación.

Así, ya en el momento mismo de pensar en el proyecto u acción a realizar, debemos tener en cuenta la variable del género y cómo esta puede influir en todas las fases del proceso.

De dónde obtenemos la información que sirve de línea base y/o necesidad de la que nace el proyecto, qué parte de la población está siendo implicada, en qué circunstancias, qué se está teniendo en cuenta, quién determina los tiempos, a qué parte de la población o colectivo nos dirigimos y porqué, ... y un largo etcétera que dependerá mucho de la particularidad de cada caso.

A esto se añaden los conocidos como "Presupuestos sensibles al género". Estos, teniendo en cuenta esa transversalización de la perspectiva de género que hemos analizado, nos permiten también poner énfasis en otorgar recursos económicos también de manera equitativa. Favoreciendo así los ámbitos históricamente infravalorados e infradotados y analizando cómo influyen el género en la dotación de recursos, y la repercusión social que esto tiene.

Un presupuesto con enfoque de género reconoce las diferentes contribuciones de las mujeres y hombres en la producción de bienes y servicios, así como en el trabajo humano para movilizar y distribuir los recursos. La elaboración de presupuestos con un enfoque de género contribuye de manera efectiva a paliar la discriminación y la desigualdad y promueve el uso efectivo de los recursos públicos.

En definitiva, sirven para visibilizar y paliar desigualdades, prestando atención a los recursos que se destinan y/o benefician a las mujeres al tiempo que promueven el buen gobierno, la transparencia y fomentan la participación.

Pero hay que prestar especial cuidado en su formulación, pues no significa que haya que asignar a los hombres la mitad de los recursos y a las mujeres la otra mitad, ni que haya que tener presupuestos específicos para unos y para otras.

Quizás esta cuestión a veces se nos presenta como algo más específico y tenemos dificultades para llevarlos a cabo. Por ello os dejamos aquí unos ejemplos, hay muchos más, que pueden ayudarnos en la preparación de estos presupuestos

<http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE0999.pdf>

http://unidaddegenero.gobiernodigital.gob.mx/wp-content/uploads/sites/5/2017/06/PR58-Presupuestos_sensibles_genero.pdf

Transversalización de la perspectiva de género en la seguridad social, unas pinceladas

Hemos analizado con anterioridad cómo influye el género en el ámbito de la Seguridad Social, por lo que podemos ahora resumir que para superar esa discriminación resulta indispensable modificar las dinámicas y las prácticas en las que se sustenta, así como incluir la equidad de género en el diseño e implementación de las políticas económicas y sociales, y específicamente en las relacionadas con los sistemas de protección social.

Esto no significa solo añadir el término “mujer”, o la opción a señala “hombre” o “mujer” en cuestionarios, ni añadir un apartado en los informes sobre “componente de mujer”. Hay que ir más allá.

Es:

- Colocar los temas de igualdad de género en el centro mismo de las decisiones sobre políticas, planes, presupuestos, estructuras y procesos institucionales.
- Colocar a las mujeres y los hombres en posiciones equitativas de decisión respecto a los procesos de formulación de políticas, diseño programático, y asignación de recursos.
- Incidir en las políticas públicas, significa modificar los contenidos sexistas implícitos en la acción de gobierno e imbuir a la administración pública de contenidos sobre la igualdad, la no discriminación, el reconocimiento de los derechos y la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres.

Tal y como hemos visto en el apartado de “Género y Seguridad Social”, existen tres pilares básicos a tener en cuenta. En ellos podemos implementar la perspectiva de género de la siguiente manera:

Pensiones

Estas son algunas de las medidas para reforzar la equidad de género en materia de seguridad contributiva que se están aplicando en los países de la Comunidad Iberoamericana:

- Establecimiento de tablas de mortalidad únicas para ambos sexos en el cálculo de prestaciones.
- La igualación progresiva de la edad de jubilación de hombres y mujeres.
- Las disposiciones que extienden a las uniones de hecho los derechos derivados previstos para las uniones matrimoniales.
- La adopción de disposiciones de acción positiva, como subsidiar un bono por hijo o hija o reducir los años de cotización obligatorios de las mujeres en retribución al tiempo que dedican al trabajo doméstico, de cuidado y crianza.
- Eliminar las prácticas discriminatorias derivadas de la no distinción entre los géneros en el diseño de los programas de seguro social. Estos programas no suelen hacer distinción entre los géneros, lo que implica que la mayoría de sus disposiciones no tratan de forma diferente a hombres y mujeres. Sin embargo, al asumir que la norma es el empleo formal, a largo plazo y a tiempo completo, estos programas discriminan implícitamente a las mujeres.
- Otro conjunto de medidas son las dirigidas a fortalecer las regulaciones del mercado de trabajo (como salarios mínimos y prohibición de la discriminación salarial) y otras medidas y prestaciones sociales (como las de conciliación de la vida familiar y laboral) dirigidas a crear igualdad de condiciones para las mujeres en los mercados laborales. Junto a ellas, cabe destacar las acciones dirigidas a la sensibilización y capacitación en materia de igualdad entre mujeres y hombres, no discriminación y seguridad pública dirigida a responsables del diseño e implementación de políticas públicas y titulares de instancias gubernamentales, empresas y sindicatos, entre otros actores y agentes de cambio en el ámbito laboral.

Sanidad

- Asegurar recursos y financiamiento suficientes para la salud pública a fin de promover la equidad en la salud en general y, más concretamente, la equidad de género en materia de salud.

- Crear nuevos conocimientos para promover la equidad de género mediante la investigación en las ciencias biomédicas y sociales.
- Crear incentivos y estructuras para reducir al mínimo el sesgo de género (y el sesgo relacionado con clase, raza, edad o cualquier otra condición) en los programas y servicios de salud.
- Promover un enfoque intersectorial de la salud que reconozca las influencias en la equidad en salud ubicadas fuera del sector de atención de la salud.

Servicios Sociales

La transversalización de la perspectiva de género de los Servicios Sociales específicos requerirá un diagnóstico desde la perspectiva de género, un diseño que tenga en cuenta la brecha de género y el papel que los roles tradicionales desempeñados por hombres y mujeres juega en su implementación, un desarrollo adaptado a la división sexual del trabajo y las necesidades propias de cada sexo y, por último, una evaluación continua del impacto que sobre la igualdad de género tiene su integración en la estructura social.

Unido a esto, es importante que entre los servicios sociales sigan existiendo servicios que atiendan necesidades urgentes de las mujeres y que no presenten los hombres como el caso de la violencia de género, que es el ejemplo más claro, pero también el de la atención a la maternidad o la prevención de embarazos adolescentes. Como hemos dicho, estas políticas específicas de género deben ir acompañadas de la implantación progresiva de la transversalidad de género como nueva forma de trabajo que permeabilizará la perspectiva de género en las instrucciones de los distintos organismos públicos y privados.

Además...

Junto a la transversalización de la perspectiva de género, el EMPODERAMIENTO de las mujeres es un pilar fundamental para conseguir una igualdad real.

Este concepto, acuñado por primera vez en la Conferencia Mundial de las Mujeres en Beijing (Pekin) en 1995, se refiere al aumento de la participación de las mujeres en los procesos de toma de decisiones y acceso al poder.

ONU Mujeres y el Pacto Mundial de las Naciones Unidas han diseñado una serie de principios que puedes encontrar en el siguiente link:

https://www.pactomundial.org/wp-content/uploads/2017/03/Women-s-Empowerment-Principles_2011_es-pdf.pdf

Estos principios se desarrollaron para ayudar a las empresas a crear unas políticas que permitan el empoderamiento de las mujeres con el fin de:

- Conseguir economías más fuertes.
- Establecer sociedades más justas.
- Alcanzar los ODS (Objetivos de Desarrollo Sostenible) y Derechos Humanos acordados.
- Mejorar la calidad de hombres y mujeres en las familias y de las comunidades.
- Promover las prácticas empresariales.

Porque, de nuevo, no se trata de una cuestión aislada que solo se refiere a las mujeres; sino que la igualdad de género revierte en beneficios para toda la sociedad en su conjunto.

Glosario de términos

Feminismo

“El feminismo es un movimiento social y político que se inicia formalmente a finales del siglo XVIII y que supone la toma de conciencia de las mujeres como grupo o colectivo humano, de la opresión, dominación y explotación de que han sido y son objeto por parte del colectivo de varones en el seno del patriarcado bajo sus distintas fases históricas de modelo de producción, lo cual las mueve a la acción para la liberación de su sexo con todas las transformaciones de la sociedad que aquella requiera” (Victoria Sau)

“Entendemos por feminismo, de acuerdo con una tradición de tres siglos, un tipo de pensamiento antropológico, moral y político que tiene como su referente la idea racionalista e ilustrada de igualdad entre los sexos” (Celia Amorós)

Machismo

Falsa percepción de que los hombres están por encima de las mujeres y que construye en base a esto su idea del mundo y de las relaciones entre hombres y mujeres de manera desigualdad.

Hembrismo

Sería el término opuesto, el antónimo, al machismo. La falsa percepción de que las mujeres están por encima de los hombres.

Androcentrismo

El androcentrismo es la visión del mundo que sitúa al hombre como centro de todas las cosas. Esta concepción de la realidad parte de la idea de que la mirada masculina es la única posible y universal, por lo que se generaliza para toda la humanidad, sean hombres o mujeres.

El androcentrismo conlleva la invisibilidad de las mujeres y de su mundo, la negación de una mirada femenina y la ocultación de las aportaciones realizadas por las mujeres.

(Mujeres en red: <http://www.mujeresenred.net/>)

Patriarcado

No es sólo un sistema basado en la opresión del conjunto de las mujeres por el conjunto de los hombres, sino que se basa en diferencias de poder y formas de opresión y sometimiento entre los propios varones y también entre las mujeres. (Inés Hercovich).

Aunque existen diversas definiciones a lo largo de la historia: <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article1396>

Interseccionalidad

La interseccionalidad es un marco diseñado para explorar la dinámica entre identidades coexistentes (por ejemplo, mujer, negra) y sistemas conectados de opresión (por

ejemplo, patriarcado, supremacía blanca). El término fue creado por Kimberlé Crenshaw y desafía el supuesto que sigue socavando el movimiento feminista: que las mujeres son un grupo homogéneo, igualmente posicionado por las estructuras de poder. (Colectivo Afrofeminas: <https://afrofeminas.com/2019/01/24/interseccionalidad-definicion-historia-y-guia/>)

Transversalización

En julio de 1997 el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC) definió el concepto de la transversalización de la perspectiva de género en los siguientes términos:

“Transversalizar la perspectiva de género es el proceso de valorar las implicaciones que tiene para los hombres y para las mujeres cualquier acción que se planifique, ya se trate de legislación, políticas o programas, en todas las áreas y en todos los niveles. Es una estrategia para conseguir que las preocupaciones y experiencias de las mujeres, al igual que las de los hombres, sean parte integrante en la elaboración, puesta en marcha, control y evaluación de las políticas y de los programas en todas las esferas políticas, económicas y sociales, de manera que las mujeres y los hombres puedan beneficiarse de ellos igualmente y no se perpetúe la desigualdad. El objetivo final de la integración es conseguir la igualdad de los géneros.”

(<http://www.ilo.org/public/spanish/bureau/gender/newsite2002/about/defin.htm>)

5

- **Calidad regulatoria**
- **Jorge Villarino Marzo²⁸**

²⁸ Doctor en Derecho. Letrado de las Cortes Generales (en exc.) Socio y Director de Regulación de Vines.



1. Introducción: técnica normativa y la importancia de la calidad de las normas

Decía el maestro Alonso Olea que *“en el estado y situación actuales de nuestra cultura jurídica, los modos de producción y de exteriorización del derecho pueden considerarse universales, siendo sus diferencias las que emanan del peso relativo que cada ordenamiento concede a cada tipo de fuente”*²⁹. No obstante, es verdad, que por razón de conocimiento y cercanía, en muchos aspectos haré referencia a mi experiencia más cercana, la española.

A través de las siguientes líneas no se pretende llevar a cabo una reflexión general sobre las bondades de una adecuada técnica normativa, ni adentrarnos en las características del Derecho de la Seguridad Social; sino hacer una reflexión combinada de ambos elementos con la finalidad de contribuir a la implantación o potenciación de algunas buenas prácticas. Se trata además de un ámbito jurídico donde esa relación alcanza, como veremos, una particular dimensión. No en vano, como afirmara Gustav Radbruch, *“la idea del Derecho social no es simplemente la idea de un Derecho especial destinado a las clases bajas de la sociedad, sino que envuelve un alcance mucho mayor. Se trata, en realidad de una nueva forma estilística del Derecho, en general. El Derecho social es el resultado de una nueva concepción del hombre por el Derecho.”*³⁰

Una construcción adecuada de las normas jurídicas ha constituido desde siempre uno de los elementos consustanciales al Derecho y así lo han manifestado prestigiosos juristas a lo largo de la Historia, incluyendo a algunos que dedicaron sus trabajos a esta materia específicamente. Es el caso por ejemplo de Jeremy Bentham que afirmaba que *“cualquiera que sea el fin que pretenden las leyes, no podrán conseguirlo si es imposible conocerlas”*; o también el de los lamentos que ponía de manifiesto Francesco Carnelutti al afirmar que *“el ordenamiento jurídico, cuyo mayor mérito debiera ser la simplicidad, ha venido a ser por desgracia un complicadísimo laberinto en el cual, a menudo, ni aquellos que debieran ser los guías consiguen orientarse”*.

Sin embargo, aunque la técnica normativa ha formado parte de la reflexión doctrinal, la preocupación por ella en el plano oficial es relativamente reciente. Desde este pun-

to de vista, centrado en el campo de la técnica legislativa, y siguiendo a García-Escudero Márquez³¹, podemos decir que el origen es anglosajón y más concretamente cabe situarlo en un órgano, creado en 1869: el *Parliamentary Counsel Office (PCO)*. También es importante mencionar la aportación alemana, que a partir del último tercio del siglo XX se erige en pionera en Europa continental, con la adopción de normas de técnica legislativa: directrices y Checklisten o cuestionarios. En Italia existe la *Guida alla redazione dei testi normativi*. En España es en 1991 cuando se dictan las Directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de ley desde 1991, que se vieron sustituidas por unas Directrices de Técnica normativa de 22 de julio de 2005. En Iberoamérica ha sido creciente la preocupación igualmente por esta materia. Pensemos al respecto, y a título de ejemplo, en el Manual centroamericano de técnica legislativa que bajo la dirección del Dr. Hugo Alfonso Muñoz, fue editado en el año 2000 por la Comisión Interparlamentaria Centroamericana de modernización legislativa.

Existen diferentes ámbitos de aplicación objetiva o material de la técnica normativa y de la técnica legislativa, siendo la primera referida a las normas en sentido amplio y la segunda concerniente a aquellos supuestos en los que la norma tiene o va a tener rango de ley y consiguientemente, salvo puntuales excepciones, se ve afectada en su elaboración por la participación de la institución parlamentaria. Una prueba de lo dicho por ejemplo es que en España las Directrices de 1991 antes citadas tenían como objeto exclusivo la elaboración de anteproyectos de ley, es decir, de los textos que luego van a ser objeto de tramitación parlamentaria. Por su parte, las Directrices de 2005 ampliaron su objeto e incluyeron los de real decreto, propuestas de acuerdo del Consejo de Ministros y, en todo lo que sea posible, también se aplicaban a las disposiciones y actos administrativos de los órganos de la Administración General del Estado que se publicaran en el Boletín Oficial del Estado.

También existe debate desde el punto de vista doctrinal en cuanto a hasta dónde llega la técnica normativa. García-Escudero Márquez sitúa la técnica legislativa como parte de la ciencia de la legislación, que además incluiría otros cuatro campos fundamentales: la teoría general de la legislación, la analítica, la táctica, y la metódica de la legislación³².

²⁹ <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/139/7.pdf>

³⁰ RADBRUCH, G., (1951): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 157.

³¹ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., (2005): “Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario”, *Revista Asamblea*, núm 13, España, pp. 123 y 124.

³² GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., (2005), op. cit, p. 122.

En este sentido, la perspectiva desde la que la vamos a abordar no va a ser reduccionista, es decir, no va destinada exclusivamente a ver cómo se debe redactar una norma, qué lenguaje se va a utilizar, qué estructura debe tener y bajo qué rúbricas, sino que vamos a utilizar un concepto amplio incluyendo necesariamente su integración en un todo, que no es otro que el ordenamiento jurídico. Ihering por ejemplo defendía esta dimensión más amplia, por cuanto la concebía como una rama del “arte” jurídico cuyo objeto es la perfección formal del Derecho, además del conjunto de procedimientos mediante los cuales pretende alcanzarse un fin propuesto.

Y es que desde el punto de vista de su estudio, ha habido lógicamente un proceso evolutivo. Como nos recuerda Tudela Aranda, si bien en un primer momento el interés por la técnica normativa se centró en la adecuada elaboración de los textos normativos, poco a poco se fue ampliando su ámbito de actuación respecto a aspectos más complejos, como la integración de la norma en el ordenamiento, especialmente en lo referido a las dificultades derivadas de la coexistencia de diversos órdenes jurídicos³³. Vidal Moreno refleja también esta idea de transición cuando parte de que si bien *“la técnica legislativa, integrada en la más amplia Teoría de la legislación, es un oficio (o arte, como le llama la mayoría de la doctrina) que tiene como principal preocupación que las leyes (o más en general, las normas) se elaboren con calidad”*, no es menos cierto que *“las leyes, las normas jurídicas, sólo cobran sentido en relación con el resto de leyes o normas que forman parte del ordenamiento jurídico en el cual todas se integran”*³⁴. Y en la misma línea Cruz Villalón descubre tres estratos de significados bajo la noción de calidad de la ley³⁵:

- En un primer y amplio significado, calidad equivale a bondad, acierto, adecuación y técnica.
- En un segundo nivel, la calidad se vincula a los caracteres propios de la ley y trae a colación los conceptos de generalidad y estabilidad con sus acólitos, la racionalidad y la coherencia del ordenamiento en su conjunto (*Systemgerechtigkeit*).

³³ TUDELA ARANDA, J., (1994), “La legitimación competencial y la técnica normativa”, en CORONA FERRERO, J., PAU I VALL, F., y TUDELA ARANDA, J. (Coords.), La técnica legislativa a debate, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, p. 94.

³⁴ VIDAL MARÍN, T. (2013), “Técnica Legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, España, p. 324.

³⁵ CRUZ VILLALÓN, P. (2004): “Control de calidad de la ley y calidad del control de la ley”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN, A. (Dirs), *La proliferación legislativa: un desafío del Estado de Derecho*, Navarra, Civitas, p. 62.

- Y en un tercer nivel, la calidad de la ley se reconduce a principios constitucionales tales como seguridad jurídica como protección de la confianza y certeza del Derecho, interdicción de la arbitrariedad o tolerabilidad (en el sentido de la *Zumutbarkeit*).

Esta dimensión más amplia de técnica normativa resulta algo particularmente relevante cuando nos enfrentamos ante un ordenamiento como el de la Seguridad Social que está alimentado por numerosos centros de producción normativa e informado por una pluralidad de fuentes normativas como posteriormente veremos. Y es que, el Derecho de la Seguridad Social, que a pesar de su natural vinculación, particularmente en el ámbito docente, ha adquirido una autonomía propia con respecto del Derecho del Trabajo, se ha constituido en una disciplina compleja en continuo cambio fruto de la confluencia de factores jurídicos, pero también económicos, sociales, financieros, tributarios y lógicamente políticos. En palabras de Cavas Martínez, podemos decir que el *“Derecho de la Seguridad Social constituye una disciplina de relevancia indiscutible, integrada por instituciones de gran complejidad, que se presenta con tintes esotéricos para quien no es especialista; quien se aventura en sus senderos se ve absorbido de inmediato por una colosal normativa de dispar rango y cronología”*³⁶.

Uno de los profesores que mejor ha reflexionado sobre esta materia, Sainz Moreno, afirma que el objeto de la técnica legislativa no es sólo la buena redacción de las leyes, sino que afecta a cuestiones más generales y trascendentes, como son la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico y la calidad, la publicidad y la viabilidad de las normas. En esta misma línea, define la técnica normativa como el arte de constituir un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas, esto es, un ordenamiento que haga efectivo el principio de seguridad jurídica. Y es que, como afirma el mismo profesor, *“el problema no se encuentra sólo en defectos imputables a cada norma aislada, sino también al ordenamiento en su conjunto. Por eso, la técnica normativa ha de establecer reglas que sirvan tanto para mejorar la calidad de las normas en sí mismo consideradas como, sobre todo, la adecuada integración de esas normas en el ordenamiento. Consideradas aisladamente, las normas han de reunir unos requisitos mínimos de claridad expresiva, de estructura formal y de lógica interna; consideradas en*

³⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F. (2016), “El nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social... o la historia interminable”, *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1, pp. 379-393.

relación con el contexto, las normas han de ajustarse a las circunstancias de la realidad sobre la cual actúan y han de integrarse en un ordenamiento preexistente”³⁷.

En la misma línea, y como veremos con detalle más adelante, el Tribunal Constitucional español ha señalado que el objeto de la técnica legislativa es detectar los problemas que la realización del ordenamiento jurídico plantea y formular las directrices para su solución, sirviendo por tanto a la seguridad jurídica. Es precisamente este principio el pilar sobre el que se fundamenta constitucional, filosófica y jurídicamente la necesidad de una adecuada técnica normativa tal y como vamos a ver. Las propias Directrices de Técnica Normativa de 2005 en España señalan como una de las causas de su aprobación, *“lograr un mayor grado de acercamiento al principio constitucional de seguridad jurídica, mediante la mejora de la calidad técnica y lingüística de todas las normas de origen gubernamental con la homogeneización y normalización de los textos de las disposiciones”*.

2. Principio de seguridad jurídica y técnica normativa

2.1. La seguridad jurídica y sus dimensiones

Contrariamente a lo que se pudiera pensar, la calidad normativa a través de una adecuada técnica no es algo que carezca de trascendencia o fundamentos constitucionales. No es una mera cuestión estilística o de buen hacer, sino que tiene una conexión con algunos de los principios generales del Derecho. En concreto se ha vinculado al principio de seguridad jurídica que se proyecta tanto en el momento de elaboración de la norma como en el momento de aplicación de la misma, sea por la Administración o sea por los tribunales. Al fin y al cabo, como se dijo con motivo de la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana de 2008, en la conocida como Declaración de Brasilia: *“es el Estado quien debe garantizar en primer término la seguridad jurídica, que implica el funcionamiento adecuado de la totalidad del ordenamiento jurídico de un país, con pleno respeto a las reglas preestablecidas y a los mecanismos de modificación de las mismas, así como que esta garantía sólo se consigue con el esfuerzo coordinado de los diferentes poderes públicos”*.

En su aplicabilidad por la Administración, y más concretamente en el plano del orden social, la relación entre técnica y seguridad jurídica la ha apuntado también la Sala Constitucional de Costa Rica, en sus Sentencias 03728-10 y 1767-12, al afirmar que *“el principio de seguridad jurídica implica que ningún ciudadano puede ser sometido a un estado de absoluta incerteza en cuanto al momento en que va a recibir un determinado servicio público, mucho menos en el caso de la salud y la vida, bienes constitucionales esenciales del ser humano”*.

En cuanto a la aplicabilidad del Derecho por los tribunales, ha sido claramente expuesto por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con base en una sólida jurisprudencia que nos resume Bouazza Ariño³⁸: *“en la sentencia Stefanica y otros c. Rumanía, de 2 de noviembre de 2010, entre otras. f) El principio de seguridad jurídica tiende, sobre todo, a garantizar una cierta estabilidad de las situaciones jurídicas y a favorecer la confianza de los ciudadanos en la justicia. La persistencia de decisiones judiciales divergentes puede crear un estado de incertidumbre jurídica que implique una reducción de la confianza del público en el sistema judicial, confianza que es uno de los componentes fundamentales del Estado de Derecho. Así lo dijo el Tribunal, por ejemplo, en la sentencia recaída en el caso Vincic y otros c. Serbia, de 1 de diciembre de 2009. g) Sin embargo, las exigencias de la seguridad jurídica y de la protección de la confianza legítima de los justiciables no consagran un derecho a una jurisprudencia constante, como se dijo en la sentencia Unédic c. Francia, de 18 de diciembre de 2008. En efecto, la evolución de la jurisprudencia no es contraria a la buena administración de justicia, por lo que el abandono de una visión dinámica y evolutiva entorpecería toda reforma y mejora (sentencia Atanasovski c. la ex República yugoslava de Macedonia, de 14 de enero de 2010. h) En fin, la diferencia de trato dada en dos litigios no debe entenderse como una divergencia de jurisprudencia, si se justifica en base a una diferencia de las situaciones de hecho en causa (Uçar c. Turquía, de 29 de septiembre de 2009). A sensu contrario, ante los mismos hechos, los cambios de jurisprudencia deberán motivarse para alcanzar una justificación”*.

Pero más allá de esa vertiente de la aplicabilidad del Derecho, de enorme relevancia, nos vamos a ocupar en las líneas que siguen del ángulo referido a la elaboración de las normas. Y es que la seguridad jurídica, en definitiva, sea en el momento ex ante, de su elaboración, en el de

³⁷ SÁINZ MORENO, F. (1995), “Problemas actuales de la Técnica Normativa”, *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 1, pp. 55-69.

³⁸ BOUAZZA ARIÑO, O. (2014), “Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, pp. 255-293.

su aplicación diaria, como en el de interpretación de las normas, es consustancial a un Estado de Derecho. Así lo ha señalado de manera muy simplificada el Consejo de Estado español: *“la seguridad jurídica garantizada en el art. 9.3 de la Constitución española significa que todos, tanto los poderes públicos como los ciudadanos, sepan a qué atenerse, lo cual supone por un lado un conocimiento cierto de las leyes vigentes y, por otro, una cierta estabilidad de las normas y de las situaciones que en ella se definen. Esas dos circunstancias, certeza y estabilidad, deben coexistir en un estado de Derecho”*.

Y es, en línea con lo apuntado, un mecanismo de garantía del individuo. Como ha subrayado la Sala Constitucional de Costa Rica en su Sentencia 267-12: *“Reiteradamente la Sala ha indicado que la seguridad jurídica es un principio constitucional que en su sentido genérico consiste en la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán aseguradas por la sociedad, protección y reparación: es la situación del individuo como sujeto activo y pasivo de relaciones sociales, que sabiendo o pudiendo saber cuáles son las normas jurídicas vigentes, tiene fundamentales expectativas de que ellas se cumplan”*. Y tiene tanto una dimensión subjetiva, en cuanto que *“convicción que tiene una persona de que la situación de que goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social”*; como objetiva, que *“se confunde con la existencia de un estado de organización social, de un orden social”*.

Esta misma idea tiene su plasmación en el plano doctrinal donde, entre muchos otros, lo reafirma Delpiazzo al señalar que *“la seguridad jurídica tiene un componente objetivo fincado en la certeza de la positividad del Derecho y su observancia, y en su aspecto subjetivo tiene en cuenta la confianza puesta por la persona en el comportamiento correcto de quienes deben aplicarlo”*³⁹.

En definitiva, ha sido precisamente la Sala Constitucional en Costa Rica, en lo que ahora nos interesa, y ya en el plano de la técnica normativa, la misma que ha apuntado en la citada Sentencia que las normas no se deben modificar, y consiguientemente elaborar, sin “ese valor jurídico que pretende dar certeza contra las modificaciones del Derecho, procura evitar la incertidumbre del Derecho vigente, es decir, las modificaciones jurídicas arbitrarias, realizadas sin previo estudio y consulta”.

2.2. Técnica normativa, seguridad jurídica y el juicio de constitucionalidad

Lo antedicho no obsta, como ha dicho el Tribunal Constitucional español, a que “el juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa” (STC 109/1987). Como señalaba en la STC 226/1993 “el control de jurisdiccionalidad de la ley nada tiene que ver con su depuración técnica”; aunque no faltan quienes defienden con gran solidez argumental lo contrario⁴⁰.

Es cierto que en su Sentencia 150/1990 afirmaba que *“una legislación confusa, oscura e incompleta, dificulta su aplicación y, además de socavar la certeza del Derecho y la confianza de los ciudadanos en el mismo, puede terminar por empañar el valor de la justicia”*. Ahora bien, como maticaba en la Sentencia 76/1990 *“lo anterior no conduce a considerar que las omisiones o las deficiencias técnicas de una norma constituyan, en sí mismas, tachas de inconstitucionalidad: siendo, por otra parte, inherente al valor superior del pluralismo (art. 1.1 de la Constitución) que las leyes puedan resultar acertadas y oportunas a unos como desacertadas e inoportunas a otros”*; como tampoco cabe considerar, según la citada Sentencia 150/1990, que *“se infringe el principio de seguridad jurídica cuando un texto normativo no se plantea y resuelve por sí mismo de modo explícito todos los problemas que puede suscitar su aplicación. Sin perjuicio de la conveniencia de apurar, en la medida de lo posible, la regulación y solución de tales problemas con arreglo a estrictos criterios de técnica legislativa, su silencio en la ley no supone en todo caso un atentado contra la seguridad jurídica...”,* ya que *“cada norma singular no constituye un elemento aislado e incomunicado en el mundo del Derecho, sino que se integra en un ordenamiento jurídico determinado, en cuyo seno, y conforme a los principios generales que lo informan y sustentan, deben resolverse las antinomias y vacíos normativos, reales o aparentes, que de su articulado resulten”*.

No obstante, en lo que ahora nos interesa, la misma Sentencia 150/1990 afirmaba –nótese que terminando con un condicional– que *“si, en el contexto ordinamental en que se inserta y teniendo en cuenta las reglas de interpretación admisibles en Derecho, el contenido o las omisiones de un texto normativo produjeran confusión o dudas que generaran en sus destinatarios una incertidumbre razonablemente insuperable acerca de la conducta exigible para su cumplimiento o sobre la previsibilidad de sus efectos, po-*

³⁹ DELPIAZZO, CARLOS. E. (2007), “El principio de seguridad jurídica en un mundo virtual”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 11, p. 8.

⁴⁰ GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2010), *“Técnica Legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las Leyes?”*, Civitas, Madrid.

dría concluirse que la norma en cuestión infringe el principio de seguridad jurídica”.

Y es precisamente este último punto el que conecta con una Sentencia clave en materia de adecuada técnica normativa y su particular vinculación con el principio de seguridad jurídica. Se trata de la Sentencia 46/1990 del Tribunal Constitucional en la que este decía expresamente: *“la exigencia del 9.3 (de la Constitución española) relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas como la que sin duda se genera en este caso dado el complicadísimo juego de remisiones entre normas que aquí se ha producido. Hay que promover y buscar la certeza respecto a qué es Derecho y no, como en el caso ocurre, provocar juegos y relaciones entre normas como consecuencia de las cuales se introducen perplejidades difícilmente salvable respecto a la previsibilidad de cuál sea el Derecho aplicable, cuáles las consecuencias derivadas de las normas vigentes incluso cuáles sean éstas. La vulneración de la seguridad jurídica es patente y debe ser declarada la inconstitucionalidad también por este motivo”.*

A mi juicio Pulido Quecedo ha resumido muy acertadamente la doctrina, compleja y prudente a la vez, del Tribunal Constitucional español sobre la relación entre técnica normativa y seguridad jurídica en su dimensión de criterio de constitucionalidad. Afirma el autor que *“el control jurídico-constitucional de la ley en materia de técnica legislativa viene caracterizado por la nota esencial de su instrumentalidad respecto al juicio de constitucionalidad, propiamente dicho. El juicio de constitucionalidad no lo es de técnica legislativa, si bien el enjuiciamiento en vía de recurso, de defectos técnicos, puede determinar, según los casos, un juicio de inconstitucionalidad sub especie de técnica legislativa”*⁴¹.

Pero la última Sentencia citada no solo tiene la importancia de marcar la inconstitucionalidad de una ley fruto de la vulneración del principio de seguridad jurídica por una deficiente técnica normativa, sino que además hace referencia a dos cuestiones íntimamente relacionadas y que entroncan directamente, como vamos a ver más adelante, con la dimensión social del Estado: el volumen de normas que rigen una misma materia y la confusión respecto a las relaciones entre las mismas.

Esto se conecta con el siguiente punto que vamos a tratar y es el considerable cambio que supuso en las características de los ordenamientos jurídicos el surgimiento del Estado Social de Derecho, que tiene como una de sus principales manifestaciones los mecanismos de Seguridad Social.

3. El estado social

3.1. El nacimiento del Estado Social y sus características

La idea del Estado Social propiamente tiene su origen, como la del Estado de Derecho, en Alemania. Entre sus precursores más notables debe mencionarse a Lorenz von Stein (1815-1890), para quien el fin principal de la administración es la solución del problema social mediante la protección y asistencia a los más débiles⁴². Sin embargo, como ha descrito con rigor y maestría el profesor García-Pelayo, la idea concreta del Estado social de Derecho se debe al tratadista alemán de Teoría del Estado, Hermann Heller, quien, entre los años veinte y treinta del siglo pasado, lo propugna como alternativa socialdemócrata entre la anarquía económica y la dictadura fascista; se trata de no renunciar al Estado de Derecho sino de dar a éste un contenido económico y social, de realizar en el marco del Estado de Derecho un nuevo orden laboral y de distribución de bienes. Lo que inicialmente forma parte del ideario de los partidos socialdemócratas pasa progresivamente a extenderse a los partidos democristianos, conservadores o liberales, de manera más o menos intensa, según los momentos, lugares e ideologías políticas de los gobernantes⁴³. Esa generalización implica que el Estado social significa históricamente el intento de adaptación liberal-burgués a las condiciones de la civilización industrial y postindustrial.

Es también García Pelayo quien señalaba fundamentalmente cinco notas características del Estado Social que a continuación reproducimos⁴⁴:

- la superación de las posibles contradicciones entre la titularidad formal de unos derechos públicos subjetivos y su ejercicio efectivo;

⁴¹ PULIDO QUECEDO, M. (1999), “El control jurídico-constitucional en materia de técnica-legislativa”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, pp. 1783-1806.

⁴² VILLAR BORDA, L. (2007), “Estado de derecho y Estado social de derecho”, *Revista Derecho del Estado*, p. 83.

⁴³ GARCÍA PELAYO, M. (1981), *“Las transformaciones del Estado contemporáneo”*, Alianza Universidad, pp. 16-18.

⁴⁴ Idem, pp. 92 a 104.

- la prosecución de la procura existencial, es decir, por la acción estatal destinada a crear las condiciones para la satisfacción de aquellas necesidades vitales que, en las complejas condiciones de la sociedad de nuestro tiempo, no pueden ser satisfechas ni por los individuos ni por los grupos;
- la concepción del status de ciudadanía no sólo como una común participación en valores y en derechos políticos, sino también en los bienes económicos y culturales;
- una política orientada hacia la configuración de la sociedad por el Estado dentro de los patrones constitucionales y;
- ser un Estado de prestaciones, de modo que a los preceptos constitucionales que limitan su actividad añade otros que le fijan objetivos para su acción legislativa y administrativa, con lo cual la *Grundkompetenz*, cuyos límites han sido establecidos por los primeros, recibe unos objetivos definidos por los segundos.

En fin, también en el plano jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia en su Sentencia SU-747 de 1998 (Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes), describe muy bien lo que implica el paso al Estado Social: *“la acción del Estado debe dirigirse a garantizarle a los asociados condiciones de vida dignas. Es decir, con este concepto se resalta que la voluntad del Constituyente en torno al Estado no se reduce a exigir de éste que no interfiera o recorte las libertades de las personas, sino que también exige que el mismo se ponga en movimiento para contrarrestar las desigualdades sociales existentes y para ofrecerle a todos las oportunidades necesarias para desarrollar sus aptitudes y para superar los apremios materiales”*.

3.2. Estado Social y Seguridad Social

Como resulta lógico por algunas de las notas descritas, una de las consecuencias fundamentales del Estado Social –y sin entrar en disquisiciones respecto a sus diferencias con el concepto de Estado del Bienestar⁴⁵– es

⁴⁵ Ver al respecto el excelente artículo de FERNÁNDEZ MIRANDA, A. (2003), “El Estado Social”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, pp. 139-160. Por su parte de manera gráfica Santamaría pastor señala que en el siglo XIX se culmina y hace crisis el proceso de acumulación de poder por parte de la organización pública, alumbrando una forma estatal cuy característica más notoria radica en la intervención generalizada en la totalidad de los campos de la vida social y económica; una forma política llamada Estado del bienestar o Estado-providencia y, que en términos jurídicos suele conocerse como Estado Social y democrático de Derecho. SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *“Principios de Derecho Administrativo. Volumen I”*, Centro de Estudios Ramón Areces, p. 69.

el surgimiento y desarrollo de los sistemas de Seguridad Social. Como señalara Gerhard Ritter, el concepto de Estado Social, que en Alemania se remonta al siglo XIX, en la República Federal de Alemania se interpretaba como Estado que defiende la mejora del status jurídico y las condiciones de vida de sus ciudadanos y que para ello persigue especialmente los siguientes objetivos⁴⁶:

- El Estado Social pretende garantizar asistencia ante la pobreza y la miseria. Los medios más importantes para lograrlo son, en la mayoría de los países, la Seguridad Social para el conjunto de los ciudadanos y la asistencia social para los más necesitados. En una serie de países desempeña un papel esencial además la propuesta de servicios sociales por parte del Estado, como por ejemplo el servicio de sanidad.
- El Estado Social procura promover una mayor igualdad entre sus ciudadanos reduciendo, hasta cierto punto, las diferencias en el bienestar y disminuyendo sobre todo la dependencia del trabajador ante el patrono. Persigue este mismo fin también el apoyo a las familias numerosas, la financiación estatal de la educación, la orientación de la política económica hacia el objetivo del pleno empleo, el establecimiento de salarios mínimos, así como un sistema fiscal que grave en mayor grado los ingresos más altos para la financiación del gasto público.
- El Estado Social se esfuerza por mejorar el *status* jurídico de las personas mediante disposiciones de protección al trabajador y mediante la declaración, en la Constitución, de derechos fundamentales en cuanto a lo social.

En 1952, la Organización Internacional del Trabajo estableció el Convenio 102 denominado “Norma Mínima de Seguridad Social”; la cual define a la Seguridad Social como un sistema que comprende una serie de medidas oficiales, cuya finalidad es proteger a la población, o a gran parte de ésta, contra consecuencias de los diversos riesgos sociales como la enfermedad, el desempleo, los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales, las cargas de familia, la vejez, la invalidez y el fallecimiento del sostén de la familia.

Igualmente en el ámbito jurisprudencial se ha tenido ocasión de señalar lo que implica la Seguridad Social y su posterior desarrollo a lo largo de la segunda mitad del siglo XX. En su Sentencia 65/1987, el Tribunal Constitucional español explicaba la progresiva evolución del sistema con el paso de los años: *“La Seguridad Social se ha convertido en una función del Estado. Efectivamente,*

⁴⁶ RITTER, G.A., (1990) “Los comienzos y el desarrollo del Estado Social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la 2ª Guerra Mundial”, *Studia Historica. Historia Contemporánea*, pp. 157-170.

el mandato contenido en el artículo 41 de la Constitución Española dirigido a los poderes públicos de mantener un régimen público de Seguridad Social que garantice la asistencia y las prestaciones sociales suficientes en situaciones de necesidad supone apartarse de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias. Si bien, en el sistema español actual, se mantienen características del modelo contributivo, no es menos cierto que, al tenor del mandato constitucional citado, el carácter de régimen público de la Seguridad Social su configuración como función del Estado, y la referencia a la cobertura de situaciones de necesidad –que habrán de ser precisadas en cada caso– implica que las prestaciones de la Seguridad Social (...) no se presenten ya –y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas– como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual. El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que éste se configure como un régimen legal, en tanto que las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca”.

4. Técnica normativa y estado social

4.1 Consecuencias del Estado social en la naturaleza del ordenamiento jurídico

Como señala a su vez Santamaría Pastor, las transformaciones que se han descrito en los apartados anteriores han supuesto para la estructura del Estado una serie de cambios como el hecho de que ha actuado como un factor de impulsión en el proceso de crecimiento de las estructuras y órganos estatales; y por un singular fenómeno de interpenetración entre el Estado y la sociedad y el correlativo desdibujamiento de sus respectivas fronteras. Pero en particular, con el citado autor, cabe destacar, en lo que nos afecta, el desplazamiento del centro de gravedad del poder estatal desde el órgano y función legislativa a la Administración: en una frase tópica, pero expresiva, –añade Santamaría Pastor– “del Estado legislativo, propio del régimen liberal, se ha pasado a un Estado administrativo”⁴⁷.

Lo que ahora nos ocupa es en qué medida dicho Estado Social de Derecho ha tenido unas consecuencias en la elaboración de las normas, en la técnica normativa y en las características del ordenamiento jurídico. Estas últimas han sido muy bien resumidas por la profesora Galiana Saura: la transformación de la concepción de la ley y la complejidad del ordenamiento jurídico que a su vez se proyecta en la hipertrofia normativa por un lado; y la diversidad de fuentes normativas y la proliferación de centros de producción normativa por otro⁴⁸.

4.1.1. El cambio en la concepción de la Ley

Lo cierto es que estas notas características han sido particularmente impactantes, –tanto el cambio de concepción de la ley como la hipertrofia normativa– en el ámbito del Derecho Administrativo en sentido amplio, es decir, incluyendo estructuralmente al Derecho Financiero y al Derecho de la Seguridad Social. Como reflejara García de Enterría en una obra cuyo título ya de por sí es bastante ilustrativo⁴⁹, pasamos de un concepto clásico de la Ley que tenía como función definir un orden abstracto de justicia, con pretensión de estabilidad y permanencia sobre el cual los sujetos podrían planificar sus vidas con seguridad y certidumbre a una ley medida que “*renuncia deliberadamente a las dos cosas y se presenta abiertamente como una norma ocasional, contingente, explicable sólo en función de una situación o problema determinados que se pretende enderezar o superar, en todo caso conformar, mediante una determinada política en consideración a un cierto objetivo que se intenta alcanzar en el tiempo*”. Ello alcanza, continua el citado autor, una especial proyección en el Derecho Administrativo –incluyendo, insistimos, el Derecho de la Seguridad Social– “*por ser en su ámbito donde preferentemente se articulan y ordenan esas políticas públicas singulares, como por un dato estructural básico de sus organizaciones, su carácter burocrático, fuente última de la iniciativas legislativas y reglamentarias*” y, añadimos, del Derecho subterráneo de la Seguridad Social al que luego nos referimos.

El paso del Estado Liberal al Estado Social del Derecho conlleva un cambio de paradigma en cuanto a las fuentes del Derecho utilizadas. Se pasa, como más arriba se ha apuntado, de un ámbito de absoluto protagonismo de la ley en sentido estricto, a una realidad marcada por

⁴⁷ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., op. cit., p. 71.

⁴⁸ GALIANA SEGURA, A. (1999), “La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho”, *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/2/galiana.html>

⁴⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), “*Juticia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*”, Civitas, pp. 51-52.

la importancia de la potestad reglamentaria. Ello viene dado en gran medida como consecuencia de la creciente intervención del Estado en la vida social y en particular en la vida económica y social. Es, como ya se decía, el paso a un Estado gestor y distribuidor de recursos públicos que hace frente a la creciente complejidad de la realidad social. En palabras de Manuel Delgado Iribarren, *“el Estado social no es solo un poder regulador sino también gestor y distribuidor. La consecuencia inmediata es la extensión de las políticas públicas desde los tradicionales campos de la educación, la sanidad o la seguridad social, a la intervención en el mundo laboral y económico así como en el urbanismo y la vivienda, el medio ambiente, la cultura y los medios de comunicación social, o la especial protección de los ciudadanos que más la necesitan”*.

Pero de manera más relevante, insistimos, lo que supone también es un elemento transformador del concepto de ley en sentido clásico, en el sentido que marcará Rousseau. Como luego pondremos de manifiesto con algunas malas prácticas en el ámbito especialmente del Derecho de la Seguridad Social, se pierden las notas clásicas de la generalidad de la norma. En palabras de Santamaría Pastor, *“la sociedad y la política ya no se gestionan sólo, ni principalmente, mediante la edición de normas generales, sino mediante la adopción de medidas concretas: el dogma de la generalidad de la ley ha tenido que ceder ante la evidencia que supone la proliferación incontenible de leyes singulares”*⁵⁰. También en otras latitudes se ha observado este mismo fenómeno *“la falta de coherencia normativa de las leyes, las dudas en la interpretación de las normas, la pérdida de la fuerza de la ley, la proliferación o inflación legislativa son algunos de los factores que han contribuido al debilitamiento de la ley o de lo que se ha venido a llamar crisis de la ley”*⁵¹. En acertadas palabras de la profesora Galiana, *“El Derecho del Estado se expande, en general, con la producción de normas especiales, que, tal y como señala Irti, conforman micro-sistemas, es decir, conjuntos de normas concretas que, promulgadas para particulares instituciones o clases de relaciones, se enlazan en principios comunes de regulación”*⁵².

Uno de esos micro-sistemas es sin duda el que conforma el Derecho de la Seguridad Social, que sin embargo, como vamos a ver inmediatamente, se caracteriza por convertir-

se en un macro-sistema informado por un conjunto sumamente disperso de fuentes normativas en sentido clásico y de decisiones administrativas de proyección general que dan lugar a una enorme complejidad y que desde el punto de vista subjetivo provocan una falta de certeza en el ciudadano en tanto que destinatario del mismo.

4.1.2 Complejidad del ordenamiento: hipertrofia normativa y pluralidad de fuentes

Y es que la segunda nota transformadora del Derecho que señalábamos es la de la complejidad del ordenamiento jurídico que se proyecta a su vez en la hipertrofia normativa, que Carl Schmitt reflejara en su expresión *“legislación motorizada”* y Ortega en su *“legislación incontinente”*. Al fin y al cabo, este modelo de Estado, a diferencia del Estado liberal, se caracteriza por ser un Estado intervencionista; un Estado que interviene en el ámbito económico y que, asimismo, se caracteriza por hacer posible lo que Ernst Forsthoff bautizó con el nombre de *procura existencial*. Este intervencionismo del Estado en el plano económico-social se produce, precisamente, a través de normas jurídicas, lo que, obviamente, conlleva un incremento considerable de las mismas⁵³.

La segunda nota característica de la complejidad del Derecho de la Seguridad Social es que tiene una gran cantidad de fuentes, a lo que ha contribuido en gran medida, como señalaba ya hace años Montoya Melgar, *“tanto la superación del principio «laboralista», que pretendía encerrar las normas de previsión en los límites del contrato de trabajo, como la superación del principio «nacionalista», que pretendía confinar a la Seguridad Social dentro de círculos geopolíticos insolidarios”*⁵⁴. Procedamos a ver a continuación esas fuentes:

- **Las fuentes internacionales:** declaraciones de derechos, como por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que reconoce el derecho de toda persona a la seguridad social; los convenios de la Organización Internacional del Trabajo, como por ejemplo el Convenio 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social; tratados internacionales de naturaleza multilateral, como el Tratado Constitutivo de la Comunidad Iberoamericana de Seguridad Social de 17 de Marzo de 1982 o, en el ámbito de una mayor integración, el Reglamento Comunitario Nº 1408/71 de 14 de Junio de 1971, relativo a la aplicación de los Regímenes

⁵⁰ SANTAMARÍA PASTOR, J.A., op. cit. 230-231.

⁵¹ VILLOTA CERNA, M.A., PÉREZ PAREDES, Y.J., RENGIFO ARÉVALO, G.J. (2015) *“La Ley y la Técnica Legislativa”*, Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, Congreso de la República del Perú, p. 11.

⁵² GALIANA SAURA, A. op. cit.

⁵³ VIDAL MARÍN, op. cit. p. 325.

⁵⁴ MONTOYA MELGAR, A., El Derecho Internacional de la Seguridad Social.

de Seguridad Social a los trabajadores por cuenta ajena, a los trabajadores por cuenta propia y a los miembros de las familias que se desplazan en el interior de la comunidad, así como a los apátridas o refugiados que residan en el territorio de los Estados miembros, o el artículo 9 del Protocolo adicional a la Convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales (Protocolo de San Salvador); y los tratados bilaterales enfocados a la seguridad social, como por ejemplo el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República del Ecuador, hecho en Madrid el 4 de diciembre de 2009.

- **Las fuentes internas del Derecho de la Seguridad Social:** comenzando por los textos constitucionales que recogen de manera generalizada el derecho a la seguridad social, como por ejemplo el art. 19.18ª de la Constitución chilena o el art. 34 de la Constitución ecuatoriana; y lógicamente un conjunto muy desarrollado de normas de naturaleza interna que van desde disposiciones con rango de ley hasta desembocar en disposiciones generales de naturaleza reglamentaria y de muy diferente origen.

- A ello se añade lo que se ha venido en denominar el Derecho subterráneo de la Seguridad Social. Si bien coincidimos con Quintero Lima en que es harto discutible su consideración de fuente del derecho, de facto estamos ante ese conjunto de disposiciones de naturaleza pseudo normativa en el sentido de que no traen causa de un centro de producción normativa en sentido clásico, pero que como se apuntaba más arriba tienen tanto una proyección jurídica objetiva, en tanto que condicionan el contenido material de la norma; como subjetiva, por cuanto tienen un efecto jurídico inmediato sobre el ciudadano. En palabras muy gráficas de la profesora Blázquez Agudo, el Derecho de la Seguridad Social informado por las fuentes clásicas antes citadas, *“se complementa con los problemas causados en la práctica que generalmente se resuelven de acuerdo con la aplicación del denominado derecho subterráneo, esto es, las instrucciones internas de las entidades gestoras de la Seguridad Social, a las que el ciudadano tiene limitado el acceso o, en su caso, mediante la jurisprudencia que tiene que valorar los supuestos concretos a la luz de la abigarrada legislación. En definitiva, la dificultad de abordar una reforma integra, estructural y profunda en esta materia significa un importante impedimento en la comprensión y utilización de este derecho”*⁵⁵.

Este conjunto de fuentes en el ámbito específico de la Seguridad Social queda muy bien resumido por el profesor Desdentado Bonete: “el legislador delegante remitía al gobierno la elaboración de la legislación delegada (ley de bases/texto articulado), evidenciando con ello su incapacidad para asumir la regulación de una materia tan compleja como la Seguridad Social, pero, a su vez, la legislación delegada encomendaba su desarrollo a los reglamentos generales que debían ser aprobados por decreto y que, a su vez, preveían que el ministro de Trabajo dictaría las correspondientes órdenes de aplicación, las cuales, por su parte, autorizaban a los órganos administrativos inferiores para resolver las cuestiones que pudieran plantearse en su aplicación, abriendo así la vía para el «derecho subterráneo» de la Seguridad Social (Desdentado Bonete, 1996, 478)”⁵⁶.

Esta pluralidad y complejidad en el ámbito de la Seguridad Social, que hace más acuciante una adecuada calidad regulatoria, ponen en entredicho un adecuado derecho a la Seguridad Social. Y es que como apunta el profesor Das Neves, el derecho a la Seguridad Social requiere, para concretarse, un cuadro normativo preciso, ordenado e institucionalizado, esto es, una vasta y diversificada legislación, debidamente sistematizada y adecuada a las diferentes situaciones en que específicamente pueden encontrarse los interesados⁵⁷. Es necesario en definitiva que tengamos un sistema integrado con una buena técnica regulatoria en la que se vea un hilo conductor conformado por los valores y principios consustanciales a la Seguridad Social como sistema de provisión de una serie de bienes y servicios a los ciudadanos.

La propia Organización Internacional de Seguridad Social apuntaba esta idea de integración que podríamos denominar “en cascada”: *“En tal virtud, la consideración de la Seguridad Social como un derecho inherente y esencial de las personas en los Estados democráticos de derecho y su inescindible relación con la seguridad jurídica y económica de los ciudadanos como requisito previo para el ejercicio de otros derechos, exige la valoración del descenso de los valores, principios, y los derechos constitucionales referidos a la protección social en las normas de inferior jerarquía y su vigencia. En el mismo orden de ideas, el Estado Social de Derecho que parte de un modelo económico flexible empero dentro de ciertos límites, exige la integración de los valores*

⁵⁵ La seguridad social, un sistema en permanente revisión <http://www.legaltoday.com/practica-juridica/social-laboral/laboral/la-seguridad-social-un-sistema-en-permanente-revision>

⁵⁶ DESDENTADO BONETE, A., (1996): “La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del “Código de la Protección Social”», *Relaciones Laborales*, pp. 473-486.

⁵⁷ DAS NEVES, I., (1996): *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 229.

y principios constitucionales más importantes entre los que destacan el trabajo, la solidaridad, la equidad y justicia en el reparto de cargas y privilegios, la igualdad y la diferencia positiva, así como la libertad entre otros”.

Sin embargo, más allá de ese desiderátum integrador y coordinado, la realidad, como apunta muy acertadamente Quintero Lima, es que *“como consecuencia de su formación histórica, así como de sus condicionantes contextuales (contexto económico, contexto social, e incluso contextos político o cultural), si algo caracteriza desde el punto de vista normativo a la Seguridad Social es el gran número de disposiciones de muy diferente rango e importancia que regulan cada uno de sus innumerables aspectos y cuestiones”*; a lo que se añade que *“se trata además de una normativa sometida a frecuentes cambios y sucesivas modificaciones y derogaciones”*⁵⁸. En gran medida es, como apunta el profesor Laporta, *“de la velocidad de cambio de la sociedad postindustrial”*⁵⁹. Precisamente esta velocidad de cambio contribuye a complejizar más el sistema. Efectivamente, completa Blasco Lahoz, la complejidad normativa del sistema de la Seguridad Social se ha producido en estas últimas décadas en gran parte porque las normas han ido apareciendo aluvialmente por oleadas depositándose sobre un substrato regulador preexistente y con líneas de tendencia que se caracterizan por una cierta dispersión y por la regulación frecuente de la Seguridad Social en otras normas no específicas (cooperativas, deporte, incompatibilidades, etc.)⁶⁰.

4.2. Deficiencias de técnica normativa en la regulación de la Seguridad Social

Todo lo anterior deriva en una deficiente integración normativa fruto, en gran medida, de factores exógenos, pero también de una inadecuada técnica regulatoria. Sumado por tanto a la hipertrofia normativa, a los diferentes tipos de fuentes –algunos cuestionables como tal–, hay que añadir los frecuentes cambios en las normas y, en lo que ya es una manifestación directa de problemas de técnica normativa, la citada ausencia de generalidad de la norma, una dispersión normativa, el complejo juego de remisiones, transitoriedades y derogaciones, y el uso inadecuado de normas impropias para reformar la Seguridad Social.

Esto último se encuentra en íntima conexión con el fenómeno de las leyes medida al que anteriormente se ha hecho mención.

4.2.1. Leyes de acompañamiento y leyes ómnibus

Algunos ejemplos de estas leyes medida se han convertido en malas prácticas en el campo de la técnica normativa y han tenido una especial incidencia en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social. En particular, y partiendo aquí sí desde la perspectiva española, me voy a referir a las denominadas leyes de acompañamiento. Estas son una manifestación de lo que también en otras latitudes se conoce como leyes ómnibus, es decir, en palabras de García de Enterría *“aquellas que en un solo instrumento parlamentario introducen variaciones en grandes y distintos sectores del ordenamiento”*⁶¹; o como leyes intrusas, que son aquellas que no guardan homogeneidad en su contenido porque regulan diferentes temáticas. También se utiliza la expresión de las leyes híbridas, que regulan materias inconexas⁶².

En referencia específica a las leyes de acompañamiento, estas se denominaban habitualmente de manera oficial como leyes de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social. La explicación de estas requiere un poco de historia que, siguiendo a Francisco José Cañal, podemos situar en tres etapas:

- Una primera en la que las leyes de presupuestos fueron cobijando en su seno diversas normativas, ajenas a la previsión de los ingresos y autorización de los gastos públicos. La progresiva reacción del Tribunal Constitucional, a lo largo de varias sentencias, fue delimitando el contenido de las leyes de presupuestos.
- Como reacción a esta doctrina, surgió entonces la práctica de elaborar una ley (de acompañamiento, ómnibus) de contenido heterogéneo y aprobación paralela a la de presupuestos. Esta solía contener, añadimos, numerosas disposiciones que afectaban a muy diversos ámbitos de la Seguridad Social.
- Ante las críticas, doctrinales y sociales en general, suscitadas por estas «leyes de acompañamiento», los gobiernos del Estado español abandonaron su empleo a partir del año 2004.

⁵⁸ QUINTERO LIMA, ob. cit., p. 22.

⁵⁹ LAPORTA, F.J., (2004): “Teoría y realidad de la legislación. Una introducción general”, en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN, A. (Dirs), *La proliferación legislativa: un desafío del Estado de Derecho*, Navarra, Civitas, p. 62.

⁶⁰ BLASCO LAHOZ, J.F., (2007): *Curso básico de seguridad social*, Tirant lo Blanch, p. 57.

⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA, E., op. cit., p. 77.

⁶² VILLOTA CERNA, M.A. y otros, op. cit., p. 18.

Existen diversas causas para utilizar este tipo de leyes que, siguiendo a la profesora Giménez Sánchez⁶³, podemos básicamente concretar en dos, y que tienen un particular impacto en el ámbito de la Seguridad Social.

- **Razones de conveniencia política:** las leyes ómnibus —cualesquiera que éstas sean— posibilitan la inclusión de materias varias, sin dar lugar a eternos debates y discusiones parlamentarias, permitiendo así un mayor control del Ejecutivo sobre su propio proyecto a lo largo de toda la tramitación en las Cámaras.
- **Razones de naturaleza económica:** la extrema variabilidad de la realidad política, especialmente acentuada en el campo de la economía, a la que debe hacerse frente de manera constante y con la mayor celeridad posible, exigen en ocasiones de este tipo de normas.

Ambos factores son resumidos muy gráficamente por Ruiz Moreno, quien señala que “hay factores que inciden inevitablemente en la toma de decisiones sobre el futuro de la seguridad social: el factor político, que es determinante, y el factor económico, que es condicionante”⁶⁴.

En España, al margen del contenido propio de las leyes de presupuestos que derivaron en las leyes de acompañamiento, estas o cualesquiera otras de naturaleza heterogénea (que suelen ser de carácter económico y social) -en línea con lo apuntado al inicio de este capítulo- no han merecido sin embargo un reproche constitucional. Como bien ha recopilado Sanz Pérez, *“No ha habido una exigencia de calidad material de las Leyes. Ha sido la STC 136/2011 uno de los fallos que más claramente ha reconocido que la técnica legislativa no es motivo suficiente para motivar una declaración de inconstitucionalidad. Ni siquiera la aprobación de leyes de calidad sería una forma de garantizar el principio de seguridad jurídica. Así, el Tribunal Constitucional ha admitido incluso la constitucionalidad de la Ley de acompañamiento, aunque reconozca que este tipo de Leyes (además del valioso voto particular del Magistrado Sr. Aragón Reyes) «pueda ser eventualmente criticable desde el punto de vista de la técnica jurídica, en modo alguno lo es desde la perspectiva constitucional», y que tiene una «deficiente calidad legislativa». Sin embargo, concluye este fallo indicando que «de manera análoga, podemos afirmar*

*ahora que el dogma de la deseable homogeneidad de un texto legislativo no es obstáculo insalvable que impida al legislador dictar normas multisectoriales, pues tampoco existe en la Constitución precepto alguno, expreso o implícito, que impida que las leyes tengan un contenido heterogéneo... Ni siquiera la vulneración del principio de seguridad jurídica que suponen las Leyes de acompañamiento (como fue la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social) justifica estimar el recurso de inconstitucionalidad”*⁶⁵.

No es España sin embargo, ni mucho menos, el único país que hace frente a la problemática de las conocidas como leyes ómnibus. En otros países como Italia o Francia, esta práctica también es habitual. Merece destacarse el supuesto francés. En este caso, y siguiendo de nuevo a la profesora Giménez Sánchez, nos encontramos cómo no son infrecuentes las normas de contenido variado en materia económica. No obstante, merece destacarse que el Consejo Constitucional francés acotó esta práctica en el caso de la ley de presupuestos, haciendo frente a los denominados *cavaliers budgétaires*, esto es, iniciativas ajenas al ámbito de las leyes de presupuestos, que se aprovechan del procedimiento acelerado propio del examen de este tipo de leyes para entrar en el derecho positivo, cuando habría debido seguir el procedimiento ordinario de elaboración de las leyes.

Sin embargo, como explica de nuevo la citada profesora, en el ámbito concreto de la Seguridad Social hay que recordar que a partir de 1996 se introduce en Francia la figura de las Leyes de Financiación de la Seguridad Social (LFSS), siguiendo el modelo de la Ley de Presupuestos. Y añade que si bien también aquí se proscribió la figura de los *«cavaliers sociaux»*, con dos objetivos: primero, garantizar la coherencia y la calidad de los debates parlamentarios y, además, impedir al Gobierno el abuso de este procedimiento urgente; no obstante *“en este caso la Corte Constitucional lo considera sólo un problema de inadmisibilidad, no de inconstitucionalidad y, por lo tanto, oponible sólo a las enmiendas parlamentarias previamente alegadas en sesión pública y no al proyecto presentado por el Gobierno”*. Se trata de nuevo de un guiño, nada más y nada menos que por parte del más alto tribunal francés, a la realidad tan particular que presenta el fenómeno de la Seguridad Social.

⁶³ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.M. (2008) : «Las leyes de acompañamiento y el problema de las “Leyes Ómnibus”», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, pp. 525-565.

⁶⁴ RUIZ MORENO, A.G., (2013): Los nuevos paradigmas del derecho de la seguridad social en México. The new paradigms of social security law in Mexico. Les nouveaux paradigmes de la loi sur la sécurité sociale du Mexique, *Revista Latinoamericana de Seguridad Social*, Vol. 17, p. 34.

⁶⁵ SANZ PÉREZ, A.L., (2012): Apuntes sobre la técnica legislativa en España, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, pp. 12-38.

4.2.2. Realidad económica, transitoriedad y temporalidad

Y es que la necesaria adaptabilidad de la normativa de la Seguridad Social a la realidad económica es uno de los trasfondos que hace complicada una adecuada técnica normativa o al menos que le enfrenta a una mayor complejidad. Y sin ningún rubor así lo ha reconocido por ejemplo el legislador español. El primer párrafo –algo muy significativo– del Preámbulo de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, rezaba como sigue: *“El carácter dinámico de la regulación normativa de la Seguridad Social que, en razón de los constantes cambios sociales y de la necesidad perentoria de acomodar a éstos los criterios de la protección que aquélla dispensa, se traduce en una actualización constante de las normas aplicables, produciéndose una mutabilidad normativa muy superior a la experimentada en otras parcelas distintas de nuestro ordenamiento jurídico”*.

Solo la citada ley, por poner un ejemplo, afectaba a aspectos sustantivos, relativos a la acción protectora del Sistema de Seguridad Social (incapacidad permanente, muerte y supervivencia, ayuda familiar y asistencia sanitaria) y a aspectos instrumentales, relativos a la gestión y financiación (competencias del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, aplazamiento de pago, intereses de demora, recaudación en periodo voluntario y en vía ejecutiva, reclamaciones de deudas, actas de liquidación de cuotas, determinación de las deudas por cuotas, providencia de apremio, datos de carácter personal, Mateps, patrimonio de las Seguridad Social, cesión de bienes inmuebles y sistema financiero)⁶⁶.

El propio Tribunal Constitucional ha reconocido y amparado esta realidad cambiante al señalar que *“el derecho que los ciudadanos puedan ostentar en materia de Seguridad Social es de estricta configuración legal, disponiendo el legislador de libertad para modular la acción protectora del sistema, en atención a las circunstancias económicas y sociales que son imperativas para la propia viabilidad y eficacia de aquél”* (STC 37/1994, , reiterada en las SSTC 213/2005, y 156/2014).

Es aquí donde nos encontramos ante otros dos problemas generalizados del Derecho y de la técnica normativa en el plano de la Seguridad Social y que ha estudiado

profusamente la profesora Quintero Lima⁶⁷: el Derecho transitorio por un lado y el de la temporalidad o anualidad de las normas por otro. Estamos ante una cuestión que agrava y hace todavía más complejo el Derecho de la Seguridad Social. En palabras de García de Enterría, referidas al Derecho Administrativo en sentido amplio, “la contingencia y la provisionalidad marcan, por ello, el ingente e incesante conjunto normativo en que se manifiesta el ordenamiento (administrativo) en grado incomparablemente superior que en cualquier otro sector del Derecho. El uso sistemático en este campo de la potestad reglamentaria (de utilización tan fácil para la burocracia) hace especialmente fluido el proceso de elaboración y cambio normativo, hasta el punto de hacer de este problema uno de los más relevantes en la aplicación e interpretación del ordenamiento administrativo⁶⁸”.

4.3. Breve referencia al lenguaje normativo

La actual Presidenta del Consejo de Estado español, Fernández de la Vega, escribía en 2005, con motivo del Prólogo a las Directrices de Técnica Normativa en España, que *“es evidente que el lenguaje administrativo ha de servir a los intereses generales y, por lo tanto, que no puede contener elementos que lo vuelvan barroco, inabarcable o farragoso”*.

Efectivamente, otro de los ámbitos de interés de la técnica normativa, en este caso generalizado y sin una particular proyección en el componente de la seguridad social, es el referido al tipo de lenguaje que se debe utilizar en las normas. La progresiva tecnificación de las normas, fruto en gran medida de ese intervencionismo al que se ha venido haciendo referencia, hace que las reflexiones sobre el lenguaje tengan una particular importancia. Máxime si tenemos en cuenta que el destinatario de esas normas, y en particular de la de Seguridad Social, es el ciudadano. Así lo reflejan las propias Directrices al tratar de este punto cuando hablan de que *“el destinatario de las normas jurídicas es el ciudadano. Por ello deben redactarse en un nivel de lengua culto, pero accesible para el ciudadano medio, de manera clara, precisa y sencilla”*.

Y es que de manera prácticamente unánime, todas las directrices o guías enfocadas a la actividad normativa contienen un apartado concerniente a las características del lenguaje. Entre las solicitudes principales aparecen las

⁶⁶ PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., (2004): *“Reformas en la legislación de la Seguridad Social”*, disponible en: http://www.ceav.info/common/contenido/documentos/envio_10_reformas_de_seguridad_social.pdf

⁶⁷ QUINTERO LIMA, M.G. (2006): *Derecho transitorio de seguridad social*, La ley Actualidad, 610 p.

⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, E. op. cit., pp. 51 y 52.

citadas de claridad, precisión y sencillez en el lenguaje. Así acontece, por ejemplo, en Austria, Bélgica, Alemania, Portugal, Italia, Reino Unido o, como acabamos de citar, en el caso de España⁶⁹.

Siguiendo a García-Escudero Márquez, podemos describir rápidamente las referidas notas concernientes a las exigencias de un adecuado lenguaje normativo:

- **Claro:** de fácil comprensión.
- **Sencillo:** concisa, sin elementos superfluos.
- **Preciso:** que no deje lugar a dudas en el lector que ha de cumplirla (ciudadano) o aplicarla (autoridades, funcionarios y jueces).
- **Coherente:** han de utilizarse los mismos términos para expresar los mismos conceptos y la ley no debe contener contradicciones.

Y además, siguiendo aquí a Sáinz Moreno, podemos afirmar que la inteligibilidad de los textos normativos depende de su claridad semántica y de su claridad jurídica:

- **Claridad semántica:** entre el lenguaje jurídico y el lenguaje usual no deben existir diferencias esenciales. El significado de las palabras utilizadas en los textos normativos debe conservar, en principio, el del lenguaje ordinario del que proceden.
- **Claridad normativa:**
 - Los textos deben formular de modo inequívoco su valor normativo, es decir, su naturaleza y su rango.
 - El contenido de cada norma debe tener una estructura argumentativa homogénea completa y lógica, así como respetar una estructura formal tipificada.
 - La claridad normativa exige la adecuada publicidad de las normas: no sólo la publicación en el diario oficial (que ha de ser inmediata, completa y exacta), sino una publicidad suficiente para que pueda ser conocida por el ciudadano.

⁶⁹ CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., (2012): "Los paradigmas de redacción normativa como medio para alcanzar la seguridad: ¿una apuesta segura?, *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 3, pp. 189-219.

5. Conclusiones y recomendaciones

5.1. Conclusiones: un resumen de los problemas analizados

Son muy gráficas y expresivas las palabras que resumen la relación entre técnica normativa y Seguridad Social que utiliza Martínez Girón: *"Hablando con franqueza, en el Derecho de la Seguridad Social lo que repele es su carácter fragmentario y, en especial, la insufrible complejidad de sus múltiples fragmentos. Se trata de una complejidad exacerbada, además, por los continuos cambios que padecen las fuentes (y especialmente, las normativas de todo tipo) directamente reguladoras de los muchos fragmentos a ensamblar; y ello, hasta el punto incluso de poder hablarse de que es verdadera zona sísmica el terreno que aquí pisamos y en el que nos movemos"*⁷⁰.

A modo de resumen, nos hemos encontrado, causas al margen, las siguientes notas características de la técnica normativa en el Derecho de la Seguridad Social, sin perjuicio de que algunas de ellas son trasladables a muchas otras ramas del ordenamiento jurídico:

- La pérdida de la generalidad y abstracción de la ley, existiendo una amplia gama de *leyes medida*.
- La existencia de una gran cantidad de centros de producción normativa que derivan en una ingente cantidad de normas de diferente rango y contenido.
- La proliferación y velocidad de los cambios normativos derivados de los condicionantes económicos, sociales y políticos que tienen, particularmente los primeros, un especial impacto en la normativa de Seguridad Social.
- En conexión con lo anterior, lo contingente de algunas de las normas, que incluso, precisamente por el condicionante económico, tienen una naturaleza anual vinculada a los presupuestos.
- La existencia del referido *Derecho subterráneo*, que implica una concreción de las normas a través de la aplicabilidad por los órganos administrativos y que puede dar lugar a un alto grado de inseguridad jurídica por parte de los operadores y, sobre todo, de los destinatarios de sistema.

Sentados de manera resumida estos problemas, a continuación vamos a señalar lo que consideramos pueden ser algunas buenas prácticas para dar respuesta a las mismas.

⁷⁰ MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., (2005): *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo.

5.2. Algunas recomendaciones

La temporalidad de muchas de las normas de la Seguridad Social, el carácter cambiante de las mismas fruto del contexto económico y social, que condiciona la aplicabilidad práctica más allá de los principios básicos, dificulta sin duda la armazón de un Derecho que tenga unas ciertas dosis de homogeneidad y sobre todo de estabilidad. Sin duda esa naturaleza cambiante y esa ingente cantidad de instrumentos normativos dificultan el conocimiento adecuado de las normas, la codificación y una apropiada técnica normativa. No obstante la dificultad existente no tiene que mitigar los esfuerzos propiamente dichos. Algunos van dirigidos al legislador entendido en sentido amplio, otros al operador jurídico, tanto al administrativo como al judicial, y otros a aspectos de naturaleza eminentemente práctica a los que las instituciones públicas deben contribuir.

5.2.1. Frente a las leyes medida

Que el Derecho de la Seguridad Social tiene una naturaleza cambiante es ya una realidad que se ha demostrado a lo largo de las anteriores líneas. Es por ello por lo que la primera recomendación es una adecuada utilización de las fuentes del Derecho de la Seguridad Social.

Las leyes no deben ser un conjunto de medidas que regulen los aspectos más operativos de la Seguridad Social. Las leyes, o las normas con rango de ley, deben estar para introducir los aspectos esenciales y básicos derivados del reconocimiento del derecho a la seguridad social que contemplan numerosos textos internacionales y bastantes preceptos constitucionales. No cabe duda de que en muchas ocasiones el contexto económico, fruto por ejemplo de una crisis como la vivida en los últimos años, puede exigir modificaciones en esos aspectos básicos, siempre con los límites que se deriven del texto constitucional y de los compromisos internacionales, pero cuanto menos vinculación al contexto de un momento dado tenga la norma de rango legal, menor será esa exigencia de cambio.

Las leyes deben tener un contenido homogéneo, regular una parcela de la ordenación social, hacerlo de forma completa, con un grado de abstracción, evitar los contenidos excesivamente contextuales que serán inevitablemente modificados, saber remitir a las disposiciones reglamentarias, evitar una la casuística excesiva, y en definitiva recuperar las notas de generalidad que este tipo de fuente del Derecho tuvo y debería volver a tener. También en el ámbito del Derecho de la Seguridad Social.

5.2.2. Frente a la problemática de los numerosos centros de producción normativa.

En un segundo estadio se deben situar las disposiciones normativas de carácter reglamentario, esto es, aquellas que sean susceptibles de ser dictadas por la rama Ejecutiva del poder. Lógicamente estas tienen la ventaja de una mayor facilidad de cambio. Se debe huir de reglamentos que de facto sean independientes, es decir, que no tengan la oportuna cobertura legal. Y de nuevo tienen que tener la naturaleza de disposición general. La casuística que se deriva de la compleja realidad social hoy día, y que tiene una de sus principales proyecciones en el ámbito de la Seguridad Social, no deben quebrar la generalidad del reglamento. Además resulta conveniente que las disposiciones generales que traigan causa de la administración incluyan, en la medida de lo posible, un único objeto, todo el contenido del objeto y, si procede, los aspectos que guarden directa relación con él. En este sentido, en los supuestos de reglamentos de ejecución de una ley, lo adecuado es que sean completos y no parciales.

Siendo conscientes de los numerosos centros de producción normativa, se debe establecer una responsabilidad por parte de los poderes públicos para que de facto lleven a cabo una codificación de las normas vigentes, de manera ordenada y por temáticas. Abordar la codificación es complejo en el sentido tradicional, pero la tecnología permite que desde las instituciones públicas se ponga a disposición de los operadores jurídicos y de los ciudadanos el ordenamiento realmente vigente.

5.2.3. Frente a la proliferación y velocidad de los cambios normativos

Los condicionantes económicos y sociales tienen y van a seguir teniendo una incidencia en la configuración del Derecho de la Seguridad Social. Es parcialmente inevitable y por ello, como ya hemos dicho, el legislador tiene libertad, dentro de respetar la esencia de la Seguridad Social que consagran los textos internacionales y constitucionales. Y además, en un mundo globalizado y convulso en lo económico, los cambios se producen a enorme velocidad. Sin embargo sí que se pueden mitigar algunos de los efectos perniciosos que se producen por tres vías: evitando las congelaciones de rango, articulando adecuadamente las remisiones y derogaciones, y estableciendo un sistema de Derecho transitorio adecuado.

En realidad lo primero ya ha quedado reflejado en las anteriores recomendaciones. Cuanto más se recurra a la ley como fuente de ordenación del régimen de la Seguridad Social conseguirás el efecto beneficioso de, aparentemente, un mayor consenso político en cuanto que es ex-

presión de la voluntad general; pero por otro lado restará estabilidad y también generalidad a un tipo de norma que, en la medida de lo posible, debería recuperar esas notas clásicas. En realidad es respetar en sentido estricto no solamente una adecuada técnica normativa, sino en muchas ocasiones una exigencia constitucional que fija la reserva legal y en ocasiones la reserva reglamentaria.

En cuanto al juego de remisiones y derogaciones, se hace más importante que nunca que las disposiciones finales de las normas cumplan su labor. Hoy día la tecnología facilita la comparativa de textos en tiempo real. Es fundamental que el expediente de cualquier norma que se reforme contenga una tabla de remisiones y derogaciones. De hecho, muchas directrices y guías de técnica normativa lo contemplan. E incluso algún texto legal lo incluye como parte obligatoria del expediente que elabora un centro de producción normativa. En este punto es obligado insistir, aunque ya se ha mencionado en los dos anteriores, en la necesidad de evitar, en la medida de lo posible, la modificación de normas ajenas al objeto principal de la misma mediante disposiciones finales. Además, es necesario que las disposiciones derogatorias indiquen las normas que resultan afectadas de manera expresa y precisa, abandonando las cláusulas genéricas de derogación.

La velocidad de los cambios, como ya se ha explicado, da lugar no solo a las modificaciones de normas ajenas a la principal a través de disposiciones finales, rompiendo el principio de homogeneidad de las normas y de seguridad jurídica del ordenamiento. También implica en muchas ocasiones una dificultad a la hora de articular el Derecho transitorio. En este sentido se hace muy necesario que el Derecho transitorio sea eso, transitorio.

Siguiendo las Directrices de Técnica Normativa aprobadas en España, el objetivo de las disposiciones transitorias es facilitar el tránsito al régimen jurídico previsto por la nueva regulación y por ello es imperioso delimitar de forma precisa la aplicación temporal y material de la disposición transitoria correspondiente, limitando su contenido a:

- Cuando se establezca una regulación autónoma y diferente de la establecida por las normas nueva y antigua para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición.
- Cuando se declare la pervivencia o ultraactividad de la norma antigua para regular las situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva disposición.

- Cuando se declare la aplicación retroactiva o inmediata de la norma nueva para regular situaciones jurídicas iniciadas con anterioridad a su entrada en vigor.
- Cuando se declare la pervivencia o ultraactividad de la antigua para regular situaciones jurídicas que se produzcan después de la entrada en vigor de la nueva disposición.
- Cuando, para facilitar la aplicación definitiva de la nueva norma, regulen de modo autónomo y provisional situaciones jurídicas que se produzcan después de su entrada en vigor.

Al margen de esta delimitación de naturaleza técnica, lo importante es reiterar que en aras de salvaguardar la previsibilidad de las normas, el buen hacer de los operadores jurídicos y administrativos, y las legítimas expectativas por parte de los ciudadanos, no cabe, se insiste, que lo transitorio se convierta en permanente.

Es igualmente relevante una adecuada regulación de la *vacatio legis*. En muchas ocasiones la velocidad de los cambios conlleva que la norma recoja una entrada en vigor inmediata. Siguiendo de nuevo las referidas Directrices, la *vacatio legis* deberá posibilitar el conocimiento material de la norma y la adopción de las medidas necesarias para su aplicación, de manera que solo con carácter excepcional la nueva disposición entraría en vigor en el mismo momento de su publicación.

5.2.4. Frente al uso abusivo del paraguas presupuestario o sus acompañantes

Es necesario evitar la ley de presupuestos para cuestiones ajenas a su contenido. Las leyes presupuestarias podrán condicionar los gastos destinados a la Seguridad Social. Las leyes presupuestarias podrán conllevar que, con base en dichos ingresos y gastos, la cuantía o porcentajes de determinadas prestaciones se tengan que aprobar anualmente a través de una norma o instrucción de rango inferior. Pero las leyes de presupuestos o las mal llamadas leyes de acompañamiento no pueden ser un cajón de sastre para modificar leyes de naturaleza social quebrando así unas mínimas fronteras del principio de seguridad jurídica de todos los actores implicados. En general se deben evitar las leyes *ómnibus* que bajo el título de "medidas", se utilizan para hacer cambios globales y heterogéneos que hacen de nuestro ordenamiento un mosaico imposible de completar.

5.2.5. Frente a las disfuncionalidades del Derecho subterráneo

Como en otros muchos ámbitos, el intervencionismo estatal en la Seguridad Social conlleva que los órganos gestores de la Seguridad Social asumen un importante papel interpretativo que se canaliza a través de instrucciones. En este punto lo conveniente sería reducir al máximo los órganos con esa capacidad interpretativa, garantizar la mayor estabilidad de dichas instrucciones internas, dar publicidad a esas instrucciones en cuanto que tienen un impacto directo en los ciudadanos, y hacer uso de las nuevas tecnologías en el ámbito de la administración favoreciendo un repositorio de la normativa vigente que resulte de fácil acceso y consulta por parte de los ciudadanos.

No estamos hablando de volver a la época decimonónica y a la idea napoleónica de la codificación, puesto que los micro-sistemas de Lrti a los que hemos hecho mención lo hacen imposible. No se dan los presupuestos necesarios para poder acometer una obra de esa naturaleza. Hablamos de una sencilla base de datos electrónica que garantice alguno de los citados principios, y en particular el de seguridad jurídica. A título de ejemplo, el Código Laboral y de la Seguridad Social que elaboró el Boletín Oficial del Estado en España es un acercamiento e incorpora además los textos consolidados. Sin embargo, para contribuir a resolver el problema del Derecho subterráneo propiamente dicho, sería necesario que este tipo de normas también se incluyeran y no estuvieran dispersas -si es que lo están- en los sitios web de las entidades gestoras de la Seguridad Social.

Bibliografía

- ALLÍ ARANGUREN, J.C., (2004), *Derecho administrativo y globalización*. Civitas Madrid, 394 p.
- BLASCO LAHOZ, J.F., (2007): *Curso básico de seguridad social*, Tirant lo Blanch.
- BOUAZZA ARIÑO, O. (2014), "Notas de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos", *Revista de Administración Pública*, núm. 193, Madrid, pp. 255-293.
- CAVAS MARTÍNEZ, F. (2016), "El nuevo Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social... o la historia interminable", *Foro, Nueva época*, vol. 19, núm. 1, pp. 379-393.
- CENTENERA SÁNCHEZ-SECO, F., (2012): "Los paradigmas de redacción normativa como medio para alcanzar la seguridad: ¿una apuesta segura?", *Ius Humani. Revista de Derecho*, Vol. 3, pp. 189-219.
- CRUZ VILLALÓN, P. (2004): "Control de calidad de la ley y calidad del control de la ley", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío del Estado de Derecho*, Navarra, Civitas.
- DAS NEVES, I., (1996): *Direito da Segurança Social*, Coimbra Editora, Coimbra, p. 229
- DELPIAZZO, CARLOS. E. (2007), "El principio de seguridad jurídica en un mundo virtual", *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, núm. 11, pp. 7-16.
- DESDENTADO BONETE, A., (1996): "La nostalgia del sistema: reflexiones sobre el Derecho de la Seguridad Social en una época de crisis. A propósito del "Código de la Protección Social"», *Relaciones Laborales*, pp. 473-486.
- FERNÁNDEZ MIRANDA, A. (2003), "El Estado Social", *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 69, pp. 139-160.
- GALIANA SEGURA, A. (1999), "La actividad legislativa en el Estado Social de Derecho", *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*. Disponible en: <https://www.uv.es/cefd/2/galiana.html>
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1999), "Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas", Civitas, 110 p.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P., (2005): "Nociones de técnica legislativa para uso parlamentario", *Revista Asamblea*, núm 13, España, pp. 121-164.
- GARCÍA-ESCUADERO MÁRQUEZ, P. (2010), "Técnica Legislativa y seguridad jurídica: ¿Hacia el control constitucional de la calidad de las Leyes?", Civitas, Madrid.
- GARCÍA PELAYO, M. (1981), "Las transformaciones del Estado contemporáneo", Alianza Universidad, 224 p.
- GIMÉNEZ SÁNCHEZ, I.M (2008) : "Las leyes de acompañamiento y el problema de las "Leyes Ómnibus"", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 22, pp. 525-565.
- LAPORTA, F.J., (2004): "Teoría y realidad de la legislación. Una introducción general", en MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. y PAU PEDRÓN, A. (Dir.), *La proliferación legislativa: un desafío del Estado de Derecho*, Navarra, Civitas,
- MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., (2005): *Derecho de la Seguridad Social*, Netbiblo, 337 p.
- MONTOYA MELGAR, A. , *El Derecho Internacional de la Seguridad Social*.

- MUÑOS, H.A. (2000): Manual Centroamericano de Técnica Legislativa, FOPREL, Comisión Interparlamentaria Centroamericana de Modernización Legislativa, 90 p.
- PEDRAJAS MORENO, A. y SALA FRANCO, T., (2004): "Reformas en la legislación de la Seguridad Social", disponible en: http://www.ceav.info/common/contenido/documentos/envio_10_reformas_de_seguridad_social.pdf
- PULIDO QUECEDO, M. (1999), "El control jurídico-constitucional en materia de técnica-legislativa", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 2, pp. 1783-1806.
- QUINTERO LIMA, M.G. (2006): *Derecho transitorio de seguridad social*, La ley Actualidad, 610 p.
- RADBRUCH, G., (1951): *Introducción a la Filosofía del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 192 p.
- RITTER, G.A., (1990) "Los comienzos y el desarrollo del Estado Social en Alemania, Europa y los Estados Unidos hasta la 2ª Guerra Mundial", *Studia Historica. Historia Contemporánea*, pp. 157-170.
- RUIZ MORENO, A.G., (2013): Los nuevos paradigmas del derecho de la seguridad social en México. The new paradigms of social security law in Mexico. Les nouveaux paradigmes de la loi sur la sécurité sociale du Mexique, *Revista Latinoamericana de Seguridad Social*, Vol. 17, pp. 31-64.
- SÁINZ MORENO, F. (1995), "Problemas actuales de la Técnica Normativa", *Anuario Jurídico de La Rioja*, núm. 1, pp. 55-69.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., "Principios de Derecho Administrativo. Volumen I", Centro de Estudios Ramón Areces, 738 p.
- SANZ PÉREZ, A.L., (2012): Apuntes sobre la técnica legislativa en España, *Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid*, núm. 26, pp. 12-38.
- TUDELA ARANDA, J., (1994), "La legitimación competencial y la técnica normativa", en CORONA FERRERO, J., PAU I VALL, F., y TUDELA ARANDA, J. (Coords.), *La técnica legislativa a debate*, Asociación Española de Letrados de Parlamentos, Tecnos, pp. 83-120.
- VIDAL MARÍN, T. (2013), "Técnica Legislativa, inserción de la norma en el ordenamiento jurídico y Tribunal Constitucional", *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 31, España, pp. 323-350.
- VILLAR BORDA, L. (2007), "Estado de derecho y Estado social de derecho", *Revista Derecho del Estado*, pp. 73-96
- VILLOTA CERNA, M.A., PÉREZ PAREDES, Y.J., RENGIFO ARÉVALO, G.J. (2015) "La Ley y la Técnica Legislativa", Centro de Capacitación y Estudios Parlamentarios, Congreso de la República del Perú, 93 p.

6

- **La buena administración**
- **en el procedimiento administrativo**
-

Luis Felipe López Álvarez



1. Introducción

La regla básica para conseguir una buena administración es que ésta se encuentre sometida a la Ley. Como es bien sabido, el uso de las nuevas tecnologías se ha implantado en la Administración Pública, de ahí que, sin olvidar el resto de principios y reglas de buena administración, la principal misión de la actual normativa sea la de implantar, de una vez por todas, el llamado expediente electrónico, de manera que la supresión del papel y la comunicación por medios electrónicos sea la tónica general.

Hay luces y sombras en la implantación de los medios telemáticos y, por más que se imponga en una norma con rango de ley, la realidad de cada Administración Pública es la que se al final establece el mayor o menor desarrollo de los medios tecnológicos. En este tema vamos a desarrollar cómo debería estar desarrollado el expediente electrónico a la vista de los principios que deben informar la regulación jurídica del procedimiento administrativo.

Por ejemplo, para el caso español, la derogada Ley 30/1992, de régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, ya recogió en su primera versión el impulso al empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, por parte de la Administración al objeto de desarrollar su actividad y el ejercicio de sus competencias y de permitir a los ciudadanos relacionarse con las Administraciones cuando fuese compatible con los medios técnicos de que dispongan.

En la actualidad, el principio de servicio al ciudadano exige consagrar su derecho a comunicarse con las Administraciones por medios electrónicos. La contrapartida de ese derecho es la obligación de estas de dotarse de los medios y sistemas electrónicos para que ese derecho pueda ejercerse. Esa es una de las grandes novedades y retos a conseguir de las normativas actuales: pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos que se concretan en la práctica en la simple posibilidad de que algunas Administraciones, o algunos de sus órganos, permitan las comunicaciones por medios electrónicos, a la efectiva obligación de realizarlo porque una ley reconozca el derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas con las Administraciones públicas.

El principio de servicio efectivo consagra la relación con las Administraciones públicas por medios electrónicos como un derecho de los ciudadanos y como una obligación correlativa para tales Administraciones. El reconocimiento de tal derecho y su correspondiente obligación se erigen así en los ejes centrales de las normativas actuales.

En torno a dichos ejes es preciso abordar muchas otras cuestiones que contribuyen a definir y concretar el alcance de ese derecho. Así, por ejemplo, tal derecho se hace efectivo de modo real mediante la imposición de la obligación de poner a disposición de ciudadanos y empresas al menos un punto de acceso general a través del cual los usuarios puedan, de forma sencilla, acceder a la información y servicios de su competencia; presentar solicitudes y recursos; realizar el trámite de audiencia cuando proceda; efectuar pagos o acceder a las notificaciones y comunicaciones que les remita la Administración pública.

2. Condiciones para una efectiva implantación de la administración electrónica

La primera condición es que, el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones públicas por medios electrónicos, se encuentre reconocido en una norma con rango de ley, regulando los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica.

Para poder ofrecer este derecho a los ciudadanos, las Administraciones públicas, en cumplimiento de los principios de seguridad de la información y de protección de la privacidad de los ciudadanos, utilizarán las tecnologías de la información, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias.

Entre otros, los principios mencionados anteriormente y el de servicio efectivo a los ciudadanos, implican la consecución de los siguientes fines:

- Facilitar el ejercicio de derechos y el cumplimiento de deberes por medios electrónicos.
- Facilitar el acceso por medios electrónicos de los ciudadanos a la información y al procedimiento administrativo, con especial atención a la eliminación de las barreras que limiten dicho acceso.
- Crear las condiciones de confianza en el uso de los medios electrónicos, estableciendo las medidas necesarias para la preservación de la integridad de los derechos

fundamentales, y en especial los relacionados con la intimidad y la protección de datos de carácter personal, por medio de la garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones, y los servicios electrónicos.

- Promover la proximidad con el ciudadano y la transparencia administrativa, así como la mejora continuada en la consecución del interés general.
- Contribuir a la mejora del funcionamiento interno de las Administraciones públicas, incrementando la eficacia y la eficiencia de las mismas mediante el uso de las tecnologías de la información, con las debidas garantías legales en la realización de sus funciones.
- Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.
- Contribuir al desarrollo de la sociedad de la información en el ámbito de las Administraciones públicas y en la sociedad en general.

La utilización de las tecnologías de la información tendrá las limitaciones establecidas por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico de cada país, respetando el pleno ejercicio por los ciudadanos de los derechos que tienen reconocidos, y ajustándose a los siguientes principios generales:

- Respeto a la protección de datos de carácter personal.
- Principio de igualdad y no discriminación por motivo de utilización o no de medios electrónicos.
- Principio de accesibilidad a la información y a los servicios por medios electrónicos.
- Principio de legalidad en cuanto al mantenimiento de la integridad de las garantías jurídicas de los ciudadanos cuando emplean medios electrónicos.
- Principio de seguridad en la implantación y utilización de medios electrónicos por parte de las Administraciones públicas.
- Principio de neutralidad tecnológica, que permita a los ciudadanos escoger entre distintas alternativas tecnológicas para comunicarse con la Administración.
- Principio de responsabilidad y calidad en la veracidad y autenticidad de las informaciones y servicios ofrecidos por las Administraciones públicas a través de medios electrónicos.

- Principio de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas.

3. Los derechos de los ciudadanos

Cualquier normativa que pretenda ajustarse a los principios de buena Administración, debe proceder al reconocimiento a nivel legal de los derechos de los ciudadanos. En la actualidad, como consecuencia de la necesidad de la efectiva implantación de la e-administración, resulta prioritario dejar sentado que los administrados o ciudadanos que sean personas físicas tienen derecho a relacionarse de manera electrónica con las Administraciones Públicas, por tanto y como veremos, para ellos es potestativo relacionarse por medios telemáticos. Por el contrario, para los administrados que sean personas jurídicas, habida cuenta del estado de la técnica y del uso generalizado de medios informáticos en las empresas y otras entidades, es posible la imposición legal de la obligación de relacionarse de manera electrónica con las Administraciones Públicas. También podrían resultar obligados algunos profesionales a los que, por considerar que tienen los medios a su alcance para ello, se les podría imponer este deber.

Los derechos mínimos que la normativa de rango legal debe reconocer a los administrados son:

- A elegir, entre aquellos que en cada momento se encuentren disponibles, el canal a través del cual relacionarse por medios electrónicos con las Administraciones públicas.
- A no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados.
- A la igualdad en el acceso electrónico a los servicios de las Administraciones públicas.
- A conocer por medios electrónicos el estado de tramitación de los procedimientos en los que sean interesados, salvo en los supuestos en que la normativa de aplicación establezca restricciones al acceso a la información sobre aquellos.
- A obtener copias electrónicas de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los que tengan la condición de interesado.

- A la conservación en formato electrónico por las Administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente.
- A obtener los medios de identificación electrónica necesarios.
- A la utilización de otros sistemas de firma electrónica admitidos en el ámbito de las Administraciones públicas.
- A la garantía de la seguridad y confidencialidad de los datos que figuren en los ficheros, sistemas y aplicaciones de las Administraciones públicas.
- A la calidad de los servicios públicos prestados por medios electrónicos.
- A elegir las aplicaciones o sistemas para relacionarse con las Administraciones públicas siempre y cuando utilicen estándares abiertos o, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

Para asegurar una adecuada prestación de servicios, las Administraciones públicas deben garantizar que los interesados puedan relacionarse con la Administración a través de medios electrónicos, para lo que pondrán a su disposición los canales de acceso que sean necesarios, así como los sistemas y aplicaciones que en cada caso se determinen. Además, salvo que los ciudadanos estén obligados a relacionarse por medios electrónicos, las Administraciones públicas les asistirán en el uso de estos medios, especialmente en lo referente a la identificación y firma electrónica, presentación de solicitudes a través del registro electrónico y obtención de copias auténticas.

Por otra parte, si alguno de esos interesados no dispusiera de los medios electrónicos necesarios para su identificación o firma electrónica en el procedimiento administrativo, podrá ser válidamente realizada por un funcionario público mediante el uso del sistema de firma electrónica del que esté dotado para ello. En ese caso, será necesario que el interesado se identifique ante el funcionario y preste su consentimiento expreso para esa actuación, de lo que deberá quedar constancia para los casos de discrepancia o litigio.

Finalmente, y teniendo en cuenta derecho de los ciudadanos a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las Administraciones públicas, cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes Administraciones públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico, especificando las condiciones, protocolos y criterios

funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad.

La disponibilidad de tales datos estará limitada estrictamente a aquellos que son requeridos a los ciudadanos por las restantes Administraciones para la tramitación y resolución de los procedimientos y actuaciones de su competencia de acuerdo con la normativa reguladora de los mismos.

4. Principales problemas para el establecimiento efectivo de la administración electrónica

Si se quiere que la buena Administración sea efectivamente implantada, tal y como venimos diciendo, es esencial el uso de tecnologías y para ello, deben estar solucionados los siguientes aspectos técnico-jurídicos.

4.1. La sede electrónica y el portal de internet

Se entiende por sede electrónica una dirección electrónica, disponible para los ciudadanos a través de redes de telecomunicaciones, cuya titularidad corresponde a una Administración pública, o bien a uno o varios organismos públicos o entidades de Derecho público en el ejercicio de sus competencias.

El establecimiento de una sede electrónica conlleva la responsabilidad del titular respecto de la integridad, veracidad y actualización de la información y los servicios a los que pueda accederse a través de la misma. Es decir, la información que aparece en la sede debe ser cierta, y, en caso de no serlo, conllevará responsabilidad por parte de la Administración.

Cada Administración pública debe determinar las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas, con sujeción a los principios de publicidad oficial, responsabilidad, calidad, seguridad, disponibilidad, accesibilidad, neutralidad e interoperabilidad. En todo caso deberá garantizarse la identificación del titular de la sede, así como los medios disponibles para la formulación de sugerencias y quejas.

Las sedes electrónicas deben disponer de sistemas que permitan el establecimiento de comunicaciones seguras siempre que sean necesarias. Por tanto, en caso de que se produzca el inicio de algún procedimiento de forma electrónica, este inicio se realizará de forma segura, entendiéndose por tal, de forma confidencial, sin que la in-

formación sea modificada por nadie, y teniendo a una Administración pública en el otro extremo de la comunicación. Para conseguirlo, se utilizarán, para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas, certificados reconocidos o cualificados de autenticación de sitio web o medio equivalente.

La publicación en las sedes electrónicas de informaciones, servicios y transacciones respetará los principios de accesibilidad y usabilidad de acuerdo con las normas al respecto deben establecerse, estándares abiertos y, en su caso, aquellos otros que sean de uso generalizado por los ciudadanos.

Con la regulación de la sede electrónica se debe producir también un cambio en la publicación de boletines oficiales de forma impresa. Así, la publicación de los diarios o boletines oficiales en las sedes electrónicas de la Administración, órgano o entidad competente debería tener, en las condiciones y garantías que cada Administración pública determine, los mismos efectos que los atribuidos a su edición impresa.

Además, la publicación de actos y comunicaciones que, por disposición legal o reglamentaria, deban publicarse en tablón de anuncios o edictos podrá ser sustituida o complementada por su publicación en la sede electrónica del organismo correspondiente.

Por su parte, el portal de Internet es el punto de acceso electrónico cuya titularidad corresponde a una Administración pública, organismo público o entidad de Derecho público que permite el acceso a través de Internet a la información publicada y, en su caso, a la sede electrónica correspondiente. Es decir, se trata de la página web, dentro de la cual, y entre otras muchas cosas, encontramos un concreto link que, contando con los necesarios certificados, nos da acceso a la sede electrónica.

4.2. Identificación y autenticación

Para que los ciudadanos se puedan identificar y autenticar, debe ser establecido legalmente que las Administraciones públicas admitan, en sus relaciones por medios electrónicos, diversos sistemas de firma electrónica que resulten adecuados para garantizar la identificación de los participantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos.

Por ejemplo, para el caso español, los ciudadanos pueden utilizar los siguientes sistemas de firma electrónica para relacionarse con las Administraciones públicas, de acuerdo con lo que cada Administración determine:

- En todo caso, los sistemas de firma electrónica incorporados al documento nacional de identidad, para personas físicas.
- Sistemas de firma electrónica avanzada, incluyendo los basados en certificados electrónicos reconocidos. Las Administraciones públicas deberán admitir todos los certificados reconocidos incluidos en la «Lista de confianza de prestadores de servicios de certificación» (TSL) establecidos en España, publicada en la sede electrónica del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- Otros sistemas de firma electrónica, como la utilización de claves concertadas en un registro previo como usuario, la aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos, en los términos y condiciones que en cada caso se determinen.

Las Administraciones públicas podrán utilizar los siguientes sistemas para su identificación electrónica y para la autenticación de los documentos electrónicos que produzcan:

- Sistemas de firma electrónica basados en la utilización de certificados de dispositivo seguro o medio equivalente que permita identificar la sede electrónica y el establecimiento con ella de comunicaciones seguras.
- Sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada.
- Firma electrónica del personal al servicio de las Administraciones públicas.
- Intercambio electrónico de datos en entornos cerrados de comunicación, conforme a lo específicamente acordado entre las partes.

4.3. Identificación y autenticación de los ciudadanos

A la hora de relacionarse con la Administración, es necesario adoptar unos sistemas de identificación y autenticación, de manera que se asegure quien es el que está actuando con la Administración. Esto se realiza mediante la adopción de diversos sistemas de firma electrónica, alguno de los cuales, puede quedar implementado en el documento de identidad de los ciudadanos.

La ley debe dejar indicados los sistemas de firma electrónica que pueden ser utilizados en función de su nivel de seguridad y de la efectiva implantación. Se trata de asegurar dos aspectos: la posibilidad del uso del sistema

por su generalizada implantación, y que sea seguro. A tal efecto, las Administraciones públicas pueden determinar, teniendo en cuenta los datos e intereses afectados, y siempre de forma justificada, los supuestos y condiciones de utilización por los ciudadanos de otros sistemas de firma electrónica, tales como claves concertadas en un registro previo, aportación de información conocida por ambas partes u otros sistemas no criptográficos.

4.4. Identificación y autenticación de las administraciones públicas

De la misma forma que hemos visto en el apartado anterior, las Administraciones públicas, en función de su forma de actuación y competencia, utilizarán distintas formas de identificación y autenticación. Así, las sedes electrónicas utilizarán, para identificarse y garantizar una comunicación segura con las mismas, sistemas de firma electrónica basados en certificados de dispositivo seguro o medio equivalente.

Por otra parte, en los casos de actuación administrativa automatizada, para la identificación y la autenticación del ejercicio de la competencia, cada Administración pública podrá determinar los supuestos de utilización de los siguientes sistemas de firma electrónica:

- Sello electrónico de Administración pública, órgano o entidad de derecho público, basado en certificado electrónico que reúna los requisitos exigidos por la legislación de firma electrónica. Dichos certificados electrónicos incluirán el número de identificación fiscal y la denominación correspondiente, pudiendo contener la identidad de la persona titular en el caso de los sellos electrónicos de órganos administrativos.
- Código seguro de verificación vinculado a la Administración pública, órgano o entidad y, en su caso, a la persona firmante del documento, permitiéndose en todo caso la comprobación de la integridad del documento mediante el acceso a la sede electrónica correspondiente.

La relación de sellos electrónicos utilizados por cada Administración pública, incluyendo las características de los certificados electrónicos y los prestadores que los expiden, deberá ser pública y accesible por medios electrónicos. Además, cada Administración pública adoptará las medidas adecuadas para facilitar la verificación de sus sellos electrónicos.

4.5. Actuación administrativa automatizada

Por tal se entiende cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público.

Como norma general, este tipo de actuaciones no se adecuan a los principios de la buena administración, pero en el caso de que resulten necesarios, deberá establecerse previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición de las especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código fuente. Asimismo, se indicará el órgano que debe ser considerado responsable a efectos de impugnación.

Desde luego, este tipo de actuación no puede ser empleada en materia sancionadora.

4.6. Documentos electrónicos administrativos

Para poder gestionar de forma electrónica los procedimientos, es necesario poder disponer de documentos administrativos en formato electrónico. Por norma con rango de ley se debe regular la emisión de documentos administrativos a través de medios electrónicos, con la misma validez que los documentos administrativos emitidos en papel. Se entiende por documentos públicos administrativos los válidamente emitidos por los órganos de las Administraciones públicas.

Para ello, los documentos administrativos emitidos por medios electrónicos deben incorporar una o varias firmas electrónicas, así como incorporar una referencia temporal.

Por otra parte, también se debe regular la posibilidad de hacer copias electrónicas de documentos administrativos, que tendrán en todo caso la consideración de copias auténticas, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la ley.

Para garantizar la identidad y contenido de las copias electrónicas o en papel, y, por tanto, su carácter de copias auténticas, las Administraciones públicas deben ajustarse a las siguientes previsiones:

- Que los documentos sean interoperables, es decir, que el documento emitido por una Administración pueda ser usado ante otra. Se entiende por interoperabilidad la capacidad de los sistemas de información y de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos.

- Las copias electrónicas de un documento electrónico original o de una copia electrónica auténtica, con o sin cambio de formato, deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento.
- Las copias electrónicas de documentos en soporte papel o en otro soporte no electrónico susceptible de digitalización requerirán que el documento haya sido digitalizado y deberán incluir los metadatos que acrediten su condición de copia y que se visualicen al consultar el documento. Se entiende por digitalización el proceso tecnológico que permite convertir un documento en un fichero electrónico que contiene la imagen codificada, fiel e íntegra del documento.
- Las copias en soporte papel de documentos electrónicos requerirán que en las mismas figure la condición de copia y contendrán un código generado electrónicamente u otro sistema de verificación, que permitirá contrastar la autenticidad de la copia mediante el acceso a los archivos electrónicos del órgano u organismo público emisor.
- Las copias en soporte papel de documentos originales emitidos en dicho soporte se proporcionarán mediante una copia auténtica en papel del documento electrónico que se encuentre en poder de la Administración o bien mediante una puesta de manifiesto electrónica conteniendo copia auténtica del documento original.

A estos efectos, las Administraciones harán públicos, a través de la sede electrónica correspondiente, los códigos seguros de verificación u otro sistema de verificación utilizado.

Los interesados pueden solicitar, en cualquier momento, la expedición de copias auténticas de los documentos públicos administrativos que hayan sido válidamente emitidos por las Administraciones públicas. Asimismo, las Administraciones públicas estarán obligadas a expedir copias auténticas electrónicas de cualquier documento en papel que presenten los interesados y que se vaya a incorporar a un expediente administrativo.

5. El procedimiento administrativo

5.1. Concepto

La actividad administrativa se desenvuelve mediante procedimientos diversos, hasta el punto de que la actuación a través de un procedimiento es un principio fundamen-

tal del Derecho administrativo. Por ello, el procedimiento administrativo es la forma propia de la función administrativa, de la misma manera que el proceso lo es de la función judicial. Ya desde el siglo XIX las diversas leyes de los estados establecían la necesidad de que la función administrativa se canalizara a través de un procedimiento.

Se puede definir el procedimiento administrativo como aquella actividad administrativa con eficacia externa que se dirige al examen, preparación y emisión de un acto administrativo o a la conclusión de un convenio jurídico público, incluyendo la emisión del acto administrativo o la conclusión de un convenio.

La regulación que se ha ido estableciendo en las distintas leyes de procedimiento administrativo ha tenido siempre en cuenta la menor rigidez del procedimiento administrativo frente al proceso judicial, huyendo de una ordenación rígida y formalista del procedimiento, y, por tanto, no regula la iniciación, instrucción y terminación del procedimiento como fases o momentos preceptivos de un procedimiento, sino como tipos de actuaciones que podrán darse o no en cada caso, según la naturaleza y exigencias propias del procedimiento de que se trate.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que el procedimiento administrativo no implica siempre la existencia de dos partes en conflicto, sino que, en ocasiones, constituye el conjunto de actos necesarios para realizar una buena gestión de los intereses públicos.

En otro orden de cosas, puede señalarse el carácter garantista que pretende ofrecerse con la regulación del procedimiento administrativo. Se pretende, en efecto, que los derechos y libertades de los ciudadanos no sean lesionados por la Administración, y, a tal efecto, se establece un catálogo de derechos de los ciudadanos, por una parte, y un conjunto de recursos, por otra, para el caso de que la Administración lesione sus intereses. Los actos administrativos que dicten las Administraciones públicas, bien de oficio o a instancia del interesado, deben producirse por el órgano competente ajustándose al procedimiento establecido, lo que acentúa la función garantista mencionada. En caso de incumplimiento, podría incluso procederse a la declaración de nulidad del acto.

Por último, cabe resaltar un tercer aspecto del procedimiento, y es el de actuar como cauce para permitir la democratización en la toma de decisiones públicas. El procedimiento permite la participación de los ciudadanos en las decisiones administrativas. Debe garantizarse a nivel constitucional la audiencia de los ciudadanos en el procedimiento administrativo, incluyendo el de elaboración de disposiciones generales.

5.2. Principios generales

La doctrina recoge, en general, un conjunto de principios rectores, que inspiran el funcionamiento del procedimiento administrativo.

Dichos principios generales o principios rectores son los siguientes:

Principio de contradicción

Necesaria llamada al procedimiento de quienes ostenten derechos o intereses que puedan ser afectados por la resolución, para que puedan personarse en el procedimiento.

Principio de economía procesal

Reducir al máximo los trámites del procedimiento para acortar su excesiva dilación.

Principio de *in dubio pro actione*

En caso de duda, esta debe resolverse en el sentido más favorable a la continuación del procedimiento hasta su conclusión.

Principio de oficialidad

El procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites.

Principio de exigencia de legitimación

Necesidad de legitimación, ostentando un derecho subjetivo o un interés legítimo, para poder intervenir en un procedimiento administrativo, salvo en los casos en que exista acción pública.

Principio de imparcialidad en la tramitación y resolución del procedimiento

La imparcialidad se garantiza con la aplicación de las técnicas de abstención y recusación.

Principio de publicidad

Permite, en caso de que la naturaleza del procedimiento lo requiera, abrir plazos de información pública.

Principio de gratuidad

El inicio del procedimiento es gratuito, al haberse suprimido la póliza o reintegro en las solicitudes de iniciación del procedimiento.

Principio de ausencia de postulación

Permite actuar en el procedimiento administrativo sin necesidad de abogado y procurador.

5.3. Fases del procedimiento administrativo

La normativa de los diversos países los denomina de diversas maneras, pero en general, existen las siguientes cuatro fases en los procedimientos administrativos: iniciación, ordenación, instrucción y finalización. Como decimos, esta regulación tiene carácter básico, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la normativa propia de los diversos países y administraciones.

5.3.1. Iniciación

Los procedimientos podrán iniciarse de oficio por la Administración en cumplimiento o defensa del interés general, o a solicitud de persona interesada, es decir, porque así lo insten los ciudadanos.

5.3.1.1. Iniciación de oficio

Los procedimientos se iniciarán de oficio por acuerdo del órgano competente, el cual puede venir motivado:

- Por propia iniciativa.
- Por orden superior.
- Por petición razonada de otros órganos.
- Por denuncia.

Con anterioridad al acuerdo de iniciación, podrá el órgano competente abrir un periodo de información previa con el fin de conocer las circunstancias del caso concreto y la conveniencia o no de iniciar el procedimiento.

5.3.1.2. Iniciación a solicitud de persona interesada

Los procedimientos se pueden iniciar también por los ciudadanos, pero siempre que sean interesados. Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:

- Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.
- Los que, sin haber iniciado el procedimiento, tengan derechos que puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte.

- Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.

Para iniciar o participar en un procedimiento administrativo no se requiere asistencia letrada, sino que el interesado puede comparecer personalmente. En el caso de que el interesado actúe por medio de representante, como es lógico, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de nuevo trámite debe presumirse aquella representación.

No obstante, la falta o insuficiente acreditación de la representación no debe impedir que se tenga por realizado el acto de que se trate, siempre que se aporte aquella o se subsane el defecto dentro de un plazo prudencial (por ejemplo 10 días) que deberá conceder al efecto el órgano administrativo, o de un plazo superior cuando las circunstancias del caso así lo requieran.

Para que los interesados puedan participar en el procedimiento administrativo deberán reunir los siguientes requisitos:

Subjetivos: se ha de tener capacidad de obrar ante las Administraciones públicas.

Objetivos: la solicitud deberá contener los datos mínimos que fije la ley.

De actividad: se deberá presentar la solicitud en un registro administrativo de entrada con competencia para su tramitación.

A) Requisitos subjetivos

Deben tener capacidad de obrar ante las Administraciones públicas, además de las personas que la ostentan con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecta al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate.

B) Requisitos objetivos

El contenido mínimo que debe constar en las solicitudes que se formulen deberá ser:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que le represente, así como la identificación del medio preferente o del lugar que se señale a efectos de notificaciones.
- Hechos, razones y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio.
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige.

Cuando las pretensiones correspondientes a una pluralidad de personas tengan un contenido y fundamento idéntico o sustancialmente similar, deberían poder ser formuladas en una única solicitud.

De las solicitudes, comunicaciones y escritos que presenten los interesados en las oficinas de la Administración podrán estos exigir el correspondiente recibo que acredite la fecha de presentación anotada por la oficina.

Si la solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos, se requerirá al interesado para que, en un plazo prudencial (10 días), subsane las faltas o acompañe los documentos preceptivos, con indicación de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistido de su petición. Este plazo de subsanación podrá ser ampliado prudencialmente, a petición del interesado o a iniciativa del órgano, cuando la aportación de los documentos requeridos presente dificultades especiales.

Por último, cabe destacar que, en los procedimientos iniciados a solicitud de los interesados, el órgano competente podrá recabar del solicitante la modificación o mejora voluntaria de los términos de aquellas, de lo cual se levantará una sucinta acta que se incorporará al procedimiento.

C) Requisitos de actividad

Las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas se deben de poder presentar, no sólo ante la Administración a la que vayan dirigidas, sino ante otros registros de otras administraciones, incluso también en las oficinas de Correos, las representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero.

Una vez iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que

estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello. Antes de la iniciación del procedimiento administrativo, el órgano competente, de oficio o a instancia de parte, en los casos de urgencia y para la protección provisional de los intereses implicados, podrá adoptar las medidas correspondientes en los supuestos previstos expresamente por una norma de rango de ley. Las medidas provisionales deberán ser confirmadas, modificadas o levantadas con el acuerdo de iniciación del procedimiento, que deberá efectuarse dentro del plazo que indique la ley, el cual podrá ser objeto del recurso que proceda.

No se podrán adoptar medidas provisionales que puedan causar perjuicio de difícil o imposible reparación a los interesados o que implique violación de derechos amparados por las leyes.

Las medidas provisionales podrán ser alzadas o modificadas durante la tramitación del procedimiento, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieran ser tenidas en cuenta en el momento de su adopción. En todo caso, se extinguirán con la eficacia de la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente.

Por último, cabe señalar que el órgano administrativo que inicie o tramite un procedimiento, cualquiera que haya sido la forma de iniciación, podrá disponer su acumulación a otros con los que guarde identidad sustancial o íntima conexión. Es habitual que contra el acuerdo de acumulación no proceda recurso alguno.

5.3.2. Ordenación

La ordenación del procedimiento no supone realmente una fase del mismo que haya de seguir a la fase de iniciación, sino que se trata incluye una serie de principios y medidas tendentes a procurar el desenvolvimiento del procedimiento para que este llegue lo más rápidamente posible hasta la resolución final.

En este sentido debemos destacar dos principios:

- **El principio de oficialidad**, es decir, que el procedimiento se impulsará de oficio en todos sus trámites. En el despacho de los expedientes se guardará el orden riguroso de incoación en asuntos de homogénea naturaleza, salvo que por el titular de la unidad administrativa se dé orden motivada en contrario, de la que quede constancia. Además, el incumplimiento de ello dará lugar a la exigencia de responsabilidad disciplinaria del infractor.

- **El principio de celeridad**. Se trata de un principio informador de toda la actuación administrativa que habilita a la Administración para adoptar cuantas medidas repercutan en la economía, celeridad y eficacia de sus servicios.

Ejemplos de los principios anteriores es acordar en un solo acto todos los trámites que, por su naturaleza, admitan una impulsión simultánea y no sea obligado su cumplimiento sucesivo.

Además, al solicitar los trámites que deban ser cumplidos por otros órganos, deberá consignarse en la comunicación cursada el plazo legal establecido al efecto.

También es una manifestación del principio de celeridad el hecho de que las cuestiones incidentales que se susciten en el procedimiento, incluso las que se refieran a la nulidad de actuaciones, no suspendan la tramitación del mismo, salvo la recusación.

Por último, estos principios imponen también obligaciones para los administrados sobre los trámites que deben ser cumplimentados por ellos. Por ejemplo, la fijación de plazos generales para los trámites que deban cumplir los interesados (10 días a partir de la notificación correspondiente), la posibilidad de subsanar sus escritos y solicitudes cuando la Administración considere que alguno de los actos de los interesados no reúne los requisitos necesarios, concederá el mismo plazo general para cumplimentarlos. En el caso de que los interesados no cumplan lo dispuesto anteriormente, se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente; sin embargo, se admitirán sus actuaciones y producirán efectos legales, si se produjeran antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo.

5.3.3. Instrucción

Es aquella fase del procedimiento que proporciona al órgano decisorio los elementos de juicio necesarios para una adecuada resolución que podrá derivar de las alegaciones, los informes o las pruebas.

Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se deben realizar de oficio por el órgano que tramite el procedimiento, sin perjuicio del derecho de los interesados a proponer aquellas actuaciones que requieran su intervención o constituyan trámites legales o reglamentariamente establecidos.

Para que la intervención de los interesados en los actos de instrucción sea posible, habrán de practicarse en la forma que resulte más cómoda para ellos y sea compa-

tible en la medida de lo posible con sus obligaciones laborales o profesionales. Los interesados podrán, en todo caso, actuar asistidos de asesor cuando lo consideren conveniente en defensa de sus intereses.

En cualquier caso, el órgano instructor deberá adoptar todas las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento. Dentro de esta fase la doctrina suele distinguir tres tipos de actividades:

Alegaciones: son aquellos actos que aportan datos, fácticos o jurídicos, al procedimiento.

Pruebas: son el acto o serie de datos que tratan de convencer al órgano decisor de la existencia o inexistencia de datos que han de tenerse en cuenta en la resolución.

Informes: son los pareceres que emiten órganos distintos a quienes corresponde dictar la resolución o la propuesta de resolución, respecto a pretensiones, hechos o derechos que sean objeto de un expediente y sirvan para proporcionar elementos de juicio necesarios para la acertada resolución.

5.3.3.1. Actividades de aportación de datos.

Alegaciones

Las alegaciones son aquellos actos que aportan datos, fácticos o jurídicos, al procedimiento. Podemos señalar los siguientes tipos:

A) Alegaciones de introducción y trámite de información pública

Son aquellas que incorporan datos al procedimiento. Los interesados, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, deben de poder aducir alegaciones y aportar documentos u otros elementos de juicio que serán tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la correspondiente propuesta de resolución.

En todo momento podrán los interesados alegar los defectos de tramitación y, en especial, los que supongan paralización, infracción de los plazos preceptivamente señalados, o la omisión de trámites que pueden ser subsanados antes de la resolución definitiva del asunto. Dichas alegaciones podrán dar lugar, si hubiera razones para ello, a la exigencia de la correspondiente responsabilidad disciplinaria.

También sirve para aportar datos al procedimiento el denominado trámite de información pública, que podrá acordar el órgano al que corresponda la resolución

del procedimiento cuando la naturaleza de este lo requiera. A tal efecto se anunciará en los diarios oficiales correspondientes, a fin de que cualquier persona física o jurídica pueda examinar el procedimiento, o la parte del mismo que se acuerde. El anuncio señalará el lugar de exhibición, debiendo estar en todo caso a disposición de las personas que lo soliciten a través de medios electrónicos en la sede electrónica correspondiente, y determinará el plazo para formular alegaciones, que debe contar con un tiempo prudencial, por ejemplo, de 20 días. La incomparecencia en este trámite no impedirá a los interesados interponer los recursos procedentes contra la resolución definitiva del procedimiento.

La comparecencia en el trámite de información pública no otorga por sí misma la condición de interesado. No obstante, quienes presenten alegaciones u observaciones en este trámite tienen derecho a obtener de la Administración una respuesta razonada que podrá ser común para todas aquellas alegaciones que planteen cuestiones sustancialmente iguales.

Siempre que esté recogido en normas con rango de ley, las Administraciones públicas podrán establecer otras formas, medios y cauces de participación de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley en el procedimiento de elaboración de las disposiciones y actos administrativos.

B) Alegaciones conclusivas: el trámite de audiencia

Son las últimas alegaciones que realizan los interesados, una vez que se ha instruido el expediente y consiste en poner de manifiesto a los interesados o, en su caso, a sus representantes, todo el expediente una vez que se ha terminado la instrucción, de manera que el interesado tenga la última palabra.

No obstante, si antes del vencimiento del plazo los interesados manifiestan su decisión de no efectuar alegaciones ni aportar nuevos documentos o justificaciones, se tendrá por realizado el trámite. Además, se puede prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado.

El trámite de audiencia debe ser un derecho recogido a nivel constitucional. Por tanto, la omisión de este trámite, cuando produzca indefensión, es causa de anulabilidad de la resolución que resulte.

5.3.3.2. Actividades de comprobación de datos. Pruebas

Las pruebas se pueden definir como el acto o serie de datos que tratan de convencer al órgano decisor de la existencia o inexistencia de datos que han de tenerse en cuenta en la resolución.

No pueden existir limitaciones a los medios de prueba y deben resultar posibles cualesquiera que sean admisibles en Derecho.

La prueba tendrá lugar cuando la Administración no tenga por ciertos los hechos alegados por los interesados o la naturaleza del procedimiento lo exija. El instructor solo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada.

La duración del periodo de prueba no podrá ser inferior a 10 días ni superior a 30 días pues de lo contrario se vulnerarían los principios de defensa y de celeridad. La Administración deberá comunicar a los interesados con antelación suficiente el inicio de las actuaciones necesarias para la realización de las pruebas que hayan sido admitidas. En la notificación se consignará el lugar, la fecha y la hora en que se practicará la prueba, con la advertencia, en su caso, de que el interesado puede nombrar técnicos que le asistan.

5.3.3.3. Actividades mixtas. Informes

Se entiende por informes los pareceres que emiten órganos distintos a quienes corresponde dictar la resolución o la propuesta de resolución, respecto a pretensiones, hechos o derechos que sean objeto de un expediente y sirvan para proporcionar elementos de juicio necesarios para la acertada resolución. Se pueden distinguir las siguientes clases de informes:

En función del órgano que emite el informe:

Internos: emitidos por un órgano o unidad de la propia Administración actuante.

Externos: emitidos por una Administración distinta en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus respectivas competencias.

En función del contenido:

Jurídicos: dictamen de conformidad con la legalidad.

Técnicos: valoración de viabilidad técnica o económica del proyecto, estudio de costes y beneficios, estudios de impacto ambiental, social, etc.

En función de su obligatoriedad:

Facultativos: solo los que se juzguen necesarios para resolver.

Preceptivos: ordenados por una norma.

En función de su vinculación:

No vinculantes: el contenido del informe en ningún caso obliga al órgano que resuelve.

Vinculantes: el órgano debe tener en cuenta y seguir el criterio del informe a la hora de resolver.

Con carácter general, habida cuenta de que la decisión es del órgano competente para resolver el procedimiento, los informes serán facultativos y no vinculantes.

En lo que se refiere al plazo, los informes serán emitidos por medios electrónicos en el plazo general que esté establecido previamente (10 días), salvo que una disposición o el cumplimiento del resto de los plazos del procedimiento permitan o exijan otro plazo mayor o menor.

De no emitirse el informe en el plazo señalado y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se podrán proseguir las actuaciones cualquiera que sea el carácter del informe solicitado, excepto en los supuestos de informes preceptivos que sean determinantes para la resolución del procedimiento, en cuyo caso, se podrá interrumpir el plazo de los trámites sucesivos.

Si el informe debiera ser emitido por una Administración pública distinta de la que tramita el procedimiento en orden a expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas, y transcurriera el plazo sin que aquel se hubiera evacuado, se podrán proseguir las actuaciones.

Por último, debemos señalar que el informe emitido fuera del plazo podrá no ser tenido en cuenta al adoptar la correspondiente resolución.

5.3.4. Finalización

Pondrán fin al procedimiento:

- La resolución.
- El desistimiento.

- La renuncia al derecho en que se funde la solicitud cuando tal renuncia no esté prohibida por el ordenamiento jurídico.
- Y la declaración de caducidad.

También producirá la terminación del procedimiento:

- La imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas. En este caso, la resolución que se dicte deberá ser motivada poniendo de manifiesto las causas.

Aparte de estos modos de terminación, existe también la «terminación convencional».

5.3.4.1. Resolución

Es aquella forma de finalización del procedimiento en el que la Administración decide todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo.

Cuando se trate de cuestiones conexas que no hubieran sido planteadas por los interesados, el órgano competente podrá pronunciarse sobre las mismas, poniéndolo antes de manifiesto a aquellos y otorgándoles un plazo para que formulen las alegaciones pertinentes y aporten, en su caso, los medios de prueba.

Deber estar convenientemente prohibida la figura de la *reformatio in peius* de manera que en los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución debe ser congruente con las peticiones formuladas por este, pero sin que en ningún caso se pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede.

Las resoluciones contendrán la decisión, que será motivada, sirviendo de motivación la aceptación de informes o dictámenes cuando se incorporen al texto de la resolución. Expresarán, además, los recursos procedentes, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y el plazo para interponerlos, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro que estimen oportuno.

En el caso de que la tramitación de los procedimientos se realice por medios electrónicos es obligado que la resolución del procedimiento se dicte electrónicamente, garantizando la identidad del órgano competente, así como la autenticidad e integridad del documento.

En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá

resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento.

5.4.2. Desistimiento y renuncia

Ambos son formas de terminación del procedimiento administrativo por medio de una declaración expresa de los interesados que no quieren continuar el procedimiento.

Se diferencian en que en el desistimiento el interesado abandona su pretensión, pero no el derecho, por lo que no le impide volver a ejercer su derecho en otro procedimiento posterior. La renuncia es una declaración del interesado abandonando el derecho o acción, lo cual le impide volver a iniciar otro procedimiento basado en el mismo derecho.

Si la cuestión suscitada por la incoación del procedimiento entrañase interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento, la Administración podrá limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y seguirá el procedimiento.

Si el escrito de iniciación se hubiera formulado por dos o más interesados, el desistimiento o la renuncia solo afectará a aquellos que la hubiesen formulado.

5.4.3. Caducidad

En los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, cuando se produzca su paralización por causa imputable al mismo, la Administración le advertirá que, transcurrido el plazo que se haya fijado para la terminación del procedimiento, se producirá la caducidad del mismo. Consumido este plazo sin que el particular requerido realice las actividades necesarias para reanudar la tramitación, la Administración acordará el archivo de las actuaciones, notificándose al interesado. Contra la resolución que declare la caducidad procederán los recursos pertinentes.

No podrá acordarse la caducidad por la simple inactividad del interesado en la cumplimentación de trámites, siempre que no sean indispensables para dictar resolución. Dicha inactividad no tendrá otro efecto que la pérdida de su derecho al referido trámite.

La caducidad no producirá por sí sola la prescripción de acciones del particular o de la Administración, pero los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción.

Por último, debemos indicar que podrá no ser aplicable la caducidad en el supuesto de que la cuestión suscitada

afecte al interés general o fuera conveniente sustanciarla para su definición y esclarecimiento.

6. La notificación de las resoluciones

Todas las resoluciones, así como las comunicaciones que deban ser trasladadas a los ciudadanos deben ser notificadas en virtud de un procedimiento preestablecido, a ser posible en una norma con rango de ley. La notificación de la resolución es condición necesaria para que la resolución despliegue sus efectos.

En función de si el procedimiento se ha desarrollado en papel o por medios electrónicos, será diversa la manera de notificar, pero en ambos supuestos, es esencial dejar constancia del contenido de lo notificado, de a quién se le ha notificado o quien se ha hecho cargo de la notificación, y de la fecha de recepción, así como de la identidad del órgano administrativo.

Para el caso de que se realice en papel, la notificación debe realizarse en el domicilio del interesado, de no hallarse presente éste en el momento de entregarse la notificación, podrá hacerse cargo de la misma cualquier persona que, reuniendo unos requisitos mínimos (por ejemplo ser mayor de catorce años), se encuentre en el domicilio y pueda hacer constar su identidad. Si nadie se hiciera cargo de la notificación, se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá, al menos, por una vez y en una hora distinta dentro del plazo que se señale (por ejemplo, tres días siguientes). En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado por la mañana, el segundo intento deberá realizarse por la tarde. Si el segundo intento también resultara infructuoso, se procederá al uso de otras formas de notificar, como la publicación de la resolución. No obstante, si se rehúsa recoger la notificación, se debe dejar constancia de esto, lo que implicará que la Administración ha cumplido con su deber de notificar.

Para el caso de las notificaciones por medios electrónicos, se practicarán mediante comparecencia en la sede electrónica de la Administración u organismo actuante, a través de la dirección electrónica habilitada única o mediante ambos sistemas, según disponga cada Administración u organismo.

Se entiende por comparecencia en la sede electrónica el acceso por el interesado o su representante debidamente identificado al contenido de la notificación. Precisamen-

te, es el acceso al contenido lo que permite entender que se ha producido la notificación, siendo el día en que accede la fecha de la notificación.

Cuando la notificación por medios electrónicos sea de carácter obligatorio, o haya sido expresamente elegida por el interesado, se entenderá rechazada cuando haya transcurrido el plazo fijado previamente (10 días naturales o hábiles) desde la puesta a disposición de la notificación sin que se acceda a su contenido.

Los interesados podrán acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso.

Por tanto, cuando la Administración notifique por medios electrónicos, bastará con que ponga a disposición del interesado la notificación en la sede electrónica o en la dirección habilitada única. Con este requisito se cumple con la obligación de notificar. Si el interesado accede a la notificación, la fecha de esta será la del acceso. Si transcurre el plazo fijado desde la puesta a disposición sin que se haya accedido, se entiende que la notificación ha sido rechazada.

7. Implementación de registros de entrada y salida

Las Administraciones públicas deben llevar un registro de los documentos que reciben y de los que envían. Cuando los procedimientos se tramitan en papel, lo normal es establecer la existencia de un registro por cada órgano administrativo y admitir una pluralidad de registros auxiliares que deben informar al general del órgano de cada asiento que anoten. Este esquema cambia con el uso de medios electrónicos, que permiten la existencia de un único Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculado o dependiente de estos. También se podrán anotar en el mismo la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares. La existencia de este registro es para cada Administración, por lo que ya no existirá uno en cada órgano y, mucho menos, los auxiliares.

7.1. Lugar de presentación

Cuando los ciudadanos presenten solicitudes, escritos o comunicaciones dirigidos a los órganos de las Administraciones públicas, deben de poder hacerlo:

- En el registro electrónico de la Administración u organismo al que se dirijan, así como en los restantes registros electrónicos de las Administraciones que componen la organización interna de cada país, regiones, estados o comunidades autónomas, así como las entidades que integran la Administración local y del sector público institucional.
- En las oficinas de asistencia en materia de registros, pensadas para los ciudadanos que no usan la tramitación electrónica.
- En las oficinas de Correos, en la forma que se establezca.
- En las representaciones diplomáticas u oficinas consulares en el extranjero.

Los registros electrónicos de todas y cada una de las Administraciones deberán ser plenamente interoperables, de modo que se garantice su compatibilidad informática e interconexión, así como la transmisión telemática de los asientos registrales y de los documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

Las Administraciones públicas deberán hacer pública y mantener actualizada una relación de las oficinas en las que se prestará asistencia para la presentación electrónica de documentos.

7.2. Medios de presentación

Los documentos presentados de manera presencial ante las Administraciones públicas deberán ser digitalizados por la oficina de asistencia en materia de registros en la que hayan sido presentados para su incorporación al expediente administrativo electrónico, devolviéndose los originales al interesado, sin perjuicio de aquellos supuestos en que la norma determine la custodia por la Administración de los documentos presentados o resulte obligatoria la presentación de objetos o de documentos en un soporte específico no susceptibles de digitalización.

Las Administraciones deben poder establecer la obligación de presentar determinados documentos por medios electrónicos para ciertos procedimientos y colectivos de personas físicas que, por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos, quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

7.3. Efectos de la presentación

Respecto a los efectos producidos por la presentación de los escritos, solicitudes o comunicaciones, la fecha de entrada de los mismos producirá efectos, en su caso, en cuanto al cumplimiento de los plazos de los ciudadanos.

El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir las Administraciones públicas vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el registro electrónico de cada Administración u organismo. En todo caso, la fecha y la hora efectiva de inicio del cómputo de plazos deberán ser comunicadas a quien presentó el documento.

7.4. Recibos de la presentación

El registro electrónico de cada Administración u organismo debe garantizar la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del documento que se registra. Para ello, se emitirá automáticamente un recibo consistente en una copia autenticada del documento de que se trate, incluyendo la fecha y hora de presentación y el número de entrada de registro, así como un recibo acreditativo de otros documentos que, en su caso, lo acompañen, que garantice la integridad y el no repudio de los mismos.

7.5. Creación y funcionamiento de los registros

Como hemos indicado anteriormente, La Administración electrónica ha simplificado mucho el sistema de registros, pues cada Administración dispondrá de un único Registro Electrónico General, en el que se hará el correspondiente asiento de todo documento que sea presentado o que se reciba en cualquier órgano administrativo, organismo público o entidad vinculado o dependiente de estos. También se podrá anotar en el mismo la salida de los documentos oficiales dirigidos a otros órganos o particulares.

De la obligación del registro único se exceptúa a los organismos públicos vinculados o dependientes de cada Administración, que podrán disponer, no es obligatorio que lo implanten, de su propio registro electrónico plenamente interoperable e interconectado con el Registro Electrónico General de la Administración de la que dependen. Al fin y al cabo, esta excepción se justifica por

su propia capacidad autorganizativa y porque actúan con personalidad jurídica independiente de la de la Administración de la que depende.

El Registro Electrónico General de cada Administración funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada organismo. Tanto el Registro Electrónico General de cada Administración como los registros electrónicos de cada organismo deben cumplir con las garantías y medidas de seguridad previstas en la legislación en materia de protección de datos de carácter personal.

Las disposiciones de creación de los registros electrónicos se publicarán en el diario oficial correspondiente y su texto íntegro deberá estar disponible para consulta en la sede electrónica de acceso al registro. En todo caso, las disposiciones de creación de registros electrónicos especificarán el órgano o unidad responsable de su gestión, así como la fecha y hora oficial y los días declarados como inhábiles.

En la sede electrónica de acceso a cada registro figurará la relación actualizada de trámites que pueden iniciarse en el mismo.

En cuanto a los asientos, se anotarán respetando el orden temporal de recepción o salida de los documentos, e indicarán la fecha del día en que se produzcan. Concluido el trámite de registro, los documentos serán cursados sin dilación a sus destinatarios y a las unidades administrativas correspondientes desde el registro en que hubieran sido recibidas.

7.6. Horario y cómputo de plazos

Con sujeción a lo que con carácter general establezca la ley para todas las Administraciones, cada Administración pública establecerá los días y el horario en que deban permanecer abiertos sus registros, garantizando el derecho de los ciudadanos a la presentación de documentos.

Los registros electrónicos permitirán la presentación de solicitudes, escritos y comunicaciones todos los días del año durante las 24 horas.

A los efectos del cómputo de los plazos imputables tanto a los interesados como a las Administraciones públicas, los registros electrónicos se rigen por la fecha y hora oficial de la sede electrónica de acceso, que deberá contar con las medidas de seguridad necesarias para garantizar su integridad y figurar visible.

A los efectos del cómputo de plazo fijado en días hábiles o naturales, y en lo que se refiere a cumplimiento de plazos por los interesados, la presentación en un día inhábil se entenderá realizada en la primera hora del primer día hábil siguiente, salvo que una norma permita expresamente la recepción en día inhábil.

El inicio del cómputo de los plazos que hayan de cumplir los órganos administrativos y entidades de derecho público vendrá determinado por la fecha y hora de presentación en el propio registro. En todo caso, la fecha efectiva de inicio del cómputo de plazos deberá ser comunicada a quien presentó el escrito, solicitud o comunicación.

La sede electrónica del registro de cada Administración pública u organismo determinará, atendiendo al ámbito territorial en el que ejerce sus competencias, el titular de aquella y al calendario previsto, los días que se considerarán inhábiles debiendo ser, para evitar confusiones y en virtud del principio de seguridad jurídica, el único calendario de días inhábiles que se aplicará a efectos del cómputo de plazos en los registros electrónicos.

Bibliografía

KINGSBURY, BENEDICT y STEWART, RICHARD B.: Hacia el derecho administrativo global: fundamentos, principios y ámbito de aplicación. Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), *Global law press-editorial*, Madrid, 2016.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS: El acto administrativo como categoría jurídica. *Revista de Derecho Público*, ISSN 1317-2719, Nº. 121, 2010.

Surgimiento y evolución de la idea del servicio público. *Estudios de Derecho Administrativo*, ISSN 1688-8006, Nº. 1, 2010.

Categorías jurídicas en el Derecho Administrativo. *Iustel*, Madrid, 2011.

El silencio de la Administración. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 16, 2012.

Lecturas de clásicos del Derecho Administrativo. *Andavira*, Santiago de Compostela, 2012.

La buena Administración como institución jurídica. *Revista Andaluza de Administración Pública*, ISSN 1130-376X, Nº. 87, 2013.

MEILÁN GIL, JOSÉ LUIS Y GARCÍA PÉREZ, MARTA: Norma y acto administrativos. *Iustel*, Madrid, 2018.

RODRÍGUEZ-ARANA, JAIME: El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, ISSN 1138-039X, Nº 16, 2012.

El principio general del Derecho de confianza legítima. *Ciencia jurídica*, ISSN 2007-3577, Vol. 2, Nº. 4, 2013.

Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales. *Ius Humani: Revista de Derecho*, ISSN 1390-440X, Nº. 6, 2017.

7

- Buena administración
- en la contratación pública
- José Antonio Moreno Molina



1. Introducción: nuevo Derecho de la contratación pública y principio de buena administración. Hacia un Derecho global de los contratos públicos

El Derecho comparado e internacional de la contratación pública, en especial la nueva regulación de la Unión Europea y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), que ha jugado un decisivo papel en el desarrollo del Derecho europeo de la contratación pública⁷¹, están imponiendo en la actualidad un nuevo paradigma en la contratación pública que garantice el derecho a una buena administración⁷² y los principios de eficacia, eficiencia, transparencia e integridad⁷³. Como destaca con acierto el profesor GIMENO FELIÚ, nos encontramos ante una nueva realidad jurídico-económica de la contratación pública, que exige una visión estratégica en un contexto económico globalizado⁷⁴.

La Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, aprobada el 10 de octubre de 2013 por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, desarrolla de forma muy completa el derecho fundamental a la buena administración pública y sus derechos derivados en sus artículos 25 a 46.

El derecho fundamental a la buena administración se consagró en la Carta de los Derechos Fundamentales de

la Unión Europea, que los Presidentes del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión firmaron y proclamaron el 7 de diciembre de 2000 con ocasión del Consejo Europeo de Niza, y que tiene desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el 1 de diciembre de 2009, “el mismo valor jurídico que los Tratados” (artículo 6 del Tratado de la Unión Europea –TUE–, apartado 1, párrafo primero).

La sentencia del Tribunal General de la UE (Sala Cuarta) de 27 de abril de 2016, asunto T-556/11, *Evropaiki Dynamiki*⁷⁵, aplica el principio de buena administración a los contratos públicos.

El Tribunal de Cuentas Europeo ha resaltado que la política de contratación pública es en nuestros días un instrumento fundamental para el desarrollo del mercado único, el logro de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador y el uso eficiente y eficaz de los fondos públicos⁷⁶.

Como ha puesto de manifiesto el profesor RODRÍGUEZ ARANA⁷⁷, uno de los ámbitos que mejor reflejan en la actualidad el proceso de formación, desarrollo y consolidación de un Derecho administrativo global⁷⁸ es el de la contratación pública⁷⁹, sector que ha sido objeto en los últimos años tanto de importante legislación y acuerdos internacionales, como de jurisprudencia de órganos con jurisdicción internacional que han fijado principios generales, y de actuaciones administrativas, entre otras, de solución de controversias entre Estados u otras partes en disputa⁸⁰.

⁷¹ Véase GIMENO FELIÚ, J.M., “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 23 y ss.; CHINCHILLA MARÍN, C.: “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (I). Ámbito subjetivo y objetivo de aplicación de las Directivas”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 33 y ss. y SANCHEZ MORON, M., “La jurisprudencia del TJUE sobre contratos públicos (II). Adjudicación de los contratos y recursos en materia de contratación”, *El Derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, 2011, págs. 81 y ss.

⁷² RODRÍGUEZ ARANA, J. (2012), “El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública”, *Anuario de Facultades de Derecho de la Universidad de Coruña*, nº 16, págs. 247-274; PONCE SOLÉ, J. (2016), “La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 175, págs. 57 a 84; y RASTROLLO SUÁREZ y GARCÍA JIMÉNEZ (2015), “Buena administración aplicada a los contratos públicos: directiva de recursos, instrumentos de publicidad activa y participación ciudadana”, *Las nuevas directivas de contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 367 y ss.

⁷³ OLLER RUBERT, M. (2015), “Notas sobre la gobernanza en la contratación pública: el perfil del contratante como instrumento de transparencia”, *Contratación administrativa práctica*, nº 135, número especial dedicado a “Transparencia vs. Corrupción”, págs. 46-54.

⁷⁴ Véase GIMENO FELIÚ, J.M. (2015), “El valor interpretativo...”, *op. cit.*, p. 19.

⁷⁵ VECLI:EU:T:2016:248.

⁷⁶ Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº 17/2016, “Las instituciones de la UE pueden hacer más para facilitar el acceso a su contratación pública”, Luxemburgo, p. 10.

⁷⁷ Véase RODRÍGUEZ ARANA, J., Los principios del derecho global de la contratación pública”, *Revista Jurídica de Canarias*, nº. 22 (2011), págs. 59-78; (2010), “El Derecho Administrativo global: un derecho principal”, *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 76, págs. 15-68 y RODRÍGUEZ ARANA, J. (2011), *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (junto a JINESTA LOBO, E., NAVARRO MEDAL, K. y MORENO MOLINA, J.A.), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica).

⁷⁸ AAVV (2006), *Las transformaciones del procedimiento administrativo* (BARNÉS, J., coord.), Global Law, Sevilla; ALLI, J. (2004), *Derecho administrativo y globalización*, Civitas, Madrid; BALLBÉ, M. (2007), “El futuro del derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización”, RAP nº 174; AAVV (2010), *Derecho administrativo global. Organización, procedimiento, control judicial* (PONCE, J., coord.), Marcial Pons-INAP, Madrid; MIR PUIGPELAT, O. (2004), *Globalización Estado y Derecho (Las transformaciones recientes del Derecho administrativo)*, Civitas, Madrid.

⁷⁹ *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (RODRÍGUEZ ARANA, J.; MORENO MOLINA, J.A.; JINESTA LOBO, E. Y NAVARRO MEDAL, K., 2011), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica).

⁸⁰ Todos ellos elementos caracterizadores de la “gobernanza global”, véase Stewart, R. B. (2005), “U.S. Administrative Law: A Model for Global Administrative Law?”, *68 Law and Contemporary Problems*, 15.

El primer apartado de la exposición de motivos de la nueva Ley española de Contratos del Sector Público (9/2017, de 8 de noviembre) reconoce que la legislación de contratos públicos, de marcado carácter nacional, encuentra, no obstante,

“el fundamento de muchas de sus instituciones más allá de nuestras fronteras, en concreto, dentro de la actividad normativa de instituciones de carácter internacional, como es el caso de la OCDE, de UNCITRAL, en el ámbito de la ONU, o, especialmente, de la Unión Europea”.

En este sentido, debe destacarse el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio⁸¹, la Ley Modelo de Naciones Unidas sobre Compras Públicas de Bienes, Servicios y Obras⁸² y las normas en la materia aprobadas por la OCDE⁸³ y por el Banco Mundial⁸⁴ y otras instituciones financieras internacionales; así como la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción⁸⁵.

Pero también se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública del recientemente firmado Acuerdo Global Económico y de Comercio entre la Unión Europea y Canadá (“Comprehensive Economic and Trade Agreement”, CETA) o de otros muchos tratados de libre comercio firmados entre distintos países en todo el mundo.

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

La contratación pública constituye uno de los sectores en que el desarrollo del Derecho administrativo de la Unión Europea⁸⁶ ha llegado más lejos y, consiguientemente, donde la armonización de los ordenamientos de los Estados miembros se está produciendo con mayor intensidad⁸⁷. En efecto, la Unión cuenta con unas muy desarrolladas reglas sobre los procedimientos de preparación, selección, adjudicación y ejecución de los contratos públicos de obras, suministros y servicios⁸⁸.

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

La Directiva 2014/24/UE del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, vigente en la actualidad al haber derogado a la Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de

⁸⁰ KINGSBURY recoge como fuentes primarias de este Derecho global los principios extraídos de los Derechos administrativos nacionales, los principios de sistema de la OMC y los principios de los tratados internacionales de contenido ambiental, además de las agencias intergubernamentales (Banco Mundial, ACNUR, Bancos de desarrollo) y agencias internacionales no gubernamentales (COI, Agencia Mundial Antidopaje, etc.), cuya actividad tiene eficacia frente a los particulares (KINGSBURY, B., 2005, “The Administrative Law Frontier In Global Governance”, *ASIL proceedings*, págs. 4 y ss.).

⁸¹ El Acuerdo sobre Contratación Pública se firmó en Marrakech el 15 de abril de 1994 y entró en vigor el 1 de enero de 1996. Véase ARROWSMITH, S. (2003), *Government Procurement in the WTO*, La Haya (Holanda), Kluwer Law International, *Studies in Transnational Economic Law*, volumen 16 y acerca de la renovación del acuerdo ANDERSON, R. D. (2007), “Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations”, *Public Procurement Law Review*, Issue 4.

⁸² El texto de la “Ley Modelo” fue aprobado por la CNUDMI en su 26 periodo de sesiones, celebrado en Viena en 1993.

⁸³ En relación con la contratación pública, la OCDE se ha preocupado sobre todo de desarrollar instrumentos para combatir la corrupción y fomentar la integridad en el sector público. El sitio Web de la Unidad de Lucha contra la corrupción de la OCDE es: www.oecd.org/daf/nocorruption/ (fecha de consulta 16 de abril de 2018).

Para una visión general del desarrollo de este derecho internacional de la contratación pública puede acudirse a AAVV (2006), “Overview of the Current Work of Key International Institutions in the Field of Public Procurement”, *Public Procurement Law Review*, nº 6, páginas NA 161 a 204.

⁸⁴ Las Normas de Procedimiento del Banco Mundial BP 11.00, se pueden encontrar en <http://siteresources.worldbank.org/INTPROCURINSPA/Resources/bp1100Spanish.pdf>, fecha de consulta 18 de julio de 2017.

⁸⁵ La Convención establece en su artículo 9 que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública, basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones, que sean eficaces, entre otras cosas, para prevenir la corrupción.

Véase al respecto MEDINA ARNAIZ T. (2009), “EU Directives as Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts”, *International Handbook of Public Procurement*, Florida, pp. 105 a 130.

⁸⁶ Acerca del desarrollo del Derecho administrativo europeo puede verse SCHWARZE, J. (1988), *Europäisches Verwaltungsrecht*, 2 vols., Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden; y NIETO GARRIDO, E. y MARTÍN DELGADO, I. (2010), *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Marcial Pons, Madrid y *European Administrative Law in the Constitutional Treaty* (2007), Hart Publishing, Oxford.

⁸⁷ Un análisis en general del Derecho europeo de la contratación pública y su influencia sobre el ordenamiento jurídico español puede encontrarse en GIMENO FELIÚ J.M. (2006), *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, Madrid; RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. (2010), “La Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre contratación pública”, *Justicia Administrativa*, nº 6 y *Contratos públicos y derecho comunitario* (1996), Aranzadi, Pamplona y MORENO MOLINA, J.A. (1996), *Contratos públicos: Derecho comunitario y Derecho español*, Mc-Graw Hill, Madrid y *La reforma de la Ley de Contratos del Sector Público en materia de recursos* (2010), Wolters Kluwer La Ley, Madrid.

⁸⁸ GIMENO FELIÚ, J.M., *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2014, págs. 39 y ss.

obras, de suministro y de servicios, constituye la principal norma del hoy muy completo Derecho de la Unión Europea sobre contratos públicos.

En la terminología comunitaria es conocida como Directiva clásica en la materia, al culminar la evolución de las normas de la Unión sobre contratación pública, que inició con la aprobación de las Directivas del Consejo 71/305/CEE, de 26 de julio de 1971 y 77/62/CEE, de 21 de diciembre de 1976, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y suministro, respectivamente⁸⁹.

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

Todas estas normas integran ya la cuarta generación de directivas europeas sobre contratos públicos⁹⁰.

⁸⁹ A esta primera generación de directivas le sucedió, tras la aprobación en el año 1985 del «Libro Blanco» de la Comisión para la consecución del mercado interior la reforma, en 1988 y 1989, de las Directivas sobre los contratos de suministros y obras. Posteriormente vieron la luz la Directiva 90/531, sobre los contratos en el ámbito de los sectores anteriormente excluidos (es decir, agua, energía, transportes y telecomunicaciones), y la Directiva 92/50, sobre los contratos públicos de servicios.

Ya en los años 90, en aras de una mayor racionalidad y claridad, el Consejo aprobó en 1993 una serie de directivas que refunden aquellas con sus posteriores modificaciones. Estos nuevos textos codificados son las Directivas 93/36, 93/37 y 93/38/CEE, de 14 de junio de 1993, sobre contratos de suministros, obras y en los «sectores especiales». Con la aprobación estas Directivas el Consejo pretendió unificar en lo posible toda la normativa sobre contratación pública.

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

Acerca de la evolución del Derecho de la Unión Europea sobre contratación pública puede verse MORENO MOLINA, J.A., *El nuevo Derecho de la contratación pública de la Unión Europea*. Directivas 4.0, Chartridge Books Oxford, Oxford (Reino Unido), 2015.

⁹⁰ GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 39 y ss.

Las nuevas Directivas pretenden revisar y modernizar la legislación vigente sobre contratación pública. Tienen dos grandes objetivos: incrementar la eficiencia del gasto público para garantizar los mejores resultados posibles de la contratación en términos de relación calidad/precio (lo que implica, en particular, simplificar y flexibilizar las normas sobre contratación pública vigentes) y permitir que los compradores utilicen mejor la contratación pública en apoyo de objetivos sociales comunes⁹¹ como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción de la innovación, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles⁹².

2. La necesaria gobernanza de la contratación pública y profesionalización en su gestión por parte de la Seguridad Social

Este nuevo Derecho de la contratación pública impulsa la transparencia, igualdad, concurrencia y uniformidad jurídica en toda la contratación del sector público⁹³.

Al mismo tiempo plantea una nueva gobernanza, aplicable a la Seguridad Social al igual que al resto de Administraciones y entidades públicas, que incorpora como paradigmas de la gestión la eficacia, eficiencia e integridad para impulsar un modelo armonizado y transparente de gestión de los fondos públicos, que ayude a consolidar las específicas políticas públicas inherentes a nuestros modelos sociales y económicos e impulsar la reactivación económica y empresarial⁹⁴.

En este sentido, los principios generales de la contratación pública deben jugar un papel clave. El primer considerando de la Directiva 2014/24 resalta la necesidad de respetar los principios generales en la adjudicación

⁹¹ RAMOS PÉREZ OLIVARES, A., *La regulación de las cláusulas sociales en los contratos del sector público tras el Real Decreto Legislativo 3/2011*, La Ley, Madrid, 2012 y «Las cláusulas sociales en la regulación de los contratos del sector público tras el RD Leg. 3/2011», *Contratación administrativa práctica*, n.º 119 (2012), págs. 30 y ss.

⁹² Véase PERNÁS GARCÍA, J., *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y «El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales», en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, 2012, págs. 299-323.

⁹³ GIMENO FELIÚ, J.M., «El valor interpretativo...», *op. cit.*, págs. 23 y ss. y RAZQUIN LIZÁRRAGA, M.M. (2015), «Las nuevas directivas sobre contratación pública de 2014: aspectos clave y propuestas para su transformación en España», *RAP* n.º 196, págs. 97 y ss.

⁹⁴ «La reforma comunitaria en materia de contratos públicos y su incidencia en la legislación española. Una visión desde la perspectiva de la integridad», en GIMENO FELIÚ, J.M.; GALLEGO CÓRCOLES, I.; HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. y MORENO MOLINA, J.A. (2015), *Las nuevas directivas de contratación pública* (dir. GIMENO FELIÚ, J.M.), Aranzadi, Cizur Menor, págs. 36 y ss.

de contratos públicos por las autoridades de los Estados Miembros. Se identifican estos principios con los reconocidos por «el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia» y se hace alusión reiterada a los mismos a lo largo de toda la exposición de motivos de la Directiva 2014/24/UE (en especial en los considerandos 31, 37, 40, 45, 68, 90, 110, 112 y 114).

Otro elemento clave de la nueva gobernanza debe ser la profesionalización de los gestores de la contratación⁹⁵. La buena gobernanza en relación con la contratación demanda que los empleados encargados de la contratación pública se conviertan en verdaderos profesionales que no sólo cumplan las normas sino que además sean directores de la contratación⁹⁶.

Debe destacarse en este sentido la importante Recomendación de la Comisión Europea de 3 de octubre de 2017 sobre “la profesionalización de la contratación pública. Construir una arquitectura para la profesionalización de la contratación pública”.

Hay que tener en cuenta que, en concordancia con la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador⁹⁷, las directivas sobre contratos públicos de 2014 impulsan un uso estratégico de la contratación pública y proponen que los compradores utilicen mejor la contratación pública, elemento clave de las economías nacionales de la UE⁹⁸, en apoyo de objetivos sociales comunes como la protección del medio ambiente, una mayor eficiencia energética y en el uso de los recursos, la lucha contra el cambio climático, la promoción

de la innovación⁹⁹, el empleo y la integración social y la prestación de servicios sociales de alta calidad en las mejores condiciones posibles¹⁰⁰.

También exige una profesionalización de la contratación pública la obligatoriedad para los poderes adjudicadores de utilización de medios electrónicos en todas las comunicaciones y los intercambios de información en los procedimientos de contratación que impone la Directiva 2014/24/UE¹⁰¹.

Además de lo anterior, esta profesionalización resulta decisiva para promover la integridad y luchar contra una de las grandes preocupaciones actuales del Derecho de la Unión Europea y español en materia de contratación pública, como es la lucha contra la corrupción¹⁰², que genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo-, como destacan la Comunicación de la Comisión “Lucha contra la corrupción en la UE”¹⁰³ y el Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014¹⁰⁴.

⁹⁵ GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), “Decálogo de Reglas para prevenir la corrupción en los Contratos Públicos”, OBCP (<http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/recategoria.201/remenu.3/chk.7e86b5e21ba5b19849b3088aeece5e60>), fecha de consulta 20 de septiembre de 2017), que destaca la profesionalización como uno de los factores esenciales para promover la integridad. Véase también MALARET, E. (2016), “El nuevo reto de la contratación pública para afianzar la integridad y el control: reforzar el profesionalismo y la transparencia”, *Revista digital de Derecho Administrativo*, nº 15, págs. 21-60.

⁹⁶ SANMARTÍN MORA, M. A. (2012), “La profesionalización de la contratación pública”, AAVV, *Observatorio de Contratos Públicos 2011* (dirección GIMENO FELIÚ, J.M.), Civitas, págs. 318 y ss.

⁹⁷ Documento de la Comisión COM 2010, 2020.

⁹⁸ Las autoridades públicas gastan cada año aproximadamente una quinta parte del PIB de la UE en la adquisición de obras, suministros y servicios, como recuerda el Informe especial del Tribunal de Cuentas Europeo nº 17/2016, cit.).

⁹⁹ VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), “Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos”, *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor, págs. 349 y ss. y (2011) “Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación”, *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 1, págs. 16 a 24.

¹⁰⁰ Véase ALONSO GARCÍA, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación por el Reglamento Delegado (UE) 2015/2170 de la Comisión, de 24 de noviembre de 2015 pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 26, págs. 5 y ss., y PERNÁS GARCÍA, J. (2012), “El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales”, en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor, págs. 299-323.

¹⁰¹ MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2015), *La Contratación Pública Electrónica: análisis y propuesta de transposición de las directivas comunitarias de 2014*, Tirant Lo Blanch, Valencia.

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

¹⁰² Véase GIMENO FELIÚ, J.M. (2016), “La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad”, *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Directores GIMENO FELIÚ, J. M.; VILLORIA MENDIETA, M. y TEJEDOR BIELSA, J.), Atelier, Barcelona, págs. 247 y ss.; GARCÍA JIMÉNEZ, A. (2015), “Gestión profesional de las licitaciones públicas: propuestas para la nueva ley de contratos del sector público”, *Revista Aranzadi Doctrinal* nº 10, p. 1 y CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2014), *El principio de integridad en la contratación pública*, Aranzadi, Cizur Menor.

¹⁰³ Documento COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.

¹⁰⁴ El texto completo del informe puede encontrarse en la dirección http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm (fecha de consulta 10 de marzo de 2017).

3. Aproximación y grandes similitudes en las regulaciones y prácticas administrativas sobre contratación pública en los países de América latina

Las compras de bienes y servicios y el encargo de la realización de obras públicas al sector privado por parte de las Administraciones públicas y las entidades y organismos dependientes de ellas significan en nuestros días una considerable parte del Producto Interior Bruto de los países de América latina¹⁰⁵.

Pero a esa importancia económica hay que añadir la enorme trascendencia que los contratos públicos tienen en la actualidad en los ordenamientos jurídicos nacionales al ser un ámbito medular de la actuación pública¹⁰⁶.

Al analizar las legislaciones y prácticas administrativas nacionales sobre contratación pública en los países de América latina la principal conclusión que se extrae es la similitud de las mismas, que deriva de una normativa adoptada o reformada recientemente en la mayoría de ordenamientos y de unas preocupaciones, retos y objetivos en esta materia comunes a todos los Estados como son la lucha contra la corrupción y la necesaria modernización de la contratación pública para materializar en la misma los principios de eficiencia, integridad y buena administración así como la implantación de medios electrónicos en los procedimientos de compras públicas.

Además, es importante tener en cuenta la actual tendencia internacional hacia la elaboración de un Derecho común que discipline las fases de preparación y adjudicación de los contratos públicos, que no sólo se aprecia claramente en el Derecho de la Unión Europea que afecta a España, sino que también se manifiesta con fuerza en importantes normas internacionales cuyo principal objetivo consiste en asegurar el respeto de los principios de objetividad, transparencia y no discriminación en la con-

tratación pública: así ocurre con las disposiciones aprobadas por la Organización Mundial del Comercio (Acuerdo Mundial sobre Contratación Pública) y por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (Ley Modelo sobre Compras Públicas).

También se podrían señalar las disposiciones sobre contratación pública de instrumentos de integración regional así como de muchos tratados de libre comercio firmados por países del continente americano¹⁰⁷.

4. Respeto de los principios generales como objetivo principal de las vigentes legislaciones reguladoras de los contratos públicos en América latina

Una importante característica común a las legislaciones nacionales sobre compras públicas en América latina es su reconocimiento expreso de los principios generales que rigen en la materia y que desarrollan cada vez más una decisiva función interpretativa. Ante la enorme cantidad de normas legales y reglamentarias que en la actualidad regulan los contratos públicos, los principios generales de la contratación pública se presentan como un necesario elemento unificador.

Los principios deben aportar claridad y seguridad jurídica en la aplicación e interpretación del Derecho de los contratos. Están basados en reglas nacionales de naturaleza constitucional y deben ser hoy el fundamento de todo el Derecho público sobre contratos de las Administraciones públicas. Los principios generales de la contratación pública se caracterizan por su transversalidad, ya que alcanzan y se manifiestan en todas las fases contractuales, preparatorias y ejecutorias.

En la ley de Panamá nº 22, de 27 de junio de 2006, que regula la Contratación Pública, el artículo 16 recoge los principios generales y señala al efecto que *“las actuaciones de quienes intervengan en la contratación pública se desarrollarán con fundamento en los principios de eficien-*

¹⁰⁵ Véase al respecto el documento de la SELA (Secretaría Permanente del Sistema Económico Latinoamericano y del Caribe), *Las compras públicas como herramienta de desarrollo en América Latina y el Caribe*, Caracas (Venezuela), 2014, p. 9. Doc. SP/Di No. 11-14; disponible en la dirección web –fecha de consulta 12 de mayo de 2018–:

http://www.sela.org/attach/258/EDOC/SRed/2014/09/T023600006062-0-Di_11_Compras_publicas.pdf

¹⁰⁶ Véase CARLÓN RUIZ, M., “La Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su carácter estructurante del ordenamiento jurídico”, en AAVV, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas* (dirección GOMEZ-FERRER MORANT), Civitas, Madrid, 2004.

¹⁰⁷ Véase al respecto RODRIGUEZ ARANA, J.; JINESTA LOBO, E., NAVARRO MEDAL, K. y MORENO MOLINA, J.A., *Derecho internacional de las contrataciones administrativas*, Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica), 2011.

cia, eficacia, transparencia, debido proceso, publicidad, economía y responsabilidad, de conformidad con los postulados que rigen la función administrativa. Igualmente, les serán aplicables las normas que regulan la conducta de los servidores públicos, las reglas de interpretación de la contratación, los principios generales del derecho, las normas del derecho administrativo y las normas en materia civil y comercial que no sean contrarias a esta Ley.”

La norma panameña recoge en su artículo 21 unas importantes reglas cuando declara que *“en la interpretación de las normas sobre contratos públicos, de los procedimientos de selección de contratista, de los casos de excepción de procedimiento de selección de contratista y de las cláusulas y estipulaciones de los contratos, se tendrán en consideración los intereses públicos, los fines y los principios de esta Ley, así como la buena fe, la igualdad y el equilibrio entre las obligaciones y los derechos que caracterizan los contratos conmutativos.”*

En el mismo sentido, la Ley 30225 de 2014, de Contrataciones del Estado del Perú, establece que los principios generales de los contratos públicos *“sirven de criterio interpretativo e integrador para la aplicación de la presente ley y su reglamento, y como parámetros para la actuación de quienes intervengan en dichas contrataciones”*.

La reciente Ley peruana recoge y define de forma amplia los principios generales en su artículo 2 (“principios que rigen las contrataciones”), que hace referencia a los principios de libertad de concurrencia, libre acceso y participación de proveedores, igualdad de trato, transparencia, publicidad, competencia, eficacia y eficiencia, vigencia tecnológica, sostenibilidad ambiental y social, equidad y proporcionalidad.

Por su parte, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública del Ecuador de 2008 prevé en su artículo 4 que *“para la aplicación de esta Ley y de los contratos que de ella deriven se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y participación nacional.”*

En el artículo 5 de la Ley ecuatoriana también se hace referencia a la función interpretativa de los principios en estos términos: *“los procedimientos y los contratos sometidos a esta Ley se interpretarán y ejecutarán conforme los principios referidos en el artículo anterior y tomando en cuenta la necesidad de precautelar los intereses públicos y la debida ejecución del contrato”*.

La Ley de Compras Eficientes y Transparentes a Través de Medios Electrónicos de Honduras de 2014 dedica su artículo 4 a los principios generales, y así recoge y define

los de transparencia y publicación, planificación, eficacia y buen gobierno, mejor valor del dinero, simplificación y economía del proceso.

La norma más importantes y alrededor de la cual gira todo el sistema jurídico de la contratación administrativa en el Derecho español, la Ley de Contratos del Sector Público de 2017, en su artículo 1 declara que la Ley tiene por objeto regular la contratación del sector público, *“a fin de garantizar que la misma se ajusta a los principios de libertad de acceso a las licitaciones, publicidad y transparencia de los procedimientos, y no discriminación e igualdad de trato entre los licitadores; y de asegurar, en conexión con el objetivo de estabilidad presupuestaria y control del gasto, y el principio de integridad, una eficiente utilización de los fondos destinados a la realización de obras, la adquisición de bienes y la contratación de servicios mediante la exigencia de la definición previa de las necesidades a satisfacer, la salvaguarda de la libre competencia y la selección de la oferta económicamente más ventajosa.”*

Desde el pórtico del citado texto refundido español y a lo largo de todo su texto el respeto a los principios generales de la contratación pública se presenta como el objetivo y finalidad primera de la norma, que persigue garantizar la libertad de acceso a las licitaciones, la publicidad y transparencia de los procedimientos, así como la no discriminación e igualdad de trato entre los candidatos. No podía ser de otra manera, pues así lo exigía el Derecho de la Unión Europea de los contratos públicos, de forma destacada gracias a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea¹⁰⁸.

La nueva Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, que deberá ser incorporada a los ordenamientos jurídicos de los 28 Estados miembros de la Unión Europea antes del 18 de abril de 2016, resalta desde su primer considerando la necesidad

¹⁰⁸ En este sentido, el Tribunal europeo, tras comprobar cómo las Directivas en la materia no constituyen cuerpos uniformes y completos de normas sobre contratación pública, sostiene que los Estados siguen siendo libres para mantener o adoptar normas sustantivas y procedimentales que disciplinen los contratos públicos, pero, eso sí, *“a condición de que se respeten todas las disposiciones aplicables del Derecho comunitario y, en particular, las prohibiciones derivadas de los principios consagrados por el Tratado”*. La sentencia del TJUE de 13 de octubre de 2005, asunto C 458/03, Parking Brixen GMBH, resulta muy ilustrativa cuando concluye que *“pese a que, en el estado actual del Derecho comunitario, los contratos de concesión de servicios públicos se encuentran excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva 92/50, las autoridades públicas que los celebren están obligadas no obstante a respetar, en general, las normas fundamentales del Tratado CE y, en especial, el principio de no discriminación por razón de la nacionalidad”*.

de respetar los principios generales en la adjudicación de contratos públicos por o en nombre de las autoridades de los Estados Miembros (una previsión similar recogía el apartado segundo de la exposición de motivos de la Directiva 2004/18/CE). Se identifican estos principios con los reconocidos por “el Tratado sobre el funcionamiento de la Unión Europea y, en particular la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios y de los principios derivados de la misma, tales como el de la igualdad de trato, no discriminación, el reconocimiento mutuo, la proporcionalidad y la transparencia”.

En esta misma línea, hay que recordar la Comunicación interpretativa de la Comisión Europea de 23 de junio de 2006, sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública¹⁰⁹, cuya legalidad y conformidad con el Derecho europeo fue confirmada por la STJUE de 20 de mayo de 2010, en el asunto T-258/06, que resolvió el recurso de anulación contra la Comunicación por Alemania, al que se adhirieron como partes coadyuvantes Francia, Austria, Polonia, Países Bajos, Grecia, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Parlamento Europeo.

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

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

Al principio de confidencialidad dedica la Directiva 2014/24 el artículo 21, en su doble vertiente que protege al licitador (apartado 1) y al poder adjudicador (apartado 2). Dispone así en primer lugar que salvo disposición europea o nacional en contrario, y sin perjuicio de las obligaciones en materia de publicidad de los contratos adjudicados y de información a los candidatos y a los lici-

tadores, el poder adjudicador no divulgará la información facilitada por los operadores económicos que estos hayan designado como confidencial, por ejemplo, los secretos técnicos o comerciales y los aspectos confidenciales de las ofertas.

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

Otro ejemplo de reconocimiento de los principios generales lo podemos encontrar en el ordenamiento jurídico colombiano, que expresamente consagra el artículo 23 de la Ley 80 de 1993 (transparencia, economía y responsabilidad) y desarrollan los artículos 24 a 26 de la Ley (junto a una importante jurisprudencia de la Corte Constitucional que los ha interpretado), remitiéndose para el resto de principios al resto del ordenamiento jurídico: singularmente la Constitución Política de Colombia, el Código Civil y el Código Contencioso Administrativo.

Con la reforma introducida por la Ley 1150 de 2007 se buscó garantizar una mayor aplicación de los principios generales de la contratación a sectores de la actividad contractual pública anteriormente no plenamente sometidos, como era el caso de los contratos sometidos por el legislador a las reglas del derecho privado.

La Ley chilena 19886, publicada el 30 de julio de 2003, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, declara en su artículo 1 que *“los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación.”*

Si bien la norma chilena no enumera los principios generales, sí los reconoce y consagra en cuanto a sus exigencias a lo largo de toda la ley: así lo hace con los principios de igualdad, concurrencia, transparencia, sujeción a las bases y eficiencia.

Como ha declarado la jurisprudencia, uno de los objetos fundamentales de la Ley n° 19.886 consiste en garantizar *“la transparencia de las operaciones contractuales de la Administración del Estado, estableciendo procedimientos uniformes y obligatorios que las entidades sujetas a su cumplimiento deben observar en la preparación y celebración de los contratos y el Sistema de Información, al que se debe otorgar gratuito y público acceso”* (Dict. n°12.679/05).

¹⁰⁹ Diario Oficial n° C 179 de 01/08/2006.

La regla general en materia de contratación administrativa *“es la propuesta pública y excepcionalmente la propuesta privada o el trato directo. La necesidad de contratar con un prestador distinto de los que ya se encuentran vinculados contractualmente con el servicio, se puede obtener plenamente a través de un proceso licitatorio público que, inspirado en los principios de transparencia y libre concurrencia, considere las diversas variables que interesan al servicio”* (Dict. 45.730/03).

5. La utilización de medios electrónicos en la contratación pública

La Administración de la Seguridad Social siempre ha sido muy avanzada en la utilización de medios electrónicos en sus relaciones con los ciudadanos y ello le ha permitido adaptarse mejor a las exigencias normativas que imponen el uso de medios electrónicos en la contratación pública.

En la mayoría de los países de América latina ha habido en los últimos años una evolución parecida en cuanto a la utilización de los medios electrónicos en la contratación pública, encontrándose en la actualidad con un sistema muy bien desarrollado en cuanto a la difusión de información (fase informativa del sistema) pero con menos logros en cuanto al módulo transaccional, que permita desarrollar los procedimientos de contratación de forma totalmente “on line”. En este punto falta todavía mucho por desarrollar en casi todos los países.

Los portales públicos de compras centralizan la información sobre la contratación del sector público y en ellos las entidades están obligadas a publicar tanto sus convocatorias de procesos como otra mucha información relevante. Esta información publicada en los portales públicos en general asegura de modo adecuado la transparencia de los procesos de contratación. Se trata además de unos puntos únicos de acceso gratuito.

Deben destacarse en este sentido el portal del gobierno chileno (“ChileCompra”), uno de los pioneros en compras públicas electrónicas no sólo a nivel de la región sino en el panorama internacional, y los de Argentina (“Argentina Compra”), Brasil (“ComprasNet”), Colombia (“Colombia Compra Eficiente”), Costa Rica (“CompraRed”), Ecuador (...INCOP.), El Salvador (“CompraSal”), Guatemala (“Guatecompras”), Honduras (“HondusCompras”), México (“CompraNet”), Panamá (“PanamaCompra”), Perú (Sistema Electrónico de Contrataciones del Estado –SEACE-) y República Dominicana (“ComprasDominicana”)¹¹⁰.

En una fase de desarrollo del sistema electrónico se encuentran Bolivia (“Sistema de Contrataciones Estatales” –SICOES-), Nicaragua (“Nicaragua Compra”) y Paraguay (Sistema de Información de las Contrataciones Públicas en la web <https://www.contrataciones.gov.py>, fecha de consulta 24 de abril de 2018).

También los portales públicos de Uruguay (Agencia de Compras y Contrataciones del Estado en la web <http://www.comprasestatales.gub.uy>, fecha de consulta 24 de abril de 2018) y Venezuela (Servicio Nacional de Contrataciones, dirección <http://www.snc.gob.ve>, fecha de consulta 24 de abril de 2018).

Por lo que se refiere a la Unión Europea, la nueva Directiva 2014/24/UE obliga a los Estados a garantizar “que todas las comunicaciones y todos los intercambios de información en virtud de la presente Directiva, y en particular la presentación electrónica de ofertas, se lleven a cabo utilizando medios de comunicación de conformidad con los requisitos establecidos en el presente artículo” (artículo 22.1).

Como destaca el Libro Verde de la Comisión Europea sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la UE (SEC 2010, 1214), Portugal fue el primer país de la Unión Europea que apostó por la obligatoriedad del uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación, en la mayoría de los contratos públicos. En concreto, esta obligación se estableció en el párrafo 1 del artículo 9 del Decreto-Ley n.º 18/2008, de 29 de enero, que aprobó el «Código dos Contratos Públicos» (Código de los Contratos Públicos, en adelante, CCP), con un horizonte temporal de un año después de la fecha de entrada en vigor de la norma, a partir de la cual las autoridades contratantes y los contratistas ya no podrían utilizar documentos de papel en las propuestas o solicitudes en los procedimientos de contratación pública. Sin embargo, este plazo se prorrogó por medio del Decreto-Ley n.º 223/2009, del 11 de septiembre, que fijó de plazo hasta el 31 de octubre de 2009. Por lo tanto, desde el 1 de noviembre de 2009, resulta obligatorio el uso de medios electrónicos para desarrollar todas las fases del proceso, incluida la adjudicación.

¹¹⁰ Véase el análisis comparativo de todos estos portales en CEPAL, “Panorama de la gestión pública 2013”, Documento de referencia DDR/2, 14 de noviembre de 2013, págs... 10 y ss., disponible en http://www.cepal.org/crp-ilpes/noticias/documentosdetrabajo/7/51577/2013-986_CRP.14_DDR.2_Sintesis_Panorama_Gestion_Publica.pdf, fecha de consulta 13 de septiembre de 2017.

La Comisión Europea publicó el Libro Verde sobre la generalización del recurso a la contratación pública electrónica en la Unión Europea (SEC 2010, 1214), para impulsar la utilización de las TIC a fin de lograr una contratación pública más eficaz en todo el mercado único, al tiempo que avanzar hacia una revisión coordinada y global del actual marco de contratación pública de la UE.

En el Libro Verde se recuerdan las grandes ventajas de una utilización más generalizada de la contratación electrónica. Entre ellas cabe destacar una mayor accesibilidad y transparencia (la contratación electrónica puede mejorar el acceso de las empresas a la contratación pública gracias a la automatización y centralización del flujo de información sobre las oportunidades de licitación concretas); ventajas en relación con los procedimientos concretos (frente a los sistemas basados en el soporte de papel, la contratación electrónica puede contribuir a que las entidades adjudicadoras y los operadores económicos reduzcan sus costes administrativos, y a que se agilicen los procedimientos de contratación, lo que en las actuales circunstancias económicas podría tener una acogida muy favorable ya que aumentaría al máximo el potencial que puede obtenerse a partir de recursos limitados); ventajas en cuanto al logro de una mayor eficacia en la gestión de la contratación (en los casos en que existan centrales de compras, el recurso a los procedimientos electrónicos podrá contribuir a la centralización de las tareas administrativas de contratación más onerosas y al logro de economías de escala en términos de gestión); y potencial de cara a la integración de los mercados de contratación en la UE (en un entorno caracterizado por la utilización del soporte de papel, la falta de información y los problemas asociados a la presentación de ofertas en relación con contratos que van a adjudicarse a cierta distancia del lugar de establecimiento de la propia empresa pueden limitar el número de proveedores que compitan en determinadas licitaciones o disuadirlos totalmente de participar en ellas. En potencia, la contratación electrónica tiene la ventaja de acortar esas distancias, salvar las deficiencias en materia de información y fomentar una mayor participación, mediante el incremento del número de posibles proveedores y la eventual ampliación de los mercados).

No cabe duda de que la contratación electrónica puede ayudar a obtener los insumos necesarios para los servicios públicos en unas condiciones ventajosas para el contribuyente en términos económicos. Las economías logradas de este modo son particularmente valiosas en el contexto actual, en el que se está ejerciendo una presión para la contención del gasto público.

Ahora bien, dichas ventajas tiene un coste. El logro de la competencia requerida para llevar a cabo la contratación por medios electrónicos exige inversiones a lo largo

de toda la cadena de contratación a fin de desarrollar la capacidad necesaria y gestionar el paso de un sistema a otro. Los costes de mantenimiento varían entre varios miles y varios millones de euros, en función, lógicamente, del tamaño y la sofisticación del sistema. La experiencia ha demostrado que dichas inversiones pueden recuperarse en un plazo muy corto a través de las economías realizadas por la Administración.

Sin embargo, el mayor obstáculo a la utilización de estos nuevos sistemas electrónicos consiste en la dificultad de estimular a las entidades adjudicadoras y a las comunidades de proveedores a servirse de ellos. Las iniciativas en materia de contratación electrónica que han tenido éxito incluyen, a menudo, un gran apoyo para la formación de las comunidades de usuarios, así como un esfuerzo continuado por parte de los promotores de la contratación electrónica para fomentar y desarrollar sus sistemas.

La plena implantación de la contratación pública electrónica se enfrenta pues a notables retos en América latina.

6. Conflictos de intereses e integridad de los procedimientos de contratación pública

Una de las grandes preocupaciones actuales del Derecho de la contratación pública es la lucha contra la corrupción¹¹¹. Por ejemplo, la corrupción genera pérdidas en la economía de la UE por valor de unos 120.000 millones de euros al año -1% del PIB europeo-, como destacan la Comunicación de la Comisión "Lucha contra la corrupción en la UE"¹¹² y el Informe sobre la corrupción en la Unión Europea de 2014¹¹³.

La importancia económica, política y social de la contratación pública¹¹⁴, los intereses financieros en juego y la estrecha interacción entre los sectores público y privado

¹¹¹ Véase GIMENO FELIÚ, J.M., "La corrupción en la contratación pública. Propuestas para rearmar un modelo desde la perspectiva de la integridad", *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos* (Directores GIMENO FELIÚ, J. M.; VILLORIA MENDIETA, M. y TEJEDOR BIELSA, J.), Atelier, Barcelona, 2016, págs. 247 y ss.

¹¹² Documento COM (2011) 308 final, de 6 de junio, pág. 3.

¹¹³ El texto completo del informe puede encontrarse en la dirección http://ec.europa.eu/dgs/home-affairs/what-we-do/policies/organized-crime-and-human-trafficking/corruption/anti-corruption-report/index_en.htm (fecha de consulta 9 de marzo de 2016).

¹¹⁴ Véase ALONSO GARCÍA, C., "La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE", *La Ley Unión Europea*, nº 26 (2015), págs. 5 y ss.

hacen de este sector un ámbito peligrosamente expuesto a prácticas comerciales deshonestas, como el conflicto de intereses, el favoritismo y la corrupción.

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

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

También se establecen medidas contra comportamientos ilícitos de los candidatos y licitadores, como los intentos de influir indebidamente en el proceso de toma de decisiones o de llegar a acuerdos con otros participantes para manipular el resultado del procedimiento. Estas actividades ilícitas infringen los principios básicos de la Unión Europea y pueden dar lugar a graves falseamientos de la competencia¹¹⁵.

La Directiva 2014/24 recoge también los impedimentos a la adjudicación, cuya concurrencia obliga a los poderes adjudicadores a no adjudicar el contrato al licitador que presente la mejor oferta. El apartado 6 del artículo 57 de la Directiva 2014/24 prevé que los licitadores pongan en práctica medidas de *self-cleaning* al establecer que *“todo operador económico que se encuentre en alguna de las situaciones contempladas en los apartados 1 y 4 podrá presentar pruebas de que las medidas adoptadas por él son suficientes para demostrar su fiabilidad pese a la existencia de un motivo de exclusión pertinente. Si dichas pruebas se consideran suficientes, el operador económico de que se trate no quedará excluido del procedimiento de contratación”*.

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

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

A este respecto, entiende el Tribunal que el hecho de que el poder adjudicador haya nombrado expertos que actúan bajo su mandato para evaluar las ofertas presentadas no le exime de su responsabilidad de respetar las exigencias del Derecho de la Unión¹¹⁶. Para declarar la parcialidad de un experto es necesario valorar los hechos y las pruebas, valoración que forma parte de la competencia de los poderes adjudicadores y de las autoridades de control administrativas o judiciales. Ni la Directiva 89/665 ni la Directiva 2004/18 contienen disposiciones específicas a este respecto. Según reiterada jurisprudencia, ante la inexistencia de una normativa de la Unión en esta materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación de los procedimientos administrativos y judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. La regulación procesal de estos recursos, sin embargo, no debe ser menos favorable que la referente a los recursos semejantes establecidos para la protección de los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico interno (principio de equivalencia) ni hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)¹¹⁷.

¹¹⁵ GONZÁLEZ SANFIEL, A.M., “La integridad en la contratación pública: ¿Un principio con sustantividad propia?”, *El impacto de la crisis económica en la contratación pública* (Director HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.I.), Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, págs. 31 y ss.

¹¹⁶ Véase, en este sentido, la sentencia SAG ELV Slovensko y otros, C-599/10, EU:C:2012:191, apartado 23.

¹¹⁷ Véase la sentencia Club Hotel Loutraki y otros, C-145/08 y C-149/08, EU:C:2010:247, apartado 74 y la jurisprudencia que cita.

En particular, la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de las entidades adjudicadoras no debe privar de efecto útil a la Directiva 89/665¹¹⁸.

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

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

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

examen pormenorizado por parte del poder adjudicador o, en su caso, por parte de las autoridades de control administrativas o judiciales.”

En definitiva, el TJUE recuerda en su sentencia su consolidada jurisprudencia sobre el principio de igualdad de trato entre los licitadores, que tiene por objetivo favorecer el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en un contrato público, obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores¹¹⁹. La obligación de transparencia, que constituye su corolario, tiene esencialmente como objetivo garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador respecto de determinados licitadores o de determinadas ofertas¹²⁰.

7. Bibliografía

ALONSO GARCÍA, C. (2015), “La consideración de la variable ambiental en la contratación pública en la nueva Directiva europea 2014/24/UE”, *La Ley Unión Europea*, nº 26.

DÍAZ SASTRE, S. (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2014), *El nuevo paquete legislativo comunitario sobre contratación pública: de la burocracia a la estrategia (el contrato público como herramienta del liderazgo institucional de los poderes públicos)*, Aranzadi, Cizur Menor.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2013), “Novedades en la nueva Normativa Comunitaria sobre contratación pública”, *Revista de estudios locales*, nº 161.

GIMENO FELIÚ, J.M. (2013), “Las nuevas directivas -cuarta generación- en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública”, *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 159.

GIMENO FELIU, J.M. (2015), “El valor interpretativo de las directivas comunitarias sobre contratación pública y del derecho “pretoriano”. Las opciones de transposición en España en la propuesta de reforma”, en AAVV (dir. GIMENO FELIÚ, J.M., coord. BERNAL BLAY, M.A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2014*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).

¹¹⁸ Sentencia Uniplex (UK), C-406/08, EU:C:2010:45, apartado 27.

¹¹⁹ Véanse, en este sentido, las sentencias Comisión/CAS Succhi di Frutta, C-496/99 P, EU:C:2004:236, apartado 110, y Cartiera dell'Adda, C-42/13, EU:C:2014:2345, apartado 44.

¹²⁰ Sentencia Comisión/CAS Succhi di Frutta, citada, apartado 111.

- GIMENO FELIÚ, J.M. (2015), *Informe Especial. Sistema de control de la contratación pública en España*, Observatorio de Contratación Pública: <http://www.obcp.es/> (consultado el 10 de febrero de 2018).
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2017), "Hacia una nueva Ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?", REDA 182.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2010), *Novedades de la Ley de contratos del Sector público de 30 de octubre de 2007 en la regulación de la adjudicación de los contratos públicos*, Civitas, Pamplona.
- MEILÁN GIL, J.L. (2015), "Un "meeting point" de los ordenamientos jurídicos sobre contratación pública", *Revista de Administración Pública*, nº 198.
- MEILÁN GIL, J.L. (2008), *La estructura de los contratos públicos: norma, acto y contrato*, Iustel, Madrid.
- MORENO MOLINA, J.A. (2013), "La cuarta generación de directivas de la Unión Europea sobre contratos públicos", en AAVV (dir. GIMENO FELIÚ, J.M., coord. BERNAL BLAY, M.A.), *Observatorio de Contratos Públicos 2012*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra).
- MORENO MOLINA, J.A.; PUERTA SEGUIDO, F.; PUNZÓN MORALEDA, J. y RAMOS PÉREZ OLIVARES, A. (2016): *Claves para la aplicación de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública*, Wolters Kluwer-El Consultor de los Ayuntamientos, Madrid.
- PERNÁS GARCÍA, J. (2012), *Contratación Pública Verde*, La Ley, Madrid, 2011 y "El uso estratégico de la contratación pública como apoyo a las políticas ambientales", en *Observatorio de políticas ambientales 2012*, Civitas, Cizur Menor.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2015), "Génesis, regulación y calendario obligatorio de la contratación pública electrónica", *Revista Contratación Administrativa Práctica* nº 137.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2017), *La implantación de la administración electrónica y de la e-factura*, Wolters Kluwer, Madrid.
- PINTOS SANTIAGO, J. (2017), *Los principios generales de desarrollo humano y sostenibilidad ambiental en la contratación pública*, Instituto Nacional de Administración Pública (INAP), Madrid.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2011), "Los principios del derecho global de la contratación pública", *Revista Jurídica de Canarias*, nº. 22.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2010), "El Derecho Administrativo global: un derecho principal", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 76.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2011), *Derecho internacional de las contrataciones administrativas* (junto a JINESTA LOBO, E., NAVARRO MEDAL, K. y MORENO MOLINA, J.A.), Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho para Latinoamérica, eds. Guayacan, San José (Costa Rica).
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2013), "El principio general del Derecho de confianza legítima", *Ciencia jurídica*, nº 4.
- RODRÍGUEZ ARANA, J. (2012), "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y Administración Pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16.
- SANTIAGO IGLESIAS, D. (2015), "Las relaciones de colaboración entre poderes adjudicadores excluidas de la normativa de contratación del sector público: una propuesta de transposición de la regulación contenida en las Directivas de contratación al ordenamiento español", *Revista General de Derecho Administrativo*, nº 38.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016); "La Directiva de concesiones (Directiva 2014/23/UE) y la gestión de Servicios de Interés General", en el libro colectivo, *Servicios de Interés General, colaboración público-privada y sectores específicos*, (Coord: V. PARISIO, V. AGUADO I CUDOLÁ, B. NOGUERA DE LA MUELA), Giappichelli, Turín; Tirant Lo Blanch, Valencia.
- VALCÁRCEL FERNANDEZ, P. (2007), "The relevance of promoting collaborative and joint cross border public procurement for buying innovative solutions", *IUS PUBLICUM*, Issue nº1, pp. 1-50.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), "Impulso de la compra pública para la innovación (CPI) a través de las distintas modalidades de contratación conjunta: análisis de casos", *Compra conjunta y demanda agregada en la contratación del sector público: un análisis jurídico y económico*, Aranzadi, Cizur Menor.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2011), "Impulso decisivo en la consolidación de una contratación pública responsable. Contratos verdes: de la posibilidad a la obligación", *Actualidad Jurídica Ambiental*, nº 1.
- VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (2016), "El recurso especial en materia de contratos públicos: en la senda del derecho a una buena administración", en *Las vías administrativas de recurso a debate: Actas del XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo* (coord. LÓPEZ RAMÓN, F.), INAP, Madrid.

8

- **Gestión Económico-Financiera**
-
- Susana Álvarez Gómez



1. Introducción

La gestión del sector público estatal está sometida al régimen presupuestario anual aprobado en las Cortes Generales y enmarcado dentro de los límites de un escenario plurianual. La programación presupuestaria se rige por los principios de estabilidad presupuestaria, sostenibilidad financiera, plurianualidad, transparencia, eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos, responsabilidad y lealtad institucional conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

La Gestión Económico-Financiera en las Administraciones Públicas requiere, por tanto, del Presupuesto como instrumento básico de previsión y control. El presupuesto, que es básicamente un resumen sistemático que para un periodo determinado, generalmente anual, permite establecer previsiones de gastos y las estimaciones de ingresos si las hubiera.

La Constitución Española, en el Título VII, relativo a la Economía y Hacienda, establece que corresponde al Gobierno de la nación, la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado, y a las Cortes Generales su examen, enmienda y aprobación. Dichos Presupuestos incluyen la totalidad de gastos e ingresos del sector público estatal, con carácter anual. Los Presupuestos que integran los Presupuestos Generales del Estado son: El Presupuesto del Estado, los Presupuestos de los Organismos Autónomos del Estado, los Presupuestos de la Seguridad Social y de otros Entes del sector público estatal como el Consejo de Seguridad Nuclear, el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional o la Agencia Estatal para la Administración Tributaria, entre otros.

Respecto a las Comunidades Autónomas, la Constitución Española (artículo 156) les atribuye autonomía financiera, por lo que disponen de su propio presupuesto. Así, cada Comunidad Autónoma debe de elaborar, aprobar y controlar sus propios presupuestos. Éstos tienen carácter anual, como los del Estado, e incluyen la totalidad de gastos e ingresos de los organismos y entidades integrantes de la Comunidad correspondiente.

En los mismos términos, las Entidades Locales elaboran sus propios presupuestos, cuya vigencia también es anual.

En la Normativa Española, concretamente, en el Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria, en su artículo 48, define el Presupuesto como: *“Los Presupuestos Generales del Estado constituyen la expresión cifrada, conjunta y sistemática de las obligaciones que como máximo puede*

reconocer el Estado y sus Organismos Autónomos, y de los derechos que se prevean liquidar durante el ejercicio”. Esta definición nos hace destacar 3 elementos:

1. Es un acto de previsión contable.
2. Es un acto de autorización de gastos.
3. Las previsiones de ingresos no suponen limitación alguna en su recaudación.

En definitiva, el Presupuesto tiene una presentación contable que permite el desarrollo de la contabilidad pública y el ejercicio del correspondiente control.

Esta introducción nos permite enmarcar el Presupuesto de las Administraciones Públicas como herramienta de gestión a la que se ve sometida el sector público.

En este Tema, vamos a conocer cómo se realiza la Contabilidad Presupuestaria con especial indicación de su traslación al ámbito sanitario y especialmente a los hospitales como Centros de Gasto o Centros de Gestión de la Seguridad Social. Las Comunidades Autónomas tienen transferidas la responsabilidad de la gestión de estos Centros y por tanto la rendición de cuentas, no así la propiedad que sigue siendo de la Tesorería de la Seguridad Social.

Igualmente trataremos de la Contabilidad Financiera en tanto que también es utilizada en los hospitales, si bien con menos interés que la Contabilidad Presupuestaria puesto que los hospitales son organizaciones sin ánimo de lucro y sin personalidad jurídica. No obstante, no están eximidos de realizar su Balance de Situación y Cuenta de Resultados cada año. Por último, haremos una breve introducción a la Contabilidad Analítica desde el punto de vista de su utilización como herramienta de Gestión.

2. Sobre el buen gobierno

El Buen Gobierno en la Administración no solo enfrenta las normas de comportamiento ético de funcionarios, empleados públicos y altos cargos de la Administración sino también sus deberes de eficiencia, lealtad y profesionalidad.

La dificultad para aplicar el Buen Gobierno en la Administración Pública tiene mucho que ver con la complejidad que supone conjugar la regulación y la operativa, de manera que se hace preciso utilizar Mapas Estratégicos y Cuadros de Mando que desplieguen los objetivos estratégicos en indicadores comprensibles y medibles garantizando el alineamiento de la organización. En definitiva, se trata de evitar subjetividades e interpretaciones.

Algunas Administraciones Públicas regulan el Buen Gobierno a través de códigos que recogen los principios éticos y de conducta que han de tener sus miembros. Así, la orden APU/516/2005, de 3 de marzo, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, que aprueba el Código de Buen Gobierno de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Sin embargo, las Comunidades Autónomas no han desarrollado Códigos de Buen Gobierno ni Guías o documentos que faciliten la interpretación de normas legales, aunque muchas de ellas sí han regulado aspectos como el conflicto de interés. A nivel de la Administración Local, la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) ha elaborado el Código de Buen Gobierno Local.

A nivel internacional, destacan las Recomendaciones de la OCDE relativas a los procesos de compra pública (OECD Principles for Integrity in public procurement 2008), las referidas a conflictos de intereses (Recommendation on Guidelines for managing conflict of interest in the public service 2003) y las de gestión de ética de un Servicio Público (Recommendation on Improving Ethical Conduct in the public service. Principles for Managing ethics in the public service, 1998).

En definitiva, el Buen Gobierno se caracteriza por integrar una serie de principios que deben regir la actividad de los miembros de la Administración Pública, entre ellos, cumplir con las normas legales que le son propias.

Los Principios que deben regir la actuación de los miembros de la Administración Pública considerados en la mayor parte de las regulaciones vigentes son: objetividad, integridad, responsabilidad, imparcialidad, confidencialidad, transparencia, honradez y dedicación al servicio público, entre otros.

Estos Principios han sido trasladados por algunas normativas, como sucede en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que establece no solo las obligaciones del empleado público sino también una serie de normas de buen gobierno o comportamiento.

La crisis económica, el medio ambiente y la responsabilidad social corporativa han influido en el contenido de los Códigos de Buen Gobierno, en tanto que se incluyen Principios dirigidos a coadyuvar la sostenibilidad económica, social y medioambiental de la Administración.

El Buen Gobierno incide de forma directa en la buena gestión de la Administración Pública y se hace patente en los resultados finales, tanto económicos como en la prestación de servicios al ciudadano, englobando los Principios de eficacia y eficiencia.

En el escenario de crisis económica reciente, la estabilidad presupuestaria y la eficiencia económica o equilibrio financiero se han convertido en 2 pilares fundamentales de Buen Gobierno, y así se recogen distintas normas como el Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria. Por lo tanto, los principios de eficiencia y eficacia que se integran en las normas de Buen Gobierno, son clave para la subsistencia de la propia Administración Pública.

Si hay algo que diferencia la buena gestión de la Administración Pública, en relación a la gestión empresarial, es su vocación de servicio al ciudadano y en consecuencia, el interés general, así como su total dependencia con la legalidad, que determina con claridad cómo deben ser las actuaciones a realizar por la Administración.

Debemos considerar que la estabilidad presupuestaria permite impulsar el crecimiento y la creación de empleo. Baste a este respecto pensar en el perjuicio que supone para proveedores y fabricantes un alargamiento del periodo medio de pago.

Por ello, y con el fin de reducir la deuda y las tensiones financieras que puedan generarse en los centros públicos como son los hospitales, se hace necesario aplicar los principios rectores que emanan de la legislación española (Real Decreto Legislativo 2/2007).

2.1 Principios Generales: que también son trasladables al ámbito sanitario son:

2.1.1. Principio de Estabilidad Presupuestaria

Corresponde a la situación de equilibrio o superávit. En el hospital, sería el equilibrio entre los gastos e ingresos, o dicho de otro modo, el cumplimiento estricto con el presupuesto otorgado para la realización de la actividad asistencial.

2.1.2. Principio de Sostenibilidad Financiera

Corresponde a la capacidad para financiar los compromisos de gasto de acuerdo a las normas vigentes. Para ello, y con el fin de garantizar los límites de déficit y deuda, se establece el periodo medio de pago a proveedores, que no supera el plazo máximo previsto en la normativa de morosidad (Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales). Este principio de sostenibilidad se cumple cuando las operaciones financieras se someten al principio de prudencia financiera, al que nos referiremos más adelante.

2.1.3. Principio de Plurianualidad

Cuando se elaboran los presupuestos públicos, se encuadran en un marco presupuestario a medio plazo, compatible con el Principio de Anualidad, que rige la aprobación y ejecución anual del presupuesto.

2.1.4. Principio de Transparencia

La contabilidad de la Administración debe contener la información suficiente y adecuada que permita verificar su situación financiera y la observancia de la normativa que le es de aplicación.

2.1.5. Principio de Eficiencia en la asignación y utilización de los recursos públicos

La gestión de los recursos públicos está orientada por la eficacia, eficiencia, economía y calidad, a cuyo fin se aplicarán políticas de racionalización de gasto y de mejora de la gestión del sector público.

2.1.6. Principio de Responsabilidad

Consiste en la asunción de las responsabilidades que se deriven del incumplimiento de las normas y disposiciones legales que sean de aplicación.

2.1.7. Principio de Lealtad Institucional

A cada Administración le corresponde valorar el impacto de sus actuaciones, respetar el ejercicio legítimo de sus competencias, facilitar a otras Administraciones la información que precisen sobre la actividad que desarrollen, y prestar cooperación y asistencia activa a otras Administraciones Públicas.

En el ámbito de los hospitales, nada de lo anterior le es ajeno, al contrario, su razón de ser como prestatario de servicios al ciudadano, concretamente sanitarios, y la total dependencia con la legalidad, le hace seguir los principios anteriores. Así y respecto al principio de Estabilidad Presupuestaria, el hospital está obligado a mantener el cumplimiento estricto con el presupuesto otorgado. Respecto al Principio de Sostenibilidad Financiera, el hospital debe tramitar sus obligaciones en el periodo máximo de un mes tal y como la norma indica, de manera que se cumpla con el periodo medio de pago a proveedores (Real Decreto 1040/2017 de 2 de diciembre). En los hospitales ocasionalmente es necesario acometer gastos de carácter plurianual. Generalmente se trata de inversiones que, por su envergadura y plazos para llevarse a cabo sin impedir el normal funcionamiento del centro, obligan a encuadrarlos en presupuestos sucesivos

quedando establecido temporalidad y gasto anualizado. Respecto al Principio de Eficiencia, quizá sea el que más se aplica en los centros sanitarios. La elaboración y aprobación de los contratos y gastos se realizan valorando las repercusiones de los mismos y aplicando el Principio de Coste-Oportunidad, habida cuenta de la necesaria asignación, utilización y ajuste al presupuesto y con el fin de garantizar la función encomendada a los hospitales.

A este respecto, y como se detallará más adelante, los centros hospitalarios cuentan con metodología y procedimientos para la gestión de sus recursos, que les permiten garantizar la prestación de la asistencia sanitaria con criterios de calidad científico-técnica, orientando sus procesos asistenciales a la eficiencia en tanto que se realizan los mismos garantizando su eficacia clínica, es decir, “hacer bien las cosas” o sujetos a la “lex artis”, con un uso óptimo de sus recursos. En definitiva, la eficiencia en los hospitales supone conseguir la mejor atención sanitaria posible, esto es, ser eficaz, con el menor uso de recursos posible.

Respecto al Principio de Transparencia, ante cualquier actividad contable debe poder comprobarse en documentos originales la justificación de dicha operación contable. Además, el hospital proporciona periódicamente información contable a la Administración de la que depende, con el fin de que pueda conocerse y verificarse su situación económica y financiera. Del mismo modo, facilita a los órganos de control y fiscalización, la información pertinente para realizar las auditorias, ya sean de regularización u operativas, como se explicarán posteriormente.

El Principio de Lealtad Institucional se pone de manifiesto ante la solicitud de información por el Tribunal de Cuentas, o de otros organismos como por ejemplo por el Instituto Nacional de Estadística para la elaboración de sus estudios.

No obstante, los principios que más frecuentemente ponen de manifiesto una buena gestión en un hospital y son los que quizá de un modo más continuo son seguidos por los órganos de control y fiscalización, son los Principios de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, si bien es obligado cumplir con todos.

3. Buen gobierno en Latinoamérica

Dedicaremos un breve recordatorio a aquellos organismos públicos internacionales que contribuyen a la implementación de políticas de buen gobierno en Latinoamérica.

En este sentido es pertinente citar al Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD) creado en 1972 bajo la iniciativa de los gobiernos de México, Perú y Venezuela. Su creación fue recomendada por la Asamblea General de las Naciones Unidas (Resolución 2802 - XXVI) con la idea de establecer una entidad regional que tuviera como eje de su actividad la modernización de las administraciones públicas, un factor estratégico en el proceso de desarrollo económico y social.

También, se referencia la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) Fundada en 1961, la OCDE agrupa a 36 países miembros y su misión es promover políticas que mejoren el bienestar económico y social de las personas alrededor del mundo. El Programa Regional de la OCDE para América Latina y el Caribe tiene como objetivo apoyar a la región en el avance de su agenda de reformas en tres prioridades claves: aumentar la productividad, promover la inclusión social y fortalecer las instituciones y la gobernanza.

Por último, la Alianza para el Gobierno Abierto, plataforma para promover la transparencia, empoderar a los ciudadanos, luchar contra la corrupción y aprovechar las nuevas tecnologías para mejorar la gobernanza de los países miembros. La Alianza se lanzó formalmente el 20 de septiembre de 2011, cuando los 8 gobiernos fundadores entre los que se encontraba México y Brasil, (junto con Indonesia, Noruega, Filipinas, Sudáfrica, el Reino Unido y los Estados Unidos), aprobaron la Declaración de Gobierno Abierto y anunciaron sus Planes de Acción Nacionales. Actualmente, la integran 79 países y 20 gobiernos subnacionales, que junto con la sociedad civil, han realizado más de 3.100 compromisos para que sus gobiernos sean más abiertos y responsables.

3.1. Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo

El Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, CLAD, es un organismo público internacional, de carácter intergubernamental, cuya misión es promover el análisis y el intercambio de experiencias y conocimientos en torno a la reforma del Estado y la modernización de la Administración Pública, mediante la organización de reuniones internacionales especializadas, la publicación de obras, la prestación de servicios de documentación e información, la realización de estudios e investigaciones y la ejecución de actividades de cooperación técnica entre sus países miembros y otras regiones.

El CLAD, además del reconocimiento que ha logrado entre los gobiernos de Iberoamérica, desarrolla actividades de investigación y fortalecimiento institucional en con-

junto con distintas instituciones gubernamentales de cooperación e instituciones de investigación y docencia de Europa, Estados Unidos y Canadá.

A partir del año 1999 el CLAD, con el apoyo del Banco Interamericano de Desarrollo, (BID), se propuso impulsar un proyecto de investigación que contribuyera a determinar los cambios que requieren ser introducidos en el eje estratégico del aparato del Estado, a efectos de incrementar la eficiencia y la democracia, tanto en los procesos de formulación y administración de las políticas públicas como en las nuevas actividades de regulación.

De los tres trabajos generales desarrollados en el marco de este Proyecto merece la pena citar el estudio *“Regulación, Agencias Reguladoras e Innovación de la Gestión Pública en América Latina”*, de Carlos Stark, en tanto que se refiere a los cambios necesarios sobre las agencias reguladoras desde el punto de vista de sus sistemas de gestión.

De otra parte, el CLAD institucionalmente participa en otras instancias internacionales y es la secretaría técnica permanente de las Conferencias Iberoamericanas de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado que se realizan en el marco de la Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno que se realiza cada año desde 1991. En las Cumbres se han aprobado diversos documentos doctrinarios propuestos por el CLAD, sobre temas de actualidad tales como gobierno electrónico, participación ciudadana, implementación de una gestión pública orientada a resultados, control social y calidad en los servicios públicos, entre otros. Destacaremos lo relativo al Documento: *“Código Iberoamericano de Buen Gobierno”*, firmado el 23 de junio de 2006 en Montevideo (Uruguay) en la Cumbre de 2006.

3.1.1. Código Iberoamericano de Buen Gobierno

De obligado cumplimiento para los países firmantes, define buen gobierno como “aquél que busca y promueve el interés general, la participación ciudadana, la equidad, la inclusión social y la lucha contra la pobreza, respetando todos los derechos humanos, los valores y procedimientos de la democracia y el Estado de Derecho. Define asimismo los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno, que son:

- a. El respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana.
- b. La búsqueda permanente del interés general.
- c. La aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos.

d. El respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.

Indica que los valores que guiarán la acción del buen gobierno son, especialmente: objetividad, tolerancia, integridad, responsabilidad, credibilidad, imparcialidad, dedicación al servicio, transparencia, ejemplaridad, austeridad, accesibilidad, eficacia, igualdad de género y protección de la diversidad étnica y cultural, así como del medio ambiente.

Este Código, a partir de los principios y valores fundamentales reconocidos, se articula en tres tipos de reglas de conducta, vinculadas a la naturaleza democrática del gobierno (15 reglas), a la ética gubernamental (10 reglas) y a la gestión pública (15 reglas), resultando un total de 40 Reglas. De ellas cabe destacar, en relación con nuestra materia, las siguientes reglas, todas ellas relativas a la gestión pública:

Regla 31. Administrarán los recursos materiales y financieros del Estado con austeridad, evitando cualquier tipo de uso impropio.

Regla 32. Protegerán el patrimonio cultural y el medio ambiente en el marco de sus competencias.

Regla 33. Garantizarán la integridad, conservación y permanencia de los documentos y archivos oficiales, con el objeto de mantener la información esencial para el Estado y transmitirla a los posteriores responsables.

Cualquiera de las tres reglas son trasladables al ámbito sanitario.

3.2. Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) ha consolidado una red de conocimiento y de buenas prácticas en materia de gobernanza pública y desempeña esta labor a través de las Revisión de Gobernanza Pública que ofrece una perspectiva global a problemas concretos y elabora recomendaciones para la buena formulación de políticas y la construcción de confianza entre los ciudadanos y sus gobiernos.

En esta línea, la OCDE mantiene con América Latina y el Caribe (ALC) una relación de colaboración creciente y dinámica. En los últimos años, diversos países de la región han sustentado su agenda de reformas en el análisis comparativo y en las mejores prácticas internacionales, aprovechando la experiencia y apoyo de la OCDE.

Algunos ejemplos de esta línea de actuación es la desarrollada por Costa Rica en su estrategia de 'modernización del Estado', plasmada en el Plan Nacional de Desarrollo 2011-2014, señalando la importancia de mejorar los servicios públicos, aumentar la integridad pública, la transparencia, la rendición de cuentas y la participación ciudadana, y la administración de los recursos públicos con mayor eficacia. Por su parte, Colombia ha revelado el cambio profundo que se plasma en la modernización del proceso nacional de elaboración del presupuesto. Perú, por su parte, en 2013, aprobó la Política Nacional de Modernización de la Gestión Pública.

3.3. Alianza para el Gobierno Abierto

La Alianza para el Gobierno Abierto (AGA) es una iniciativa creada en 2011, de carácter multilateral que intenta asegurar compromisos concretos de gobiernos nacionales y subnacionales para promover el gobierno abierto, dar más poder a los ciudadanos, luchar contra la corrupción y utilizar las nuevas tecnologías para fortalecer la gobernanza. De acuerdo con su espíritu de colaboración multisectorial, la AGA es supervisada por un comité de dirección que incluye representantes de gobiernos y organizaciones de la sociedad civil.

Consideran que los principios del gobierno abierto (transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, integridad, tecnología e innovación) son esenciales para que los países logren elaborar y sostener un Estado eficiente, efectivo y moderno, al servicio de sus ciudadanos. Actualmente, 15 países de Latinoamérica integran la AGA, siendo México y Brasil países fundadores. Un total de 14 países de Latinoamérica están llevando a cabo las iniciativas en las áreas de transparencia, rendición de cuentas y compromiso ciudadano, como son Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay.

4. Del control y fiscalización del buen gobierno

Cuando hablamos de control, intuitivamente pensamos en supervisión y/o comprobación. Este control puede ser interno o externo a la propia Administración, y a su vez puede ser, de legalidad o cumplimiento, económico o financiero, y de eficacia o resultados. Asimismo, puede realizarse previo o con anterioridad a la realización de un gasto, o con posterioridad al mismo. Para su control, se requiere de documentos que permitan verificar el grado

de cumplimiento de la Administración ajustado a norma. Tanto el control interno como el externo, tienen como objetivo, comprobar el ajuste a la exigencia legal y económica.

4.1. Control Interno

En este caso existe una relación de dependencia entre el órgano encargado del control y la Entidad que va a ser controlada.

Los órganos de control interno de la Administración Pública, gozan de autonomía para realizar sus funciones, y procuran ser garantes del cumplimiento de la legalidad y de la gestión eficiente de los recursos públicos. Tradicionalmente, el control interno presenta tres formas: La Función interventora, el Control de gestión económico-financiera y el Control de eficacia, eficiencia y economía, o lo que es lo mismo, función interventora, control financiero y control de eficacia.

La Ley 47/2003, General Presupuestaria, recoge también tres tipos de control: la función interventora, el control financiero permanente y la auditoría pública. La auditoría pública puede ser realizada tanto por organismos de la Administración como ajenos a ésta, no así los otros dos tipos de control. La función interventora persigue, con un carácter preventivo, verificar que los actos económico-financieros, se adecúan a la norma, advirtiendo de su cumplimiento (Intervención Previa), mientras que el Control Financiero Permanente comprueba a posteriori el funcionamiento económico-financiero, informando del cumplimiento de normas y del grado de eficacia y eficiencia de la gestión. En este sentido, la función interventora supone comunicar a los centros de gasto los resultados más relevantes de las comprobaciones efectuadas, así como recomendaciones que mejoren las actuaciones realizadas por el centro de gasto.

Detallemos un poco más cada tipo de control:

4.1.1. La Función Interventora

Regulada en el Capítulo II, del Título 6 de la Ley 47/2003 General Presupuestaria. Su función es asegurar “ex ante” el ajuste a la normativa, que suponga reconocimiento de derechos o la realización de gastos. Así pues, su función, tal y como indica la Ley, consiste en: la fiscalización previa de los actos que reconozcan derechos económicos y aprueben o comprometan gastos, el reconocimiento de obligaciones y la comprobación de la inversión, la ordenación del pago y la realización material del mismo (artículos 148 y 150 de la Ley General de Presupuestos).

Las actuaciones de fiscalización previa procuran detectar el incumplimiento de los requisitos legales establecidos en relación con las fases de Autorización (A) y Disposición del gasto (D), convirtiéndose así en un potente instrumento para evitar actuaciones irregulares en los procedimientos administrativos. Más adelante nos referiremos a las fases presupuestarias.

4.1.2. El Control Financiero Permanente

La Ley General Presupuestaria de 1977 introdujo por primera vez la figura del Control Financiero Permanente.

Supone una verificación continua de la situación y funcionamiento de la entidad pública desde el punto de vista económico-financiero, comprobando el cumplimiento de la normativa y los principios de buena gestión, con especial referencia a los de estabilidad presupuestaria y equilibrio financiero. Las actuaciones que se realizan son: el seguimiento de la ejecución presupuestaria y de la consecución de objetivos, seguimiento de tesorería, análisis de los procedimientos y facilitar recomendaciones que redunden en una mayor racionalidad económico-financiera. El control financiero permanente completa así las funciones interventoras, consiguiéndose un adecuado control interno. Además, la función interventora, vigila el cumplimiento del principio de legalidad, centrándose en la Administración General, mientras que el Control Financiero Permanente busca poner de manifiesto la situación económico-patrimonial como resultado de la gestión realizada, abarcando su actuación al conjunto del sector público. Es considerado un control “ex post”, y se ajusta a los Principios de Legalidad, Economía, Eficacia y Eficiencia, del adecuado registro y contabilización de la totalidad de las operaciones realizadas por el centro gestor, así como de su fiel reflejo en las cuentas y estados que deban formar los mismos. Su misión por tanto, es verificar que la gestión económico-financiera del centro de gasto, se ajusta al ordenamiento jurídico y a los principios generales de buena gestión.

4.1.3. La Auditoría Pública

Se hace pertinente incrementar la transparencia en las actuaciones de las Instituciones Públicas, por ello, la Auditoría Pública procura supervisar la actividad realizada en un periodo determinado, llevada a cabo por personal capacitado y de acuerdo a procedimientos y técnicas predeterminados, y cuyos resultados van encaminados a obtener evidencia adecuada y suficiente para que los auditores informen sobre la realidad económico-financiera de la entidad.

Entre sus objetivos están: poner de manifiesto las dificultades y circunstancias de los responsables de la gestión de la entidad, verificar la aplicación de los Principios

Presupuestarios que permitan conocer el estado de liquidación del presupuesto, valorar el cumplimiento de la legalidad y procurar ser un informe constructivo con intención de mejorar el funcionamiento de la Administración Pública.

En cuanto a sus modalidades, el Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre por el que se desarrolla el régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado (Norma Reguladora de la Práctica Auditora en el Sector Público), diferencia entre las Auditorías de Regularidad, que incluyen la de Regularidad Financiera (dirigida a verificar la regularidad contable), y la de Cumplimiento (orientada a comprobar la regularidad legal), y las Auditorías Operativas, que a su vez se diferencian en:

- Auditoría de Eficiencia y Economía.
- Auditoría de Programas Presupuestarios y Planes de Actuación.
- Auditoría de Gestión Financiera de Carácter Procedimental.

4.2. Control Externo

Es aquel en el que no existe relación de dependencia entre la Entidad que realizará el control y la Entidad controlada.

En España, el Tribunal de Cuentas es el encargado de este control externo, cuyas dos funciones principales son: enjuiciar responsabilidades contables de quienes manejan dineros públicos y la fiscalización o verificación de la actividad económico-financiera del sector público a los principios de legalidad, eficiencia y economía.

El Tribunal de Cuentas, como supremo órgano fiscalizador, viene determinado en la Constitución Española, en el artículo 136.1, y su desarrollo, en la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Conviene recordar que las decisiones fiscalizadoras del Tribunal de Cuentas no pueden ser objeto de revisión parlamentaria ni judicial.

Algunas Comunidades Autónomas tienen sus propios órganos de control externo autonómicos (OCEX), si bien este tipo de control pueden realizarlo empresas privadas de auditoría. La actividad de los OCEX debe coordinarse con la del Tribunal de Cuentas (Artículo 29 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas), con el fin de establecer criterios y técnicas comunes de fiscalización y de evitar la duplicidad en las actuaciones.

En la Comunidad Autónoma de Madrid, la Cámara de Cuentas creada por la Ley 11/1999, de 29 de abril, es el OCEX Autonómico.

Los hospitales están sometidos tanto a control interno como externo. El control interno recae en el Control financiero permanente que con carácter anual realiza su función, de verificación de manera continua de la situación y funcionamiento económico-financiero, comprobando tanto el cumplimiento de la normativa como de los principios de buena gestión, con especial referencia a los de estabilidad presupuestaria y equilibrio financiero.

No obstante, ocasionalmente el Tribunal de Cuentas audita determinados aspectos del funcionamiento de los hospitales, en base al programa anual que el Tribunal haya previsto. Dicha auditoría va encaminada a conocer si se ha cumplido con la normativa vigente en la gestión económica-financiera. Igualmente la Cámara de Cuentas autonómica regularmente realiza auditorías con el mismo fin.

El resultado de estos informes, especialmente del realizado por el Control interno permite a los hospitales mejoras en sus procedimientos de gestión económica-financiera.

4.3. Latinoamérica

En Latinoamérica existen interesantes iniciativas dirigidas fortalecer el ejercicio del control interno. Entre ellas la INICIATIVA TPA que es un proyecto regional que promueve la adopción de prácticas de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas (TPA) por las Entidades de Fiscalización Superior (EFS) de América Latina. La iniciativa se puso en marcha a mediados de 2010, bajo la coordinación de la Asociación Civil por la Igualdad y la Justicia (ACIJ), cuenta con el apoyo del Instituto del Banco Mundial (WBI) y de la Fundación "Instituto para Sociedades Abiertas" (OSI), y actualmente participan de ella 17 reconocidas organizaciones de 13 países. También se han vinculado a la iniciativa académicos especializados en la temática y funcionarios de entidades fiscalizadoras de la región. Entre los estudios desarrollados por la INICIATIVA TPA cabe citar el "Diagnóstico sobre Transparencia, Participación Ciudadana y Rendición de Cuentas de las Entidades de Fiscalización Superior de Latinoamérica" (INICIATIVA TPA, 2011), que identifica las buenas prácticas que implementan las EFS.

La autoridad y legitimidad de las EFS en su fundamental misión de asegurar la rendición de cuentas sobre la gestión pública y la administración de los recursos del Estado depende en buena medida de la calidad de su

propio proceso de rendición de cuentas. No podemos olvidar que la rendición de cuentas supone un ejercicio de responsabilidad del organismo fiscalizador ante la ciudadanía, y de apertura para dar a conocer intensamente los procedimientos y actividades que desarrolla.

En Latinoamérica la rendición de cuentas de las EFS se examina en función de 2 indicadores: 1) los informes de gestión, y 2) la estrategia de comunicación del organismo; los cuales reflejan ejercicios de responsabilidad de la institución y, por tanto, símbolos de transparencia activa, en donde el propio organismo emprende la difusión de sus productos.

4.3.1. Los Informes de Gestión

Los informes de gestión hacen referencia a documentos realizados por la propia entidad fiscalizadora para medir -y dar cuenta de- su desempeño respecto de variables tales como la programación, distribución y ejecución del presupuesto, el cumplimiento de metas financieras, o las auditorías que desarrolla. Por tanto, la elaboración de informes de gestión y la existencia de instancias de presentación de los mismos resultan indicadores de prácticas de transparencia activa y, como tales, de un ejercicio de rendición de cuentas del organismo. Del mismo modo se realiza la memoria institucional por parte de la entidad fiscalizadora, que sintetizan las acciones que ha emprendido para un período determinado, generalmente anual.

4.3.2 La Estrategia de Comunicación

La estrategia de comunicación hace referencia a la política integral de comunicación que la entidad fiscalizadora realiza para comunicarse con la ciudadanía y diseminar activamente información sobre la labor que desarrolla, evidenciando con ello un ejercicio de rendición de cuentas. Para ello realiza básicamente dos tipos de estrategias, por un lado difunde documentos relativos a su tarea de control y por otro, procura su presencia en los medios de comunicación.

5. Gestión presupuestaria

5.1. El Presupuesto

El presupuesto es un instrumento financiero que permite hacer previsiones de gasto para un periodo determinado, así como estimaciones de ingresos.

Una primera aproximación al concepto de presupuesto la podemos encontrar en la definición clásica de García Villarejo y Salinas, según la cual, el presupuesto es el do-

cumento jurídico-político elaborado periódicamente en el que de forma contable se recoge la autorización de los gastos y las previsiones de ingresos. En consecuencia, el presupuesto tiene un carácter jurídico, al estar constituido por una Ley aprobada por la Asamblea Legislativa correspondiente, y un carácter político, al establecer prioridades entre los distintos objetivos económicos, atendiendo a los fines que se desea alcanzar. Se trata de un documento único, máxima expresión de la actividad económico-financiera del sector público.

Sin querer ser exhaustiva en las definiciones de presupuesto aparecidas en la literatura especializada, quizá convenga recordar la de Fritz Neumark, que entiende por Presupuesto: *“La recopilación sistemática a intervalos regulares de los cálculos de los gastos planeados para un determinado periodo futuro -los cuales, en principio, tienen carácter obligatorio para el poder ejecutivo- y de estimación de los recursos previstos para cubrir dichos gastos”.*

Por tanto, siguiendo la definición anterior, el Presupuesto contiene las previsiones de ingresos y gastos que se van a llevar a cabo. Ahora bien, mientras que los gastos vienen limitados por los créditos consignados en el correspondiente presupuesto, que se destinaran exclusivamente a la finalidad específica para la que hayan sido autorizados, de forma que no es posible sobrepasar las cantidades establecidas en el mismo para atender las distintas obligaciones (salvo mediante modificaciones presupuestarias, como veremos más adelante); los ingresos presupuestarios constituyen meras estimaciones iniciales que pueden o no ser superadas a lo largo del ejercicio según el curso que siga la ejecución de dichos ingresos. Esto es, al ejercicio presupuestario se imputarán: a) Las obligaciones reconocidas hasta el día 31 del mes de diciembre del correspondiente ejercicio, siempre que correspondan a adquisiciones, obras, servicios, prestaciones o gastos en general, realizadas dentro del mismo y con cargo a los respectivos créditos. Es decir, todo crédito presupuestado que a 31 de diciembre no haya sido ejecutado, ya no podrá usarse en el ejercicio siguiente. b) Los derechos reconocidos durante el mismo cualquiera que sea el período de que deriven.

El ámbito temporal del Presupuesto es el anual, coincidente la mayoría de las veces con el año natural, y está sujeto a una periodicidad, con distintas fases: Elaboración, Aprobación, Ejecución y Control, lo que constituye el denominado: Ciclo Presupuestario.

En definitiva, podemos destacar 5 elementos fundamentales del Presupuesto, que son:

5.1.1. Elementos fundamentales del Presupuesto

1. a. Es un acto de previsión o de estimación de gastos e ingresos: que permite asegurar a las organizaciones los recursos financieros para llevar a cabo sus programas y planes. Por lo tanto, permite planificar y formular estrategias, y además supone la toma de decisión al asignar los recursos a necesidades distintas para los que no suele haber fondos suficientes. En definitiva, coincide con los cuatro elementos que determinan el objeto de la Economía: fines múltiples, esto es, muchas necesidades a satisfacer, seguido de la necesidad de jerarquizar los fines, esto es, identificar las necesidades y priorizarlas, sabiendo que los recursos son limitados y que el empleo de medios es alternativo.

1. b. De elaboración periódica: en la práctica su vigencia, salvo excepciones, es anual, aunque no siempre coincide con el año natural.

1. c. Supone una idea de equilibrio entre ingresos y gastos.

1. d. Es una previsión normativa.

1. e. Refleja el plan económico de la Hacienda Pública, que permite el cumplimiento de unos objetivos disponiendo de unos recursos.

A nivel de los centros hospitalarios, es el presupuesto de gastos el que tiene una preponderancia mayor, puesto que el presupuesto de ingresos queda solo para las estimaciones de los ingresos que puedan realizarse por prestación sanitaria a terceros (accidentes de tráfico, deportivos, de trabajo, compañías privadas y colaboradoras, entre otros) así como los cánones a ingresar por la cesión de espacios o servicios dentro del centro sanitario.

Nos referiremos por tanto, al presupuesto de gastos, que deberá informar sobre el destino del gasto mediante una clasificación orgánica, económica y funcional que permita informar sobre el destino de los créditos, su origen y su naturaleza.

5.2. Elaboración del Presupuesto: Anteproyecto

Con carácter general, la elaboración de los presupuestos de las Comunidades Autónomas que incluye los presupuestos de los centros de gasto destinados a la prestación de la asistencia sanitaria, se elaboran antes de 1 de junio de cada año y se denomina Anteproyecto correspondiente tanto a sus estados de gastos como de ingresos. Conviene indicar que la elaboración de los Anteproyectos por

parte de los hospitales o centros gestores viene precedida por una serie de directrices emanadas por la Consejería de Sanidad. Una vez elaborados los correspondientes Anteproyectos de presupuesto por los centros gestores, la Consejería de Sanidad elevará a la Consejería de Economía y Hacienda su propuesta global de sus centros de gasto. Es la Consejería de Economía y Hacienda la encargada de elaborar el Anteproyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma, para su posterior aprobación por el Consejo de Gobierno.

El Anteproyecto se elaborará en el mes cinco del ejercicio corriente y en su elaboración se tendrán en cuenta los criterios generales de presupuestación. Este Anteproyecto deberá ser aprobado posteriormente por la Asamblea de la Comunidad Autónoma, que aprobará la integración de todos los Anteproyectos en un único documento junto con los ajustes sobre el límite de gasto que correspondan. Una vez aprobado, pasa a denominarse Proyecto de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma y deberá llevar la siguiente documentación:

- **Memoria:** Se trata de un documento que explique los contenidos de cada cuenta y las modificaciones que puedan presentar respecto al presupuesto vigente.

- **La Liquidación del Presupuesto** del año anterior y el avance del ejercicio corriente.

- **Un Informe económico financiero.**

El encargado de presentar en el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma el Anteproyecto de Ley de Presupuestos para el ejercicio del año siguiente es el Consejero de Economía y Hacienda de dicha Comunidad, y cuando el Consejo de Gobierno (o Gobierno de la Comunidad) aprueba el Anteproyecto, pasa a denominarse Proyecto de Ley. Una vez aprobado el Proyecto se publica en el Boletín Oficial en los últimos días del mes de diciembre, ya en forma de Ley de Presupuestos Generales de la Comunidad Autónoma. En caso de que no fuera aprobado el Proyecto de Ley de Presupuestos antes del 1 de enero, se consideran prorrogados automáticamente los presupuestos del año anterior.

5.3. Principios Presupuestarios

Ante un presupuesto, debemos dar respuesta a: quién debe diseñarlo, cómo debe ser este diseño y en base a qué criterios económicos se debe diseñar. Para dar respuesta a estas cuestiones están los Principios Políticos, los Contables y los Económicos respectivamente.

5.3.1. Principios Políticos: dan respuesta a quién debe diseñarlo

1. a. **Principio de Competencia:** Se refiere a que es el poder legislativo el que aprueba y promulga el presupuesto, y el poder ejecutivo el que lo elabora.

1. b. **Principio de Universalidad:** El presupuesto debe recoger la totalidad de los ingresos y de los gastos.

1. c. **Principio de Unidad:** La presentación total de ingresos y gastos debe hacerse en un presupuesto único.

1. d. **Principio de Especialidad:** La autorización para gastar no es una autorización general sino condicionada a gastos concretos en cantidad específica y por tiempo limitado. Por lo tanto, este Principio se divide a su vez en tres Principios:

– **De Especialidad Cuantitativa:** Se realizarán gastos hasta el importe que se haya previsto en el presupuesto. Esta limitación cuantitativa es relativa, al haber créditos extraordinarios ampliables, suplementos de créditos y generaciones de crédito.

– **De Especialidad Cualitativa:** Los gastos se destinarán exclusivamente para la finalidad autorizada. Esta limitación es relativa, al poder realizarse transferencias de créditos.

– **De Especialidad Temporal:** Los créditos solo pueden ser gastados dentro de su ejercicio presupuestario. Esta limitación también es relativa, dado que se pueden pagar atrasos de personal o prorrogar el presupuesto al año siguiente.

1. e. **Principio de Temporalidad:** Es complementario al de Especialidad Temporal. La periodicidad es anual, pero no todos los países lo hacen coincidir con el año natural.

1. f. **Principio de Publicidad:** Las distintas fases por las que atraviesa el presupuesto deben estar abiertas a la información del público.

1. g. **Otros Principios Políticos** para otros autores son:

– **Principio de Claridad:** El presupuesto debe tener una estructura metódica, en partidas de ingresos o de gastos, que permitan conocer su procedencia o finalidad respectivamente.

– **Principio de No Aceptación de Ingresos:** Establece que todos los ingresos públicos deben destinarse a la cobertura de gastos públicos.

– **Principio de Exactitud:** Las previsiones de ingresos y gastos deben ser lo más ajustadas a lo que realmente se prevé.

– **Principio de Anticipación:** Los presupuestos deberán aprobarse con suficiente antelación respecto al inicio de su entrada en vigor.

5.3.2. Principios Contables: dan respuesta a cómo debe ser el diseño

2. a. **Principio de Presupuesto Bruto:** Los gastos e ingresos se reflejan en el presupuesto por sus valores brutos, no netos, sin ser minorados (disminuidos) los gastos por los ingresos, ni los ingresos por los gastos.

2. b. **Principio de Unidad de Caja:** Es la versión contable del Principio de Unidad, y se refiere a la necesidad de que todos los ingresos y los pagos se centralicen en una caja única.

2. c. **Principio de Especificación:** Se corresponde con el Principio de Especialidad Cualitativa, y en consecuencia, todas las partidas de ingresos y gastos deben clasificarse por criterios lógicos. En España, la Clasificación es: Orgánica, Económica, Territorial, Funcional y Por Programas.

2. d. **Principio de Ejercicio Cerrado:** Se corresponde con el Principio de Temporalidad, y supone que solo podrán aplicarse al presupuesto de un ejercicio, los ingresos y gastos que se realicen durante el periodo temporal del mismo.

5.3.3. Principios Económicos: hacen referencia a que el presupuesto debe reflejar la actividad económica del sector público, y son:

3. a. **Principio de Gestión Mínima:** El gasto público debe ser mínimo, y exclusivamente de aquellas materias que no pueden ser ejercidas por el sector privado. En la actualidad, este Principio ha perdido vigencia, pues el presupuesto tiene funciones redistributivas.

3. b. **Principio de Nivelación Presupuestaria:** Los gastos presupuestarios deben ser financiados por ingresos ordinarios en su totalidad. Este principio era la regla de oro del derecho presupuestario clásico, pero actualmente solo es una regla orientadora, ya que el presupuesto se equilibra anualmente condenando cualquier déficit presupuestario.

- 3. c. **Principio de Neutralidad Impositiva:** Los impuestos, como fuente de ingresos, se establecerán evitando que perjudiquen el desarrollo económico.
- 3. d. **Principio de Autoliquidación de la Deuda:** Excepcionalmente, la Hacienda Pública puede emitir deuda pública que se utiliza para financiar gastos públicos.

5.4. Ciclo Presupuestario

De forma muy esquemática, las fases que conforman el ciclo presupuestario son:

5.4.1. Elaboración

Consiste en cuantificar las previsiones de gastos e ingresos. Es la fase de Anteproyecto.

5.4.2. Discusión y Aprobación

Se discute el Anteproyecto de Ley y culmina con la aprobación de la Ley de Presupuestos. Se realiza por el poder legislativo.

5.4.3. Ejecución

Las Administraciones Públicas, y en concreto, los centros sanitarios realizan esta fase materializada en la contratación del gasto, con sus correspondientes documentos de gestión presupuestaria.

5.4.4. Intervención y Control

Básicamente podemos diferenciar 3 tipos:

- 4. a. **Control Administrativo o Autocontrol:** Realizado por la Intervención General del Estado, ya sea el control a priori o Fiscalización Previa, o el control a posteriori o Control Financiero Permanente.
- 4. b. **Control Jurisdiccional:** Es el control que realiza a posteriori el Tribunal de Cuentas.
- 4. c. **Control Político:** Realizado a posteriori por el Parlamento.

5.5. Estructura Presupuestaria

Tal y como recoge la Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre), y con el fin de que los presupuestos informen del destino de los créditos, su ori-

gen y naturaleza, se establecen tres Clasificaciones que conforman la estructura de los presupuestos de gasto, y que son:

5.5.1. Clasificación Orgánica

Agrupa por secciones y servicios los créditos asignados a los distintos centros gestores de gasto, y se clasifican los créditos por subsectores. Responde a la pregunta ¿quién gasta?

5.5.2. Clasificación Funcional o por Programas

Permite a los centros gestores agrupar sus créditos por programas y subprogramas para el logro de sus objetivos anuales. Responde a la pregunta ¿para qué se gasta?

5.5.3. Clasificación Económica

Agrupa los créditos por capítulos, separando las operaciones corrientes, las de capital, las financieras y el fondo de contingencia. La clasificación económica responde a la pregunta ¿Cómo se gasta? Respecto a las operaciones corrientes, se diferenciarán los gastos de personal (capítulo I), los gastos corrientes de bienes y servicios (capítulo II), los gastos financieros (capítulo III) y las transferencias corrientes (capítulo IV). En los créditos para operaciones de capital, se distinguirán las inversiones (capítulo VI) y las transferencias de capital (capítulo VII).

Por lo tanto, para la identificación de un crédito, se utiliza la siguiente codificación: AA, BB, CCC.X, DDD.EE Ejemplo: 14 54 412C 633.10

14 Consejería de Sanidad (sección)

54 Dirección Gerencia Hospital... (Centro gestor)

412 C Asistencia hospitalizada (programa)

633.01 (clasificación económica) Capítulo 6 (inversiones) artículo 3 (reposición) concepto 3 (maquinaria, instalación y utillaje) subconcepto 10 (maquinaria).

Esta clasificación económica tiene por tanto, un primer grado de agregación, que corresponde al capítulo, un segundo grado que corresponde al artículo, un tercer grado que corresponde al concepto, y un cuarto grado de agregación que corresponde al subconcepto, todo ello con el fin de ofrecer un mayor detalle del gasto público, cumpliendo así con el Principio de Especificación. A cada uno de estos niveles de agregación, les corresponde un número. En ocasiones, el subconcepto se divide en 2 dígitos más, que sería a nivel de partida, como ocurre frecuentemente con los

gastos sanitarios. Pongamos un ejemplo: capítulo 2 (gastos en bienes corrientes y servicios), artículo 7 (material sanitario y producto farmacéutico), 1 (producto farmacéutico: concepto), 10 (medicamentos antirretrovirales: subconcepto). En conclusión, la aplicación económica es: 27110.

Dicho de otro modo, los recursos se agrupan en masas homogéneas de la misma naturaleza económica: Corrientes y De capital. La desagregación de cada una de ellas quedará recogida a través de capítulos, artículos, conceptos, etc., en función del grado de desarrollo que adquieran. Esta es, en definitiva, la descripción de la clasificación económica.

Esta estructura se aplica a los Presupuestos del Estado, a Organismos Autónomos Administrativos y a Entes Públicos de naturaleza administrativa. Por otra parte, las Comunidades Autónomas y las Entidades Locales, aunque poseen sus propias normas presupuestarias, uniformizan sus clasificaciones presupuestarias manteniendo la estructura del sector público estatal.

Los presupuestos de ingresos siguen la Clasificación Orgánica, que permite distinguir si los ingresos corresponden a la Administración General, a la Seguridad Social o a otras Entidades. La Clasificación Económica agrupa los ingresos distinguiendo entre los ingresos corrientes, los de capital y los de operaciones financieras. No es posible la Clasificación por Programas, en tanto que los ingresos no tienen un carácter finalista, esto es, se respeta el Principio de Unidad de Caja.

Los ingresos corrientes incluyen: impuestos directos y cotizaciones sociales (capítulo I), impuestos indirectos (capítulo II), tasas, precios públicos y otros ingresos (capítulo III), transferencias corrientes (capítulo IV), e ingresos patrimoniales (capítulo V).

En los ingresos de capital se incluyen: enajenación de inversiones reales (capítulo VI) y transferencias de capital (capítulo VII). En las operaciones financieras se incluyen: los activos financieros (capítulo VIII) y los pasivos financieros (capítulo IX).

Los recursos incluidos en estos capítulos de ingresos se concretan en: Artículos, Conceptos y Subconceptos.

En el ámbito hospitalario, utilizaremos la Clasificación Económica, que nos permite clasificar los gastos de personal como capítulo 1, los gastos corrientes en bienes y Servicios como capítulo 2, y las inversiones reales como capítulo 6, y que son los gastos sobre los que los responsables económicos de los centros hospitalarios deben realizar una gestión acorde a la normativa, procurando un buen uso del recurso económico.

A nivel hospitalario, se realiza un seguimiento del capítulo III principalmente.

No obstante, la Ley queda abierta a otras posibles clasificaciones como la Territorial, que no contempla expresamente pero tampoco excluye. Sin embargo y tradicionalmente ha sido la clasificación económica el eje donde ha recaído el mayor peso específico de la elaboración, discusión, aprobación y ejecución del presupuesto.

5.6. Metodología de la Gestión Presupuestaria

Los responsables de la gestión económico-financiera deberán cumplir con eficacia el logro de objetivos fijados, y con eficiencia la utilización de los recursos públicos, en un marco de objetividad y transparencia en su actividad gestora.

Los centros gestores, como es un hospital, elaborarán sus programas anuales, que incluirán los objetivos a cumplir, dentro de su área de actuación, siendo los gestores de estas entidades los responsables de la aprobación y el compromiso del gasto y del posterior reconocimiento de la obligación, finalizando con las órdenes de pago, cuya ejecución compete al Director General de la Tesorería General de la Seguridad Social, quien ordena el pago de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social.

De lo anterior se desprende que la gestión del Presupuesto de Gastos de una entidad gestora como es un hospital, se realiza a través de unas Fases.

5.6.1. Las Fases Presupuestarias son y sucesivamente

1. a. **Aprobación del Gasto:** Es la fase en la que se autoriza la realización de un gasto por una cuantía cierta o aproximada, reservando para tal fin, parte del crédito presupuestario (Documento A).
1. b. **Compromiso del Gasto:** En ella se acuerda, tras el cumplimiento de los trámites legales establecidos, la realización de obras, prestación de servicios, adquisiciones de bienes, etc...previamente aprobados. Se derivan efectos contractuales, que suponen un consentimiento de obligación frente a un tercero, y en función de lo estipulado en esa obligación, se reconocerá posteriormente la obligación y se ordenará el pago. Por lo tanto, tiene relevancia jurídica, vinculando a la Seguridad Social a la realización del gasto en la cuantía y condiciones establecidas (Documento D).

1. c. **Reconocimiento de la Obligación:** En él se declara que existe un crédito exigible contra la Seguridad Social derivado de un gasto aprobado y comprometido. Significa que se ha recibido de conformidad la prestación pactada. Requiere la acreditación documental de la prestación o el derecho del acreedor de conformidad con los acuerdos que aprobaron y comprometieron el gasto (Documento O).

1. d. **Ordenación del Pago:** El representante del centro gestor, una vez reconoce la obligación a pagar, solicita a la Tesorería General de la Seguridad Social que orden el pago (Documento K).

Cuando la naturaleza del gasto así lo determine, se podrán acumular las fases de ejecución precisas en un solo acto. Para ello, se utilizan los Documentos AD: Autorización y Compromiso de Gasto a la vez, Documento OK: Reconocimiento de la Obligación y Propuesta de Pago, y Documento ADOK: Autorización, Compromiso de Gasto, Reconocimiento de la Obligación y Propuesta de Pago en el mismo soporte.

Todos estos documentos tienen sus inversos, que permiten contabilizar anulaciones, solventar errores o minorar cuantías.

La ejecución de ingresos y gastos, así pues, termina desde un punto de vista presupuestario con el nacimiento de los derechos y obligaciones reconocidas, es decir con el nacimiento de los deudores y acreedores, por derechos y obligaciones reconocidas, respectivamente, de la Hacienda de la Comunidad. La propuesta de pago es el enlace entre los procesos diferenciados: Gasto y Pago. Este último se configura en el título de la Tesorería.

1. e. **Pago Material:** Como final de la ejecución presupuestaria, se definen los mecanismos de cierre y liquidación, canalizando los diversos remanentes existentes al cierre del ejercicio, y determinando el destino de los deudores y acreedores pendientes de cobro y pago respectivamente, así como todo aquello no afectado a estas situaciones. En el caso de los hospitales, es realizado por la Tesorería de la Seguridad Social.

5.6.2. Modificación de créditos

La adaptación de los créditos iniciales autorizados, de carácter limitativo, a las variaciones de la realidad administrativa en el transcurso de la ejecución presupuestaria, se instrumentan a través de las modificaciones presupues-

tarias. Éstas se configuran con la tipificación tradicional, si bien las peculiaridades propias de la Comunidad son recogidas en cuanto se refiere a competencia y requisitos de aprobación. La configuración finalista de muchos recursos, y su interdependencia respecto a otras Administraciones, encuentran su plasmación en la figura de las generaciones de crédito.

La cuantía y finalidad de los créditos contenidos en los presupuestos de gastos solo pueden ser modificadas durante el ejercicio vigente, con arreglo a unos procedimientos, y que se pueden agrupar en dos tipos:

2. a. **Modificaciones que alteran cuantitativamente los créditos:** incluye:

2. a.1. **Las Transferencias de Crédito:** Son trasposos de dotaciones entre créditos (artículo 52 de la Ley 47/2003). Se realizan cuando existe un crédito insuficiente en un concepto y un exceso en otro.

2. a.2. **Créditos Extraordinarios y Suplementos de Créditos:** Cuando deba realizarse algún gasto que no pueda demorarse hasta el ejercicio siguiente y no haya crédito adecuado o sea insuficiente y no ampliable, ni pueda financiarse por transferencias de crédito de otras partidas de presupuesto (artículo 55 y 57 de la Ley 47/2003).

2. a.3. **Ampliaciones de Crédito:** Excepcionalmente se podrá autorizar una ampliación de crédito siempre que dicho crédito haya sido calificado de ampliable según la Ley General Presupuestaria (pago de pensiones clases pasivas, deuda del Estado, fondo de reserva de la Seguridad Social, Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, entre otros) (artículo 54 de la Ley 47/2003).

2. a.4. **Generaciones de Crédito:** Se podrán autorizar incrementos de crédito siempre que se hayan producido ingresos no previstos o superiores a los previstos, y que deriven de ventas de bienes y prestación de servicios, y enajenación de inmovilizado, entre otros. En estos dos casos, las generaciones se efectuarán en los créditos correspondientes a operaciones de la misma naturaleza económica, esto es, para cubrir los gastos que se originaron por adquisición o producción de los bienes enajenados o la prestación del servicio (artículo 53 de la Ley 47/2003).

En el caso de los hospitales, la recaudación efectiva de ingresos derivados por servicios prestados (asistencia sanitaria y otros ingresos) o por la com-

pensación de las prestaciones de incapacidad temporal que, en régimen de pago delegado, abona la Administración por cuenta de la Tesorería General de la Seguridad Social, y los reintegros de pagos indebidos con cargo a créditos del propio ejercicio, son incorporados al crédito del ejercicio corriente.

2. a.5. **Incorporaciones de Crédito:** Se pueden incorporar los remanentes de crédito del ejercicio anterior a los créditos del ejercicio en vigor, siempre que sean los que resultan de créditos extraordinarios y suplementos de crédito autorizados en el último mes del ejercicio anterior, y que por causas justificadas no han podido aplicarse.

2. b. **Modificaciones que no alteran cuantitativamente los créditos:** son las denominadas Imputaciones de Gasto, e incluyen:

2. b.1. Las Obligaciones que resultan de liquidar atrasos a favor del personal, que percibe sus retribuciones con cargo al presupuesto.

2. b.2. Las Obligaciones derivadas de compromisos de gastos debidamente adquiridos en ejercicios anteriores.

5.6.3. Documentos de Gestión

Corresponden a los documentos necesarios para la gestión presupuestaria y son: Documento RC (Retención de Crédito): Se utiliza cuando el centro de gestión decide asignar una reserva finalista a determinados créditos presupuestarios. El Documento A o de autorización, Documento D o de compromiso de gasto, Documento O o de obligación de gasto y Documento K de propuesta de pago. Recordar la existencia de documentos mixtos: Documento AD, Documento OK y Documento ADOK, cuando se realizan dos operaciones a la vez) y los documentos barrados o de anulación de cada uno de ellos: A/, D/, O/ K/.

Existen dos documentos contables de créditos presupuestarios que son el Documento I: recoge la apertura de las cuentas con los créditos iniciales resultantes de la aprobación del presupuesto y el documento MC para contabilizar las modificaciones de los créditos iniciales.

5.6.4. Documentos de Resumen Contable

Incluye:

4. a. **Diario de Operaciones:** Es el detalle correlativo de todas las operaciones que se realizan con cargo al presupuesto de gastos de cada centro de gestión.

4. b. **Mayor de Cuentas:** es la relación cronológica de las operaciones aplicadas a cada cuenta contable.

4. c. **Resumen de Operaciones:** es un resumen mensual acumulado de operaciones y saldos por concepto y subconcepto.

4. d. **Resúmenes Estadísticos:** es una clasificación orgánica, funcional y económica de las operaciones de un periodo.

4. e. **Cierre de Gastos:** es un resumen de obligaciones contraídas en un periodo.

4. f. **Cierre de Pagos:** es el resumen de propuestas de pago tramitadas en un periodo.

En todo caso y a nivel de un hospital, el presupuesto de cada ejercicio se cerrará para todo tipo de operaciones contables el 31 de diciembre, para lo cual, y en septiembre, la Consejería de Economía y Hacienda emite una Orden por la que se regulan las operaciones de cierre del ejercicio y apertura del siguiente, tanto para la contabilidad de los gastos como de los ingresos. El último día del ejercicio, y para cerrar el presupuesto, se deben anular los compromisos y autorizaciones de gasto, anulándose con ello los remanentes de crédito.

Las obligaciones y mandamientos de pago que no se hayan realizado a 31 de diciembre mantendrán su vigencia hasta el momento en que se haga efectivo el pago a los acreedores, se anulen o prescriban. En definitiva, una vez cerrado el ejercicio, quedarán cargadas las obligaciones reconocidas como pendientes de pago a 31 de diciembre.

5.6.5. En los Hospitales

5. a. **¿Qué se gasta?:**

5. a.1. **Capítulo I: Gastos de Personal:** Incluye las retribuciones e indemnizaciones en dinero y especie a satisfacer por el centro de gasto (hospital) a todo su personal, por razón del trabajo realizado. También incluye las cotizaciones obligatorias a la Seguridad Social y las prestaciones sociales, y otros gastos de naturaleza social.

5. a.2. **Capítulo II: Gastos en Bienes Corrientes y Servicios:** Este capítulo comprende los gastos en adquisición de bienes y servicios que son necesarios para que el centro de gasto realice su actividad. Se imputan a los créditos de este capítulo los gastos originados por la adquisición de bienes que son fungibles, es decir, que se consumen o agotan con su uso y/o

tienen una duración previsible inferior al ejercicio presupuestario, es decir, 1 año, y/o no son susceptibles de incluirse en el inventario físico al carecer de valor suficiente para ser registrados y valorados individualizadamente para su control o amortización y/o son gastos previsiblemente reiterativos.

5. a.3. **Capítulo VI: Inversiones Reales:** Comprende los gastos destinados a crear o adquirir bienes o servicios de capital o de naturaleza inventariable, necesario para el funcionamiento del centro de gasto y/o cualquier gasto de naturaleza inmaterial que tenga carácter amortizable.

5. b. ¿Qué se ingresa?:

5. b.1 **Capítulo III: Tasas, Precios Públicos y Otros Ingresos:** Ingresos derivados de la utilización privativa o del aprovechamiento especial del dominio público (alquiler del local de cafetería, máquinas de vending, utilización de aulas, etc.). Asimismo incluye los ingresos por aplicación de las tarifas para facturación de servicios sanitarios.

5.7. Sistema de Contabilidad de Gestión

Sin duda una correcta gestión económica y financiera debe proporcionar al gestor una visión general de lo que supone la gestión económica empresarial y relacionarla con la gestión de un hospital público. No podemos olvidar que la gestión económica en un hospital o centro sanitario tiene un interés menor que la propia actividad asistencial. Lo que sí parece evidente es que una buena gestión económica y financiera no es la simple administración de un presupuesto, sino que conlleva la asunción de responsabilidades económicas que obligan a que el gestor posea los conocimientos precisos para desarrollar una eficiente gestión económica y financiera en el hospital.

Las condiciones de un eficaz sistema de control económico y financiero incluyen, entre otras, que los directivos deben tener formación adecuada en control presupuestario, siendo capaces de comprender que el presupuesto es fundamentalmente una herramienta de gestión, esencial para la planificación a corto plazo y el control, a través de su seguimiento, y que permite anticiparse a los cambios.

Se hace necesario utilizar una información comprensible del presupuesto, mediante la elaboración de informes que permitan la toma de decisiones. No obstante, los presupuestos pueden ocultar ineficiencias en la gestión del hospital, y no debe desplazar a los objetivos del pro-

pio centro, transformándose el presupuesto en un fin en sí mismo. Por otra parte, es frecuente que se utilice el presupuesto como instrumento de presión así como que los directivos del hospital de las áreas no económicas frecuentemente suelen desentenderse o desinteresarse por el mismo.

Del mismo modo, debemos recordar que la elaboración de las previsiones presupuestarias, útiles para la elaboración del anteproyecto, no son en sí mismas un presupuesto.

En definitiva, el hospital, como entidad que realiza una actividad, precisa planificar la misma, y para ello se apoya en el presupuesto. Igualmente el presupuesto es un medio para el control de los gastos programados por dicho hospital para un periodo determinado (1 año). Pero además, y en la Administración Pública, el presupuesto es el marco jurídico y financiero donde la entidad pública debe sujetar su actuación.

No obstante, cuando se incumple el objetivo de estabilidad presupuestaria y queda una deuda pendiente de liquidar, el centro sanitario debe formular un Plan Económico- Financiero, que permita en el año en curso y en el siguiente el cumplimiento de la Regla de Gasto*. Dicho Plan deberá contener una Memoria explicativa de la razón del desvío de su presupuesto de gastos. Por lo tanto, incluirá información sobre las causas de dicho incumplimiento, así como las previsiones que establezca el centro, tendentes a corregir el mismo. La descripción y cuantificación de estas medidas, con especial señalamiento de las partidas presupuestarias que se verán afectadas, deberá acompañarse de un calendario de aplicación, así como de medidas de evaluación y seguimiento de las propuestas recogidas en dicha memoria.

6. Gestión financiera

El sistema de contabilidad presupuestaria descrito hasta ahora solo registra el gasto que se produce en el hospital, pero no proporciona soporte para el registro de los in-

* La Regla de Gasto es un instrumento de disciplina presupuestaria que trata de garantizar la sostenibilidad de las cuentas públicas de manera que, en un horizonte de medio plazo, el crecimiento del gasto de las Administraciones Públicas venga limitado por la capacidad de financiarlo con ingresos estables y sostenidos en el tiempo. La aplicación de esta regla impide que el gasto público crezca anualmente por encima de la tasa de referencia de crecimiento del PIB a medio plazo de la economía española, siendo posible superarla, únicamente, en el supuesto de que ese exceso se compense con aumentos de ingresos de carácter permanente.

gresos que también se producen en el hospital. Tampoco proporciona información de las existencias de los almacenes del centro sanitario ni de las deudas del mismo, entre otras. En definitiva, para poder tener información sistematizada de los recursos patrimoniales del centro sanitario, de los saldos de acreedores y deudores, esto es, de qué posee el hospital, qué le deben y qué debe, debemos utilizar la contabilidad general.

Cuando gestionamos en base a las normas del Plan General Contable hablamos de gestión financiera.

El estudio de esta Gestión lo vamos a estructurar en:

1. Principios Básicos de Contabilidad General Hospitalaria.
2. El Plan de Cuentas.
3. La representación del Patrimonio: Balance.
4. La Cuenta de Resultados.
5. Normas de Valoración.

6.1. Principios Básicos de Contabilidad General Hospitalaria

Son:

- **Principio de Prudencia:** Únicamente se contabilizarán los beneficios ciertos a la fecha de cierre del ejercicio contable. En cambio, los riesgos o pérdidas previsibles o eventuales, deberán contabilizarse tan pronto se conozcan.
- **Principio de Empresa en Funcionamiento:** También denominado Principio de Gestión Continua. Significa que la gestión del hospital tiene una duración ilimitada, por lo que determinar el valor patrimonial del centro sanitario no va encaminado a su enajenación total o parcial.
- **Principio del Registro:** Todos los hechos económicos deben contabilizarse cuando nazcan los derechos u obligaciones que los originen.
- **Principio del Precio de Adquisición:** Como norma general, todos los bienes y derechos se contabilizarán a su precio de adquisición.
- **Principio del Devengo:** La imputación de ingresos y gastos debe hacerse en función de la corriente real de los bienes y servicios, con independencia de cuándo

se produzca la corriente monetaria de ellos derivada, es decir, cuando se recibe el bien o servicio es cuando se contabiliza el ingreso o gasto, y no cuando se hace el pago efectivo o el ingreso en caja. No obstante, es habitual en los centros de gasto que este principio se aplique hasta una fecha concreta del ejercicio siguiente, que suele ser indicado por la propia Consejería de Economía y Hacienda.

- **Principio de Correlación entre Ingresos y Gastos:** El resultado del ejercicio es el total de ingresos menos el total de gastos de ese periodo.
- **Principio de No Compensación:** No se pueden compensar las partidas del activo y del pasivo del balance, ni las de gastos e ingresos que integran la cuenta de pérdidas y ganancias.
- **Principio de Uniformidad:** Una vez se adopta un criterio en la aplicación de los principios contables, éste deberá mantenerse y aplicarse a todos los elementos patrimoniales que tengan las mismas características.

Todos estos Principios son de aplicación obligatoria, con el fin de que los estados financieros resultantes representen fielmente el patrimonio real del centro sanitario.

6.2. Plan de Cuentas

Comprende el conjunto de cuentas que componen el Plan Contable. Cada cuenta tiene asignado un código numérico. A efectos de codificación, se agrupan en Grupos, que se subdividen en Subgrupos (dos cifras). Cada Subgrupo se subdivide en Cuentas (tres cifras) y cada Cuenta se divide en Subcuentas (más de tres cifras). Ejemplo:

Grupo 5: Cuentas Financieras:

- Subgrupo 57: Tesorería.
- Cuenta 570: Caja.
- Cuenta 572: Bancos.
- Subcuenta 572.05: Banco X.
- Subcuenta 572.07: Banco Z.

Las cuentas anuales incluyen los siguientes documentos contables: Balance de Situación, Cuentas de Pérdidas y Ganancias, y Memoria.

Desde el punto de vista de la Buena Gestión Administrativa, todos los soportes físicos o justificantes de cada uno de los registros contables, deben ser documentos originales y estar visados por el responsable del Departamento. Además, aquellos documentos con clara repercusión legal, deberá llevar la firma del gerente.

Es necesario que todos los justificantes que lleven operaciones aritméticas, sean comprobados y revisados antes de proceder a su contabilización. En este sentido, es deseable que las personas que contabilizan no incurran en incompatibilidades de control interno, esto es, por ejemplo, que la persona que confecciona los cheques de nómina, no sea la misma que contabiliza el pago.

Igualmente, los justificantes se numerarán de acuerdo con el contador de documentos y deberán ser archivados correlativamente en función de este número. Una vez que se ha completado el archivo físico, se listará el diario de operaciones, que sirve para amparar a este archivador y se adjuntará con él. Con periodicidad mensual, se listarán los siguientes documentos contables: Diario de Operaciones, Balance de Sumas y Saldos, Balance de Situación y Cuenta de Pérdidas y Ganancias. Igualmente, estos documentos serán archivados de forma individual en sus correspondientes archivadores.

La adaptación del Plan Contable a los centros sanitarios se denomina Plan General de Contabilidad Pública. Con él, se elabora información contable útil, tanto para los órganos de gobierno del propio hospital como para los ciudadanos.

Entre las características de este plan, se incluyen la dificultad de la medición de la actividad, la relación entre producto y financiación, y el sometimiento al régimen presupuestario.

Entre los destinatarios de esta información están los órganos de representación política, los de gestión de la Administración Pública y los órganos de dirección del propio centro, así como los órganos de control, tanto externos como internos (Tribunal de Cuentas e Intervención).

6.3. La representación del Patrimonio: Balance

Todas las empresas, para mantener su actividad, cuentan con unos elementos patrimoniales, como son: el lugar físico que ocupan, tanto el terreno como el edificio, el mobiliario, sus existencias, el dinero en caja, los derechos a cobrar, los créditos concedidos a sus clientes, sus propias obligaciones de pago, etc. Del mismo modo, un hospital cuenta con un conjunto de bienes, derechos y obligaciones que constituyen su patrimonio. Por lo tanto, podemos definir el PATRIMONIO como el conjunto de bienes, derechos y obligaciones que en un momento determinado posee una persona o empresa. Los bienes y los derechos representan la parte positiva del patrimonio, que se denomina ACTIVO, mientras que las obligaciones represen-

tan la parte negativa y se denomina PASIVO. El valor de este patrimonio puede variar a lo largo del ejercicio, y la empresa u hospital debe conocer estas variaciones. Para poder llevar un control de cada elemento patrimonial se utiliza la Cuenta. Podemos definir la CUENTA como el instrumento de representación y control de los elementos que componen el patrimonio del centro.

La cuenta por tanto, recoge el valor de un elemento al inicio del ejercicio y sus variaciones. El nombre que se asigna a cada cuenta está en relación con el elemento que representa, (ej.: se agrupan mesas o sillas bajo la cuenta Mobiliario), y es posible agrupar varias cuentas que representan elementos con características comunes para formar Masas Patrimoniales. Ejemplo: el dinero en efectivo se representa en la cuenta Caja y el dinero en el banco se representa en la cuenta Bancos, y ambas cuentas forman la Masa Patrimonial llamada Disponible.

Otra Masa Patrimonial importante, es la llamada Inmovilizado, e incluye todas aquellas cuentas de elementos de los que no puede prescindir el centro si quiere desarrollar su actividad, e incluye por tanto las cuentas de terrenos, construcciones, maquinarias, etc.

Igualmente la Masa Patrimonial denominada Realizable, incluye aquellas cuentas que pueden transformar en dinero la actividad normal de la empresa. Son las cuentas de clientes, existencias, etc.

Estas 3 Masas Patrimoniales conforman el Patrimonio Activo. En cambio, el Patrimonio Pasivo incluye la Masa Patrimonial denominada Exigible, que incluye cuentas como las de proveedores, cuentas con entidades de créditos, etc. Esta forma de agrupar las cuentas no es única, pudiéndose utilizar otros nombres de masas patrimoniales. La diferencia entre el patrimonio activo y el pasivo se denomina Neto Patrimonial.

6.3.1. Balance de Situación

Es la representación del activo y el pasivo patrimonial. Se trata de una balanza que debe quedar en equilibrio, por lo que las diferencias entre activo y pasivo, que se denominan Neto Patrimonial, se añade a la parte que sume menos, generalmente el pasivo. Si no fuera así, esto es, que el importe del activo fuera menor que el pasivo, estaríamos en una situación de quiebra.

6.3.2. Cuentas de Pérdidas y Ganancias

Refleja los resultados en el ejercicio de la actividad de la empresa. Es junto, con el Balance de Situación, el otro estado contable anual relevante para el análisis de la

información económico financiero, puesto que engloba todas las cuentas de ingresos y gastos, y extraordinarios. En base a ello, la cuenta de pérdidas y ganancias indica el resultado total obtenido por el centro, empresa u hospital. Tres meses después del final del ejercicio, se deben presentar las cuentas anuales y un informe de gestión o memoria. Estas cuentas son auditadas anualmente.

Es común utilizar los denominados Ratios Financieros, que pueden ser de Situación o de Estructura. Los de Situación a su vez pueden ser de: Liquidez, Solvencia o Rotación.

Los de Estructura pueden ser a su vez de: Financiación e Inversión. También existen los Ratios de Rentabilidad, de Rotación, de Margen, de Productividad y Cash-flow.

6.4. La Cuenta de Resultados

También denominada Cuentas de Gastos e Ingresos. Refleja los gastos en los que incurre la empresa y los ingresos de la misma.

En un hospital, los Gastos más frecuentes son:

- **Servicios Exteriores:** son aquellos servicios de naturaleza diversa que se adquieren pero que no son Inmovilizado ni tampoco Existencias. Incluye: arrendamientos y cánones, reparaciones y conservación, primas de seguros, suministros energéticos, entre otros.
- **Tributos:** se refiere a aquellos gastos que se derivan del pago de impuestos a la Hacienda Pública.
- **Gastos de Personal:** se refiere a los sueldos y salarios que se paga a los trabajadores y las cuotas que se pagan a la Seguridad Social.
- **Otros Gastos de Gestión Corriente:** incluyen por ejemplo, la falta de pequeñas cantidades originadas en las equivocaciones al efectuar cobros y pagos.
- **Gastos Financieros:** recogen las cantidades que la empresa tiene que pagar en concepto de intereses y aquellas que no va a cobrar.
- **Dotaciones para Amortizaciones:** incluye las pérdidas de valor que sufren los elementos de Inmovilizado. Las causas más generales de depreciación de los elementos son: el uso, el paso del tiempo y la obsolescencia. La cuenta más habitual de gasto es la de Amortización del Inmovilizado Material.

En un hospital, los Ingresos más frecuentes son los derivados de su propia actividad, e incluyen:

- **Ingresos de Gestión:** son los ingresos que se obtienen bien por arrendamientos o por la prestación de servicios a otras entidades.
- **Ingresos Financieros:** son intereses a favor del hospital, como por ejemplo los descuentos que se obtienen por la compra por pronto pago.

Ocasionalmente se pueden introducir otros gastos e ingresos que por ser menos habituales, se denominan Extraordinarios. Son, por ejemplo, los beneficios que se producen por renta de bienes o los gastos extraordinarios derivados de pérdidas por inundaciones, incendios, etc.

6.5. Normas de Valorización

Son normas que se aplican al Inmovilizado Material, al Inmovilizado Inmaterial, a Clientes Proveedores, Deudores y Acreedores, y a Existencias.

A continuación, se detallan las normas de cada uno de ellos:

6.5.1. Inmovilizado Material

1. a. **Valoración:** Los bienes comprendidos en el Inmovilizado Material se valoran a su precio de adquisición. Si se han adquirido gratuitamente, se considera como precio de adquisición, el valor venal de los mismos en el momento de la adquisición.
1. b. **Precio de Adquisición:** Además del importe facturado por el vendedor, se incluyen todos los gastos adicionales que se produzcan, incluyendo gastos financieros, siempre que se hayan devengado antes de la puesta en funcionamiento.
1. c. **Costes de Producción:** Se obtienen añadiendo al precio de adquisición, los costes imputables a dichos bienes.
1. d. **Valor Venal:** Es el precio que se presume que se pagaría en función del estado y lugar en que se encuentre el bien.
1. e. **Correcciones de Valor de Inmovilizado Material:** Se deducirán las amortizaciones practicadas.

6.5.2. Inmovilizado Inmaterial

Se incluyen los Gastos de Investigación y Desarrollo, los de Propiedad Industrial, Aplicaciones Informáticas y Arrendamiento Financiero o Leasing. En todos los casos, se valorarán por su precio de adquisición o coste de producción, aplicándose los mismos criterios que para el Inmovilizado Material.

6.5.3. Clientes Proveedores, Deudores y Acreedores

Figuran en el Balance por su valor nominal, y se dotará si procede, de provisiones en función del riesgo e insolencias.

6.5.4. Existencias: Incluye cuatro normas

4. a. **De Valoración:** Los bienes comprendidos en las existencias deben valorarse a precio de adquisición o a coste de producción.
4. b. **Precio de Adquisición:** Comprende el consignado en la factura más los gastos adicionales hasta que los bienes están en el almacén.
4. c. **Costes de Producción:** Se determina añadiendo al precio de adquisición, los costes imputables al producto.
4. d. **Correcciones de Valor:** Cuando el valor de mercado de un bien sea inferior a su precio de adquisición o a su coste de producción, se efectuará la provisión necesaria. Cuando no se conozca el precio de adquisición o el coste de producción, se adoptará el método de precio medio o coste medio ponderado.

7. Contabilidad analítica o de costes

La Contabilidad Presupuestaria descrita, registra el gasto que realiza un centro sanitario de manera ordenada, pero no proporciona información de las existencias en los almacenes, ni de las deudas, por lo que es preciso la Contabilidad Financiera. Esta Contabilidad Financiera nos proporciona información sistematizada de los recursos patrimoniales del hospital, de los saldos con acreedores y deudores, etc. a través del Balance de Cuentas y Resultados. Sin embargo, si queremos conocer de una manera más dinámica cómo se emplean los recursos en los servicios que se prestan a los pacientes, tenemos que hablar de la Contabilidad Analítica, e introducir el concepto de Coste, que es el importe de todo lo que el hospital emplea para atender a los pacientes.

7.1. Clasificación de los Costes

Los Costes se pueden clasificar según:

- **Su origen:** Costes Materiales, Costes de Mano de Obra, Costes de Servicios Ajenos, etc.
- **La función a que se refieren:** Costes de Producción, Costes de Administración, Costes de Distribución, etc.
- **La forma de imputación:** Costes Directos o Costes Indirectos. Esta es la clasificación más empleada en los hospitales.

Para desarrollar una Contabilidad de Costes Hospitalarios es necesario conocer:

- **El importe y naturaleza de las cargas** (o gastos) y los **ingresos**.
- **Los Grupos Funcionales Homogéneos o GFH:** donde tienen su origen o su destino las cargas o los ingresos.
- Los **productos, servicios o procesos** a los que deben ser atribuidas las cargas o ingresos.

Por tanto, entendemos por Carga el gasto que se aplica, siendo el gasto el consumo de recursos. Y entendemos por Coste la suma de las cargas que permiten producir el servicio.

El Grupo Funcional Homogéneo o GFH es aquella parte de la actividad del hospital que se caracteriza por:

1. Tener definida claramente su función.
2. Disponer de medios propios para realizarla.
3. Poder medir su actividad.
4. Es identificada en el organigrama del hospital.
5. Tener un responsable.

Se trata del Centro de Coste donde se realiza determinada actividad y tiene cierta autonomía. Es en Centros de Costes como se fragmenta el hospital para poder trabajar en contabilidad analítica.

Es necesario también establecer una codificación de las enfermedades (CIE-10) y un sistema GRD (Grupos Relacionados con el Diagnóstico)* que permite agrupar los

* Creados en la Univ. de Yale en 1960 por Fetter y Thompson, para establecer un pago equitativo.

códigos CIE en categorías diagnósticas mayores y éstas a su vez en subgrupos médicos y quirúrgicos según un consumo similar de recursos. De esta manera es posible calcular la productividad del hospital y de cada servicio médico. Al integrar la actividad asistencial con la económica se realiza la imputación de los costes por GRD.

Esta metodología supone un avance en el campo de la gestión ya que permite obtener de un modo sencillo información de los costes de los procesos asistenciales que tienen lugar en el hospital. Su precisión viene condicionada por la calidad de la codificación de las enfermedades de los pacientes atendidos en el centro, y de la existencia de una casuística representativa. Así cuanto mayor sea la muestra de pacientes mayor será la representatividad del GRD correspondiente.

Otra ventaja de este sistema de contabilidad es que facilita a los profesionales sanitarios información referente a sus procesos asistenciales y su comparabilidad con bases de datos de referencia. Sin embargo, disponer de un sistema de contabilidad de costes supone un esfuerzo metodológico, que obliga al hospital a reflexionar sobre sus objetivos para plantear la estructuración del sistema contable, así como a disponer de sistemas de información orientados a la toma de decisiones.

No obstante, su practicidad a la hora de mantener una comunicación fluida con los profesionales asistenciales para la optimización de los procesos asistenciales, no está sujeta a la contabilidad presupuestaria, aunque se nutre del gasto real que realiza el hospital, ni está sujeta a la contabilidad financiera ni a normas legales ni a auditorías de cumplimiento.

El reto de la contabilidad analítica es transformar los datos que se obtienen, en conocimiento útil para la toma de decisión.

8. Gestión del programa económico anual del hospital

Todos los directivos del hospital deben asumir la gestión del Programa Económico Anual del hospital. En este sentido, es conveniente que cada uno de ellos tenga definido su función y responsabilidad económica. Así, por ejemplo, el Director Médico debe asumir los gastos de las decisiones tomadas por los médicos en cuanto a consumo de medicamentos o de pruebas de exploración, entre otros. Por lo tanto, los directivos del hospital deben cumplir con los principios de buena gestión de la Administración Pública pero también con los dos principios

fundamentales del buen gobierno: la transparencia y la responsabilidad social.

A este respecto, es conveniente que los directivos y mandos de un hospital asuman entre sus objetivos la responsabilidad de alcanzar metas económicas. Con ello, contribuyen a una asistencia sanitaria centrada en el paciente, bajo una cultura de servicio, calidad y responsabilidad social, mediante la definición de estándares de calidad, servicio y procesos de evaluación y la puesta en marcha de estrategias para facilitar e incentivar la buena práctica asistencial.

En los hospitales, y una vez conocido el presupuesto anual, se establece el denominado Contrato de Gestión o Contrato Programa con los distintos Servicios asistenciales del Hospital. Dicho Contrato establece los objetivos asistenciales y económicos de cada Servicio. Entre los Objetivos Asistenciales destaca el Objetivo de Número de Consultas, Estancia Media de Hospitalización o Lista de Espera Quirúrgica, por citar algunos de los objetivos más habituales, y son objetivos de actividad asistencial, que deben garantizar una atención adecuada en tiempo y forma. Por su parte, los Objetivos Económicos se agrupan en 3 conceptos: Recursos Humanos, Recursos Materiales y Nuevas Acciones. En Recursos Humanos se incluye la necesidad de dotar al Servicio de profesionales o la redistribución de los mismos para el cumplimiento de objetivos. En Recursos Materiales, se acuerda con el Servicio el gasto máximo anualizado para la compra de los bienes y servicios necesarios para la realización de su actividad asistencial. En Nuevas Acciones, se acuerda con el Servicio la puesta en marcha de nuevos medios diagnósticos o terapéuticos, con un análisis detallado de la actividad a desarrollar y de los recursos a utilizar. En aquellos casos en que el hospital tenga acreditación docente, se acordará con cada Servicio los objetivos docentes y de Investigación que correspondan.

Por lo tanto, en los hospitales hay que aunar los objetivos de carácter asistencial, tanto de actividad como de calidad y seguridad en el paciente, y los de docencia e investigación con los económicos.

Habitualmente se realizan dos evaluaciones en el año: junio y septiembre, con el fin de que los Servicios puedan ir ajustándose para el adecuado cumplimiento de sus objetivos. No obstante, y en caso de desviaciones sobre presupuesto importantes se realizan revisiones y evaluaciones con mayor periodicidad.

En este proceso, es necesario facilitar a los Servicios información económico-financiera y de su actividad, de manera regular, al menos cada 3 meses y siempre que lo soliciten.

La información económico-financiera más útil para el seguimiento del Contrato Programa por Servicios corresponde al Gasto de Material Sanitario y en Farmacia, puesto que los Servicios optimizan sus procesos asistenciales con la utilización de este tipo de recursos.

No obstante, además de este seguimiento del gasto presupuestario por parte de los Servicios, se hace cada vez más necesario la aplicación de la Contabilidad Analítica o de Costes, en tanto que permite conocer no solo el coste del proceso asistencial sino también el coste por paciente. Por ello, y en los últimos años, y sin menoscabo de mantener el contrato de gestión, se está desarrollando la metodología de costes que permite a los gestores mantener una fluida comunicación con los profesionales sanitarios, concienciándoles del gasto y facilitando que sean éstos los que mejoren la atención sanitaria que prestan, aunando la calidad de la atención prestada con la optimización y el buen uso de los recursos económicos. A este respecto, podemos considerar la Contabilidad de Costes como una herramienta muy útil de gestión, que permite el análisis de los costes en los que se incurre en la atención de los pacientes.

En definitiva, un Programa Económico Anual de un hospital viene reflejado por el presupuesto de Gastos, el Presupuesto de Ingresos, el Presupuesto de Inversiones o nuevas acciones así como la Cuenta de Resultados y el Balance de Situación.

8.1. Comisiones Asesoras

Cuando se estableció el Real Decreto 521/1987 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de Salud (INSALUD), no solo se dotó a los hospitales de la estructura de responsabilidad para el buen funcionamiento del mismo, que se estableció en una Dirección Gerencia como el órgano de máxima responsabilidad, del cual dependían la Dirección Médica, la Dirección de Enfermería y la Dirección de Gestión y Servicios Generales, sino que también se establecieron como obligatorias las Comisiones Técnicas y Asesoras a la Dirección. De estas Comisiones, las que tienen una clara repercusión económica son: La Comisión de Farmacia y Terapéutica y la Comisión de Tecnología y Adecuación de Medios Diagnósticos y Terapéuticos.

Este Real Decreto sigue vigente en la actualidad, a pesar de la extinción del INSALUD, como consecuencia de las transferencias sanitarias a las Comunidades Autónomas que posteriormente tuvo lugar en España y que son las que hoy en día tienen la responsabilidad de la gestión

de la sanidad, no así la titularidad, de los centros sanitarios públicos. Además de las dos Comisiones citadas, los hospitales se han ido dotando de otras Comisiones que, por necesidades sobrevenidas principalmente por las crisis económicas y por mejorar la gestión económico-financiera de los hospitales, se han ido implantando en los hospitales con un carácter más optativo que las que obliga el R.D.

8.1.1. La Comisión de Farmacia y Terapéutica

Tiene como objetivo evaluar la pertinencia y la introducción en la Guía Fármaco-terapéutica del centro, aquellos fármacos con demostrada efectividad clínica y eficiencia económica ajustada a la cartera de servicios del centro sanitario. En esta decisión participa la Dirección Médica, el Responsable de Farmacia y los Responsables clínicos elegidos como miembros de dicha Comisión. La metodología de funcionamiento exige la ponencia de defensa de la introducción del fármaco por el jefe clínico que requiera ampliar su arsenal terapéutico con ese nuevo fármaco. La evaluación se hace sobre los aspectos de eficacia clínica y del impacto que el nuevo fármaco tendrá en el presupuesto del hospital.

8.1.2. La Comisión de Tecnología y Adecuación de Medios Diagnósticos y Terapéuticos

Pretende evaluar la introducción de productos sanitarios en el Catálogo de Productos del hospital y de equipamiento médico o de tecnologías que precisa el centro. Está compuesta por la Dirección Médica, la Dirección de Gestión a través del Responsable económico-financiero, y de personal sanitario del centro (médicos y enfermeros) elegidos al efecto.

Estas dos Comisiones se han visto complementadas en muchos hospitales por la Comisión de Medicamentos en Usos Especiales y la Comisión de Nuevos Productos. Ambas Comisiones surgen de la necesidad de evaluar fármacos biológicos, oncológicos, inmunológicos, etc. en el caso de la primera, o de evaluar productos sanitarios de alto coste en la segunda Comisión. En ambos casos, además de estar representada la Dirección Médica, hay personal sanitario y se introduce al Responsable económico-financiero para completar la toma de decisión con conocimiento del impacto presupuestario que puede tener su introducción.

No podemos obviar que asignar el recurso económico o presupuestario supone un reto permanente ante múltiples usos alternativos, de manera que cualquier decisión asistencial supone igualmente la renuncia a otras opciones, con un coste de oportunidad determinado. Asi-

mismo, la mayor parte de las decisiones que afectan al uso de los recursos de un centro sanitario, parten de los profesionales, y por ello, es fundamental su implicación y participación en las Comisiones Técnicas para una adecuada toma de decisión. Con ello, se facilita compartir la responsabilidad de asignación y utilización de recursos entre directivos y profesionales.

Sin embargo, la existencia de estas Comisiones no garantiza el cumplimiento anual del presupuesto, y por ello, los hospitales se dotan de cuadros de mando que recogen información de los objetivos económicos y asistenciales a cumplir. Así, y referido a los objetivos económicos, se deberá recoger información del seguimiento presupuestario, esto es, de las obligaciones a tiempo real y de las previsiones de cierre, de manera que se puedan establecer tendencias y desviaciones que permita a los gestores implementar, a lo largo del ejercicio presupuestario, medidas correctoras que no alejen al hospital de sus objetivos.

Igualmente, para una buena gestión económico-financiera se hace necesaria una adecuada gestión de los proveedores sanitarios, fundamentando sus relaciones en base a los mismos criterios de buen gobierno que le son propios a la Administración.

8.2. Implicaciones del Déficit Presupuestario en la gestión de un hospital público

El presupuesto, como método sistemático y formalizado para desempeñar responsabilidades directivas, supone a corto plazo desarrollar aquellas prioridades más operativas necesarias para el funcionamiento del hospital, pero también desarrollar un sistema de control que permita un seguimiento de la ejecución presupuestaria. Sin embargo, en un hospital, el presupuesto es poco eficaz para controlar el gasto, ya que la no existencia de crédito presupuestario no supone dejar de atender a los pacientes, y por tanto, hay que mantener la compra de los productos necesarios. Cuando esto ocurre, se genera un déficit o deuda, que ha de ser liquidada con el presupuesto del año siguiente. Esta dinámica mantenida en el tiempo, aún en un escenario de contención del gasto por parte del hospital y de prácticas de buen gobierno, va erosionando su capacidad presupuestaria año tras año.

Cuando esto ocurre, el hospital formulará un Plan Económico-Financiero con el que adecuar su gasto para el cumplimiento de la Regla de Gasto.

Para evitar lo anterior, sería necesario una adecuación más estrecha del presupuesto a la realidad del gasto del hospital.

9. Conclusiones

El desarrollo y la implementación de la metodología descrita han supuesto un avance para la gestión y la financiación sanitaria, y en particular, de los centros hospitalarios. La adecuada gestión económica y financiera en un hospital debe permitirnos obtener de una forma sencilla y fiable, información económica de los procesos que se desarrollan en el mismo.

La adaptación y conocimiento de la gestión financiera al ámbito hospitalario y el conocimiento profundo de la gestión presupuestaria a la que se ven sometidos los centros sanitarios públicos, es un imperativo de obligado conocimiento para todos aquellos que tengan responsabilidad en la gestión de un hospital.

Desde el conocimiento y aplicando los principios generales que le son propios: de estabilidad presupuestaria, de sostenibilidad financiera, de transparencia, de asignación y utilización de los recursos públicos, de responsabilidad, y de lealtad institucional, los gestores deberán esforzarse en adquirir los conocimientos, habilidades y competencias necesarios para el desarrollo de su labor.

Los hospitales, como centros sanitarios públicos, sometidos por tanto a la normativa de buen gobierno de las Administraciones Públicas, tienen por finalidad la prestación sanitaria, o lo que es lo mismo, la atención sanitaria de los ciudadanos. Por ello, los recursos empleados, ya sean humanos o materiales, en definitiva, económicos, deben someterse a un estricto seguimiento de cumplimiento de las normas que le son de aplicación, con el fin de garantizar la viabilidad y sostenibilidad de su función. Así mismo, la existencia de fiscalización y control de la gestión económico-financiera contribuye a garantizar el buen uso de los recursos en eficacia, procurando alcanzar los objetivos propuestos en eficiencia, esto es, al menor coste posible, y siempre con cumplimiento de la legalidad.

La necesaria instrumentación del principio de transparencia obliga a la elaboración de la información precisa que relacione y explique la resultante de los ingresos y gastos del presupuesto. En este sentido, se publica la información económico-financiera con el alcance, metodología y periodicidad que las normas nacionales o internacionales determinen.

Los hospitales como centros sanitarios, tienen una evidente función socioeconómica, pues en muchas ocasiones es la empresa con mayor número de trabajadores y presupuesto de la comarca o región en la que asientan, pero además su financiación pública obliga a que su gestión no pueda retrotraerse a las normas vigentes, ni en su ejecución ni en la rendición de cuentas.

Bibliografía

ALBI IBÁÑEZ, E., ONRUBIA FERNÁNDEZ, J. (2015). Economía de la Gestión Pública Cuestiones fundamentales. Ed. Universitaria Ramón Areces.

ALIANZA PARA EL GOBIERNO ABIERTO
<https://www.opengovpartnership.org/>

ALVAREZ CIVANTOS, O.J. (2010). Las claves del Buen Gobierno en la Administración Pública. Editorial Comares.

BERNAL, E., CAMPILLO, C., GONZÁLEZ, B., MENEU, R., OLIVA, J., PUIG, J., REPULLO, J.R., URBANOS, R. (2012). La Sanidad Pública ante la crisis. Recomendaciones para una actuación pública sensata y responsable. Disponible en: http://www.aes.es/Publicaciones/DOCUMENTO_DEBATE_SNS_AES.pdf.

CAAMAÑO, J. (2006). "¿Hasta qué punto conviene mantener una función interventora dependiente del Ministerio de Hacienda?. Evolución reciente y análisis bajo un prisma de Gestión Pública". Auditoría Pública, 38: 65-78.

CARRETERO ALCANTARA. L. (2011). "Herramientas para la gestión de recursos". En: TEMES MONTES JL., MENGÍBAR TORRES M. (Coord.): Gestión Hospitalaria. 5ª edición Mc GrawHill. pp. 246 y ss.

CENTRO LATINOAMERICANO DE ADMINISTRACIÓN PARA EL DESARROLLO <https://www.clad.org/acerca-de/clad>

FERNÁNDEZ DÍEZ, A. CAÑAS SANCHO, J.J. La Gestión económico-presupuestaria en las Administraciones Públicas (Internet). Madrid: Escuela Nacional de Sanidad; 2013 (Consultado día mes año). Tema 11.1. Disponible en: http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:500844/n11.1_La_gesti_n_econ_mico-presupuestaria.pdf

FROST, M. XX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Lima, Perú, 10- 13 nov. 2015.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., LÓPEZ-CASANOVAS, G. (1996). "El Gasto Público: problemas actuales y perspectivas". Papeles de Economía Española, 69: 2-38.

GONZÁLEZ-PÁRAMO, J.M., ONRUBIA, J. (2003). "Información, evaluación y competencia al servicio de una gestión eficiente de los servicios públicos". Papeles de Economía Española, 95: 2-23.

INICIATIVA TPA Buenas prácticas de Transparencia, Participación Ciudadana y Rendición de Cuentas en Entidades de Fiscalización Superior. Documento de Trabajo. Disponible en:

<https://iniciativatpa.files.wordpress.com/2010/06/e2809cbuenas-prc3a1cticas-de-transparencia-participac3b3n-ciudadana-y-rendic3b3n-de-cuentas-en-entidades-de-fiscalizac3b3n-superiore2809d1.pdf>

OECD (2014), Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2014 Innovación en la gestión financiera pública. París, 2014

ÓRGANOS DE CONTROL EN LATINOAMÉRICA Indicadores de transparencia, participación ciudadana y rendición de cuentas Estudio sobre entidades fiscalizadoras de nivel subnacional en Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador y México. Disponible en:

https://www.cedla.org/sites/default/files/vp_iniciativa_tpa_organos_de_control_en_latinoamerica.pdf

PALOMERO, J. Iniciación a la Contabilidad. Ed. Palomero-Delgado, 1993.

PEIRÓ, S., MENEU, R. (2012). Eficiencia en la Gestión Hospitalaria Pública: Directa vs Privada por Concesión. Blog Nada es Gratis. Disponible en: <http://nadaesgratis.es/?p=27263>

RIBERA J., GUTIEREZ FUENTES JA., ROSENMÖLLER M. (2006). Gestión en el Sector de la Salud. Editorial Pearson.

Legislación española

- Ley Orgánica 2/2012 de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Real Decreto Legislativo 2/2007, de 28 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Estabilidad Presupuestaria.
- Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.
- Ley 3/2004, de 29 de diciembre por la que se establecen Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.
- Real Decreto 1040/2017 de 2 de diciembre por el que se modifica el Real Decreto 635/2014, de 25 de julio, por el que se desarrolla la Metodología de cálculo del periodo medio de pago a proveedores de las Administra-

- ciones Públicas y las condiciones y el procedimiento de retención de recursos de los regímenes de financiación, previstos en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
- Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.
 - Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
 - Real Decreto 2188/1995, de 28 de diciembre por el que se desarrolla el Régimen del control interno ejercido por la Intervención General de la Administración del Estado.
 - Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.
 - Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.
 - Ley 11/1999, de 29 de abril, de la Cámara de Cuentas de la Comunidad de Madrid.
 - Real Decreto 521/1987 de 15 de abril, por el que se aprueba el Reglamento sobre Estructura, Organización y Funcionamiento de los hospitales gestionados por el Instituto Nacional de Salud.

9

- **Transparencia y acceso**
- **a la información pública**
-

José Ignacio Herce Maza



1. Introducción

La transparencia y el acceso efectivo a la información de interés público en la Administración se configura como un elemento esencial e imprescindible para una democracia de calidad. Tanto las herramientas de publicidad activa como la concesión del acceso real a la información pública son dos pilares fundamentales de los sistemas que son conscientes de la posición protagonista de la persona en el panorama político y en el Ordenamiento jurídico.

Una ciudadanía que exige transparencia y que practica el acceso a la información de interés general es consciente de su centralidad en el sistema. No hay que olvidar que las Administraciones Públicas no son ni de los políticos ni del personal al servicio de la Administración, sino que son de los ciudadanos. Las personas que desempeñan sus labores profesionales en el sector público son gestores de intereses que no les son propios y han de guiar sus actuaciones en búsqueda permanente del servicio objetivo al interés general.

La principal consecuencia de la posición central de la persona en el Ordenamiento jurídico y en el panorama político es que los poderes públicos deberán hacer todo lo posible para fortalecer su dignidad y buscar el interés común. Esta visión condiciona la visión del Derecho y en especial, del Derecho administrativo. Una de las fundamentales manifestaciones del protagonismo de la persona es el reconocimiento del derecho fundamental a una buena administración. Puede afirmarse que una buena administración es aquella que busca el constante y permanente servicio objetivo al interés general.

Uno de los derechos concretos que emana del derecho fundamental a una buena administración es el derecho a la máxima transparencia, que a su vez tiene tres vertientes: publicidad activa, acceso a la información pública y el deber de motivación de los actos administrativos.

Precisamente la transparencia está estrechamente relacionada con la posición central de la persona en el ordenamiento en la medida en que favorece el control del poder de los gobernados ante los gobernantes y fomenta la participación en los asuntos comunes.

Toma fuerza la transparencia ante la crisis de legitimidad de los poderes públicos debida, entre otras cosas, a la opacidad de la Administración y distancia que siente el ciudadano ante ella. En oposición a la opacidad y la distancia nace el conocido como open government. Es gracias a la transparencia por lo que los ciudadanos pueden conocer la realidad de la Administración. Para ello, es necesario que los ciudadanos puedan ser conscientes de las decisiones

adoptadas, del funcionamiento de las instituciones públicas, del manejo de los fondos públicos, en definitiva, de los criterios por los que se guían las administraciones. La Administración ha de estar conformada por paredes de cristal y enfrentarse a la oscuridad. De esta forma los ciudadanos pueden participar en la res publica y controlar la actuación de los dirigentes y de la Administración.

Una Administración que es transparente, que permite el acceso a la información pública y que motiva sus decisiones es una Administración consciente de la centralidad de la persona en el Ordenamiento, que actúa bajo los parámetros del derecho fundamental a una buena administración, que fomenta el control del poder y la libre participación ciudadana.

Ya no caben en un Estado del siglo XXI y mucho menos en el Estado social y democrático de Derecho una visión de la Administración cercana al concepto weberiano, atrás deben quedar aquellas concepciones del Poder Público conformado por Administraciones opacas, lejanas, burocráticas. Para ello es necesario abrir el camino de la Transparencia: una Administración abierta a todos, cristalina, cercana, abierta y participativa.

Dada su importancia, la cuestión de la transparencia se ha abordado desde un punto de vista internacional, tanto en la Unión Europea como en Iberoamérica y se ha plasmado en numerosos textos normativos nacionales. Puede afirmarse que cada vez más países del mundo se han sumado a la búsqueda de Administraciones transparentes. Es por este motivo por el que es importante considerar la existencia de una serie de elementos comunes, de principios informadores, que han de manifestarse en los cuerpos normativos nacionales en esta materia desarrollando sus manifestaciones y buscando siempre la mayor transparencia posible.

Las Administraciones han de poner a disposición del ciudadano Portales de Transparencia en sus páginas webs donde vuelquen información de interés para el ciudadano, información veraz y actualizada, que verse sobre, entre otras materias, información institucional, económica, estadística... Asimismo, también deberán responder de aquellas solicitudes que los ciudadanos realicen de acceso a información pública. Sólo así se podrá controlar a los gobernantes, prevenir la corrupción y fomentar la participación.

Ahora bien, especial mención merecen los conocidos como límites de acceso a la información pública, que impiden el acceso a determinada información en el caso de que su difusión afectara al interés público (defensa nacional) o a determinados intereses particulares (protección de datos de carácter personal). Por supuesto, su aplicación práctica debe enfocarse siempre desde la buena administración y

para evaluar si concurren dichos límites será necesario acudir a la ponderación y realización de un doble test consistente en valorar el posible daño, así como evaluar el interés general que justifica el acceso a la información.

En el presente trabajo se estudiará el fundamento último de la transparencia, los principios generales de la transparencia, las obligaciones en materia de publicidad activa y derecho de acceso a la información pública así las limitaciones al referido derecho, todo ello siempre desde la óptica del protagonismo de la persona en el Ordenamiento y en el panorama político y bajo el paraguas del derecho fundamental a una buena administración.

2. La transparencia, el acceso a la información pública y el deber de motivación de las resoluciones administrativas desde la óptica del derecho fundamental a una buena administración

2.1. La persona en el epicentro del Ordenamiento jurídico y el derecho fundamental a una buena administración

Para conocer como ha de ser la transparencia en la Administración pública es necesario adoptar un punto de vista del Ordenamiento jurídico y del panorama político. En el presente estudio se partirá de la persona como centro del sistema, del Ordenamiento y del entorno político. Iniciar la senda del estudio de la transparencia desde esta posición no hace otra cosa que condicionar la visión del Derecho y del ejercicio del poder y subordinar la actuación de los poderes públicos a la idea de servicio objetivo de interés general a la persona, al individuo.

Con ello se ubica a la persona en el lugar en el que ha de estar de conformidad con su dignidad. Consideraba Karl Larenz que el principio fundamental del Derecho del cual arranca toda regulación jurídica se basa en el respeto recíproco, el reconocimiento de la dignidad personal del otro, la indemnidad de la persona del otro en lo relativo a su existencia exterior en el mundo visible y su existencia como persona¹²¹.

La persona, que se encuentra imbuida de una dignidad que es inherente a su ser, una dignidad que es intocable, es la protagonista de los asuntos de interés general, de la res publica. Bien ha afirmado Rodríguez-Arana que ubicar a la persona en el centro de la acción pública implica que no es sólo un centro de atención, sino que es protagonista por excelencia de la Administración pública¹²².

Y el hecho de que la persona sea protagonista de los asuntos de interés general se manifiesta de dos maneras: desde un punto de vista activo y desde un punto de vista pasivo. El punto de vista activo hace referencia a la participación de la persona en los asuntos comunes y el pasivo a que la persona es beneficiaria de servicios públicos y de políticas públicas encaminadas a la satisfacción del interés general, del interés común. Ambas manifestaciones son imprescindibles en un Estado Social y Democrático de Derecho.

Las afirmaciones anteriores encuentran su acomodo en las cláusulas del Estado Social y Democrático de Derecho presente en los Estados contemporáneos. Si acudimos, por ejemplo, a la Constitución Española se puede comprobar como se encuentra reconocida la dignidad de la persona como fundamento del orden político (art. 10), la vocación de servicio de la Administración (art. 103) y el deber de facilitar la participación de los ciudadanos en la vida política, económica, social y cultural (art. 9.2). Con ello se quiere decir que los poderes públicos han de fomentar las condiciones para el libre y solidario ejercicio de los derechos fundamentales por las personas¹²³.

Lo anterior implica que si la persona es la protagonista y elemento central de las democracias, ha de romperse la equivocada idea de que el poder público debe ejercerse desde el privilegio para encaminar a las Administraciones a la búsqueda del servicio objetivo del interés general, del bien común, del interés de todos. Aquí juega un papel esencial el conocido como derecho fundamental a una buena administración y por supuesto, el objeto de estudio del presente trabajo: la transparencia de la Administración pública. Ésta permite fomentar la participación del ciudadano en la vida pública y controlar la actuación de la Administración y de quienes ejercen responsabilidades públicas dentro de ella. Una de las dimensiones de protección jurídica de la dignidad de la persona en la

¹²¹ LARENZ, K. (2001): *Derecho justo, fundamentos de la ética jurídica*, Civitas, p. 57.

¹²² RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2015): *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, p. 594.

¹²³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2015): *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, p. 594.

Norma Fundamental Alemana, es la unidad de defensa y protección, de libertad y participación, señala el jurista Häberle¹²⁴.

Es dentro del marco mencionado en los párrafos previos dónde engarza el derecho fundamental a una buena administración. Señala Meilán Gil que se habla, afortunadamente, de buena administración¹²⁵, y es que ésta se encuentra presente en el debate jurídico-administrativo contemporáneo llegando a adquirir una suma importancia dentro de las normas que regulan el funcionamiento de las Administraciones Públicas en España, en el ámbito comunitario e iberoamericano¹²⁶. El mencionado Derecho se relaciona con la centralidad de la persona y su papel de protagonista en el Ordenamiento.

Podría pensarse que el mencionado derecho fundamental carece de contenido, que es una mera declaración de buenas intenciones. La realidad es más bien la contraria: la buena administración se ha introducido con mucha fuerza en los Ordenamientos jurídicos contemporáneos. Podemos encontrarla reconocida en la Carta Europea de Derechos Fundamentales, en la Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública y por supuesto, en textos legales nacionales y en resoluciones de los órganos jurisdiccionales en Europa e Iberoamérica.

Han afirmado Rodríguez-Arana y Sendín García que una Administración buena es aquella que toma las decisiones en función de las personas, de sus necesidades colectivas, en función del interés general¹²⁷. Una Administración que no lo fuera resultaría ilegítima, se ha expuesto¹²⁸. Máxime en aquellas Administraciones dotadas de responsabilidades relativas a la cuestión social, como las entidades de la Seguridad Social, de cuya adecuada gestión depende la materialización muchos de los derechos sociales. En la gestión de la Seguridad Social entra en juego la existen-

cia digna de muchas personas que viven en situaciones de riesgo de exclusión o encuentran no cubiertas sus necesidades básicas de subsistencia.

Por ello la idea de la buena administración se haya también estrechamente ligada a la ética pública. Una buena administración entendida en sentido amplio va mucho más allá de una mera garantía de derechos en el marco de un procedimiento administrativo. Se convierte en un criterio de valoración ético de las Administraciones Públicas.

Este derecho fundamental además de imbuir a toda la realidad jurídico-administrativa actúa como un punto de partida del que se proyectan otros derechos, tales como el de transparencia en sus tres vertientes o manifestaciones: la publicidad activa, el derecho de acceso a los documentos públicos y el deber de motivación de los actos administrativos. Es por este motivo por el cual Rodríguez-Arana ha afirmado que la Administración actúa de acuerdo con principios como el de transparencia y acceso a la información pública, que no son otra cosa que corolarios del derecho fundamental a la buena administración que se encuentra reconocido, por ejemplo, en el art. 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea¹²⁹.

Cuestión diferente a la buena administración es el buen gobierno. La primera está relacionada con el modo de la gestión administrativa y la segunda con la forma en la que el ejecutivo desarrolla sus funciones reglamentarias y políticas. Una mala Administración se relaciona con la mala fe, la gestión negligente y la corrupción¹³⁰ y se encuentra dirigida a los funcionarios y al personal de los organismos públicos y regula sus relaciones con los ciudadanos¹³¹ ¿Dónde se encuentra la relación entre la transparencia y la buena administración? En que una buena administración permitirá conocer a los ciudadanos cómo ésta ejecuta las políticas públicas y las decisiones de gobierno. Una buena administración deberá ser, necesariamente, una administración transparente.

¹²⁴ HÄBERLE, P. (2008), "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.): Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional, Dykinson, Madrid, 9. 222, citado en GUARIGLIA, C. (2016), *Fundamento filosófico del Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires, p. 177.

¹²⁵ MEILÁN GIL, J. L.: "La buena administración como institución jurídica" *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87 (2013), p. 14.

¹²⁶ RASTROLLO SUÁREZ, J. J.: "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014), p. 158.

¹²⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada, p. 7.

¹²⁸ DURÁN MARTÍNEZ, A.: "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria, Montevideo, pág. 154.

¹²⁹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16 (2012), p. 271.

¹³⁰ CHAVES, J. R.: "Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad", 2016, disponible en: <https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/> [Fecha última consulta: 19 de mayo de 2015]. Esta distinción la adopta a partir del siguiente artículo: PONCE SOLÉ, J.: "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración" *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016).

¹³¹ CERRILLO I MARTINEZ, A (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid, p. 20.

2.2. La Administración pública transparente: el fomento de la participación ciudadana y el control del poder público

Se ha afirmado ya que la persona, dotada de una dignidad que radica en su esencia, es el centro del Ordenamiento jurídico y de las democracias contemporáneas. Una administración buena será aquella que fomente la dignidad de la persona a través de los derechos concretos que derivan del derecho fundamental a una buena administración. Entre ellos se encuentra la transparencia, el derecho de acceso a la información pública y el deber de motivación de las resoluciones administrativas.

Aunque actualmente conceptos como la transparencia y el open government se encuentran muy presentes en el debate jurídico, politológico e incluso periodístico no es tan reciente como pudiera parecer. Sólo a los meros efectos de ilustrar cómo la cuestión relativa a la lucha contra la opacidad de la Administración no es una cuestión que se ha abordado únicamente en la actualidad, se hará referencia a continuación a algunos textos normativos que, desde el siglo XVIII, han tratado la transparencia de la Administración. Todo ello sin perjuicio de que en un epígrafe posterior que tratará los principios generales de la transparencia se haga mención a textos y documentos internacionales así como a normativas de diversos países iberoamericanos.

Si acudimos a la Historia, por tanto, puede comprobarse como en el siglo XVIII se publicó en Suecia la “Ley de Libertad de Prensa y Expresión y del Derecho de Acceso a Documentos Públicos”, que fue sancionada el 2 de diciembre de 1766 por el Rey Adolfo Federico. Dicho cuerpo normativo establecía en su art. 6, un principio de transparencia (en su vertiente de derecho de acceso a la información pública) como parte integrante de la libertad de prensa:

... esta libertad incluirá todos los intercambios de correspondencia, relaciones fácticas, documentos, protocolos, resoluciones judiciales y reconocimientos, ya se hayan redactado en el pasado o sean iniciados, mantenidos, presentados, dirigidos y concluidos en lo porvenir, antes, durante y después de los procedimientos ante los tribunales inferiores, de apelación y superiores y los departamentos gubernamentales, nuestros altos servidores y los consistorios y otros organismos públicos, y sin distinción entre la naturaleza de los casos, ya sean estos civiles, eclesiásticos o que de algún otro modo concieran a controversias religiosas.”¹³²

Unos años después, en la Declaración de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789, se reconoció el derecho de la Sociedad a la rendición de cuentas a la Administración en su artículo 15:

La Sociedad tiene derecho a pedir cuentas de su gestión a cualquier Agente público.

El acceso sin restricciones a la información pública tardaría en cobrar fuerza hasta doscientos años después (a excepción de la legislación colombiana de 1888). Fueron Finlandia en 1951, Estados Unidos en 1966 y Dinamarca en 1970 quienes iniciaron el camino contemporáneo hacia la transparencia. Como último ejemplo señalaremos la proclamación del Presidente norteamericano Lyndon B. Johnson que efectuó en la firma de la Free Information Act de 1966 a la que se ha hecho referencia:

... trae causa de uno de nuestros principios más esenciales, aquel que proclama que una democracia funciona mejor cuando el pueblo tiene toda la información que la seguridad nacional permite”

A día de hoy, más de cien países en todo el mundo cuentan con sus propias leyes de transparencia y acceso a la información pública. Entre los últimos en promulgarlas se encuentran Sri Lanka (2016), Burkina Faso (2015), Kazajistán (2015) o Paraguay (2014)¹³³. En epígrafes posteriores se hará referencia a los principios comunes que tienen y han de tener los textos normativos en materia de transparencia. así como algunas manifestaciones sobre ella que han ido efectuando organismos internacionales que se esfuerzan por promover la cultura de la transparencia y de la rendición de cuentas.

Como se ha podido comprobar, el fenómeno de la transparencia de las administraciones no es ni mucho menos reciente, si bien es cierto en la actualidad tiene lugar un importante debate teórico sobre ello. No hay que perder de vista que esta materia no es ni abstracta ni ajena a la actividad diaria¹³⁴. Por lo tanto, la transparencia imbuye no sólo las grandes decisiones de la Administración, sino también su actuación cotidiana. Desde las grandes decisiones en materia presupuestaria o los organigramas de los dirigentes de las Administraciones a las agendas de los líderes políticos o las resoluciones de procedimientos administrativos. Esta última, no olvidemos, es consecuen-

¹³² POMED SÁNCHEZ, L.A. “Transparencia”, *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, nº 9 (2017).

¹³³ Datos obtenidos de Global Right to Information Rating: <http://www.rti-rating.org/country-data/>

¹³⁴ Vid. CANO MONTEJANO, J. C.: “Transparencia en la UE: evolución y perspectivas”, *Anuario Jurídico Villanueva*, (2013), p. 54.

cia de una de las manifestaciones de la transparencia y del Estado de Derecho: el deber de motivación de los actos y decisiones de la Administración que se opone a la arbitrariedad.

Como consecuencia de una percepción ciudadana de opacidad en la actuación de la Administración y, sobre todo, de la distancia que percibe el ciudadano ante la Administración Pública surge un grave problema de legitimidad de los gobernantes ante los gobernados, quienes, en definitiva, son los únicos titulares reales del poder legítimo. Es gracias a la idea del *open government* a través de la cual se pretende equilibrar la balanza entre el poder y del ciudadano. Con este tipo de iniciativas se espera fortalecer la legitimidad de los poderes públicos y dar respuesta a las demandas de los quienes solicitan una mayor transparencia y un acceso real y efectivo a la información pública. La cultura de la de la rendición de cuentas dota de legitimidad al poder público ante el verdadero protagonista del interés general, la persona.

Gran parte de los textos normativos que imponen obligaciones de transparencia han surgido como iniciativa de la sociedad civil hacia los gobernantes siendo la causa principal la gran desconfianza en la política y en las instituciones. Los ciudadanos, ante la elevada burocracia, la lejanía de las instituciones, la poca participación y en muchos casos, los escándalos de la corrupción han decidido que es necesario fomentar la transparencia a través de la sociedad civil. En este sentido Guichot Reina ha hecho referencia a un sprint de la transparencia como una búsqueda de legitimación por parte de los políticos e incluso, señala como un ejemplo de cómo se puede contribuir desde la sociedad civil a la fijación de prioridades políticas y mover la acción de los grupos parlamentarios y al Gobierno a lograr un objetivo: la transparencia¹³⁵.

Pero, ¿cuál es el objetivo de los textos legales en materia de transparencia? No es otro que obligar a los gobiernos y a las administraciones a fomentar el conocimiento de las decisiones públicas, del manejo de los presupuestos públicos y de los criterios que subyacen a la toma sus decisiones. Gracias a ella, previo acceso a la información relativa al proceso de decisiones de los organismos públicos, los ciudadanos pueden participar en las decisiones que les conciernen y exigir la correspondiente rendición de cuentas por las mismas¹³⁶.

¹³⁵ GUICHOT REINA, E. "El proyecto de Ley de Transparencia y acceso a la información pública y el margen de actuación de las Comunidades Autónomas". *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 84 (2012), p. 95.

¹³⁶ Resolución R/0058/2017 del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno.

Con la apertura de la Administración, se contribuye a generar un ambiente de confianza, seguridad y veracidad entre el gobierno y la sociedad, y por otro, formar una ciudadanía responsable y participativa que conozca y ejerza sus derechos y obligaciones, que colabora en el fomento de la integridad y combata la corrupción¹³⁷. Por ello la ciudadanía debe estar informada y conocer las responsabilidades, procedimientos, reglas, normas y demás información generada por el sector público, en un marco de abierta participación social y escrutinio de carácter público¹³⁸. Ha de promoverse siempre la transparencia y la libre participación de los ciudadanos en lo común.

Una Administración que actúa de manera opaca es incompatible con un sistema democrático. Con la opacidad y la gestión de lo público se impide el libre acceso a la ciudadanía de la información que se encuentra en poder de la Administración¹³⁹. Por ello, Rodotta ha afirmado que la transparencia de las instituciones es una de las diferencias fundamentales entre los sistemas totalitarios, donde la oscuridad envuelve la vida política y son los gobiernos quienes definen la verdad¹⁴⁰.

Si Bobbio señala que el modelo democrático es el modelo ideal del gobierno público en público¹⁴¹ y Rodotta indica que la democracia no es sólo gobierno "del pueblo" sino también "gobierno en público" se puede deducir que la democracia ha de ser, por definición, el gobierno de la verdad. Dicha idea de verdad no ha de entenderse en ningún caso como una "verdad impuesta" o un "discurso de la verdad", sino como una plena posibilidad de conocimiento de los hechos reales por parte de todos. Con un conocimiento pleno de la realidad del Gobierno y de la Administración los ciudadanos estarán en condiciones de controlar y juzgar a sus representantes y de participar en el gobierno de la cosa pública¹⁴².

No hay que olvidar que los sistemas democráticos nacieron bajo la perspectiva de erradicar para siempre de la sociedad el poder invisible para dar vida a un gobierno cuyas acciones deberían haber sido analizadas en público. Una de las razones de la superioridad de la democracia con respecto a los Estados absolutos que habían rei-

¹³⁷ GOIG MARTÍNEZ, J.M. "Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos", *Revista de Derecho UNED*, nº 17 (2015), p. 74.

¹³⁸ GOIG MARTÍNEZ, J.M. "Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos", *Revista de Derecho UNED*, nº 17 (2015), p. 74.

¹³⁹ BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2017): "Prólogo" en *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid, p. 15.

¹⁴⁰ STEFANO, R. (2014): *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid, p. 208.

¹⁴¹ BOBBIO, N. (1986): *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México, p. 67.

¹⁴² STEFANO, R. (2014): *El derecho a tener derechos*, óp. cit., p. 208.

vindicado (...) la necesidad de que las grandes decisiones políticas fuesen tomadas en gabinetes secretos, lejos de las miradas indiscretas del público¹⁴³. En definitiva, el gobierno democrático da vida a la transparencia del poder o dicho de otra manera al poder sin máscaras¹⁴⁴. Habermas ha llegado a proclamar que no habrá ciudadanía hasta que la publicidad política activa sea un principio organizativo del Estado¹⁴⁵.

Una Administración transparente fortalece dos perspectivas de la persona como protagonista del espacio público. Se ha dicho ya que promueve la participación y el control del poder público por quienes son los sus verdaderos titulares, propietarios: la ciudadanía.

La primera perspectiva es el fortalecimiento de la participación ciudadana. Aristóteles ya afirmaba que, a nivel público, la mejor vida será aquella en que se ejerza la mejor virtud del ciudadano, que no es otra que la participación y colaboración en la vida pública de la ciudad¹⁴⁶. Además, la dignidad del hombre no sólo ha de entenderse desde un espacio interior, sino que también implica una apertura a lo social¹⁴⁷. Por lo tanto, una de las vertientes del papel protagonista de la persona será el derecho a la participación de los asuntos comunes de manera real y efectiva. Dicha participación no ha de ser sólo de *iure* sino de *facto*, no debe limitarse sólo a la participación en procesos electorales y, sobre todo, ha de ser libre. Han de ser los ciudadanos quienes elijan su grado de participación en los asuntos públicos con plena libertad.

Aquí ejerce un papel fundamental la transparencia y el derecho de acceso. La transparencia es un cauce de profundización en la dimensión democrática del Estado y mejora la posibilidad de participación de los ciudadanos en los asuntos públicos¹⁴⁸. Se implementa una dimensión democrática del Estado sobre una ciudadanía mejor informada¹⁴⁹.

Ahora bien, de nada sirve que los Ordenamientos jurídicos instauren obligaciones de publicidad activa, de acceso a documentos públicos y deber de motivación si luego

no ha lugar una participación ciudadana en los asuntos de interés general. Fomentar la transparencia de las instituciones no es un camino que se trace en poco tiempo en la medida en que nos encontramos ante ciertas conductas reacias a la participación muy arraigadas. No sirve de nada someter a los representantes y a las administraciones a gravosas cargas de suministro de información si los receptores no la tuvieran en cuenta para tomar decisiones¹⁵⁰ o para participar de manera activa en los asuntos de interés general. De nada sirve establecer obligaciones de transparencia si dichas modificaciones normativas no van acompañadas de un desarrollo de la cultura de la transparencia y un crecimiento de la libre participación de la ciudadanía. Esta última, para ser verdadera participación, ha de ser necesariamente libre.

La receta, en definitiva, consiste en desarrollar sistemas y mecanismos de libre participación y de auditoría ciudadana que sean efectivos, que la ciudadanía asuma que la rendición de cuentas no sólo es una obligación de los dirigentes, sino que es un derecho componente del derecho fundamental a una buena administración pública. Si en párrafos anteriores se hacía referencia a que los textos normativos no pueden quedarse en meras declaraciones programáticas y que han de aplicarse para no quedarse vacíos de contenido, menos aún puede permitirse que los esfuerzos por establecer obligaciones jurídicas en materia de transparencia y mecanismos de participación, así como por promover su cumplimiento sean vanos ante una ciudadanía poco participativa. Es fundamental la existencia de una democracia corresponsable en la que se complementen el Estado y la sociedad civil, ya que es en el ámbito de la sociedad civil donde se puede trabajar con objeto de recuperar el valor y la fuerza para transformar una realidad injusta¹⁵¹: la de la corrupción.

Por otro lado, la segunda perspectiva es la que se refiere a la transparencia como un mecanismo que permite el control del poder. Una Administración transparente, cristalina, es una Administración que favorece la lucha contra la corrupción. Ya decía el famoso Juez americano Brandeis que la luz del sol es el mejor de los desinfectantes. No habrá control político donde no haya transparencia, y si no hay control eficaz del poder, señala De Lucas, no cabe la democracia¹⁵².

¹⁴³ BOBBIO, N (1986). *El futuro de la...* óp. cit.

¹⁴⁴ BOBBIO, N (1986). *El futuro de la...* óp. cit.

¹⁴⁵ HABERMAS, J (1981), *Historia y crítica de la opinión pública*, G. Gilli, Barcelona, p. 139.

¹⁴⁶ MEGINO, C. "La concepción de la ciudad, de la ciudadanía y del ciudadano en Aristóteles", *Bajo Palabra, Revista de Filosofía, II Época*, nº 7 (2012), p. 231

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 225.

¹⁴⁸ MORETON TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33 (2014), p. 5.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

¹⁵⁰ CANO MONTEJANO, J. C.: "Transparencia (...)" óp. cit., p. 54.

¹⁵¹ PELLICER, J. L., "Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el sector público: ética, transparencia y compliance", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, nº 5, p. 3.

¹⁵² GOIG MARTÍNEZ, J.M. "Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos", *Revista de Derecho UNED*, nº 17 (2015).

Puede comprobarse que las medidas de persecución y represión de la corrupción no logran siempre los impactos deseados y, por tanto, no reducen lo esperado esta lacra social. A pesar de la implantación de nuevas medidas y nuevos métodos para erradicarla, los casos de corrupción siguen aflorando¹⁵³. A estos efectos Cerrillo y Martínez rescata una interesante frase de Kauffman, quién defiende que no se puede combatir la corrupción combatiendo la corrupción¹⁵⁴.

La frase anterior viene a indicar que el mejor sistema para prevenir la corrupción y las irregularidades administrativas es el aquel que se basa en el establecimiento de ciertas medidas indirectas. Estas medidas indirectas no se enfocan necesariamente en la idea de la represión, por ejemplo, penal, sino más bien en generar un entorno desfavorable a la corrupción. Aquí la transparencia ejerce un papel fundamental. Cuanto mejor conozca la sociedad como funcionan las Administraciones Públicas y qué decisiones toman, menos posibilidades existen de que haya corrupción y es mucho más fácil realizar labores supervisión y control de su actuación¹⁵⁵. La falta de la transparencia es una de las principales características de la corrupción¹⁵⁶.

La lucha contra la corrupción a través de la transparencia se relaciona con la participación ciudadana. La transparencia no sólo incide en una reducción de este grave problema, sino que permite que los ciudadanos también se impliquen en la lucha contra la corrupción¹⁵⁷. Por tanto, una buena cultura de participación ciudadana, de transparencia y de rendición de cuentas promueve que la sociedad civil se enfrente a las actuaciones corruptas e irregulares. Un buen ejemplo pueden ser organizaciones o asociaciones que surgen de la ciudadanía y que controlan la actuación de las Administraciones Públicas.

En un Estado Social y Democrático de Derecho la transparencia y sus manifestaciones sirven para que los ciudadanos visibilicen el funcionamiento de la Administración y el ejercicio del poder público. Esto facilita el control de dicha actividad y su sometimiento a la legalidad enfrentándose a la arbitrariedad. En consecuencia, fomenta la participación y permite el control de poder como ya se ha argumentado anteriormente.

Una Administración transparente es una buena administración, consciente de la posición central de la persona en el Ordenamiento jurídico y de su protagonismo. Una Administración que actúa con transparencia se encuentra sometida al escrutinio de los ciudadanos a través de, por ejemplo, los procesos electorales, la opinión pública y como no, los mecanismos de participación. Toda estrategia de lucha contra la corrupción, de promoción de la integridad y de control de legalidad de la actuación de la Administración requiere la creación de un entorno, de un espacio, que sea favorable a ello, un lugar donde la actuación transparente y destinada a la satisfacción del interés general objetivo presida las instituciones.

2.3. Los principios comunes de la transparencia y sus manifestaciones: publicidad activa, derecho de acceso a la información pública y el deber de motivación de las resoluciones administrativas

Si en los epígrafes anteriores se ha estudiado el fundamento último de la transparencia, se analizará a continuación los principales elementos comunes y los principios generales que han de informar los textos jurídicos en esta materia.

2.3.1. Los principios generales de la transparencia

Con anterioridad ya se hizo referencia a que la lucha por la construcción de muros de cristal en las Administraciones no es una cuestión ni mucho menos reciente. En la actualidad es una cuestión de sumo interés para ejercitar labores de control de la Administración, promover la rendición de cuentas y fomentar la participación de la ciudadanía en los asuntos públicos, de interés general.

Dado que nos encontramos ante una cuestión de elevada trascendencia, presente en muchos debates contemporáneos y desde diversas disciplinas conviene exponer cómo la transparencia y derecho de acceso a la información pública se ha tratado y enfocado desde un punto de vista internacional y a través de numerosos cuerpos normativos nacionales que han tratado (con más o menos éxito) de acristalar los muchas veces opacos muros de la Administración. No es cuestión de efectuar aquí un análisis extenso y pormenorizado de todos los textos internacionales, pero sí de citar y hacer referencia a textos considerados como dignos de tener en cuenta para conocer la dimensión internacional de la transparencia y el derecho de acceso. También ayudarán a comprender que puede afirmarse la existencia de una serie de elementos comunes de la transparencia. Además, dichos elementos pueden extraerse también del Derecho comparado, como se verá más adelante.

¹⁵³ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, 2011, p. 279.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

¹⁵⁵ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, 2011, p. 279.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 285.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 285-286.

En el ámbito internacional existen numerosos tratados, convenios, documentos e informes con objeto de fortalecer la lucha contra la corrupción y el fomento de la transparencia.

A modo de primer ejemplo puede destacarse la “Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción” de Nueva York (2004) que indica en su art. 7.4 que cada Estado Parte, conforme con los principios fundamentales de su derecho interno, procurará adoptar sistemas destinados a promover la transparencia y a prevenir conflictos de intereses, o a mantener y fortalecer dichos sistemas.

La Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD) publicó en el año 2013 el documento “The 10 Principles for Transparency and Integrity in Lobbying” que promueve, entre otros principios, el nº 5 que reza que los países deben proveer un adecuado grado de transparencia de tal manera que pueda obtenerse información suficiente de las actividades de lobby.

Por otra parte, la Organización Internacional “Open Government Partnership” (OGP), de la que forman parte aproximadamente 60 países, entre ellos España, se encuentra conformada por países que desean alcanzar altos estándares de gobierno abierto, rendición de cuentas y colaboración con la sociedad civil con el objeto mejorar los servicios prestados a la ciudadanía, esto es, servicio objetivo a interés general. Los países que forman parte de esta alianza se comprometen a presentar planes de acción con una serie de objetivos marcados en plazos determinados, así como efectuar autoevaluaciones y someterse a mecanismos de revisión independientes.

Desde una aproximación comunitaria cabe destacar que la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea recoge el derecho a la transparencia como parte del derecho de una buena administración (art. 41) y reconoce el derecho de acceso a los documentos públicos (art. 42). Por otra parte, ha de mencionarse el Reglamento 1049/2001/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2001 relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión cuyo objeto consiste en definir principios, condiciones y límites por motivos de interés público o privado, por los que se rige el derecho de acceso a los documentos de dichos organismos. De esta manera se garantiza el acceso más amplio posible a los documentos, el establecimiento de normas que garanticen el ejercicio más fácil posible de ese Derecho así como la promoción de buenas prácticas administrativas para el acceso a la citada información. Un documento conexo que cabe destacar es el Informe de la Comisión sobre la aplicación en 2016 de dicho reglamento publicado el 6 de diciembre de 2017. En este caso se regula la transparencia y el acceso a documentos públicos de dichos organismos comunitarios.

Otro texto que conviene tener en cuenta es el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de Tromsø, 18.VI.2009 que proporciona un marco general en materia de derecho de acceso a los Estados miembros del Consejo de Europa y otros firmantes del Convenio. Se pretende dotar de una mayor unidad entre los Estados miembros con el objeto de salvaguardar y realizar ideales y principios comunes, en este caso, sobre derecho de acceso. Según este Convenio todos los documentos públicos son, en principio públicos, y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos.

Otros documentos comunitarios dignos de interés son el “Libro verde sobre la iniciativa europea en favor de la transparencia”, que considera que la transparencia forma parte de la legitimidad de toda moderna Administración, y el “Libro blanco sobre la gobernanza” que entiende que uno de los principios acumulativos de la gobernanza es la transparencia o, un último ejemplo, los informes GRECO (del Grupo de Estados contra la Corrupción del Consejo de Europa).

En Iberoamérica, cabe destacar la “Ley Modelo Interamericana sobre acceso a la información” (2010) elaborada por la Organización de Estados Americanos (OEA) que establece la más amplia aplicación posible del derecho de acceso a la información que está en posesión, custodia o control de cualquier autoridad pública. Esta Ley Modelo Indica que dicho cuerpo normativo se basa, entre otros, en el principio de la máxima publicidad, de tal manera que la información en manos de instituciones públicas sea completa, oportuna y accesible.

Finalmente, la “Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública”, que fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD en 2013 en sus arts. 22 y 38 sanciona el deber de transparencia y el derecho de acceso a documentos públicos.

Además, dichas obligaciones en materia de transparencia y derecho de acceso a la información pública se han incorporado en numerosos Estados. España cuenta con Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno. Otros ejemplos que pueden destacarse son la Freedom of Information Act inglesa del año 2000, la Ley nº 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú, o la Ley nº 18381 sobre el Derecho de Acceso a la Información Pública de Uruguay. Evidentemente, existen muchos más textos normativos de numerosos Estados que han decidido encaminar la gestión pública hacia la transparencia y la rendición de cuentas.

A continuación, cabe cuestionarse, una vez señalada la realidad global de la transparencia, si se aprecian una serie de elementos comunes que han de estar presentes en un buen texto normativo que regule obligaciones en materia de publicidad activa y el derecho de acceso a los documentos públicos.

Pues bien, existen una serie de principios que han de informar el Derecho de la transparencia y una serie de elementos comunes en las normativas española e iberoamericana que abordan esta materia. Para el desarrollo de estos principios, además de al Derecho comparado, se acudirá a las aportaciones de Blanton y Tenorio Cueto.

Señala Blanton que hay una serie de principios que han de encontrarse presentes en la regulación de la transparencia y son los siguientes: a) la información pertenece a los ciudadanos y no a los gobiernos, b) las excepciones al principio anterior han de ser muy limitadas y previstas en el Derecho positivo, c) las excepciones deben basarse en daños identificables en relación con intereses públicos concretos, d) incluso cuando exista un daño identificable, éste debe ser superior al interés público que se atiende mediante la aportación de la información y e) la garantía de la transparencia debe atribuirse a los jueces o a una autoridad independiente¹⁵⁸.

Tenorio Cueto considera que hay una serie de principios comunes en el Derecho español e iberoamericano en relación con el derecho de transparencia y acceso a la información pública. Entre ellos el principio de máxima publicidad, no discriminación, calidad de información y gratuidad¹⁵⁹.

Los principios que han de informar, por tanto, el Derecho de la transparencia, han de ser los siguientes:

– **Una adecuada determinación de los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones en materia de transparencia.** Qué duda cabe que las obligaciones en materia de transparencia no sólo deben cumplirlas las Administraciones Públicas strictu sensu. Deberán ser sujetos obligados también, entre otros, los organismos

autónomos, las Agencias Estatales, entidades públicas empresariales o corporaciones de Derecho Público en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho administrativo o las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, sea superior a un determinado porcentaje previsto en la norma. También deberían ser sujetos obligados los partidos políticos, organizaciones sindicales y patronales así como entidades privadas que perciban ayudas o subvenciones públicas estableciendo una serie de tramos a partir de los cuales ha de publicarse la citada información.

– **Deberá definirse adecuadamente el concepto de información pública.**

– **Ha de aplicarse el principio de máxima publicidad.** La información pública es de los ciudadanos, no de los Gobiernos. Es necesario romper la dinámica tradicional del concepto de Secreto Oficial para establecer un principio basado en que toda la información en manos de las Administraciones Públicas deberá ser accesible para los ciudadanos salvo excepciones tasadas con motivo de los posibles daños identificables que pueda causar al interés general y al interés particular. Un ejemplo de daño al interés particular podría ser la puesta a disposición de la ciudadanía de información que afecte a la protección de datos de carácter personal.

– **Deberá diferenciarse entre las obligaciones de publicidad activa y las solicitudes de acceso a la información pública.** Por tanto, es necesario que se establezca la obligación legal a los sujetos obligados a configurar en sus páginas webs portales de transparencia y de atender a las solicitudes de acceso a la información pública cuando la información no se encuentre volcada en el Portal.

– Han de concretarse que tipos de información deberán publicarse en los Portales de Transparencia. Deberá suministrarse información organizativa, institucional, de planificación, de interés o relevancia jurídica, económico-financiera, presupuestaria y estadística, entre otras.

– **Dichas obligaciones deberán ser obligaciones de mínimos,** y por lo tanto no impedir que las Administraciones puedan superar los estándares de transparencia previstos en la norma.

– **Cualquier persona deberá tener la posibilidad de acceder a los portales de transparencia o solicitar información pública sin discriminación alguna.** Por lo tanto, es una legitimación que proviene del carácter público de la información.

¹⁵⁸ BLANTON, T. S.(2002): "The world's right to know", *Foreign Policy*, p. 50 y ss. citado en PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Transparencia y derecho de acceso a la información pública (...) óp. cit., p. 8.

¹⁵⁹ TENORIO CUETO, G. A.: "El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas* (Nueva época), nº 17, (2017). Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10401&path%5B%5D=11035>

- **Para que cualquier persona pueda acceder la información ha de ser de fácil acceso, veraz, completa y gratuita.** Dicha información debe estar puesta a disposición del ciudadano de una manera clara, estructurada y en un lenguaje comprensible para cualquier interesado así como en formatos reutilizables. Además, **deberá estar disponible atendiendo al principio de accesibilidad universal y diseño para todos** y facilitar su acceso a personas que padezcan algún tipo de discapacidad, como por ejemplo, algún tipo de deficiencia visual.
- **La información que se pone a disposición del ciudadano ha de estar actualizada de forma periódica.** De nada serviría que se mostrara al ciudadano información desfasada u obsoleta.
- **La información ha de ser de fácil identificación y localización.**
- **Las excepciones al principio de máxima transparencia han de ser causas tasadas, justificadas y limitadas.** Las causas de inadmisión de solicitudes y los límites al derecho de acceso a la información pública han de estar plenamente justificadas y estar configuradas como una lista *numerus clausus*. En todo caso, deberá preverse un sistema de acceso parcial a la información pública.
- **Ha de regularse un procedimiento de acceso a la información pública.** Los pormenores de ese procedimiento se explicarán en el capítulo relativo al acceso a la información pública.
- **La garantía del cumplimiento de las obligaciones en materia de transparencia y acceso a información pública han de recaer siempre en órganos jurisdiccionales, autoridades independientes e incluso de ambas.** En mi opinión es recomendable el doble sistema de control. Ante un incumplimiento de obligaciones de transparencia o denegaciones de acceso a la información pública resulta adecuado prever un procedimiento administrativo gratuito, basado en el principio de celeridad ante una autoridad independiente que dicte una resolución que dirima la cuestión. Dicha decisión debería ser recurrible ante los órganos judiciales para garantizar la máxima independencia y garantía de la transparencia.
- **El establecimiento de un sistema de sanciones ante dichos incumplimientos y el diseño de mecanismos de atribución de responsabilidades.** Dicho sistema coactivo ha de estar en todo caso reglado y configurado de manera razonable y proporcional atendiendo al tipo de información no suministrada, gravedad de la infracción, etc.

Las manifestaciones de la transparencia, que se estudiarán a continuación, habrán de configurarse a la luz de estos principios comunes atendiendo, como es lógico, a las particularidades de cada Ordenamiento jurídico y teniendo siempre en cuenta la observancia de los preceptos de una buena administración.

Resulta fundamental, al margen de la evidente necesidad de una buena regulación jurídica de la transparencia, que las autoridades, administraciones y sujetos obligados cumplan sus obligaciones atendiendo a los postulados ya descritos de una buena administración. Una buena administración ha de ser siempre transparente y facilitar a los ciudadanos el acceso a la información pública.

2.4.2. Las manifestaciones de la transparencia: publicidad activa, derecho de acceso a la información pública y deber de motivación de las resoluciones administrativas

Se ha reiterado que tanto las reflexiones teóricas sobre la transparencia como los textos normativos han de tener una vocación de aplicación a la realidad. La transparencia de las administraciones no ha de quedarse en una abstracción o en un deber ser. Por ello es necesario que los textos normativos que desarrollen la transparencia establezcan una serie de manifestaciones que estén debidamente garantizadas. La transparencia no sólo es un sistema que permite la participación de los ciudadanos en la vida pública, sino que también contribuye a controlar al poder y precisamente por eso, es un magnífico sistema para prevenir la corrupción. En consecuencia, el *sprint* de la transparencia no ha de agotarse en un mero debate o en textos normativos que luego no se aplican.

A continuación, se hará una referencia sucinta a las manifestaciones de la transparencia para, con posterioridad, analizar con detalle la transparencia y el derecho de acceso.

Con carácter general los textos normativos específicos sobre transparencia institucionalizan los deberes de los sujetos obligados en dos pilares: la publicidad activa (o transparencia propiamente dicha) y la publicidad pasiva (o derecho de acceso a la información pública). A ambos pilares se le añade el deber de motivación de las decisiones de la Administración al considerarse como un elemento fundamental para conocer los motivos que han inducido a las Administraciones a adoptar determinadas decisiones, como, por ejemplo, en un procedimiento administrativo sancionador en el que se impone una sanción a un particular.

La publicidad activa se refiere a la divulgación por parte de la Administración de manera proactiva¹⁶⁰ de la información pública, que lleva aparejado el deber de la Administración de habilitar una plataforma accesible y que ponga a disposición del ciudadano información pública actualizada. Dicha información será de carácter institucional, organizativa y de planificación; de relevancia jurídica, así como de carácter económica, presupuestaria y estadística¹⁶¹.

La publicidad pasiva está relacionada con el ejercicio del derecho de acceso a información pública a través de una solicitud que puede presentar cualquier persona (física o jurídica) sin necesidad de motivación, en virtud de la cual la Administración deba poner a disposición del ciudadano, en reconocimiento de su derecho, la información pública solicitada.

El deber de motivación de las resoluciones administrativas se refiere a que las autoridades de la Administración deben ejercer sus competencias, potestades y facultades con publicidad, de modo que los ciudadanos sean informados y tengan pleno conocimiento de las decisiones que adopten¹⁶², y como no podría ser menos, esto incluye el deber de motivar las resoluciones en el seno de procedimientos administrativos, que permitan conocer las razones de hecho y de derecho que han influido en la resolución administrativa a efectos de poder defenderse contra ellas tanto en vía administrativa como en vía jurisdiccional. El cumplimiento del deber de motivación es una de las principales garantías contra la arbitrariedad en la actividad de la Administración¹⁶³. No ha de olvidarse que ser consciente las decisiones que toman las administraciones públicas y los procedimientos que emplean para ello, la motivación de sus resoluciones, o la participación de los ciudadanos en la toma de las decisiones, constituyen medios eficaces de lucha contra la corrupción.¹⁶⁴

Una interesante resolución jurisdiccional, la Sentencia nº 46/2017, de 22 de junio, del Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid distingue conceptualmente la publicidad activa de la pasiva desde un enfoque cargado de significado. Dicho órgano jurisdic-

cional distingue la transparencia proactiva (obligación de los organismos públicos de publicar y dar a conocer información sobre sus actividades, presupuestos y políticas) y la transparencia reactiva (derecho de los ciudadanos de solicitar a los funcionarios públicos cualquier tipo de información y el derecho a recibir una respuesta documentada y satisfactoria). Señala esta misma sentencia que *supone una herramienta indispensable para adquirir aquellos conocimientos que permiten controlar la actuación de los gobiernos y prevenir y luchar contra la corrupción así como contrarrestar la violación de los derechos*, debiendo ser el derecho de acceso destacado como un valor intrínseco al concepto de democracia.

Una vez efectuadas las referencias a los principios generales de la transparencia que han de inspirar a toda regulación jurídica sobre la materia y aclarado conceptualmente cuales son las manifestaciones de la transparencia, se hará hincapié a la especial responsabilidad en el cumplimiento de las obligaciones que recaen en las entidades depositarias de la seguridad social. Estas entidades no es que tengan necesariamente previsiones normativas diferentes, pero atendiendo a la finalidad del servicio objetivo al interés general que realizan han de constituirse en un verdadero ejemplo de una buena administración.

2.5. La especial responsabilidad en materia de transparencia de las Administraciones depositarias de la gestión de la Seguridad Social

Una Administración pública transparente, que facilita el acceso a los ciudadanos a la información pública y de interés público y que motiva sus decisiones y resoluciones es una Administración que actúa conforme a los parámetros de una buena administración en sentido amplio y es coherente con la posición central de la persona en el Ordenamiento jurídico.

Estos deberes relacionados con la transparencia requieren un cumplimiento especialmente diligente en aquellas administraciones que se hacen cargo de la gestión de la Seguridad Social. No hay que olvidar que el derecho a una seguridad social no es tanto un derecho de mero reconocimiento positivo sino un verdadero derecho humano, tal y como señala en su art. 22 la Declaración Universal de los Derechos Humanos. La gestión de la materialización efectiva de un derecho humano está dotada de una especial responsabilidad y es necesario que se efectúe conforme a los postulados de la buena administración y desde una perspectiva ética que busque la salvaguarda y el fomento de la dignidad de la persona. La consideración de la seguridad social como derecho hu-

¹⁶⁰ ARAGUÁS GALCERÁ, I. (2017): "Los límites de acceso a la información(...)", óp. cit., p. 21.

¹⁶¹ En la Ley 19/2013 se establece en su Capítulo II los deberes concretos de publicidad activa.

¹⁶² BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2017): "Prólogo", óp. cit., p. 17.

¹⁶³ Lo que se pone especialmente de manifiesto en el Derecho administrativo sancionador.

¹⁶⁴ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, 2011, p. 285.

mano y su plasmación en la realidad más allá de la mera abstracción jurídica o de los postulados del “deber ser” ha sido el resultado de años de esfuerzo por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, la Organización Internacional del Trabajo o la organización Iberoamericana de la Seguridad Social.

Muestra de ello es el art. 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

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

Y es que los derechos sociales, más aún, derechos sociales fundamentales, son derechos de las personas. Son derechos de la persona en cuanto tal, sean o no miembros de un grupo¹⁶⁵. Los derechos sociales exigirán una acción estatal que tienda a garantizar los valores de la personalidad humana en un entorno que respete los derechos individuales cuidando de corregir las desigualdades y buscando una integración efectiva de las personas en la sociedad¹⁶⁶.

3. Las obligaciones de publicidad activa: la puesta a disposición de los ciudadanos de información relevante

La transparencia, la publicidad activa o proactiva, está referida al volcado de información pública por iniciativa de la Administración en las plataformas habilitadas para ello. Esa plataforma recibe el nombre de Portal de Transparencia. Por ello, lo primero que una buena administración ha de hacer es habilitar plataformas en sus páginas web que sean de fácil acceso y visibilidad.

La difusión de información es un mecanismo que permite a los ciudadanos tener conocimiento de la actividad de las Administraciones Públicas y de las decisiones que to-

man. También permite a los ciudadanos y a las empresas conocer la información pública necesaria para su quehacer diario y el ejercicio de sus derechos, cumplir sus obligaciones, realizar sus actividades y disfrutar de los servicios públicos.¹⁶⁷

Como hemos visto, la información puede clasificarse en varios tipos. A estos efectos se estudiará la clasificación adoptada por la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno y se proporcionará un marco general sobre las obligaciones de publicidad activa que han de cumplir las Administraciones Públicas, teniendo en cuenta que puede que haya particularidades en función del tipo de sujeto obligado del que se trate.

3.1. Obligaciones de carácter general

Estas obligaciones sientan, en definitiva, las premisas para que el resto de la información que se vuelque reúna los requisitos mínimos de fácil acceso, estructuración de la información, motores de búsqueda... En definitiva, son las obligaciones básicas o premisas que ha de cumplir todo Portal.

La información que se vuelque ha de presentarse de una manera clara. Han de funcionar los enlaces que dirijan a la información que ha de estar adecuadamente actualizada. Es imprescindible que esa información sea comprensible para el ciudadano medio y que se pueda obtener de manera gratuita y en formato reutilizable. No tiene sentido que la información que se suba al Portal se presente de una manera oscura, ilegible o de difícil estudio o lectura.

La información ha de estar convenientemente estructurada y organizada en el Portal de Transparencia. No es óbice para que la información se publique en otros lugares de la web, pero es necesario que se encuentre en el Portal y que, la que se encuentre repartida en la web, se pueda encontrar navegando con facilidad. Dicha información ha de encontrarse con agilidad, de tal manera que pueda navegar en ventanas claras, estructuradas y organizadas. A estos efectos es importante no sobresaturar de información innecesaria en el Portal con el objetivo de dificultar al interesado el encontrar la información esencial.

Estrechamente relacionado con lo anterior se encuentra el deber que impone que la información se encuentre disponible también para personas con discapacidad. La

¹⁶⁵ RODRÍGUEZ-ARANA, J. (2015), *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Global Law Press Editorial Derecho Global, España, p. 439

¹⁶⁶ González Maldonado, M. A. (2017), “Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales” en RODRÍGUEZ-ARANA (dir.), FERNÁNDEZ CARBALLAL, A. MORANDINI, F. (coords.): *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, p. 231.

¹⁶⁷ CERRILLO I MARTÍNEZ, A. “Transparencia administrativa... óp. cit. 288.

información ha de ser de fácil acceso y de lectura asequible. Una buena opción es, por ejemplo, permitir cambios en la gama de colores del Portal o la posibilidad de cambiar tipologías y tamaños de letra. Es necesario promover la máxima accesibilidad.

Asimismo, es conveniente crear un motor de búsqueda que permita trabajar con él de manera simple o avanzada. El sistema de búsqueda avanzada requerirá de un sistema que ayude a buscar información mediante mecanismos de filtrado, etiquetado, etc. En definitiva, un sistema que facilite la búsqueda de la información que necesite el interesado. Dicho buscador ha de ser fácil en su funcionamiento y con una interfaz cómoda al uso.

3.2. Información institucional, de carácter organizativa y de planificación

La información de carácter institucional, organizativa y planificación se refiere a aquella información relacionada con la propia entidad, sus estructura y organigrama, la puesta a disposición de la información en relación con su planificación estratégica.

En un primer lugar ha de publicarse la normativa vigente de aplicación a la entidad y la aplicable a las actividades que desarrolla. Es fundamental para conocer la normativa específica del sujeto obligado y para poder controlar y comprobar si sus actuaciones se ajustan al principio de legalidad. Ello también aumenta la confianza del ciudadano en la medida en que puede conocer la norma que rige a la Administración. El Administrado, que en ocasiones sufre la intervención de la Administración, ha de conocer cómo se rige ésta y las actividades que son de su competencia. Ello le dará una importante dosis de previsibilidad.

Por otro lado deberá de publicarse información relativa a la misión, principios y valores de la organización. ¿Cuáles son sus fines? ¿A quién se dirige su actividad? ¿Qué servicio presta al interés general? Será importante también que desglose sus principales actividades y mostrara información sobre la evolución histórica de la organización u organismo. En esta sección debería incluir explicaciones sobre su régimen de competencias y potestades.

Además de volcar la normativa que es de aplicación a la organización y sus actividades, deberá detallarse, de manera clara y esquemática cual es la estructura organizativa y mostrarla a través de un organigrama en el que figuren los responsables de dicha administración. En ocasiones las estructuras de la Administración son complejas con lo cual deberán detallarse también cuales son las

competencias de cada uno de los órganos (de las direcciones generales, áreas, secciones, etc). Deberá detallarse, en consecuencia, cuales son las funciones asignadas a cada uno de los responsables de la organización más allá de una mera designación de cargos o descripción vaga de responsabilidades.

El organigrama deberá incluir no sólo los nombres, adscripción departamental y cargo de todos los responsables. También deberá incluir la descripción de su trayectoria profesional de los integrantes más relevantes de la organización y de los puestos de confianza política, en especial.

Sería recomendable también que se publicaran los convenios suscritos por la entidad: pueden ser convenios con entidades relacionadas con la transparencia, buen gobierno, actividades comunes: en definitiva, cualquier tipo de convenio firmado con terceros.

La agenda de los principales dirigentes de la institución ha de ser pública, de tal manera que se conozcan las actividades institucionales de los principales responsables de la organización. De esta forma pueden conocerse las prioridades de la Administración y de sus dirigentes, posibles apoyos institucionales, principales reuniones y eventos, etc. Asimismo, conviene habilitar una sección de noticias que recoja las principales actividades, hitos y eventos de la Organización.

En el pleno respeto de la operatividad de los límites de acceso a la información pública, que se estudiarán más adelante, también deberá publicarse la información sobre la planificación estratégica del organismo, si bien es cierto en este caso no es necesario que esté todo exhaustivamente detallado. Sí ha de informarse al ciudadano de las líneas estratégicas generales de tal manera que sepa cuales son las prioridades de la Administración en ese momento.

3.3. Rendición de cuentas: información de carácter presupuestario, económico y estadístico

En esta sección se tratará la información relativa a la rendición de cuentas. Esto es información presupuestaria, información económica y estadística de tal manera que se pueda conocer la gestión económica de la Administración.

En primer lugar, ha de publicarse la información referida a la contratación de la entidad. Deberá proporcionarse información relativa a los contratos suscritos o licitados si

lo hacen en el marco de su actividad sujeta a Derecho Administrativo y el ejercicio de funciones y potestades públicas. Deberá detallarse el objeto del contrato, duración, importe, procedimiento de adjudicación, instrumento de publicidad, número de licitadores y adjudicatarios así como si hubo desistimientos y renunciaciones. Esta sección es fundamental en la medida en que la contratación pública es uno de los sectores más afectados por la corrupción. También deberán mostrarse datos estadísticos que expongan el porcentaje en volumen presupuestario de contratos adjudicados y formalizados. Por supuesto todo ello sin ser un óbice para la publicación de información contractual en los perfiles del contratante y el debido respeto a los principios de publicidad y máxima concurrencia presentes en el Derecho de las compras públicas.

En segundo lugar deberán publicarse los convenios relativos a la actividad sujeta a Derecho Administrativo y relacionada con el ejercicio de funciones públicas junto con las subvenciones y ayudas públicas concedidas (importe, objetivo, finalidad, beneficiarios) así como información sobre el estado del cumplimiento de los fines por los cuales se otorgó la subvención.

Por otra parte, es necesario que los ciudadanos puedan tener acceso a la información presupuestaria de la Administración: deberán describirse las principales partidas presupuestarias e informar sobre su ejecución. Éstas deberían estar desglosadas por trimestres. Asimismo, en el caso de que se hubieran realizado informes de auditoría de cuentas o se haya sometido a fiscalización por parte de órganos externos, éstos informes deberían publicarse también.

Tanto las retribuciones de los puestos políticos y de confianza política deberían publicarse, así como el sistema de control de gastos en relación con la actividad de protocolo (dietas, viajes, etc.) y los costos en dietas o gastos de desplazamiento, por ejemplo.

En el caso de que los puestos directivos reciban indemnizaciones con ocasión del abandono o cese del cargo, debería indicarse la cuantía.

Por otra parte, la Administración deben proporcionar a la ciudadanía a través del Portal la información estadística necesaria para valorar el grado de cumplimiento de los servicios prestados por la entidad. Con ello se quiere decir que ha de suministrar datos estadísticos sobre sus actividades, reclamaciones presentadas por el ejercicio de sus competencias, etc.

3.4. Obligaciones de publicidad activa para la promoción del derecho de acceso a la información pública y el ejercicio de otros derechos

Las Administraciones deben tener un buzón de atención al ciudadano operativo, de fácil detección y sobre todo, cómoda accesibilidad para que permita a los ciudadanos solicitar información pública que ellos requieran, presentar solicitudes, presentar reclamaciones o simplemente efectuar consultas.

Además, deberá la Administración exponer de manera clara, sencilla y detallada, cómo se puede ejercer el derecho de acceso a la información pública y su régimen jurídico. Esto es, explicar plazos, régimen de recursos, sentido del silencio, legitimación, etc.

Es fundamental que los ciudadanos tengan medios y sistemas sencillos, de fácil manejo y cuenten con la información necesaria para ejercer su derecho de acceso a la información pública.

3.5. Otras posibles obligaciones en materia de transparencia

Anteriormente se ha explicado que los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones en materia de transparencia no sólo han de ser administraciones públicas. Algunos sujetos obligados según la Ley 19/2013, a modo de ejemplo son los organismos autónomos, las Agencias Estatales, entidades públicas empresariales y entidades de Derecho público que tengan atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre un sector o actividad o fundaciones del sector público previstas en la legislación de fundaciones (art. 2).

Otro ejemplo de texto normativo en materia de transparencia es que extiende las obligaciones de publicidad activa y pasiva más allá de la "Administración Pública" es la Ley nº 27806 de Transparencia y Acceso a la Información Pública de Perú, que en su art. 2 remite al Artículo I del Título Preliminar de la Ley Nº 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, incluyéndose como consecuencia de dicha remisión como sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones de transparencia, por ejemplo, *a las demás entidades y organismos, proyectos y programas del Estado, cuyas actividades se realizan en virtud de potestades administrativas y, por tanto se consideran sujetas a las normas comunes de derecho público, salvo mandato expreso de ley que las refiera a otro régimen.*

Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a La Información Pública de Ecuador, también incluye una cláusula que a través de la definición de “información pública” establece quienes son los sujetos obligados al cumplimiento de obligaciones en esta materia. En este sentido, dicho cuerpo normativo señala lo siguiente: *Toda la información que emane o que esté en poder de las instituciones, organismos y entidades, personas jurídicas de derecho público o privado que, para el tema materia de la información tengan participación del Estado o sean concesionarios de éste, en cualquiera de sus modalidades, conforme lo dispone la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado; las organizaciones de trabajadores y servidores de las instituciones del Estado, instituciones de educación superior que perciban rentas del Estado, las denominadas organizaciones no gubernamentales (ONG's), están sometidas al principio de publicidad; por lo tanto, toda información que posean es pública, salvo las excepciones establecidas en esta Ley.*

Esta remisión a varios textos normativos desde el punto de vista de los sujetos obligados pretende demostrar que, en ocasiones, al analizar las obligaciones de un sujeto obligado en relación con otro, el tratamiento jurídico de la publicidad activa puede cambiar acudiendo al caso concreto. Hay que analizar en cada caso particular como operan las obligaciones en publicidad activa, siempre desde el punto de vista del principio de la máxima transparencia y de la buena administración y teniendo en cuenta que no sólo la Administración ha de ser transparente.

Un ejemplo especialmente claro tiene lugar en la Ley 19/2013. En su art. 2.1.e) prevé como sujeto obligado a las corporaciones de Derecho Público, en lo relativo a sus actividades sujetas a Derecho Administrativo. En este artículo quedan incluidos los colegios profesionales, como los colegios de abogados. Ahora bien, deberán publicar la información relativa a las actividades sujetas a Derecho Administrativo, lo que no impide el volcado de mayor información, puesto que no ha de olvidarse que las obligaciones en materia de transparencia son obligaciones de mínimos.

Si nos encontramos ante un colegio de abogados, médicos, arquitectos o enfermeros es necesario preguntarse cuáles son las actividades que desarrollan sujetas a Derecho Administrativo para determinar qué actuaciones están sometidas al deber de publicación. Asimismo, habrá que preguntarse si desde el punto de vista de la transparencia deberán publicar un censo de colegiados, un registro de sociedades profesionales, una memoria de actividades o si, dentro del deber de habilitar una ventanilla única, qué servicios han de suministrar en el Portal (por ejemplo, información en relación con la colegiación o con el turno de oficio).

Deberá estudiarse en cada caso concreto, en cada sujeto obligado, sus propias particularidades desde el punto de vista de la organización, funciones y actividades. No es lo mismo, lógicamente, una sociedad anónima con mayoría de capital público, que un sindicato, que un partido político. Son diferentes sus organizaciones, su realidad, sus obligaciones, responsabilidades... aunque todos ellos han de buscar la máxima realización del interés general. Por ello es muy recomendable que aquellas entidades obligadas al cumplimiento de obligaciones en materia de transparencia se sometan a auditorías periódicas, personalizadas e individualizadas, que analicen el cumplimiento de estas obligaciones y propongan fórmulas de mejora e incremento de transparencia, de tal manera que se facilite al ciudadano la función legítima que le es propia, la rendición de cuentas.

4. Derecho de acceso a la información pública: especial referencia a los límites del derecho de acceso

4.1 El derecho de acceso a la información pública y su necesaria configuración como derecho fundamental

Una de las manifestaciones de la transparencia en la Administración es el conocido como derecho de acceso a la información pública. También se conoce como transparencia pasiva o transparencia reactiva. Resulta muy pertinente volver aquí al término acuñado por los Juzgados de la Audiencia Nacional de España, transparencia reactiva, en la medida en que entra en juego cuando el ciudadano reacciona ante una supuesta falta de información, solicitando el acceso a la misma.

Este derecho, por tanto, se ha configurado como un mecanismo de reacción ante una posible falta de transparencia. Se indica aquí que puede ser una posible falta de transparencia porque no hay que olvidar que en algunos casos han de aplicarse los conocidos como límites de acceso a la información pública, sobre los que se hablará más adelante. Dichos límites, han de aplicarse, es necesario matizarlo, siempre desde el punto de vista de la buena administración y del principio de máxima transparencia a través de la ponderación de intereses y bienes jurídicos protegidos.

Dicho derecho cumple con una finalidad que es doble:

- Por un lado es un instrumento para que el administrado pueda obtener información que le facilite la defensa de los intereses que le son propios.

– Asimismo, por otro lado, se configura como un arma poderosa para fomentar la intervención del ciudadano de la vida pública¹⁶⁸.

Este derecho está estrechamente vinculado a la cláusula del Estado democrático en la medida en que fomenta la participación ciudadana y con la cláusula del Estado de Derecho desde la perspectiva del control social de la Administración¹⁶⁹.

Este derecho es coherente con la figura central de la persona en el centro del Ordenamiento jurídico, como no podría ser de otra manera, y permite constituir y desarrollar un sistema de relaciones entre el ciudadano y el poder ejecutivo que reconoce su papel protagonista y que forma parte de la buena administración del espacio público. Precisamente por su importancia, es importante detenerse en su naturaleza jurídica y hacer una breve referencia a la configuración por la que optó el legislador español, una de las grandes sombras de la ley de transparencia española.

Gran parte de la doctrina considera que el derecho de acceso a la información pública debe configurarse como un derecho fundamental, y no como un derecho subjetivo¹⁷⁰. Configurar el acceso a la información pública como un derecho fundamental se justifica en la medida en que es imprescindible y necesario tanto para construir una democracia participativa como para fomentar el libre desarrollo de la personalidad frente a los poderes públicos. Es lógico pensar que si el desarrollo, en definitiva, de nuestra trayectoria vital, depende en buena medida de la calidad democrática de los poderes públicos y a que su actividad se encuentre orientada al servicio objetivo de interés general, es lógico que los ciudadanos, las personas, tengamos derecho a conocer si la actuación de la Administración es conforme con el mandato democrático que han recibido los gobernantes¹⁷¹. Esta afirmación, que compartimos, también se ha encontrado respaldada por el Consejo General del Poder Judicial de España, que ha llegado a afirmar que el derecho de acceso a la información pública *es un derecho fundamental de carácter universal*.

Esta afirmación no es cuestión baladí en la medida en que calificar un derecho como fundamental le dota, como bien sabemos, de una especial protección. De hecho, arduos y controvertidos fueron los debates parlamentarios y extraparlamentarios que tuvieron lugar a raíz de las propuestas normativas referidas a la Ley 19/2013. Uno de los principales problemas fue la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de acceso y es que el legislador tuvo dos opciones: considerarlo como un derecho fundamental o como un derecho público subjetivo de creación legal no susceptible de recurso de amparo¹⁷². En definitiva, dicha cuestión dependía de que el legislador entroncara el derecho de acceso con los arts. 103 y 105 de la Constitución Española o lo hiciera como un derecho fundamental a través de una interpretación extensiva de los arts. 20.1 y 23 con los que guarda una estrecha relación. El primero desde la libertad de información en su dimensión institucional, el segundo con el derecho a la participación en los asuntos públicos propios del sistema democrático¹⁷³. Por lo tanto, el legislador español lo ha configurado como un derecho subjetivo, dotado de garantías, por supuesto, pero no las suficientes.

Desde un punto de vista internacional, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han entendido el derecho de acceso como un derecho fundamental que se encuentra incluido dentro de la libertad de expresión. La Unión Europea, en la Carta Europea de Derechos Fundamentales lo han considerado como un derecho fundamental con sustantividad propia, se ha visto.

En Portugal está constituido como un derecho fundamental que sólo puede limitarse en los casos previstos en la Constitución, y en países iberoamericanos como Perú y Ecuador está reconocido también como tal. No obstante, ha de tenerse presente que las implicaciones de calificarlo como un derecho fundamental no son las mismas en unos Ordenamientos jurídicos nacionales, que en otros.

Aun así, como se ha explicado con anterioridad, la problemática de la transparencia no ha de adoptarse sólo desde la teoría o la dogmática, sino también desde una adecuada regulación dotada de garantías suficientes que permita trasladar a la práctica la realidad jurídica y, sobre todo, una cultura institucional favorable a la transparencia y a la

¹⁶⁸ SENDÍN GARCÍA, M. A.: "El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, nº 294-295, 385-437, (2004), p. 388.

¹⁶⁹ SENDÍN GARCÍA, M. A.: "El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local", *op. cit.*, p. 388.

¹⁷⁰ En este sentido: BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2017): "Prólogo", *op. cit.*, p. 17., PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Transparencia y derecho de acceso a la información pública (...) *op. cit.*", p. 7-8.

¹⁷¹ PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Transparencia y derecho de acceso a la información pública (...) *op. cit.*", p. 7-8.

¹⁷² MORENO GONZÁLEZ, G.: "El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional", *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, nº 8, (2015), p. 97.

¹⁷³ MORETÓN TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *op. cit.*, p. 9.

participación de la ciudadanía en la vida política. Es esencial que exista una buena regulación en materia de transparencia y que tal normativa se aplique garantizando que la publicidad activa y la reactiva sean reales y efectivas.

Si ya vimos en el capítulo dedicado a la publicidad activa la información que una buena administración debería volcar en sus Portales para que puedan acceder a ella los ciudadanos, ahora conviene estudiar una serie de elementos necesarios para una adecuada regulación del derecho de acceso a la información pública. Posteriormente se hará hincapié en el funcionamiento de los límites de acceso a la información pública dada su relevancia y trascendencia en la transparencia. Estos límites además han de operar tanto en la publicidad activa como en la reactiva.

Sin perjuicio de los principios que se mencionaron anteriormente necesarios para una buena regulación en materia de transparencia, el procedimiento relativo al acceso a la información pública deberá tener las siguientes características:

- El procedimiento ha de funcionar con celeridad y ha de ser gratuito.
- Cualquier ciudadano podrá presentar una solicitud de acceso a la información pública que se dirigirá al órgano que posea dicha información.
- No deberá someter al administrado a cargas de información innecesarias o desproporcionadas. La solicitud deberá dejar constancia, por tanto, de la identidad del solicitante, la información solicitada y una dirección a efectos de comunicaciones.
- No ha de existir deber de motivación de la solicitud y la ausencia de motivación no podrá ser una causa de rechazo de la solicitud.
- Deberá reconocerse el acceso parcial a la información pública en los casos en los que los límites de acceso no afecten a la totalidad de la información.
- Las causas de inadmisión de las solicitudes deberán configurarse sólo en supuestos muy tasados, *numerus clausus* y en todo caso, las resoluciones que inadmitan la solicitud de acceso han de estar motivadas.
- Las resoluciones que denieguen el acceso habrán de motivarse, al igual que aquellas que concedan un acceso parcial.
- Deberá establecerse un adecuado sistema de recursos y de garantías para su cumplimiento.

– Asimismo, deberá regular con detalle los pormenores de la tramitación del procedimiento siempre desde el punto de vista de la máxima transparencia y habilitar órganos o unidades de información a nivel interno para facilitar los flujos de información y canalizar las solicitudes de información.

En consecuencia, deberá articularse un procedimiento gratuito y ágil que permita a cualquier ciudadano obtener la información pública que necesita sin necesidad de motivación y con cargas innecesarias. Asimismo, deberá regularse con detalle el procedimiento de solicitud, recogerse expresamente el deber de motivación de las resoluciones de inadmisión o denegación, así como regular adecuadamente el sistema de recursos y garantías del procedimiento. Todo ello siempre bajo el paraguas y paradigma de la buena administración.

4.2. Los límites al derecho de acceso a la información pública desde el punto de vista del derecho fundamental a una buena administración

Aunque la regla general es la máxima transparencia, esta regla no es ni absoluta ni ilimitada como se verá a continuación.

Si bien es cierto la regla general es el derecho de acceso a la información pública prevista en el ámbito de aplicación de la Ley 19/2013, no opera de manera absoluta o ilimitada. Aunque la regla general es la transparencia esto no impide la determinación de ciertas excepciones o limitaciones por razón del interés general e incluso, en otras ocasiones, en razón de intereses particulares que se consideran que han de salvaguardarse, como la protección de los datos de carácter personal.

Tal y como sucede con cualquier otro derecho o libertad en los sistemas democráticos, éstos adquieren una cierta relatividad, es decir, no se consideran absolutos puesto que en su concreción admiten una serie de limitaciones o restricciones que en ningún caso son una patente de corso para el poder público. En concreto, en el derecho de acceso a la información pública las limitaciones se encuentran contenidas o bien a partir de la información que versa sobre la confidencialidad de las personas y a través de la información considerada como reservada para el poder público¹⁷⁴.

¹⁷⁴ TENORIO CUETO, G. A.: "El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano", *óp. cit.*, p. 87-88.

Señala el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de Tromsø, 18.VI.2009 que *todos los documentos públicos son en principio públicos y solamente pueden ser retenidos para proteger otros derechos e intereses legítimos*.

Dichos límites de acceso a la información pública, según la Ley 19/2013 también afectan a las obligaciones de publicidad activa de las Administraciones Públicas. Señala el art. 5.4 de dicho cuerpo normativo que *serán de aplicación, en su caso, los límites de acceso a la información pública (...) especialmente, el derivado de la protección de datos de carácter personal*. Por ello la dinámica de los límites de acceso a la información pública afecta tanto a las obligaciones de publicidad activa como pasiva.

Estos límites se estudiarán en este epígrafe al considerar que si bien es cierto afecta a ambas manifestaciones de la transparencia, son especialmente relevantes en las solicitudes de acceso a la información pública cuando el ciudadano decide pedir a la Administración determinado tipo de información. Cuando el ciudadano reacciona y pide acceder a la información que le interesa se inicia un procedimiento administrativo en el que la Administración decidirá conceder o denegar el acceso a la información. En el caso de que la respuesta fuera contraria al derecho de acceso, un consejo independiente y un órgano jurisdiccional deberán revisar dicha decisión.

Si acudimos al caso español, los límites de acceso a la información pública se encuentran previstos en los arts. 14 y 15 de la Ley 19/2013. Dichos límites no distan demasiado de los que fueron recogidos en el Convenio del Consejo de Europa sobre el Acceso a los Documentos Públicos de Tromsø, 18.VI.2009 que prevé en su art. 3 un listado de posibles limitaciones. Se ha optado, por tanto, un sistema configurado por un listado *numerus clausus* de límites que pueden entrar en conflicto con el derecho de acceso, siguiendo la línea marcada por el Convenio de Tromsø, que viene a exigir que dichos límites estén previstos por ley y sean necesarios para la salvaguarda de la transparencia debida de los poderes públicos para los ciudadanos.

La capacidad limitadora viene dada por la necesidad de proteger ciertos intereses, bien atendiendo a la propia naturaleza confidencial de la información que pretende ser desvelada, bien por la necesidad de evitar el perjuicio de los intereses generales que podría producirse en el caso concreto mediante el acceso a la información¹⁷⁵.

Las limitaciones que encontramos previstas en el art. 14 de la Ley 19/2013 son las siguientes:

- a) La seguridad nacional.
- b) La defensa.
- c) Las relaciones exteriores.
- d) La seguridad pública.
- e) La prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.
- f) La igualdad de las partes en los procesos judiciales y la tutela judicial efectiva.
- g) Las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control.
- h) Los intereses económicos y comerciales.
- i) La política económica y monetaria.
- j) El secreto profesional y la propiedad intelectual e industrial.
- k) La garantía de la confidencialidad o el secreto requerido en procesos de toma de decisiones
- l) La protección del medio ambiente, sin olvidar las previsiones en materia de datos personales.

La mayoría de estas materias tienden a proteger intereses de naturaleza pública (seguridad nacional, defensa, relaciones exteriores, seguridad pública, prevención, investigación y sanción de ilícitos, funciones de vigilancia, inspección y control, política económica y monetaria, p. Ej.). Por otro lado, se protegen derechos e intereses privados (propiedad intelectual e industrial, p. Ej.) que en algunos casos tiene implicaciones institucionales (igualdad de parte en procedimientos judiciales o secreto profesional) y, por último, en otros casos, la limitación de la información pretende proteger derechos fundamentales (como la tutela judicial efectiva o la protección de la intimidad a través de la protección de datos de carácter personal)¹⁷⁶.

¹⁷⁵ MORETON TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33 (2014), p. 14.

¹⁷⁶ MORETON TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33 (2014), p. 18

Asimismo, puede comprobarse como muchas de ellas se relacionan con el interés público en mantener la eficacia del funcionamiento de la administración: las funciones administrativas de vigilancia, inspección y control así como la garantía de confidencialidad o secreto requerido en procesos de toma de decisiones. Como puede comprobarse, todas ellas limitaciones dotadas de justificación que motive la denegación del acceso¹⁷⁷. No obstante, la aplicación de dichos límites, se insiste, ha de hacerse siempre dentro de los estrictos parámetros de la buena administración en sentido amplio, con las connotaciones éticas que dicho concepto implica.

Las previsiones determinadas como límites de acceso, además, operan en muchos casos como verdaderos límites denegatorios de acceso más que meras limitaciones por afectar a ciertos intereses. Así lo señaló el Informe del Consejo de Estado 707/2012, de 19 de julio en virtud del cual indicó que las materias configuradas en el art. 14 más que excepciones, participan, de la naturaleza de auténticos límites al ejercicio del derecho de acceso a la información y propuso una redacción alternativa del art. 9 de la Ley 19/2013, que es la siguiente:

No tendrá la consideración de información pública que pueda ser objeto del derecho de acceso regulado en esta Ley aquella cuyo conocimiento perjudique a la seguridad nacional, la defensa, las relaciones exteriores, la seguridad pública o la prevención, investigación y sanción de los ilícitos penales, administrativos o disciplinarios.

Esta cuestión, de técnica legislativa, pone de manifiesto como determinados supuestos no son tanto una excepción sino un verdadero límite, que protegen una información que pudiera determinarse, casi por naturaleza, que se encuentran imbuidas de un deber de secreto por razón de la materia¹⁷⁸.

La legislación española, se ha comentado ya, no es la única que prevé una serie de límites al acceso de la información pública. A continuación, se señalarán, a modo de ejemplo, las legislaciones del Perú, Uruguay y Reino Unido.

En el Perú, el art. 15 de la Ley n° 27806, de Transparencia y Acceso a la Información Pública recoge una serie de excepciones al acceso como es, a modo de ejemplo, la información protegida por secreto bancario, tributario, comercial, industrial, tecnológico y bursátil, la información

clasificada como secreta o materias cuyo conocimiento público pueden afectar a los intereses del país. Asimismo, en Uruguay, es la Ley n° 18381 sobre el derecho de acceso a la información pública a través de la cual en su art. 8 menciona las excepciones a la información pública, que no son otras que las definidas por la citada ley como reservada o confidencial en sus arts. 9 y 10. También puede mencionarse la *Freedom of Information Act* inglesa del año 2000 que determina en los arts. 21 y ss. los límites de acceso a la información pública, entre las que se puede destacar, la información que puede perjudicar los intereses económicos del Reino Unido (art. 24).

En el establecimiento de limitaciones al acceso de la información pública nos encontramos ante un acto de ponderación efectuado por el legislador ante diferentes bienes jurídicos protegidos. En estos casos suele suceder que entran en juego intereses públicos y privados. En los casos en los que entran en choque dichos intereses el legislador ha previsto que algunos de ellos han de prevalecer frente al derecho de acceso. Dicha ponderación es más que necesaria en democracia, no hay que perder de vista que dar acceso a determinada información podría afectar a intereses de otros particulares que pudieran ver lesionados sus derechos e intereses legítimos, así como su privacidad.

Si la Administración se encuentra ante la decisión de publicar o no determinada información en el Portal de Transparencia o ante la decisión de otorgar o denegar el acceso a una información pública cuando se ha efectuado una solicitud, deberá evaluar si la información solicitada se encuentra dentro de los límites de acceso. La Administración deberá llevar a cabo una labor de interpretación jurídica y ponderación buscando la realización del principio de máxima transparencia y para ello deberá actuar bajo los postulados de la buena administración en sentido amplio. Cuando la Administración efectúe la ponderación deberá siempre tener presente que ha de prevalecer, ante la duda, la opción más favorable a la transparencia.

Surge, por tanto, un campo preparado para la permanente y gradual tarea de perfilar la ponderación¹⁷⁹ que en cada particular supuesto haya de llegarse a ejercer por los sujetos obligados, en primer término, por la autoridad de control y en segundo lugar por los tribunales que tienen la última palabra¹⁸⁰.

¹⁷⁷ Íbidem.

¹⁷⁸ MORETON TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n° 33 (2014), p. 19.

¹⁷⁹ Sobre la ponderación, se ha indicado que *es la espita que permite en el caso concreto valorar la importancia que para la sociedad tiene conocer la información en cuestión, incluso si con ello se causa un perjuicio para cada uno de sus bienes*. GUICHOT REINA, E. "El proyecto de Ley de Transparencia (...)", óp. cit. p. 97.

¹⁸⁰ GUICHOT REINA, E. "El proyecto de Ley de Transparencia (...)", óp. cit. p. 98.

Es necesario buscar puntos de encuentro y equilibrio que eviten el sacrificio absoluto de la privacidad o de la transparencia, aunque la diversa naturaleza de los intereses en juego dificulta en gran medida esa labor¹⁸¹. El buen uso de esos límites, su empleo desde la óptica de la buena administración, no suponen necesariamente una restricción a la transparencia como el establecimiento de una serie de garantías y protecciones a bienes jurídicos de interés general o de determinados intereses particulares lícitos.

El Criterio Interpretativo C1/002/2015, de 24 de junio de 2015, sobre la Aplicación de los límites al derecho de acceso a la información del Consejo de Transparencia y Buen Gobierno señala con toda claridad que el Consejo viene observando una interpretación extensiva de los conceptos contenidos en determinados límites, en la medida en que hay que determinar e identificar los criterios y condiciones que justifican su aplicación y siempre desde la óptica del principio de la máxima transparencia. El riesgo del empleo de la -mala fe- en la interpretación de los límites de acceso a la información pública dado su carácter abstracto y necesidad interpretativa no deja de ser elevado, es por este motivo por el que el derecho de acceso ha de observarse siempre desde la óptica de la buena administración, que sirve objetivamente los intereses generales¹⁸².

Se señala a través del criterio C1/002/2015 sobre la aplicación de los límites de acceso a la información, que dichos límites no operan de manera automática a favor de la denegación ni absolutamente en relación a los contenidos. Si su aplicación no es automática deberá realizarse un análisis que evalúe una serie de aspectos: a) si la petición supone un perjuicio concreto, definido y evaluable (test del daño), b) deberá atenderse al caso concreto y c) siempre que no exista un interés que justifique la publicidad o acceso (test de interés general).

Para apreciar la existencia del conflicto y evitar perjuicio a determinados intereses generales y particulares deberá realizarse por tanto, el doble test de interés del daño y del interés general.

– El test del daño se refiere a la comprobación del perjuicio que el acceso a determinada información puede producir en el interés que se pretende salvaguardar

con la confidencialidad. No cabe una limitación absoluta, sino que será necesario constatar el eventual daño que la exposición de determinada información pueda causar a los intereses protegidos. Es importante reseñar que la ley 19/2013 exige un daño, no un mero peligro.

– El test del interés general tiene lugar cuando, una vez ya constatado el peligro que podría ocasionarse, se efectúa un balancing test en el que se tendrá en cuenta el interés público en la divulgación de la información y por otro, los derechos e intereses protegidos por la norma.¹⁸³

La primera Sentencia del Tribunal Supremo de España que versa sobre el derecho de acceso a la información pública resolvía un conflicto entre RTVE y un particular por la solicitud presentada por este último para conocer lato sensu, los costos del programa de televisión. El conflicto tuvo como puntos centrales la necesidad de acción previa de reelaboración de la información como causa de inadmisión y la protección de los intereses económicos y comerciales como límite de acceso a la información pública. Si bien es cierto adopta una resolución favorable a la transparencia, y permite el acceso a la información pública, dicha resolución es especialmente interesante en la medida en que ante la duda de si nos encontramos ante una potestad discrecional de la Administración, o no, el Tribunal Supremo afirma que no es una potestad discrecional¹⁸⁴. Por ello se acerca más a una potestad reglada, que se encuentra presente cuando la propia Ley establece una serie de requisitos a cuya concurrencia se anuda la consecuencia prevista por el ordenamiento jurídico¹⁸⁵. Ello quiere decir que el margen de apreciación y decisión para adoptar una resolución que deniega el acceso a la información se encuentra limitado y es susceptible de control jurisdiccional. En el caso de que se deniegue el derecho de acceso la resolución deberá estar motivada. De hecho, afirma el Tribunal Supremo que no operarán los límites de acceso a la información pública en el caso de que quien invoca dicho límite no justifica el perjuicio, en este caso, para los intereses económicos y comerciales.

¹⁸¹ MORETÓN TOQUERO, A.: “Los límites de acceso a la información pública”, óp. cit., p. 9.

¹⁸² En relación a la posibilidad del empleo fraudulento de las limitaciones de acceso a la información pública, tampoco se encuentra exenta de dicha posibilidad las denominadas causas de inadmisión de la solicitud de acceso previstas en el art. 18 de la Ley 19/2013.

¹⁸³ MORETÓN TOQUERO, A.: “Los límites de acceso a la información pública”, *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33 (2014), p. 4.

¹⁸⁴ Sánchez Morón recordaba que la Administración podía decidir, al amparo de una potestad discrecional, en función de las circunstancias o de estimaciones de oportunidad, de conveniencia para los intereses públicos o de valoraciones técnicas que a la propia Administración corresponde realizar. SÁNCHEZ MORÓN, M.A. (2013): *Derecho Administrativo*, Tecnos, España, p. 92.

¹⁸⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3ª, sec. 3ª), núm. 4127/2015 de 7 de octubre.

5. Reflexiones: una administración pública transparente

Para que una democracia pueda considerarse verdadera, de calidad, es fundamental que los poderes públicos actúen con transparencia, permitan el acceso efectivo a la información de interés público y motiven sus decisiones.

En el presente trabajo se han abordado la transparencia y el acceso a la información pública. Estas dos manifestaciones de la transparencia se constituyen como pilares de los sistemas democráticos que son coherentes con la centralidad de la persona tanto en el espectro político como en el Ordenamiento jurídico. En definitiva, el deber de la Administración radicado en actuar de forma transparente deriva de la dignidad de la persona y forma parte del conocido como derecho fundamental a una buena administración. El propio concepto de este derecho fundamental nos indica que la Administración ha de ser buena, también desde un punto de vista ético.

Una buena administración es aquella que siendo consciente del protagonismo de la persona favorece su participación en los asuntos y contribuye, a que los ciudadanos puedan conocer la actuación de la Administración con detalle. Dar difusión y publicidad a la realidad de la Administración permite a la ciudadanía ejercer una de las funciones que le son propias y legítimas: el control del poder y la participación. Ambas funciones se justifican en la medida en que los verdaderos titulares de lo público son los ciudadanos, las personas. Políticos y administradores de lo público no son otra cosa que gestores de intereses ajenos, mandatarios de la ciudadanía para la búsqueda del interés común.

Una Administración, transparente, cristalina, es una Administración coherente con la visión ética de la gestión de los asuntos públicos. Además, si los poderes públicos permiten el control de su actuación por parte de los ciudadanos prevé la corrupción gracias al mecanismo indirecto de poner a disposición del ciudadano la mayor información posible de conformidad con el principio de máxima transparencia.

No obstante, se ha visto como los Ordenamientos jurídicos han previsto una serie de límites de acceso a la información pública. Tanto el derecho de acceso como la transparencia no son ilimitados. Con ellos se trata de bloquear el acceso a cierta información pública por, o bien afectar su difusión a intereses generales, o bien afectar a intereses particulares que se considera que han de protegerse. A la hora de aplicarse, ha de acudirse a la ponderación teniendo presente que el principio básico es el de

máxima transparencia y las limitaciones al acceso de información son las excepciones. Por ello cuando se aplican ha de emplearse un criterio prudente y la resolución que deniega el acceso debe estar suficientemente motivada.

El sistema de ponderación consiste en la aplicación del doble test de interés general y del daño. Su realización ha de ser susceptible de revisión por un organismo independiente y por los órganos jurisdiccionales. De esta manera se evitan interpretaciones de dichos preceptos intentando limitar el acceso a la información pública de manera ilegítima.

Con ello se quiere decir que las Administraciones Públicas han de actuar bajo los parámetros de la buena administración en la elaboración de los portales de transparencia y en la respuesta a las solicitudes de acceso a la información pública. Que los ciudadanos puedan conocer la información relativa a la actuación de las Administraciones fortalece un sistema democrático sano, participativo, en el que el poder público actúa en camino de la realización del interés general y los ciudadanos participan y deciden sobre los asuntos comunes más allá de los procesos electorales.

El fortalecimiento de la transparencia, y por lo tanto, de las facultades de control y participación ciudadana son elementos claros que ponen de manifiesto como las Administraciones opacas y que actúan partiendo de la prerrogativa y el privilegio se han quedado o deben quedarse atrás para dar lugar a administraciones cristalinas, que parten del servicio objetivo al interés general y de la cercanía del ciudadano.

6. Bibliografía

ARAGUÀS GÁLGERA, I. (2017): "Los límites de acceso a la información en el ordenamiento jurídico español. Su tratamiento en la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en la legislación autonómica de transparencia". En *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid.

BANDRÉS SÁNCHEZ-CRUZAT, J. M. (2017): "Prólogo" en *Los límites al derecho de acceso a la información pública*, INAP, Madrid.

BLANTON, T. S.: "The world's right to know", *Foreign Policy*, 2002.

BOBBIO, N. (1986): *El futuro de la democracia*, Fondo de Cultura Económica, México.

- CANO MONTEJANO, J. C.: "Transparencia en la UE: evolución y perspectivas", *Anuario Jurídico Villanueva*, 2013.
- CERRILLO I MARTINEZ, A. (2005): *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*, INAP, Madrid.
- CERRILLO y MARTINEZ, A.: "Transparencia pública de las entidades privadas y confidencialidad de los datos empresariales", en CANALS I AMETLLER, D. (ed.), *Datos, protección, transparencia y buena regulación*, Documenta Universitaria, España, 2016.
- CHAVES, J. R.: "Principio de buena administración: nuevo paradigma de control de la discrecionalidad", 2016, disponible en:
<https://delajusticia.com/2016/06/07/principio-de-buena-administracion-nuevo-paradigma-de-control-de-la-discrecionalidad/>
- CERRILLO I MARTÍNEZ, A. "Transparencia administrativa y lucha contra la corrupción en la Administración local", *Anuario del Gobierno Local*, 2011.
- DELPIAZZO, C.: "La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados", *Revista de Derecho*. Segunda época, año 9, nº 10 (2014).
- Diccionario Jurídico de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación.
- DURÁN MARTÍNEZ, A.: "Principio de eficacia y Estado subsidiario", en AAVV, *Liber Amicorum Discipulorumque Cagnoni*, Fundación Cultura Universitaria (Montevideo).
- GOIG MARTÍNEZ, J.M. "Transparencia y corrupción. La percepción social ante comportamientos corruptos", *Revista de Derecho UNED*, nº 17 (2015)
- GONZÁLEZ MALDONADO, M. A.: "Gobierno abierto: una mirada desde los derechos sociales fundamentales", en RODRÍGUEZ-ARANA, J. (Dir.), FÉRNANDEZ CARBALLAL, A., MORANDINI, F. (Coords): *Contrataciones públicas en el marco de los derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid, 2017,
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (Coord.): *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional*, Dykinson, Madrid
- GUARIGLIA, C. (2016), *Fundamento filosófico del Derecho Administrativo*, Editorial de la Universidad Católica Argentina, Buenos Aires,
- HÄBERLE, P. (2008), "La dignidad del hombre como fundamento de la comunidad estatal", en *Dignidad de la persona, derechos fundamentales, justicia constitucional y otros estudios de derecho público* Coord. Fernández Segado, Dykinson, 2008., p. 175-237
- HERCE MAZA, J. I.: "La razonabilidad como elemento de control de la discrecionalidad de la Administración Pública", *Anuario Jurídico Villanueva*, Aranzadi, Madrid (2017).
- HERCE MAZA, J.I.: "La interpretación de las normas: Francisco Suárez y los límites del silogismo", *GABILEX*, 10, 2017.
- LARENZ, K. (2001): *Derecho justo, fundamentos de la ética jurídica*, Civitas.
- MEILÁN GIL, J. L.: "La buena administración como institución jurídica" *Revista Andaluza de Administración Pública*, 87 (2013).
- GUICHOT REINA, E.: "Reflexiones acerca de la aplicación de la nueva normativa sobre transparencia pública", *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, nº 94, (2016).
- MORENO GONZÁLEZ, G.: "El derecho de acceso a la información pública en la ley de transparencia: una aproximación constitucional", *Eunomía: Revista en cultura de la legalidad*, nº 8, 2015.
- MORETON TOQUERO, A.: "Los límites de acceso a la información pública", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 33 (2014).
- PELLICER, J. L., "Herramientas y propuestas para luchar contra la corrupción en el sector público: ética, transparencia y compliance", *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, nº 5.
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: "Transparencia y derecho de acceso a la información pública. Algunas reflexiones en torno al derecho de acceso en la ley 19/2013, de transparencia, acceso a la información y buen gobierno", *Revista Catalana de Dret Public*, nº 49, (2014).
- PONCE SOLÉ, J.: "La discrecionalidad no puede ser arbitrariedad y debe ser buena administración" *Revista Española de Derecho Administrativo*, 175 (2016).
- QUIRÓS SORO, M.F., "La transparencia en la Unión Europea" *Colegi Oficial de Bibliotecaris-Documentalistes de la Comunitat Valenciana*, Métodos de información, Vol. 3, no, 177-203. Recuperado de:
<http://www.metodosdeinformacion.es/mei/index.php/mei/article/view/IIMEI3-N5-177203>.

RASTROLLO SUÁREZ, J. J.: "Proyección del derecho a una buena administración en el derecho europeo de contratos públicos: hacia la "buena contratación"", *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, 7 (2014).

RECASENS SICHES, L. (1973): *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, Porrúa, México.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. (2015): *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*, INAP, Madrid.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. & SENDÍN GARCÍA, M.A (2014): *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno*, Comares, Granada.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "El derecho a la buena administración en las relaciones entre ciudadanos y administración pública", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, nº 16 (2012).

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "La participación en el estado social y democrático de derecho", *Misión jurídica: Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nº 7 (2017). Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5167615.pdf>.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: "La transparencia en la Administración Pública", *Revista Vasca de Administración Pública*, nº 42, 1995.

SÁNCHEZ MORÓN, M.A. (2013), *Derecho Administrativo*, Tecnos, España.

STEFANO, R. (2014): *El derecho a tener derechos*, Trotta, Madrid.

SENDÍN GARCÍA, M. A.: "El derecho de acceso a los documentos administrativos: un instrumento esencial para la participación ciudadana. Derecho estatal y local", *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, nº 294-295, 385-437, 2004.

TENORIO CUETO, G. A.: "El Derecho de acceso a la información en Iberoamérica y su concreción como garantía constitucional. El caso mexicano", *Gestión y Análisis de Políticas Públicas (Nueva época)*, nº 17, 2017. Recuperado de: <https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path%5B%5D=10401&path%5B%5D=11035>.

10

- **Las nuevas tecnologías**
- **en la administración pública**
-

Oscar Cortés Abad



1. Introducción

El mundo se encuentra ante un cruce de caminos marcado por la intersección oportunidades y las amenazas que la tecnología representa. A nuestro alcance extraordinarios niveles de progreso, riqueza o participación de los que pueden beneficiarse agentes económicos, políticos o sociales. Por el contrario acechan los riesgos en la seguridad, privacidad, manipulación, desinformación, e incluso la deshumanización. Un desafío poliédrico y multidimensional al que estamos todos convocados, y que parafraseando a T.S Elliot¹⁸⁶ “no debemos dejar de explorar”.

Vivimos tiempos complejos, marcados por un cambio de alta intensidad que difícilmente es perceptible en el día a día, una revolución silenciosa. La experiencia personal del día a día permite comprobar algunas de estas transformaciones sociales, económicas, políticas y empresariales que la tecnología está acelerando. Por ejemplo, el simple hecho de estar perdido en una ciudad desconocida, utilizar un smartphone para buscar un restaurante, ver qué opinan sus clientes, hacer una reserva en el momento o que un amigo en esa ciudad pueda ver que has pasado a comer por allí son fenómenos que hace unos años eran sencillamente imposibles.

En este contexto, todos nos vamos a ver afectados, como personas y como profesionales. Quienes están estudiando o empezando su carrera profesional, aun formando parte del colectivo de nativos digitales y estando familiarizados con el nuevo estilo de vida digital, necesitarán adquirir habilidades profesionales que hasta ahora les son desconocidas. Quienes no son nativos digitales deben estar bien atentos porque el cambio les impactará de lleno al corresponderles liderar o participar en las transformaciones que se producirán durante estas próximas décadas.

Todo ello supone desenvolverse en un entorno de cambio que pudiendo ser más o menos intenso, inevitablemente tocará asumir o pilotar. Es preciso incorporar nuevas competencias que recojan los hitos clave en la gestión de procesos de esta naturaleza.

Centrándonos en lo público, como espacio común en el que se desarrollan las dinámicas económicas y sociales, éste se verá fuertemente afectado debiendo evolucionar a

Recomendación importante

Los profesionales del siglo XXI necesitan interiorizar una serie de cuestiones como premisa básica para entender el mundo que les rodea.

En primer lugar, deben ser capaz de anticipar cómo los nuevos paradigmas pueden afectarles en el ámbito de su organización: primero, conocer; a continuación, comprender; posteriormente, interiorizar; y finalmente, actuar.

En segundo lugar, deben conocer bien los valores sobre los que se sustentan las reglas del juego y conocer las herramientas disponibles.

nuevas formas de hacer política y Administración más centradas en el ciudadano. La tecnología será a su vez palanca e instrumento facilitador para ello.

2. El nuevo entorno, ¿qué está cambiando?

Vivimos tiempos de cambio. Las transformaciones a las que nos venimos enfrentando están dando lugar a sectores emergentes, nuevas reglas de juego y diferentes pautas de actuación de los diversos actores.

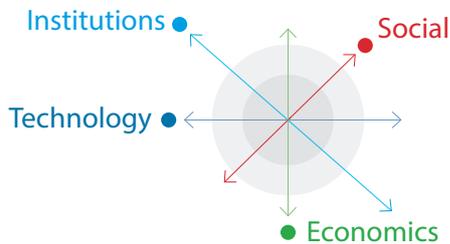
Lo público, entendido en sentido amplio como espacio común en el que se desarrollan las dinámicas económicas y sociales, no puede ser una excepción y se ve también fuertemente afectado por estas turbulencias.

Este hecho, en sí mismo, es de una importancia extraordinaria. Lo es porque durante los casi dos siglos que han transcurrido hasta la actualidad, la actividad socio económica se ha desarrollado en entornos marcados por la estabilidad, la previsibilidad y la rigidez de determinados modelos. Sin embargo, en estos momentos existen vectores de cambio –articulados en diferentes dimensiones económica, social, política– que es preciso conocer. La tecnología es un eje transversal a todos ellos.

¹⁸⁶ Thomas Stearns Eliot, conocido como T.S. Eliot (EEUU, 1888-1965). Poeta, dramaturgo y crítico literario británico-estadounidense. Representó una de las cumbres de la poesía en lengua inglesa del siglo XX. Premio Nobel de Literatura en 1948. Verso extraído del poema titulado «Little Gidding», incluido en su libro “Cuatro cuartetos” (1943).



Figura 1. Los drivers de cambio



Fuente: Elaboración propia.

2.1. A nivel social

El cambio se caracteriza por la evolución hacia una sociedad cada vez más formada, compleja e interdependiente, la llamada sociedad del conocimiento, que demanda continuamente más y mejores servicios. Plural y diversa, fragmentada y crecientemente heterogénea debido a alteraciones demográficas originados por flujos migratorios y disparidad en las tasas de natalidad o mortalidad. Las generaciones Y (*millennials*) y Z (*nativos digitales*) emergen con fuerza como nuevos colectivos sociales con significativa incidencia en el comportamiento colectivo. El efecto es inmediato sobre la demanda de servicios que hoy incorporan algunos atributos –personalización, accesibilidad, facilidad de uso– hasta hace poco inéditos.

Rasgos de los *millennials*

1. Digitales
2. Multipantalla y multidispositivo
3. Appdictos
4. Sociales
5. Críticos y exigentes
6. Exigen personalización y nuevos valores

Fuente: GUTIERREZ RUBÍ, 2014.

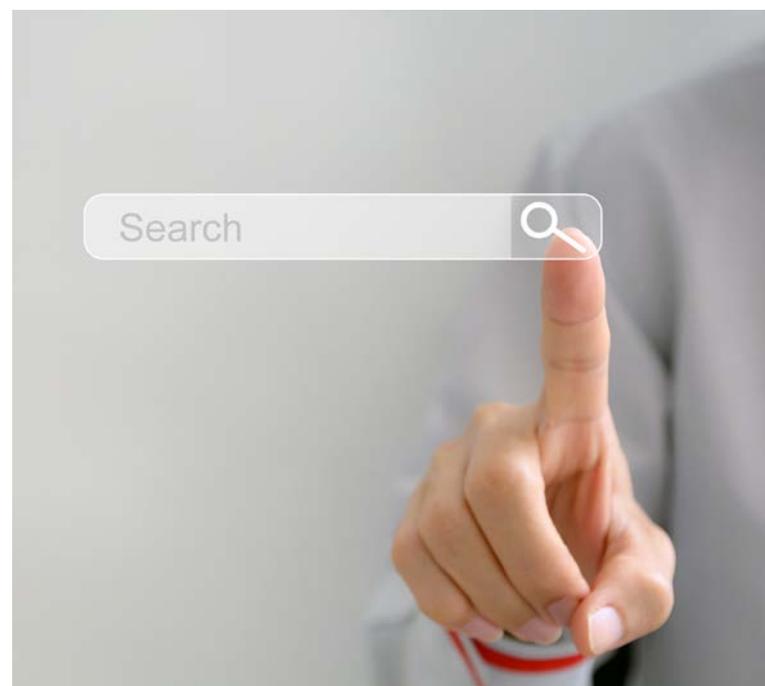
2.2. A nivel económico

Lo anterior lógicamente va de la mano de otra dimensión en el fenómeno de cambio global, la de naturaleza económica. Algunos hitos clave que la caracterizan:

- A) El crecimiento de nuevas potencias emergentes, en contraste con la crisis económica y financiera de los países avanzados.
- B) La era post-globalización.
- C) La gran significación de los flujos migratorios.
- D) Las transacciones de capital y bursátiles.
- E) La integración supranacional
- F) Las múltiples crisis (de empleo, fiscal, monetaria, de recursos y sostenibilidad) y sus efectos sobre los modelos clásicos de bienestar.

2.3. A nivel político-institucional

Dejo para lo último las transformaciones de naturaleza político-institucional, caracterizadas por una complejidad derivada del número de estructuras, su tipología, las relaciones entre ellas, la creciente fragmentación competencial (poder relativo). Como indica (NAIM, M., 2013), el poder se difumina por la desintermediación y se suceden los procesos de transferencia de soberanía, tanto a nivel intra-estatal como supranacional, la llamada glocalización. Irrumpen en el escenario conflictos de intereses, rivalidades y reivindicaciones en materia de competencias y financiación.



Algunos fenómenos a tener en cuenta

3. China sobrepasará a Estados Unidos como la mayor economía mundial hacia 2030 e India lo hará en torno a 2050.
4. Tecnocracia y populismo son extremos opuestos pero ambos comparten una característica importante: son el síntoma del malestar ciudadano y de la anti política.
5. La posverdad y las noticias falsas en auge distorsionan la realidad social y amenazan la formación adecuada de la opinión pública.
6. La economía digital emerge y da lugar a un mercado laboral posmoderno que lleva inherente una incertidumbre considerable.
7. En los próximos años se destruirán muchos más empleos de los que se crearán por el auge de la automatización.
8. Pobreza y desigualdad crecen en el marco de la sociedad postindustrial.

3. La tecnología, ¿qué revolución?

La revolución digital merece mención aparte. El prodigioso desarrollo de la tecnología es uno de los factores más rupturistas y transgresores a los que se vienen enfrentando (y enfrentarán) instituciones y empresas en las próximas décadas. Como decía Gil Scott Heron¹⁸⁷, “una revolución que no será televisada”.

El cambio tecnológico viene gestándose desde hace algunas décadas, aunque no ha sido hasta estos últimos años cuando ha adquirido su verdadero potencial transformador:

- A partir de 1990, la sociedad industrial comienza a evolucionar a la sociedad de la información, cuyos parámetros de referencia son los cambios producidos por las nuevas tecnologías y las relaciones que surgen en un mundo que empieza a ser global y en red.

¹⁸⁷ Gilbert Scott-Heron, (Chicago, Estados Unidos, 1 de abril de 1949 – Nueva York, Estados Unidos, 27 de mayo de 2011) fue un poeta y músico, principalmente conocido a finales de la década del 1960 y principio de los años 1970 por sus actuaciones de poesía cantada y hablada, relacionadas con los activistas afroamericanos. Fue famoso por su poema-canción: *The Revolution Will Not Be Televised*.

- A partir del 2000, la eclosión de Internet y las tecnologías web promueven cambios en los modelos productivos, de negocio y consumo. Empieza la digitalización en la empresa y la Administración pública, aparecen los portales web y los servicios digitales.

¿Sabías qué?

La penetración de Internet por región en el mundo es del 90% en Europa Occidental, el 88% en América del Norte y del 68% en Iberoamérica.

Fuente: *We are Social y Hootsuite, 2018*.

- A partir de 2005, se produce el crecimiento de las tecnologías móviles, que fomenta un nuevo modelo de relación con lo digital y acceso en red al conocimiento y al contacto con otros individuos u organizaciones.

¿Sabías qué?

Hay más líneas móviles que habitantes en el planeta (103,5 por cada 100).
Más del 50% de los jóvenes son *mobile first*.

Fuente: *Fundación Telefónica, 2017*.

- A partir de 2010, a través de las tecnologías móviles cambia el paradigma de relación entre las personas y de éstas con las empresas, las Administraciones públicas y las organizaciones políticas o sociales.

¿Sabías qué?

La penetración de las redes sociales por región en el mundo es de un 54% en Europa Occidental, un 70% en América del Norte y un 68% en Iberoamérica.
El crecimiento anual de usuarios de redes sociales es de un 13%.
El tiempo medio dedicado a redes sociales es de casi 4 horas diarias en Filipinas, 2 horas en Estados Unidos o 1 hora y media en España.

Fuente: *We are Social y Hootsuite, 2018*.

– Desde 2015, pasamos de la era de la movilidad a la era de la conectividad. Más de la mitad de las conexiones son entre cosas que nos rodean y están conectadas a redes móviles. Coches, electrodomésticos, máquinas inteligentes, sensores, wearables, etc. todos ellos conectados, son la razón de que se empiece a producir una explosión de la conectividad que algunos expertos sitúan en 50.000 millones de dispositivos conectados en la década que comienza en 2020. Nuevas formas en que se pueden conectar objetos que, hasta el momento, era inimaginable que pudieran hacerlo.

¿Sabías qué?

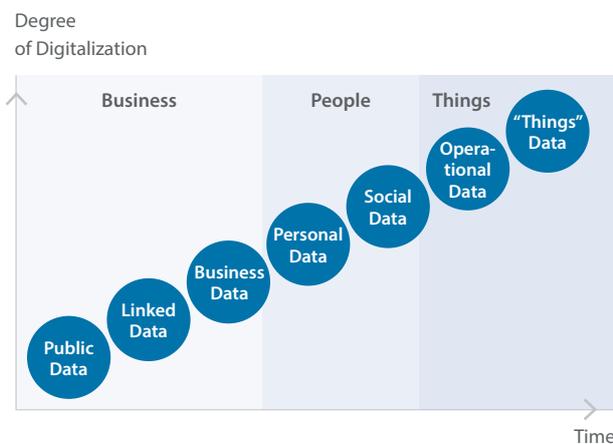
CASTELLS, M. (2001), en su libro *La Galaxia de Internet*, predecía (¡allá por 2001!) sobre la capacidad de la tecnología para alterar las pautas de generación de riqueza, el ejercicio del poder y la creación de códigos culturales. En cierta manera, 20 años después, nos topamos de frente ante profunda reflexión.

Fuente: CASTELLS, M. 2001.

– ¿Y a partir de 2020? Los datos son el petróleo del siglo XXI. Las conexiones producen datos, todo tipo de datos (se estima que hasta 44 zettabytes de datos en 2020).



Figura 2. La hoja de ruta del dato



Fuente: Gartner.

A) Los datos han dado lugar a modelos de negocio, algunos tan potentes como Google o Facebook, grandes compañías cuyo activo principal no son inmensas fábricas sino *data centers* que puedan gestionar a una velocidad tremenda ingentes cantidades de información.

Mares de datos propician análisis (*big data*) que a su vez generan pautas de aprendizaje (*machine learning*) y modelos predictivos de comportamiento.

B) La inteligencia artificial está también en el aprendizaje establecido a partir de los datos. En sus versiones más sencillas (asistentes virtuales y *chatbots*) o en otras más complejas como los robots y otros sistemas automáticos que empiezan ya a ser una realidad. Inicialmente en entornos muy controlados (por ejemplo, el ámbito industrial), pero poco a poco irán ocupando otras esferas de la vida cotidiana. Se prevén mejoras importantes en los niveles de productividad, calidad de vida o prevención de riesgos asociadas a la robótica y automatización de procesos.

¿Sabías qué?

Las leyes de la robótica de Asimov datan de 1942 y son tres:

- 1) Un robot no puede hacer daño a una persona.
- 2) Las máquinas deben obedecer las leyes, a no ser que incumplan la primera ley.
- 3) Un robot debe proteger su existencia si no cumplen las leyes 1 y 2.

Según un estudio de (PWC, 2017), se estima que la inteligencia artificial impulsará el PIB mundial un 14% en 2030 por sus efectos sobre la productividad y el consumo. Hablamos de un incremento adicional de 15,7 billones de dólares. Solo el mercado del reconocimiento facial mueve ya hoy más de 3.300 millones de dólares en el mundo.

Sin embargo el dato no está detrás de otra de las tecnologías emergentes con mayor potencial disruptivo, el *blockchain*. El *blockchain* es la base de las criptomonedas como *bitcoin*. Se trata de una red de bloques que funciona a modo de libro donde se anotan todas las transacciones (origen, destino, contenido y firma) en una base de datos de naturaleza distribuida. Esta red descentralizada la pueden componer miles de dispositivos de almacenamiento y es radicalmente diferente al modelo clásico de centralización en servidor que gestiona toda la información. Los datos están distribuidos por toda la red, en todos los nodos hay una copia de todo. Es

muy flexible porque cualquiera puede participar en ella, una transacción pasa por todos los nodos, es validada por todos ellos y disponible en el más cercano. No hay caídas, no hay servidor central que atacar. Cada nodo construye un bloque y todos los nodos que tienen la misma copia (integridad). Es un modelo donde la información está alojada en los usuarios no en las empresas que prestan en servicio.

¿Sabías qué?

Blockchain es de máximo interés para la banca. Los 40 más importantes del mundo han constituido un consorcio, R3, para desarrollar esta tecnología en el sector financiero.

En áreas donde la gestión de la información es delicada (expedientes sanitarios), *blockchain* puede permitir al usuario decidir quién acceder a su información.

Los miles de millones de dispositivos conectados a internet en los próximos años pueden hacer inviables los modelos centralizados de gestión de datos por exceso de capacidad para soportar tales volúmenes. *Blockchain* puede ser una solución.

Los gestión de bienes digitales (garantizar su posesión) es otro de los ámbitos potenciales de utilización de *blockchain*.

4. Las sombras de la revolución digital

En la sección anterior hemos visto algunas de las oportunidades de la llamada cuarta revolución industrial. Los ciberoptimistas ensalzan los extraordinarios niveles de progreso, riqueza o participación que la tecnología puede brindar a los agentes económicos, sociales o políticos.

Pero también hay notables amenazas que tiene que ver con la brecha digital, la seguridad de las aplicaciones, la privacidad de las personas y sus datos, la manipulación o desinformación. Incluso se habla de la deshumanización que puede acarrear el desarrollo imparabable de la tecnología.

4.1. La brecha digital

Nace de la desigualdad (social y económica) y conlleva la existencia de una sociedad de doble velocidad: aquella que se beneficia de los parabienes y el progreso que se asocia a

la tecnología; y otra parte que no tiene acceso a las mismas o, aun teniéndolo, no sabe utilizarlas. Un problema que no es nuevo, por cuanto la historia de la humanidad está plagada de casos en los que determinados grupos no han participado de los avances que en otros se estuvieran produciendo.

Por tanto, la brecha se pone de manifiesto en dos ámbitos concretos y diferenciados, aunque guardando ambos una estrecha relación entre sí:

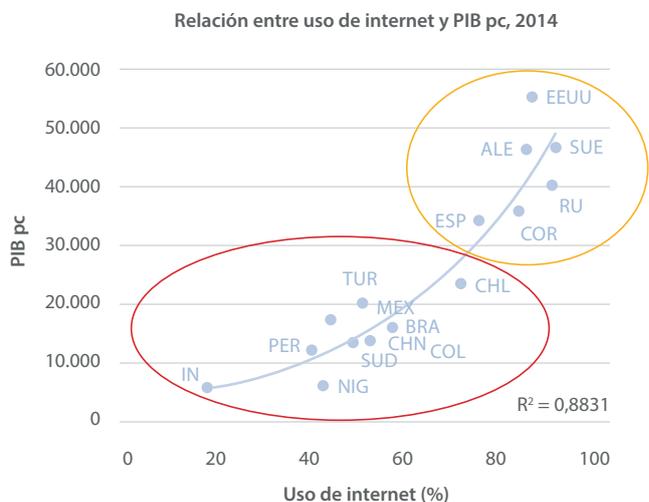
- El de las infraestructuras (redes de comunicaciones principalmente) que es más fácil de atajar con planes específicos e inversiones como se está haciendo en la mayoría de los Estados, independientemente de la región donde se asienten.
- Y el de la alfabetización digital, que afecta a las competencias y capacidades siendo mucho más complejo de afrontar por cuanto se ve condicionado por otros factores sociales, económicos o culturales.

Luchar contra la brecha digital es algo que requiere un elevado grado de colaboración. Gobiernos y sector privado (lucrativo y no lucrativo) son los que han de promover estrategias de lucha contra la exclusión digital en el marco de las directrices marcadas por la Organización para las Naciones Unidas.

El éxito en estas políticas es muy importante porque condiciona el desarrollo económico y la equidad social de cada territorio como se puede ver en la siguiente figura:



Figura 3. La brecha digital en el mundo



Fuente: BBVA Research y Banco Mundial.

4.2. La ciberseguridad

En poco más de dos décadas venimos transitando de una economía industrial a una economía digital. La estandarización y homogeneización que se logró gracias a activos físicos y humanos permitió el acceso a bienes y servicios a mucha más gente y a unos precios mucho más asumibles. En la economía digital el valor se crea desde la conexión y el dato. Se suman los beneficios de lo artesanal (creatividad y especialización) y de lo industrial (a mínimo coste y escala).

Lo digital, por tanto, se sitúa en el ojo del huracán y asistimos a un incremento exponencial del número de ciberataques hasta el punto de que cada año se va superando como el que más problemas de ciberseguridad ha tenido de la historia.

¿Sabías qué?

En España, el Equipo de Respuesta ante Emergencias Informáticas del Centro Criptológico Nacional ha pasado de gestionar casi 4.000 incidentes de seguridad en 2012 a más de 26.000 en 2017. Y el Equipo de Respuesta gestionado por el Instituto Nacional de Ciberseguridad ha alcanzado en 2017 los 120.000 incidentes de seguridad.

La Estrategia de Seguridad Nacional aprobada el 1.12.17 en España considera los ciberataques como uno de los grandes riesgos en seguridad y manda la elaboración de una Estrategia de Ciberseguridad Nacional específica.

Los ataques afectan principalmente a asuntos económicos. De ahí que las organizaciones han de tener un papel proactivo en la prevención y defensa de sus sistemas. Este incremento de los riesgos está haciendo que las inversiones en ciberseguridad estén creciendo a ratios próximos al 10%, lo cual está a su vez contribuyendo a que florezcan las oportunidades de negocio vinculadas a este área del sector digital. Europa y EEUU son los mayores mercados de la ciberseguridad en el mundo.

La crisis del Wannacry

En mayo de 2017 un virus llamado *Wannacry* paralizó los sistemas informáticos de 170 países en el mundo. En el Reino Unido afectó al *Nacional Health Service* (sanidad pública) y ocasionó daños directos en 16 hospitales y centros de salud. Una aseguradora especializada en riesgos digitales estimó los daños producidos en 4.000 millones de dólares, cifra importante si se compara con la estimación de 1.500 millones de dólares producidos en todo el 2016.

4.3. Privacidad y la protección de datos personales

Las tecnologías ofrecen infinitas oportunidades para la recogida y tratamiento de datos. También de aquellos que afectan a las personas. Unas personas que tienen en cierto modo posiciones contradictorias respecto a los mismos: beneficiarse de las posibilidades que un uso adecuado de esos datos puede ofrecer en términos de servicios pero por otra parte tener el control para que no se haga con ellos un uso fraudulento, ilícito o éticamente reprochable. He aquí uno de los mayores obstáculos al desarrollo de la economía digital: la falta de confianza de los ciudadanos en la gestión de su privacidad.

La filtración de datos de Facebook

Los datos personales de 2,7 millones de usuarios europeos podrían haber sido transmitidos a *Cambridge Analytica*, empresa británica que manipuló de forma irregular información de 87 millones de internautas para fines electorales en Estados Unidos (...) *Cambridge Analytica* obtuvo de forma irregular la información de millones de usuarios para favorecer la campaña presidencial de Donald Trump en 2016.

Fuente: Noticia del diario *El País* 6.04.18.

Los ciudadanos necesitan que los poderes públicos les ofrezcan respuestas. En el ámbito europeo la respuesta ha sido el Reglamento Europeo de Protección de Datos. Supone el punto de partida de un régimen común que ofrece nuevas oportunidades para mejorar el nivel del derecho fundamental de la protección de datos personales en tres líneas importantes:

- A) Garantizar sus derechos en un mundo de servicios globalizados donde no se sabe muy bien en qué territorio y de qué manera se prestan.
- B) Actualizar los derechos ya reconocidos e incorporar nuevos derechos adaptados al entorno digital.
- C) Articular el cumplimiento por parte de responsables de los datos en los que prime la proactividad y la existencia de herramientas para garantizar la protección de los mismos.

4.4. Las fake news y la posverdad

La tecnología no es neutra, ni transparente ni objetiva. Los buscadores y redes sociales más importantes añaden el sesgo de sus algoritmos que a su vez se hace en base a los datos que de ti recogen por los movimientos que haces en la red: qué te gusta, a quién sigues, qué lees, etc. Esto se traduce en la creación de entornos de información personalizados que segregan la información y contribuyen a conformar la opinión y los gustos de unas personas. Cuando además todo ello se combina con la fabricación de noticias falsas que se viralizan rápidamente en dichos entornos el riesgo de alimentar una posverdad que distorsione la realidad es elevado. Esta capacidad de sesgar la información sitúa a las poderosas corporaciones digitales en una posición de poder inigualable.

Los “filtros burbuja”

La denominación proviene del exitoso libro de (PARISIER, E. 2017). Se refiere a cómo los buscadores no muestran una única realidad, sino que a través del filtrado de datos e información se ofrecen respuestas personalizadas que agradan al usuario y le ayudan a estar conforme y ser feliz. De esta forma se limita el conocimiento encontrado al azar y los ciudadanos no están expuestos a lo diferente (se quedan en su burbuja) por lo que se ensancha la brecha de pensamiento y opinión con quienes no piensan igual.

4.5. Transhumanismo o deshumanización

Uno de los riesgos que se apuntan es la pérdida de control sobre la tecnología o cómo las personas pueden estar viéndose utilizadas por ella. Las adicciones, la pérdida de tiempo para cultivar otras facetas de la naturaleza humana, la infantilización y merma sobre el análisis crítico o el

razonamiento son algunas de las patologías que más comúnmente se asocian al progreso tecnológico. Otro de los riesgos viene asociado a cómo la inteligencia artificial nos ofrece un poder creciente de la máquina que puede arrasar nuestras culturas.

El movimiento transhumanista fue fundado por David Pearce y Nick Bostrom, y vaticina un futuro con humanos dominados por máquinas. Imaginan el escenario de que la tecnología avance tanto que se dé un nuevo salto en la evolución de forma que la inteligencia artificial acabe superando la humana y permita estados superiores de inteligencia, longevidad o felicidad hasta el momento inimaginables. ¿Cuáles son las consecuencias?

5. Nuevos paradigmas de reforma: gobierno digital, gobierno abierto y gobierno inteligente

La tecnología apunta a cambios sustanciales en la forma de hacer política y dirigir la Administración; en definitiva, en lo que significa gobernar. Cambios que han ido teniendo lugar a medida que el progreso tecnológico ha ido avanzando.

En un principio la tecnología eclosiona como instrumento transformador de las organizaciones al calor de Internet y de las aplicaciones web. Nace así el llamado gobierno electrónico, *e-government* o Administración digital que, como veremos a continuación, supone llevar lo electrónico al funcionamiento del modelo clásico, prestacional, *top-down* de las burocracias públicas. La Administración digital incide por tanto en los procesos, en el funcionamiento de la Administración, en los servicios prestados al ciudadano (*front end*) y en la tramitación interna de los expedientes (*back end*).

Como hemos visto anteriormente, las tecnologías sociales y móviles ponen a la persona en el centro y potencian su dimensión relacional a través de la conectividad. Es entonces cuando surge el paradigma del gobierno abierto, también llamado *open government* o Administración 2.0 cuando se utilizan las herramientas web 2.0 (redes sociales principalmente) para profundizar una relación con el ciudadano más abierta y entre iguales.

Una interpretación simplista implica considerar la Administración 2.0 como una evolución de la Administración electrónica que otorga un mayor protagonismo a los usuarios mediante la apertura de diversos canales de web 2.0.

Sin embargo, la apertura de canales de web 2.0 por parte de la Administración sin otra lógica que la simple implantación de ciertas herramientas de moda limita en gran manera las posibilidades que este tipo de tecnologías ofrecen en términos, no sólo de escuchar y hacer llegar al ciudadano el mensaje institucional (comunicación), sino lo que en ocasiones es más importante: la participación en la definición y prestación de servicios (innovación abierta, co-diseño y co-producción).

Resumiendo, las tecnologías sociales ofrecen a las Administraciones un amplio abanico de oportunidades a explorar y potenciar, ya que permiten:

- Una mayor proximidad y personalización de la información,
- Conversar (no informar) con usuarios internos y ciudadanía,
- Intensificar la colaboración,
- Democratizar la producción de contenidos,

Los anteriores paradigmas de reforma administrativa se superponen en estos momentos con un tercero que empieza a despuntar a medida que adquieren más importancia las tecnologías disruptivas como el *big data*, *machine learning*, *internet of things*, la automatización, chat bots o asistentes virtuales, etc. El llamado gobierno inteligente es la aplicación de todas estas tecnologías en los procesos de toma de decisiones, formulación de políticas públicas, evaluación de las mismas o prestación de servicios.

El ámbito local viene siendo un terreno muy abonado en los últimos años para este tipo de desarrollos a través de las llamadas *smart cities* en las que la aplicación de todo tipo de sensores y dispositivos son capaces de captar ingentes cantidades de datos sobre distintos ámbitos de funcionamiento urbano (ruido, calidad ambiental, ocupación de aparcamiento, niveles de circulación, etc.). Técnicas que están sirviendo de gran ayuda para que los equipos de gobierno puedan tener potentes sistemas de monitorización online que les ayuden a una gestión eficaz.

6. La Administración digital

6.1. Antecedentes

Hemos visto como la Administración digital es fruto de la irrupción de Internet como Red de redes en las sociedades occidentales a principios de este siglo. Evidentemente tiene que tener un reflejo en el funcionamiento de la Administración.

Un documento interesante

El documento OSIMO, D. , ZINBAUER, D. , BIANCHI, A.F. (2010): *The Future of eGovernment, an exploration of ICT driven models of eGovernment for the EU in 2020* profundiza en las llamadas tecnologías transformadoras, es decir, aquellas que habiendo alcanzado un aceptable nivel de madurez tienen un elevado potencial de implantación y son fuertemente impulsoras de cambio:

- A) Estructuras web descentralizadas, software social, sistemas de gestión de conocimiento, etc. refuerzan el papel de los grupos de interés en la petición de responsabilidades en la gestión pública y facilitan la lucha contra la corrupción.
- B) PDAs, cámaras digitales, sensores, RFID, etc. contribuyen a la implicación de nuevos actores en el ejercicio de autoridad, a una mayor obtención de información así como a un tratamiento más evolucionado. Los poderes públicos pueden enfocarse más individualmente en los ciudadanos pero también existe el riesgo de mayor injerencias en su vida privada.
- C) Los sistemas distribuidos y sociales facilitan la descentralización y redistribución del peso de la autoridad desde las tradicionales instituciones verticales a otras formas de cooperación más horizontal.
- D) Sensores, robots, lectores biométricos, RFID, etc. permiten identificar mejor el llamado estado de opinión identificando las distintas necesidades y los impactos de las políticas desplegadas.

Enlace al documento referido:

<https://ec.europa.eu/jrc/en/publication/eur-scientific-and-technical-research-reports/future-egovernment-exploration-ict-driven-models-government-eu-2020>

A nivel europeo tuvo lugar un hito importante en el impulso de la Administración digital con la publicación del documento de la (OCDE, 2005) titulado *eGovernment for Better Government*. Posteriormente se han ido sucediendo diferentes informes (uno de ellos el mencionado anteriormente *The Future of eGovernment, an exploration of ICT driven models of eGovernment for the EU in 2020*) así como diferentes iniciativas destinadas a impulsar la Agenda Digital para Europa en las que la digitalización de la Administración pública ocupa un lugar fundamental.

En todos ellos destaca una idea fundamental: el gobierno y la Administración digital constituyen ejes esenciales para gobernar y gestionar lo público en la actualidad.

España ha sido un alumno aventajado dentro de la Unión Europea aplicando este tipo de políticas de modernización pública. Han sido cuatro los hitos más significativos para impulsarlas:

A) La ley 11/2007 de acceso electrónico a los servicios públicos:

Es la ley que sirve para iniciar la implantación de la Administración digital en España, especialmente en lo que se refiere a la puesta en marcha de servicios digitales *online* para que los ciudadanos puedan acceder a información y solicitarla descargando formularios o mediante consultas básicas.

Es una ley, por tanto, que supone un cambio sustancial porque, por una parte, dota de legalidad a la aplicación de la tecnología en el ámbito administrativo y, por otra, la ensalza como un derecho de los ciudadanos para relacionarse con ella a través de medios electrónicos. Este derecho permite que los ciudadanos puedan exigir a las Administraciones cómo debe proporcionarles los servicios. Del lado de la Administración se establece el deber de hacer efectivo este derecho y de cooperar entre sí.

B) La reforma CORA¹⁸⁸:

Se trata del programa de reforma administrativa puesto en marcha por el Gobierno de España para impulsar una Administración más eficiente. La razón de ser de CORA radica en la grave crisis económica que obliga al Estado a aplicar políticas de ajuste en el gasto público, entendiéndose que la tecnología puede y debe ser un *driver* de eficiencia significativo.

Gracias a CORA se amplía el uso de las TIC en la Administración, especialmente en la gestión de infraestructuras y servicios comunes, abordándose políticas de consolidación, compartición y (según los casos) centralización para un nivel prestacional de naturaleza transversal. De CORA nace la Secretaría general para la Administración Digital como centro directivo que, en el ámbito de la Administración General del Estado, asume la política tecnológica, el impulso a la Administración digital, la cooperación TIC entre Administraciones y la consolidación y fomento de los servicios comunes.

C) La Agenda Digital para España del 2013:

Propone la “mejora de la administración electrónica y los servicios públicos digitales” como uno de sus seis objetivos esenciales ya que el éxito alcanzado en el despliegue de servicios electrónicos gracias a la ley 11/2007 no se vio reflejado en el uso hecho de los mismos por ciudadanos y empresas.

El *Plan Avanza 2* (2011-2015), junto a otros siete objetivos, dedica tres al impulso de las tecnologías de información en lo público:

- Promover procesos innovadores TIC en las AAPP,
- Extender las TIC en la sanidad y el bienestar social y
- Potenciar la aplicación de las TIC al sistema educativo y formativo.

D) La ley 39/2015 del procedimiento administrativo común:

Es la que pretende dar el impulso definitivo a la implantación de la Administración digital en España a través de un nuevo procedimiento administrativo digital y la obligación de determinados colectivos (por ejemplo, las personas jurídicas) a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas.

Es por tanto una norma que incide en la digitalización del back end y en la existencia de una tramitación electrónica que dé lugar a la formación del expediente administrativo digital. También es importante el salto cualitativo que pretende darse en la gestión de la información dentro y entre las Administraciones.

6.2. Principales conceptos de la Administración digital

La Administración digital, comparada con aquellos sistemas de digitalización propios del sector privado, tiene como objeto fundamental proporcionar seguridad jurídica a las actuaciones administrativas. Esta es una de sus fortalezas, pero a su vez, también una de sus debilidades.

Fortaleza porque los mecanismos de los que dispone la Administración digital le proporcionan garantías infinitamente mayores que las que dispone la clásica burocracia en papel. Pero también debilidad por cuanto el cambio que supone se traduce en desconfianza que, a su vez, deriva hacia una exigencia a unos estándares muy altos a la tecnología que la hace extraordinariamente compleja de cara a los usuarios. Este es uno de los problemas principa-

¹⁸⁸ Principales resultados de este programa se pueden consultar aquí: http://www.sefp.minhafp.gob.es/web/areas/reforma_aapp/resultados.html#medidas

les de la Administración digital: no está pensada como un sistema fácil para el ciudadano corriente siendo incluso más complicada en determinados aspectos que la vieja Administración de papel.

En términos de garantías a continuación exponemos algunos de los conceptos principales de la Administración digital:

- **Identificación:** es precisa una correcta identificación del emisor y receptor de forma que no puede haber ambigüedad en la persona física o jurídica que interactúa con la Administración.
- **Autenticación:** es la garantía de conocer fehacientemente la identidad de una persona física o jurídica. Las principales herramientas son los sistemas de usuario / clave o los certificados digitales.

Sistema Cl@ve y DNI electrónico

Cl@ve es un sistema sencillo puesto en marcha en la Administración española para la identificación, autenticación y firma. El ciudadano puede identificarse ante la Administración mediante claves concertadas sin tener que recordar diferentes claves para acceder a los servicios. Permite además firmar en la nube sin necesidad de tarjeta criptográfica.

Hay dos tipos:

- **Cl@ve PIN:** validez 24 horas orientado a usuarios esporádicos. Originario de la Agencia Tributaria.
- **Cl@ve permanente:** validez duradera usado por usuarios. Originario de la Seguridad Social. Es el que permitirá el acceso al ciudadano a la firma en la nube.

Un certificado digital es un documento digital mediante el cual un tercero de confianza (autoridad de certificación) acredita la autenticidad de la identidad de una persona física o jurídica.

En España desde el 2006 se expide el DNI electrónico que otorga una identidad digital personal a los ciudadanos. Contiene un certificado de autenticación para probar su identidad ante terceros. Y un certificado de firma para firmar en los procedimientos que así lo requieran.

- **Integridad:** es la garantía de que un documento electrónico no ha sido manipulado y se corresponde con su original.
- **Confidencialidad:** guardar el secreto frente a terceros en documentos, expedientes, mensajes, etc. Normalmente cifrados a través de herramientas criptográficas.
- **Disponibilidad:** la Administración abierta 7 días x 24 horas con información y los servicios a disposición de los ciudadanos. Implica una infraestructura tecnológica de operación con servidores y centros de respaldo, etc.
- **Trazabilidad:** sistemas que garantizan saber qué ha ocurrido con la información; quién, cómo, cuándo, dónde accedió a ella.
- **Conservación:** que la información se encuentre disponible e íntegra aún habiendo pasado largos periodos de tiempo.

Otros conceptos importantes de la Administración digital son los siguientes:

- **Firma electrónica:** conjunto de datos en forma electrónica, consignados junto a otros asociados con ellos, que pueden ser utilizados como medio de identificación del firmante. En Europa viene regulada mediante el Reglamento eIDAS 910/2014 que es de aplicación a todos los Estados miembros de la Unión.
- **Documento electrónico:** cualquier tipo de documento informático, utilizado preferente en formatos abiertos para que puedan ser compartidos. Adquirirá el rango de documento público cuando esté firmado electrónicamente por empleados públicos en el ejercicio de su competencia.
- **Expediente electrónico:** es el conjunto ordenado de actuaciones que se forman mediante agregación de documentos, pruebas, dictámenes, informes, notificaciones, etc...
- **Archivo electrónico:** es el repositorio único de los documentos electrónicos que corresponden a procedimientos finalizados. Los documentos deben conservarse en un formato que permita la autenticidad, integridad y conservación, así como su consulta independientemente del tiempo transcurrido. Habrá de contar con medidas de seguridad para garantizar la protección requerida.

Interesante

Gobierno electrónico y *cloud computing*

El *cloud computing* es un paradigma tecnológico que ofrece servicios y almacenamiento desde una estructura centralizada llamada "nube". Esta estructura es normalmente mantenida por un proveedor externo que garantiza las prestaciones de capacidad y seguridad. El ahorro de costes frente al clásico modelo de centro de proceso de datos *in house* tradicional es sustancial.

Gobiernos como el británico o japonés han dado pasos para migrar servicios digitales a una nube administrada por empresas privadas. Otros países, como España, son temerosos por el hecho de perder el control de la información a manos de terceros que son empresas. Desde un punto de vista técnico la solución está más que contrastada. Políticamente, sin embargo, dada la sensibilidad de los datos gubernamentales, el paso es mucho más complicado de dar.

- **Registro electrónico:** desde la perspectiva externa es el portal que permite interactuar electrónicamente con el correspondiente organismo para la presentación de escritos, comunicaciones, etc. Desde el punto de vista interno es la relación de asientos de los documentos que se presenten en una determinada Administración.
- **Notificación electrónica:** aunque existan otros servicios, el de dirección electrónica habilitada (DEH) del Ministerio de Hacienda español permite a los ciudadanos o empresas recibir todas las notificaciones procedentes de las Administraciones públicas en un único punto. La recepción es confidencial y segura, enviando además al ciudadano mediante un correo electrónico un aviso de recepción. El ciudadano puede elegir, para cada procedimiento, si desea ser notificado de forma electrónica. Las personas jurídicas, sin embargo, están obligadas al uso de medios digitales. La ley del procedimiento español determina que pasados diez días la notificación electrónica adquiere efectos jurídicos si no ha sido abierta por parte del destinatario.

6.3. Casos prácticos

Caso número uno

El plan estratégico de transformación digital en la administración general del estado y sus organismos autónomos 2015-2020

El Plan es el marco estratégico para la transformación digital de la Administración española. Un marco que da pie a que cada departamento ministerial y sus organismos autónomos adscritos puedan poner en marcha sus respectivos planes de acción sectoriales.

Se establece un gran objetivo: que la Administración sea digital en 2020. Para ello se despliegan una serie de principios rectores, objetivos estratégicos y líneas de acción.

Como principios rectores destacan los siguientes:

- La Administración digital se ha de desarrollar desde la perspectiva del usuario, garantizando la máxima sencillez y usabilidad, potenciando los datos sean únicos interoperables y consistentes. Se trata de que toda la información ya en disposición por parte de la Administración no haya de ser requerida al ciudadano.
- La colaboración como instrumento para potenciar la soluciones compartidas y los servicios comunes. Se trata de promover la reutilización y evitar las duplicidades que sólo cuestan tiempo y dinero.
- La innovación como pauta general para el rediseño de procesos, siempre con el beneficio al usuario en *leit motiv* principal.

En cuanto a los objetivos estratégicos que se plantean son los siguientes:

- La tramitación ha de ser digital, sin papel. Potenciar la automatización de procesos sencillos, el trabajo en remoto, la atención al cliente y el intercambio de información a través de servicios web.
- El canal digital es el medio preferente para relación con las Administraciones públicas. Fomentar el derecho de los ciudadanos de no aportar documentación sobre datos ya en poder de la Administración, apostar por servicios de movilidad y los servicios integrados que hagan fácil el acceso a los usuarios en puntos de información centralizados.

Continúa >>

<< Continuación

- Eficiencia en los servicios tecnológicos, obligando a la utilización de servicios compartidos o de buscar al menos similares que puedan estar ya disponibles antes de plantearse la puesta en marcha de uno nuevo.
- Promover la gestión del conocimiento y la reutilización de los datos a través de políticas de datos abiertos en formatos reutilizables, impulsando los análisis de utilidad pública para el posible desarrollo de aplicaciones.
- Potenciar la seguridad, sin que esta sea un menoscabo para la usabilidad de las aplicaciones. Establecer niveles de criticidad y de equilibrio entre ambas.

El plan completo se detalla en el documento al que puede accederse mediante el enlace:
https://administracionelectronica.gob.es/pae_Home/pae_Estrategias/Estrategia-TIC-AGE.html#.Wuw_uGupWpo

<< Continuación

- Solicitud online de las prestaciones más comunes: maternidad, paternidad o pensión.
- Detalle de los datos más comunes vinculados a las prestaciones: fecha de efectos, importes, forma de pago, tipo de prestación, etc.
- Certificaciones de las prestaciones recibidas.
- Solicitar la tarjeta sanitaria europea.
- *Qué hay de lo mío*: estado de tramitación de la prestación solicitada.

El acceso a todos estos servicios se puede realizar a través de DNI electrónico o certificado digital reconocido o por el servicio más sencillo de Cl@ve permanente explicado con anterioridad.

Dirección electrónica de *Tu Seguridad Social*:
<https://sede-tu.seg-social.gob.es>

Caso número dos *Tu seguridad social*



Tu seguridad social es la sede electrónica del sistema de Seguridad Social español. Su gran virtud, a diferencia de otros servicios de sede electrónica, es su usabilidad y sencillez de uso para el ciudadano, permitiéndole acceder a información personalizada y actualizada de la información que pueda necesitar en cada momento.

Es, en definitiva, una inmensa oficina de Seguridad social abierta 7x24 h cuyos servicios electrónicos más destacados serían los siguientes:

- Tiempo que falta para poder solicitar una pensión de jubilación.
- Simulador que permite calcular la futura pensión y edad de jubilación ordinaria.

Caso número tres El sistema RED de la Tesorería General de la Seguridad Social

El sistema RED (Remisión Electrónica de Datos) es un servicio gestionado por la Tesorería General de la Seguridad Social para el intercambio electrónico de datos, documentos y comunicación de actuaciones administrativas entre ésta y los autorizados para ello, con el fin de facilitar el cumplimiento de las obligaciones de Seguridad Social.

El canal de comunicación es Internet y su uso está dirigido a las empresas y a los profesionales autorizados. Los aspectos de la gestión que abarca el sistema RED son la afiliación, cotización y comunicación.

El RED Directo es una funcionalidad orientada a la pequeña y mediana empresa para facilitar el cumplimiento de sus obligaciones con la Seguridad Social mediante conexión directa en tiempo real con la Tesorería General de la Seguridad Social a través de Internet, sin necesidad de utilizar el sistema RED normal. Está dirigida a empresas que tengan menos de 15 trabajadores en alta.

7. Nuevos valores y competencias de la gestión pública en la era digital

La nueva sociedad derivada de la revolución digital, la naturaleza de los problemas a los que se enfrentan las organizaciones y sus elevados niveles de exigencia externa e interna demandan profesionales que puedan manejar con solvencia un entorno cada vez más complejo. En este capítulo se exponen algunos de los atributos y valores más representativos que los responsables de las instituciones públicas habrán de tener en cuenta en el marco de la era digital.

7.1. La gestión de los entornos VUCA

VUCA es el acrónimo en inglés de las palabras volátil, incierto, complejo y ambiguo. La gestión de entornos VUCA es uno de los aspectos a los que día a día habrán de enfrentarse los profesionales públicos. Una receta para la que no caben viejas fórmulas.

Para una gestión de éxito es preciso dar los pasos adecuados: leer correctamente el proceso, saberlo interpretar y aprender a gestionarlo. Hacerlo de una u otra forma será determinante para el éxito o fracaso.

Para ello, es conveniente mezclar iniciativa con prudencia. La capacidad de tener iniciativa para anticiparse al entorno y para poder afrontarlo en las mejores condiciones posibles. La prudencia, que no temor, para alinear a la organización con las nuevas tendencias y circunstancias derivadas del entorno.

En este tipo de entornos un porcentaje muy importante de éxito radica en la persistencia, en no rendirse demasiado pronto, en gestionar adecuadamente los ritmos. Tan importante como el éxito inicial es el ser capaces de resistir cuando las cosas no van bien y persistir en búsqueda de mejora continua. La persistencia facilita el cambio y el cambio, cuando se empieza a producir, es un fenómeno que se contagia. La persistencia supone un cuestionamiento permanente en clave de mejora, que requiere actitudes propias asumiendo el riesgo y el error como algo natural y necesario para avanzar. La persistencia es necesaria para promover procesos de prueba-error, gestión de riesgos y sobreponerse a escenarios adversos.

7.2. La capacidad para impulsar el cambio

Existen ciertos tópicos asociados al cambio. Uno de ellos es que la gente se resiste al mismo. Siendo en parte verdad, parece discutible que sea una verdad absoluta. ¿Quiénes de los que a priori etiquetamos como “reacios al cambio”, no nos sorprenden adoptando patrones innovadores o rupturistas en otras de sus costumbres o aficiones?

Para el éxito en los procesos de cambio se requiere identificar a una vanguardia que lo apoye y lo dinamice. Esa vanguardia de personas lo hará por diversos motivos, algunos puramente egoístas y no necesariamente relacionados directamente con el asunto en cuestión. Del éxito de este núcleo duro y su capacidad para moverlo en la organización e ir sumando aliados potenciales dependerá el éxito del proceso.

¿Cómo hacerlo? Tiende a pensarse que una buena receta es la persuasión amable o inducir temor con las consecuencias de no hacerlo. En ambos casos, el objetivo es el mismo: que las personas cambien de actitud, para posteriormente cambiar de comportamiento. Hacerlo al revés –cambiar primero los comportamientos sin cambiar antes las actitudes– es otra opción que suele dar excelentes resultados, especialmente si se afrontan primero los cambios más sencillos, menos controvertidos, o se aprovechan las ventanas de oportunidad.

En cualquier caso es preciso persuadir en el aspecto más interpersonal y emocional del cambio identificando cuáles son los motores y los frenos latentes en el proceso.

- Algunos de los frenos más habituales son: la aversión al riesgo, los escasos incentivos al cambio, la no existencia de condiciones de oportunidad, motivación o habilidades, el tamaño o complejidad de las organizaciones, mantener el *statu quo*, los grupos corporativistas, el agotamiento / estrés por la persistencia de tensiones derivadas de cambio, la ausencia de recursos, etc.
- Algunos de los motores o ventanas de oportunidad más habituales son: un contexto en el que haya apoyo desde arriba, que existan equipos específicos acostumbrados a este tipo de procesos, la obtención de resultados tangibles a los que se les haya dado visibilidad, apoyo de activos emprendedores internos, que estén disponibles mecanismos de incentivación, etc.

7.3. El reto de innovar

Los ciudadanos son cada vez más ciudadanos, conocen mejor sus derechos y están dispuestos a exigir su cumplimiento. Todo un reto para las Administraciones, ya que esta circunstancia conlleva un estímulo constante para cambiar cuestionándonos una y otra vez lo que estamos haciendo como organización pública.

La innovación no es en estos momentos una opción para el sector público, sino una auténtica obligación. Se hace complicado pensar que en un contexto como el que estamos hablando, tan convulso y cambiante, sea posible mantener los mismos sistemas de trabajo de hace décadas.

Pero hablar de innovación y Administración pública requiere abordar la cuestión con los matices necesarios, por la propia naturaleza singular del ente organizativo del que estamos hablando.

El sector público no es un todo homogéneo. Puede adquirir variadas formas desde un punto de vista jurídico, competencial o por su tamaño. No produce activos tangibles y está sujeto a presiones constantes de grupos de interés internos y externos que condicionan su funcionamiento. La Administración no viene afectada por cuestiones de mercado sino por la legitimidad que alcanza a través de su *performance* ante los ciudadanos.

Innovar en el sector público implica buenas dosis de oportunidad, pero no es un camino exento de dificultades. La mayor parte de las mismas tienen su base en superar resistencias y bloqueos derivados de la cultura imperante en unas burocracias públicas pensadas para garantizar derechos o ejercer autoridad, donde es más apreciada la estabilidad y el rigor que la necesidad de lanzarse a una continua espiral de nuevas ocurrencias.

Además existe otro elemento en lo público que condiciona la actividad innovadora dentro de una Administración: la política. La política puede incentivar la innovación cuando se asume desde arriba la necesidad de un cambio importante o cuando el interés personal del político le lleva a interpretar que el premio de innovar es superior al riesgo que supone. El riesgo lleva implícita la posibilidad de un error al que el político tiene pánico por las consecuencias (electorales y para su propia carrera) que pudiera acarrear.

Innovar supone encontrar nuevos caminos, hacer algo distinto, romper modelos establecidos. Requiere creatividad y curiosidad; pasión, esfuerzo y compromiso por lo que se está haciendo; y una buena dosis de templanza para gestionar los riesgos que de ella se derivan.

Es un error confundir la innovación con cambios macro, radicales o sistémicos. La innovación también tiene que ver con la llamada micro innovación, es decir aplicar nuevas ideas a casos de uso concretos. Estas fórmulas son más realistas y efectivas. Es por ello muy recomendable potenciar los microespacios de innovación: proyectos piloto, *start-ups* internas en ámbitos que por su propia naturaleza, perfil de personas involucradas, impacto social, etc. se den las condiciones más adecuadas.

7.4. El cultivo del talento

El talento es el combustible que acelera la innovación. Sin una adecuada gestión del talento es complicado que en la organización surjan dinámicas innovadoras. Es por tanto necesario detectar el talento, activarlo y conectarlo.

Detectar el talento no es fácil en el modelo burocrático de organización pública que conocemos. Pero estas mismas organizaciones son repositorios importantes de conocimiento y siempre existen personas dispuestas en un momento dado, en cualquier lugar y a diferentes niveles profesionales, a dar el paso hacia innovar.

Una vez detectado este talento, el segundo paso es activarlo. En este punto es necesario destacar la importancia de la gestión interpersonal como base para lograr la vinculación y la motivación de los implicados. Dotar de autonomía y confianza a cada profesional para que se auto responsabilice y comprometa es importante, pero no siempre es sencillo en entornos que destacan por el hiperformalismo, la jerarquía y el principio de autoridad o la mecanización del trabajo.

Por último conectar el talento es necesario, y cada vez más en la medida que la demanda de cambio es más ambiciosa y rupturista. La capacidad de construir estructuras informales de trabajo en red, que alimentan dinámicas colaborativas para el intercambio de conocimiento y cultivar el aprendizaje mutuo, es clave para fortalecer y estimular de manera progresiva el talento de una organización.

La comunicación es el lubricante perfecto para engrasar estos procesos. Presenta todo un abanico de opciones (individual, colectiva; analógica, digital; top down, bottom up) que, bien gestionadas, suponen el instrumento ideal para transformar la cultura interna a través del talento.

8. Conclusiones

La revolución digital es el vector de cambio más relevante en la actualidad. Empresas, trabajadores, ciudadanos e instituciones inevitablemente, lo quieran o no se van a

ver afectados. Nuevos nichos de mercado; formas de trabajar, consumir o relacionarse alternativas a las convencionales; cambios profundos en la forma de operar de las organizaciones.

La tecnología es el instrumento clave para hacer que las Administraciones públicas pasen ser más eficaces y eficientes, ofrezcan mejores servicios a los ciudadanos y relacionarse más intensamente con ellos. La digitalización es un tránsito indispensable, pero complejo por su carácter contracultural y sus impactos en modos de trabajar inamovibles durante décadas. Plantea así mismo nuevos retos jurídicos que demandan un cambio de enfoque hacia un cuestionamiento permanente de cómo se venían haciendo las cosas para ofrecer un mejor servicio a los ciudadanos.

Lo que está en juego es la legitimidad de lo público en un contexto especialmente difícil. Nada más y nada menos.

Bibliografía

ARENILLA, M. (2013) coord. *Teclas para transformar la Administración pública* Grupo de Investigación en Administración pública GIAP-2032.

BERTOT, J.C., JAEGER, P.T., GRIMES, J.M. (2010): "Using ICTs to create a culture of transparency: E-government and social media as openness and anti-corruption tools for societies". *Government information quarterly*, 27(3), 264-271.

CASTELLS, M. (2001): *La galaxia de Internet*. Plaza y Janés. Barcelona.

CORTÉS, O. (2013): *Líderes públicos en la nueva economía: 100 claves para un cambio en la Administración*. Editorial Rasche. Madrid.

FUNDACIÓN TELEFÓNICA, (2017): *Sociedad Digital 2017*. Fundación Telefónica. Madrid.

GUTIERREZ RUBÍ, A. (2014): "Seis rasgos clave de los millenials, los nuevos consumidores". *Revista Forbes* 1/8/16. México.

KANNAN, P.K., CHANG, A.M. (2013): *Beyond Citizen Engagement: Involving the Public in Co-Delivering Government Services*. IBM Center for the Business in Government.

KOTTER, J., COHEN, D. (2002): *El corazón del cambio*. Harvard Business Review Press.

NAIM, M (2013): *El fin del poder*, Debate, Madrid.

OCDE (2005): *E-government for better government*. OCDE Publishing.

ORTIZ DE ZÁRATE, A. (2013) *Intraemprendizaje público* Ed. NetBiblio.

OSIMO, D., ZINBAUER, D., BIANCHI, A.F. (2010): *The Future of eGovernment, an exploration of ICT driven models of eGovernment for the EU in 2020*. OPOCE.

PARISIER, E. (2017): *El filtro burbuja, cómo la web decide lo que leemos y lo que pensamos*. Taurus.

PWC (2017): *Sizing the Prize. What's the real value of AI for your business and how can you capitalize?* PWC <https://www.pwc.es/es/publicaciones/tecnologia/sizing-the-prize.html>

WE ARE SOCIAL y HOOTSUITE, (2018): *2018 Digital Yearbook* <https://wearesocial.com/blog/2018/01/global-digital-report-2018>.

11

- **La gestión de la información**
- Luis López Loma



Sector	Revenue	Profit
0	\$ 4,132.00	\$ 3,453.00
00	\$ 14,003.00	\$ 6,995.00
000	\$ 19,228.00	\$ 22,756.00
0000	\$ 28,764.00	\$ 30,750.00
00000	\$ 39,825.00	\$ 56,000.00
000000	\$ 12,281.00	\$ 69,415.00
0000000	\$ 58,929.00	\$ 49,100.00
00000000	\$ 79,164.00	\$ 78,919.00
000000000	\$ 82,933.00	\$ 79,526.00

1. Binomio formado por la información y la seguridad

1.1. La información como activo

La información es un activo vital que, como otros activos comerciales importantes y estratégicos, es esencial para el negocio de una organización y en consecuencia necesita ser protegido adecuadamente. En la figura 1 se muestra gráficamente como un dato se convierte en un elemento de valor dentro de una organización.



Figura 1. Cadena de valor de la información



Fuente: Elaboración propia.

1.2. La seguridad en términos generales

La tecnología ha transformado nuestro día a día. De hecho, a modo particular, nadie concibe un día sin enviar un correo electrónico, conectarse a una red social, escuchar música o ver una serie. En el mundo de la empresa no se podría trabajar sin transacciones electrónicas o la utilización de servicios *cloud* para reducir costes y mejorar la productividad.

Voutssas (2010) expone que para poder comprender el concepto integral de la seguridad informática, es indispensable entender los diversos conceptos básicos que la rigen. Se relacionan a continuación:

- **Recursos informáticos:** el equipo de cómputo y telecomunicaciones; los sistemas, programas y aplicaciones, así como los datos e información de una organización. También se les conoce como “activos informáticos”.
- **Amenaza:** fuente o causa potencial de eventos o incidentes no deseados que pueden resultar en daño a los recursos informáticos de la organización.
- **Impacto:** la medida del efecto nocivo de un evento.
- **Vulnerabilidad:** característica o circunstancia de debilidad de un recurso informático la cual es susceptible de ser explotada por una amenaza.

- **Riesgo:** la probabilidad de que un evento nocivo ocurra combinado con su impacto en la organización.
- **Principio básico de la seguridad informática:** la seguridad informática no es un producto, es un proceso.

1.3. Concepto de seguridad informática

La **seguridad informática** se encarga de la seguridad del medio informático. Según Aguilera (2011), se puede definir a la seguridad informática como la disciplina encargada de plantear y diseñar las normas, procedimientos, métodos y técnicas con el fin de obtener que un sistema de información sea seguro, confiable y sobre todo que tenga disponibilidad. Mientras tanto la **seguridad de la información** no se preocupa solo por el medio informático, se preocupa por todo aquello que pueda contener información, como por ejemplo todos los soportes físicos.

Actualmente la informática está siendo inundada por toda la información posible, pero la información por sí sola sigue siendo un universo más grande y en muchos casos más complejo de manejar, ya que los procesos en muchos casos no son tan visibles para los involucrados.

La principal tarea de la seguridad informática es la de minimizar los riesgos, que en este caso provienen de muchas partes; puede ser de la entrada de datos, del medio que transporta la información, del *hardware* que es usado para transmitir y recibir, de los mismos usuarios y hasta de los protocolos que se están implementando; pero siempre la tarea principal es minimizar los riesgos para obtener mejor y mayor seguridad.

Lo que debe contemplar la seguridad se puede clasificar en tres partes como son los siguientes:

- **Usuarios:** considerados como el eslabón más débil de la cadena, ya que las personas pueden cometer un error y olvidar algo o tener un accidente y este suceso puede comprometer la información y que terceros puedan acceder a ésta.
- **Información:** compuesta por la interpretación de todos los datos introducidos en el sistema, es el principal objetivo de la seguridad informática, ya que es lo que se desea proteger y lo que tiene que estar a salvo, en otras palabras, se dice que es el principal activo.
- **Infraestructura:** entendiéndose como todos los recursos necesarios para albergar, tratar y transmitir la información pudiendo ser uno de los medios más controlados para securizar todos los procesos.

2. Elementos vulnerables

Seguridad es un concepto asociado a la certeza, falta de riesgo o contingencia. Conviene aclarar que no siendo posible la certeza absoluta, el elemento de riesgo está siempre presente independientemente de las medidas que tomemos, por lo que debemos hablar de niveles de seguridad, ya que la seguridad absoluta no es posible. En adelante entenderemos que la seguridad informática es un conjunto de técnicas encaminadas a obtener niveles altos de seguridad.

La seguridad es un problema integral, los problemas de seguridad informática no pueden ser tratados aisladamente ya que la seguridad de todo el sistema es igual a su punto más débil. El uso de sofisticados algoritmos y métodos es inútil si no garantizamos la confidencialidad de las estaciones de trabajo, por otra parte, existe algo que los *hackers* llaman ingeniería asociada que consiste simplemente en conseguir mediante un engaño que los usuarios autorizados revelen sus **contraseñas**, por lo tanto la educación de los usuarios es fundamental para que la tecnología de seguridad pueda funcionar.

En vista de estas manifestaciones, hay tres elementos principales a proteger en cualquier sistema informático: el *software*, el *hardware* y los datos.

- **Por *hardware*** entendemos el conjunto de todos los elementos físicos de un sistema informático como CPU, terminales, cableados, medios de almacenamiento secundarios, tarjeta de red, etc.
- **Por *software*** entendemos el conjunto de programas lógicos que hacen funcionar el *hardware*, tanto sistemas operativos como aplicaciones.
- **Por *datos*** el conjunto de información lógica que maneja el *software* y el *hardware*, como por ejemplo paquetes que circulan por un cable de red o entradas de una base de datos.

Por tanto, y en conclusión, tenemos que ser conscientes de que las medidas de seguridad que deberán establecerse en cualquier sistema de información comprenderán y tendrán repercusión sobre el *hardware*, el sistema operativo, las comunicaciones y los soportes físicos.

3. Fundamentos de seguridad de la información

Según la norma UNE ISO 27002 (2017) "La información es un activo que, al igual que otros activos del negocio, es esencial para la organización, y por lo tanto debe ser protegido de forma adecuada." (p. 9).

Por ello, es vital garantizar su seguridad pero lograrla, no es tarea fácil. Spafford (citado en Dewney 1989), profesor de ciencias informáticas en la Universidad Purdue (Indiana, EEUU) y experto en seguridad de datos, dijo que:

El único sistema seguro es aquel que está apagado y desconectado, enterrado en un refugio de cemento, rodeado por gas venenoso y custodiado por guardianes bien pagados y muy bien armados. Aun así, yo no apostaría mi vida por él (p. 110).

En general, en la actualidad podemos entender que un sistema de información es seguro si podemos garantizar los tres pilares que se muestran en la figura 2:



Figura 2. Pilares de la seguridad



Fuente: Observatorio Tecnológico (2012).

La UNE ISO 27002 (2017) determina que existen tres fuentes donde obtener los requisitos de seguridad que nos ayuden a velar por la integridad de estos tres pilares:

- **Primera fuente:** es el análisis de riesgo realizado por la propia organización. Como veremos en el capítulo siguiente, a través de una evaluación interna se podrán averiguar las amenazas y su probabilidad de materialización, lo que ayudará a identificar las medidas de seguridad idóneas.

- **Segunda fuente:** es el cumplimiento de requisitos legales, estatutarios, reglamentarios y contractuales a los que la organización se encuentre sometida. Por ejemplo, la normativa de protección de datos de carácter personal que se explicará más adelante.
- **Tercera fuente:** son los propios objetivos y requisitos del negocio que la organización se ha establecido como necesarios para dar soporte al tratamiento de la información. Es decir, las medidas internas que la organización se haya autoimpuesto.

3.1. Los tres pilares de la seguridad

La confidencialidad, la integridad y disponibilidad son los principales pilares de la seguridad porque ayudan a sacarle el máximo rendimiento de la información con el mínimo riesgo. Si alguno de estos pilares se debilita, se perderá seguridad y por tanto la organización queda expuesta a ataques. Para comprender el alcance de cada uno de los éstos pilares se debe conocer en detalle cuál es su función:

- a) **Confidencialidad:** hace referencia a la necesidad de mantener el secreto de determinada información o recursos. Su objetivo es prevenir la divulgación no autorizada de la información.

Para garantizar la confidencialidad se pueden implementar, principalmente, las siguientes medidas técnicas:

- Sistemas de autenticación de usuarios
- Gestión de privilegios
- Sistemas de cifrado y encriptación

- b) **Integridad:** hace referencia a la fidelidad de la información o recursos, y normalmente se expresa en lo referente a prevenir el cambio impropio o desautorizado.

El objetivo de la integridad es prevenir modificaciones no autorizadas de la información, por tanto, la integridad abarca tanto la propia información, como el origen de la misma. Es importante hacer hincapié en la integridad del origen, ya que puede afectar a su exactitud, credibilidad y confianza que las personas ponen en la información.

Para garantizar la integridad se deben considerar las siguientes actividades:

- Sistemas de monitorización del tráfico de red para descubrir posibles intrusiones

- Sistemas de control de registros
- Sistemas de control de cambios

- c) **Disponibilidad:** hace referencia a la accesibilidad del sistema y de los recursos del sistema de información. El objetivo de la disponibilidad es prevenir interrupciones no autorizadas/controladas de los recursos informáticos.

Para garantizar la disponibilidad se pueden implementar las siguientes medidas:

- Firmar un acuerdo de nivel de servicio (o SLA de su acrónimo en inglés: *Service Level Agreement*). En la tabla 1 se muestra un ejemplo de acuerdo de servicios:



Tabla 1. Ejemplo de acuerdo de nivel de servicios

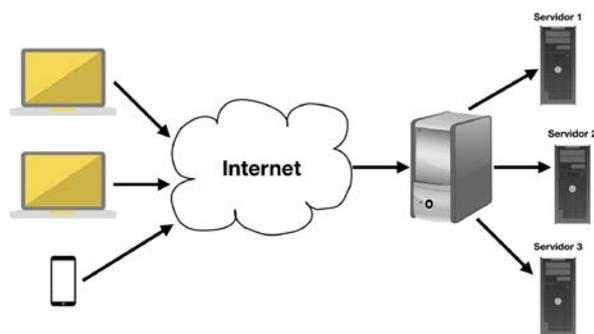
Umbral de disponibilidad	99,5 %
Plazo de aviso de parada	7 días hábiles antes de la parada
Horario de intervención	De 00:00 a 5:00 am
Duración de la parada	≤ 4 horas
Número máximo de intervenciones permitidas	≤ 3 anuales

Fuente: Elaboración propia.

- Balanceadores de carga



Figura 3. Ejemplo de balanceador de carga



Fuente: Elaboración propia.

- Sistemas de copias de seguridad
- Disponer de recursos alternativos a los primarios

Toda organización debe mantener el equilibrio entre estos tres pilares, debiendo ponderar las medidas de seguridad para que se consigan los tres sin que alguno de ellos sufra. Por ejemplo, no tiene sentido conseguir la confidencialidad a toda costa para un archivo si después ni siquiera el usuario administrador puede acceder a él, ya que en ese caso se está negando la disponibilidad.

3.2. Situaciones que comprometen la seguridad de la información

La dependencia informática tan fuerte a la que las organizaciones se encuentran sometidas, junto con la inexorable evolución de las telecomunicaciones para interactuar en Internet y compartir información, ha cambiado el paradigma de la seguridad y la expectativa de privacidad de la información.

Con el sólo hecho de abrir un correo electrónico o realizar una transacción en línea podemos poner en riesgo la seguridad corporativa de toda la organización. Por ello, todo usuario debe concienciarse sobre la importancia de la seguridad informática, ya que el factor humano es el eslabón más débil en lo que respecta a la integridad de la información. Actualmente las principales situaciones que comprometen la seguridad de la información donde el factor humano es determinante son:

a) Uso incorrecto de la tecnología

Hemos pasado de tener sólo el ordenador en el puesto de trabajo dentro de la oficina a llevarlo en el bolsillo y estar constantemente conectado a él. Y es que, aunque no lo parezca, los teléfonos móviles son pequeños ordenadores. Los dispositivos que nos rodean y que se utilizan de forma cotidiana para el desempeño de las tareas empresariales, permiten tener la conectividad total de tal forma que actualmente se puede estar controlando una empresa desde cualquier parte del mundo sin necesidad de estar conectado en un puesto fijo dentro de una oficina. Pero el uso inadecuado de estas características también puede poner en riesgo nuestra información. Por ejemplo, conectarse a una red Wi-Fi no segura puede permitir que terceros accedan al contenido del dispositivo; instalar *software* ilegal puede facilitar un ataque informático; no tener actualizados los sistemas operativos podría derivar en una brecha de seguridad por no tener los últimos parches de seguridad instalados, etc.

Además la falta de conciencia de seguridad puede implicar también el no realizar copias de respaldo o de seguridad. O realizarlas de forma poco segura como por ejemplo almacenarla en el propio ordenador, con lo que al final, si éste resultara afectado, la copia de respaldo también quedaría afectada.

En definitiva, ser prudentes con la tecnología y hacer un uso consciente, siempre garantizará un nivel de seguridad de la información.

b) Virus, códigos maliciosos y engaños

La información está expuesta constantemente a *virus*, *códigos maliciosos*, *troyanos*, etc., bien porque llegan a través de correo electrónico, por la descarga e instalación de *software* ilegal, por la navegación por sitios poco seguros, por la introducción de dispositivos de almacenamiento externo, etc.

Sin ir más lejos, un troyano se puede *auto-instalar* en un ordenador gracias a una memoria extraíble USB. Las memorias extraíbles pueden ser útiles, pero también son una gran fuente de contagio, por lo que siempre que sea posible, en una organización no debería aceptar dispositivos ajenos para el traslado de información.

Este tipo de amenazas pueden provocar la pérdida definitiva de la información, el secuestro de la misma, o incluso que monitoreen la actividad realizada por el usuario para descubrir contraseñas, números de tarjeta de crédito, o cualquier otra información sensible para la comisión de cualquier actuación *cibercriminal*.



Gran parte de estas amenazas se pueden evitar o incluso se podrían eliminar a través de un buen *software* antivirus y sistemas de cortafuego. Pero tener un antivirus no es garantía total de no ser infectado, ya que dependiendo de las actividades que realicemos vamos a estar más o menos expuestos ante este tipo de amenazas.

Por ello, y al hilo del punto anterior, hace falta tener un buen criterio analítico a la hora gestionar el correo electrónico, debiendo evitar descargar archivos adjuntos de correos electrónicos de personas o entidades desconocidas. Pero sobre todo, asegurarse de que el emisor es quien dice ser, ya que en muchos casos se reciben correos electrónicos, supuestamente de la entidad bancaria con la única finalidad de engañar al usuario para conocer sus claves personales con fines delictivos.

Pero no sólo se debe tener cuidado con los correos electrónicos, sino también con las redes sociales, ya que en ocasiones, se puede recibir un mensaje directo de un desconocido, indicando el acceso a un determinado enlace. Ese link puede conducir a un portal *web* infectado con *malware* que termine infectando el ordenador o el teléfono móvil.

c) Externalización de gestiones

El auge del *cloud computing* ha propiciado el desarrollo de plataformas que permiten mejorar el almacenamiento de la información de las organizaciones, bien teniendo más capacidad para guardar información, bien teniendo herramientas que mejoran el tratamiento de la misma. A pesar de las potenciales ventajas que supone la tecnología en la nube, es cierto que delegar la gestión de la información en terceros entraña cierto riesgo puesto que deja de estar bajo la propia gestión.

A veces, en la contratación de estos proveedores prima más la oferta económica que la seguridad. Por ejemplo, pongamos el caso de servicios de alojamiento de datos, donde en la mayoría de las situaciones se puede optar por un servicio gratuito. No debemos dejar de lado el hecho de que muchos de estos proveedores, a cambio de sus servicios, utilizan los datos proporcionados por los propios usuarios para compartirlos con terceros y de esta forma ofrecer productos y servicios de acuerdo a sus hábitos.

Además, en la mayoría de las situaciones que se contratan este tipo de servicios no se realiza una lectura detenida de los términos y condiciones publicados en el portal *web* del potencial proveedor para conocer de forma detallada cómo se van a manejar los datos y las medidas de seguridad que aplican.

d) Robo, pérdida y extravío de dispositivos

De todas las situaciones descritas anteriormente, ésta puede ser la más difícil de controlar ya que muchas veces dependerá del azar. Por ese mismo motivo, se deben de adoptar medidas preventivas como por ejemplo, un sistema de bloqueo remoto para que ningún tercero pueda ver la información o implantar medidas de rastreo y geolocalización para poder localizar los dispositivos.

4. Gestión de riesgos de seguridad y controles

4.1. Evaluación de riesgos y amenazas

Debemos entender como **riesgo** cualquier posibilidad de que se materialice una amenaza o situación que provoque un ataque a los sistemas de información y produzca el quebrantamiento de alguno de los pilares comentados en el capítulo anterior.

Según Voutssas (2010), el riesgo es la probabilidad de que un evento nocivo ocurra combinado con su impacto o efecto nocivo en la organización. Se materializa cuando una amenaza actúa sobre una vulnerabilidad y causa un impacto.

4.2. Análisis de vulnerabilidades y metodología

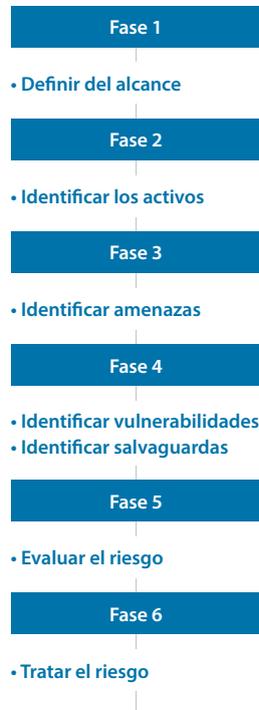
Para la correcta conjugación de los elementos anteriores se requiere implementar una metodología de análisis de vulnerabilidades con la finalidad de tratar de mitigar o reducir los riesgos detectados dentro de los sistemas de información. Todo ello, bajo un proceso que el INCIBE (2017), siglas del Instituto Nacional de Ciberseguridad de España plantea en las fases ilustradas en la figura 4.



No tener actualizados los sistemas operativos podría derivar en una brecha de seguridad



Figura 4. Fases de un sistema de gestión de riesgos



Fuente: INCIBE (2017).

Fase 1. Concreción de que se quiere analizar

El punto de partida para un correcto análisis de riesgo es saber sobre qué parte de la organización se va a realizar, es decir, si afecta a la seguridad de la información de un determinado departamento, de un determinado proceso, de un sistema en particular, etc.

Fase 2. Identificar los activos

Teniendo claro que se quiere analizar, se deben identificar los recursos que conforman ese sistema de información que guardan relación con el departamento, proceso, o sistema objeto del estudio. Para mantener un inventario de activos sencillo puede ser suficiente con hacer uso de una hoja de cálculo o tabla como la que se muestra a continuación a modo de ejemplo en la figura 5.



Figura 5. Modelo de inventario de recursos

	ID		
	ID_01	ID_02	ID_03
Nombre	Servidor 01	RouterWifi	Servidor 02
Descripción	Servidor de contabilidad	Router para la red WiFi de cortesía a los clientes	Servidor para la página web corporativa
Responsable	Director Financiero	Dept. Informática	Dept. Informática
Tipo	Servidor (Físico)	Router (Físico)	Servidor (Físico)
Ubicación	Sala de CPD1	Sala de CPD1	CPD externo
Crítico	Sí	No	Sí

Fuente: INCIBE (2017).

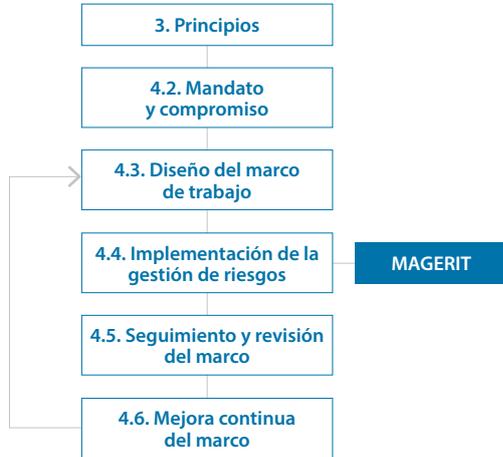
Fase 3. Identificación de las amenazas

Habiendo identificado los principales activos, el siguiente paso consiste en identificar las amenazas a las que estos están expuestos. Como se puede imaginar, el conjunto de amenazas es amplio y diverso ya que pueden producirse por diferentes elementos tanto externos como internos de la organización por lo que se debe realizar un exhaustivo esfuerzo en poder identificar todas las amenazas.

Siguiendo la terminología de la normativa ISO 31000, MAGERIT responde a lo que se denomina **Proceso de Gestión de los Riesgos** y lo implementa dentro de un marco de trabajo para que las organizaciones tomen las decisiones oportunas teniendo en cuenta los riesgos derivados del uso de tecnologías de la información. De forma ilustrativa, se muestra en la figura 6 como se integra esta metodología dentro del proceso de gestión de riesgos.



Figura 6. Relación de la metodología MAGERIT en un proceso de gestión de riesgos



Fuente: Adaptado de Dirección General de Modernización Administrativa, Procedimientos e Impulso de la Administración Electrónica (2012).

Fase 4. Identificación de las vulnerabilidades

Los recursos inventariados en la primera fase deben ser auditados para identificar sus puntos débiles o vulnerabilidades. Por ejemplo, una posible vulnerabilidad puede ser que los ordenadores no tengan instalados los últimos parches de seguridad, o que cuenten con sistemas operativos desactualizados.

Fase 5. Evaluación del riesgo

Con toda la información obtenida hasta el momento, se establecerá la probabilidad de que una amenaza se materialice y el grado de impacto que produciría dentro de la organización. El cálculo de riesgo se puede realizar usando tanto criterios cuantitativos como cualitativos tal como se aprecia en la figura 7.

La elección del criterio cuantitativo o cualitativo definirá el cálculo del riesgo. Cabe destacar que ambos criterios no son excluyentes, sino complementarios. De tal forma que la combinación de ambos criterios aporta mayor valor a la hora de combatir y reducir los riesgos dentro de la organización.

Si hemos optado por hacer el análisis cuantitativo, calcularemos multiplicando los factores probabilidad e impacto, como se refleja en la figura 8.



Figura 7. Clasificación cuantitativa y cualitativa de los riesgos

Cualitativo	Cuantitativo	Descripción
Baja	1	La amenaza se materializa a lo sumo una vez cada año.
Media	2	La amenaza se materializa a lo sumo una vez cada mes.
Alta	3	La amenaza se materializa a lo sumo una vez cada semana.

Fuente: INCIBE (2017).



Figura 8. Cálculo del riesgo bajo el criterio cuantitativo

$$\text{Probabilidad} * \text{Impacto} = \text{Riesgo}$$

Fuente: Elaboración propia.

Si por el contrario se quiere optar por un análisis cualitativo del riesgo, se deberá elaborar una matriz de riesgo como la que se muestra en la figura 9.



Figura 9. Matriz para clasificar el riesgo de forma cualitativa

Probabilidad	Impacto		
	Bajo	Medio	Alto
Baja	Muy bajo	Bajo	Medio
Media	Bajo	Medio	Alto
Alta	Medio	Alto	Muy alto

Fuente: INCIBE (2017).

Debemos poner en relación las vulnerabilidades detectadas en la anterior fase y relacionarla con esta matriz. Con ello se podrá estimar la probabilidad y el impacto teniendo en cuenta las salvaguardas con las que cuenta la organización.

Fase 6. Gestión del riesgo

Para gestionar los riesgos seleccionados existen cuatro estrategias:

- **Transferir el riesgo a un tercero:** por ejemplo, contratando un proveedor que tenga mejor capacidad técnica que nuestra organización para realizar un proceso, o bien, contratando un seguro que cubra los daños a terceros ocasionados por fugas de información.
- **Eliminar el riesgo:** por ejemplo, eliminando un proceso o el recurso que está expuesto al riesgo.
- **Asumir el riesgo:** si por motivos de negocio, por ejemplo porque el coste es desproporcionado o el estado de la técnica aún no es estable, la organización puede asumir el riesgo, pero dicha decisión siempre deberá estar justificada.
- **Mitigar el riesgo:** aplicando medidas de seguridad que ayuden a reducir la consideración del riesgo.

En cualquier caso, a la hora de elegir una u otra opción la organización debe mantener el equilibrio entre el costo que tiene una actividad de control, la importancia del recurso y el nivel de criticidad del riesgo.

5. Protección de datos de carácter personal

5.1. Normas y principales obligaciones legales en materia de privacidad

A priori, el marco jurídico más cercano aplicable a la gestión de la información se compone por el conjunto de normas que regulan el uso y tratamiento de datos personales. Desde el 25 de mayo de 2018, se encuentra en vigor, el **Reglamento General de Protección de datos** (en adelante, **RGPD**) aprobado el 18 de abril de 2016, y por otra parte, en España se encuentra en vigor desde el 5 de diciembre de 2018 y en España la Ley Orgánica de 3/2018 sobre Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (conocida también como **LOPDGDD**).

Y digo que a priori, porque dicha normativa sólo será de aplicación cuando implique el tratamiento de datos personales, entendiéndose estos como **cualquier información concerniente a personas físicas identificadas o identificables**. Pero los principios de seguridad sobre la información ciertamente es aplicable a cualquier tipo de dato, sea o no, de carácter personal.

Pero la preocupación legislativa de un tratamiento lícito y correcto de datos personales no sólo es una cuestión europea. De hecho, en Canadá se promulgó La Ley de Protección de Información Personal y Documentos Electrónicos (también conocida como PIPEDA, de sus siglas en inglés) que establece las reglas que cualquier organización debe seguir al recopilar información personal. Identificando claramente las razones y finalidades por las que se recopilan la información personal. Exponer a cualquier usuario por qué y para qué se recopila su información es esencial para obtener el consentimiento válido de las personas, que es otro requisito de la PIPEDA.

La normativa canadiense también especifica que las organizaciones deben limitar su colección a lo que es necesario para los fines identificados. Por lo tanto, antes de recopilar información personal, se debe considerar cuidadosamente qué datos o información personal se está recopilando, por qué, cómo y para qué se utilizarán, a fin de garantizar que tengan las prácticas de privacidad correctas.

Los mismos principios de información, transparencia y consentimiento se expanden por las legislaciones de todo el mundo como ocurre en normativas tan dispares geográficamente como es la Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales, Ley n.º 8968 de Costa Rica y la Privacy Act 1988 de Australia.

Del estudio comparado de las normativas referentes a la protección de datos se desprende, que para realizar el tratamiento de datos personales se deberán contemplar los siguientes principios fundamentales:

- a) **Tratados de manera lícita, leal y transparente:** Lo que implica que cualquier tratamiento de datos debe realizarse bajo una base legítima, que podrá ser por ejemplo:
 - El consentimiento del propio interesado;
 - La necesidad de ejecución de un contrato en el que el interesado es parte o para la aplicación a petición de este de medidas precontractuales;
 - El cumplimiento de una obligación legal;
 - Proteger intereses vitales del interesado o de otra persona física;
 - El cumplimiento de una misión realizada en interés público o en el ejercicio de poderes públicos;

- La satisfacción de intereses legítimos perseguidos por la organización como responsable del tratamiento o por un tercero, siempre que sobre dichos intereses no prevalezcan los intereses o los derechos y libertades fundamentales del interesado que requieran la protección de datos personales, en particular cuando el interesado sea un niño.
- b) **Tratados únicamente para una finalidad limitada:** Lo que implica ofrecer a las personas afectadas información suficiente para que conozcan las finalidades con las que se van a tratar sus datos personales, la identidad de la organización que va a hacer el tratamiento.
- c) **Adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados:** Lo que implica que el tratamiento de datos se deberá limitar única y exclusivamente a los datos necesarios para los fines debidamente informados y que sean necesarios para el propósito legítimo que se pretende.
- d) **Exactos y actualizados:** Lo que implica que se deben adoptar todas las medidas razonables para que se supriman o rectifiquen sin dilación los datos personales que sean inexactos con respecto a los fines para los que se tratan.
- e) **Limitados en el tiempo:** Lo que implica que no deberán conservarse más tiempo del necesario para los fines del tratamiento de los datos personales.
- f) **Tratados de tal manera que se garantice su confidencialidad y seguridad:** Lo que implica que se deberán adoptar las medidas de seguridad necesarias acorde al tipo de datos, medios de tratamiento y el estado de la técnica. Es por ello, que existe tan estrecha relación entre gestión de datos personales y seguridad de la información, y por ello, la necesidad de aplicar procedimientos de gestión de riesgos para evaluar y definir las medidas más óptimas para garantizar un tratamiento de datos seguros conforme a lo visto en los apartados anteriores.

5.2. Derechos de los interesados

La protección de datos de carácter personal no puede entenderse sin ofrecer a los interesados un conjunto de derechos que les garanticen el control del uso que se hace de sus datos personales por parte de las empresas e instituciones responsables de esos tratamientos. En este sentido, tanto la normativa europea (artículos 15 y siguientes del Reglamento (UE) 2016/679) como la mayoría de normativas de protección de datos a nivel mundial,

regulan los derechos de acceso, rectificación, supresión, limitación, portabilidad y oposición (figura 11), así como el derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles.

Las principales características de dichos derechos son las siguientes:

- Su ejercicio es gratuito.
- Las solicitudes deben responderse en el plazo estipulado.
- Las organizaciones están obligadas a informar a los interesados sobre los medios para ejercitar estos derechos. Si la solicitud se presenta por medios electrónicos, la información se facilitará por estos medios cuando sea posible, salvo que el interesado solicite que sea de otro modo.
- Si la organización no da curso a la solicitud, informará de las razones de su no actuación y la posibilidad de reclamar ante una autoridad de control.
- Se pueden ejercer estos derechos directamente o por medio de un representante legal o voluntario.
- Cabe la posibilidad de que el encargado de tratamiento sea quien atienda la solicitud por cuenta del responsable si ambos lo han establecido en el contrato o acto jurídico que les vincule.



Figura 11. Infografía ilustrativa de los derechos en materia de protección de datos



Fuente: Agencia Española de Protección de Datos (2018).

5.3. Buenas prácticas en materia de protección de datos

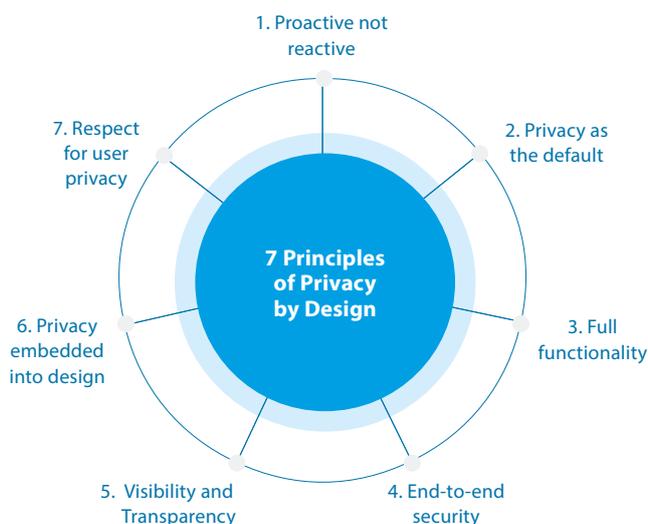
A) Privacidad desde el diseño

La privacidad desde el diseño es un enfoque de ingeniería de sistemas desarrollado inicialmente por Ann Cavoukian y formalizado en un informe conjunto sobre tecnologías de mejora de la privacidad por un equipo conjunto del Comisionado de Información y Privacidad de Ontario (Canadá), la Autoridad Holandesa de Protección de Datos y la Organización Holandesa para la Investigación Científica Aplicada en 1995.

La privacidad desde el diseño (o *Privacy by Design* en inglés, se muestra gráficamente en la figura 12) otorga un control desde el inicio del tratamiento de los datos personales, por ello, es fundamental contar y aplicar este tipo de prácticas desde el primer momento de un tratamiento de datos personales, para por un lado, mitigar el uso de datos personales y por otro lado, reducir los riesgos sobre la información y los tratamientos que se vayan a realizar, ayudando a aplicar las soluciones necesarias para preservar la privacidad en las diferentes etapas del proyecto. De esta manera, la privacidad por diseño puede ser una herramienta para empoderar a las personas en la era de las grandes cantidades de datos, así como para respaldar la responsabilidad y confianza de las organizaciones.



Figura 12. Gráfico ilustrativo de los principios que componen la privacidad desde el diseño



Fuente: Elaboración propia.

Dado que la privacidad desde diseño se basa en crear características de privacidad desde el inicio de los tratamientos de datos, puede ser un concepto y una herramienta muy útil para el Big Data, porque permite la implementación temprana de controles que protejan los datos personales.

B) La responsabilidad activa

El principio de **responsabilidad activa** (traducción del término *Accountability* del tenor literal del RGPD) refleja el compromiso de **hacer las cosas bien por definición**, con independencia de que exista una norma concreta de carácter imperativo que así lo exija.

Como medidas de responsabilidad activa podemos encontrar:

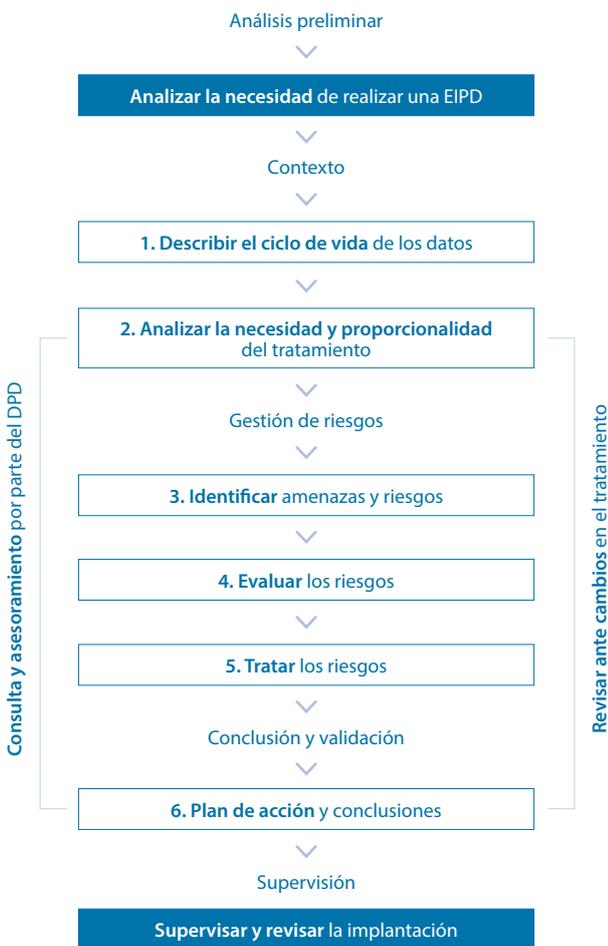
- **El establecimiento de procedimientos internos** previos a la creación de nuevas operaciones de tratamiento de datos personales.
- **El establecimiento de políticas escritas y vinculantes** de protección de datos que se tengan en cuenta y se valoren en nuevas operaciones de tratamiento de datos que deben ponerse a disposición de las personas interesadas.
- **La cartografía de procedimientos** que garanticen la identificación correcta de todas las operaciones de tratamiento de datos y el mantenimiento de un inventario de las mismas.
- **El nombramiento de un delegado de protección de datos.** Que será la persona que se encargue del correcto cumplimiento de la normativa de protección de datos.
- **Formar en protección de datos al personal de la organización.**
- **El establecimiento de procedimientos internos de gestión y notificación eficaces** de quebras de seguridad.
- **La realización de evaluaciones de impacto sobre la privacidad** en circunstancias específicas.
- **La aplicación y supervisión de procedimientos de verificación** que garanticen que las medidas no sean sólo nominales, sino que se apliquen y funcionen en la práctica (auditorías internas o externas).

C) La evaluación de impacto

Una **evaluación de impacto** (también conocida como EIPD en su forma abreviada, se ilustra en la figura 13) es una herramienta con carácter preventivo que debe realizar una entidad como responsable del tratamiento para poder identificar, evaluar y gestionar los riesgos a los que están expuestas sus actividades de tratamiento con el objetivo de garantizar los derechos y libertades de las personas físicas. Este proceso de evaluación se puede integrar dentro de las pautas marcadas anteriormente para lograr la privacidad desde el diseño.



Figura 13. Tabla ilustrativa de los derechos en materia de protección de datos



Fuente: Agencia Española de Protección de Datos (2018).



En la práctica, la evaluación de impacto tiene una estructura de análisis muy similar a la gestión de riesgos vistos anteriormente, pero con esta metodología nos permite centrar la seguridad en referencia al tratamiento de datos de carácter personal, con el objetivo de establecer las medidas de control más adecuadas para reducir el mismo hasta un nivel considerado aceptable.

D) La anonimización y seudonimización

La **anonimización** de datos es un método para eliminar información de identificación personal de un conjunto de datos y así proteger la privacidad de la persona o empresa de la que se recopilaban los datos. Con el uso creciente de análisis de datos y Big Data, el uso de conjuntos de datos anónimos se ha vuelto popular.

El objetivo de la anonimización de datos es la **protección de la privacidad y el cumplimiento de la ley**. Implica la modificación de los conjuntos de datos para que no quede información personal identificable. Como resultado, los datos pueden ser utilizados y transferidos sin que las identidades de los individuos sean reveladas involuntariamente. **Pero la verdadera anonimización es difícil de lograr.**

En vista de ello, el Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2014) en su Dictamen 5/2014 desarrolló una lista de criterios para la anonimización, señalando unas premisas básicas a tener en cuenta antes de realizar cualquier proceso de anonimización.

A su vez, la seudonimización es una excelente forma de reducir los riesgos derivados del tratamiento de datos de carácter personal de los interesados afectados en proyectos de Big Data y ayuda a las organizaciones a cumplir con sus obligaciones de protección de los datos. Pero no se debe perder de vista que utilizando estas técnicas una persona aún puede ser identificable, por lo que cada organización deberá tomar medidas adicionales y más aún si lo que se pretende es anonimizar los datos, puesto que en estos casos se deberá garantizar que la identificación sea irreversible.

6. Bibliografía

Agencia Española de Protección de Datos (2018). *Guía para una evaluación de impacto en la protección de datos personales*. Recuperado de: <https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf>

Agencia Española de Protección de Datos (2018). *Infografía ilustrativa de los derechos en materia de Protección de Datos*. [Figura]. Recuperado de:
<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-09/guia-evaluaciones-de-impacto-rgpd.pdf>

Agencia Española de Protección de Datos (2018). *Tabla ilustrativa de los derechos en materia de protección de datos*. [Figura]. Recuperado de:
<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-10/infografia-rgpd-derechos-ciudadanos-aepd.pdf>

Aguilera, P. (2011). *Redes seguras (Seguridad informática)*. Madrid, España: Editex.

Australian Government - Federal Register of Legislation. (n.d.). *Privacy Act 1988*. Recuperado de:
<https://www.legislation.gov.au/Series/C2004A03712>

Cavoukian, A. (2013). *7 Foundational Principles*. Ontario, Canada: Information and Privacy Commissioner of Ontario. Recuperado de:
<https://www.ipc.on.ca/wp-content/uploads/2013/09/pbd-primer.pdf>

Datatilsynet (2015). *The great data race. How commercial utilisation of personal data challenges privacy*. Recuperado de:
<https://www.datatilsynet.no/globalassets/global/english/engelsk-kommersialisering-endelig.pdf>

Dewdney, A. (1989). Computer Recreations. *Scientific American*, 260(3), pp. 110-113. Recuperado de:
<http://www.jstor.org/stable/24987184>

Dussan Clavijo, C. A. (2006). Políticas de seguridad informática. *Entramado*, 2 (1), pp. 86-92. Recuperado de:
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=265420388008>

Grupo de Trabajo del Artículo 29 (2014). *Dictamen 5/2014, sobre técnicas de anonimización*. Recuperado de:
<https://www.aepd.es/sites/default/files/2019-12/wp216-es.pdf>

INCIBE (2017). *Clasificación cuantitativa y cualitativa de los riesgos*. [Figura]. Recuperado de:
<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/analisis-riesgos-pasos-sencillo>

INCIBE (2017). *Fases de un sistema de gestión de riesgos*. [Figura]. Recuperado de:
<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/analisis-riesgos-pasos-sencillo>

INCIBE (2017). *Matriz para clasificar el riesgo de forma cualitativa*. [Figura]. Recuperado de:
<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/analisis-riesgos-pasos-sencillo>

INCIBE (2017). *Modelo de inventario de recursos*. [Figura]. Recuperado de: <https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/analisis-riesgos-pasos-sencillo>

INCIBE (2019). *¡Fácil y sencillo! Análisis de riesgos en 6 pasos*. Recuperado de:
<https://www.incibe.es/protege-tu-empresa/blog/analisis-riesgos-pasos-sencillo>

INCIBE (2019). *Herramienta de Autodiagnóstico*. Recuperado de:
<https://adl.incibe.es/>

Ley de Protección de la Persona Frente al Tratamiento de sus Datos Personales. Ley n.º 8968 Publicada en La Gaceta num. 170. San Jose 7 de julio de 2011.

Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. Boletín Oficial del Estado núm. 294. Madrid 6 de diciembre de 2018, páginas 119788 a 119857.

Lopez Loma, L (2018). *La privacidad por diseño en los tratamientos masivos de datos. Memorias del I Congreso Internacional*. San José, Costa Rica: Universidad Autónoma de Centro América.

Observatorio Tecnológico (2012). *Pilares de la seguridad*. [Figura]. Recuperado de:
<http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/es/component/content/article/1040-introduccion-a-la-seguridad-informatica?showall=1>

Observatorio Tecnológico (2019). *MONOGRÁFICO: Introducción a la seguridad informática*. Recuperado de:
<http://recursostic.educacion.es/observatorio/web/es/component/content/article/1040-introduccion-a-la-seguridad-informatica?showall=1>

Ohm, P. (2010). *Broken promises of Privacy: Responding to the surprising failure of anonymization*. Ucla, USA: Ucla Law Review, Vol. 57.

Ramió Aguirre, J. (2006). *Libro electrónico de seguridad Informática y Criptografía*. Madrid, España: Universidad Politécnica de Madrid.

Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea núm. 119. Bruselas, 4 de mayo de 2016, pp. 1 a 88.

Romero Castro, M.I., Figueroa Moràn G.L., Vera Navarrete D.S., Álava Cruzatty, J.E., Parrales Anzúles, G.R., Álava Mero, C.J. Murillo Quimiz, Á.L., Castillo Merino M.A. (2018). *Introducción a la Seguridad Informática y el Análisis de Vulnerabilidades*. doi: <http://dx.doi.org/10.17993/IngyTec.2018.46>

Personal Information Protection and Electronic Documents Act (2000). S.C. 2000, c. 5. Ontario 13 de abril de 2000.

UNE (2017). ISO 27001. *Tecnología de la información. Técnicas de seguridad. Sistemas de Gestión de la Seguridad de la Información. Requisitos*. Madrid, España: Aenor.

UNE (2017). ISO 27002. *Tecnología de la Información. Técnicas de seguridad. Código de prácticas para los controles de seguridad de la información*. Madrid, España: Aenor.

Voutssas Marquez, J. (2010). Preservación documental digital y seguridad informática. *Investigación bibliotecológica* 24(50), pp.127-155.

13

- Liderazgo en las administraciones
públicas de seguridad social

Lorena Arraiz Rodríguez



1. Introducción

Las administraciones de la seguridad social tienen una estructura, objetivos, composición y funcionamiento muy particulares que requieren de una gestión que potencie ciertas habilidades, talentos y disciplina propios de un liderazgo efectivo en este tipo de organizaciones. Es por ello que hemos creado este temario, para servir de guía teórica en la consecución de objetivos relacionados con este tema, dentro del Programa de buena gestión de las instituciones de seguridad social.

A continuación, se exponen varias teorías sobre el liderazgo desde la perspectiva de la buena administración y la gestión de entidades públicas de la Seguridad Social, teniendo por objeto la formación en habilidades de gestión pública y capacidad institucional (buena administración) en materias de seguridad social.

Para ello, presentamos el temario dividido en tres partes: el liderazgo, liderazgo en la buena administración y las administraciones de seguridad social.

El líder eficaz es aquel que adapta su comportamiento a las exigencias de su propia y exclusiva situación.

(Paul Hersey)

1.1. Definición

Se suele pensar que el jefe es el líder, pero no necesariamente. Cada vez más, los líderes son menos jefes y más trabajadores, que encuentran su vocación en el servicio (público o privado) y de esta manera hacen su trabajo mejor que nadie, están en constante crecimiento, aprendizaje y evolución. En algunos ámbitos de los nuevos conceptos que se están manejando actualmente, se suele decir que eso es porque hay gente que trabaja con pasión. Y sí, por supuesto que si trabajas con pasión tu trabajo será más productivo, debido a que tú estarás a gusto con lo que haces y cómo lo haces, pero eso no lo es todo para que seas considerado un líder, así como tampoco lo es la categoría de "jefe". Son muchos los que hoy en día todavía confunden el rol del líder con el de directivo. Durante la época de los ochenta, los noventa y principios del siglo XXI, son numerosos los autores que consideran que existen diferencias entre ambos conceptos (Bennis, 1989; Pagoni, 1992; Bennis y Townsend, 1995; DePree, 1998; Rosa, 1998; Kotter, 1990; Heitz y Laurie, 2001; Zalenick, 2004; Bennis, 2006; Lease, 2006)¹⁸⁹.

Uno de los autores que más ha estudiado y desarrollado la diferenciación entre líder y directivo es Warren Bennis (2003), quien estableció que: "el directivo administra, el líder innova. El directivo es una copia, el líder es un original. El directivo mantiene, el líder desarrolla. El directivo se centra en los sistemas, el líder se centra en las personas. El directivo se basa en el control, el líder inspira confianza. El directivo tiene un punto de vista cortoplacista, el líder tiene una perspectiva a largo plazo. El directivo pregunta *Cómo* y *cuándo*, el líder pregunta *qué* y *por qué*. El directivo inicia, el líder origina. El directivo acepta el statu quo, el líder lo cambia".

En definitiva, a lo largo de la historia se han desarrollado ambos tipos de personas en las empresas e instituciones y estas diferencias han ido profundizándose con el estudio del humanismo y de las diversas corrientes psicológicas, filosóficas y corporativas que han ayudado a construir el fundamento de la necesidad de cambiar la visión del "directivo" por la de un "líder" capaz de inspirar una manera de trabajar basada en la confianza y no en la imposición, en la responsabilidad y no en la obligación, en el trabajo en equipo y no en las estructuras verticales de control y sumisión.

En un siglo en el que la explotación –en todo sentido– está a la orden del día; en el que mujeres, niños, e inmigrantes siguen siendo colectivos desfavorecidos desde todo punto de vista; en el que la corrupción de las administraciones públicas parece estar ya institucionalizada, el verdadero liderazgo constituye un aspecto esencial para la recuperación de la confianza en la administración pública e, incluso, en la ética y la moral humanas.

Además, por supuesto, el liderazgo es también un aspecto fundamental para el desarrollo de los equipos y las organizaciones, no solamente con miras a la obtención de los objetivos programados, sino también al desarrollo integral y la satisfacción laboral que deben alcanzar todos los empleados para poder trabajar con energía positiva y lograr así alcanzar los objetivos de la organización que, contrario a lo que pueda creerse, pueden –y deben– convertirse en los objetivos también de los trabajadores y sobre todo de los líderes. De otra manera, el trabajo siempre estará incompleto, aunque se alcancen los objetivos.

En definitiva, el liderazgo implica tener la habilidad de influir de manera positiva en otras personas para que trabajen a tu lado y de tu lado con la finalidad conjunta de alcanzar un objetivo común. El liderazgo implica, por ende, saber relacionarte con otras personas y que esa relación esté basada en valores como la solidaridad, la empatía o el compañerismo.

¹⁸⁹ Palomo Vadillo, M. (2014): *Liderazgo y motivación de equipos de trabajo*. ESIC Editorial, Madrid.

Por supuesto, hay muchos tipos de liderazgo, con muchos orígenes y muchas finalidades completamente diferentes, que se definen a partir de las características del líder, de sus seguidores y del contexto. En el caso particular que estamos tratando, será necesario definir –más adelante– las características de la buena administración de la seguridad social para identificar las necesidades específicas de los líderes en esta área particular.

1.2. Características personales de un líder

¿El líder nace o se hace? Tantas veces, en tantos contextos diferentes, se nos ha cruzado esta pregunta por la cabeza o incluso por nuestros sentidos, cuando está en paredes, en canciones, en libros. Hay quienes se construyen día a día, sobre la torre de sus propios fracasos que les han abierto nuevos caminos. Otros, simplemente, han logrado siempre sus objetivos, sus metas, sus sueños, sin tener que cuestionarse demasiado, sin tener que luchar demasiado. Ambos pueden ser líderes, ambos pueden ser apasionados, ambos pueden triunfar. La diferencia está en el camino, uno de espinas y otro de rosas, que deben transitar para lograrlo.

Para hablar de las características de un líder podemos recurrir a distintos autores y especialistas del liderazgo. Aquí vamos a mencionar algunas de las que hemos recopilado con la finalidad de poder adaptarlas al final de este temario, a las administraciones de la seguridad social.

- **El deseo de cambio.** “Los líderes tienen el profundo deseo de levantarse cada día con una visión diferente del mundo y creen que pueden provocar el cambio. A partir de ese momento comienzan a moverse” afirma la periodista israelí Dana Weis. Una de las características más comunes del ser humano es el temor a los cambios y justamente por eso el líder marca la diferencia, porque no solo no le teme a los cambios, sino que los provoca para mejorar su entorno.
- **Compromiso.** El compromiso es –quizá– la segunda cosa, después del miedo, a lo que más temen algunas personas. Un líder, en cambio es comprometido sin siquiera plantearse, simplemente lo es en cada cosa que hace. Y además el líder hace que la gente se comprometa con su proyecto, pero lo hace de forma natural, generando una energía envolvente y contagiosa. Llena de optimismo y seguridad que hace que quienes le rodean no puedan dejar de seguirle los pasos.
- **Carisma y dotes comunicativas.** Un error común en el liderazgo es ignorar la situación personal y familiar de un colaborador, que puede afectar a su desempeño la-

boral. Conocer las circunstancias particulares de los trabajadores significa tener empatía con él, hacerle participe y, además, mejorar la capacidad de tomar decisiones que eleven el proyecto a otro nivel de desarrollo.

- **Iniciativa.** Un líder tiene la iniciativa. No es el que sigue al rebaño, es el que lo guía. No quiere decir que sea un obsesivo del poder, en lo absoluto. Quiere decir, simplemente, que en las situaciones más complejas sabe tomar las riendas del equipo, buscar y encontrar las soluciones adecuadas; y en los momentos más amenos y positivos, donde todo parece ir bien, mantiene al equipo unido incluso a través de actividades lúdicas o extra laborales que les permitan reforzar los lazos personales que hacen que el desempeño laboral sea más gratificante.
- **Optimismo.** Un líder es, necesariamente, optimista. No hay cabida para el pesimismo si alguien pretende liderar cualquier situación y muchos menos en el ámbito de las administraciones públicas, donde las trabas y los conflictos –internos y externos– parecen estar a la orden del día. Pero el optimismo no es una alegría permanente, no tiene, de hecho, nada que ver con el ánimo circunstancial que te pueda producir una situación determinada, sino que se refiere a una manera de enfrentarse a cualquier situación, en cualquier momento: siempre con la mente abierta a encontrar la solución al problema que tiene delante.
- **Creatividad.** Es importante que el líder sea creativo, pero también debe saber manejar esta cualidad con cuidado, porque puede conducirlo a la dispersión y esto sería contraproducente a la hora de enfocarse para conseguir los objetivos planteados. En un entorno cada día más competitivo, la velocidad es fundamental, velocidad de reacción, de solución y de acción. Eso es tarea del líder.
- **Planificación estratégica.** Un buen líder evalúa su entorno constantemente y esboza un plan de acción que posteriormente se esmera en cumplir, ya que es la hoja de ruta de la organización, el proyecto y el equipo de lidera. Sin una planificación estratégica ninguna de las anteriores características del líder tendrían un desempeño eficaz.
- **Esfuerzo.** Pero hay una cualidad que está aún por encima de la planificación estratégica, el esfuerzo. Thomas Edison ya lo dijo: “El genio es un 1% de inspiración y un 99% de transpiración”. No sirve de nada tener deseo de cambio, ser comprometido, tener carisma, dotes comunicativas e iniciativa, ser optimista, creativo y planificado, si no te esfuerzas por alcanzar lo que te has propuesto, lo que has soñado, lo que estás llamado a ser y hacer.

1.3. Modelos de liderazgo

El concepto del Liderazgo se ha convertido en la piedra filosofal de todo tipo de organizaciones públicas y privadas a lo largo y ancho del globo terráqueo. Los seres humanos nos movemos por las emociones y por las relaciones humanas. En este sentido, hemos visto que aquel o aquella que tiene liderazgo, tiene el poder. El poder de liderar a los suyos, el poder de defenderlos, de hacerlos crecer y de imprimir una huella en el mundo. Pero ese poder transformado en liderazgo, es visto de distintas maneras, entre ellas, las que detallaremos a continuación y que han dado pie a las teorías clásicas del liderazgo.

- **El liderazgo como posición:** Se trata de la visión clásica de Liderazgo, en la que quien está en la parte más elevada de una estructura social jerárquica, automáticamente asume el liderazgo del grupo. Por ejemplo: el profesor en una clase, el director de una empresa, el presidente de una nación, o los padres en la familia.
- **Liderazgo como rasgo de personalidad:** Según esta concepción el líder “nace”, por lo que una persona puede tener o no las cualidades personales necesarias para ejercer el liderazgo y, en consecuencia, lo hará en todos los aspectos y grupos de su vida (familia, amigos, trabajo, etc).
- **Liderazgo como actitud:** Aquella persona que se le reconoce como carismática y empática. Su carácter y su visión hace que los suyos le sigan de forma natural, porque creen en él o en ella. Este es el líder que dirige desde abajo, que no requiere una posición social o estructural, sino que simplemente, por su forma de ser, guía a los demás y los demás le siguen.
- **Liderazgo como conducta:** Según esta visión, un líder lo es no por lo que dice sino por lo que hace. Es decir, líder es aquel que se comporta como tal. Dentro de esta visión, se ubican los estudios de la Universidad de Ohio, la Universidad de Michigan y el modelo de Blake y Mouton.
- **Liderazgo como don:** En esta visión el liderazgo es entendido como una especie de designio superior ante el cual no es posible rebelarse. Si tienes el don, lo tienes, pero si no lo tienes, no es posible adquirirlo de ninguna manera.
- **Liderazgo como un juego de rol:** En esta visión, el líder es circunstancial, independientemente de sus habilidades, dones o actitudes.
- **Liderazgo para la transformación social:** Se trata de la visión del liderazgo como herramienta para construir un mundo mejor. Es quizás la visión más altruista, pero

si se trabaja en función de ella, es muy probable que el liderazgo deje de ser algo que le toca a alguien, sea por circunstancias internas o externas, para convertirse en una construcción consiente, un trabajo en equipo, un liderazgo social y por ende mucho más efectivo.

1.4. Tipos de liderazgo

Basados en esas visiones de liderazgo, se fueron construyendo los distintos tipos de liderazgo y las teorías que lo sustentan. Comenzamos por el origen de la pregunta de si el líder nace o se hace, que da pie a **La Teoría de los rasgos**, que se decanta por la primera opción, es decir, establece que **el liderazgo es algo innato: se nace líder**. En este sentido, los teóricos que defendían esta corriente de pensamiento, entendían los rasgos como los aspectos de la personalidad y características –físicas o intelectuales– que diferencian a las personas que son líderes, de las que no lo son.

En este sentido, tenemos a cuatro autores principales que han liderado la teoría de los rasgos a principios del siglo XX. En primer lugar, Frederick Taylor (1911), quien aseguraba que a mayor motivación, mejor rendimiento (ya volveremos más adelante sobre la idea de motivación, que es fundamental para la construcción del actual concepto de liderazgo). Taylor fue también el creador de la teoría de la administración científica (o taylorismo), que se enfoca en la gestión del trabajo y los trabajadores, favoreciendo la construcción de dinámicas laborales efectivas, productivas y armoniosas.

Otro teórico del liderazgo de esta misma corriente de pensamiento fue Elton Mayo (1933), quien introdujo el concepto de “hombre social” en busca de relaciones sociales dentro del trabajo. En este sentido, Mayo apuntaba a dos factores que potenciaban el liderazgo: el grado de autoritarismo/democracia, que hace referencia a un líder orientado a la producción, es decir, a la actividad; y el grado de satisfacción, que hace referencia a un líder orientado a los empleados, es decir, a las personas.

El tercer teórico de esta corriente es Abraham Maslow (1943), el mayor teórico de la motivación humana en el siglo XX, quien introdujo un concepto mucho más humano del líder, asegurando que éste debe conocer las necesidades individuales de su equipo de trabajo, para motivarlos. Por último, en esta misma línea, tenemos a Ralsh Stogdill (1948), quien determinó algunos de los principales rasgos asociados a los líderes, y relacionados con su inteligencia, su personalidad y sus capacidades.

Por otro lado, están las **Teorías del comportamiento**, que sostienen que la mejor forma de clasificar a los líderes es, como su nombre lo indica, a través de sus patro-

nes de comportamiento. Un estudio sobre el liderazgo, realizado en la Universidad Estatal de OHIO (1945-1960) determinó dos dimensiones del comportamiento en el liderazgo: **la consideración (grado de sensibilidad del**

líder) y la estructura de iniciación (grado de implicación de los subordinados). A partir de allí, surgieron cuatro tipos de liderazgo, según el nivel de consideración y de iniciación:

Consideración	Tipo de liderazgo	
Alta	Relaciones humanas Se da menos énfasis a las tareas de los empleados y más énfasis a sus necesidades y deseos	Democrático El líder aporta directrices sobre cómo deben realizarse las tareas, mientras que se concentra en satisfacer las necesidades y deseos del empleado
Baja	Laissez Faire El líder no aporta la estructura necesaria y muestra poca consideración por las necesidades y deseos del empleado	Autocrático El líder pone más énfasis en la estructuración de las tareas de los empleados y poca consideración por sus necesidades y deseos
Estructura de iniciación	Baja	Alta

En este sentido, surgieron también las **Teorías contingentes**, entre las cuales está el autor Douglas McGregor (1960) que desarrolló las teorías X e Y **referentes al estilo de mando de los líderes**, pero que también guardan relación con el estudio de la Universidad de Ohio. Según este autor, la **Teoría X determina la necesidad del líder autocrático**, ya que defiende que las personas son por naturaleza perezosas e irresponsables y, por lo tanto, necesitan un control; mientras que la **Teoría Y, parte de la creencia de que los líderes son creativos**, imaginativos y que les gusta asumir responsabilidades, por lo que desarrollan un estilo democrático-participativo.

Continuando con los tipos de liderazgo según la relación entre los líderes y los liderados, surge el **Liderazgo Situacional** y dentro de esta corriente, el autor Peter Drucker –periodista, escritor y profesor de ciencia política y administración pública– mostró que había en realidad una **nueva profesión históricamente emergente: el gerente o “ejecutivo”**, que se transformaría en un nuevo segmento social. De esta manera nacía también una nueva estructura organizacional ascendente (lo que hoy llamamos corporativo) y así surgía también la posibilidad de aprender a gobernar las empresas y organizaciones, de transferir el “know how” de gestión de alrededor de media docena de capitales de la industria y profetas, a un público más amplio.

De este modo aparece el concepto de dirección del personal: tratar con personas y conseguir que se cumplan los objetivos de trabajo, es decir, trabajar en la formación

humana, sin descuidar la formación técnica, única exigible hasta ese momento. Se incluye la situación como un elemento adicional a influir en la eficacia del liderazgo. De esta manera, aparecen nuevos conceptos, tales como cultura de empresa, aprendizaje organizacional, outsourcing o sociedad del conocimiento.

Posteriormente, algunos años después de que Drucker revolucionara el concepto de Liderazgo, surge otro modelo: el **Liderazgo Transaccional**, que se basa en lo que deben hacer los empleados para alcanzar los objetivos. La filosofía básica detrás de este modelo es que el liderazgo está basado en un **intercambio de relaciones entre el líder y los subordinados**, y viceversa. El líder transaccional afecta la motivación del seguidor por el intercambio de premios y por el establecimiento de una atmósfera en la cual hay una percepción de uniones más cercanas entre esfuerzos y resultados deseados.

En esta corriente de pensamiento, desarrolló su teoría el autor Edwin Hollander (1978), quien hace énfasis en que el líder efectivo detecta las necesidades y expectativas de sus subordinados y responde a ellas en consecuencia.

Posteriormente, surgió una nueva teoría, la del **Liderazgo Transformacional**, en la cual **el líder motiva a hacer más de lo que esperan, impulsa a la realización personal**. Esta teoría incorpora la función inspiradora y catalizadora del líder que es capaz de impulsar a sus compañeros a conseguir metas más elevadas de lo que ellos mismos

creen posible. **El líder transformador es un apasionado del cambio**, que puede modificar las aspiraciones, ideales, motivaciones y valores de sus subordinados.

En esta corriente desarrollan sus aportes James Burns (1978) y Bernard Bass (1990). El primero incluye conceptos como el sentido de innovación y colaboración, el cuidado de los recursos, la confianza y el compromiso, así como la importancia del trabajo en equipo. El segundo agrega el desarrollo de grupos y organizaciones, los deseos de logro y autodesarrollo, conceptos como optimismo y entusiasmo e integra la idea de visión de futuro.

Llega entonces el presente siglo y con él, nuevas teorías, nuevas necesidades y conceptos más modernos del trabajo. Y se incluyen otros conceptos en lo que se denominó el **Liderazgo del siglo XXI**, una corriente que propone que **“el liderazgo es tanto estilo como contenido”** y entonces aquí se enmarcan los liderazgos carismáticos y motivadores que hemos conocido los últimos años en el mundo.

En esta corriente surge el autor John Kotter (1990), que determina las diferencias entre administración (planear y presupuestar, organizar y promover personal, controlar y resolver problemas) y liderazgo (establecer una dirección, motivar e inspirar a las personas). Se trata de un modelo basado en la visión de la organización y en generar estrategias que potencien el valor y el compromiso de un equipo de personas que se mantengan motivadas para convertir la visión en realidad.

De esta manera, hemos hecho un breve recorrido por algunas de las principales teorías sobre el Liderazgo y su evolución, para llegar hasta el concepto que hoy más se está trabajando, que es la idea del **Liderazgo emocional, enfocado en el carisma, la palabra, la capacidad del líder para persuadir, motivar, ilusionar y hacer actuar a sus seguidores por convicción y no por obediencia**. En otras palabras, entramos al campo de la Inteligencia Emocional.

2. El liderazgo en la buena administración

El liderazgo está considerado en términos de su eficacia o su ineficacia, pero hay otro aspecto del liderazgo, su ética o moral.

James McGregor Burns

La **inteligencia emocional** es casi un imperativo para el buen desempeño y para el crecimiento de la organización y de sus trabajadores. Y cuando trasladamos esto a

las administraciones públicas, entonces nos enfrentamos a un reto cada vez mayor, debido a la complejidad y el dinamismo de las sociedades actuales, cuyas preferencias son cada vez más diversas y especializadas. Los ciudadanos ya no sólo reivindican un mayor volumen de bienes y servicios, sino que además exigen el cumplimiento de estándares de calidad, la adopción de criterios de sostenibilidad ambiental, la inversión eficiente del dinero público y en muchos casos, participar activamente en los procesos de toma de decisiones.

Ante estas demandas ciudadanas, las instituciones públicas han debido **reinventarse** sobre la marcha, especialmente en el ámbito de **atención al ciudadano y de generación de políticas públicas en pro de sociedades más plurales**. Esto, sin hablar de los altos niveles de incertidumbre y desafección que han generado los escándalos de corrupción y la falta de transparencia de las instituciones públicas.

La teoría y la práctica sobre la administración pública, giran en torno a las instituciones y valores políticos, económicos, sociales y culturales de una sociedad, pero sobre todo, de su contexto, que es el factor que determina su funcionamiento y las posibilidades de transformación de la administración pública.

Es justamente ese contexto, lo que da contenido a los supuestos sobre el gobierno, las organizaciones y la naturaleza humana implícitos en la acción administrativa. Lo mismo sucede en el planteamiento de los problemas y en la propuesta de soluciones que adopta la administración pública en diferentes coyunturas históricas.

Para poder analizar la evolución de la administración pública en la historia, comencemos por el principio, el concepto ortodoxo de administración pública, que se basó en los siguientes supuestos principales:

1. La dicotomía política-administración es una verdad evidente y deseable.
2. La administración debe ser neutral y estar bajo el control de la política mediante la delimitación de la discrecionalidad de los funcionarios y el ajuste estricto de sus actos al debido proceso.
3. La administración pública constituye un campo con contenido propio; su objeto se localiza en la burocracia gubernamental, específicamente en el Poder Ejecutivo.
4. El fin último de la administración pública es la eficiencia, entendida como el logro de objetivos con el menor gasto de recursos y mano de obra.

5. La tarea del jefe ejecutivo es planificar, organizar, administrar el personal, dirigir, coordinar, informar y presupuestar.
6. La estructura de las organizaciones es formal y debe ser impersonal; constituye un asunto técnico aprovechar al máximo las ventajas de la especialización vertical y horizontal.
7. Formalizar las relaciones reduce la confusión y crea certidumbre en el comportamiento de los trabajadores.
8. El método científico debe aplicarse en la clasificación de cargos y en la selección, remuneración y promoción del personal público.
9. El rendimiento de los trabajadores es una forma de comportamiento social, resultado de su organización informal en grupos, por lo que la supervisión más efectiva es la que toma en cuenta la participación de los grupos y sus líderes informales.
10. El presupuesto es uno de los principales instrumentos de la planeación, coordinación, control e información.
11. La administración pública es un arte, pero de llegar a ser una ciencia libre de valores por su propio derecho.

Posteriormente, las administraciones públicas, tuvieron que reinventarse y en esa reinención, han debido incluir un área de especialización en la que poner especial atención: la del talento y el liderazgo, que no estaban incluidos en lo absoluto en la estructura de ninguna institución ni empresa. De ahí que en muchas organizaciones, el departamento de Recursos Humanos pasase a llamarse de Talento Humano.

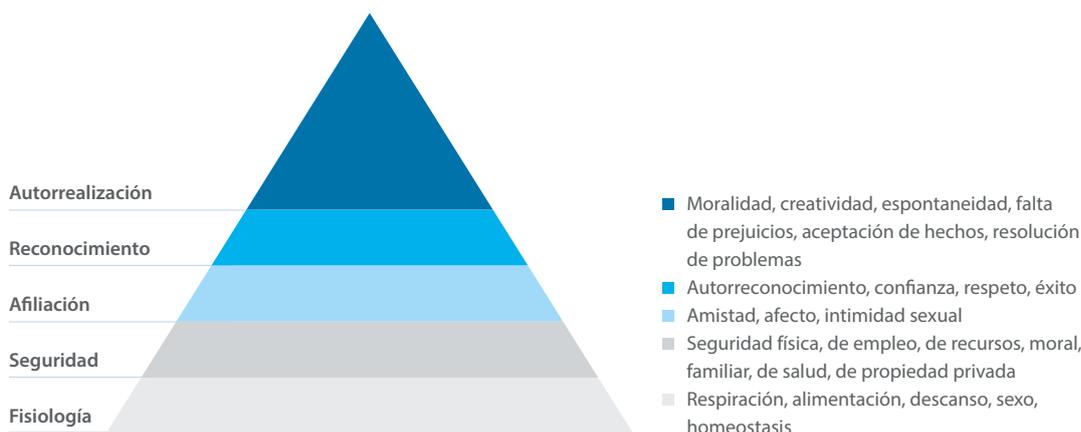
En definitiva, entender que la principal herramienta para fortalecer estas capacidades es contar con un capital humano altamente cualificado y motivado, les ha permitido re-dirigir el foco hacia políticas internas más eficientes, que potencien los liderazgos responsables, con una visión innovadora para enfrentar los retos del entorno, con habilidades para emprender procesos de cambio y transformación de la sociedad, en el proceso de definición o ejecución de la agenda pública y en la construcción de organizaciones sostenibles e inclusivas.

2.1. La revolución de la administración pública

El siglo XXI ha entrado con fuerza en la humanidad, y la administración pública, como máxima expresión de la organización de las sociedades, no escapa a eso. De hecho, Wallace Kettl (2005) habla de “la revolución de la administración pública” que indica que las instituciones gubernamentales se encuentran en una búsqueda permanente de mecanismos que le permitan mejorar la productividad tanto en sus procesos, como en la relación con los ciudadanos a través de la prestación de un nuevo servicio transversal a toda la gestión Pública: **la atención al ciudadano**.

Para situar esta práctica gubernamental, hace falta hacer una breve revisión de la teoría de los bienes y servicios públicos y de su origen y evolución. Esta revisión incluye diferentes ópticas desde los puntos de vista económico, administrativo y organizacional, para poder comprender el concepto de liderazgo y motivación en la prestación de servicios públicos.

En este sentido, mucho después de que Maslow planteara en 1943 su Teoría de sobre la motivación humana y su famosa pirámide, nace la idea de la Motivación de



Servicio Público-PSM, acuñada por Perry y Hondgehem (2008), que no es otra cosa que una “orientación de los servidores a adelantar su desempeño con el propósito de hacer y generar el bien tanto a la sociedad como a sus componentes”. Pero existen también estudios (Perry, Mesch, and Paarlberg, 2006) que demostraron el fracaso de una iniciativa común en algunas empresas en los años setenta: intentar obtener esta mejora en el servicio al ciudadano a través de incentivos financieros.

Esta preocupación de los gobiernos para mejorar la productividad sirvió de punto de partida para que algunos académicos orientaran sus esfuerzos a investigar el nuevo liderazgo (y particularmente el liderazgo transformacional) como motivadores para influir en el rendimiento de los empleados.

Por otro lado, Olsen (2006), critica a los detractores de las instituciones públicas que las califican como indeseables, obsoletas y sin viabilidad dado que responden perfectamente al prototipo de la antigua burocracia. Por el contrario, defiende que las democracias contemporáneas se encuentran en un interesante debate con respecto a cuáles son las mejores estrategias de administración pública, planteando que estas deben presentar niveles aceptables de lo que llamó identidad institucional y también, por supuesto, de viabilidad financiera. Este equilibrio comenzó a sonar mucho más lógico y coherente entre las corrientes de pensamiento que estudiaban el funcionamiento de las instituciones de la administración pública a principios de este siglo.

De este modo, estas tres ideas base fueron el inicio de la corriente que estudia la motivación de los empleados como herramienta indispensable para el buen funcionamiento de la administración pública. Así surgió la teoría de la “New Public Administration” desarrollada por Zaharia (2012) y que más tarde, llevaron a que otros autores como Vrabková (2013), Wiesel y Modell (2014) afirmaran que en la primera década del siglo XXI inició el desarrollo de una nueva teoría de liderazgo y motivación en los sectores públicos.

La **Teoría de Motivación** de los servidores públicos es, quizá, la más influyente a la hora de hablar de liderazgo en la buena administración. Según un estudio realizado por el profesor Edmund C. Stazyk de la American University, en Washington DC., la motivación en el servicio público no es una teoría nueva, pues *“hace mucho tiempo que los estudiosos y los profesionales vienen observando que los trabajadores del sector público tienen como motivación una ética de servicio que parece estar anclada únicamente en las instituciones y organizaciones públicas”*, (Mosher, 1968; Frederickson, 1997). un concepto mucho más formalizado a través de estudios posteriores sobre motivación en el servicio público.

Según este especialista, muchos trabajadores de la administración pública quieren ayudar a los demás, y a menudo encuentran inmensamente gratificantes las oportunidades para satisfacer sus intenciones altruistas a través de organizaciones públicas. De hecho, apunta Stazyk, los empleados públicos *“atribuyen con frecuencia un valor menor a las recompensas monetarias, tienen un compromiso más fuerte con la organización, se involucran en una gama de conductas prosociales y tienden a desempeñar mejor su trabajo”*, (Pandey y Stazyk, 2008).

Pero aún así, la investigación de Stazyk ha aportado en ocasiones resultados incoherentes, generalmente con respecto a la **relación entre la motivación de servicio público y la satisfacción de los empleados con el puesto de trabajo** (Moynihan y Pandey, 2007; Naff y Crum, 1999). Para abordar estas incoherencias, es preciso hacer uso de la noción de **encaje persona-organización**, un concepto que evalúa hasta qué punto las personas encajan bien en sus organizaciones, es decir, **si comparten objetivos y valores similares a los de sus organizaciones**; también refleja casos en los que las instituciones o empresas tienen una cultura que satisface las necesidades y expectativas de los trabajadores (Bright, 2008).

En definitiva, los estudios sobre la relación persona-organización sugieren que muchas acciones y conductas de los empleados dependen del grado de congruencia que existe **entre las personas y las organizaciones**, para ello, es fundamental generar sentido de pertenencia por parte de los empleados y empatía por parte de las organizaciones.

En otras palabras, **los beneficios de la motivación del servicio público dependen del grado de encaje que se genere entre los empleados y las organizaciones**. La ausencia de un encaje fuerte trae como consecuencia una menor probabilidad de que los empleados creen que sus organizaciones ofrecen oportunidades significativas de satisfacer sus intenciones altruistas, incluso si las ofrecen.

Los primeros esfuerzos para incorporar el encaje persona-organización en la investigación sobre motivación de servicio público han dado resultados positivos. Aún así, existen muchos otros tipos y fuentes de encaje, cada uno de ellos capaz de influir en la conducta de los empleados y por tanto en su relación con el trabajo, el desempeño y los resultados. Todo esto, por supuesto, como una línea indivisible de causas y consecuencias en el ejercicio de la función pública. Algunos de esos otros encajes que se estudian como influyentes son la **valencia de la misión, el encaje persona-puesto de trabajo, el encaje persona-equipo y el encaje persona-supervisor**. Sobre la base de las investigaciones existentes, se asume que la

relación entre la motivación de servicio público y la satisfacción en el trabajo está influenciada por los tipos de encaje antes mencionados. A continuación, se ofrece una breve descripción de los conceptos del estudio, para aclarar mejor su significado y su influencia en el desempeño de los empleados y también, por supuesto, del liderazgo.

Encaje persona-organización

Como se ha mencionado con anterioridad, los estudios publicados hasta el momento sobre gestión pública sugieren que los beneficios de la motivación de servicio público dependen del grado de ajuste alcanzado entre individuos y organizaciones. Cuando el encaje es fuerte, es más probable que los empleados vean una conexión entre sus intenciones altruistas y los objetivos de la organización. En tales casos, es más probable que los empleados: 1) crean que la organización proporciona oportunidades significativas de realizar sus motivos de servicio público y 2) tengan un mayor índice de satisfacción en el trabajo.

Valencia de la misión

Este concepto considera el valor que los empleados de una organización dan a la misión expresada por la misma. Los estudios publicados a este respecto sugieren que las organizaciones con misiones atractivas tienen 1) una mayor tasa de contratación y retención de empleados, 2) trabajadores más motivados y satisfechos y 3) empleados que expresan un mayor interés en ver el éxito de su organización, porque lo consideran como intrínsecamente relacionado con su propio éxito (Wright, 2007; Wright y Pandey, 2007; Pandey, Wright y Moynihan, 2008). En este caso, los trabajadores con una más fuerte motivación de servicio público pueden encontrar, por lo general, más atractivas las misiones de las organizaciones públicas.

Encaje persona-puesto de trabajo

Este encaje representa un intento de captar y describir la relación entre las características personales de los trabajadores y las requeridas por sus puestos de trabajo. El concepto lo integran dos dimensiones: 1) si los conocimientos, habilidades y capacidades de un trabajador se alinean con aquellas requeridas por el puesto y 2) si el puesto de trabajo coincide con los objetivos, valores y preferencias del empleado (Edwards, 1991; Kristof-Brown, Zimmerman y Johnson, 2005). No es raro encontrar trabajadores que aún pudiendo desarrollar efectivamente su puesto de trabajo, desearían estar en otro que le permitiese desarrollar más y mejor sus habilidades y alimentar sus intereses, lo cual genera una frustración difícil de reconocer pero muy fácil de evidenciar en los resultados del trabajo realizado.

Los estudios sugieren que la motivación, la satisfacción y el compromiso serán mayores cuando los empleados creen que encajan bien con sus puestos.

Encaje persona-equipo

Este encaje explora hasta qué punto los empleados se ajustan a sus grupos de trabajo, normalmente sobre la base de una compatibilidad psicológica compartida. Los empleados que se identifican fuertemente con sus equipos de trabajo muestran una amplia gama de conductas y resultados positivos, entre ellos una mayor satisfacción con el puesto de trabajo (Kristof-Brown et al., 2005). En este sentido, se puede ver empleados que aunque les gusta el trabajo que hacen, no se sienten plenamente identificados con sus compañeros o con la manera en la que trabaja el equipo en su conjunto, lo cual va a acabar perjudicando su desempeño y por ende sus resultados laborales e incluso personales. Tal como sugiere la investigación sobre compromiso con la organización y profesionalidad, los empleados que comparten objetivos y valores similares a los de su grupo de trabajo es más probable que creen que pueden satisfacer sus motivaciones de servicio público (Pandey y Stazyk, 2008).

Encaje persona-supervisor

Por último, el concepto de encaje persona-supervisor tiene en cuenta cómo la relación entre coordinadores/supervisores/directivos/jefes y subordinados influye en los comportamientos y resultados de los empleados. En este ámbito, la investigación sugiere que aquellos empleados que manifiestan objetivos, valores e intereses similares a los de sus supervisores tienden a creer que encajan mejor con su entorno de trabajo (Kristof-Brown et al., 2005). En tales casos, los empleados manifiestan una mayor motivación y satisfacción con su trabajo, así como un aumento del nivel de desempeño y de la permanencia en la organización. También hay razones de peso para sospechar que los empleados que muestran un buen encaje con sus supervisores creerán que pueden satisfacer sus intenciones altruistas. Del mismo modo ocurre todo lo contrario: los trabajadores que se sientan a gusto con las funciones que desempeñan e incluso con su equipo de trabajo, si sienten alguna incomodidad profesional o incongruencia entre sus propios valores y los de su directivo al mando, trabajará desmotivado, molesto o frustrado y esto, evidentemente, generará resultados desfavorables para la organización y para el propio trabajador.

2.2. El liderazgo en la administración pública

Para poder aplicar todo lo explicado anteriormente en la administración pública, hemos elegido el modelo sociopsicológico en la administración pública, SPAP, planteado

por la investigadora mexicana Susana Bautista Alvarado en 2008¹⁹⁰, que involucra los conceptos de administración, administración pública, el líder en la administración pública, la distinción entre servidor y funcionario público, el liderazgo y el liderazgo en Administración Pública.

La autora justifica la creación de este modelo debido a *“la revisión de diversas fuentes sobre liderazgo y liderazgo en la Administración Pública, asimismo, el interés en el liderazgo y el reconocer de la inexistencia de un modelo que integra el aporte administrativo, psicológico y sociológico con respecto a los conceptos de rol, interacción y motivación, así como los enfoques transaccional y transformacional en el funcionario-líder”*.

En este sentido, Bautista se basa en el concepto de administración de Muñoz Garduño (1991) que vamos a tomar como punto de partida: *“De acuerdo a su significado etimológico la palabra administración, proviene del latín administratio, que significa acción de administrar, y el término ‘administrar’ está compuesto por ad y ministrare, que significan conjuntamente ‘servir’, llevando implícito en su sentido que es una actividad cooperativa cuyo propósito es servir”*.

A partir de allí, entonces se podría definir la administración pública como *“la actividad que realizan los órganos del sector público para cumplir con los objetivos que se hayan fijado”* (Zorrilla, Martínez et.al. 1972). Es decir, que la finalidad de la Administración Pública es orientar y cumplir los objetivos del gobierno. En otras palabras, se refiere a *“...los intereses generales de la sociedad, la responsabilidad en su exigencia y dimensión de el poder”* (Muñoz, 1976).

Pero no podemos olvidar la importancia que las relaciones humanas han adquirido en las administraciones públicas en las últimas cinco décadas y de las cuales hemos hablado en numerosas oportunidades a lo largo de estas líneas. En este sentido, surge un concepto importante desde el cual hablar de las relaciones humanas en las organizaciones y que sirve de abreboca para poder esgrimir las diferencias entre funcionarios y líderes en la administración pública. Se trata del concepto de Rol que, según Krauss (1985): *“El término rol por lo común se aplica a situaciones en las que las prescripciones para la interacción están culturalmente definidas y son independientes de las relaciones personales particulares que podrían existir entre las personas que ocupan las posiciones”*.

¹⁹⁰ Bautista Alvarado, S.D.: “Propuesta del Modelo SPAP de liderazgo para el funcionario de la Administración Pública” en Contribuciones a la Economía, septiembre 2008 en <http://www.eumed.net/ce/2008b/>

2.3. El funcionario público vs. el servidor público

El Dr. Luis A. Scheker Ortiz, profesor de Administración Pública en la Universidad Autónoma de Santo Domingo, asegura que *“funcionario y empleado público no son dos categorías opuestas, pero sí distintas”*. De este modo, procede entonces a precisar algunas diferencias y semejanzas entre ambos, como por ejemplo que el funcionario público tiene una jerarquía mayor que la del empleado y por tanto mayor responsabilidad y autoridad y esa responsabilidad es de decisión, mientras que la del empleado es de ejecución. Pero en ambos casos, se rigen por lo establecido en la ley, mientras que el servidor público se atiene más a un desempeño de funciones basados en principios y valores morales que no necesariamente tiene un funcionario o un empleado.

Muñoz Amato (1978) define al funcionario como el individuo *“que adviene a un cargo de alto nivel ejecutivo en la administración pública, generalmente cuentan con suficiente preparación académica en campos tales como las leyes, las ciencias sociales o ciencias naturales, la medicina, la ingeniería, la administración comercial y otros. Algunos tienen experiencia administrativa o ejecutiva en el sector comercial privado”*.

El Servidor público, por su parte, es definido por Giraldo Díaz Martínez, asesor del Subsecretario de ingresos de la Secretaría de Planeación y Finanzas del Estado de Chiapas, México (2005), como *“aquel individuo que presta sus servicios ya sea profesionales o empíricos a cualquier dependencia u organismo del aparato gubernamental”*.

Una vez definidos estos conceptos, Bautista Alvarado continua desarrollando su planteamiento introduciendo el concepto de liderazgo de Pittinsky y Zhu (2005), que lo define como *“un proceso dinámico en cada líder que interactúa con los seguidores en semejanza, creando un camino que genera cambios... [distinguiendo entre] el líder y liderazgo público, el primero... Es la persona que acepta la responsabilidad para definir y actuar del buen gobierno, mientras que el liderazgo público, se refiere al incremento de la delegación de responsabilidad en el gobierno, u organizaciones no gubernamentales”*.

Posteriormente, la investigadora mexicana plantea una interesante relación entre el liderazgo y la administración, basadas en que el liderazgo como función conduce a la representación, que es cuando las órdenes son dadas por un individuo en nombre de otro, que es el que ostenta el poder; la legitimación del poder a través de mecanismos ideológicos y doctrinarios; y la toma de decisiones y su posterior ejecución. Pero además, Bautista toma en

cuenta otros aspectos importantes del liderazgo en la administración: el aspecto socio operativo, que es la persecución de objetivos; el aspecto socio afectivo, que se trata del clima psicológico del equipo de trabajo y que conecta directamente con la motivación de la que hemos venido hablando; y el aspecto de la identificación, que constituye una red básica en los vínculos que se desarrollan en los grupos y las instituciones.

De este modo, Bautista enfatiza en la importancia del liderazgo en la administración pública, ya que *“la capacidad para ejercer un liderazgo efectivo es una de las claves para ser funcionario-líder eficaz; así mismo, el pleno ejercicio de los demás elementos esenciales de la administración”*.

De este modo, Bautista propone entonces el Modelo sociopsicológico en la administración pública (SPAP), que se conforma con los atributos psicológicos, sociológicos y administrativos que permiten un liderazgo integral para el funcionario-líder.

El Modelo SPAP integra las transformaciones y transacciones a través de la interacción, la motivación y la función, que Bautista define de la siguiente manera:

1. Interacción

- 1.1. Comunicación, se refiere al proceso en donde participan funcionario-líder, par o subordinado, y el transmisor, a partir del cual se da la dinámica social.
- 1.2. Influencia, se refiere a la habilidad de hacer que los demás compartan la visión, la misión u objetivos de la organización a partir de implementar estrategias y tácticas de persuasión efectiva.
- 1.3. Identificación, es dar cuenta del tipo de elementos que conforman el liderazgo que define la actuación como funcionario-líder sobresaliente ante los pares y los subordinados.
- 1.4. Pares y seguidores, se refiere a las personas que interactúan a partir de una relación de transacción de forma activa de acuerdo a la estructura organizacional.
- 1.5. Competencia, se refiere a las acciones que realizan el funcionario-líder, los pares y seguidores en el logro de una contienda entre instituciones o intrainstitucional a nivel nacional o internacional.
- 1.6. Cooperación se refiere a “la contribución a la tarea de los integrantes del grupo a la tarea para llegar a la productividad, a través de los diferentes roles que se presentan”.

- 1.7. Dominio-poder, es “cuando el sujeto sobre el cual se ejerce la coacción considera que ello es justo y normal, que es legítimo.”
- 1.8. Creación de un ambiente favorable, se refiere a promover transacciones o relaciones directas e indirectas que impacten en la organización gubernamental.
- 1.9. Responsabilidad social, se refiere a toda acción y actitud que conduce al beneficio social.

2. Motivación

- 2.1. Necesidades y objetivos, se refieren a lo que menciona McClelland, esto es, “a tres necesidades básicas que son la de logro, la de poder y la de afiliación” (29), cada una de ellas se presenta de acuerdo a determinada situación. Estas necesidades tienen relación con el afán de triunfo, el compromiso, la iniciativa, y el optimismo. Asimismo, con las necesidades fisiológicas, necesidades de seguridad, necesidades de afiliación, necesidades de crecimiento y de auto-actualización que Maslow propone.
- 2.2. Intrínseca y extrínseca, la primera se refiere “a la autonomía para la realización de las tareas, oportunidades de utilizar conocimientos, habilidades y destrezas, y retroalimentación desde la propia tarea. La segunda se entiende [como] la estabilidad en el empleo, las oportunidades de ascenso y promociones, las condiciones de trabajo, las posibilidades de participación en el trabajo y el ambiente social laboral.” (30)
- 2.3. Conformidad-Obediencia, se refiere a la respuesta que se da a partir de modificar su posición en dirección de la posición del funcionario-líder, a partir de reglas y normas.
- 2.4. Pares y seguidores, se refiere a las personas “que se comprometen por razones de carácter moral, y los que lo hacen por motivos de interés.” (31)
- 2.5. Inspiración a seguidores, se refiere a la identificación que el seguidor tiene a partir de sentirse atraído y provocar en el entusiasmo creador e innovador.
- 2.6. Incentivos al desempeño, es referente a la bonificación que premia el desempeño que va más allá de la norma.
- 2.7. Proactiva, se refiere a la automotivación en toda tarea que emprende.

3. Funciones

- 3.1. Visión, es una condición o conjunto de condiciones que definen el estado final deseado.
- 3.2. Tomar decisiones, se refiere a la elección de una o varias alternativas que facilitan el logro del objetivo en una situación determinada.
- 3.3. Coordinación, aportes y esfuerzos se refiere a las relaciones y destrezas integradas que promueven la participación de los pares y subordinados vía el éxito de los proyectos y programas de la organización y su interacción individual.
- 3.4. Información, es un conjunto de datos que ordenados generan un mensaje, asimismo, es el saber que articula y mueve la sociedad y el individuo.
- 3.5. Conocimiento y aplicación de métodos de trabajo, se refiere al saber de métodos y técnicas que se aplican en una situación determinada.
- 3.6. Creatividad e innovación, es referente a “pensar y actuar sin restricciones imaginarias, dentro de los márgenes de las leyes y con un amplio sentido de legitimidad.” (32).

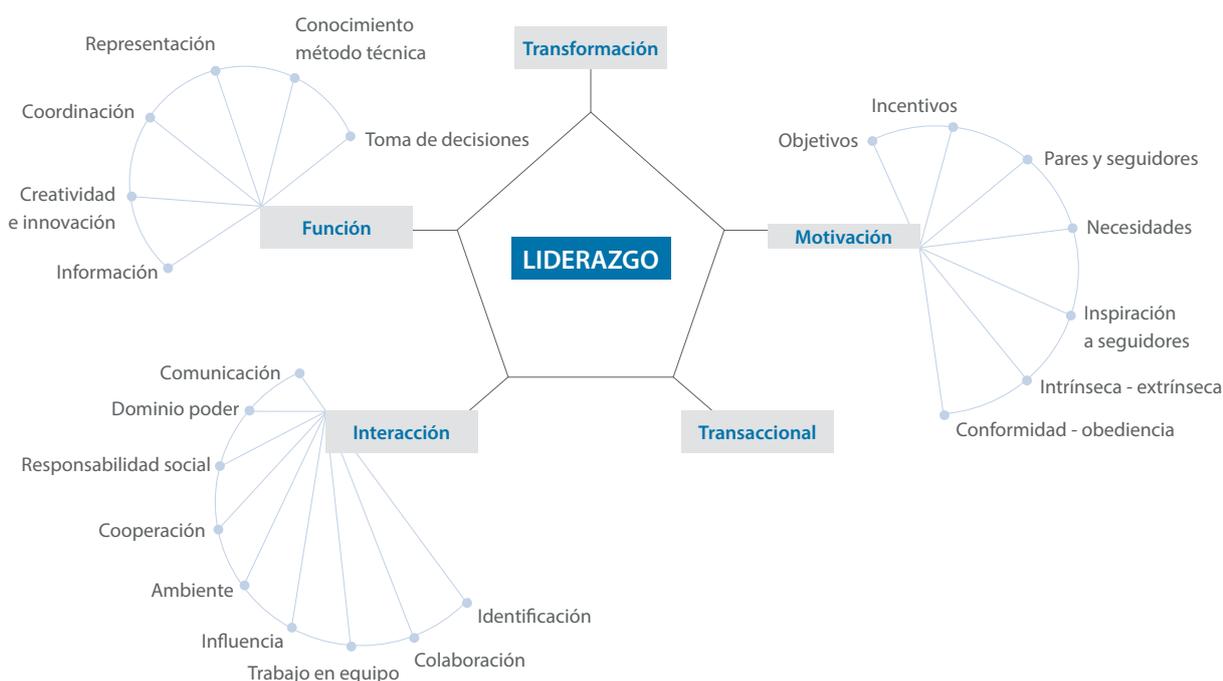
3.7. Representaciones, se refiere al reconocer que es representado ante cualquier situación interinstitucional y dentro de la institución.

De este modo, queda planteado un modelo de liderazgo en la administración pública que da un gran peso al componente afectivo sin dejar a un lado lo relativo a la propia administración y sus funciones. En otras palabras, como hemos estado repitiendo a lo largo de este documento de trabajo, no se pueden cumplir los objetivos de una organización si no se está a gusto en ella.

3. Las administraciones de la seguridad social

3.1. Definición

Ahora para definir el liderazgo en las organizaciones de la seguridad social, debemos comenzar por establecer una definición de las administraciones de la seguridad social, para luego aplicar todo lo explicado anteriormente, a este ámbito tan específico de la administración pública.



La Oficina Internacional del Trabajo (OITT) define la Seguridad Social como:

“la protección que la sociedad proporciona a sus miembros, mediante una serie de medidas públicas, contra las privaciones económicas y sociales que, de no ser así, ocasionarían la desaparición o una fuerte reducción de los ingresos por causa de enfermedad, maternidad, accidente el trabajo o enfermedad laboral, desempleo, invalidez, vejez y muerte; y también la protección en forma de asistencia médica y de ayuda a las familias con hijos”.

En este sentido, la OITT también establece los objetivos de la Seguridad Social, entre los cuales destaca “velar” por el bienestar de las personas que por incapacidad temporal o permanente no puedan satisfacer sus necesidades básicas o responsabilidades financieras excepcionales; esto es, en otras palabras, que se les proporcionen determinados recursos financieros, bienes o servicios, que les permitan satisfacer sus necesidades de forma eficaz, eficiente y rápida. Esta responsabilidad es, por tanto, fundamentalmente del Gobierno y por ende, son los servidores públicos quienes deben prestar este servicio en nombre de esa Administración.

En algunos países la autoridad gubernamental encargada de velar por la seguridad social de los ciudadanos, bien puede ser un Ministerio tradicional (Salud, Trabajo y Servicios Sociales, principalmente) o puede ser un Ministerio creado específicamente para la Seguridad Social, como ocurre en algunos países de Iberoamérica. En otras ocasiones, la responsabilidad es compartida por varias entidades.

Aun así, es importante destacar que no existe un modelo único que determine la estructura de una administración de la seguridad social, porque, como es lógico, prácticamente existen tantos modelos como regímenes de la seguridad social hay en el mundo, ya que cada así tiene sus propias reglas generales y específicas de cómo es, cómo debe funcionar y qué oficina del Estado se hace cargo de la seguridad social, siempre partiendo de la idea de que cada modelo de seguridad social ha surgido según el contexto determinado del país y sus objetivos iniciales han sido erigidos para solventar una situación específica, aunque posteriormente, con la evolución de las sociedades, las estructuras gubernamentales, y entre ellas la de la Seguridad Social, han tenido que adaptarse y generar nuevos y/o mejores mecanismos de funcionamiento eficaces.

Para que nos hagamos una idea, en algunas de las primeras estructuras se aplicó un modelo según lo dispuesto en la ley, que especificaba que los seguros de salud y de pensiones debían ser administradas por los propios afilia-

dos. A menudo los sistemas contributivos de seguridad social están regidos por una comisión que está establecida en la ley. De esta manera, los recursos determinados a la Seguridad Social, los administra esta comisión que, a su vez, tiene el deber de publicar informes sobre la gestión de esos recursos por parte de esa administración.

Volviendo a la OIT, el convenio sobre la seguridad social de la OIT (núm. 102, de 1952) estipula que los Estados Miembros deberán *“asumir la responsabilidad general de la buena administración de las instituciones y servicios”* que se ocupen de la seguridad social. También dispone que, cuando la administración no esté confiada a una institución reglamentada por las autoridades públicas, los representantes de las personas protegidas –es decir, de los afiliados al sistema– *“deberán participar en la administración o estar asociados a ella, con carácter consultivo”.*

3.2. La buena administración en las instituciones de la seguridad social

Partiendo de que las exigencias que se le hacen a los trabajadores de las instituciones públicas son –básicamente– bastante similares, sin importar el tamaño de la organización o incluso su área específica de servicio público, podemos destacar que el objetivo general y transversal de la administración pública es ofrecer a los usuarios/clientes/ciudadanos un servicio eficaz y eficiente, además de elaborar adoptar y mantener prácticas de buena administración. Recordemos que el nivel de las prestaciones de toda administración, será directamente proporcional, siempre, a la calidad de las personas que trabajan en él y éstas, a su vez, serán el reflejo de la persona que les lidera.

Según la OIT, algunas de los puntos más importantes a la hora de definir las áreas fundamentales de la administración, son: 1) El alcance del control, que hace referencia al número adecuado de subordinados que debería tener un directivo o líder para poder ejercer sus funciones de manera eficaz. Es importante tener en cuenta que al aumentar la cantidad de subordinados, disminuye la posibilidad de ser eficaces y eficientes en el cumplimiento de los objetivos, tanto de los trabajadores como del líder y así mismo, de la propia administración. 2) Los niveles de administración: Pasa igual que con los empleados/subordinados, es decir, que si hay un número excesivo de niveles de administración, las posibilidades reales de cumplir con las tareas en el menor tiempo posible, disminuye, del mismo modo, la capacidad de atender a los clientes/usuarios/ciudadanos de manera amable y resolutiva. 3) La unidad de mando: Cada persona debe ser subordinado de una sola persona. Un mismo trabajador no puede tener varios jefes/líderes directos, porque eso también

reduce la eficacia a la hora de ejecutar las tareas de la administración. 4) Delegación de funciones: Para ejercer un buen liderazgo, es muy importante saber delegar y esto significa no solo tener la capacidad de confiar en que otra persona que no eres tú puede hacer el trabajo, sino asegurarte de que puede hacerlo bien, de que está dentro de sus capacidades. Es responsabilidad del directivo/líder que esas tareas delegadas sean cumplidas con eficacia y eficiencia, ya que el líder debe ser también un supervisor e impulsor del trabajo. 5) Asignación racional de tareas: Esto va un poco ligado con lo anterior pero tomando en cuenta no solo las capacidades del personal, sino también los recursos económicos que implica la asignación de tareas. Si esto no se hace correctamente, puede estarse incurriendo en corrupción. 6) Decisiones para la acción: Los asuntos que requieren de una decisión deben tratarse en el círculo más próximo posible al lugar donde se llevará a cabo esa acción. 7) Estructura jerárquica y estructura funcional: es recomendable que el director o líder sea capaz de separar el control de la función administrativa, es decir, de las operaciones; de los que es la prestación de servicios o el asesoramiento a esas unidades de operaciones. Esto es: hay trabajos que están estrechamente relacionados con la atención al ciudadano y que requieren unas competencias muy diferentes a los trabajos o las tareas que se deben realizar en la parte interna u oculta al público dentro de la administración. Eso hay que saberlo diferenciar para poder delegar correctamente las tareas y que estas puedan ser cumplidas de forma eficiente y eficaz.

3.3. Liderazgo en la buena administración de la Seguridad Social

Y hablando de eficacia, hay otro aspecto a tomar en cuenta: los líderes de las administraciones públicas de la seguridad social deben gestionar eficazmente tanto los recursos humanos, como los recursos físicos. Para ello es imprescindible una planificación estratégica basada en las áreas de desarrollo y atención de la administración.

En este sentido, la planificación de los recursos humanos implica no solo asignar las tareas actuales al personal actual, sino también tener una visión más amplia, que sea capaz de analizar y prever la necesidad de otras personas que desarrollen ciertas tareas que aunque aún no se desempeñen, serán determinantes en algún nivel. Del mismo modo, la gestión de los recursos humanos también incluye lo relativo a la remuneración del personal, las condiciones de su contrato, la formación, la motivación, así como la conservación y/o despido de los trabajadores. Todos estos aspectos son más importantes de lo que a veces son capaces de ver quienes dirigen una administración de la segu-

ridad social y es por ello que el liderazgo se hace imprescindible para que el líder sea capaz de tomar las decisiones adecuadas tomando en cuenta todas las variables.

Por otro lado, la gestión de los recursos físicos es otra función crucial de la administración y que, sin embargo, suele descuidarse por diversos motivos, entre ellos, el hecho de que para una administración de la seguridad social, este suele ser un aspecto de dimensiones extraordinarias que muchas veces hace que los directivos se sientan sobrepasados o desbordados de trabajo e inmersos en una inmensidad de tareas que pareciera que no pueden cumplir. Es allí cuando se hace imprescindible la vocación y el liderazgo en una persona que se encargue de organizar estos recursos (los humanos y los físicos) con la debida pertinencia para orientar el trabajo hacia la consecución de objetivos y metas, sin quedarse atrapado en las dificultades que, por supuesto, siempre van a existir.

Por tanto, aunque parezca demasiado obvio, un líder debe dedicar mucho tiempo a hacer frente a estas cuestiones. Pero no solo se trata de los recursos físicos o tangibles, también de los recursos intangibles, es decir, la imagen de la empresa o institución, conocimiento tecnológico, capital humano, estructura organizativa, marca, logotipo, relaciones con proveedores o clientes, etc. (Palomo, 2013).

En definitiva, si queremos sociedades más ciudadanas y menos burócratas, debemos apuntar a ejercer la función pública desde una perspectiva más social y más humana. Y para ello necesitamos líderes comprometidos con esta línea de pensamiento, que no ejerzan solo como funcionarios, sino como verdaderos servidores públicos, tomando en cuenta las necesidades e intereses de su equipo y de la sociedad. Alguien que mire más allá de sus propias necesidades. De lo contrario, no habremos conseguido más que objetivos como si de una lista de la compra se tratara.

Con este trabajo esperamos haber contribuido a profundizar esa visión y a que los estudiantes de este Programa sean capaces de comprender y aprender cada uno de los conceptos aquí expuestos para reproducirlos en sus ámbitos de desempeño. Después de todo, aquí también estamos formando líderes.

Bibliografía

BASS, B.M. (1990): *Bass and Stogdillis Handbook of Leadership*. Free Press, USA.

BURNS, J.M. (1978): *Leadership*. Harper & Row, New York.

- DEUTSCH M, KRAUSS R.M. (1985): *Teorías en Psicología Social*. Editorial Paidós, México.
- DRUCKER, P. (1980): *Managing in turbulent times*. Harper & Row, New York.
- FLEISHMAN. (1945-1960). Leader Behavior Description Questionnaire (LBDQ). Estudios de la Universidad Estatal de Ohio, USA.
- HERSEY P, BLANCHART K.H. y NATEMEYER, W. E. (1979): *Situational Leadership, Perception, and The Impact of Power*. Group & Organization Studies.
- HOLLANDER, E.P. (1978): *Leadership Dynamics: A Practical Guide to: Effective Relationship*. Free Press, New York.
- KOTTER, J. (1990): *El factor del liderazgo*. Díaz de Santos, Madrid.
- MASLOW, A. (1948): "A theory of human motivation". *Psychological Review*. USA.
- MAYO, E. (1933): *The human problems of industrial civilization*. Macmillan, New York.
- MCGREGOR, D. (1960): *The human side of enterprise*. Mc GrawHill, USA.
- MUÑOZ AMATO, P. (1976): *Introducción a la Administración Pública. Teoría General Planificación Presupuestos*, México.
- MUÑOZ AMATO, P. (1978): *Introducción a la administración Pública. II Relaciones Humanas y Administración de personal*. F.C.E., México.
- MUÑOZ GARDUÑO, J. (1991): *Introducción a la Administración*. Editorial Diana, México.
- PALOMO VADILLO, M. (2014): *Liderazgo y motivación de equipos de trabajo*. ESIC, Madrid.
- PITTINKY , T., ZHU, Cheng. (2005): "Contemporary public leadership in China: A research review and consideration", *The Leadership Quartely*. ELSEVIER.
- STOGDILL, R. M. (1948): *Personal factors associated with leadership: a survey of the literature*. Journal of Psychology, USA.
- TAYLOR, F. (1911): *The Principles of Scientific Management*. Kindle.
- ZORRILLA, MARTÍNEZ, et.al. (1972): *La Administración Pública Federal*. UNAM Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, México.

14

- **Comunicación para la buena gestión**
- **en tiempos de crisis**

Sandra Orjuela Córdoba



Introducción

Las organizaciones en el mundo actual, sin importar su tamaño o sector, están enfrentando grandes retos a nivel gerencial, empresarial, social, político, financiero, económico y en buena parte esta situación se presenta porque el entorno en el que nos desenvolvemos está marcado por la complejidad, el cambio y la incertidumbre, lo que para muchos es el caldo de cultivo perfecto para la generación de grandes crisis reputacionales y operacionales.

En los últimos tiempos hablar de “crisis” se ha vuelto un término muy familiar en las conversaciones, sin detenerse a entender si realmente lo que se está calificando como tal lo es o no, por ello en este módulo vamos a estar aclarando qué es crisis, en qué se diferencia de otras situaciones como riesgos, contingencias y emergencias; además de presentar una panorámica sobre la gestión que debiera tenerse de una crisis organizacional que pueda afectar la reputación e imagen de una institución.

La clave principal en una gestión exitosa de crisis está en prepararse para esas potenciales situaciones que se pueden presentar, no dejando al azar las respuestas y decisiones frente a un momento difícil que la institución deba enfrentar en su dinámica organizacional. Además el sector público de la Seguridad Social, es altamente propenso a situaciones que puedan generar una crisis y atraer la atención de la prensa, en el momento menos esperado y los micrófonos apuntarán a la institución como protagonista, para que ofrezca su versión y por supuesto los afectados tendrán siempre el máximo protagonismo como víctimas de la administración.

Cualquier situación puede dirigir todos los reflectores hacia la organización y es en ese momento es cuando el estar preparados profesionalmente para una gestión de crisis, toma mayor valor para la gestión.

1. Contexto sectorial

1.1. La administración pública de la Seguridad Social

La Administración Pública constituye la organización estatal establecida en la Constitución con la finalidad de actuar lo más cercana posible a las personas, que tiene entre sus fines la promoción de las condiciones para que el ejercicio de la libertad y la igualdad sean realmente efectivos, así como de actuar con sujeción al ordenamiento jurídico para remover los obstáculos que impiden o dificultan el ejercicio de los derechos fundamen-

tales e instrumentalizan las condiciones, para que cada persona logre alcanzar su pleno desarrollo y viva con dignidad.

En ese escenario se consigue que la Administración Pública se diferencie de la rama legislativa del Poder Público, en que ella no expide leyes que establezcan competencias o regulen el ejercicio de los derechos fundamentales; no controla la iniciativa de las políticas públicas que elabora la rama ejecutiva del Poder Público y tampoco efectúa el control de juridicidad de las actuaciones u omisiones de los otros órganos que ejercen el Poder Público, pues ello se encuentra reservado a la rama judicial.

La Administración Pública es el brazo ejecutor de los principios, los valores y las reglas que la Constitución, los tratados internacionales, las leyes, los decretos con rango y fuerza de ley –en aquellos países iberoamericanos que tienen esta figura–, los reglamentos y los contratos le encomiendan para servir con objetividad a las personas.

Cabe destacar que la Administración Pública es plural en el sentido que tiene distintas formas de organización. Así se encuentra tanto centralizada, bajo la forma de ministerios y demás dependencias internas del mismo; como descentralizada, como lo pueden ser los institutos o establecimientos públicos prestacionales, las superintendencias, agencias o entidades reguladoras, así como incluso las formas de gestión privada como las sociedades civiles, mercantiles, las fundaciones, etc., según lo que permita el ordenamiento jurídico de cada país.

Esto es importante tenerlo siempre presente pues un presidente de gobierno o un ministro pueden adoptar decisiones de manera unipersonal o de manera colegiada, según lo que dispongan las normas atributivas de competencia; pero los institutos, establecimientos, las superintendencias, las agencias o las entidades reguladoras, así como las organizaciones societarias con forma de gestión privada están dirigidas por cuerpos que funcionan de manera colegiada (juntas directivas, directorios) y las decisiones se deben adoptar por las mayorías estatutarias que rigen a cada organización.

Ello va a tener incidencia en lo que se comunica, cómo se comunica y quién lo comunica en condición de portavoz de la organización.

Las distintas expresiones de la organización además deben interactuar en colaboración, cooperación y coordinación con las otras organizaciones estatales tanto nacionales como internacionales, pero ello no impide que puedan surgir conflictos, disputas, diferencias o complicaciones en la gestión, que de no ser gestionadas debidamente pueden producir riesgos en la marca institucional.

Exactamente igual puede suceder con las organizaciones administrativas en sus relaciones con las personas particulares o privadas, pues producto de la interacción se pueden generar conflictos, que pueden desembocar en una crisis y en un eventual perjuicio reputacional.

Esto último debe ser puesto en perspectiva, porque a título de ejemplo, el Instituto Nacional de los Seguros Sociales es una administración pública que debe relacionarse con la universalidad de los afiliados al sistema, que en teoría deberían ser todas las personas que cumplan con lo que dice la legislación de cada país; en tanto la Superintendencia o Agencia reguladora de la Seguridad Social, se relaciona con los empleadores públicos y privados, con todas las personas afiliadas al sistema y con los prestadores de los servicios de Seguridad Social; las organizaciones prestadoras de servicios se vinculan con los afiliados a quienes deben satisfacer sus necesidades y con los otros prestadores.

2. Hablemos de comunicación

2.1. Comunicar, informar, difundir ¿son lo mismo?

Para iniciar, definamos y diferenciamos comunicación, información y difusión, ya que no son lo mismo y generalmente las utilizamos como sinónimos, llevándonos a cometer equivocaciones en su intencionalidad, planificación y accionar.

Generalmente creemos que es lo mismo, sin embargo como veremos a continuación, sólo la comunicación implica la retroalimentación o *feedback* (doble vía) del receptor, permitiendo verificar que nuestro mensaje fue recibido con la intención y objetivo planificado inicial; en cambio la información y difusión conlleva un proceso en una sola vía, la de enviar el mensaje. Esta diferenciación es muy importante para nuestros planes y diseños de estrategias de comunicación.

Antonio Pasquali, insistía en diferenciar entre comunicación, como acto dialógico entre seres humanos y la mera información, como un acto unidireccional que puede existir incluso entre las máquinas.

Lo que implica también distinguir entre comunicación y medios de comunicación y sobre todo, valorar más que las redes y los medios por donde circulan los mensajes, los contenidos que emitimos y compartimos.



Figura 1. Diferencias conceptuales comunicar, informar, difundir



Fuente: Diseño propio.

2.2. La comunicación interna y la cultura corporativa, insumos para la gestión de crisis

Cuando hablamos de comunicación interna, generalmente se relaciona con los flujos de información ascendente, descendente, horizontal, vertical, circular; esta visión está siendo revisada actualmente, dada la complejidad de la nueva empresa en la que estamos viviendo y de la dinámica con el entorno y su retroalimentación que marca a la organización con nuevas dinámicas de comunicación, es por ello que encontramos a expertos como Carrillo (2005), quien indica que:

... nosotros creemos que el flujo de comunicación en la empresa no se entiende de forma independiente como vertical, transversal, ni siquiera horizontal, sino de forma circular, más bien espiral, donde existen por supuesto trazos ascendentes, descendentes, horizontales y transversales. En este nuevo diseño de comunicación empresarial, las dimensiones rígidas se convierten en dimensiones blandas, y los canales tradicionales pierden el sentido en base a la nueva dimensión, que en un movimiento en forma de espiral nace de un centro neurálgico en donde se proponen las bases estratégicas de la compañía y donde además esté el director de comunicación e imagen de la empresa. Los movimientos espirales abrazan de forma secuencial a toda la organización.



Figura 2. La comunicación un articulado de relaciones



Fuente: Diseño propio.

Al respecto Villafaña (1999), también habla de la comunicación en espiral de forma que:

... sea el flujo que gestiona y administra la imagen de la organización desde el interior hasta el exterior, pero no de forma separada, sino integrada comprendiendo que la comunicación interna debe ser gestionada para fortalecer debidamente la comunicación externa o corporativa.

Estas dinámicas empresariales, comunicacionales, relacionales y reputacionales, hacen que la comunicación interna reposicione su importancia para la vida y gestión de cualquier tipo de organización, ya sea pública, privada o del tercer sector, buscando involucrar a todos los miembros, colaboradores y/o empleados de la empresa en todos los procesos y alinearlos de cara a los objetivos de la organización, generando comportamientos y decisiones acordes con las metas propuestas y motivando, para que los miembros sean partícipes y constructores de la cultura corporativa.

2.3. La Comunicación Estratégica de las organizaciones

De manera muy somera podemos definir la Comunicación Estratégica, como la práctica que tiene como objetivo convertir el vínculo de las organizaciones con su entorno cultural, social y político en una relación armoniosa y positiva desde el punto de vista de sus intereses y objetivos.

Es la herramienta que actúa para reunir y gestionar el stock de prestigio y credibilidad que toda organización necesita para alcanzar sus propósitos. Tiene la tarea



Tabla 1. Definición de cultura corporativa

La cultura corporativa se puede definir como:

El conjunto de normas y valores que caracterizan el estilo, la filosofía, la personalidad, el clima y el espíritu de empresa junto con el modo de estructurar y administrar los recursos materiales y humanos que la configuran y teniendo en cuenta la influencia del entorno en el que se encuentra.

Consta de tres componentes:

- Creencias y supuestos básicos
- Valores
- Manifestaciones visibles de la cultura (rituales, normas y símbolos). Schein (1988)

Fuente: Diseño propio.

de proyectar la identidad de las organizaciones en una imagen que suscite confianza en su entorno relevante y adhesión en su público objetivo; disponible para organizaciones de cualquier naturaleza. (Tironi y Cavallo, 2016).

La panorámica completa y la dimensión de lo que implica la Comunicación Estratégica en una organización de cualquier tipo: pública, privada, tercer sector, grande, mediana o pequeña, la encontramos resumida en el gráfico de la página siguiente:

La Comunicación Estratégica es la sombrilla bajo la cual se gestionan las crisis, ya que le da el soporte o plataforma para poder gestionar la reputación y la imagen de la institución a partir del diseño de estrategias de comunicación con las que ya debiera contar la institución y que sirven de soporte a la hora de diseñar un plan y/o manual de crisis; sin embargo, no todas las organizaciones cuentan con estos enfoques de comunicación y en muchas ocasiones deben trabajarse las propuestas de gestión de crisis, desde la concepción misma de su modelo comunicacional y reputacional a partir de su enfoque de comunicación interna y externa, para luego redireccionar específicamente hacia el abordaje de crisis.

3. Definamos Crisis

Según la Real Academia Española, una crisis comprende varias definiciones, entre ellas: Del lat. crisis, y este del griego κρίσις kṛísis.



Las líneas entre comunicación interna y externa cada vez son más invisibles, por lo que la gestión de la comunicación interna, tendrá repercusión en la reputación de la institución

1. Cambio profundo y de consecuencias importantes en un proceso o una situación, o en la manera en que estos son apreciados. Crisis de la estética renacentista.
2. Situación mala o difícil. Un equipo en crisis.
3. Examen y juicio que se hace de algo después de haberlo examinado cuidadosamente.

En Occidente: Crisis está relacionado con el juicio o decisión que se debe tomar ante una contingencia. Se resalta su efecto “paralizante” para reaccionar ante la situación, ya que generalmente se cuenta con información escasa y/o difusa y la variable tiempo controla la situación.

En cambio en **Oriente**, crisis es sinónimo de cambio, entendiéndose como una situación que ofrece una oportunidad para crecer.

Las Crisis, se pueden entender como un cambio repentino en el desempeño normal de una organización que afecta su imagen y su equilibrio natural. Es una situación compleja, inesperada y atípica, que combina urgencia y desestabilización.

Desde el punto de vista de la Comunicación Estratégica, crisis es cualquier circunstancia, deliberada o fortuita, que produce un desequilibrio en la relación normal de una organización con su entorno, afectando su imagen pública. Bajo esta perspectiva, no todo conflicto deviene en crisis. (Tironi y Cavallo, 2016).

Una crisis es una situación anómala y accidental, más o menos previsible, que se produce ocasionalmente de forma involuntaria y es desconocida por los principales implicados.

Fink, S. (2002) experto en la materia, parte de una definición de crisis más mediática y comunicativa. Afirma que las crisis son situaciones de alerta que corren el riesgo de aumentar de intensidad, lo que provoca el exhaustivo escrutinio de los medios de comunicación o del gobierno, interfiere con las actividades normales y dinamita la imagen de la organización, al tiempo que daña sus bases.

Una crisis se entiende como un cambio repentino en el equilibrio de la compañía, que pone en peligro a la organización (Fita, 2004). Esta alteración del equilibrio se traduce en todas aquellas situaciones y/o acciones que pueden vulnerar el propósito inspirador y los objetivos estratégicos definidos por la compañía. En este sentido la crisis es una *“situación que pone a prueba la fortaleza mental, los valores y principios corporativos y la capacidad de respuesta de la organización”* (Capriotti, 2005). Como medida de prevención la organización deberá monitorear los riesgos identificados y el área de comunicaciones, deberá hacer un monitoreo especial a todos aquellos riesgos que directa o indirectamente puedan vulnerar la identidad, la imagen o la reputación de la compañía.

Definamos y diferenciamos términos que con frecuencia utilizamos como sinónimos de crisis y realmente no lo son:



Tabla 2. Diferenciando conceptos

Crisis	<p>Es “<i>un imprevisto que afecta el negocio y estimula la cobertura de prensa del mismo, cuyo resultado es el escrutinio público que afectará las operaciones regulares de la organización y que tendrá implicaciones de carácter políticas, financieras y hasta gubernamentales</i>”.</p> <p>Crisis Management Institute.</p> <p>Generalmente surge de un estado de emergencia y genera molestia o inconformidad.</p>
Riesgo	<p>“Es la posibilidad de que se produzca un contratiempo o una desgracia, de que alguien o algo sufra perjuicio o daño” (https://www.lexico.com/es/definicion/riesgo)</p> <p>Es la probabilidad de que una amenaza se convierta en un desastre.</p> <p>La vulnerabilidad o las amenazas, por separado, no representan un peligro, pero si se juntan, se convierten en un riesgo, o sea, en la probabilidad de que ocurra un desastre. (https://www.eird.org/fulltext/ABCDesastres/teoria/desastres.htm#:~:text=El%20riesgo%20es%20la%20probabilidad,riesgos%20pueden%20reducirse%20o%20manejarse)</p> <p><i>Ej.: El riesgo de que un río se desborde.</i></p>
Contingencia	<p>Es un incidente operacional, de tecnología, de personas, o de infraestructura que puede ser resuelto en una ventana de tiempo que no excede el límite máximo de recuperación establecido para el proceso / producto afectado.</p> <p><i>Ej.: Que se caiga la señal de Internet por unos minutos.</i></p>
Emergencia	<p>Es un incidente de contingencia que excedió el límite máximo de recuperación establecido para el proceso / producto afectado.</p> <p>El proceso de solución está en marcha y controlado, pero requiere la concurrencia de terceros (proveedores) para la recuperación y estabilización de producto / proceso afectado.</p> <p><i>Ej.: La caída de la conexión a Internet fue generada porque el modem se quemó y requerirá de mayor tiempo y apoyo de terceros para solucionarlo, con la afectación que esto pueda generar en la productividad de la organización.</i></p>
Desastre	<p>Es una situación catastrófica que se presenta de forma inesperada.</p> <p>Está generalmente asociada con desastres naturales o terrorismo. Desborda la capacidad del banco para restablecer el servicio en la ventana de tiempo establecida para ello y requiere la concurrencia de entes externos para la superación del evento.</p> <p><i>Ej.: Un terremoto, el paso de un huracán, un incendio mayor, un ataque terrorista, etc.</i></p>

Fuente: Diseño propio.

3.1. Características de una crisis

Las crisis tienen como características ser sorprendidas, únicas y generadoras de situaciones de urgencia y desestabilización. A esto se suma el hecho de provocar un descenso en la calidad de la información por la intervención de diferentes actores que pueden distorsionar el sentido de la comunicación, dando paso a los rumores, interpretaciones equivocadas o informaciones malintencionadas.

Cuando sucede una crisis, la rapidez en la reacción es la clave para salir bien librado de la situación y llevar a cabo acciones, antes de que los perjuicios sean irreparables.

Algunas de las características más relevantes de una crisis son:

- **Sorpresivas:** en la cotidianidad, existen factores que pueden desencadenar una crisis inminente frente a los ojos de sus responsables, sin percatarse a tiempo de las posibles fallas y riesgos.
- **Inexactas:** la negación al inicio de una crisis es la primera reacción; por tal motivo, la información se tergiversa constantemente y los canales normales de comunicación se rompen. En este caso, es clave aprender a ver más allá de lo evidente cuando se percibe la llegada de un momento difícil.
- **Incontrolables:** las crisis pueden desatar dentro de los equipos un sentimiento de “falta de control”, lo que puede exacerbar los ánimos, generar inestabilidad entre los colaboradores y producir nervios y tensiones que en un futuro pueden continuar afectando a la organización, si estos no se manejan correctamente en el momento de una situación difícil.
- **Sensación de persecución:** cuando una situación inesperada se presenta, generalmente se buscan responsables al instante, sin profundizar en los detalles del hecho. Es importante administrar la información de tal manera que los responsables puedan actuar de acuerdo a sus funciones, liderando correctamente sus acciones.
- **Pánico:** el temor suele apoderarse de los equipos de trabajo ante una crisis inminente; al actuar sin medir consecuencias, esta puede acrecentarse. Por esto, es importante tener un camino preestablecido y pautas a seguir al momento de generarse una crisis, para actuar con la mayor tranquilidad posible y administrar sentimientos de frustración, persecución y decepción.

3.2. Escenarios de una crisis

Identificar las diversas fuentes por las que puede iniciar un connato de crisis, es una prioridad, por lo que la atención a los detalles es de vital importancia para anticiparse a situaciones de riesgo reputacional para la institución.

Algunas de las fuentes de alta prioridad para hacer seguimiento continuo pueden ser:

- **Queja de consumidores/usuarios** por calidad de los servicios y productos, entregada a través de los medios de comunicación externos de la organización (redes sociales, servicio al cliente, página web, entre otros)
- **Notificaciones de autoridades** competentes.
- **Llamadas anónimas.**
- **Notificaciones, derechos de petición y cartas** remitidas por clientes y/o distribuidores.
- **Extorsiones, demandas** o acciones con amenazas a agentes de servicio.
- **Alertas sociales** publicadas en medios masivos de comunicación.
- **Crisis históricas** de la institución.
- **Crisis no resueltas** y cerradas vividas años atrás.
- **Molestias de los empleados** por expectativas no atendidas.
- **Expectativas no cubiertas de nuestros públicos de interés:** proveedores, comunidad, familia de los empleados, gobierno, entes de regulación, ONG’s, grupos de presión, influencers, sociedad civil, sociedad en general, etc.

3.3. Clasificación y tipos de crisis

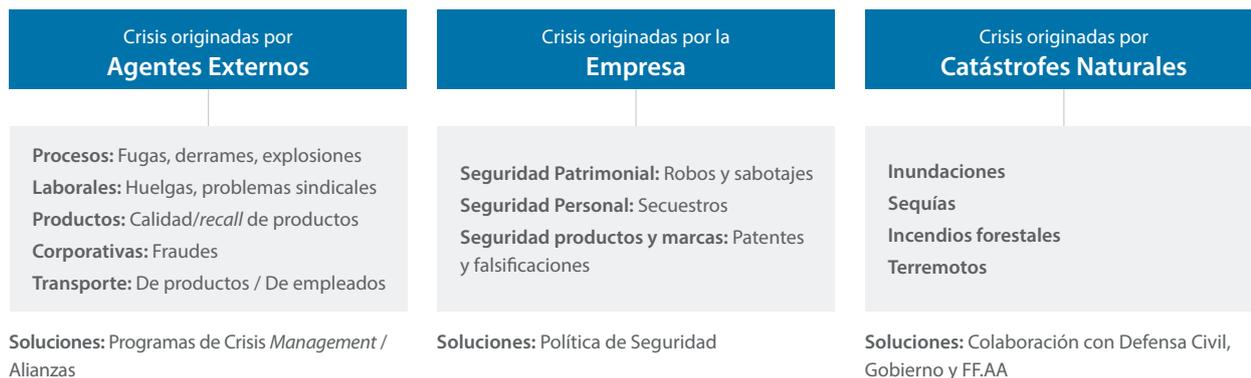
Toda institución es susceptible a sufrir una crisis inesperada, que puede evidenciarse en todo tipo de eventos físicos (como incendios o robos), traducirse en conflictos de índole laboral, fiscal, legal o reclamaciones de clientes no atendidas de manera correcta. Es así que administrar el riesgo e identificar las vulnerabilidades es fundamental para transformar la crisis en una oportunidad adecuada para corregir errores, proceder de forma estratégica y establecer las prioridades.

Teniendo en cuenta esta premisa, es importante resaltar que la mayoría de los sucesos de crisis, rara vez son el resultado de una casualidad. Al contrario, su presencia se

debe a una combinación aleatoria y accidental de varios y pequeños eventos que por sí solos no serían relevantes pero que en conjunto pueden llegar a ser graves.



Figura 4. Tipos de crisis: panorámica



Fuente: Adaptado de Lennon y Bartoli (2008). Reflexiones sobre el *management* de la comunicación.

Algunos riesgos que podrían generar una crisis son:



Tabla 3. Origen de posibles crisis

Riesgos de origen social	Establecidos en caso de que se vea una afectación por vías de hecho en contra del sistema de transporte como: paro cívico, bloqueos, violencia cotidiana, seguridad pública y atentado terrorista.
Riesgos de origen tecnológico	Se indica como posibles problemas que afecten el buen funcionamiento del sistema directamente como: accidentes de tránsito, apagón eléctrico, colapso estructural, presencia de materiales peligrosos, explosión o incendio.
Riesgos de origen interno	Están planteadas como aquella que se generen al interior de la entidad como: paro de empleados, reformas operativas, fallas operativas y obras civiles.
Riesgos naturales	Todos aquellos que se originen por causas naturales como: falla geológica-sismo, deslizamiento-hundimiento, inundación, encharcamiento, tormenta eléctrica, granizada e incendio forestal.

Continúa >>

<< Continuación

Riesgos de fraude	Se indica como acciones de corrupción detectadas por la entidad ya sea a nivel interno (funcionarios y/o contratistas o externo) y externo (concesionarios o proveedores).
Riesgos de seguridad	Todas aquellas acciones que se generen dentro de las instalaciones de la institución y que afecten la integridad de los empleados, los usuarios del mismo y afecten la reputación de la institución.
Riesgos ambientales	Acciones por incumplimiento de normas ambientales que afecten a las comunidades y que impacten de forma negativa el medio ambiente.

Fuente: Diseño propio adaptado de varias propuestas y autores.

Para otros expertos los tipos de crisis se pueden dividir en:

- **Crisis evitables:** situaciones que podrían evadirse, identificando con claridad las fallas internas y los riesgos a los que puede estar expuesta la organización, para administrar correctamente la solución de la misma, antes de que suceda el hecho (desinformación interna, fraudes con el uso de la imagen corporativa, crisis mediáticas por mala administración financiera o errores en comunicaciones externas, fallas en materia de seguridad industrial, fraude y corrupción de los líderes y/o directivas, etc.)
- **Crisis no evitables:** Situaciones inesperadas o accidentales, de origen natural (desastres naturales) o incidentes producidos en la marcha de la operatividad normal de la institución (accidentes laborales, accidentes de terceros contra la organización).

4. Fases en la gestión de crisis



Figura 5. Fases/etapas de las crisis



La gestión de crisis, consiste en contar con la capacidad para reconocer y actuar frente a las señales que anticipan una situación perjudicial para la institución, además que ésta tiene la obligación de estar preparada para una crisis.

El tiempo es el recurso más escaso en una crisis, por lo cual es necesario tener preparado un plan de administración de crisis, para la institución.

Cuando la situación está identificada, evaluada y el nivel de impacto definido, es vital estudiarlo y discutir la estrategia para contener o limitar su efecto. Las acciones deben llevarse a cabo puntualmente según lo planificado, de forma eficiente y estructurada.

De acuerdo a Gidak (2003), para la gestión profesional de una crisis se requiere:

- Definir los objetivos para su resolución con las acciones y medios necesarios.
- Movilizar medios de retirada, tratamiento y la reposición del producto, en caso de ser necesario.
- Iniciar la estructura y estrategia para comunicar.
- Asegurar que el personal responda de acuerdo a lo establecido en su formación y con los objetivos que se les había asignado para el caso de crisis.
- Asegurar que la naturaleza del problema se entiende totalmente y el plan se enfoca y dirige adecuadamente para su resolución.

– Asegurarse que el plan y los objetivos se cumple con los datos, registros y seguimientos necesarios.

Frente a estas situaciones es necesario el manejo de las crisis informativas a partir de un esquema básico de gestión que incluya la prevención, atención, reducción o eliminación de los hechos generadores de la crisis.

4.1. Fase Pre-Crisis

En esta etapa aparecen los primeros síntomas que anuncian la posibilidad de presentarse una crisis y es allí donde es vital poder detectar las señales de riesgo que hace necesario identificar los focos emergentes y definir la estrategia de acción. Si se presenta una respuesta a tiempo, muy seguramente se abrirá un escenario que contrarreste el riesgo de comenzar una crisis o establecer los protocolos de acción preparados previamente. Un mapa de alertas, es clave para realizar un seguimiento y análisis que evite ser olvidado o descuidado por parte de los responsables de las áreas.

Esta es la fase clave para el éxito en la gestión de una crisis, ya que es la fase preventiva que engloba todas las acciones a realizar antes de que se produzca una crisis:

- Análisis de los posibles puntos débiles de la organización que pueden llegar a producir una crisis (o análisis de las situaciones de riesgo).
- Análisis de las crisis que se pueden producir, teniendo en cuenta su nivel de gravedad, así como las consecuencias y los posibles daños. Esto se puede realizar a través de sondeos internos y externos, mediante la creación de equipos de control que comprueben los diferentes factores de riesgo y la entrega de recompensas a los que detecten posibles crisis.
- Evaluación de las posibles acciones preventivas para disminuir la probabilidad de que se produzcan estas crisis. Esta evaluación supone el análisis de las acciones y de sus costes y la posterior selección de las medidas preventivas.
- La gestión de conflictos potenciales. La minimización de sorpresas y la resolución de temas potencialmente conflictivos es lo que se conoce con el nombre de gestión de conflictos potenciales y evita muchas situaciones de crisis, reduciendo al máximo su posibilidad de ocurrencia.
- La Comunicación Estratégica debe coadyuvar en gestionar y hacer seguimiento a los aspectos potencialmente conflictivos que pudieran generar una crisis

reputacional y ésta comporte daños y pérdidas para la organización. A pesar de ello, todas las crisis no se pueden prevenir o evitar.

En esta etapa donde aún no se ha generado la crisis, es el momento para:



Tabla 4. Acciones mínimas en Pre-Crisis

1. Elabore el mapa de públicos con los que se relaciona la empresa.
2. Identifique las amenazas (externas) y debilidades (internas) de cada proceso.
3. Defina las situaciones / riesgos que se pueden presentar a partir de esas amenazas y debilidades.
4. Valore la probabilidad de que cada situación ocurra y el impacto que tendría.
5. Establezca la zona de amenaza en la que se ubica cada riesgo: operativo, reputacional, comercial, gerencial, etc.
6. Diseñe los controles para cada tipo de riesgo y un plan para riesgos altos y extremos.
7. Documente las acciones de comunicación que se deben desarrollar durante las crisis (Manual de crisis).
8. Conforme el Comité de Crisis.
9. Seleccione los voceros externos e internos.
10. Diseñe piezas de comunicación estándar para usar durante la crisis y la post-crisis.
11. Actualice las bases de datos de los grupos de interés.
12. Capacite al personal en los protocolos para el manejo de crisis.
13. Revise periódicamente todo el proceso.
14. Mantenga actualizada la capacitación en vocería.

Fuente: Diseño propio.

4.1.1. La comunicación en Pre-Crisis

El papel de la comunicación en la gestión de crisis es primordial, por lo que ocupa un lugar destacado en la planificación de la etapa de Pre-Crisis.

Antes de la crisis se debe realizar:

- **Auditoría de vulnerabilidad:** situaciones críticas más probables.
- **Definición política** de gestión de crisis.
- Conformación de **Comité de Crisis** – Política de vocería corporativa.
- Activación de **asuntos clave**.
- Elaboración de **Manuales** (guías/ficheros de comunicación de crisis): instrucciones orientadas a facilitar la información.

Preparación de:

- Comunicados de prensa/rueda de prensa-Discurso de espera-Información para empleados, posibles afectados y autoridades.
- **Logística** necesaria para afrontar la crisis e instrucciones para la instalación del centro de control.
- **Programa de cultura** de preservación de la imagen y la reputación.
- **Programa de formación de voceros** internos y externos.
- **Manual de relacionamiento con los medios** (cómo atender requerimientos y cómo atender a la figura del periodista).

4.1.2. Matriz de Riesgo

Existen múltiples modelos para el diseño de una matriz de riesgo, sin embargo, para efectos de nuestro curso presentamos una guía rápida para su construcción.

I. Preguntarnos:

1. ¿Qué sucede si el tema o problema es ignorado?
2. ¿Cómo se verán afectados los públicos clave (*stakeholders*) de la organización ante ese cambio del entorno?
3. ¿En qué dirección se debe conducir el tema o problema?

II. Establecer un “inventario de fuerzas y debilidades” muy detallado:

1. Procedimientos y herramientas de evaluación.

III. El esquema básico general de esta metodología podría ser:

1. Elaboración de las herramientas de evaluación.
2. Análisis de crisis históricas.
3. Tabla de análisis de impacto vs. Probabilidad de ocurrencia. Una por cada área organizacional.
4. Clasificación de riesgos.
5. Análisis de riesgos y procedimientos internos para enfrentarlos.

En esta etapa podemos recurrir al análisis de amenazas y debilidades por proceso. A continuación dos ejemplos:



Si se presenta una respuesta a tiempo en la fase Pre-Crisis, seguramente se abrirá un escenario que contrarreste el riesgo de comenzarla o establecer protocolos de acción

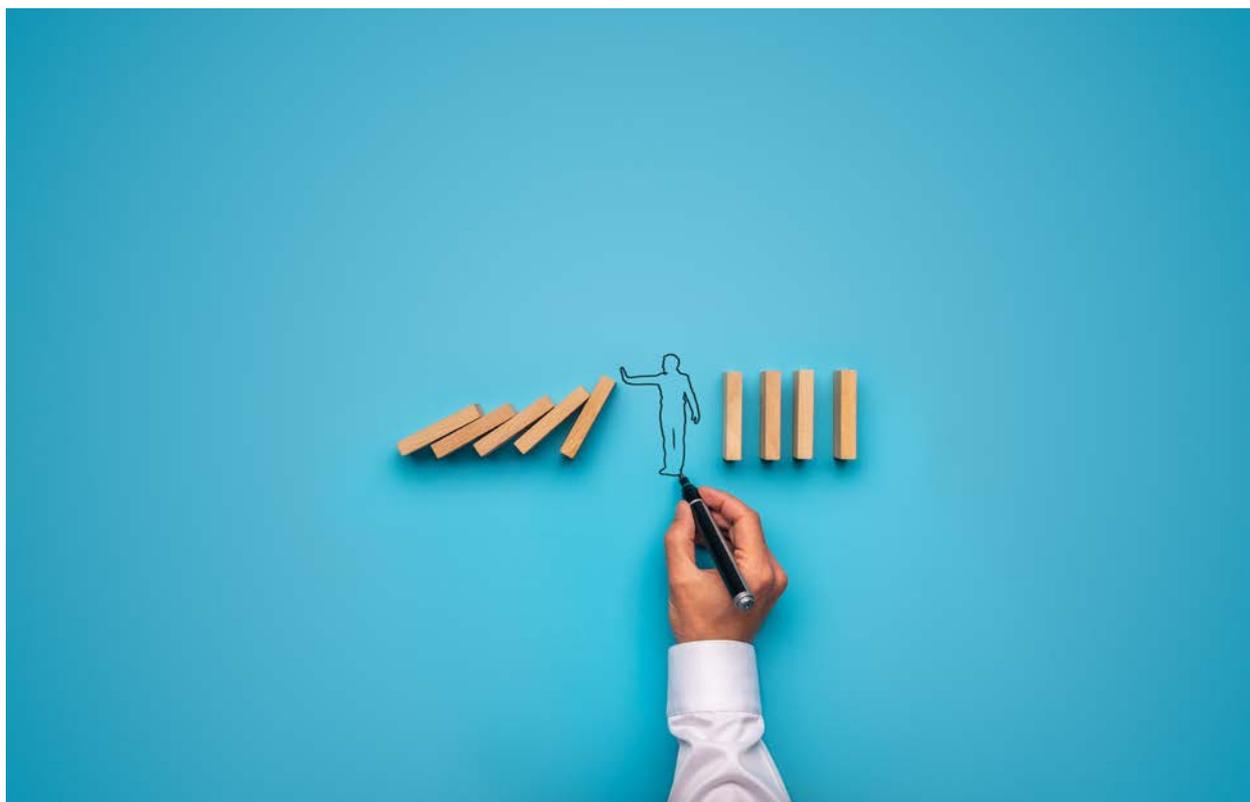
4.1.3. Manual de Crisis

Un manual de crisis es una guía que ofrece orientaciones y sugerencias, para el manejo adecuado de posibles situaciones críticas de tipo operacional, financiero, productivo, comercial, etc, con efectos negativos a la imagen y reputación de la institución.

- El Manual es un **documento para antes, durante y después** de la crisis.
- Debe **iniciarse con el análisis de la misma organización**, de sus problemas, sus vulnerabilidades o mejor aún de sus escenarios de crisis más probables.
- El Manual **debe establecer una valoración de la posible crisis**, según su impacto/intensidad.

El manual incluye una serie de pautas y acciones que deberán seguir los empleados de la compañía, en caso que se presenten crisis comunicacionales, proveyéndolos de herramientas y recomendaciones que les permitan comprender y conocer las clases de contingencias potenciales, así como los procesos, procedimientos y protocolos que se requieren para desarrollar destrezas en una resolución eficaz y efectiva. Entre los contenidos del manual debiera contener como mínimo los siguientes puntos básicos:

1. Filosofía de la organización.
2. Justificación del Plan de Crisis.
3. Objetivos del plan de crisis.
4. Presentación de la forma de identificar y definir una crisis.



5. El Comité de Crisis.

6. Relaciones con otras instituciones.

7. Principales contenidos.

8. Centro de Operaciones.

Para Remy (2016) el Manual de Crisis, se puede definir como el conjunto de procesos de comunicación que le permiten a la organización prepararse para afrontar de manera efectiva una o varias situaciones de crisis, garantizando reacciones rápidas y coordinadas bajo presión, dirigidas a neutralizar las amenazas a:

- La confianza de los inversionistas.
- La reputación del grupo.
- La moral de los empleados.
- La lealtad de los clientes.
- El flujo de suministro de los proveedores.

Este documento especializado permite:

- Identificar los posibles riesgos que pudieran generar amenazas en la organización.
- Establecer y crear mecanismos de defensa efectivos que contrarresten una crisis a nivel de comunicación.
- Transformar la situación de crisis en una oportunidad.

– Proporcionar un manejo adecuado de la imagen de la marca entre sus *stakeholders*.

– Preparar al recurso humano tanto a nivel operativo como directivo.

– Elaborar y establecer procesos de crisis comunicacionales efectivos y estandarizados, implementando guías prácticas de procedimientos comunicativos para regular el desarrollo de una crisis y así minimizar el impacto en los canales de comunicación de la organización y medios de comunicación masivos.

– Construir un mapa de alertas tempranas y monitorización del entorno.

– Gestionar entrenamientos de voceros y situaciones hipotéticas frente a situaciones de riesgo.

– Identificar escenarios potenciales de crisis y prevenir su ocurrencia mediante acciones proactivas.

– Blindar la reputación de la institución.

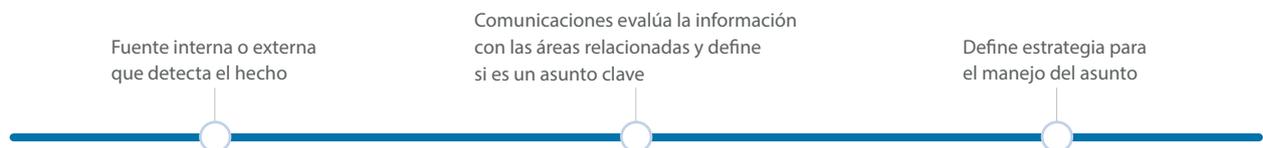
4.1.4. Sistema de notificación de un asunto crítico

Dentro de la planificación previa a la crisis, el tema de cómo notificar un asunto clave crítico, ocupa un papel importante.

Para este proceso se recomienda definir en el manual la forma en que se decidirá qué suceso es generador de crisis y quién o quiénes tienen la potestad, para definir este asunto. Encontramos un ejemplo muy sencillo de la forma como la Universidad del Norte (Colombia) explica su proceso:



Figura 6. Ejemplo de sistemas de notificación



Fuente: Manual de Crisis de la Universidad del Norte de Colombia.

4.1.5. Identificación de públicos / *stakeholders*

Desde la Teoría de los *stakeholders*, Edward Freeman (1984) los define como *“todas las personas quienes tienen un interés respecto a las empresas u organizaciones: accionistas, el gobierno, los consumidores y los grupos de activismo de los consumidores, las comunidades representativas y los medios”*.

Freeman define estos públicos *“basados en el criterio del poder, considerando la capacidad del público de afectar a las organizaciones o de verse afectado por ellas”*. Se basa en la interacción y afectación en el negocio.

Entre los grupos de interés, pueden encontrarse aquellos que mantienen una relación económica con la organización (por ejemplo, empleados, accionistas o proveedores) y los que tienen otro tipo de relación (por ejemplo, los grupos vulnerables dentro de comunidades locales, la sociedad civil o líderes de opinión).

Algunos factores generales que debieran considerarse a la hora de definir el mapa de *stakeholders* son: proximidad, dependencia, influencia, responsabilidad y representación.

Desde los años ochenta, el enfoque de *stakeholders* ha tomado fuerza como modelo de gestión, por su enfoque de empresa dinámica, plural y muy consciente de su entorno, generando estrategias y tácticas... (Navarro, 2008).

Para Orjuela (2011) es muy valioso el modelo por *stakeholders*, tanto para la gestión como para la comunicación ya que:

- Proporciona un marco de trabajo estratégico simple y flexible, para adaptarse a los cambios que se generen sobre la marcha.
- Genera una visión amplia y equilibrada para integrar las relaciones y los objetivos del negocio y, por ende, comunicacionales.
- Se entiende a la organización desde su dinámica social con sus *stakeholders* y no sólo desde su dimensión productiva.
- Exige que la organización observe y analice con detenimiento la realidad que se genera, más allá de sus propios muros, identificando semejanzas para compartir, diferencias para tender puentes y estrechar lazos, con el fin de construir un diálogo constructivo, generar valor a la organización y a la sociedad en la cual está inmersa.

- Proporciona un conocimiento de personas reales, individuales, no sólo de fenómenos sociales, que en ocasiones generan una sombra sobre lo que realmente debe ser importante para la institución y se queda en planes, acciones o estadísticas, que al final no producen beneficios reales.

- Ofrece a las directivas un enfoque integrado para la toma de decisiones, que le permitirá satisfacer a cada *stakeholder* según su perfil y necesidades específicas, buscando relaciones profundas y a largo plazo, que *a posteriori* serán el soporte de su reputación organizacional, en beneficio de todo el negocio.

Escudero (2010) afirma que el término *“stakeholder”* no existe formalmente en idioma inglés. Su primera aparición se puede verificar en un memorando de 1963 en *Stanford Research Institute* para referirse a *“aquellos grupos sin cuyo apoyo la organización dejaría de existir. La lista de stakeholders originalmente incluía a dueños, empleados, clientes, proveedores, financistas y la sociedad”*.

De acuerdo a Yepes, Peña y Sánchez (2007), el sistema de *stakeholders* ha sido utilizado en las organizaciones para conocer ante quién es responsable la organización. Los grupos primarios son aquellos sin cuya continua participación la empresa no puede sobrevivir; entre ellos se cuentan los accionistas, inversores, empleados, clientes y proveedores. En cuanto al grupo de *stakeholders* públicos lo conforman *“los gobiernos y comunidades que proporcionan la infraestructura y mercados, cuyas leyes y regulaciones deben ser obedecidas y a quienes se les deben pagar impuestos y otras obligaciones”*. La interdependencia más alta es entre la empresa y su grupo *stakeholder* primario.

En cuanto al grupo de *stakeholders* secundario ha sido interpretado *“como los que influyen o afectan, o son influidos o afectados por la empresa; sin embargo, ellos no participan en las operaciones ni son esenciales para su supervivencia”*. Buena parte de este grupo *“tiene la capacidad de movilizar la opinión pública a favor o en contra de una empresa. Dichos grupos pueden dañar de manera significativa a la empresa”*.

La identificación selectiva de los diferentes públicos de la empresa permite:

- Adaptar y jerarquizar los mensajes, entendiendo quiénes se verán implicados y con qué gravedad.
- Jerarquizar los públicos según prioridades.

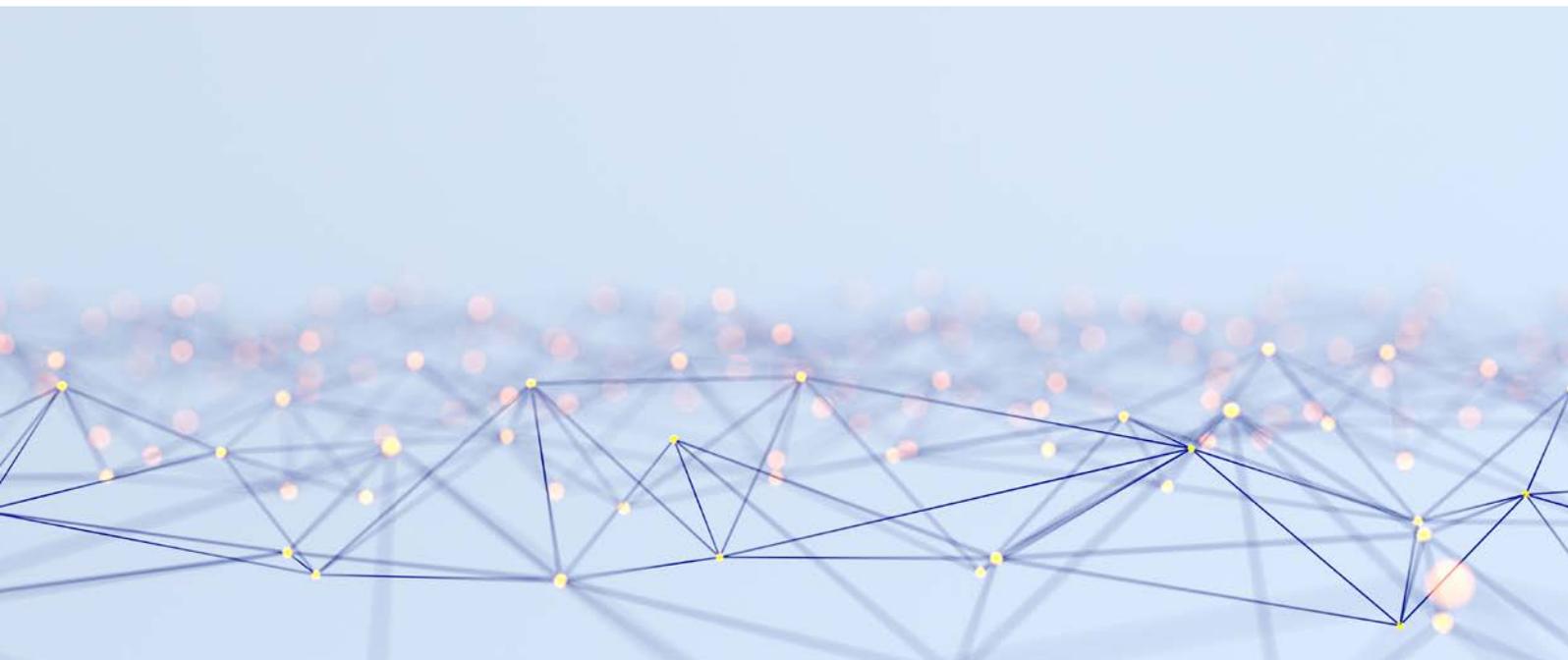
- Prever los medios técnicos y logísticos necesarios para contactarlos.
- Evaluar las necesidades presupuestarias para llevarlo a cabo.



Figura 7. Los públicos clave/críticos

<p>Públicos internos: Prioritarios, dado que la cohesión se convierte en un elemento decisivo para enfrentar cuestionamientos del entorno.</p>	Mandos altos y medios
	Empleados
	Dirigentes sindicales
	Accionistas
<p>Públicos fronterizos o intermedios: Se sitúan en el intermedio de la organización con el entorno y pueden actuar como árbitro de hecho o de derecho.</p>	Autoridades
	Proveedores
<p>Públicos externos: Aunque puedan estar afectados, sienten poca influencia sobre su desarrollo.</p>	Consumidores
	Medios de comunicación
	Opinión pública en general

Fuente: Diseño propio a partir de Tironi y Cavallo.



4.1.6. La matriz discursiva: el mensaje

De acuerdo con Daniel Diermeier, citado por Remy (2016), ante una crisis no hay que perder de vista qué tan amplio es el cuadrante de la respuesta, si es muy experta, pero poco transparente o muy empática pero poco comprometida, la opinión no reaccionará favorablemente.

Mientras más amplia sea el área de cobertura, más eficaz será la contención de la crisis:



Figura 8. Cuadrante de respuesta a los mensajes



Fuente: Daniel Diermeier, citado por Remy.

De acuerdo a Herrera, C. (2012), para fijar el discurso de la empresa, se elabora un *vademecum* argumentativo que ofrezca respuesta a todas las cuestiones que puedan serle planteadas:

- Exposición de principios fundamentales.
- Desarrollo de argumentaciones claras, con cifras, balance de ventajas e inconvenientes.
- Preguntas y respuestas, etc.

Su presentación por escrito permite unificar los discursos de la empresa.

Un mensaje clave puede hablar de:

- Importancia de la organización.
- Capacidad de la organización para desplegar sus acciones.
- Inspiración y optimismo en el presente y futuro de la empresa, de la región y el país donde operan.
- Firmeza en los principios que guían a la organización.
- Elementos distintivos que la posicionan y la diferencian de sus competidores
- Importancia de los grupos de interés para la organización.

El mensaje clave:

«Es un enunciado correctamente construido que presenta lo que la empresa quiere comunicar de forma clara, concisa y atractiva» Rudolph Giuliani.

- Mensajes según el tipo de medio.
- Mensaje según el momento de la crisis.
- Adaptación de mensajes según el tipo de público.

Análisis de herramientas de comunicación:

- Cada soporte tiene su política editorial, sus plazos de producción, marco legislativo, su tipo escritura y estilos específicos.
- Los análisis en profundidad de las agendas de prensa y del archivo de los *dossieres* de prensa, será de lo más útil.



Figura 9. Características de los mensajes en situaciones de crisis



Fuente: Diseño propio basados en varios autores.

– Según los casos, se puede bosquejar un cuadro que comprenda los temas y los argumentos recurrentes, desarrollados por la prensa sobre casos similares o representativos.

4.1.7. El Comité de Crisis

La formación de un comité de crisis y la selección de un portavoz oficial son de los asuntos más sensibles al planificar la gestión de una crisis, esenciales para la prevención control y contención de crisis.

Los comités de crisis los forman personas de diversos departamentos. Deben estar siempre localizables y contar todos con un suplente, para que se pueda convocar el comité de crisis cuando se requiera.

Debería estar conformada por personas que puedan trabajar bajo presión y alto estrés.

Debería ser una función que las personas acepten y no que sea impuesto.

Para su formación se debe definir:

1. Construcción de los escenarios.
2. Definición de las áreas que van a participar de acuerdo a esos escenarios.
3. Dar una función / rol a cada persona en específico.

Las funciones más comunes son: (Adaptado de Elizalde, L.)

1. **Manager del equipo:** Debe ser una persona con autoridad y mando en la organización para dotar al Comité de Crisis de mayor autonomía.

2. **Voceros:** Persona o personas que traten con la prensa. También se deben designar los voceros internos.
3. **Manager de la información:** Gestionará toda la información que entra, la que se procesa y la que sale del Comité de Crisis y de la organización.
4. **Asuntos jurídicos:** Esta persona es central, aunque debe aparecer lo menos posible en público, ya que genera muchas antipatías.
5. **Asuntos públicos:** Debe estar la persona que tiene la responsabilidad de gestionar los problemas o asuntos que tienen trascendencia pública, para la organización.
6. **Otras áreas:** Finalmente, deben ser personas a las que normalmente se destina a áreas de la organización. Esto se determina en el estudio de escenarios.

4.1.8. El Vocero

Los voceros son el rostro de la empresa ante los grupos de interés. Deben ser personas que cuenten con credibilidad y que cuenten con la capacidad para equilibrar bien los aspectos técnicos para que el mensaje no pierda claridad.



Figura 10. Mandamientos del buen vocero

1. Utilizar lenguaje claro y conciso. No se extienda.
2. Transmitir ideas simples y de fácil comprensión.
3. Evite frases hechas y muletillas.
4. Utilizar con moderación adjetivos y adverbios.
5. Estructurar mensajes precisos y directos.
6. Recurrir a ejemplos. Facilite las cosas.
7. Dar cifras imprescindibles, generalmente se convierten en titular.
8. Mantener serenidad y calma.
9. Prevenir lo imprevisto.
10. Dominar el tema. No hable de lo que no sabe, no especule.

Fuente: Diseño propio adaptado de Febres.

4.2. Fase de Crisis

Es el punto más alto en el desarrollo de una crisis y la fase más dura de afrontar debido a los efectos físicos y emocionales que genera en la empresa. La gerencia de una crisis requiere cautela en los mensajes que se van a difundir y en las acciones operativas que se comprometen a tomar. Cuando se llega a esta fase es porque era imposible evitar la situación y se debe afrontar o porque se incurrieron en errores o ausencias a la hora de monitorear las alertas, que son finalmente los primeros síntomas con los que se presenta una crisis. En este momento la compañía es el centro de atención de toda la opinión pública ya que cualquier tipo de información relacionada tendrá, consecuencias de tipo externo.

En esta fase juega un papel muy importante los estrategias de medios de comunicación para buscar los mejores canales de difusión de la información relacionada e incluso analizar si es imperativo el uso de medios masivos (radio, prensa, televisión). La clave es siempre asumir las responsabilidades y entender que las posturas y mensajes corporativos tienen como propósito evitar mayores consecuencias.

Ante el desencadenamiento de una crisis es necesario reaccionar, lo que implica tres tipos de acciones:

- Resolver el conflicto y tomar medidas para solucionar el problema y compensar los daños causados.
- Comunicar correctamente la descripción del incidente, las causas, el estado actual de la situación y las medidas que se tomarán para solucionar el problema. Es necesario tener presente quién lo comunicará, a quién, a través de qué medios, cómo y cuándo. Diversos académicos (Bradford y Garret, 1995; Coombs, 1995; Härtel et al., 1998; Stockmyer, 1996) relacionan las crisis con la Teoría de la Atribución, según la cual los públicos quieren conocer las causas y los responsables de los hechos, así como asignar la responsabilidad de las crisis a alguien.
- Actuar para recuperar la imagen y la reputación de la empresa, que se deteriora con la crisis. Muchos autores han afirmado que las crisis son creadoras de oportunidades (Hurst, 1995; Mitroff, 2005; Ulmer et al., 2007b; Witt y Morgan, 2002). Ulmer, Sellnow y Seeger (2007a); además, añaden las características que deberían cumplir las comunicaciones Post-Crisis para recuperar y mejorar la imagen dañada de las organizaciones. Por un lado, **la comunicación debe ser prospectiva en lugar de retrospectiva** y además los líderes han de transmitir a los diversos públicos una visualización optimista de la crisis, como una oportunidad de mejora.

En las crisis evalúe y determine el impacto de la situación:

- Pregúntese si el problema que está enfrentando es el que de verdad le interesa a la empresa.
- Determine el impacto en pérdida de reputación e imagen.

Una situación se debe analizar desde tres puntos de vista:

- Las causas que la originaron.
- Los efectos que producirá.
- El ciclo de su evolución.

En el momento de crisis se debe:

- Seguir las instrucciones del Comité de manejo de crisis informativas.
- Recabar la opinión de los especialistas.
- Actuar en forma serena y responsable.
- Mensajes breves, claros y concisos.
- Responder de forma rápida, pero no precipitada.
- Atender a los medios de comunicación.
- Seguir la evolución de los hechos.
- No responder a rumores.
- Dejar la situación a los voceros.

La comunicación en la fase de Crisis:

La comunicación y los comportamientos durante esta fase serán seguidos muy de cerca y analizados con lupa, por ello debe evitar:

- Mentir o especular.
- Culpar a terceros, cuando no existe fundamento para hacerlo.
- Desviar la atención.
- Asumir responsabilidades, cuando no se es responsable o sin conocer las causas reales de lo sucedido.
- Querer afrontar la crisis en solitario.

- Mostrar debilidad o inseguridad delante de los periodistas.
- Quedarse callado. El silencio no debe ser la respuesta.

Defina el impacto informativo:

- ¿Qué mensaje le entrego a mis aliados?
- ¿Qué digo a mi público interno y externo?



Figura 11. La estrategia en la fase de crisis

Defina la estrategia:

- Mida el impacto de la crisis para actuar de forma eficaz
- Parta de la situación más desfavorable
- No mienta ni tergiversar la realidad
- Tome la iniciativa
- Sepa que la prensa no es el único camino

Fuente: Herrera, C.

Importancia de la cohesión entre el equipo que maneja la crisis:

- Si no actúan en equipo, se atomizan los mensajes.
- Cada miembro del comité de crisis debe tener una responsabilidad asignada.
- Si el vocero principal no está localizable, seleccione otro debidamente preparado.
- Hay que buscar la ayuda del experto en el tema.

Defina las estrategias de comunicación:



Figura 12. Estrategias de comunicación en tiempos de crisis

- Actitud del silencio: se decide no reaccionar respondiendo a las acusaciones, o de hablar de ello lo menos posible.
- Actitud de la negación: la organización niega en bloque el incidente y rechaza que se le dedique ningún interés o tiempo.
- Actitud de transferencia de responsabilidades: se intenta hacer que asuma la responsabilidad un tercero, para proteger a la empresa como tal.
- Actitud de la confesión: se reconocen las propias responsabilidades y la empresa se presta a colaborar plenamente con los medios.
- Actitud de la discreción controlada: ir soltando la información "a cuenta gotas", en función de su ritmo de preparación interna y de las preguntas planteadas por los diferentes interlocutores.

Fuente: Adaptado de varios autores.



Objetivos de las relaciones con los medios

- Facilite su trabajo. Las noticias son su insumo.
- Ser fuente de primera mano.
- Mantener la dirección de la información que solo nosotros manejamos.
- Reducir los efectos negativos de problemas que puedan surgir.
- Crear una corriente de información valiosa para la opinión pública.
- Hacer pedagogía informativa con los medios.

Fuente: Adaptado de varios autores.

Y muy importante...

Evaluar la evolución de las crisis:

- Mida el impacto de los mensajes.
- Haga un *media audit*.
- Realice *focus groups*.
- Mida la temperatura de los líderes de opinión.

4.3. Fase Post – Crisis

En esta etapa se llega a la resolución del conflicto en donde la crisis ya no presenta ningún tipo de riesgo para la operatividad de la empresa. Siendo así es de vital importancia, cerrar la crisis a través de comunicados a los medios de comunicación (en caso de haber intervenido en la situación) y así mismo con los diversos públicos afectados y de interés para la institución a través de los medios más idóneos de acuerdo al perfil de cada uno de ellos.

Antes de cualquier evaluación y como parte de la gestión, es importante cerrar la crisis con los *stakeholders* de la institución.

En esta etapa vale la pena realizar un análisis posterior a la crisis, para detectar oportunidades de mejoramiento y ajustar procesos, estrategias y acciones.

Incorporar las lecciones aprendidas es adoptar nuevos enfoques que nutran la gestión de riesgos en momentos de crisis y permite realizar los ajustes necesarios, dentro de la institución para disminuir el nivel de exposición a las amenazas y la vulnerabilidad de la compañía.

Esta fase permite a la institución cerrar el ciclo de la crisis con una autoevaluación que genera aprendizaje tras la identificación de las oportunidades de mejora.

Reanudación y recuperación de la dinámica de la institución y de sus procesos. Después de la crisis la organización debe retomar las actividades normales, además es importante informar a los funcionarios sobre los resultados de la crisis, así como a sus públicos más importantes.

En esta última etapa, se debe como mínimo realizar un análisis del impacto de sucedido, identificar qué funcionó en cada una de las etapas y analizar si se presentaron modificaciones a los mensajes emitidos y que estaban redactados en la etapa de pre-crisis en el Manual.

Tras la crisis, el Comité en cabeza del jefe de comunicaciones, deberá levantar un informe y plasmar el análisis que se realice de las situaciones vividas, lecciones aprendidas, revisar las consecuencias positivas y negativas de la crisis respecto a la institución y al entorno y definir qué variables no fueron consideradas y llevaron a la crisis. Este informe deberá sentar precedentes de recepción de información, monitoreo, administración y cierre de situaciones anómalas en materia comunicativa, donde es muy importante cerrar con los medios de comunicación y generar comunicados finales.

Así mismo se sugiere realizar una evaluación interna y externa, hacer auditorías de imagen, planes de relaciones públicas, campañas de sensibilización u otras tácticas para mitigar que la situación o crisis se vuelva a presentar.

En resumen en esta fase se debe:



Figura 14. Pasos de la evaluación post-crisis

1. Reconstruya la historia de la crisis: entrevistas-estudios de prensa.
2. Determine el grado de compatibilidad entre los documentos diseñados para la crisis y los que realmente se utilizaron.
3. Establezca las consecuencias positivas y negativas de la crisis sobre usted y sobre otros afectados.
4. Defina nuevas variables o relaciones entre variables no consideradas en el estudio de escenarios previo.
5. Desarrolle recomendaciones para el cambio o el ajuste de todo el sistema de manejo de crisis.
6. Defina nuevamente escenarios de posibles nuevas crisis con la información que obtuvo de esta evaluación.

Fuente: Elizalde, L.

Las redes sociales:

Tal como lo menciona Losada (2019), la comunicación en estos tiempos ha dejado de necesitar intermediarios, para hacer llegar los mensajes a los públicos.

... El nuevo marco de acción pasa de una comunicación masiva dirigida a segmentos de población y públicos específicos y muy dependientes de unos pocos intermediarios a una comunicación directa entre personas basada en su entendimiento como individuos. Con este escenario parece, un hecho irrefutable que ni la comunicación masiva y unidireccional es útil para llegar a nuestros stakeholders, ni unos pocos interlocutores controlan los canales de comunicación, ni los mensajes que van dirigidos a un público específico pueden aislarse de aquellos individuos que no son sus destinatarios. La forma en la que las corporaciones se muestran es absoluta y sin posibles zonas oscuras, al menos durante cierto tiempo. Y hace muchos años que la transparencia ya no es una opción.

Lo que implica que la transparencia es una exigencia en estos tiempos y no sólo una moda o tendencia gerencial.

A manera de colofón, mencionaremos algunos tips de Dietrich, G. (2010), la gestión de crisis en redes sociales son:



Figura 15. Tips para la gestión de crisis en redes sociales

1. Capacite a su equipo.
2. Piense antes de actuar.
3. Actúe con rapidez.
4. Aborde el problema.
5. Asuma su historia y cuéntela.
6. Comunique en la misma red que sucede la crisis.
7. Contrate a un experto.
8. Diga lo siento.
9. Dé marcha atrás cuando haya cometido un error.
10. Evalúe y haga seguimiento.

Fuente: Dietrich, G.

Las crisis en redes sociales exigen respuesta en casi minutos; si para los otros tipos de crisis la primera hora es definitiva, en las redes sociales los primeros 15-25 minutos son decisivos.

5. Consideraciones finales

De acuerdo al profesionalismo con el que se gestionen las crisis, estas experiencias pueden fortalecer o debilitar a la institución afectando su reputación, imagen, relación con sus diversos públicos, incluso impactando a sus colaboradores y la dinámica organizacional en general.

Para Remy (2016) lograr gestionar exitosamente una crisis, **es importante no olvidar que los objetivos de una crisis** son:

- Manejar la crisis eficaz y profesionalmente para minimizar el impacto en las operaciones.
 - Mostrarse preocupada y responsable con la comunidad, sus trabajadores, clientes y proveedores, las autoridades y los medios de comunicación.
 - Proveer asistencia adecuada a quienes hayan resultado afectados por sus operaciones o servicios.
 - Ayudar a los medios de comunicación a conocer los hechos, así como su capacidad de respuesta y voluntad de transparencia.
 - Mantener la operatividad efectiva y eficientemente durante el evento de crisis, o recuperarla lo más pronto posible si se ha visto interrumpida.
 - Minimizar el daño material y financiero.
 - Eliminar o reducir cualquier margen potencial de responsabilidad legal.
 - Revelar que incluso en circunstancias difíciles, mantiene sus compromisos y valores corporativos.
- Finalmente, Arroyo y Yus (2003) advierten sobre los **errores que se deben evitar en una crisis**:
- Pensar que no nos ocurrirá.
 - Esperar a que el fuego se apague solo.
 - Convocar una rueda de prensa inmediatamente.
 - Guiarse por los hechos y no por las percepciones. En las crisis lo emocional suele primar sobre lo racional.
 - Trabajar solo. Las crisis se gestionan en equipos.
 - Mentir. Es un error estratégico de consecuencias inimaginables para la organización.

- No tomar decisiones inmediatamente porque son costosas.
- Contra-atacar. Si nuestra posición de partida es la debilidad (en los argumentos o en los símbolos) lo mejor es no contra-atacar.
- Obsesionarse con los medios de comunicación.
- No recurrir a los amigos. Los testimonios favorables de terceros pueden ser de mucha utilidad.
- No comunicar los riesgos para no asustar. Si para los clientes el servicio o producto implica riesgos o existe una percepción de ello, la empresa debe investigar y analizar cuál es la percepción de riesgos y su impacto.
- Seguir el consejo de los abogados al pie de la letra. Existen dos tribunales, el de la justicia y el de la opinión pública. Se debe buscar un equilibrio entre los dos.
- Mostrar orgullo. Manifestar sentimientos de solidaridad con los afectados por un accidente o una negligencia, no solo es moralmente exigible sino también estratégicamente aconsejable.
- Contar sólo con un manual de comunicación de 200 páginas y no tener una versión corta con los puntos más importantes, para facilitar el seguimiento.
- Olvidarse de Internet. Reaccionar a una crisis es más fácil con las herramientas que da internet.
- Asumir que la crisis ya ha terminado.

A continuación encontrarán un glosario y bibliografía.

Glosario

Amenaza: fenómenos de carácter externo e interno que pueden generar serias afectaciones a la reputación, imagen e identidad de la empresa (BID, 2002). Situación externa que no controla la entidad y que puede afectar su operación

Aceptar el riesgo: decisión informada de aceptar las consecuencias y probabilidad de un riesgo en particular.

Causa: medios, circunstancias y/o agentes que generan riesgos.

Comité de crisis: equipo responsable de las decisiones y la comunicación de una crisis.

Compartir el riesgo: se asocia con la forma de protección para disminuir las pérdidas que ocurran luego de la materialización de un riesgo, es posible realizarlo mediante contratos, seguros, cláusulas contractuales u otros medios que puedan aplicarse.

Debilidad: situación interna que la entidad puede controlar y que puede afectar su operación.

Evitar el riesgo: tomar las medidas encaminadas a prevenir su materialización. Es siempre la primera alternativa a considerar, se logra cuando al interior de los procesos se generan cambios sustanciales por mejoramiento, rediseño o eliminación, resultado de unos adecuados controles y acciones emprendidas.

Identidad: La relevancia de la identidad corporativa se centra en que esta se ve *“como a una clase de adhesivo. Una identidad corporativa fuerte aumenta la posibilidad de identificación o vinculación con la empresa. Esto se aplica tanto a los públicos objetivo internos como externos”* (van Riel, 1997). Con ella se puede aumentar la motivación de los empleados, inspirar confianza entre los públicos objetivos externos de una empresa, lograr conciencia de la importancia del papel de los clientes y tener conciencia del papel vital de los públicos objetivo financieros (van Riel, 1997). Este concepto de identidad es fundamental para la organización ya que cualquier afectación a la cultura corporativa va en detrimento del propósito inspirador, pues esta empresa cree firmemente en sus empleados, sus capacidades y potencialidades, así como busca brindar a sus colaboradores las herramientas para que sean felices desde su especialidad y realización profesional.

Imagen: *“La imagen de la marca es el resultado de lo que los públicos objetivos y/o stakeholders perciben de la marca”* (Orozco y Muñoz, 2012). De ahí que una de las amenazas más devastadoras para la organización tiene que ver con afectaciones a la imagen corporativa pues tendrá serias afectaciones en sus públicos. Todo riesgo que directa o indirectamente se relacione con este intangible deberá ser mitigado de inmediato y proveer un plan de contingencia que permita actuar en momentos de crisis.

Impacto: efecto de la materialización del riesgo. Efecto que produce un hecho en una o más personas y en los públicos afines a y las posibles consecuencias que este tendría en dichos públicos.

Monitoreo: Seguimiento periódico que se realiza al momento de presentarse la situación con el fin de reconocer el impacto que ha tenido en diversos medios, entre ellos, redes sociales y públicos afines.

Outsourcing: proceso que efectúa una organización al separarse de una o más unidades productivas, funciones u operaciones de ella y las contrata externamente.

Probabilidad: medida para estimar la ocurrencia del riesgo.

Problema: cualquier proposición acerca de una situación que requiere más o mejor conocimiento del que se tiene en el instante presente.

Protocolo: procedimiento. Conjunto de reglas para llevar a cabo una acción con un objetivo específico.

Públicos de interés o stakeholders: Personas o grupos de personas que tienen algún tipo de interés y/o esperan algo de la organización y de lo que ésta produce, diseña y hace. Públicos afines de la organización, entre ellos, público general, clientes, proveedores, autoridades y muy especialmente empleados (en el mapa de públicos se definen otros grupos de interés).

Reducir el riesgo: implica tomar medidas encaminadas a disminuir la probabilidad (medidas de prevención). “La reducción del riesgo es probablemente el método más sencillo y económico para superar las debilidades antes de aplicar medidas más costosas y difíciles”.

Rentabilidad: medición de la efectividad de la gerencia de una empresa, demostrada por las utilidades obtenidas de las ventas realizadas y la utilización de las inversiones, su categoría y regularidad es la tendencia de las utilidades.

Reputación: “La reputación es consecuencia de una conducta coherente en el tiempo finalmente reconocida por la sociedad” (Mayol, 2014) es entonces la reputación lo que las audiencias perciben y valoran respecto de las diversas acciones de una empresa. En el mismo sentido y en atención a que de este concepto se deriva la conducta de la compañía, para la organización es muy importante que sus públicos la reconozcan como una empresa que cumple su propósito y lo traduce con su actuar y en la interrelación con sus públicos. De esta forma, se generan acciones para cumplir los objetivos estratégicos de la compañía.

Riesgo: eventualidad que tendrá un impacto negativo sobre los objetivos institucionales o del proceso. Es la posibilidad de que se produzca un contratiempo o una desgracia, de que alguien o algo sufra perjuicio o daño. (RAE, 2016). El riesgo es visto como situaciones, construidas que puedan perjudicar la imagen de la empresa y afecte su reputación afectando procesos de producción, comercialización y posicionamiento de la compañía.

Rumor: información no confirmada generada por una fuente no oficial, con un objetivo específico.

Transferir el riesgo: se trasladan, total o parcialmente, las posibles pérdidas a otras organizaciones.

Siniestro: materialización del riesgo.

Vocero: representante de la organización que interactúa directamente en su nombre ante los distintos grupos de interés.

Bibliografía

Adán, G. (). *Issues Managment. Una herramienta para el futuro*. En Larrea, J. (Ed.). *Apuntes del Dircom*. (pp.51-58). Buenos Aires, Argentina: Editorial Dircom.

Ambrosone, M. (2007). *La administración del riesgo empresarial, una responsabilidad de todos - El enfoque COSO*. Recuperado el 10 de febrero de 2014 en <http://ayhconsultores.com/img/COSO.pdf>

Argenti, P. (2014). *Comunicación Estratégica y su contribución a la reputación*. Madrid: LID Editorial Empresarial. pp. 509- 564

Balza, A. y Coppola, G. (2011). *Gestión de riesgo comunicacional. Issues managment*. Buenos Aires: La Crujía.

Bernstein, Jonathan (2013). *The 10 steps of Crisis Communications*. Disponible en <http://bernsteincrisismanagement.com/the-10-steps-of-crisis-communication-s/>

Capriotti, P. (2013). *La Gestión Comunicativa de situaciones de Crisis*. En Castillo, A. (Coord.). *Comunicación Organizacional. Teoría y Estudios*. (181-213). Málaga, España: Editorial Clave Aynadamar.

Coombs, W. Timothy (2007). *Protecting organization reputations during a crisis: the development and application of situational crisis communication theory*. Disponible en <http://www.palgrave-journals.com/crr/journal/v10/n3/full/1550049a.html>

Dietrich, Gini (2013). *10 steps for managing an online crisis*. Spinsucks. Disponible en <http://spinsucks.com/communication/ten-steps-for-managing-an-online-crisis/>

Escudero, G. (2010). *Bien común y stakeholders. La propuesta de Edward Freeman*. Navarra: Eunsa.

Febres-Cordero, G. (2001). Los Voceros de la Empresa. En Pizzolante, I. (Ed). *El Poder de la Comunicación Estratégica*. (pp. 173-202). Caracas, Venezuela: Cograf Comunicaciones.

Fita, J. (2004). *Comunicación de Crisis*. En Losada, J. (Ed.). *Gestión de la comunicación en las organizaciones*. Barcelona: Ariel. (pp. 193-216).

Guzmán, H. y Ortiz, I. (s.f). *Gestión de la Comunicación en situaciones de crisis en los sectores privado, público y multinacional*. Bogotá: Publicaciones INPAHU Fundación Universitaria. https://issuu.com/la39/docs/libro_crisis

Jaume, Jazmine (2013). *El uso de monitoreo de medios sociales para la gestión de crisis*. Disponible en <https://www.brandwatch.com/2013/02/using-social-media-monitoring-for-crisis-management/>

Martínez, R. y Durántez, P. (2011). *La gestión de crisis en el escenario digital: Efectos sobre la reputación online y pautas de actuación en su comunicación*. Icono 14. Revista de Comunicación y Nuevas Tecnologías, pp. 425-439.

Octavio, I. y Hernández, G. (Coord). (2013). *Investigando la Comunicación en Crisis*. 1ed. [ebook] Ciudad de México: Razón y Palabra. Disponible en: <http://www.razonypalabra.org.mx/LibroCrisis/Crisis.pdf> [Recuperado 20 diciembre de 2019]

Orjuela, S. (2011). La Comunicación en la gestión de la Responsabilidad Social Empresarial. En *Revista Correspondencias & Análisis*. No. 1, pp. 137-156.

http://www.correspondenciasy analisis.com/es/pdf/rp/comunicacion_gestion.pdf [Recuperado el 15 julio 2015]

Remy, P. (2016). *Manejo de Crisis* (2ª Edición). Bogotá: ECOE Ediciones y Universidad Peruana de Ciencia Aplicadas. Schelemenson, A. (2007). *Remontar la Crisis* (1ª Edición). Buenos Aires: Granica.

Saura, P. y García, F. (2010). La comunicación de crisis como elemento clave de la comunicación empresarial. *Revista Icono 14*, Vol. 2, pp. 42-56.

<https://icono14.net/ojs/index.php/icono14/article/view/245/122> [Recuperado el 5 de noviembre de 2019].

Sabés, T. y Verón, J. (2008). *La gestión de la información en la administración local*. Sevilla: Comunicación Social, ediciones y publicaciones. pp. 78-84.

Túñez, M. (2012). *La gestión de la comunicación en las organizaciones*. Zamora, España: Comunicación Social, Ediciones y Publicaciones. (184-200).

Túñez, M. (Coord.) (2007). *Comunicación Preventiva. Planificación y ejecución de información interna y externa ante situaciones de crisis*. España: Ed. Gesbiblo.



Organización Iberoamericana de Seguridad Social

Secretaría General
C/ Velázquez 105. 1ª planta
28006 Madrid · España
sec.general@oiss.org
www.oiss.org

Con la colaboración de:

