

REVISTA INTERNACIONAL
de
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA
VI

INSTITUTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DE JALISCO
Y SUS MUNICIPIOS A.C.

REVISTA INTERNACIONAL
de
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Carlos Eduardo Gutiérrez Arce

Director

Emilio González Márquez

Gobernador Constitucional del Estado de Jalisco

Presidente Honorario

Consejo Directivo del Instituto de Administración Pública de Jalisco
y sus Municipios A.C.

José Guillermo Vallarta Plata

Presidente

Efraín Robles Vela

Vice Presidente

Gabriel Covarrubias Ibarra

Tesorero

Alfredo García Muñiz

Secretario Ejecutivo

Salvador Córdova Ibarra

Vocal

José Luis de Alba González

Vocal

REVISTA INTERNACIONAL

de

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

José de Jesús Naveja Macias
Gemma Grisel Romero Sánchez
Coordinación Académica

Karla Paulina Córdova González
Coordinación Editorial

Publicación del Instituto de Administración Pública de Jalisco
y sus Municipios A.C.

Calzada de las Palmas No. 89, Guadalajara, Jalisco. México

01 52 (33) 36500192, 36503492

presidencia@iapjalisco.org.mx

COMITÉ CIENTÍFICO

ALLAN R. BREWER-CARIAS

ALEJANDRO CARRILLO CASTRO

RAMSES S. CÓRDOVA GONZÁLEZ

JULIO CÉSAR DURÁN

JORGE FERNÁNDEZ

RICARDO HARO

ANTONIO MA. HERNÁNDEZ

JUAN ANTONIO HERNÁNDEZ CORCHETE

TOMAS HUTCHINSON

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE

LUIS GARCÍA CÁRDENAS

FORTUNATO GONZÁLEZ CRUZ

LORENZO MARTÍN RETORTILLO

ALFONSO MARTÍNEZ ECHEVERRÍA Y GARCÍA DE DUEÑAS

ENRIQUE ORDUÑA REBOLLO

JOSÉ FELIX PALOMINO MANCHEGO

LUCIANO PAREJO ALFONSO

JOSÉ LUIS PIÑAR MAÑAS

MIGUEL REVENGA SÁNCHEZ

JOSÉ LUIS VILLEGAS MORENO

CONTENIDO

EL DERECHO A LA CIUDAD SOSTENIBLE VICTOR RAFAEL HERNANDEZ MENDIBLE	6
LA PROTECCIÓN JURÍDICA DEL ADMINISTRADO “La defensa del administrado en el Derecho Constitucional y Administrativo” PABLO DERMASAKY PEREDO	38
LA SITUACIÓN GENERAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN EL DERECHO LATINOAMERICANO Y LA POSIBLE REFORMA EN EL DERECHO MEXICANO JOSÉ DE JESÚS NAVEJA MACIAS ALLAN BREWER CARIAS	99
ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y ACTUAL AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS “DE” y “A” LA PROTECCIÓN DE LOS DATOS OSCAR RAÚL PUCCINELLÍ	117

EL DERECHO A LA CIUDAD SOSTENIBLE

Víctor Rafael Hernández-Mendible

SUMARIO

Introducción

I. La carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad

II. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Cumbre del Milenio

III. El proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes en el mundo globalizado

IV. La Carta Mundial del Derecho a la Ciudad
Consideraciones finales

INTRODUCCIÓN

Las transformaciones que ha experimentado el Derecho Administrativo desde sus orígenes hasta nuestros días y el grado de evolución del Derecho Local a partir de la segunda mitad del siglo XX, han generado la aparición del *Derecho Administrativo Municipal*¹, expresión empleada en su más reciente publicación por el maestro iberoamericano José Luís Villegas Moreno².

Ha sido la obra de Villegas Moreno y en especial uno de los capítulos dedicado al “Municipio y Desarrollo Sostenible” y la exposición que tuve la fortuna de escucharle en octubre de 2007, a José Guillermo Vallarta Plata sobre el “Turismo y Desarrollo Sostenible en el Medio Rural”³, en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, los que me han motivado a la formulación de las reflexiones que he titulado el derecho a la ciudad sostenible, lo que permite apreciar que la sostenibilidad es el eje común que tomo de ambos autores, para efectuar los planteamientos que se formulan en este trabajo.

En así como el estudio del derecho a la ciudad sostenible, lleva a tratar de comprender si éste es capaz de brindar las condiciones que permitan satisfacer las necesidades básicas de las personas, para lograr en el presente su efectiva realización como seres

¹ José Luís VILLEGAS MORENO, *Derecho Administrativo Municipal*. Ed. Sin Límite. San Cristóbal. 2007.

² Enrique ORDUÑA REBOLLO, en el prólogo al *Derecho Administrativo Municipal*, culmina su presentación expresando que “El libro trata con gran dominio la materia, en la que Villegas puede considerarse como *un maestro*, al tiempo que profundiza en los temas fundamentales del Derecho Municipal venezolano, pero hemos de añadir que está apoyado en un gran aparato crítico, así como en una bibliografía extensa y adecuada”. Ob. cit. p. 17.

³ Se recomienda la lectura de los antecedentes internacionales sobre el desarrollo sostenible, en José Guillermo VALLARTA PLATA, Turismo y Desarrollo Sostenible en el Medio Rural. *Revista Internacional de Administración Pública*. IV. Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios. A.C. Guadalajara. 2007. pp.110-173.

humanos dignos, sin afectar la posibilidad de satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras, también con dignidad.

Las presentes reflexiones necesariamente sitúan el análisis en el momento histórico actual, en la era de la revolución tecnológica, de la Sociedad del Conocimiento, de la globalización entendida no exclusivamente en su sentido negativo como se destaca con tanta frecuencia, sino de la globalización positiva, es decir, en una etapa de agitación política, de cambios culturales y sociales, de reformas jurídicas a veces más formales que reales, a las cuales no escapan las ciudades como centro de vida social y del desarrollo de políticas públicas, que tienen como finalidad mejorar la calidad de vida de la comunidad, de la sociedad a través de la satisfacción de las necesidades básicas de los habitantes, tanto individual como colectivamente, en el presente y en el futuro.

Es este el contexto en el cual se ubica el análisis respecto a la definición, delimitación y configuración del “Derecho a la Ciudad” en los albores del siglo XXI, es decir, se debe determinar si el mismo constituye un derecho y más aún, si es de aquellos que desarrollan, complementan o garantizan la primacía de la persona humana y el respeto a su dignidad, pues de ser así, su reconocimiento viene impuesto por principios superiores que el derecho positivo de los Estados no puede desconocer y existe más allá que se encuentre expresamente recogido en las declaraciones de derechos humanos y pactos internacionales, constitucionales y leyes de cada Estado⁴.

Sin embargo, la pista para lograr tal determinación, surge de la interaplicación de los ordenamientos jurídicos supranacionales (internacionales y comunitarios) con los ordenamientos jurídicos nacionales (federal y local).

⁴ Jesús GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona y el derecho administrativo*. Ed. Jurua. Curitiba. 2007. p. 10.

Ahora bien, quienes postulan la existencia del “Derecho a la Ciudad”, lo han hecho ubicándolo como una de las manifestaciones de un derecho más amplio y complejo como el Derecho a la participación en los asuntos públicos, que ha sido objeto de análisis en otras oportunidades⁵, razón por la cual no se le dedicará mayor atención en esta ocasión.

Este Derecho tiene como antecedentes inmediatos las propuestas que se han realizado en Francia⁶ y España⁷, mientras que en Venezuela su análisis es más reciente⁸. No obstante, debe tenerse presente que existen acontecimientos y documentos que deben ser considerados como parte de tales antecedentes.

Es conforme a lo expuesto, que la presente exposición lleva a precisar en primer lugar, la propuesta de carta de las ciudades europeas hacia la sostenibilidad (I); en segundo lugar, la declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas y la Cumbre del Milenio (II); en tercer término, a analizar el proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes en el mundo globalizado (III); y por último, a establecer la configuración del Derecho a la Ciudad en el ordenamiento jurídico actual (IV).

⁵ Víctor Rafael HERNÁNDEZ-MENDIBLE, La participación ciudadana en la Administración Local. *Anuario de Derecho Administrativo. Tomo XIII*. Fundación de Cultura Universitaria. Montevideo. 2006. pp. 107-122.

⁶ Henri LEFEBVRE, *El Derecho a la Ciudad*. Ed. Península. Barcelona. 1969.

⁷ Jordi BORJAS, *La Ciudad Conquistada*. Alianza. Barcelona. 2003.

⁸ Fortunato GONZÁLEZ CRUZ, El Derecho a la Ciudad. *II Jornadas de Derecho Administrativo. Homenaje a Don Enrique Orduña Rebollo*. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 2005. pp. 53-63; Armando RODRÍGUEZ GARCÍA, La Ciudad como Espacio de Políticas Públicas. Ob. cit. pp. 65-80; José Luís VILLEGAS MORENO, La Ciudad Sostenible. Aproximación a su configuración en el contexto Global. Ob. cit. pp. 81-100.

I. La Carta de las Ciudades Europeas hacia Sostenibilidad

La Carta de Aalborg fue aprobada por los participantes a la primera conferencia europea sobre Ciudades Sostenibles⁹, inicialmente fueron 80 autoridades locales europeas y 253 representantes de organismos internacionales, gobiernos nacionales, instituciones científicas, consultores y particulares.

El desarrollo sostenible pretende lograr la justicia social, una economía sostenible y un medio ambiente duradero. Esta justicia social necesariamente se basa en la sostenibilidad económica y la equidad, que precisan a su vez de una sostenibilidad ambiental. Esta última consiste en preservar el capital natural, lo que exige que el consumo de recursos materiales, hídricos y energéticos renovables no supere la capacidad de los sistemas naturales para reponerlos y que la velocidad a la que consumen los recursos no renovables, no supere el ritmo de sustitución de los recursos renovables duraderos. Por tanto, la sostenibilidad ambiental exige un control y disminución del ritmo de emisión de contaminantes, que no supere la capacidad del aire, del agua y del suelo de absorberlos y procesarlos. En fin la sostenibilidad ambiental exige también el mantenimiento de la diversidad biológica, la salud pública y la calidad del aire, el agua y el suelo a niveles suficientes para preservar la vida y el bienestar humanos, así como la flora y la fauna, para las generaciones futuras.

La ciudad es inicialmente el espacio para asumir los numerosos desequilibrios arquitectónicos, sociales, económicos, políticos, ambientales y de recursos naturales que afectan al mundo moderno y la unidad más pequeña en la que los problemas pueden ser debidamente resueltos de manera integrada, holística y sostenible.

⁹ La Carta de Aalborg fue aprobada por los participantes en la primera conferencia europea sobre ciudades sostenibles, celebrada en Aalborg, Dinamarca, el día 27 de mayo de 1994.

Es así como la ciudad constituye un todo orgánico en el cual se manifiestan las consecuencias y los efectos de todas las actividades importantes, los cuales no pueden ser trasladados a otras comunidades ni a las generaciones futuras, en virtud de lo cual deben ser enfrentados directamente por las comunidades locales, sin desprecio de la colaboración de las entidades nacionales y regionales.

Se deben efectuar aportes en el capital natural, conforme al orden prioritario siguiente:

1. invertir en la conservación del capital natural existente (reservas de aguas subterráneas, suelo, hábitat de especies raras);
2. fomentar el crecimiento del capital natural, reduciendo el nivel de explotación actual (por ejemplo, de las energías no renovables);
3. aliviar la presión sobre las reservas de capital natural creando otras nuevas, como parques de esparcimiento urbano para mitigar la presión ejercida sobre los bosques naturales;
4. incrementar el rendimiento final de los productos, como edificios de alto rendimiento energético o transportes urbanos respetuosos del medio ambiente.

Es importante que las autoridades locales apliquen unas políticas públicas eficaces de ordenación del territorio que impliquen una evaluación ambiental estratégica de todos los planes. Las concentraciones urbanas más grandes ofrecen la oportunidad de proporcionar servicios públicos eficaces de transporte y de suministro de energía, manteniendo al mismo tiempo la dimensión humana del desarrollo.

Se garantiza el acceso a la información a todos los ciudadanos y grupos interesados, así como se asume el compromiso de velar por la participación en los procesos locales de toma de decisiones.

Las políticas y actividades positivas para el medio ambiente constituyen instrumentos válidos para frenar y atenuar el desarrollo no sostenible, aunque ellas no pueden por sí solas revertir esta tendencia de la sociedad.

La suscripción de la Carta constituye la asunción del compromiso de las ciudades, pueblos y países europeos de ejecutar los procesos de la Agenda 21 Local y de desarrollar planes de acción a largo plazo hacia la sostenibilidad, lo que implica el inicio de la campaña europea de Ciudades Sostenibles. Los principales objetivos de esta campaña serán los siguientes:

1. Facilitar la asistencia mutua entre ciudades europeas para la concepción y la aplicación de políticas orientadas hacia el desarrollo sostenible;
2. Recoger y divulgar la información sobre experiencias satisfactorias a nivel local;
3. Fomentar el principio de desarrollo sostenible entre las demás autoridades locales;
4. Captar nuevos signatarios de la Carta;
5. Organizar todos los años un "premio de la ciudad sostenible";
6. Formular recomendaciones políticas a la Comisión Europea;
7. Contribuir a los informes de ciudades sostenibles del grupo de expertos sobre medio ambiente urbano;
8. Ayudar a los responsables de la toma local de decisiones a aplicar la legislación y las recomendaciones adecuadas de la Unión Europea;
9. Publicar un boletín de información de la campaña.

Muchas de las propuestas y sugerencias fueron incorporadas al texto final, pero aquéllas que se consideraron inoportunas incluirlas, fueron diferidas para agregarlas en un momento posterior y aprobarlas en una Carta más desarrollada, que fue enviada a los más de mil participantes, representantes de autoridades locales y regionales de toda Europa que se reunieron

en la segunda conferencia europea sobre Ciudades Sostenibles, celebrada en Lisboa¹⁰.

Allí se aprobó el documento titulado "De la Carta a la Acción", que se basa en las experiencias locales y tiene como fundamento los principios y recomendaciones de la Carta de Aalborg, la "Guía paso a paso" del Consejo de Dirección de los gobiernos locales del Reino Unido, el informe sobre ciudades viables del grupo de expertos sobre entorno urbano de la Comisión Europea y la Guía de planificación Local Agenda 21 del Consejo Internacional para las iniciativas medioambientales locales.

II. La Asamblea General de las Naciones Unidas y la Cumbre del Milenio

En septiembre del año 2000 el Consejo General de las Naciones Unidas realizó la Cumbre del Milenio, en la cual participaron representantes de 191 países, oportunidad que sirvió para adoptar la "Declaración del Milenio", a través de la cual se establecieron los "Objetivos de Desarrollo del Milenio" (los ODM), que se concretan en los siguientes: Objetivo 1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre; Objetivo 2. Lograr la enseñanza primaria universal; Objetivo 3. Promover la igualdad entre los sexos y la autonomía de la mujer; Objetivo 4. Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años; Objetivo 5. Mejorar la salud materna; Objetivo 6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades; Objetivo 7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente; Objetivo 8. Fomentar una asociación mundial para el desarrollo.

Si bien la Cumbre en su declaración no hizo referencia expresa al

¹⁰ Ratificada por los participantes en la segunda conferencia europea sobre ciudades sostenibles, celebrada en Lisboa, Portugal, el día 8 de octubre de 1996.

espacio público de la ciudad, es justamente en éste donde los Estados y en concreto los gobiernos pueden desarrollar las políticas públicas destinadas a darle efectivo cumplimiento a las metas establecidas para lograr tales objetivos.

Es por ello que en el estado actual de la civilización no podría entenderse la ciudad como un componente aislado en el contexto mundial, ajeno a los valores, principios y fines comunes de las sociedades de comienzos del siglo XXI.

III. El proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes en el mundo globalizado

Varios años después de aquella Cumbre del Milenio, se produjo un encuentro sólo de ciudadanos que generaría como resultado la Carta Universal de Derechos Humanos Emergentes¹¹, que consiste en una propuesta de la autodenominada sociedad civil global que pretende “contribuir a diseñar un nuevo horizonte de derechos que oriente los movimientos sociales y culturales de las colectividades y de los pueblos y, al mismo tiempo, se inscriba en las sociedades contemporáneas, en las instituciones, en las políticas públicas y en las agendas de los gobernantes desde una nueva relación entre sociedad civil global y el poder”.

Esta propuesta dice inspirarse en los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en los demás instrumentos internacionales y regionales adoptados por la comunidad internacional, complementándolos y reforzándolos; ratificando la universalidad, indivisibilidad e interdependencia entre los derechos humanos que son el resultado de un proceso inacabado y en permanente transformación, lo que se manifiesta en nuevos compromisos, necesidades y derechos, en la búsqueda de la paz, el desarrollo y la democracia.

¹¹ Forum Universal de las Culturas, Barcelona. 2004.

Destacan sus proponentes que mientras la Declaración Universal de Derechos Humanos surge de una Asamblea de Estados, la Carta de Derechos Humanos Emergentes la elaboran los integrantes de la sociedad civil global y surge como respuesta al proceso de globalización, que no siempre incluye en sus beneficios a toda la población, en particular no alcanza a los más pobres en los países menos desarrollados.

La Carta de Derechos Humanos Emergentes tiene como valores fundamentales la dignidad, la vida, la igualdad, la solidaridad, la convivencia, la paz, la libertad y el conocimiento; en tanto, que se inspira en los siguientes principios: coherencia, horizontalidad, promoción a la multiculturalidad, solidaridad, participación política, género, inclusión social, exigibilidad, no discriminación y seguridad humana.

Con fundamento en estos valores y principios se propusieron los Derechos Humanos Emergentes para el siglo XXI, teniendo como eje central el derecho a la democracia¹², que se va a proyectar a través de distintas manifestaciones: El derecho a la democracia igualitaria, el derecho a la democracia plural, el derecho a la democracia paritaria, el derecho a la democracia participativa, el derecho a la democracia solidaria y el derecho a la democracia garantista, los cuales tienen el contenido que se indica a continuación:

a) El Derecho a la democracia igualitaria.

Artículo 1. Derecho a la existencia en condiciones de dignidad.
Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho a vivir en condiciones de dignidad.
Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

¹² Debe recordarse que la concepción de la Democracia como un derecho de los pueblos de América, se encuentra reconocido a partir de la suscripción de la Carta Democrática Interamericana, el día 11 de septiembre de 2001.

1. El derecho a la seguridad vital, que supone el derecho de todo ser humano, para su supervivencia, a disponer de agua potable, de energía y de una alimentación básica adecuada, y a no sufrir situaciones de hambre. Toda persona tiene derecho a un suministro eléctrico continuo y suficiente para satisfacer sus necesidades vitales básicas.

2. El derecho y el deber de erradicar el hambre y la pobreza extrema, en virtud del cual todas las personas y los pueblos en que se integran tienen derecho a exigir, en el plano nacional e internacional, que se adopten medidas y políticas eficaces para luchar contra el hambre y la extrema pobreza a que están sometidos en la actualidad más de mil millones de seres humanos.

Los Estados y los actores no estatales, en particular las empresas transnacionales, las organizaciones sindicales y las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), deben cooperar y adoptar políticas en el ámbito de sus respectivas esferas de actividad, dirigidas a impedir la reproducción y perpetuación a nivel internacional de las situaciones de hambre y extrema pobreza, así como a su erradicación, en particular en los países subdesarrollados.

3. El derecho a la integridad personal, que se cimienta en que toda persona es inviolable y tiene derecho a su integridad física y psíquica. Se prohíbe la pena de muerte y las ejecuciones sumarias en toda circunstancia y lugar.

4. El derecho a la renta básica, que asegura a toda persona, con independencia de su edad, sexo, orientación sexual, estado civil o condición laboral, el derecho a vivir en condiciones materiales de dignidad. A tal fin, se reconoce el derecho a un ingreso periódico sufragado con cargo a los presupuestos del Estado, como derecho de ciudadanía, a cada miembro residente de la sociedad, independientemente de sus otras fuentes de renta, y sin perjuicio

de la exigencia del cumplimiento de sus obligaciones fiscales en dicho Estado, que sea adecuado para permitirle cubrir sus necesidades básicas.

5. El derecho al trabajo, en cualquiera de sus formas, remuneradas o no, que ampara el derecho a ejercer una actividad digna y garante de la calidad de vida. Toda persona tiene derecho a los frutos de su actividad y a la propiedad intelectual, bajo condición de respeto a los intereses generales de la comunidad.

6. El derecho a la salud, a la asistencia sanitaria y a los fármacos, que asegura el acceso a las mejores tecnologías de salud, así como a disfrutar de un sistema sanitario de prevención, vigilancia y asistencia personalizada y a disponer de los medicamentos esenciales. Toda persona y todo pueblo en que se integra tienen derecho a que los desarrollos científicos y tecnológicos en el ámbito de la salud, y en particular por lo que a la ingeniería genética se refieren, respeten los principios fundamentales de la dignidad de la persona y de los derechos humanos.

7. El derecho a la educación, al saber y al conocimiento y a la formación continuada e inclusiva y a la erradicación del analfabetismo, que aspira a que todo ser humano tenga acceso a una educación y una formación profesionales de calidad y continuada, que se adapte a sus necesidades personales y a las demandas de la sociedad, y que sea inclusiva de todos los miembros de la sociedad, sin ninguna discriminación. Todos los seres humanos tienen derecho a la erradicación del analfabetismo.

8. El derecho a una muerte digna, que asegura a toda persona el derecho a que se respete su voluntad de no prolongar artificialmente su vida, expresada en un testamento vital o documento similar formalizado con las debidas garantías.

Artículo 2. Derecho a la paz. Todo ser humano y los pueblos en que se integran tienen derecho a que la vida humana quede garantizada por un sistema social en el que los valores de paz y solidaridad sean esenciales y en el que los conflictos se resuelvan mediante el diálogo y otras formas de acción social pacíficas.

Este derecho humano fundamental comprende el derecho de toda persona a la objeción de conciencia frente a las obligaciones militares. Toda persona integrada en un ejército tiene derecho a rechazar el servicio militar en operaciones armadas, internas o internacionales, en violación de los principios y normas del derecho internacional humanitario, o que constituyan una violación grave, masiva y sistemática de los derechos humanos.

Artículo 3. Derecho a habitar el planeta y al medio ambiente. Todo ser humano y los pueblos en que se integran tienen derecho a vivir en un medio ambiente sano, equilibrado y seguro, a disfrutar de la biodiversidad presente en el mundo y a defender el sustento y continuidad de su entorno para las futuras generaciones.

Artículo 4. Derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho a la igualdad de derechos plena y efectiva. Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la igualdad de oportunidades, que reconoce los derechos contenidos en esta Carta sin ningún tipo de discriminación por razón de raza, etnia, color, género u orientación sexual, características genéticas, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, pertenencia a una minoría, fortuna, nacimiento, discapacidad, edad, o cualquier otra condición.

Para la realización de la igualdad, se tomará en consideración la existencia y superación de las desigualdades de hecho que la

menoscaban, así como la importancia de identificar y satisfacer necesidades particulares de grupos humanos y pueblos, derivadas de su condición o situación, siempre que ello no redunde en discriminaciones contra otros grupos humanos.

2. El derecho a la protección de los colectivos en situación de riesgo o de exclusión, que reconoce a toda persona perteneciente a un colectivo en riesgo o a un pueblo en situación de exclusión el derecho a una especial protección por parte de las autoridades públicas. En particular:

a) Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a la protección y cuidados necesarios para su bienestar y pleno desarrollo.

b) Las personas mayores tienen el derecho a una vida digna y autónoma, así como los derechos a la protección de su salud y a participar en la vida social y cultural.

c) Los inmigrantes, cualquiera que sea su estatuto legal en el Estado de inmigración, tienen derecho al reconocimiento y disfrute de los derechos proclamados en esta Carta, así como a la tutela efectiva por parte del Estado de inmigración de los derechos y libertades fundamentales establecidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos.

d) Las personas con discapacidad, independientemente de la tipología de su discapacidad y del grado de afectación tienen derecho a participar y formar parte activa de la sociedad, a contribuir a su articulación y desarrollo, a ejercer su ciudadanía con derechos y deberes y a desarrollar sus capacidades.

b) El Derecho a la democracia plural

Artículo 5. Derecho a la democracia plural. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho al respeto de la identidad individual y colectiva, así como el derecho a la diversidad cultural.

Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la pluriculturalidad, que garantiza el derecho a vivir en un entorno de riqueza cultural, de conocimiento recíproco y respeto mutuo entre personas y grupos de distintos orígenes, lenguas, religiones y culturas. Todas las lenguas, religiones y culturas deben ser igualmente protegidas.
2. El derecho individual a la libertad cultural, que supone el derecho de toda persona a conocer, vivir, preservar y desarrollar su propia identidad cultural, incluyendo su identidad lingüística.
3. El derecho al reconocimiento y protección de la identidad cultural común, que reconoce a todo grupo humano y todo pueblo dotado del sentimiento de estar unido por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, el derecho a ver protegida su identidad común y a obtener el estatuto colectivo de su elección en el seno de la comunidad política más amplia, sin que la defensa de la propia identidad justifique en ningún caso violaciones a derechos fundamentales de las personas.
4. El derecho al honor y la propia imagen de los grupos humanos, que reconoce a todo grupo humano y todo pueblo, unido por una solidaridad histórica, cultural, religiosa, lingüística u otra, la igualdad en dignidad y honor y el derecho al respeto de su honor e imagen por parte de los medios de comunicación y las autoridades públicas.

5. El derecho de los pueblos indígenas y las personas que los integran a medidas especiales de reconocimiento de sus características distintivas para que se beneficien plenamente de sus recursos culturales, intelectuales y naturales.

6. El derecho a la libertad de conciencia y religión, que se garantiza a toda persona y a los pueblos en que se integran, así como el derecho a cambiar de religión y a no tener religión. Toda persona tiene derecho a practicar su religión sin trabas, pero debe ser protegida de todo proselitismo en el ámbito público.

7. El derecho a la información, que tutela el derecho de toda persona y de los pueblos en que se integran a recibir información veraz y contrastada por parte de los medios de comunicación y de las autoridades públicas.

8. El derecho a la comunicación, que reconoce el derecho de toda persona y de los pueblos en que se integran a comunicarse con sus semejantes por cualquier medio de su elección. A tal efecto, toda persona tiene derecho al acceso y al uso de las tecnologías de información y comunicación, en particular Internet.

9. El derecho a la protección de los datos personales, que asegura a toda persona el derecho a la protección y confidencialidad de los datos de carácter personal que la conciernan, así como a acceder a esos datos y a su rectificación.

c) El Derecho a la democracia paritaria

Artículo 6. Derecho a la democracia paritaria. Mujeres y hombres tienen derecho a la democracia paritaria.

Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la igualdad, que significa que las mujeres en todas las sociedades y de todo pueblo sin excepción tienen derecho a la igualdad de status jurídico, político, económico, social, laboral y cultural en relación con los hombres. El principio de igualdad favorece la adopción de medidas preferentes de protección a favor de las mujeres en los planos local, nacional e internacional.
2. El derecho a la autodeterminación personal y la diversidad sexual, que reconoce a toda persona el derecho a ejercer su libertad y orientación sexual.
3. El derecho a la elección de los vínculos personales, que se extiende al reconocimiento del derecho individual a la asociación sentimental con la persona elegida, incluyendo el derecho a contraer matrimonio, sin que exista obstáculo alguno al libre y pleno consentimiento para dicho acto. Todo tipo de vínculo personal libremente consentido merece igual protección.
4. El derecho a la salud reproductiva, que reconoce los derechos sexuales y reproductivos de toda persona y el derecho de hombres y mujeres a la tutela de la maternidad, incluida la que tiene lugar fuera del matrimonio. Toda mujer tiene derecho a acceder a servicios de salud reproductiva, ginecológica y obstetricia de calidad.
5. El derecho a la tutela de todas las manifestaciones de comunidad familiar, que reconoce el derecho de todo ser humano a la protección y tutela por las autoridades públicas de la familia, cualquiera que sea la forma que adopte, y con independencia de la igual responsabilidad de cada uno de los progenitores en relación con la educación y manutención de los hijos menores de edad.
6. El derecho a la representación paritaria, que conlleva la proporción equivalente entre mujeres y hombres, de todas las edades, en los órganos de participación y gestión políticos.

d) El Derecho a la democracia participativa

Artículo 7. Derecho a la democracia participativa. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho a participar activamente en los asuntos públicos y a disfrutar de una administración democrática en todos los niveles de gobierno.

Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la ciudad, que asegura que todo ser humano y los pueblos en que se integran encuentren en la ciudad las condiciones para su plena realización política, económica, social, cultural y ecológica.
2. El derecho a la movilidad universal, que reconoce el derecho de toda persona a migrar y establecer su residencia en el lugar de su elección.
3. El derecho universal al sufragio activo y pasivo, que ampara el derecho de toda persona mayor de edad, con independencia de su nacionalidad, al sufragio activo y pasivo en todos los procesos electorales y consultas populares que se celebren en su lugar de residencia habitual.
4. El derecho a ser consultado, que garantiza que el derecho de todos los seres humanos a ser consultados colectivamente en las decisiones que les afecten.
5. El derecho a la participación, que implica el derecho de toda persona y de los pueblos en que se integran a participar, mediante cauces ágiles y eficaces, en la adopción y control de decisiones públicas en las materias que les conciernan, así como a impugnar ante los tribunales aquellas decisiones respecto de las que aleguen un derecho o un interés directo o indirecto como

fundamento de su legitimación.

6. El derecho a la vivienda y a la residencia, que garantiza a todo ser humano el derecho a mantener su residencia en el lugar donde tiene sus relaciones sociales, en sus entornos significantes, o a tener otro de su libre elección.

7. El derecho al espacio público y a la monumentalidad, que supone el derecho a un entorno urbano articulado por un sistema de espacios públicos y dotados de elementos de monumentalidad que les den visibilidad e identidad.

8. El derecho a la belleza, de manera que el espacio urbano incorpore una dimensión estética y un urbanismo armonioso y sostenible como prueba de la calidad urbana.

9. El derecho a la identidad colectiva en la ciudad, que significa el derecho a una organización interna del espacio urbano que facilite la cohesión sociocultural de las comunidades.

10. El derecho a la movilidad y a la accesibilidad, pues toda persona tiene derecho a un tráfico ordenado y respetuoso con el medio ambiente y a moverse con facilidad por la ciudad metropolitana. Toda persona discapacitada tiene derecho a que se facilite su movilidad y a la supresión de todas las barreras arquitectónicas.

11. El derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía, que implica el derecho de toda persona a habitar en zonas urbanas de calidad, con carácter de centralidad.

12. El derecho al gobierno metropolitano o plurimunicipal, que garantiza el derecho de toda persona, por razones de participación y de eficacia de la gestión pública, a un gobierno local de proximidad que, en las regiones más urbanizadas, puede tener una dimensión plurimunicipal o metropolitana.

e) El Derecho a la democracia solidaria

Artículo 8. Derecho a la democracia solidaria. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho al desarrollo y a la salvaguarda de los derechos de las generaciones futuras.

Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la ciencia, la tecnología y el saber científico, que garantiza el acceso a los conocimientos científicos, tecnológicos y humanísticos y a beneficiarse de los resultados de dichos conocimientos.

2. El derecho a participar en el disfrute del bien común universal, que garantiza el derecho a disfrutar del patrimonio cultural de la humanidad, la Antártica, el espacio ultraterrestre y los cuerpos celestes, los fondos marinos y oceánicos situados fuera de los límites de las jurisdicciones de los Estados, los recursos biológicos de alta mar, el clima global, las obras del espíritu de interés universal que forman parte del dominio público, todas las culturas del mundo y el genoma humano.

El régimen del bien común universal está basado en la comunidad y la solidaridad de todos los seres humanos, pueblos y Estados y conlleva la aplicación de los principios de no apropiación, utilización con fines exclusivamente pacíficos, uso racional y equilibrado que vele por la conservación y mejora de los bienes, resolución pacífica de los conflictos, libertad de acceso sin discriminación alguna y supervisión internacional para velar por la plena implantación y respeto de los anteriores principios rectores.

3. El derecho al desarrollo, que establece que todo ser humano, como sujeto central del desarrollo, tiene el derecho individual y

colectivo a participar en un desarrollo económico, social, cultural y político en el que puedan realizarse plenamente todos los derechos humanos y libertades fundamentales, a contribuir a ese desarrollo y a disfrutar de él.

El derecho al desarrollo, como derecho humano emergente formulado internacionalmente, tiene como ámbito específico de aplicación los países subdesarrollados, y se ejerce de forma colectiva. Este derecho incluye la plena disposición, exploración, explotación y comercialización por parte de esos países de sus recursos naturales, y el derecho de toda persona perteneciente a su población a participar en la adopción y el control de las decisiones relativas a la gestión de dichos recursos.

f) El Derecho a la democracia garantista

Artículo 9. Derecho a la democracia garantista. Todos los seres humanos y los pueblos en que se integran tienen derecho al Derecho a la democracia y a la justicia internacional.

Este derecho humano fundamental comprende los siguientes derechos:

1. El derecho a la justicia internacional y a la protección colectiva de la comunidad internacional, que garantiza a toda persona y a los pueblos en que se integran el derecho a que la comunidad internacional, a través de los órganos apropiados de la Organización de las Naciones Unidas, adopte todas las medidas necesarias para prevenir y detener las violaciones masivas y sistemáticas de los derechos humanos, allí donde se produzcan.

2. El derecho a la democracia y a la cultura democrática, que implica el derecho a vivir en una sociedad libre y democrática, en la que se respete el estado de derecho y los derechos humanos, y a ser administrado por una administración pública eficaz, transparente y que rinda cuentas de su gestión.

3. El derecho a la verdad y a la justicia, que conlleva el derecho de toda persona a que las autoridades públicas abran una investigación e identifiquen y sancionen a los culpables en supuestos de violaciones graves de derechos humanos, de forma que se permita a las víctimas y a sus familiares la búsqueda y aclaración de la verdad sobre los hechos ocurridos y a recibir la reparación correspondiente.

Los Estados se abstendrán de adoptar disposiciones de amnistía, prescripción y eximentes de responsabilidad que pretendan impedir la investigación y sanción de los responsables de violaciones graves de los derechos humanos. En particular, ninguna persona gozará de inmunidad alguna que la exima de ser procesada por el crimen de genocidio, por crímenes de guerra o por crímenes contra la humanidad.

4. El derecho a la resistencia, que implica que todo pueblo en lucha contra una opresión extranjera directa o indirecta, de orden militar, político, económico o cultural, tiene derecho a resistir dicha opresión por todos los medios legítimos a su alcance; y a buscar y recibir en esta lucha un apoyo internacional conforme a los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas.

5. El derecho y el deber de respetar los derechos humanos, que garantiza a toda persona la protección efectiva de los derechos humanos en los planos nacional e internacional. Los Estados y demás actores, en particular las instituciones financieras internacionales y las empresas transnacionales, tienen el deber de respetar los derechos humanos. Estas obligaciones jurídicas trascienden las fronteras nacionales.

6. El derecho a un sistema internacional justo, que reconoce a toda persona y a los pueblos en que se integran el derecho a un sistema internacional en el que los derechos y libertades enunciados en esta Declaración y en los demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos se hagan

plenamente efectivos, incluyendo el derecho a la reparación por la violación de los derechos humanos de los que haya sido víctima. Para la plena protección de sus derechos humanos, toda persona podrá acudir a instancias internacionales en los casos en que la protección nacional pudiera haber sido insuficiente.

7. El derecho a la democracia global, que supone el derecho de todo ser humano y de los pueblos en que se integran a un sistema internacional democrático, basado en el respeto a los principios y normas de Derecho Internacional y regido por una Organización de las Naciones Unidas que haga efectivos los derechos y libertades enunciados en esta Declaración y demás instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

En los nueve artículos propuestos que conforman los derechos humanos emergentes, destacan a los efectos del subepígrafe desarrollado varios aspectos:

En primer lugar, que la propuesta recoge en su contenido alguno de los actualmente reconocidos como derechos humanos en las declaraciones y convenciones internacionales suscritas por los países que conforman la Comunidad Internacional.

A título de ejemplo basta señalar que el artículo 7 que ocupará el análisis posteriormente, reconoce el derecho al libre tránsito y acceso efectivo a las personas que tienen discapacidades (2. y

10. movilidad universal), el derecho a la participación política a través del sufragio (3. sufragio universal activo y pasivo), el derecho a la participación política a través de las consultas públicas (4. consultas colectivas), derecho a la participación política en la toma de decisiones (5. procedimientos ágiles y eficaces), derecho a la tutela judicial efectiva (5. impugnación de decisiones públicas ante los tribunales).

Hay que señalar que en principio ello no constituye novedad alguna, porque la propuesta reconoce que se inspira en los principios de la Declaración Universal de Derechos Humanos y en los demás instrumentos internacionales y regionales, buscando complementarlos, reforzarlos e integrarlos.

En segundo lugar, el reconocimiento de la democracia como un derecho humano tiene su antecedente en la Carta Democrática Interamericana, que no solo la reconoce como un derecho de los pueblos de América, sino que señala que ésta es representativa, pero que se perfecciona con la promoción de la participación.

Ello permite apreciar que no existe incompatibilidad alguna entre la democracia representativa y la democracia participativa, por el contrario en todos los países auténticamente democráticos, ésta se materializa a través de la elección de los representantes de la comunidad, sin menoscabo de la creciente creación de mayores mecanismos de interacción entre los gobernantes y los ciudadanos, que les permita a éstos una efectiva participación en la toma de decisiones que los afectan, así como en la gestión de los asuntos públicos.

En tercer lugar, se puede apreciar que en la propuesta de reconocimiento de nuevos derechos humanos por los Estados, se incorporan algunas novedades como el derecho a la ciudad, donde las personas encuentren las condiciones para la plena realización política, económica, social, cultural y ecológica. Esta idea vista así, no parece ser otra cosa, que la creación de las condiciones para que los seres humanos, individual y colectivamente logren alcanzar el libre desarrollo de la personalidad y por ende que la persona humana se pueda realizar en toda su dimensión y en cuanto tal, al existir un auténtico respeto a su dignidad.

En cuarto lugar, cabe expresar que en tales términos el derecho a la ciudad, no pasaría de ser una forma distinta de reconocimiento

a dos derechos humanos actualmente reconocidos (libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana), sin embargo, desde una dimensión integral y más próxima al Derecho Administrativo y si se prefiere al Derecho Administrativo local, este derecho se ejercería a través de la consolidación de actividades concretas como:

a) El derecho a tener una vivienda digna, con servicios esenciales, donde cada persona pueda fijar una residencia cercana a aquellas otras personas con quien mantiene relaciones sociales.

b) El derecho a disfrutar de los espacios públicos y a la monumentalidad, que le den visibilidad e identidad a las ciudades.

c) El derecho a la belleza urbana, donde las personas puedan disfrutar de un urbanismo armonioso y sostenible que garantice una auténtica calidad de vida a los habitantes de las ciudades.

d) El derecho a la identidad colectiva de las ciudades, que permita organizar el espacio público urbano de tal manera que se logre alcanzar una verdadera cohesión social y cultural de los distintos colectivos que conforman la comunidad.

e) El derecho a la conversión de la ciudad marginal en ciudad de ciudadanía, lo que debe traducirse en la regeneración urbana, es decir, la creación de posibilidades para que todas las personas puedan fijar sus residencias en zonas urbanas de calidad y vivir como auténticos ciudadanos, una vida realmente digna.

f) El derecho a contar con un gobierno metropolitano o plurimunicipal, siempre en el entendido que éstos constituyen los gobiernos más próximos a las personas, lo que permite que realicen una gestión pública eficaz, al servicio de los ciudadanos.

IV. La Carta Mundial del Derecho a la Ciudad

Como complemento del proyecto de Carta de Derechos Humanos Emergentes y en particular del Derecho a la Ciudad como integrante del derecho más amplio a la democracia participativa, se ha propuesto la Carta Mundial del Derecho a la Ciudad¹³.

Esta Carta contiene 21 artículos que se refieren a los siguientes aspectos: Las definiciones (artículo 1), principios y fundamentos estratégicos del derecho a la ciudad (artículo 2), planeamiento y gestión de la ciudad (artículo 3), producción social del hábitat (artículo 4), desarrollo urbano equitativo y sustentable (artículo 5), derecho a la información pública (artículo 6), libertad e integridad (artículo 7), participación política (artículo 8), derecho de asociación, reunión, manifestación y uso democrático del espacio público urbano (artículo 9) derecho a la justicia (artículo 10), derecho a la seguridad pública y a la convivencia pacífica, solidaria y multicultural (artículo 11), derecho al agua, al acceso y suministro de servicios públicos domiciliarios y urbanos (artículo 12), derecho al transporte y movilidad públicos (artículo 13), derecho a la vivienda (artículo 14), derecho al trabajo (artículo 15), derecho al medio ambiente (artículo 16), obligaciones y responsabilidades del estado en la promoción, protección e implementación del derecho a la ciudad (artículo 17), medidas de implementación y supervisión del derecho a la ciudad (artículo 18), lesión al derecho a la ciudad (artículo 19), exigibilidad del derecho a la ciudad (artículo 20), compromisos con la carta del derecho a la ciudad (artículo 21). De ellos se hará alusión a las premisas fundamentales contenidas en dichos artículos.

¹³ Foro Social Mundial de 2005.

a) La definición de Ciudad

A los efectos de la Carta se considera como Ciudad a toda villa, conglomerado, aldea, capital, localidad, suburbio, ayuntamiento o pueblo que conforma un espacio colectivo culturalmente rico y diversificado, que pertenece a todos sus habitantes y que es organizado institucionalmente como unidad local de gobierno de carácter Municipal o Metropolitano, que incluye las porciones urbana, rural o semirural de su territorio¹⁴.

b) El concepto de ciudadanos

La Carta considera como ciudadanos a todas las personas que habiten en forma permanente o transitoria en las ciudades, que sin discriminaciones de género, edad, raza u orientación política y religiosa, preservando la memoria y la identidad histórica y cultural, tienen derecho a la ciudad, el cual podrán ejercer conforme a los principios y normas que ella establezca.

c) El derecho a la ciudad

El Derecho a la Ciudad es un derecho colectivo de los habitantes al uso equitativo de las ciudades, dentro de los principios de sustentabilidad, democracia y justicia social, en especial de los grupos vulnerables y desfavorecidos, que les confiere legitimidad de acción y de organización, basado en sus usos y costumbres,

¹⁴ Fortunato GONZÁLEZ CRUZ considera que la ciudad constituye un espacio que tiene vocación de permanencia y progreso, en el cual tanto los poderes públicos como las personas realizan actividades destinadas a satisfacer sus necesidades básicas. Este es un espacio de libertad individual y cohesión social, pero no es exclusivamente un espacio o lugar físico, sino que para Armando RODRÍGUEZ GARCÍA consiste en un sistema de vida y funcionamiento de la sociedad contemporánea, constituyéndose por un lado, en el lugar adecuado para generar necesidades políticas y por el otro, para la configuración y aplicación de las soluciones, que son consustanciales al comportamiento humano. Véase las obras citadas de estos autores en la nota 72, en las páginas 59 y 70 respectivamente.

con el objetivo de alcanzar una calidad de vida digna y decorosa.

Este derecho es interdependiente de todos los derechos humanos internacionalmente reconocidos, concebidos integralmente e incluye, por lo tanto, los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales, recogidos en los tratados internacionales de derechos humanos.

También se incluye el derecho a la libertad de reunión y organización, el respeto a las minorías, la pluralidad étnica, racial, sexual y cultural; el respeto a los inmigrantes y la garantía de la preservación de la herencia histórica y cultural¹⁵.

d) La lesión al derecho a la ciudad

Se considera que constituye lesión al Derecho a la Ciudad las acciones y omisiones, medidas legislativas, administrativas, judiciales, así como las prácticas sociales que resulten en el impedimento, menoscabo, dificultad e imposibilidad de:

1. La realización de los derechos reconocidos en la Carta.
2. La participación política colectiva de los habitantes en la gestión de la ciudad.
3. El cumplimiento de las decisiones y prioridades definidas en los procesos participativos que integran la gestión de la ciudad;
4. La manutención de las identidades culturales, formas de convivencia pacífica, producción social del hábitat, así como las

¹⁵ Fortunato GONZÁLEZ CRUZ considera que la ciudad entendida como derecho, debe tener un significado para despertar emociones, nostalgias y admiración; generar compromiso o patriotismo cívico, cultura o educación ciudadana. La ciudad no puede ser anónima, insípida, intrascendente, sin atributos y sin belleza. La ciudad entendida como hábitat estatutario debe ser bella, emotiva, con símbolos que la identifiquen, diseño que la distinga, monumentalidad que la enaltezca, áreas verdes que las refresquen, atributos que sorprendan, espacios públicos donde transcurra la ciudadanía. *El Derecho a la Ciudad. II Jornadas de Derecho Administrativo. Homenaje a Don Enrique Orduña Rebollo*. Universidad Católica del Táchira. San Cristóbal. 2005. p. 61.

formas de manifestación y acción de los grupos ciudadanos, en especial los vulnerables y desfavorecidos.

e) La exigibilidad del derecho a la ciudad

Las acciones y omisiones pueden expresarse en el campo administrativo, mediante la elaboración y ejecución de proyectos, programas y planes; en la esfera legislativa, a través de la aprobación de leyes, control de los recursos públicos y acciones del gobierno; en la esfera judicial, en los juicios y decisiones sobre conflictos colectivos y difusos referentes a temas de interés urbano.

Todas las personas tienen derecho a recursos administrativos y judiciales eficaces y completos, relacionados con el ejercicio de los derechos y deberes enunciados en la Carta.

CONSIDERACIONES FINALES

En las líneas anteriores se ha hecho referencia a las propuestas relacionadas con el Derecho Administrativo y la ciudad en la sociedad actual, ante la pretendida configuración de ésta como un derecho humano: Derecho a la Ciudad.

Ello lleva a preguntarse, ¿cómo puede el Derecho Administrativo contribuir a la configuración y desarrollo del derecho a la ciudad en el siglo XXI?. El operador jurídico debe estar atento a los cambios y transformaciones que se han producido en el mundo actual, para la creación y adaptación de un ordenamiento jurídico, que contribuya a la construcción de sociedades donde se respeten los derechos y libertades públicas y se garantice que éstos efectivamente puedan ejercerse para lograr la primacía de la persona humana.

En ese contexto, el reto del Derecho Administrativo en el siglo XXI es contribuir a la construcción de ciudades sostenibles, donde la actuación de los Poderes Públicos al servicio de los ciudadanos, se enmarquen en principios de eficiencia, eficacia, transparencia, responsabilidad y ética, con la finalidad de lograr una mejora progresiva de las instituciones democráticas y de la calidad de vida de los ciudadanos presentes y de las generaciones futuras.

De allí que se considere que la gobernanza entendida como “el arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía”¹⁶, sólo es realizable en el contexto de la existencia de un ordenamiento jurídico administrativo que regule el ejercicio de las potestades administrativas dirigidas a permitir la materialización de los objetivos que persigue el arte de gobernar, es decir, el desarrollo sostenible, que es el único capaz de garantizar las condiciones que hagan posible la remoción de los obstáculos que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana¹⁷.

Ese gobierno relacional o de interacción entre los Poderes Públicos y los ciudadanos exige un espacio donde existan las

¹⁶ La definición de gobernanza se toma del *Diccionario de la Lengua Española*. Real Academia Española. 22ª ed. Madrid. 2001. p. 1141; por su parte Joan PRATS, la define como el gobierno relacional o en redes de interacción pública y privada a nivel local y global, lo que exige más interacción entre el Estado y los ciudadanos y menos imposición. Pero ¿Qué es la gobernanza?. *Revista Internacional para el desarrollo humano*. Edición 17. 1º de febrero de 2005.

¹⁷ Para los juristas constituye un reciente y valioso aporte al tema de la dignidad humana, el libro del profesor Carlos E. DELPIAZZO, *Dignidad Humana y Derecho*. Universidad de Montevideo. Montevideo. 2001, con prólogo del Rector Mariano R. BRITO. Esta obra contiene un excelente análisis sobre los derechos a la vida, a nacer y morir, a vivir en familia, a la elección de los centros de educación, a las responsabilidades en la educación sexual, al papel tutelar del Estado sobre la salud, a los límites al deber de cuidarla, a la protección de los datos personales y a la identidad genética, cuya lectura se recomienda ampliamente.

condiciones jurídicas, políticas, económicas, sociales, culturales y ambientales para el diálogo, la discusión, el encuentro y el consenso, es decir, el espacio para la construcción de una auténtica ciudadanía democrática, entendida ésta como de igualdad, libertad, responsabilidad, tolerancia y pluralismo.

Tal escenario es la ciudad, que pasaría de ser exclusivamente el lugar físico, geográfico en donde las Administraciones Públicas ensayan o experimentan la imposición y desarrollo de las políticas públicas orientadas a lograr la satisfacción de las necesidades vitales de las personas que en ella habitan, trabajan o transitan por distintas motivaciones; para transformarse en un bien tutelado por el ordenamiento jurídico bajo la forma de derecho subjetivo, que produce como contrapartida las obligaciones para las Administraciones Públicas, de generar los espacios para el encuentro, la participación y la búsqueda de soluciones de las necesidades de las sociedades presentes, sin olvidar a las generaciones futuras, lo que permite concebir la ciudad no como un derecho exclusivo de las generaciones actuales, sino que también involucra a aquéllas que están por venir y de allí que resulte más apropiado referirse al Derecho a la ciudad sostenible.

El Derecho a la ciudad sostenible no es otra cosa que la posibilidad de contar con un espacio que permita gozar y disfrutar en el presente y en el futuro, de los derechos y libertades públicas, conforme al principio de progresividad, para alcanzar el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la dignidad humana, tanto en el plano individual como colectivo, construyendo así una verdadera cohesión social y la efectiva felicidad de los seres humanos.

Si esto se logra realizar a través de los denominados derechos humanos emergentes y en concreto del Derecho a la ciudad sostenible, bienvenidos sean estos nuevos derechos humanos y el debate sobre su pronto reconocimiento por las sociedades en el siglo que se inicia.

VICTOR RAFAEL HERNANDEZ MENDIBLE ES DOCTOR EN Derecho. Profesor de Derecho Administrativo, en la Universidad Católica Andrés Bello (Venezuela) y Profesor invitado en la Universidad Externado de Colombia y en la Universidad de La Sabana (Colombia). Es miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Estudios de Regulación, de la Asociación Española e Iberoamericana de Profesores e Investigadores de Derecho Administrativo y fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo y miembro de honor de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo. I Premio Iberoamericano “Ángel Ballesteros” de Estudios y Buenas Prácticas Locales, otorgado por la Unión Iberoamericana de Municipalistas. 2006. www.hernandezmendible.com

LA PROTECCIÓN JURIDICA DEL ADMINISTRADO

La Defensa del Administrado en el Derecho Constitucional y Administrativo

Pablo Dermizaky Peredo

I. SOBRE EL USO DEL SUSTANTIVO “ADMINISTRADO”.

Existen algunas obras sobre la materia que nos ocupa en este trabajo, que llevan el Título de “La protección jurídica del ciudadano”, como por ejemplo la publicada por CIVITAS en Madrid, España, en 1993, en tres volúmenes, en homenaje al profesor Jesús González Pérez. Nos parece, sin embargo, que el término “administrado” es más propio para referirse a los sujetos pasivos de la administración pública, que son todos los estantes y habitantes de un país que de una u otra forma se relacionan, son afectados o deben acudir ante dicha administración. En efecto, ciudadano es el nacional que está unido al Estado por un vínculo político que le habilita para el ejercicio de derechos políticos: “concurrir como elector o elegible a la formación o el ejercicio de los poderes públicos... (y) ejercer funciones públicas...”; para lo cual debe tener la edad de 18 años. (arts. 40 y 41 CPE.) Administrado es todo habitante del territorio nacional, sea o no ciudadano, como por ejemplo un extranjero que reside en el país con una visa para objeto determinado, con permanencia temporal o con radicatoria (arts. 29.3, 33 al 36 y 37 al 40 del D.S. No. 24423 de 29 de noviembre de 1996).

En apoyo de esta opinión consignamos las siguientes definiciones del vocablo “administrado”;

Una persona “sometida a la jurisdicción de una autoridad administrativa”, (Diccionario de la Real Academia Española).

“El sometido a una jurisdicción administrativa”. (Cabanellas, Guillermo: Diccionario de Derecho Usual).

“Sujeto pasivo de la administración... con respeto a la administración pública, los administrados son los individuos sometidos a la jurisdicción del Estado”. (Osorio, Manuel: Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales).

II. EL INDIVIDUO FRENTE A LA AUTORIDAD.-

No se dispone de informaciones ciertas sobre cómo estaba organizada la sociedad primitiva. Pero cuando aparece la división del trabajo y con ésta la autoridad, comienza la sumisión del hombre al aparato del Estado, que durante la mayor parte de la historia no reconoce derechos a la persona.

En las teocracias orientales el orden jurídico y la vida social dependían de la concepción divina de la autoridad, que era incontestable y absoluta. En Esparta y en Atenas los detentadores del poder disponían del patrimonio general sin ninguna responsabilidad. En Roma, en tiempos de la república se reconocía algunos derechos a los ciudadanos, como la indemnización por expropiación; pero carecían de medios efectivos para hacerlos valer. Durante el Imperio se confundía el Fisco con la persona del emperador, al punto que se daba ese nombre a los fondos privados del mismo. “La idea de que el ciudadano tenía que detentar derechos propios, diferentes de sus obligaciones frente a la comunidad –dice Loewenstein-, fue completamente ajena a la teocracia hebrea, a la ciudad- estado griega y a la república romana”. (1) Para los pensadores políticos griegos el hombre sólo podía desarrollar su personalidad dentro de Estado y subordinándose a éste.

Sabido es que durante la mayor parte de la historia el hombre carecía de derechos y estaba totalmente sometido a la voluntad

de quienes detentaban el poder público. La administración de la cosa pública se reducía a un pequeño grupo de autócratas y de sus servidores, cuyas decisiones, arbitrarias y discrecionales, eran inapelables. No existía el concepto de administración como una persona de orden público con derechos y obligaciones.

Los derechos individuales y el principio de que los servidores públicos son responsables ante sus mandantes (los administrados) fueron reconocidos formalmente por las revoluciones democrático-liberales de fines del siglo XVIII, y particularmente por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo artículo 15 dice que <<la sociedad tiene el derecho de pedir cuenta de su administración a todo agente público>>. En esta frase queda sentado el principio de la responsabilidad de los gobernantes, funcionarios y empleados públicos, en contraste con el viejo orden, cuyo autócrata era *legibus-solutus*, es decir, irresponsable. La responsabilidad, la alternabilidad y la elegibilidad vienen a ser las características esenciales de la función pública, concebida como un mandato conferido por la <<voluntad general>> del cuerpo social, o de la sociedad civil, como se le llama ahora.

Durante la Edad Media los señores feudales respondían solamente ante otros señores, principalmente por obligaciones de guerra; pero los siervos y los vasallos, que formaban la mayoría de la población, no eran sujetos de derechos.

III. PRINCIPIOS Y VALORES ADMINISTRATIVOS.-

La ley No. 2341, de Procedimiento Administrativo, enuncia los siguientes principios que rigen la actividad administrativa: la función pública debe servir exclusivamente a los intereses de la colectividad, para lo que, sometiendo sus actos a la ley, investiga la verdad material en base a los principios de la buena fe, la confianza, la cooperación y la lealtad en la actuación de los servidores públicos y de los ciudadanos. Los procedimientos administrativos responden a los principios de eficacia, economía, simplicidad, celeridad, informalismo, publicidad, gratuidad y proporcionalidad.

Cabe destacar, entonces, que la administración pública está al servicio de los administrados, y no al revés, aunque estos últimos tienen deberes de cooperación, lealtad y cumplimiento de sus obligaciones legales y tributarias, para que aquélla pueda desempeñar eficazmente sus funciones.

Los valores administrativos se asientan en principios universalmente aceptados, como el de igualdad ante la ley, por el que “todo ser humano tiene personalidad y capacidad jurídicas, con arreglo a las leyes. Goza de los derechos, libertades y garantías (...) sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera”. (Art. 6-I CPE., conc. con arts. 7 y 27 CPE, 3 y 22 CCB; 53 del Pr. C.). El art. 27 de la Constitución dispone que “los impuestos y demás cargas públicas obligan igualmente a todos”.

La igualdad se traduce en los principios de generalidad de la ley, que es uno de sus caracteres esenciales; en el de no discriminación, asentado en todas las Constituciones Políticas y en las Declaraciones y Convenciones sobre derechos fundamentales, y en el de equidad, que “es la igualdad en la situación o en la posición que ocupan los administrados en la relación administrativa efectiva, que remite al compromiso

recíproco de deberes, obligaciones y prestaciones concretas entre la administración y el administrado”. (2). La equidad debe guiar todas las actuaciones de la administración en sus relaciones con los administrados, y en el campo tributario se plasma en el precepto del art. 28 de la Constitución, según el cual los impuestos deben determinarse “en relación a un sacrificio igual de los contribuyentes, en forma proporcional o progresiva, según los casos”. La equidad involucra los conceptos de razonabilidad y proporcionalidad que deben presidir todos los actos legislativos, ejecutivos y judiciales, porque son ingredientes esenciales del debido proceso.

Otro valor administrativo es la publicidad y transparencia de las actuaciones de la administración. Puesto que el fin de ésta es el servicio a la sociedad, cuyos recursos, en la forma de tributos, utiliza para el ejercicio de sus funciones, es lógico que ese servicio sea prestado con conocimiento y aceptación de quien lo recibe, y que los recursos del contribuyente sean empleados en su exclusivo beneficio y bajo su control, en forma pública.

Este valor engloba otros como la información oportuna y veraz que la administración debe prestar; el acceso libre a la misma para los administrados; la participación de éstos en los procesos de resolución de conflictos y de toma de decisiones que les afectan mediante su intervención en audiencias públicas, en gestiones individuales y colectivas, en asociaciones de vecinos, usuarios y consumidores, etc. Incluye también la honestidad, la probidad y la buena fe en los actos y decisiones de los servidores públicos.

Recordemos que la publicidad es no sólo una obligación del administrador público (art. 4-m de la Ley 2341), sino que lo es también del legislador (art. 58 CPE) y del juzgador (art. 116-X CPE.), lo que revela la importancia de este valor, inseparable del sistema democrático de gobierno y del Estado de Derecho. Por ello deben eliminarse los actos secretos o reservados en los tres

órganos de gobierno, que no se justifican, sino en contadas ocasiones, pues al amparo del secreto se cometen los mayores abusos y despropósitos. Esto es particularmente cierto en el manejo de los “gastos reservados”, bajo cuyo alero se cometen delitos como el peculado, la malversación y el cohecho, que quedan impunes por la naturaleza “reservada” de dichos actos. En un Estado de Derecho democrático y social no se justifica la existencia de “gastos reservados”, pues el orden público debe mantenerse con acciones y medidas constitucionales y legales, como las previstas en el capítulo IV del Título Segundo de la Parte Segunda de la Constitución Política del Estado (Conservación del Orden Público), y en los capítulos I y II del Título I, libro segundo del Código Penal. La Constitución y las leyes son públicas, por naturaleza, y las acciones destinadas a su ejecución y cumplimiento deben ser, asimismo, públicas, y no secretas. En consecuencia, el presupuesto para el mantenimiento del orden público debe ser de conocimiento general, con partidas para el funcionamiento, salarios y equipamiento de las fuerzas del orden, de los detectives y servicios de inteligencia, etc. Cosa distinta es que las operaciones de inteligencia sean reservadas; pero su existencia no tiene por qué serlo. La subsistencia de “gastos reservados” con el pretexto de mantener el orden público atenta contra la economía del pueblo, al malversar sus contribuciones; desvía fondos cuantiosos que deberían destinarse a la prestación de servicios públicos, siempre deficientes; vulnera la salud de las finanzas públicas; elimina los controles fiscales y sociales propios de una sociedad organizada y relaja la moral pública, todo lo cual provoca malestar social, desconfianza generalizada y falta de acatamiento a la ley y a la autoridad. En síntesis, no se puede preservar el orden social con acciones que, por ser ilícitas, se las mantiene en “reserva”.

El art. 4 de la Ley 2341 señala entre los principios generales de la actividad administrativa los de eficacia, economía, simplicidad, celeridad, impulso de oficio y proporcionalidad. Eficacia es la capacidad de producir los efectos o resultados que se busca con

una acción administrativa. Si a la eficacia se unen los otros principios mencionados en este párrafo, se obtiene la eficiencia en la administración, que es la capacidad de producir los resultados perseguidos en la mejor forma, en el tiempo más breve y con la menor cantidad de medios o recursos humanos, materiales y/o financieros.

La eficiencia es un valor fundamental de la actividad administrativa, indispensable para la prestación de las obras y servicios públicos que la sociedad requiere en los mejores términos de costo y oportunidad. Sin eficiencia se recargan los costos, se demoran los plazos y se malogran los resultados.

En la medida en que la administración pública incorpore a su actividad los valores de igualdad, equidad, publicidad, eficacia y eficiencia, proporcionará a los administrados la seguridad de que sus necesidades serán atendidas debidamente, y recibirá de éstos la cooperación requerida para el mejor desempeño de sus funciones. Esta respuesta será la mejor legitimación para quienes no sólo deben estar formalmente investidos de un título, sino que deben ser aceptados y secundados por la población para actuar con autoridad legal y moral.

La seguridad es un valor fundamental en el Estado de Derecho, porque no se puede vivir en la incertidumbre y el desconcierto. La seguridad es particularmente preciosa en el ámbito jurídico, donde constituye un derecho fundamental, según lo declara el art. 7-a de la Constitución Política del Estado. La seguridad se traduce en un clima de confianza, tranquilidad y orden propicio para el desarrollo de relaciones armónicas entre la administración y los administrados, de suerte que la comunidad pueda dedicarse, sin sobresaltos, al trabajo productivo, fuente de progreso y bienestar.

IV. PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN.-

En el desempeño de sus funciones la administración pública está dotada por ley de ciertas prerrogativas que la colocan por encima de los administrados, a fin de prestar servicios que son de interés público con la oportunidad y eficacia que las necesidades sociales demandan.

Estas prerrogativas se refieren a los actos administrativos en general, y a los contratos de la administración, en particular. En cuanto a los primeros, gozan de la presunción juris tantum de legalidad, por la cual se considera que todo acto administrativo es legítimo, en principio, por emanar de una autoridad pública. Por otra parte, los actos administrativos son ejecutivos, es decir que deben ejecutarse de inmediato, en virtud de las potestades ejecutiva y de imperio que posee la administración y por los fines de beneficio colectivo que persigue. Además, dichos actos son ejecutorios, porque deben ser ejecutados por la propia administración, sin necesidad de intervención judicial, recurriendo a la fuerza pública si es necesario, con los mismos fundamentos de la ejecutividad y por mandato del art. 96-1 de la CPE.

Al contratar con los particulares la administración goza de las denominadas “cláusulas exorbitantes”, que salen de la órbita de los contratos comunes, en los que las partes se colocan en un plano de igualdad, la igualdad ante la ley. Debido a sus potestades públicas y a los servicios de interés general que presta la administración, ésta no puede colocarse al mismo nivel de los particulares, quienes, al contratar con ella, persiguen un beneficio individual mediante las concesiones de obras y de servicios públicos, o la provisión de bienes y servicios a la administración. Dichas “cláusulas exorbitantes” conceden facultades especiales a la administración, como son, por ejemplo, en los contratos de obra pública, las de dirección, inspección, control y modificación de la obra; la de sancionar al contratista por su incumplimiento, y la de interpretar los contratos. (Ver DERMIZAKY, Pablo, DERECHO

ADMINISTRATIVO, 5ª. ed., Editora JV., Cochabamba, 2001, pp. 145 a147).

Estas prerrogativas de la administración deben considerarse y acatarse como un instrumento para el ejercicio de sus funciones en beneficio de la sociedad, y no como abuso ni desviación de poder. Cabe anotar, sin embargo, que los administrados disponen de medios de defensa de sus derechos frente a la administración, tanto en sede administrativa cuanto en sede jurisdiccional, como se explicará más adelante.

V. EVOLUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO EN EL DERECHO COMPARADO.-

Este concepto era desconocido hasta los tiempos en que comienza a esbozarse la noción del Estado de Derecho, es decir, bien entrado en el siglo XIX. Durante la monarquía absoluta el monarca era legibus solutus, porque su voluntad era ley y ésta no le alcanzaba. Conocido es el axioma inglés “The King can do no wrong” (El rey no puede equivocarse), que se asentaba en el hecho de que, como los tribunales feudales pertenecían al rey, éste no podía someterse a ellos. Sólo el Parlamento podía recibir algunas peticiones e indemnizar los daños que considerase evidentes, sobre todo a partir de 1855, cuando se creó la “Court of Claims”, En cuanto al rey, su irresponsabilidad se prolongó en el Reino Unido hasta 1947, cuando se aprobó la **Crown Proceeding Act** por la que se coloca a la Corona en la situación de... **a private person of full age and capacity**, para responder de los daños causados al patrimonio de los particulares.

En **Francia** la situación era similar durante la monarquía absoluta y continuó siéndolo después de la Revolución de 1789, pues la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano estableció la responsabilidad en el ejercicio de la función pública – lo que constituyó un gran avance en la evolución del Derecho Público-, pero no dijo nada sobre la responsabilidad del Estado, con excepción de los casos de indemnización por expropiación (Art. 17). Como la Revolución transfirió la soberanía del monarca a la nación, ésta, personificada en el Estado, siguió siendo irresponsable, pues, en palabras de Laferrière, “lo propio de la soberanía es imponerse a todos sin compensación”. Dicho autor introdujo la clásica distinción entre actos de poder público o de autoridad, y actos de gestión, referidos estos últimos a los servicios públicos, para los cuales reconocía alguna responsabilidad. “Cuando se trata de actos de poder público o actos de autoridad -decía- la regla que domina es la de irresponsabilidad pecuniaria del Estado”. (3)

El famoso arrêl Blanco, de 8 de febrero de 1873, atribuyó competencia a “la autoridad administrativa”, y no a los tribunales ordinarios, para conocer las acciones sobre pagos de daños causados por el funcionamiento de los servicios públicos. Posteriormente, la Ley N° 17-5, de 3 de enero de 1977, incorporada al Código de Procedimiento Penal (Arts. 706-3 y ss.), ha establecido un régimen más amplio basado en principios de asistencia, solidaridad y del riesgo social, por el que el Estado repara los daños resultantes de accidentes corporales causados por infracciones, cuando éstos no son reparados por sus autores. La Ley de Seguridad y Libertad de 2 de febrero de 1981 ha ido más lejos: extiende esta reparación a víctimas de robos, engaños y abusos de confianza. El Estado se reserva la acción recursoria contra los responsables directos de los daños. Estas disposiciones se inspiran, sin duda, en el pensamiento de Duguit, para quien “el Estado es, en cierto modo, asegurador de lo que se llama con frecuencia el riesgo social, es decir el riesgo resultante de la actividad social, que se traduce en la interacción del Estado. Su responsabilidad está siempre fundada en esta idea, aún cuando haya también culpa en sus agentes”.

Además de la responsabilidad de la administración, la responsabilidad por las leyes ha sido reconocida en Francia desde 1938 (caso “La Fleurette”) y por los actos judiciales desde 1970 (Ley N° 70-643, de 17 de Julio de ese año).

Cabe agregar que es muy amplio el alcance de la responsabilidad extracontractual del Estado en el derecho comparado actual: cubre todos los casos en que el administrado sufre un daño, un perjuicio por acciones u omisiones de los servicios públicos, sean o no culposas las mismas. Francia marcó pautas en esta materia, como lo hizo en general en Derecho Administrativo, pues desde comienzos del siglo XX se desarrolló allí la responsabilidad por toda clase de faltas, ampliándose lo favorable al administrado en la apreciación de los daños y acumulándose la responsabilidad

del Estado a la de sus agentes en el célebre caso Anguet, resuelto el 5 de febrero de 1911. Uno de los aspectos más controvertidos fue el de la responsabilidad por los daños que ocasionaban las leyes. Se consideraba a éstas como la expresión genuina de la soberanía del Estado, y, por lo tanto, motivo de inimputabilidad. Clásicos del derecho administrativo francés como HAURIOU, JÈZE Y DUEZ interpretaban el silencio de la ley en esta materia como un rechazo a la responsabilidad. Autores como DUGUIT criticaron, sin embargo, este sofisma acerca de la soberanía y contribuyeron a la evolución de la doctrina que es aceptada ahora, por lo menos en principio. Sostenía el profesor francés que <<no se puede edificar la responsabilidad del Estado más que sobre la idea de un seguro social soportado por la caja colectiva en provecho de aquellos que sufren un perjuicio que proviene del funcionamiento de los servicios públicos que tiene lugar a favor de todos... El Estado es, de alguna forma, asegurador de lo que a menudo se llama el riesgo social>>. Una resolución judicial de 14 de enero de 1938 abrió el camino a este tipo de responsabilidad, y otra del Consejo de Estado de 21 de enero de 1944 reconoció la responsabilidad del Estado legislador.

En cuanto a la responsabilidad por razón del órgano judicial, el camino fue todavía más largo en Francia. La Ley número 70-643, de 17 de julio de 1970 modificaba algunos pasos del procedimiento penal, y contenía una sub sección sobre <<la indemnización por una detención provisional>>. La Ley número 72-620, de 5 de julio de 1972, dispuso con mayor precisión, en su artículo 11 que:

<<El Estado debe reparar el daño causado por el funcionamiento defectuoso del servicio de la justicia. Esta responsabilidad deriva solamente de faltas graves o por denegación de justicia. La responsabilidad de los jueces por sus faltas personales se sujeta al estatuto de la magistratura respecto a los magistrados del cuerpo judicial...>>

En **ESPAÑA** prevalecía la irresponsabilidad del Estado hasta el Código Civil de 1889, por el que el Estado debía reparar subsidiariamente los daños causados por sus agentes, cuando éstos no lo hicieran. Esta disposición se incorporó a la Constitución de 1931, y el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 decía:

“Es indemnizable toda lesión que los particulares sufran en sus bienes y derechos, que sea consecuencia normal o anormal de los servicios públicos.”

La Constitución de 1978, por su parte, dispone en su artículo 106, apartado 2:

“Los particulares en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.”

El artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (1957) contiene una norma similar a la previamente transcrita, y su art. 43 autoriza a los particulares a demandar de “las autoridades y funcionarios civiles, cualquiera que sea su clase y categoría, el resarcimiento de los daños y perjuicios que a sus bienes y derechos hayan irrogado por culpa o negligencia grave en el ejercicio de sus cargos”.

En **ALEMANIA**, la Constitución de Weimar de 1919 estableció en su Art. 131 la responsabilidad exclusiva de la entidad en que servía el empleado causante del daño, con derecho a repetir contra éste. El art. 34 de la Ley Fundamental del 1949 dispone:

“Si alguien, en ejercicio de una función pública que le fuere confiada, violare los deberes que la función le imponga respecto de un tercero, la responsabilidad recae, en principio, sobre el Estado o el órgano a cuyo servicio se encuentra. En caso de dolo o negligencia grave queda reservada la acción recursoria...”

En **ESTADOS UNIDOS DE AMERICA** esta materia ha seguido una evolución parecida a la del Reino Unido. Se consideraba irresponsable al Estado por los actos realizados por sus órganos en ejercicio de sus competencias. Este criterio fue cambiado a partir del *New Deal* de los años 30, y después de la Segunda Guerra Mundial se aprobó la *Federal Administrative Procedural Act*, y la *Federal Tort Claims Act*. La primera señala que el Estado puede ser demandado por daños “en la misma forma y con la misma extensión que un individuo privado en iguales circunstancias”. Se establece, sin embargo, como excepción, “el ejercicio de una función o deber discrecional por parte del órgano o del funcionario del gobierno, aunque pueda haber abuso en la ejecución del acto discrecional”. Otra excepción es cuando los empleados actúan con la “debida diligencia”, pues debe probarse que hubo culpa, falta de diligencia o la intención de dañar. La demanda puede interponerse contra el Estado o el empleado causante del daño, o contra ambos, a elección del reclamante.

Los derechos constitucionales están mejor protegidos cuando su violación ocasiona daños y perjuicios.

V.1 Estado actual de la materia en la legislación y la doctrina comparadas.

Contemporáneamente asistimos al reconocimiento universal de la responsabilidad del Estado y de la administración por daños causados al patrimonio de los particulares, por acción u omisión de los servicios públicos y de sus agentes. Esta responsabilidad

se inscribe en el Derecho Administrativo moderno con criterio objetivo, directo e integral, haya o no haya intención, culpa o dolo en la causa del daño, contrariamente a lo que sucede en el Derecho Civil, donde siguiendo la tradición del Derecho Romano y de las Partidas la responsabilidad deriva, por lo general, del dolo o culpa del deudor. “La responsabilidad pasa a reposar de este modo –dice García de Enterría – sobre un principio abstracto de garantías de los patrimonios, dejando de ser una sanción personal por un comportamiento inadecuado para convertirse en un mecanismo objetivo de reparación que se pone en funcionamiento sólo si, y en la medida en que ha producido una lesión patrimonial.” (4)

La responsabilidad del Estado y de la administración reposa, por tanto, en dos principios básicos: deficiencias en la prestación de servicios públicos que, lejos de satisfacer las necesidades sociales, causan daño al patrimonio de los administrados; y el principio de igualdad ante las cargas públicas (Art. 27 de la Constitución Política del Estado), por el que ninguna persona está obligada a sacrificar parte de su patrimonio por causa que le es ajena, y que le coloca en desigualdad de condiciones con el resto de los administrados.

La evolución seguida por esta materia puede resumirse así:

- Se consideraba que el Estado y sus agentes eran irresponsables, porque aquél es soberano y ambos conceptos (responsabilidad y soberanía) eran inconciliables. Al ser irresponsable el Estado, lo eran también sus agentes que dependían de aquél.

Esta teoría prevaleció durante la antigüedad y la Edad Media, cuando el autócrata (emperador, monarca, rey, señor feudal) era el titular de la soberanía y concentraba en su persona todos los poderes.

- Con la Revolución Francesa aparece la responsabilidad de los agentes de la administración (ver Arts. 3, 6, 7 y 15 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano); pero el Estado liberal individualista seguía siendo irresponsable, como Estado.

- Más tarde aparece la responsabilidad del Estado por actos de sus agentes y por el funcionamiento de los servicios públicos.

- Actualmente cobra cuerpo una corriente según la cual responden tanto el Estado como sus agentes; o sea que se establece la acumulación de responsabilidades, en el sentido de que el agraviado, ofendido o perjudicado puede demandar la responsabilidad tanto al Estado como a sus agentes o a ambos, según los casos y a su elección. El Estado, por su parte, después de cumplir con la responsabilidad que le corresponde, puede repetir contra sus agentes que sean personalmente imputables por los delitos, faltas, acciones u omisiones causantes de la responsabilidad.

Para determinar la responsabilidad de la administración y/o de sus agentes, los siguientes requisitos deben ser cumplidos:

- Que haya un perjuicio manifiesto y objetivo, es decir comprobable y evaluable, físico, patrimonial o moral a la apersona o a las instituciones, públicas o privadas. No hay responsabilidad sin perjuicio.

- Que el perjuicio derive de un hecho humano (acción u omisión) o de las cosas dependientes de la administración, o de un acto administrativo legítimo o ilegítimo. Es decir, que el perjuicio sea imputable directa o indirectamente a la administración y/o sus agentes.

- Que haya una relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el perjuicio que se alega.

V. 2 La responsabilidad emergente de tratados y convenios internacionales.

Los acuerdos e instrumentos internacionales suscritos y aprobados conforme a la Constitución Política deben ser aplicados en el ámbito interno, incluyendo las reparaciones a los particulares que prescriben los mismos. Así por ejemplo el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas dispone en su artículo 14, inc. 6º que “cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido”.

La Convención Americana de Derechos Humanos contiene una disposición similar en su artículo 10: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial.”

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por su parte, ha establecido los siguientes principios generales:

- Las violaciones de los derechos humanos conllevan la obligación de repararlos debidamente.

- La reparación del daño causado consiste en la plena restitución, o sea el restablecimiento de la situación anterior y el pago de una indemnización por daños patrimoniales y extra-patrimoniales, incluyendo el daño moral. (5)

V. 3 Actos políticos o de gobierno.

Los llamados actos políticos o de gobierno están exonerados de la responsabilidad del Estado, aunque varios autores cuestionan con razón la validez de esta doctrina, iniciada por el Consejo de Estado en Francia durante la restauración borbónica, cuando se negaba a conocer reclamaciones surgidas de problemas políticos a que daba lugar la caída de régimen napoleónico. Se dijo entonces que cuando el móvil de un acto de la administración era político, el acto no era administrativo. Este sistema se mantuvo hasta 1875, cuando el Consejo de Estado, que había asumido total independencia con la jurisdicción delegada en 1872, emitió su arrêt Prince Napoleón por el que conoció la reclamación del príncipe Jerónimo Napoleón sobre su cese como general de división. Desde entonces los actos políticos o de gobierno se limitan a una lista de materias determinadas, que la jurisprudencia francesa ha ido reduciendo a las relaciones internacionales, las relaciones del Ejecutivo con los otros poderes y a la seguridad y defensa nacionales. En España, siguiendo los pasos de Francia en ésta como en otras materias, se adoptó la doctrina del móvil político de ciertos actos en la Ley Santamaría de Paredes y en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956, modificada por Ley de 17 de marzo de 1973, cuyo Art. 2 dispone:

“No corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa:

b) las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos de gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y organización militar, sin perjuicio de las indemnizaciones que fueren precedentes, cuya determinación sí corresponde a la jurisdicción contencioso-administrativa”.

García de Enterría no reconoce fundamento jurídico a la mencionada doctrina, pues;

“Técnicamente no hay justificación posible para un cambio de régimen tan espectacular a propósito de la judiciabilidad de los actos por la simple incidencia de un fin de lucha política, salvo que se acogiese la vieja concepción de “la razón de Estado” que exime de la moral y del derecho lo que el interés de los gobernantes justifique... Sea cual sea el fin con el que se empleen las potestades administrativas, éstas están siempre tasadas por el derecho, como bien nos consta, y por tanto el juez puede y debe fiscalizar su ejercicio”.

Más adelante, el mismo autor concluye:

“La doctrina del acto político, según lo expuesto, es hoy inútil; en su aceptación histórica genuina está hoy superada y aun contradicha por la Constitución...”

Por su parte, el profesor argentino Agustín A. Gordillo considera que “se trata, como es evidente, de un círculo vicioso y de una jurisprudencia carente de toda fundamentación legal o constitucional; en otras palabras, la decisión del juez de no entender en la cuestión no parte de principios jurídicos, sino de consideraciones políticas subjetivas... Los argumentos que se esgrimen son usualmente meta-jurídicos, en cuanto invocan supuestas razones superiores de Estado, y no concretos fundamentos normativos que específicamente prueben que ciertos actos no son atacables ante la justicia... Bien al contrario, es esta teoría un refugio más de quienes preservan un cerco de inmunidades del poder en desmedro de un orden jurídico democrático”.

Nos parece correcta la opinión de los autores citados precedentemente, ya que en un Estado de derecho **todos los**

actos de los administradores y gobernantes, sin excepción, son materia de fiscalización y de responsabilidad.

El tratadista argentino Miguel S. Marienhoff ha pretendido dilucidar la cuestión introduciendo una categoría superior de actos que él llama **institucionales**. Distingue este autor los actos administrativos, fruto de las funciones corrientes o normales de la administración, de los actos de gobierno o políticos, que tienen “por objeto finalidades superiores o trascendentales para el funcionamiento del Estado”. Ambas categorías, dice Marienhoff, son justiciables según el orden jurídico nacional. Pero el acto institucional, agrega, “tiene aún mayor trascendencia; vincúlase a la propia organización y subsistencia del Estado... no incide en forma directa o inmediata en la esfera jurídica del administrado... y no es susceptible de control jurisdiccional...”. Tipifica como actos institucionales a la declaración de guerra, la declaración del estado de sitio, la prórroga de las sesiones ordinarias del parlamento, la convocación a sesiones extraordinarias, el veto a las leyes, el nombramiento de magistrados de la Corte Suprema de Justicia, la intervención federal a las provincias (en los Estados Federales).

La tesis de Marienhoff no resuelve el fondo del problema, que consiste en que todos los actos de la administración y del gobierno son judiciales, vale decir, susceptibles de control y de responsabilidad. El mismo Gordillo, ya citado, vuelve a la carga afirmando que “ello no es sino mudar de nombre al problema, que se mantiene en tal tesitura totalmente invariable. Lo que importa, entonces, no es cómo llamaremos a los actos irrevisables, sino más bien si admitiremos o no que existan actos irrevisables cualquiera sea el nombre que se les quiera dar”.

VI. LA ADMINISTRACIÓN PARALELA.

La indefensión del administrado causada por la mora, la corrupción, la ineficiencia y otros defectos de la administración pública ocurre no sólo frente a las normas jurídicas formales –dice Agustín A. Gordillo-, sino frente a normas y procedimientos “paralelos”, que rigen en la práctica sin estar escritos, y que surgen del incumplimiento de las normas regulares, que son remplazadas por un “seudosistema normativo”. Así, observa Gordillo, la ley del procedimiento administrativo no se cumple sino en lo que favorece a la administración y en lo que limita al administrado, pues “la tradición administrativa hispanoamericana es del silencio, el secreto, la reserva, la no publicidad”, porque el empleado público cree que lo correcto “es ser celoso guardián de toda información administrativa, y sobre todo, no proporcionársela a los administrados o terceros, pues ello puede “comprometerlo”. (6)

De tal forma se propaga y acepta este “paralelismo”, que “hay sutiles y directas vinculaciones entre sistema y parasistema que permiten verificar que el segundo vive parasitariamente del primero y se sirve de él. No se trata, pues, tan sólo de que el parasistema “viola” el sistema: se trata también de que lo utiliza, de que lo usa y lo desangra”, porque en el sistema existe un cúmulo de normas excesivas, irreales, difíciles de cumplir, que obligan al administrado a buscar refugio en el parasistema. (7)

A esto se agrega que, como lo observa González Pérez, la administración es reacia, en principio, a toda fiscalización, interna o externa, y por ello trata de extender su discrecionalidad a materias que quedan excluidas de dichos controles.

VII. ADMINISTRACION PARTICIPATIVA.

Así como la democracia representativa ha cedido el paso, hace mucho tiempo, a la democracia participativa, es hora de que la administración pública se actualice dando participación directa a los administrados en la toma de decisiones que les conciernen y en el manejo de los servicios públicos que reciben.

Ocurre que la mayoría de las decisiones son adoptadas unilateralmente por los órganos administrativos nacionales sin consultar la opinión de los interesados. Esto conduce, no pocas veces, a que esas decisiones sean resistidas o incumplidas por sus destinatarios, por considerarlas inconvenientes o inoportunas. Hay que instituir un sistema de audiencias públicas que permita a los vecinos, y a los ciudadanos en general, opinar sobre la reglamentación de materias claves como la educación, la salud, la vivienda, el transporte público, el urbanismo, la seguridad pública, etc., y establecer algún tipo de participación ciudadana en el manejo de los servicios públicos esenciales. La Constitución boliviana ha incorporado en su art. 4 mecanismos de la democracia semi-directa como la iniciativa legislativa ciudadana, el referéndum y la asamblea constituyente, y corresponde ahora que la administración adopte medidas similares en sus tres niveles: nacional, departamental y municipal.

El Título VI de la Ley de Municipalidades (No. 2028, de 28 de octubre de 1999), llamado de “Control Social y Participación Popular”, otorga a los vecinos, en su capítulo Único (art. 146 a 152), mayor participación en las iniciativas y decisiones comunales, como, por ejemplo:

Art. 146.-

6. Ser recibidos y atendidos en audiencias públicas del Concejo Municipal y sus comisiones;

7. Ser comunicados e informados de la actividad del gobierno municipal.

8. Organizarse en asociaciones de defensa del consumidor.

El art. 150 dispone que el Comité de Vigilancia, en representación de la sociedad civil, debe facilitar la participación, supervisión y control ciudadanos en la gestión municipal, de acuerdo a la ley de Participación Popular; debe controlar los gastos de inversión y corrientes provenientes de la coparticipación tributaria; debe evaluar semestralmente la ejecución de las políticas, planes, programas y proyectos municipales.

Por otra parte, hay que establecer mecanismos legales protectores de los derechos e intereses transindividuales o colectivos, como son los que provienen de los derechos de la tercera generación (medio ambiente, patrimonio artístico y cultural, usuarios y consumidores de servicios públicos y de bienes, recursos naturales, derechos de las minorías, etc.) Como se verá en el punto IX, existen en la legislación comparada, desde hace mucho tiempo, instituciones de este tipo que cabría introducir en la legislación nacional, tales por ejemplo las acciones populares y el Amparo colectivo, que cubre no sólo los derechos subjetivos, sino asimismo los intereses legítimos, de los que es titular cualquier persona que tenga interés en que el derecho violado (a cualquier sujeto) sea reparado.

VIII. LA DEFENSA DEL ADMINISTRADO.

Como dijimos en el punto IV, la defensa del administrado puede realizarse en sede administrativa y en sede judicial. En el primer caso se puede impugnar los actos y decisiones de la administración mediante reclamaciones, denuncias y recursos, conforme al procedimiento administrativo que, en el caso de Bolivia, contiene las siguientes prescripciones:

Art. 11°

I. Toda persona individual o colectiva, pública o privada, cuyo derecho subjetivo o interés legítimo se vea afectado por una actuación administrativa, podrá apersonarse ante la autoridad competente para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda.

II. Cualquier persona podrá intervenir como denunciante, sin necesidad de acreditar interés personal y directo en relación al hecho o acto que motiva su intervención.

III. El Defensor del Pueblo podrá actuar en el procedimiento administrativo, de conformidad a la Constitución Política del Estado y la Ley.

Art. 12°

Cuando de los antecedentes de una actuación administrativa se estableciera que, además de las personas comparecidas, otras pudiesen tener un derecho subjetivo o interés legítimo que pueda verse afectado, se les notificará con las actuaciones para su participación en el proceso, sin que proceda retrotraer el procedimiento.

Art. 15°

I. Cuando en la actuación administrativa intervengan varios interesados con derechos, intereses y fundamentos comunes, la autoridad competente, de oficio o a pedido de parte, podrá conminar a unificar su presentación, otorgándoles para el efecto un plazo de cinco (5) días, bajo alternativa de designar como representante común al que figure en primer término.

II. La unificación de representación podrá ser revocada de oficio o a pedido de parte, mediante causa justificada debidamente fundamentada.

El art. 16 franquea los siguientes derechos a los administrados: formular peticiones; iniciar, proseguir y conocer el estado de los procedimientos; alegar, probar; exigir respuesta fundada y motivada a sus peticiones y solicitudes; ser tratado con dignidad, respeto e igualdad, etc.

Por otra parte, los recursos de revocación y jerárquico se plantean en sede administrativa conforme a los arts. 56 y ss. de la Ley No. 2341.

Concluida la vía administrativa con el recuso jerárquico, o con actos o resoluciones que no admitan ningún recurso por esa vía, se abre la vía judicial mediante el proceso contencioso-administrativo ante la Corte Suprema de Justicia (arts. 118-7^a. de la CPE. y 70 de Ley No. 2341). Otras acciones que los administrados pueden intentar en vía judicial para la defensa de sus derechos son el Habeas Corpus, el Amparo Constitucional y el Habeas Data, según los arts. 18, 19 y 23 de la CPE y los capítulos IX y X del Título Cuarto de la Ley No. 1836; así como las acciones comprendidas en las atribuciones 1^a., 4^a., 5^a., y 6^a., del art. 120 de la CPE.

IX. LEGISLACIÓN COMPARADA.

Empezamos este punto con una institución que es básica para la defensa del administrado. Trátase del proceso contencioso-administrativo, que el maestro Hauriou identificaba como una de las dos principales en Derecho Administrativo (la otra es la responsabilidad de la administración pública, a la que nos hemos referido en el Punto V, supra).

IX. a. 1) Definición.

La Ley de Jurisdicción Contencioso-Administrativa de España, de 27 de diciembre de 1956, dice en su Art. 37,1:

“El recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la administración que no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si éstos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de tal modo que pongan término a aquélla o hagan imposible o suspendan su continuación”.

IX. a. 2) Evolución de la materia en Francia.

En este país nacieron la mayoría de las instituciones de Derecho Administrativo que posteriormente fueron asimiladas por España y, más tarde, por América Latina.

Por Ley de 4 de mayo de 1872 el Consejo de Estado asumió una triple competencia jurisdiccional:

- 1) Actuaba como juez de derecho común en primera y en última instancia en todos los litigios no atribuidos

expresamente por ley a otra jurisdicción; y esto representaba la mayor parte del contencioso-administrativo;

- 2) Actuaba como juez de apelación en los casos previstos por ley, y principalmente respecto a decisiones de los consejos de prefectura; y
- 3) era juez de casación en las decisiones administrativas no sujetas a apelación.

Los decretos de 30 de septiembre de 1953 relevan al Consejo de Estado de su competencia de juez de derecho común, que se atribuye a los antiguos consejos de prefectura, llamados desde entonces tribunales administrativos, cuya naturaleza y procedimiento regulan. A partir de estas reformas, el Contencioso-Administrativo abarca cuatro ramas en Francia: el de anulación, el de plena jurisdicción, el de interpelación y de apreciación de legalidad o de validez, y el de represión.

El contencioso de **anulación** busca la anulación de una decisión ejecutoria de la A.P. y se asimila al recurso por abuso de poder que es “la acción por la cual cualquier interesado puede demandar la anulación de una decisión ejecutoria por el juez administrativo, en razón de su ilegalidad”. El de **plena jurisdicción** (o contencioso pleno) puede perseguir toda resolución útil: una anulación (de un contrato o de una elección); una condenación pecuniaria; la reducción de la tasa de un impuesto, etc. Engloba a la mayoría de los contenciosos, como los relativos a la validez o ejecución de los contratos administrativos, el contencioso-electoral, el contencioso-tributario. El contencioso de **interpretación** y de **apreciación** de la legalidad o validez implica dos cosas distintas; pero en ambos casos el juez administrativo no decide, sino que proporciona elementos de juicio para la resolución que otro juez debe tomar. Este contencioso viene a ser una cuestión prejudicial, mediante la

que se pide que la autoridad administrativa dé su opinión sobre el sentido correcto o sobre la validez de una norma de su competencia.

El contencioso de **represión** tiene por objeto contrarrestar la decisión por la cual, por ejemplo, un juez administrativo haya condenado penalmente a alguien que ha vulnerado normas sobre la conservación de diversas categorías de inmuebles de dominio público (8).

El sistema francés experimentó nuevas reformas con la Ley de 31 de diciembre de 1987, los decretos de 2 de septiembre de 1988 y los de 15 y 16 de mayo de 1990, que ampliaron las medidas cautelares o provisionales, así como la información sobre la materia y facilitaron la ejecución de las sentencias, aplicando sanciones a los responsables de su inejecución.

IX. a. 3) Ambito de aplicación.

En el concepto clásico, lo C-Adm. se aplica sólo con referencia a los a.a. de la A.P. entendida ésta como la organización operativa del Poder Ejecutivo. Sin embargo, contemporáneamente se abre paso una corriente que incluye en lo C-Adm. los actos de los otros poderes que “vulneren un derecho de carácter administrativo”. Las leyes de algunas provincias argentinas siguen esta corriente, como en Catamarca, donde la materia abarca a toda “resolución definitiva o acto que comporte vías de hecho, emanado de los Poderes Ejecutivo, Legislativo o Judicial, municipalidades o de otras autoridades administrativas...”. La legislación de El Chaco dice que “se reputarán C-Adm. las acciones que inician las personas reclamando contra una resolución definitiva de cualquiera de los poderes del Estado, municipalidades o reparticiones autárquicas de la provincia, en la cual se vulnera un derecho de carácter administrativo” (9).

La ley española sigue el principio de “cláusula general”, por el que cualquier acto de la A.P. de naturaleza administrativa, así como los reglamentos y otras normas de rango inferior, pueden ser impugnados en el C-Adm. Las Exclusiones contempladas en la redacción inicial de la Ley de 1956 –dice Garrido Falla- fueron abolidas por la propia legislación anterior a la Constitución de 1978, o quedaron derogadas *ipso-jure* por esta Constitución (10).

IX. a. 4) Requisitos.

Del Art. 31.1 de la Ley española de 27 de diciembre de 1956, que hemos citado se desprenden los siguientes requisitos para la admisibilidad de la acción C-Adm., requisitos que son comunes en la doctrina y en la legislación comparada:

- 1º) Que la norma o a.a. que se impugna no sean susceptibles de ulterior recurso ordinario en vía administrativa;
- 2º) que sean definitivos, o, si son de trámite, que resuelvan directa o indirectamente el asunto en el fondo, o hagan imposible su continuación;
- 3º) que no sean reproducción de otros anteriores definitivos o firmes o confirmatorios de acuerdos consentidos, que no fueron recurridos en tiempo y forma (Art. 40, a) de la ley citada).

El primer requisito se ajusta a la jurisprudencia francesa de la “decisión préalable” (decisión previa), según la cual la vía contencioso-administrativa no se abre si no ha sido agotada la vía administrativa. Respecto al segundo requisito, cabe distinguir entre **definitivo** y **firme**. Un acto es **definitivo** cuando resuelve en el fondo el asunto, pero no se ha ejecutoriado aún por no haber transcurrido el plazo de ley para el efecto. Y es **firme** cuando está ejecutoriado. Al decir actos definitivos, se excluye del

C-Adm. las providencias del trámite y actos provisionales, cuando éstos no resuelven directa o indirectamente el asunto en el fondo.

Al hablar de requisitos debe elucidarse el tema de la capacidad del sujeto para interponer la acción, es decir su **legitimación**. Aquí se ha superado también el concepto clásico de que sólo tenía legitimidad (capacidad) para actuar la persona cuyo derecho subjetivo e interés directo era vulnerado por la norma o el acto impugnables. El debido proceso y la tutela jurisdiccional en favor del administrado son instituciones esenciales del moderno Derecho Administrativo, de suerte que en España, por ejemplo, el Tribunal Constitucional no se rige estrictamente por el Art. 28 de la Ley de Jurisdicción C-Adm., que exige la legitimación por interés “directo”, sino que admite los intereses indirectos, difusos y colectivos contemplados en el Art. 7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, de 1985, concordante con el Art. 24.1 de la Constitución.

Sobre el particular, Garrido Falla nos recuerda la distinción que hace Guicciardi entre normas de relación y normas de acción. Las primeras garantizan derechos individuales o subjetivos, y las segundas regulan la organización y el procedimiento administrativos, que son de orden público, y no de interés individual. Esta distinción se refleja en la legitimación de los sujetos procesales. “Cuando el derecho positivo exige como requisito de legitimación la titularidad de un derecho subjetivo lesionado o el interés directo y cualificado que se acaba de describir, se dice, de acuerdo con una vieja terminología, que estamos en presencia de un recurso de carácter subjetivo; cuando, en cambio, se admite la legitimación de quienes se encuentran en la situación de meros interesados, entonces debe hablarse de recurso objetivo o de acción popular” (11).

Por otra parte, la capacidad del sujeto depende de la clase de C-Adm. El de anulación se basa en la ilegalidad de un acto, decisión o norma, y, en principio, cualquiera puede interponerlo, porque la

anulación que se demanda es de interés general y, por ello, surte efecto *erga-omnes*. En los de plena jurisdicción y de represión se impugna la violación de un derecho subjetivo y, por consiguiente, corresponde al sujeto agraviado iniciar la acción, y no a otros. Los efectos de estos contenciosos se restringen a las partes. Cuando se trata de C-Adm. de interpretación y de apreciación de legalidad, las partes en un juicio ante la justicia ordinaria pueden pedir al juez administrativo que interprete o aprecie una norma que debe aplicarse en ese juicio.

IX. a. 5) La conciliación en el C-ADM.

Como en todas las ramas de la administración de justicia, el C-Adm. tropieza en la mayoría de los países con el problema de la morosidad originado por distintas causas como la ineficiencia de los jueces, los recursos dilatorios de los litigantes, la escasez de medios, etc., que congestionan los tribunales. Por esta razón algunas legislaciones han introducido la **conciliación** para acelerar la resolución de estos procesos.

En Colombia, la Ley 23 de 1991, Cap. V, reformada por el D. 2651 de ese mismo año, Arts. 6 a 10, establece dos tipos de conciliación: la **preprocesal**, antes de iniciarse el proceso, y la **intra-procesal** que tiene lugar dentro del proceso mismo. En la primera intervienen dos funcionarios: el fiscal de la corporación o agente del ministerio público, que recibe de los interesados la solicitud de conciliación, y si la estima “seria y razonable” cita a las partes para la audiencia; y por otro lado el juez o magistrado competente que debe aprobar la conciliación, si no fuere lesiva a los intereses del Estado o no estuviere viciada de nulidad absoluta. La conciliación procesal se realiza ante el juez que conoce el proceso, quien “instará a las partes para que concilien sus diferencias, si fueren susceptibles de transacción, y si no lo hicieren, deberá proponer la fórmula que estime justa sin que ello signifique prejuzgamiento”.

La conciliación procede en los casos de plena jurisdicción en los que se impugna un acto violatorio de un derecho subjetivo; no así en los casos de anulación, en que cualquier interesado puede pedir la nulidad de un acto o norma, lo que constituye una acción objetiva o popular, de interés general (12).

IX. a. 6) El C-ADM. de protección de los derechos fundamentales.

La ley 62/1978 de España, de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales, instituyó un proceso C-Adm. especial para la protección de determinados derechos fundamentales, como los de expresión, reunión, asociación, libertad de conciencia y de religión, de residencia y domicilio, contra detenciones ilegales; derechos que el Real Decreto Legislativo 342/1979 amplió a otros: honor, intimidad personal y familiar, la propia imagen, el secreto de las comunicaciones, la libre circulación, entrada y salida en el territorio nacional, la libertad de cátedra y la sindical. La acción procede contra a.a., contra vías de hecho y disposiciones generales. La sentencia es recurrible de Amparo ante el Tribunal Constitucional (13).

Tomando el antecedente español, el Art. 11 de la Ley 19 de 9 de julio de 1991 de Panamá agregó el numeral 15 al Art. 98 del Código Judicial, que atribuye a la Sala Tercera de la Corte Suprema el conocimiento

“Del proceso de protección de los derechos humanos mediante el cual la Sala podrá anular actos administrativos expedidos por autoridades nacionales y, si procede, restablecer o reparar el derecho violado cuando mediante dichos actos administrativos se violen derechos humanos y justiciables previstos en las leyes de la República, incluso aquellas que aprueben convenios internacionales sobre derechos humanos. Este proceso se tramitará según las normas de la Ley N° 135 de 30 de abril de 1943 y de la Ley

Nº 33 de 11 de septiembre de 1946, pero no se requerirá que el agraviado agote previamente la vía gubernativa; el procurador de la administración sólo intervendrá en interés de la ley”.

El profesor y magistrado panameño Arturo Hoyos señala que el proceso contencioso-administrativo de protección a los derechos humanos se diferencia del proceso de amparo de garantías constitucionales en que el primero protege los derechos humanos previstos en las leyes, incluidas las que ratifican convenios internacionales; mientras que el segundo se refiere a los derechos fundamentales previstos en la Constitución. El primero es un proceso de protección de los derechos humanos en el plano de la legalidad – agrega -, y el segundo tiene el mismo objetivo en el plano de la constitucionalidad (14).

IX. b) El Amparo.

Según el art. 19 de la Constitución boliviana, el Amparo protege los derechos y garantías de las personas reconocidos en la Constitución y en las leyes. Se trata, pues, de una garantía de los derechos subjetivos que sólo pueden invocar quienes sufren un agravio personal concreto y determinado. Este criterio restringido ha sido superado tiempo ha por la legislación y la doctrina comparadas, habiéndose extendido primero a los intereses legítimos (arts. 24.1 y 162.1.b de la Constitución de España) de personas que, sin ser titulares de derecho subjetivos, tienen interés en que se repare la violación de un derecho, como ocurre con las personas jurídicas y las asociaciones, cualesquiera de cuyos miembros pueden interponer la acción. El Tribunal Constitucional de España ha legitimado para el efecto en sus sentencias a grupos étnicos, sociales y religiosos, incluso a algunos sin personalidad jurídica, que “están imbricados con las personas que lo integran” (R.A. 180/1988, de 11 de octubre) (15)

En 1963 se dio en México un carácter social al Amparo, al legitimar a los grupos de población ejidal y comunal. La Constitución brasileña de 1988 (art. 5-LXX) instituyó el Amparo colectivo (mandado de seguridad), por el cual están legitimados los partidos políticos, los sindicatos, entidades de clase y asociaciones legalmente constituidas, en defensa de los intereses de sus miembros. El art. 43 de la Constitución argentina de 1994 introdujo el Amparo para proteger los derechos relativos “al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general”, legitimando para el efecto al afectado, al defensor del pueblo y las asociaciones registradas conforme a ley.

En estos casos el Amparo ha pasado de los intereses individuales (derechos subjetivos) a los intereses colectivos, que son aquellos propios de una colectividad de personas ligadas por un vínculo jurídico (sindicatos, partidos políticos, sociedades mercantiles, asociaciones de co-propietarios); y también a los intereses difusos de colectividades en las que no existe ningún vínculo jurídico, como son los usuarios de servicios públicos, los consumidores de bienes, los habitantes de un barrio o zona urbanas, que tiene intereses comunes, pero contingentes y accidentales.

IX. c) La ayuda judicial.

La protección del administrado en Francia se complementa con una institución –la Ayuda Judicial-, de cuya existencia en otros países no tenemos noticia, aunque existen los defensores del pueblo, los defensores de oficio, los defensores de pobres, etc., que sin embargo no cumplen iguales funciones. En efecto, además de la Ayuda Judicial está instituido en Francia el <<Mediateur>> que en otros países se llama Ombudsman, Defensor del Pueblo, o Procurador del Pueblo. El <<Mediador>> fue creado en ese país por la Ley núm. 73-6 de 3 de enero de 1973 y por decretos números 73-256 y 73-254, ambos de 9 de marzo de 1973.

La Ayuda Judicial fue instituida por Ley número 72-11 de 3 de enero de 1972 y decreto número 72-809 de 1º. de septiembre de 1972, modificado éste por el decreto número 86-586 de 14 de marzo de 1986. Dicha ley prescribe que <<las personas cuyos recursos son insuficientes... pueden tener el beneficio de una ayuda judicial>>, siempre que sean franceses o extranjeros que residan habitualmente en Francia; que sus ingresos sean inferiores a un monto mensual que se revisa periódicamente; que el proceso administrativo debe llegar al Consejo de Estado, a la Comisión Especial de Casación de Pensiones, a un tribunal administrativo o al Tribunal de Conflictos; y que el proceso no esté visiblemente desprovisto de fundamento.

Para solicitar la ayuda judicial los interesados presentan una demanda escrita en papel común, acompañando las justificaciones precitadas, demanda que es examinada por una comisión independiente llamada Oficina de Ayuda Judicial, la que demora entre uno y tres meses para pronunciarse, plazo que no corre procesalmente para el solicitante. La Oficina mencionada puede acordar una ayuda total, que cubre todos los gastos judiciales del proceso, una ayuda parcial, o rechazar la solicitud.

IX. d) La mora en la administración pública.

Con raras excepciones, la administración pública es una maquinaria pesada, cuya lentitud perjudica a todos, pero sobre todo a los administrados. La mora en la administración pública equivale a la retardación de justicia, y así como la justicia retardada es injusticia, la administración morosa no administra.

El deber principal de la administración es decidir, resolver, en el tiempo más breve posible, y, en todo caso, dentro de los plazos que fija la ley, y conforme a derecho. Del cumplimiento de este deber depende que funcione la administración activa y la jurisdiccional. La primera se expresa mediante actos

administrativos, y la segunda en fallos y resoluciones. El incumplimiento constituye la mora administrativa. Esta mora asume en unos casos la forma de silencio administrativo, que puede ser positivo y negativo, y que se interpreta a favor o en contra del administrado, según los casos. Cuando la mora es más que silencio, y se debe a negligencia, ignorancia o dolo, el administrado resulta no sólo perjudicado, sino agredido por una administración llamada a servirle y protegerle.

La Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de la República Argentina, N° 19.549, de 3 de abril de 1972, ha instituido en su artículo 28 el Amparo por Mora de la Administración Pública, que es distinto del Amparo General (Amparo Constitucional en Bolivia), y de nuestro Amparo Administrativo. Dicho artículo dice:

“El que fuere parte de un expediente administrativo podrá solicitar judicialmente se libre orden de pronto despacho. Dicha orden será procedente cuando la autoridad administrativa hubiere dejado vencer los plazos que excediere de lo razonable sin emitir el dictamen o la resolución de mero trámite o de fondo que requiera el interesado. Presentado el petitorio, el juez se expedirá sobre su procedencia, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, y si lo estimare pertinente requerirá a la autoridad administrativa interviniente que, en plazo que le fije, informe sobre las causas de la demora aducida. La decisión del juez será inapelable. Contestado el requerimiento o vencido el plazo sin que se lo hubiere evacuado, se resolverá lo pertinente acerca de la mora, librando la orden si correspondiere para que la autoridad administrativa responsable despache las actuaciones en el plazo prudencial que se establezca según la naturaleza y complejidad del dictamen o trámites pendientes”

Cuando los administrados consideran que la Administración no atiende sus requerimientos o no se pronuncia sobre sus solicitudes, pueden ocurrir ante el juez ordinario para que éste ordene al órgano administrativo moroso que se pronuncie en un plazo dado, sin preocuparse del fondo del asunto.

El art. 38.1 de la ley de 27 de diciembre de 1956 de España, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, dispone que el peticionante ante la administración pública que no obtenga respuesta de ésta en el plazo de tres meses, podrá denunciar la mora y considerará desestimada su petición a los tres meses de la denuncia, a fin de plantear el recurso administrativo o jurisdiccional que corresponda.

El art. 17 de la ley de Procedimiento Administrativo de Bolivia dispone que la administración pública debe dictar resolución expresa en el plazo de seis meses de iniciado el procedimiento, vencido el cual el interesado podrá considerar desestimada su solicitud, “por silencio administrativo negativo”, “pudiendo deducir el recurso administrativo que corresponda, o , en su caso, jurisdiccional”.

La institución del “silencio administrativo” se creó en Francia por Ley de 17 de Julio de 1900, y se basó en el art. 7 del Decreto de 2 de noviembre de 1864 que obligaba a los ministros a resolver los asuntos en el plazo de cuatro meses, vencido el cual los interesados podían acudir ante el Consejo de Estado por considerar rechazada su acción. (16)

IX. e) Acción de cumplimiento.

El art. 87 de la Constitución de Colombia (1991) dispone:

“Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o acto administrativo.

En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido.”

Esta acción es un medio de protección de los derechos que, por no ejecución o incumplimiento de leyes y otras normas por parte de las autoridades competentes, pueden ser lesionados, causando perjuicios a los administrados en general, o a algunos en particular.

La Constitución peruana de 1993 incorporó esta garantía en su art. 200, inc. 6, en estos términos:

“La Acción de Cumplimiento, que procede contra cualquier autoridad o funcionario renuente a acatar una norma legal o un acto administrativo, sin perjuicio de las responsabilidades de ley.”

Según la legislación peruana (Ley no. 26301), ésta es una acción de garantía constitucional porque está contemplada en el art. 200, inc. 6 de la Constitución, y aunque no persigue directamente la defensa de un derecho constitucional, lo hace indirectamente, al exigir el cumplimiento de leyes y de otras normas. Se tramita mediante el procedimiento sumario de las acciones de Habeas Corpus y de Amparo, con lo que el legislador ha querido darle el mismo rango constitucional de estas últimas. Tiene legitimación activa cualquier persona afectada en sus derechos por la falta de ejecución de una ley o acto administrativo, y legitimación pasiva el funcionario o entidad encargados de ejecutar la norma. Son competentes para el efecto el Juez de Primera Instancia en lo Civil del domicilio del actor, y cuando el demandado es una autoridad judicial, la Sala Civil de la Corte Superior.

El art. 27 de la Ley 23506 sobre Habeas Corpus y Amparo dispone que estas acciones –incluyendo la de Cumplimiento– sólo proceden “cuando se hayan agotado las vías previas”; y el art. 5, inc. c) de la Ley 26301 aclara que la vía previa para esta última es

“el requerimiento por conducto notarial a la autoridad pertinente (...) con una antelación no menor de quince días”.

IX. f) Acción popular.

Dice Cabanellas en su Diccionario de Derecho Usual que “dábese este nombre a la que podía ejercitar cualquier ciudadano o muchos unidos, ya en beneficio particular, ya en los asuntos de interés para el pueblo, como en lo relativo a caudales, servidumbre pública, etc..” El concepto arranca en el Derecho Romano, según las citas que el mismo autor hace de Ulpiano: “*In popularibus actionibus is cuius interest, praefertur*”. (En las acciones populares se prefiere al interesado); de Paulo: “*Eam popularem actionem dicimus, quae suum jus populi tuetur*”. (Acción popular llamamos a la que ampara el derecho propio del pueblo); y del mismo Paulo: “*Popularis actio integrae personae permittitur*”. (la acción popular se concede a toda persona integra).

Se ha dado diversos significados a la acción popular, con el común denominador de que cualquiera puede incoarla en beneficio de toda la colectividad o de una gran parte de la misma. En las Constituciones peruanas de 1920 y de 1933 por ejemplo, estaba prevista contra jueces y magistrados por los delitos de prevaricato, cohecho, retardación de justicia y otros, con un carácter penal. El art. 133 de la Constitución de 1933 daba a esta acción el carácter de garantía constitucional al disponer que la misma se dirigía ante el Poder Judicial “contra los reglamentos, contra las resoluciones y decretos gubernamentales de carácter general y que infrinjan la Constitución o las leyes”. Una ley de 1963 determinaba que la acción se sustanciaba en la vía ordinaria de puro derecho, con intervención del Procurador General de la República. La Constitución de 1979 reiteró el carácter de garantía constitucional de la acción, y el art. 200, inc. 5 de la Constitución de 1993 dispone:

“La Acción Popular, que procede por infracción de la Constitución y de la ley, contra los reglamentos, normas administrativas y resoluciones y decretos de carácter general, cualquiera sea la autoridad de la que emanen.”

La Ley Procesal de Acción Popular No. 24968, de 20 de diciembre de 1988, reconoce personería para el afecto a todos los ciudadanos peruanos y extranjeros residentes en Perú, así como a las personas jurídicas y al Ministerio Público. El art. 5 de esta Ley franquea lo que puede considerarse una acción previa “contra las normas formalmente aprobadas que no han sido aun publicadas oficialmente, siempre que del conocimiento extraoficial de las mismas se prevea que lesionan o amenazan lesionar el orden constitucional y/o legal...”

X. LA LEGISLACIÓN BOLIVIANA.

En ésta como en otras materias, la legislación boliviana es deficiente. No existe en la Constitución boliviana un capítulo, ni siquiera un artículo, sobre la administración pública. El Art. 99 dice simplemente que “los negocios de la Administración Pública se despachan por los ministros de Estado, cuyo número y atribuciones determina la ley”. Tampoco existe en la Constitución una disposición sobre la responsabilidad del Estado y de sus agentes frente a los administrados, como ocurre en la mayoría de las Constituciones contemporáneas.

El Estatuto del Funcionario Público (ley No. 2027) dispone en su art. 16 que todo servidor público es responsable por sus acciones y omisiones, así como por la administración correcta de sus cargos.

Tampoco se establece en la legislación boliviana la responsabilidad del Estado por “los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia”, como reza el artículo 121 de la Constitución española. Tal responsabilidad está limitada en Bolivia a los magistrados, jueces, fiscales y dependientes, por demoras injustificadas en la sustanciación y resolución de las causas, “bajo sanción de apercibimiento, multa o exoneración, sin perjuicio del procesamiento penal, según los casos y conforme a ley”. (Art. 242 Ley de Organización Judicial, LOJ). El artículo 749 del Código de Procedimiento Civil dispone:

“La responsabilidad civil procederá contra los magistrados de Cortes Superiores de Distrito, Corte Nacional del Trabajo, Corte Nacional de Minería y Tribunal Fiscal, y contra jueces que infringiendo ley expresa y terminante hubieren fallado una causa en el fondo, fuere en casación, en segunda instancia sin recurso ulterior o en única instancia”

El artículo 748 del mismo Código establece la responsabilidad penal para jueces y magistrados por delitos que cometan en el ejercicio de sus funciones, y la Ley núm. 517 de 9 de mayo de 1980 dispone:

“Artículo 1. El funcionario judicial o administrativo que en ejercicio de la función pública, con jurisdicción y competencia, administrando justicia retardare o incumpliere los términos en los cuales les corresponda pronunciarse sobre los trámites, gestiones, resoluciones o sentencias conforme a las leyes procedimentales, a la equidad y justicia y a la pronta administración de ella, será sancionado con la pena de 2 a 5 años de privación de libertad.”

“Artículo 2. La denuncia o querrela sobre retardación de justicia con los medios probatorios del caso será objeto de requerimiento inmediato por parte del representante del Ministerio Público para la organización del proceso respectivo”.

La Ley SAFCO dispone en su Art. 32 que “la entidad estatal condenada judicialmente al pago de daños y perjuicios a favor de entidades públicas o de terceros, repetirá el pago contra la autoridad que resultare responsable de los actos o hechos que motivaron la sanción”. La misma ley determina la responsabilidad civil, penal y administrativa de los “servidores públicos”

La Constitución de Bolivia consagra derechos individuales y colectivos, y garantías de principio y jurisdiccionales de esos derechos, cuya defensa protege al administrado frente a la administración. El Art. 7 enumera algunos derechos, sin agotar la lista, pues hay “otros derechos y garantías no enunciados que nacen de la soberanía del pueblo y de la forma republicana de gobierno”, como lo aclara el Art. 35. Sin embargo, estimamos que debe ampliarse los capítulos relativos a estos derechos,

incluyendo el de integridad física y psíquica, el de intimidad, el derecho a la vivienda, los derechos del niño, del anciano y del minusválido, y los derechos de tercera generación.

Los regímenes especiales de la parte tercera de la Constitución (económico, social, agrario y campesino, cultural y familiar), consignan los derechos que protegen colectivamente a los administrados.

Hay garantías de principio, como las contenidas en los títulos primero y segundo de la Constitución, y garantías jurisdiccionales como el Habeas Corpus, el Amparo y el Habeas Data, el recurso directo de nulidad, la demanda de inconstitucionalidad, que complementan la protección constitucional de los administrados. El artículo 7 enumera los derechos fundamentales de la persona:

Sin embargo, estimamos que debe incluirse un capítulo completo sobre derechos civiles, por tratarse de una materia que cobra cada vez mayor relevancia en el ámbito del Derecho Constitucional, del Derecho Internacional Público y del sistema democrático de vida. Los siguientes derechos deben ser expresamente declarados y protegidos:

a) el derecho a la integridad física y psíquica, que es parte del derecho a la vida con que empieza la enumeración del artículo 7. Este derecho está implícito en los artículos 12 y 13; b) el respeto y protección a la intimidad, a la vida privada y pública y a la honra de la persona y de su familia; c) el derecho a vivir en un ambiente no contaminado, que es parte del derecho a la salud; d) los derechos del niño, consagrados universalmente, y que merecen un capítulo en concordancia con las declaraciones internacionales y particularmente con la Declaración Mundial y Plan de Acción para la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño en el Decenio de 1990, aprobada en la reunión Cumbre Mundial en favor de la Infancia realizada en las Naciones

Unidas, Nueva York, en septiembre de 1990. En Bolivia se creó el Instituto Nacional de desarrollo Infantil por decreto núm. 22.169 de 10 de abril de 1989; y el DS No. 040171 enumera los principios que sirven la base a los derechos del niño; los mismos que deben ser incorporados en capítulo especial a la Constitución; e) los derechos del anciano, que deben ser protegidos por el Estado; f) los derechos de los inválidos, minusválidos e incapacitados física y mentalmente; g) la vivienda como un derecho básico para todos los bolivianos; h) el derecho de manifestación pública, pacífica y sin armas, que es parte inseparable de los derechos de reunión, de opinión, de expresión y de petición, y cuyo ejercicio no debe requerir de autorización previa.

Entre las garantías constitucionales a las que el administrado puede recurrir en **sede judicial** están:

1.- Demanda de **Habeas corpus** en resguardo del derecho de libertad de locomoción reconocido por el art. 7, inc. g), que puede interponer toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente perseguida, detenida, procesada o presa, por sí o por cualquiera a su nombre, con o sin poder notariado. El procedimiento a seguir es muy rápido puesto que la Constitución manda que “la autoridad judicial señalará de inmediato día y hora de audiencia pública, disponiendo que el actor sea conducido a su presencia”, y que “en ningún caso podrá suspenderse la audiencia”, al final de la cual se dictará sentencia “ordenando la libertad, haciendo que se reparen los defectos legales o poniendo al demandante a disposición del juez competente”. El fallo se ejecutará en el acto. (Art. 18 CPE.)

La acción puede incoarse ante la Corte Superior del Distrito o ante el juez de partido, a elección del actor, y ante un juez instructor, en defecto de aquéllos.

2.- Demanda de **Amparo Constitucional** “contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o

particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos y garantías de las personas. Esta acción no es sustitutiva de ninguna otra que franquee la ley y, por ello, sólo procede cuando no existe otro medio de defensa o el que existe no provee un remedio rápido y oportuno; debe presentarse ante las Cortes Superiores de Distrito y ante los jueces de partido, a elección del actor, que puede hacerse representar con poder notariado. El procedimiento es similar al de habeas corpus, e igualmente rápido. (Art. 19 CPE.)

3.- Acción de **Habeas Data** que puede interponerse ante La Corte Superior de Distrito o ante cualquier juez de partido, a elección del actor, para “conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático, en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación...” La acción se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Amparo Constitucional. (Arts. 23 CPE. y 16-g-k y 18 de la Ley del Procedimiento Administrativo).

4.- Demandas de **inconstitucionalidad de leyes**, decretos y cualquier género de resoluciones no judiciales, ante el Tribunal Constitucional. Estas demandas son de dos clases:

a) De carácter **abstracto**, mediante la que se impugna la norma en sí misma, acción para la que están legitimados solamente el Presidente de la República, cualquier senador o diputado, el Fiscal General de la República y el Defensor del Pueblo.(Arts. 120-1ª. CPE. y 7-1 y 54 y ss. de la ley No. 1836)

b) **Indirecta o incidental**, que promueven las partes o el juez o tribunal que intervienen en un proceso judicial o administrativo cuya decisión dependa de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma aplicable al caso. Esta acción procede en cualquier estado del proceso, aun durante los

recursos de casación y jerárquico, antes de la ejecutoria de la sentencia. (Arts. 7-2 y 59 y ss. de la ley No. 1836).

5.- Demandas de **inconstitucionalidad de tributos**, impuestos, tasas, patentes, derechos o contribuciones de cualquier clase, creados, modificados o suprimidos en contravención a los preceptos de la Constitución. Esta acción debe plantearse ante el Tribunal Constitucional por el sujeto pasivo del tributo contra la autoridad que lo aplicare o pretendiere aplicarlo. (Arts. 120-4ª de la CPE. y 7-3 y 68 a 70 de la Ley No. 1836).

6.- **Recurso directo de nulidad** contra los actos o resoluciones de quienes usurpen funciones que no les competen o ejerzan jurisdicción o potestad que no emane de la ley. Este recurso debe presentarse por el agraviado ante el Tribunal Constitucional dentro del plazo de 30 días de la ejecución del acto o de la notificación de la resolución que se impugne. (Arts. 31 y 120-6ª. de la CPE. y 7-6 y 79 a 85 de la ley No. 1836).

En **sede administrativa** el administrado tiene, entre otras, las siguientes acciones para su defensa:

1. **Ley de Procedimiento Administrativo** (No. 2341, de 23 de Abril de 2.002). Contiene las siguientes disposiciones sobre la materia:

Arts. 1 y 2 de carácter general.

Art. 4, sobre los principios que deben guiar la actividad administrativa, entre los que menciona los de legalidad, de la buena fe, de imparcialidad, de control judicial, de economía, simplicidad y celeridad, de publicidad, de gratuidad y de proporcionalidad.

Los Arts. 11 a 15 disponen la tutela judicial administrativa efectiva en favor de los administrados, quienes pueden reclamar,

denunciar y defenderse ante la autoridad competente “para hacer valer sus derechos o intereses, conforme corresponda”.

El art. 16 menciona los derechos del administrado, entre los cuales: presentar peticiones; iniciar, participar y conocer el estado del procedimiento que le concierne; formular alegatos y presentar pruebas; acceder a registros y archivos administrativos; a obtener respuestas fundadas en los plazos establecidos, y a ser tratado con dignidad, respeto e igualdad.

El art. 17 dispone que la administración pública debe resolver en todos los procedimientos en un plazo máximo de seis meses de iniciados, salvo disposición contraria de la ley, so pena de responsabilidad según la ley SAFCO (No.1178).

Los Arts 55-II y 59-II disponen que la ejecución de los actos administrativos podrá suspenderse de oficio o a petición de parte, “por razones de interés público o para evitar grave perjuicio al solicitante”. Es una contrapartida de las prerrogativas de la administración (ver punto IV, supra), sin la cual el administrado quedaría a merced de la voluntad omnipotente y no pocas veces arbitraria de aquélla. En algunos casos esta suspensión está prevista de antemano en la ley, como en el art. 131 del Código Tributario que dispone que “la interposición del recurso de alzada así como el del jerárquico tienen efecto suspensivo”. El mismo artículo faculta al contribuyente a solicitar la suspensión de la ejecución de la resolución del recurso jerárquico.

En ésta como en otras materias la ley 2341 es muy esquemática y no responde a las necesidades de una estructura tan compleja como es la administración pública. La doctrina y la legislación comparadas se ocupan con amplitud de los derechos del administrado en lo relativo a la suspensión de actos administrativos. Además de los casos en que la ley dispone esa suspensión y en los que faculta al interesado a solicitarla, se toma en cuenta la naturaleza del acto. Si éste agravia, por ejemplo,

derechos y garantías fundamentales como la libertad, la propiedad, el derecho al trabajo, la inviolabilidad del domicilio, etc., no puede presumirse su ejecutividad ni su ejecutoriedad. En tales casos, sólo por decisión judicial pueden ser restringidos esos derechos.

El Art. 12 de la Ley Nacional de Procedimientos Administrativos de Argentina (No. 19.549) menciona las siguientes causales de suspensión de los actos administrativos:

a) Por disposición expresa de la ley

b) Por razones de interés público, cuando está en juego el contenido esencial de los derechos fundamentales y de otros valores y principios constitucionales que interesan a la sociedad en su conjunto, así como al orden público, al bienestar social, la salud pública, etc.

c) Para evitar perjuicios graves al interesado. ¿Cómo ha de apreciarse esta gravedad? No hay una regla precisa para el efecto, por lo que se tiene en mente los perjuicios que exceden “considerablemente” el daño que la suspensión del acto puede causar.

d) Cuando se alegare fundadamente una nulidad absoluta, que, según el art. 14 de la misma ley, ocurre en los siguientes casos:

- *“Cuando la voluntad de la Administración resultare excluida por error esencial; dolo, en cuanto se tengan como existentes hechos o antecedentes inexistentes o falsos; violencia física o moral ejercida sobre el agente; o por simulación absoluta.*

- *“Cuando fuere emitido mediando incompetencia en razón de la materia, del territorio, del tiempo o del grado,*

salvo en este último supuesto, que la delegación o sustitución estuvieren permitidas; falta de causa por no existir o ser falsos los hechos o el derecho invocados; o por violación de la ley aplicable, de las formas esenciales o de la finalidad que inspiró su dictado”.

Cuando la nulidad fuere relativa, por haberse “incurrido en una irregularidad, omisión o vicio que no llegare a impedir la existencia de alguno de sus elementos esenciales, el acto será anulable en sede judicial”, dice el art. 15.

La nulidad absoluta, por su naturaleza, suele ser manifiesta e indubitable, de manera que la propia administración está obligada a revocar sus actos nulos, o a suspender sus efectos de oficio. Si no lo hace, deberá atender la solicitud que para el afecto le presenten los interesados.

Recordemos las diferencias entre la nulidad absoluta y la relativa, en palabras de García de Enterría:

*“Se dice de un acto o negocio que es nulo, con nulidad absoluta o de pleno derecho cuando su ineficacia es intrínseca y por ello carece **ab-initio** de efectos jurídicos sin necesidad de una previa impugnación. Este supuesto máximo de invalidez o ineficacia comporta una serie de consecuencias características: ineficacia inmediata, **ipso-jure**, del acto; carácter general o **erga-omnes** de la nulidad e imposibilidad de sanarlo por confirmación o prescripción... La anulabilidad o nulidad relativa tiene, por el contrario, unos efectos mucho más limitados. Su régimen propio viene delimitado por dos coordenadas: el libre arbitrio del afectado y la seguridad jurídica. De acuerdo con estos presupuestos, el o los afectados por un acto anulable, y sólo ellos, pueden pedir la declaración de nulidad dentro de un cierto plazo, transcurrido el cual, si no se produce reacción, el acto sana y el vicio de nulidad queda purgado. El inejercicio de la acción*

de nulidad y el consentimiento expreso o tácito de quien puede ejercitarla producen el efecto sanatorio. Por otra parte, el vicio es convalidable por el autor del acto aun antes de que transcurra ese plazo o se preste ese consentimiento sin más que subsanar la infracción legal cometida” (17).

Respecto a la nulidad absoluta se aplican las siguientes reglas de derecho: a) Puede ser declarada de oficio por el juez; b) pueden pedir que se la declare todos los interesados, con excepción del que ha realizado el acto conociendo o debiendo conocer el vicio que lo invalidaba; c) puede pedir su declaración el ministerio público; d) no es susceptible de confirmación; e) la acción de nulidad es imprescriptible. En cuando a la nulidad relativa: a) No puede ser declarada de oficio por el juez, sino a petición de parte; b) no puede pedir su declaración el ministerio público; c) puede ser confirmada por los interesados; d) la acción prescribe con el transcurso del tiempo.

Los Arts. 71 a 79 contienen los principios a que debe someterse el procedimiento sancionador, entre los que menciona los de legalidad, de presunción de inocencia, de proporcionalidad, de tipicidad, de irretroactividad, de responsabilidad y de prescripción.

2. Código Tributario. (Ley No. 2492 de 2 de Agosto de 2003).

El art. 68 enumera los derechos del contribuyente o sujeto pasivo (administrado), como los de presunción de buena fe, de debido proceso, a ser informado y asistido en el cumplimiento de sus obligaciones y en el ejercicio de sus derechos, a que la administración se someta a los plazos de ley, a la reserva y confidencialidad de sus datos y a ser tratado con respeto y consideración.

Los arts. 74 y ss. establecen los principios y normas para los procedimientos tributarios administrativos y jurisdiccionales. Los

Arts. 121 y ss. se refieren a la acción de repetición, por la que los contribuyentes pueden obtener la devolución de pagos de tributos indebidos o en exceso que hayan realizado. El Art. 130 faculta a los contribuyentes a impugnar, en el plazo de 20 días, las normas administrativas que con alcance general dicta la Administración Tributaria. Esta debe pronunciarse dentro de los 40 días de recibida la impugnación, y la falta de respuesta equivaldrá a silencio administrativo negativo.

Los capítulos III y IV del Título III crean la Superintendencia Tributaria con facultades de conocer y resolver los recursos jerárquicos y la Revisión Extraordinaria, y las Superintendencias Tributarias Regionales, que deben conocer los recursos de alzada contra los actos de la Administración Tributaria.

3. Ley General de Aduanas.
(No. 1990, de 28 de Julio de 1999).

El art. 242 dispone que el procedimiento para sancionar contravenciones aduaneras responde a los principios de debido proceso, informalismo, economía, impulso de oficio y publicad.

Los Arts. 246 a 248 se refieren a los recursos de revocatoria y jerárquico correspondientes a este procedimiento. El Capítulo I del Título Décimo Tercero crea el consejo de Quejas, encargado de recibir y transmitir denuncias de los administrados sobre abusos que cometieren los funcionarios de la Aduana Nacional, sobre usurpación de funciones y sobre cualquier acto ilícito previsto en la ley.

4. Ley Sirese.- (No. 1600, de 28 de octubre de 1994).

El Art. 1 crea el Sistema de Regulación Sectorial (SIRESE), para regular, controlar y supervisar las actividades de los sectores de telecomunicaciones, electricidad, hidrocarburos, trasportes, agua y otros que sean incorporados al Sistema, con objeto de que “operen eficientemente, contribuyan al desarrollo de la economía

nacional y tiendan a que todos los habitantes” se beneficien con esos servicios.

El Título V (Arts. 15 a 21) contiene disposiciones contra los monopolios y en defensa de la libre competencia, como las prohibiciones de fijar conjuntamente precios, de repartirse la producción, los mercados y las fuentes de aprovisionamiento, las prácticas abusivas, las fusiones de empresas, etc.

El Reglamento de la ley SIRESE sobre Procedimientos de Audiencias, Infracciones, Sanciones y Recursos (D.S. 24505 de 21 de Febrero de 1997) establece los principios de simplificación y concentración, de debido proceso, publicidad e informalismo en los trámites (Art. 2)

El Título II de este Reglamento (Arts. 23 a 33) dispone cómo se realizarán las audiencias que soliciten los usuarios de servicios públicos respecto a fijación y/o aprobación de tarifas y otros asuntos relativos a las materias reguladas por la ley, que se tramitarán como incidentes en el proceso principal, antes de la sentencia.

El Título III (Arts. 34 a 49) establece, los procedimientos para las reclamaciones directas de los usuarios a las empresas, así como –en caso de rechazo o de no ser atendidas éstas en los plazos señalados- para las reclamaciones administrativas ante las superintendencias competentes, que, además podrán investigar de oficio las infracciones o transgresiones a las normas sectoriales vigentes.

El Título IV (Arts. 50 a 62) contiene disposiciones comunes sobre la presentación y trámite de los recursos de revocatoria y jerárquico contra las resoluciones definitivas de los superintendentes sectoriales que perjudiquen los derechos e intereses de los usuarios y consumidores.

5. Sirenare.

El Sistema de Regulación de Recursos Naturales Renovables (SIRENARE) se crea en la Ley Forestal (No. 1700, de 12 de julio de 1996), artículo 21, parágrafo I. El SIRENARE está constituido por la Superintendencia General y las Superintendencias Forestales, Agraria y otras que se integraren al Sistema; cuya composición y atribuciones están definidas en el Reglamento de Procedimientos Administrativos del SIRENARE (D.S. No. 26389 de 8 de noviembre de 2001). El Título II de este Reglamento establece los requisitos y plazos de presentación y trámite de los recursos de revocatoria y jerárquicos.

El D.S. No. 27171, de 15 de Septiembre de 2003, reglamenta la Ley 2341, sobre Procedimiento Administrativo, para el SIRENARE, y modifica los Arts. 16, 17, 20, 21, 28, 37, 48 y 49 del D.S. No. 26389, mencionado en el párrafo precedente.

6. Sirefi.

El Sistema de Regulación Financiera (SIREFI) fue creado originalmente por el art. 44 de la ley de Pensiones (No. 1732, de 29 de Noviembre de 1996), con el objetivo de “regular, controlar y supervisar las actividades, personas y entidades con el Seguro Social Obligatorio de largo plazo, bancos y entidades financieras, entidades aseguradoras y reaseguradoras y del mercado de valores...” Esta ley fue modificada por la Ley de Propiedad y Crédito Popular (No. 1864, de 15 de Junio de 1998), que dispuso la conformación el SIREFI mediante la Superintendencia de Recursos Jerárquicos (SRJ), la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras (SBEF) y la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros (SPVS). La ley de BONOSOL (No. 2427, de 28 de Noviembre de 2002) modificó las anteriores en sus arts. 22 a 30, creando la Superintendencia General del SIREFI en reemplazo de la Superintendencia de Recursos Jerárquicos (Arts. 22 y 30), de suerte que el SIREFI está regido ahora por la Superintendencia

General, la Superintendencia de Bancos y Entidades Financieras, la Superintendencia de Pensiones, Valores y Seguros y la Superintendencia de Empresas, creada, esta última, por el art. 25.

El D.S. No. 27175, de 15 de Septiembre de 2003, reglamenta la Ley 2341, sobre Procedimiento Administrativo, para su aplicación en el SIREFI. Su Art. 7 fija las competencias de la Superintendencia General y de las tres Superintendencias sectoriales del SIREFI. El Capítulo IV se refiere a las actuaciones procesales (validez y eficacia, prueba, plazos y formas de conclusión de los procedimientos). El Capítulo V regula la procedencia y trámite de los recursos de revocatoria y jerárquico. El Capítulo VI establece las infracciones, sanciones, etapas del procedimiento sancionador y ejecución de las resoluciones pertinentes.

7. Proceso contencioso-administrativo.

Agotada la vía administrativa en los procedimientos mencionados en los puntos 1 a 6 precedentes, queda expedito el proceso contencioso-administrativo en la vía judicial, ante la Corte Suprema de Justicia, según los arts. 118-7a. de la CPE., 69 y 70 de la Ley 2341 y 778 a 781 del Procedimiento Civil. El art. 778 de éste dispone que

“El proceso contencioso-administrativo procederá en los casos en que hubiere oposición entre el interés público y el privado y cuando la persona que creyere lesionado o perjudicado su derecho privado, hubiere ocurrido previamente ante el Poder Ejecutivo reclamando expresamente el del acto administrativo y agotando ante ese Poder todos los recursos de revisión, modificación o revocatoria de la resolución que le hubiere afectado”.

La demanda debe interponerse en el plazo de noventa días de la notificación con la resolución denegatoria del recurso jerárquico, y se tramitará en la vía ordinaria de puro derecho. (Arts. 780 y 781 Pr. Civil).

XI. CONCLUSIONES.

1.- La protección al administrado en la legislación universal tiene dos vertientes: por una parte el Estado de Derecho y los correlativos derechos fundamentales de la persona, productos ambos de las revoluciones democrático-liberales de fines del siglo XVIII y del constitucionalismo que engendró; y por otra parte el concepto de responsabilidad del Estado que se formó más tarde y cobró carta de ciudadanía en la segunda mitad del siglo XIX. A medida que estos conceptos –Estado de Derecho, derechos de la persona y responsabilidad del Estado- evolucionan y se amplían en la legislación universal así como en los pactos y declaraciones internacionales de derechos, la protección del administrado se consolida como una institución inseparable de las anteriores.

2.- Bajo la premisa anterior, los Estados tienen la obligación de legislar con claridad, precisión y amplitud los derechos del administrado como tal, su protección y garantías, a los que debe asignarse la importancia que contemporáneamente se da a los derechos fundamentales, individuales y sociales.

3.- La globalización económica ocurrida en las últimas décadas erosiona los derechos individuales y colectivos de los segmentos más vulnerables de la sociedad, acentuando más la desprotección del administrado, que, de su indefensión frente al Estado ha pasado a ser víctima de un poder aplastante, el del mercado, que no reconoce leyes ni fronteras.

En un informe del Centro de Investigación para la Paz (Madrid, 1994), se observa que “los procesos de privatización y globalización económica debilitan la soberanía de los Estados y

cuestionan la noción y la práctica de la democracia representativa”. Agrega el informe que “los estados nacionales están perdiendo el control de importantes esferas de actividad pública”, porque “la erosión de la soberanía del Estado se corresponde con el creciente poder y movilidad de los actores transnacionales privados, esto es, de grandes corporaciones que no responden al interés común, sea en el plano nacional o global, y que encuentran en un mercado mundial desregulado al máximo, el terreno propicio para la búsqueda del máximo beneficio”.

El informe cita a David Held afirmando que “la idea de que una comunidad nacional se gobierna a sí misma y que determina su propio futuro –una idea que está en el corazón del sistema democrático mismo- es profundamente problemática hoy en día”, (18)

La libertad irrestricta de los mercados, con su secuela de desregulación general, priva al administrado de la protección de un Estado cuya soberanía declina en los ámbitos externo e interno, de suerte que su imperium para normar la vida económica y social se doblega ante fuerzas irresistibles que no puede controlar. A esto obedece, en gran medida, que los regímenes de regulación sectorial y de regulación financiera establecidos en Bolivia hace algunos años, no funcionan como lo esperan los administrados, y es, por ello, imperioso completar la normativa de ambos sectores e introducir los ajustes que aconseja la salud de la nación.

4.- Las Naciones Unidas deben promover la organización de una Conferencia Internacional sobre los Derechos del Administrado, que elabore una Convención en la que los Estados miembros se comprometan, con el apoyo de la Organización mundial, a: 1º) promulgar y ejecutar una legislación administrativa completa que facilite la organización y funcionamiento de la Administración, de los servicios públicos, de la justicia administrativa, así como la comprensión de los derechos y

obligaciones de los administrados; 2º) promulgar y aplicar el estatuto del funcionario público, que señale sus derechos, deberes y prohibiciones en el ejercicio de sus cargos y frente a los administrados; 3º) mejorar los servicios burocráticos, técnicos y sociales que las administraciones públicas y privadas prestan a los administrados, con las contribuciones de éstos; 4º) instruir a los agentes de las administraciones que respetando la dignidad de la persona y sus derechos, dispensen un trato cortés y amable a los administrados en sus relaciones oficiales; 5º) cumplir el principio universal de igualdad ante los impuestos y cargas públicas; igualdad que no supone solamente la generalidad y la inexistencia de privilegios y de exclusivismos, sino un espíritu de equidad en el reparto de las obligaciones, demandando más a quienes tienen más, y acudiendo en auxilio oportuno de los indigentes, que forman parte de toda sociedad; 6º) sancionar las exacciones, extorsiones, concusiones, cohecho pasivo, uso indebido de influencias y otros delitos por parte de los agentes de la administración en perjuicio material o moral de los administrados.

NOTAS

- (1) **LOEWENSTEIN, Karl.**- “Teoría de la Constitución.- Ediciones ARIEL, Barcelona, España, 1970.
- (2) **DROMI, Roberto.**- SISTEMA DE VALORES ADMINISTRATIVOS.- Edit. Ciudad Argentina.- Buenos Aires, Argentina, 2003, p. 205.
- (3) **Cit. por CANOVA GONZALES, Antonio,** en “Comentarios al proyecto de reforma de la Constitución, con especial referencia a la responsabilidad Estado Juez”...Universidad Católica Andrés Bello, Venezuela, septiembre 1997, p. 19.
- (4) **Ibídem,** p.24
- (5) **COLAUTTI; Carlos E...** “Responsabilidad del Estado”.- Rubinzal-Calzoni, Editores.- Ediciones ASTREA, Buenos Aires, 1995, pp. 8-9.
- (6) **GORDILLO; Agustín A.**- LA ADMINISTRACIÓN PARALELA.- Cuadernos CIVITAS, Madrid, España, 2001, pp. 21-22.
- (7) **Ibídem,** pp. 100-101.
- (8) **VEDEL, George.**- DROIT ADMINISTRATIF.- Presses Universitaires de France.- 10e. Ed. Paris, Francia, 1988; y **RIVERO, Jean.**- DROIT ADMINISTRATIF.- Dalloz, Paris, Francia, 12e. Ed. 1987
- (9) **GONZALES PEREZ, Jesús.**- “La Jurisdicción Contencioso-Administrativa”, en “El Contencioso-

Administrativo y la responsabilidad del Estado”.- Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, 1988, pp. 25 y ss.

- (10) **GARRIDO FALLA, Fernando.**- En “La Materia Contencioso-Administrativa. Actos Impugnables y Pretensiones de las Partes”.- Ver Ob. cit. Nota (9).
- (11) **GARRIDO FALLA, Fernando.**- Ob. cit. p. 65.
- (12) **ESCOBAR GIL, Rodrigo.**- “La Conciliación en el proceso Contencioso Administrativo”. En “La Protección Jurídica del Ciudadano”.- Ed. CIVITAS, Madrid, 1993.- Tomo III, pp. 2445 y ss.
- (13) **DELSAZ, Silvia.**- “Origen, Desarrollo y plenitud de la Justicia Administrativa”, en “La Protección Jurídica del Ciudadano”, Tomo II, p. 1286, Ed. CIVITAS, Madrid, España, 1993.
- (14) **HOYOS, Arturo.**- “Justicia Contencioso-Administrativa y Derechos Humanos”, en “La Protección Jurídica del Ciudadano”, Tomo III, pp. 2617 y 2625.- Ed. CIVITAS, Madrid, España. 1993.
- (15) **FERRER MAC-GREGOR, Eduardo.**- “Juicio de Amparo e interés legítimo: la tutela de los derechos difusos y colectivos”.- Editorial Porrúa, México 2004, p. 60.
- (16) **BEZZI, Osvaldo M., Osvaldo H. y Ana María.**- LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ARGENTINA, en “La Protección Jurídica del Ciudadano”, Tomo III, CIVITAS, Madrid, España, 1993, p. 2.183.

- (17) **GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo, y FERNANDEZ, Tomás Ramón.** “Curso de Derecho Administrativo”, I, Cuarta Edición, Ed. CIVITAS, Madrid, 1988, pp. 551 y ss.
- (18) Informe de **José Antonio SANAHUJA**, investigador del CIP., titulado: “Cambio de rumbo: propuestas para la transformación del Banco Mundial y del Fondo Monetario Internacional”; presentado al Seminario de Investigación para la Paz, Madrid, España, septiembre de 1994. La cita de David HELD fue tomada de su ensayo “Prospects for Democracy. North, South, East, West”. Cambridge: Polito Press, 1993.

ABREVIATURAS

- a. a. Acto(s) administrativo(s).
A. P. Administración Pública.
Art. (s) Artículo(s)
C-Adm. Contencioso-administrativo.
CCB. Código Civil Boliviano.
CPE. Constitución Política del Estado.
LOJ. Ley de Organización Judicial.
ss. Siguietes.

EL DR. PABLO DERMIZAKY PEREDO, BOLIVIANO, DURANTE SU exitosa trayectoria profesional, ha desempeñado diversos cargos, entre los que destacan: Delegado de Bolivia a las Asambleas Generales de las Naciones Unidas Nos. XXIV y XXV, Cónsul General de Bolivia en Nueva York, Estados Unidos de América, Delegado de Bolivia a Conferencias Internacionales de la OIT., de la OEA. Y de la Cuenca del Plata, Embajador de Bolivia ante el Reino de Bélgica y las Comunidades Europeas además ejerció como primer presidente del Tribunal Constitucional el 17 de diciembre de 1998, cargo que desempeñó hasta el mes de febrero de 2001.

Ha publicado diversos textos de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo, entre otros, así como numerosos artículos, ensayos y conferencias pronunciados y publicados en Bolivia y en el extranjero.

LA SITUACIÓN GENERAL DE LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN EL DERECHO LATINOAMERICANO Y LA POSIBLE REFORMA EN EL DERECHO MEXICANO.¹⁸

José de Jesús Naveja Macías (México)
Allan R. Brewer-Carías (Venezuela)

Si bien la acción de amparo, en general e históricamente, se concibió como garantía frente al Estado y contra las actuaciones ilegítimas y arbitrarias de las autoridades y funcionarios públicos, progresivamente y en especial después de la famosa sentencia de la Corte Suprema de la Nación Argentina, en el caso Samuel Kot de 1958, se ha admitido frente a actos de particulares. Ello también deriva del artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Por ello, en la actualidad, la mayoría de los países de América latina admite en alguna forma la acción de amparo contra particulares. Así, en forma amplia la admiten: **ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE, PARAGUAY, PERU, URUGUAY y VENEZUELA**, y en forma restringida: **COLOMBIA, COSTA RICA, ECUADOR, GUATEMALA y HONDURAS**.

Por tanto, solo en **BRASIL, EL SALVADOR, MEXICO, NICARAGUA y PANAMA** la acción de amparo permanece restringida respecto de autoridades y funcionarios y se excluye totalmente contra particulares; es decir, el amparo sigue siendo

¹⁸ Artículo publicado en el Semanario argentino de Derecho Procesal "El Dial Express" y en la "Revista Uruguaya de Derecho Procesal". Año 2008.

una garantía judicial sólo frente al Estado y sus autoridades públicas.

A continuación hacemos un recuento de los países que admiten el amparo contra particulares, y de aquellos que aún no lo aceptan.

I. PAISES QUE ADMITEN EN GENERAL LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES: ARGENTINA, BOLIVIA, CHILE, PARAGUAY, PERU, URUGUAY y VENEZUELA

1. ARGENTINA

En el mencionado caso Samuel Kot, la Corte Suprema de la Nación Argentina admitió el amparo contra actos de particulares, habiéndose sostenido que nada hay en la letra ni el espíritu de la Constitución que permita afirmar que la protección de los derechos constitucionales está circunscrita a los ataques que provengan sólo del Estado, puesto que, sostuvo el Alto Tribunal, lo que se tiene principalmente en vista, no es tanto el origen de la lesión a los derechos constitucionales como éstos en sí mismos, pues no se atiende a los agresores como a los derechos agredidos.

En todo caso, a partir de dicho caso, la Corte Suprema de la Nación y en general los Tribunales de Argentina han venido admitiendo en forma reiterada y uniforme la procedencia del amparo contra actos de particulares.

La Ley N° 16.986 de 1966 de Argentina, sin embargo, sólo reguló el amparo contra actos del Estado, es decir, “contra todo acto u omisión de autoridad pública” (art. 1), por lo que el amparo contra actos de particulares se ejerce conforme a lo previsto en los artículos 321, numeral 2 y 498 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

2. BOLIVIA

En Bolivia, la Constitución consagra con toda amplitud la posibilidad del ejercicio del recurso de amparo “contra los actos ilegales o las omisiones indebidas de los funcionarios o particulares que restrinjan, supriman o amenacen restringir o

suprimir los derechos y garantías de la persona reconocidos por esta Constitución y las leyes” (art. 19).

Ello se regula expresamente en la ley del tribunal Constitucional de 1998, cuando en el artículo 94 establece textualmente:

*“Procederá el Recurso de Amparo Constitucional contra toda resolución, acto u omisión indebida de autoridad o funcionario, siempre que no hubiese otro medio o recurso para la protección inmediata de los derechos y garantías; así como contra todo acto u omisión **indebida o grupo de personas particulares** que restrinjan, supriman o amenacen restringir o suprimir los derechos o garantías reconocidos por la constitución Política del Estado y las leyes”.*

3. CHILE

La acción de protección (amparo) en Chile se regula en la Constitución para proteger ciertos derechos y libertades constitucionales contra actos u omisiones arbitrarias o ilegales que produzcan perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de los mismos (art. 20), sin hacer distinción alguno respecto del origen de las acciones. Por ello, aún cuando no existe una ley sobre el recurso de protección en Chile, se lo admite indistintamente contra actos u omisiones de la autoridad o funcionarios públicos o de algún particular.

4. PARAGUAY

En Paraguay, el artículo 134 de la Constitución admite la acción de amparo contra particulares, estando regulada la acción en la Ley 1337/1988 que contiene el Código Procesal Civil.

5. PERÚ

En el caso del Perú también se admite la acción de amparo contra actos de particulares, a cuyo efecto la Constitución prevé que la acción de amparo cautela los demás derechos reconocidos por la Constitución (con excepción de la libertad individual amparable mediante la acción de hábeas corpus) que sean vulnerados o amenazados por “cualquier autoridad, funcionario o persona” (art. 200). Ello lo corrobora el artículo 2 del Código Procesal Constitucional de 2005.

Así, el artículo 2 del Código Procesal Constitucional Peruano establece la procedencia del amparo de la siguiente manera: los procesos constitucionales de Hábeas Corpus, Amparo y Hábeas Data proceden cuando se amenace o violen los derechos constitucionales por acción u omisión de actos de cumplimiento obligatorio, por parte de cualquier autoridad, funcionario o **persona**. Cuando se invoque la amenaza de violación, esta debe de ser cierta y de inminente realización. El proceso de cumplimiento procede para que se acate una norma legal o se ejecute un acto administrativo.

6. REPÚBLICA DOMINICANA

En la República Dominicana, donde se ha dictado la última de las leyes de Amparo en América Latina (2006), también se admite la acción de amparo contra particulares (art. 1, Ley 437-06).

El artículo 1º de la ley 437-06 señala: “La acción de amparo será admisible contra todo acto u omisión de una autoridad pública, o de **cualquier particular**, que en forma actual o inminente y con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, lesione, restrinja, altere o amenace los derechos o garantías explícita o implícitamente reconocidos por la constitución de la libertad individual, tutelada pro el Hábeas Corpus.

7. URUGUAY

En sentido similar, la Ley N° 16.011 de Amparo de 1988, de Uruguay, admite en general la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja altere o amenace, con ilegitimidad manifiesta cualquiera de los derechos y libertades reconocidos ex-presa o implícitamente por la Constitución (art. 1).

El artículo 1° de la ley 16011 establece: “ Cualquier persona física o jurídica, pública o privada, podrá deducir la acción de amparo contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de **particulares** que en forma actual o inminente, a su juicio, lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de sus derechos o libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución (Artículo 72), con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso del Hábeas Corpus.

8. VENEZUELA

En Venezuela, la acción de amparo contra actos de los particulares, además de contra las acciones u omisiones de las autoridades públicas, está expresamente prevista en la ley.

Así la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales de 1988 establece que procede contra cualquier hecho, acto u omisión de los órganos del Poder Público Nacional, Estatal o Municipal. También procede contra el hecho, acto u omisión originados por ciudadanos, personas jurídicas, grupos u organizaciones privadas que hayan violado, violen o amenacen violar cualquiera de las garantías o derechos amparados por esta Ley (art. 2).

Por tanto, en Venezuela y en Uruguay, la protección que puede otorgar el juez de amparo al goce y ejercicio de los derechos y libertades constitucionales, no sólo se plantea frente a acciones públicas que puedan perturbar el goce y ejercicio de los derechos, sino también frente a las perturbaciones que puedan provenir de otros particulares o individuos o personas morales. En esta materia, la Constitución no distingue, por lo que la Ley admite la acción de amparo frente a actuaciones que provengan de particulares.

II. PAISES QUE LO ADMITEN LA ACCIÓN DE AMPARO CONTRA PARTICULARES EN FORMA RESTRINGIDA: COLOMBIA, COSTA RICA, ECUADOR, GUATEMALA y HONDURAS

En otros países, la acción de amparo también se admite contra particulares, pero en forma restringida en relación solo con ciertas empresas que ejerzan alguna prerrogativa pública, o sean concesionarias de una actividad pública.

1. COLOMBIA

La Constitución de Colombia, regula la acción de tutela, básicamente, como un medio de protección contra “la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”. Sin embargo, la parte final del artículo 86 de la Constitución remite a la Ley en cuanto al ejercicio de la acción de tutela contra particulares en la forma siguiente: “La Ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

En tal sentido, el Decreto N° 2.591 de 1991 (art. 42) en cuanto a la acción de tutela contra las acciones u omisiones de particulares, establece que procederá en los siguientes casos:

1. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de educación para proteger los derechos consagrados en los artículos 13, 15, 16, 18, 19, 20, 23, 27, 29, 37 y 38 de la Constitución.

2. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud para

proteger los derechos a la vida, a la intimidad, a la igualdad y a la autonomía.

3. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación de servicios públicos domiciliarios.

4. Cuando la solicitud fuere dirigida contra una organización privada, contra quien la controle efectivamente o fuere el beneficiario real de la situación que motivó la acción, siempre y cuando el solicitante tenga una relación de subordinación o indefensión con tal organización.

5. Cuando aquel contra quien se hubiere hecho la solicitud viole o amenace violar el artículo 17 de la Constitución.

6. Cuando la entidad privada sea aquella contra quien se hubiere hecho la solicitud en ejercicio del hábeas data, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 de la Constitución.

7. Cuando se solicite rectificación de informaciones inexactas o erróneas.

En este caso se deberá anexar la transcripción de la información o la copia de la publicación y de la rectificación solicitada que no fue publicada en condiciones que aseguren en eficacia de la misma.

8. Cuando el particular actúe o deba actuar en ejercicio de funciones públicas en cuyo caso se aplicará el mismo régimen que a las autoridades públicas.

Cuando la solicitud sea para tutelar la vida o la integridad de quien se encuentre en situación de subordinación o indefensión respecto

del particular contra el cual se interpuso la acción. Se presume la indefensión del menor que solicita la tutela.

2. COSTA RICA

En Costa Rica, también se admite la acción de amparo contra actos de particulares, pero sólo si éstos se encuentran cumpliendo actos de autoridad.

En tal sentido, si bien la Constitución no distingue (art. 48), la Ley de la Jurisdicción Constitucional de 1989 en su artículo 57 restringe el amparo contra sujetos de derecho privado, en la siguiente forma: “El recurso de amparo también se concederá contra acciones u omisiones de sujetos de derecho privado, cuando éstos actúen o deban actuar en ejercicio de funciones o potestades públicas, o se encuentren de derecho o de hecho, en una posición de poder frente a la cual los remedios jurisdiccionales comunes resulten claramente insuficientes o tardíos para garantizar los derechos y libertades a que se refiere el artículo 2, inciso a) de esta Ley”; es decir, los derechos y libertades consagrados por la Constitución Política y los derechos humanos reconocidos por el Derecho Internacional vigente en Costa Rica.

3. ECUADOR

De acuerdo con el artículo 95, de la Constitución de Ecuador, la acción de amparo, además de poderse interponer contra actos u omisiones de una autoridad pública que viole o pueda violar cualquier derecho consagrado en la Constitución o en un tratado o convenio internacional vigente, podrá interponerse contra el acto o la omisión realizados por personas que presten servicios públicos o actúen por delegación o concesión de una autoridad pública; o cuando su conducta afecte grave y directamente un interés comunitario, colectivo o un derecho difuso

4. GUATEMALA

En Guatemala también procede el recurso de amparo contra actos de particulares, pero sólo en determinados casos, conforme se regula en la ley. Así es como en el artículo 9 de la Ley de Amparo, Exhibición Personal y de Constitucionalidad se establece que podrá también recurrirse en amparo contra entidades sostenidas con fondos del Estado, creadas por Ley o concesión; o las que actúen por delegación de los órganos del Estado, en virtud de contrato, concesión o conforme a otro régimen semejante.

Agrega además el artículo 9 de la Ley, que asimismo, podrá solicitarse amparo contra entidades a las que debe ingresarse por mandato legal y otras reconocidas por Ley, tales como partidos políticos, asociaciones, sociedades, sindicatos, cooperativas y otras semejantes.

5. HONDURAS

En Honduras, la Ley sobre la Justicia Constitucional de 2004 admite la acción de amparo contra particulares en el artículo 42, cuando se trate de personas “sostenidas con fondos públicos y las que actúen por delegación de algún órgano del Estado en virtud de concesión, de contrato u otra resolución válida”.

III. PAÍSES QUE EXCLUYEN EL AMPARO FRENTE A PARTICULARES: *BRASIL, EL SALVADOR, MEXICO, NICARAGUA y PANAMA*

Otros sistemas constitucionales de protección de los derechos y garantías, regulan la acción de amparo para proteger a las personas frente al Estado y los entes que lo componen, excluyéndose la acción respecto de las acciones u omisiones de los particulares.

1. BRASIL

En igual sentido, la Constitución del Brasil al regular el mandado de segurança precisa que procede para proteger los derechos y libertades constitucionales “cuando el responsable de la ilegalidad o abuso de poder fuese una autoridad pública o un agente de persona jurídica en ejercicio de atribuciones del Poder Público”, lo que excluye este recurso de protección frente a las acciones de los particulares.

2. EL SALVADOR

De acuerdo con el artículo 12 de la Ley de Procedimientos Constitucionales de El Salvador, La acción de amparo procede contra toda clase de acciones u omisiones de cualquier autoridad, funcionario del Estado o de sus organismos descentralizados, que viole aquellos derechos (los que otorga la Constitución Política) u obstaculicen su ejercicio.

De esta enunciación resulta, por tanto, excluida la acción de amparo contra particulares. Sin embargo, conforme al artículo 4º de la Ley, el derecho de hábeas corpus puede ejercerse contra cualquier “individuo” (además de cualquier autoridad), en los casos de restricción ilegal de la libertad individual.

3. MÉXICO

La limitación del ejercicio de la acción de amparo sólo contra actos de los poderes públicos se encuentra también en algunos sistemas latinoamericanos.

Es el caso de México, donde el juicio de amparo no procede en ningún caso contra las violaciones causadas por actos de los particulares, ya que en ese país también la protección constitucional mediante el juicio de amparo se reserva exclusivamente frente a los poderes públicos.

4. NICARAGUA

En Nicaragua, el recurso de amparo sólo es admisible contra el funcionario, autoridad o agente de los mismos que por su acción u omisión viole o trate de violar los derechos y garantías consagrados en la Constitución Política (art. 23 Ley de Amparo de 1988). Sin embargo, en cuanto al recurso de exhibición personal, el mismo puede ser interpuesto contra el particular que restrinja la libertad personal (arts. 53 y 74 y siguientes, Ley de Amparo de 1988).

5. PANAMÁ

En el caso de Panamá, el artículo 50 de la Constitución es preciso al consagrar el recurso de amparo sólo contra órdenes expedidas o ejecutadas por servidores públicos, lo que excluye la posibilidad de ejercicio de amparo contra acciones emanadas de particulares. Por ello, conforme al artículo 2.608 del Código Judicial, sólo los funcionarios públicos pueden considerarse como demandados en la tramitación de la acción de amparo.

III. PROPUESTA DE REFORMA CONSTITUCIONAL DE LA LEY DE AMPARO EN EL DERECHO MEXICANO

En el caso concreto de México, que es uno de los pocos países de América Latina que no admiten la acción de amparo contra particulares, como se desprende de la fracción I del artículo 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que señala la procedencia del amparo por leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales.

Es claro que esto surge desde la génesis misma del amparo en México (que, cabe reiterar, produjo el amparo para el mundo), específicamente en el proyecto de la Constitución yucateca de 1940 y posteriormente en la Constitución de Yucatán de 1842 en los artículos 53, 63 y 64 se establecía que el amparo era una institución protectora integral, que procedía contra leyes y actos, específicamente de Reformas de 1847 en que establece un mecanismo de control híbrido o mixto, de igual forma, se refiere exclusivamente a actos de autoridad.

Los artículos 22, 23 y 24 de la citada Acta de Reformas que establece el medio de control por órgano político, es para nulificar las leyes federales y locales emanadas de órganos del Estado que fueran contrarias a la Constitución de 1824 y al Acta de Reformas.

El artículo 25 del Acta de Reformas otorga al Poder Judicial Federal la tutela de los derechos del hombre contra ataques de los poderes Legislativo y Ejecutivo (autoridades).

La Constitución de 1857 que, cabe hacer mención, fue la primera en contemplar el amparo (se aclara que es la primera Constitución) estableció, en su artículo 101: "...*los Tribunales de la Federación resolverán todas las controversias que se susciten:*

I. Por leyes o actos de cualquier autoridad que violen las garantías individuales.”

La citada fracción I del artículo 101 de la Constitución de 1857 pasa a ser, integralmente, la fracción I del artículo 103 de la Constitución Federal de 1917, que es la que actualmente rige a México; en ella, de igual manera, se establece, para la procedencia del amparo el que se trate de actos de autoridad, es decir, solamente la autoridad podrá ser el sujeto pasivo en el Juicio de Amparo Mexicano.

Las leyes de amparo de 1861, 1869, 1882, 1897, 1909, 1919 y 1936 (que es la actualmente vigente en México), establecieron y en el caso de la última, actualmente establece la procedencia del amparo exclusivamente en contra de actos de autoridad.

Cabe mencionar que la fracción I del artículo 103 de la Constitución Federal Mexicana, es el mismo que la fracción I del artículo 1° de la Ley de Amparo en vigor, que textualmente dice: *(procede el amparo) “Por leyes o actos de autoridad que violen las garantías individuales”*.

La procedencia del amparo contra actos de autoridad constituye en México un Principio Constitucional.

Es de mencionarse la importancia de considerar que surge en el Derecho Mexicano como improcedencia jurisprudencial lo referente a los actos de particulares, los cuales no pueden ser objeto de Juicio de Garantías, que se ha instituido para constituir los de las autoridades que se estimen violatorios de la Constitución (Tesis 65, Pág.111). Esta tesis jurisprudencial tiene aplicación, no sólo cuando el quejoso o agraviado incurriera en el error de solicitar la protección de la Justicia Federal contra actos de un gobernado, sino también cuando lo haga contra actos del Estado, si este los realiza en su carácter de persona de Derecho

Privado, es decir, a propósito de sus bienes propios, o como patrón.

Debe recordarse que en el Derecho Mexicano, frecuentemente la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y de los Tribunales Colegiados de Circuito establecen improcedencias de la acción que no derivan de un texto expreso constitucional o reglamentario, sino del manejo de distintas disposiciones legales que en concepto de los tribunales sentenciadores, llevan a esa conclusión de improcedencia.

Dada la evolución ya marcada del amparo en Latinoamérica, es importante que México avance hacia ella y en la Constitución Federal y en la Ley de Amparo se establezca el amparo contra personas del Derecho Privado y para ello deberá reformarse la fracción I del artículo 103 constitucional y la fracción I del artículo I de la Ley de Amparo:

- I. *(procede el amparo) Contra leyes o actos de la autoridad que violen las garantías individuales; por acto u omisión originado por personas físicas o jurídicas de Derecho privado, que hayan violado, violen o amenacen de manera inminente con violar cualquiera de los Derechos Fundamentales.*

EL DR. ALLAN R. BREWER-CARIÁS CUENTA CON UNA destacadísima trayectoria, siendo Doctor Honoris Causa por las Universidades Carlos III de Madrid y de Granada, en España, en donde además le fue otorgada la Medalla de Honor por la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de Granada en 1986. También ha sido Profesor Distinguido en la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), Miembro Honorario de la Asociación Venezolana de Derecho Constitucional, Miembro Honorario de la Real Academia Valenciana de Jurisprudencia y Legislación; Visiting Scholar en el Centro de Estudios Latinoamericanos, Visiting Fellow del Clare Hall College, y miembro de la Facultad de Derecho, Conferencista en el Department of Politics, University of Bristol, Inglaterra; Canning House, Londres; British Institute of International and Comparative Law, London; The Institute of Development Studies, University of Sussex; en el Oxford International Symposium, Universalism and Regionalism in International Economic and Trade Law, Christ Church College, Oxford y Center for Latin American Studies, University of Cambridge, Cambridge. Adjunct Professor, Columbia Law School en la materia de Judicial Protection of Human Rights in Latin America. A Constitutional Comparative Law Study on the “Amparo” Suit, New York y Miembro de la Asamblea Nacional Constituyente. Ha sido conferencista invitado en las principales universidades e instituciones venezolanas y en muchas Universidades del exterior, donde ha dado entre 1965 y 2005, más de 900 conferencias. Actualmente es Vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Comparado de La Haya y Presidente del Capítulo Venezuela de la Academia Nacional de Derecho Constitucional Presidida por el Mtro. José de Jesús Naveja Macías, con el Dr. José Guillermo Vallarta Plata como Vice Presidente.

EL MTRO. JOSÉ DE JESÚS NAVEJA MACIAS, ES MAESTRO EN Derecho por la Universidad de Guadalajara, (C.U.A), Presidente Nacional de la Academia de Derecho Constitucional de la Confederación de Colegios y Asociaciones de Abogados de México, A.C., afiliada a la Federación Inter Americana de Abogados, autor de los libros “Derecho Procesal Constitucional I” y “Génesis, Desarrollo y Actualidad del Amparo en América” (en proceso de edición); autor de diversos artículos publicados en varias revistas nacionales e internacionales, profesor de posgrado en diversas universidades del país, representante por México en la 1era. Convención Internacional de Derecho realizada en Cajamarca, Perú en el año 2007, participante en el Foro Internacional de Derecho en Misiones, Argentina en el año 2008; representante por México en la 2da. Convención Internacional de Derecho realizada en Piura, Perú en el año 2008; actualmente se desempeña como Secretario de Organización Académica del Instituto de Administración Pública de Jalisco y sus Municipios, A.C.

ACERCA DE LA EVOLUCIÓN Y ACTUAL AUTONOMÍA DE LOS DERECHOS “DE” Y “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS

OSCAR RAÚL PUCCINELLI

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ACERCA DE LOS DERECHOS “DE” Y “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS. II. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y DESARROLLO CONCEPTUAL. II.1. DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD AL DERECHO “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS. II.1.1. PLANO NORMATIVO. II.1.2. PLANO CONCEPTUAL. III. CONCLUSIONES.

I.- INTRODUCCIÓN: ACERCA DE LOS DERECHOS “DE” Y “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS.

El advenimiento de la era informática, y especialmente el vertiginoso desarrollo de la telemática, a la par de traer innumerables beneficios, provocaron un notorio agravamiento de la potencialidad dañosa que del tratamiento de datos de carácter personal. Tal situación desembocó, especialmente en las tres últimas décadas del siglo XX y lo que va del nuevo siglo, en un impresionante despliegue normativo, doctrinal y jurisprudencial tendiente a neutralizar, en la mayor medida posible, tales efectos perniciosos, a punto tal que nos permite actualmente aludir a una nueva disciplina –que en realidad tiene mucho de interdisciplinariedad, por lo que no puede decirse que sea una disciplina exclusivamente jurídica–: el “derecho de la protección de datos”, cuyo importante desarrollo proviene del reciente reconocimiento de un nuevo derecho, que ha recibido diferentes denominaciones –entre ellas, las de: “libertad informática”, “intimidad informática”, “derecho a la autodeterminación informativa (o informática)”, “*information control*”, “*data protection*”, “*datenschutz*”, “*hábeas data*”, etcétera–, y que nosotros preferimos rotular “derecho a la protección de datos”.

Por un lado, el derecho de la protección de datos está integrado por un conjunto de normas y principios que, destinados específicamente o no a tal fin, y con independencia de su fuente, son utilizados principalmente para la tutela de los diversos derechos de las personas –individuales o jurídicas– que pudieran verse afectados por el tratamiento (acceso, registración, elaboración, transmisión a terceros, etc.) de datos de carácter personal.

Por el otro, el derecho a la protección de datos en definitiva refleja la facultad con que cuenta toda persona para actuar *per se* y para exigir la actuación del Estado a fin de tutelar los diversos derechos que pudieran verse afectados en virtud del tratamiento

de los datos de carácter personal que les conciernen.

Entre las rotulaciones utilizadas por la doctrina y coincidentes en cuanto a sus contenidos esenciales, HONDIUS refiere a la “protección de datos” como “aquella parte de la legislación que protege el derecho fundamental de libertad, en particular el derecho individual a la intimidad respecto del procesamiento manual o automático de datos”¹⁹.

WESTIN, bajo la denominación similar de “*information control*”, define a ésta como “el derecho de los individuos, grupos e instituciones para determinar por sí mismos cuándo, cómo y con qué extensión la información acerca de ellos es comunicada a otros”. FRIED, bajo el mismo rótulo y en la intención de superar la definición de WESTIN, entendió que “es el control de la información sobre uno mismo, o la habilidad individual de controlar la circulación de la información referente a la persona”²⁰.

Por “derecho a la autodeterminación informativa” (*recht auf informationelle selbstbestimmung*²¹) se entiende lo que en definitiva reconoció en 1983 el Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*) de Karlsruhe²², en un célebre caso

¹⁹ F. Hondius, *A decade of international Data Protection*, "Netherlands of International Law Review", vol, 30, nº 2, 1983, p. 105.

²⁰ Ambas definiciones pueden encontrarse en Olga Estadella Yuste, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 27, donde remite a Westin, *Privacy*, p. 7, y “The control of information about oneself” o “the individual’s ability to control the circulation of information relating him”, Ch. Fried, “Privacy: Economics and Ethics”, *GLR*, vol. 12, núm. 3, 1978, p. 423. A Miller, *The Assault on Privacy*, 1971, p.395

²¹ No hay consenso doctrinal respecto de la correcta traducción de esta voz; la más difundida es “autodeterminación informativa”, aunque algunos la traducen como “autodeterminación informática” o como “autodeterminación informacional”.

²² Sentencia publicada en el “Boletín de Jurisprudencia Constitucional de España”, 1984, nº 33, p. 152 y 153,.

sobre la ley de censo de la población²³, en concreto, aquél derecho que tiene por objeto garantizar la facultad de las personas para conocer y acceder a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; controlar su calidad, lo cual implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y disponer sobre su trasmisión²⁴.

Desde luego, la tesis del Tribunal Constitucional alemán no lleva este derecho a planos absolutos. Antes bien, como lo indica BERGEL, en el mismo fallo se advirtió que “el derecho a la autodeterminación informática no carece de límites. El ciudadano de un Estado social de derecho –señaló–, no tiene un derecho sobre ‘sus datos’, en el sentido de una soberanía absoluta e ilimitada, sino que es una persona que se desenvuelve en una comunidad social en la que la comunicación y la información resultan imprescindibles. El individuo –a tenor de la decisión– tiene pues que aceptar determinadas limitaciones de sus derechos a la autodeterminación informática en aras del interés preponderante de la colectividad” (Bergel, *El hábeas data: instrumento protector de la privacidad*, “Revista de Derecho Privado y Comunitario”, nº 7, p. 127, con cita de Pérez Luño, “Nuevas tecnologías, sociedad y derecho”, p. 27).

²³ Originada a partir de la impugnación de una ley de censo por la que se pretendía obtener información excesiva sobre la población (nombres, apellidos, dirección, teléfono, sexo, fecha de nacimiento, ideología política, religión, nacionalidad, tipo de convivencia con otras personas, domicilio, clase de trabajo, ingresos, profesión, duración del período de estudios, dirección del trabajo, medios de locomoción utilizados para ir al trabajo, tiempo promedio utilizado para ese recorrido, duración de la jornada laboral, clase, extensión, dotación y usos de la vivienda, número y uso de las habitaciones, cuantía de los alquileres mensuales), previendo sanciones ante cualquier reticencia respecto de la información requerida.

²⁴ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en Mario Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, CEC, Madrid, 1989, p. 140.

El tribunal construyó este derecho desde el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la ley fundamental de la República Federal de Alemania, en concreto el valor y la dignidad de la persona, a partir del cual ésta queda habilitada para actuar con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre, por lo que, de la dignidad y de la libertad deriva la facultad de la persona de “deducir básicamente por sí misma, cuándo y dentro de qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida”. Un orden social y un orden jurídico en el que el ciudadano ya no pudiera saber quién, qué, cuándo y con qué motivo se sabe sobre él... menoscabaría las oportunidades del

Con la denominación “libertad informática”, PÉREZ LUÑO alude a un nuevo derecho fundamental, propio de la tercera generación, que tiene por finalidad “garantizar la facultad de las personas de *conocer y acceder* a las informaciones que les conciernen, archivadas en bancos de datos; *controlar* su calidad, lo que implica la posibilidad de corregir o cancelar los datos inexactos o indebidamente procesados, y *disponer* sobre su transmisión”²⁵, y LUCAS MURILLO define a “el control que a cada uno de nosotros nos corresponde sobre la información que nos concierne personalmente, sea íntima o no, para preservar de este modo y en último extremo, la propia identidad, nuestra dignidad y libertad”²⁶. Este concepto de libertad informática, si bien mayoritario, no es unívoco. En nuestro criterio, debiera significar aquella proyección del principio–valor “libertad” que, aplicado a la actividad informática, se traduce en el derecho de los operadores de estos sistemas de coleccionar, procesar y transmitir toda la información cuyo conocimiento, registración o difusión no esté legalmente restringido por motivos razonables, fundados en la protección de los derechos de las personas o en algún interés

desarrollo de la personalidad individual, y también el público, porque la autodeterminación constituye una condición elemental de funcionamiento de toda comunidad fundada en la capacidad de obrar y de cooperación de sus ciudadanos.

En esa sentencia, el tribunal superó los parámetros anteriores vinculados a la teoría de las esferas, consagrando la tesis de que ya no existían datos sin interés, sino que todos merecían protección en tanto sirvieran para configurar una radiografía de los ciudadanos” (Gils Carbó, *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*, p. 14).

²⁵ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en Mario Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, CEC, Madrid, 1989, p. 140, citado en *Habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento: normatividad vigente*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1994, p. 12.

²⁶ Pablo Lucas Murillo de la Cueva, *Informática y protección de datos personales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 33, cit. por Juan Fernando Armagnague, *Protección del Administrado*, Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1996, p. 173/4.

colectivo relevante que justifique tal limitación (en similar inteligencia se ha expresado CIFUENTES²⁷).

Bajo el rótulo “habeas data”, se refiere en Indoiberoamérica a la acción procesal constitucional perfeñada para acceder judicialmente, de manera rápida y eficaz, a los datos de carácter personal contenidos en bancos públicos y privados de datos, y eventualmente para operar sobre ellos o sobre la forma en que son sometidos a tratamiento, pero también, en la doctrina española y particularmente en la de la Corte Constitucional de Colombia, al derecho autónomo y fundamental que permite a toda persona conocer, actualizar y rectificar las informaciones que sobre ella hayan sido consignadas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas o privadas, en defensa de sus derechos fundamentales²⁸.

Como se advierte, salvo por la distinta concepción que tenemos sobre lo que debe entenderse por “libertad informática”, y por la disímil naturaleza (derecho o garantía) que se le otorga al habeas data, las diferencias entre los distintos términos mencionados son sutiles, pero igualmente ninguno de ellos refleja con precisión el contenido del nuevo derecho al que aludimos, por lo que, personalmente, preferimos adoptar la expresión “derecho a la protección de datos”, al que entendemos como la suma de principios, derechos y garantías establecidos en favor de las personas que pudieran verse perjudicadas por el tratamiento de los datos de carácter personal a ella referidos, con lo cual, al decir de PÉREZ LUÑO, “la protección de datos personales tendría por objeto prioritario asegurar el equilibrio de poderes *sobre* y la participación democrática *en* los procesos de la información y la

²⁷ Santos Cifuentes, *Derecho personalísimos a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3, y *Protección inmediata de los datos privados de la persona. Habeas data operativo*, “L.L.” 1995–E–293.

²⁸ Sentencia T–094/95. Inclusive, recientemente el Tribunal Constitucional Español ha incorporado la voz “hábeas data” en sus sentencias relacionadas con la temática de la protección de datos.

comunicación a través de la disciplina de los sistemas de obtención, almacenamiento y transmisión de datos”²⁹, por lo que tutelaría “el conjunto de bienes o intereses que puedan ser afectados por la elaboración de informaciones referentes a personas identificadas o identificables”³⁰.

Así entonces, y aun admitiendo las definiciones dadas por la doctrina a los términos precitados (esto es, como sinónimo de autodeterminación informativa, *information control*, habeas data y libertad informativa), proponemos mantenerlo como rótulo genérico por tener la aptitud mencionada para englobar todas las otras denominaciones y conceptos –con lo cual el derecho a la autodeterminación informativa bien podría ser una especie de él–, y por haber sido así receptado en las principales normas internacionales sobre la materia, para evitar ambigüedades en el manejo de este vocablo³¹, aún cuando advertimos que pese a que ciertamente no se mejora de manera sustancial el panorama desde esta perspectiva lexical -toda vez que pareciera tender como fin último a la protección de los datos en sí, cuando en realidad el fin último es la tutela de otros bienes jurídicos a través de la protección de datos-, y que por ello deben ser sometidos a un régimen particular protectivo.

²⁹ Cfr. Francisco Zúñiga Urbina, *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, “Ius et praxis”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, Año 3, n° 1, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de habeas data en Iberoamérica”, ps. 300/1.

³⁰ Antonio E. Pérez Luño, *Los derechos humanos en la sociedad tecnológica*, en Mario Losano y otros, *Libertad informática y leyes de protección de datos personales*, CEC, Madrid, 1989, p. 139.

³¹ Como se ha indicado, con tal objetivo “la norma básica del Consejo de Europa en esta materia se ha enunciado como Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal.” (Miguel A. Ekmekdjian y Calogero Pizzolo, *Habeas data. El derecho a la intimidad frente a la revolución informática*, Depalma, Buenos Aires, 1996, p. 6.

Desde luego, ni el derecho “de” la protección de datos, ni el derecho “a” la protección de datos se reducen, como pareciera sugerir su rotulación, a la mera protección de los datos en sí, sino que son mediales, esto es, meros instrumentos para la tutela de otros bienes jurídicos,, entre los cuales están implicados tanto principios rectores de los derechos humanos libertad, dignidad e igualdad, como múltiples derechos fundamentales (intimidad, identidad, honor, propiedad sobre los datos, etcétera), pero pese a ello conservan su categoría de derechos, pues no alcanzan a reunir las notas típicas de la moderna concepción de las garantías. Ello es así, pues pese a que muchos de los denominados “derechos” que poseen tal carácter instrumental son en realidad garantías, en virtud de constituir en sí el medio técnico de tutela de ciertos derechos para cuya protección han sido creados (v.gr., el “derecho de réplica” y el “derecho de huelga”), en este caso el derecho a la protección de datos contiene reglas de fondo propias y es tutelable a través de ciertas garantías específicamente creadas para ello (v.gr., institucionales, como la Comisión Nacional de Informática y Libertades francesa, o procesales, como el habeas data brasileño).

En este sentido, resulta clarificador lo señalado recientemente por BIDART CAMPOS, cuando sostuvo: “Dentro del ámbito tutelar de los derechos personales, y en afinidad con las garantías clásicas frente al Estado, hay «derechos» denominados tales que, en rigor, sirven y se usan para la defensa de otros derechos; a aquellos denominados derechos que se dirigen a proteger otros derechos se les asigna la categoría y naturaleza de garantías.

“[...] Por otro lado, también interesa captar que hay en el rubro clásico de los derechos, algunos llamados tales y definidos como tales que, por servir para defensa y tutela de otros derechos, exhiben un rostro garantizador y una semejanza con las garantías personales.

“En este último caso –ejemplo de los derechos de huelga y de réplica–, sugerimos una alternativa: a) o decir que son realmente derechos cuyo ejercicio ampara a derechos distintos, con lo que entre los derechos habría que computar una categoría enderezada a no agotar un derecho en su propio ejercicio sino a verlo como instrumento “garantizador” de otro u otros derechos; b) o decir que no son realmente derechos aunque así se los apodee y se los incluya en el rubro de los derechos, sino que son verdaderas garantías en cuanto mecanismos protectores de derechos”³².

En síntesis, puede decirse sin dudar que ambos derechos (“de” y “a” la protección de datos) tienen como objeto inmediato la protección de los datos, pero como fin último, la tutela de un plexo de bienes jurídicos que son específicamente atacados por el tratamiento de datos, y que se pretende con su creación brindar una tutela especial a las personas –físicas y jurídicas– frente a las afecciones a los derechos fundamentales que pudieran sufrir éstas a partir del tratamiento de datos.

También puede afirmarse que la “autodeterminación informativa” sería entonces un aspecto, necesariamente parcial, del derecho a la protección de datos, y el “habeas data” su garantía, su instrumento procesal, que no alcanzaría como medio tutelar al derecho a la protección de datos, pues éste incluye aspectos que exceden a las posibilidades del accionar judicial por la vía sumarísima y contradictoria del habeas data³³.

³² Germán J. Bidart Campos, *Repensando las garantías constitucionales*, “L.L.” 1991–B–977/8.

³³ Así, como lo indica Pérez Luño, la libertad informática o el derecho a la autodeterminación informativa supondrían la incidencia en la esfera subjetiva de la protección de datos, es decir, la garantía de unas facultades de conocimiento, acceso y control de las personas respecto a las informaciones que les conciernen (Cfr. Francisco Zúñiga Urbina, *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, “Ius et praxis”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, Año 3, n° 1,

En cuanto al contenido de este derecho “a” la protección de datos, se integra con una serie de principios que son establecidos para el tratamiento de datos con el fin de cautelar los bienes jurídicos especialmente protegidos por intermedio de aquél³⁴ y también con ciertos derechos “específicos” otorgados al sujeto a partir de tales principios³⁵, y ciertas garantías concretamente diseñadas para la tutela de tales principios y derechos.

“Derecho a la autodeterminación informativa y acción de habeas data en Iberoamérica”, ps. 300/1).

³⁴ Con relación a los principios, las primeras normas europeas sobre datos personales, previo a otorgar las facultades conferidas, coincidían en los siguientes principios: a) el de la justificación social, según el cual la recolección de datos debe tener un propósito general y usos específicos socialmente aceptables; b) el de limitación de la recolección, el cual estatuye que los datos deben ser obtenidos por medios lícitos, es decir, con el conocimiento y consentimiento del sujeto de los datos o con autorización legal, y limitarse al mínimo necesario para alcanzar el fin perseguido por la recolección; c) el de calidad o fidelidad de la información, que implica la obligación de conservar los datos exactos, completos y actuales; d) el de especificación del propósito o la finalidad de la recogida, tratamiento y transmisión, para que los datos no sean usados con fines diferentes; e) el de confidencialidad, conforme al cual el acceso de terceros a los datos debe tener lugar con el consentimiento del sujeto o con autorización legal; f) el de salvaguarda de la seguridad, por el cual el responsable del registro de datos personales debe adoptar medidas adecuadas para protegerlos contra posibles pérdidas, destrucciones o acceso no autorizado; g) el de política de apertura, que implica asegurar el conocimiento, por parte del público, de la existencia, fines, usos y métodos de operación de los registros de datos personales; h) el de limitación en el tiempo, que entraña su conservación hasta que sean alcanzados los fines perseguidos; i) el de control público, que implica la necesaria existencia de un organismo responsable de la efectividad de los principios contenidos en la legislación; j) el de participación individual, que consagra el derecho de acceso a los datos y los derechos conexos. Por excepción, estos principios han sido incorporados a nivel constitucional de manera expresa en la Constitución de la provincia de Río Negro (Argentina) al regular el habeas data (Carlos M. Correa, Félix A. Nazar Espeche, Susana Czar de Zalduendo y Hilda N. Batto, *Derecho informático*, Depalma, Buenos Aires, 1° reimpresión, 1994, ps. 257 a 262).

³⁵ Tales principios, como se dijo, luego se proyectan en una serie de potestades que no deben ser consideradas limitativas de otras no enumeradas. Al respecto, indica Cifuentes que “multiplicadas y no taxativas son las facultades de la persona para reaccionar, frente al manejo y apropiación del

En el plano jurisprudencial, el Tribunal Constitucional alemán, al apreciar la vigencia de un derecho a la autodeterminación informativa, sostuvo que éste “concede las siguientes facultades, enunciadas como verdaderos deberes de los organismos públicos en cuyo seno se proceda a la recogida y tratamiento de datos que puedan afectar a la intimidad personal de los sujetos interesados:

- a) Deber de aclaración e ilustración.
- b) Deber de destruir las características que sirven para identificar a las personas en cuanto sea posible, que hasta ese momento deberán conservarse, bajo llave, separadas del resto de los datos.
- c) Deber de adoptar medidas para evitar en lo posible los conflictos de intereses que pudieran surgir en este ámbito.
- d) Por último, el propio legislador habrá de preocuparse de que el contenido del formulario utilizado para la obtención de los datos en cuestión se ajuste a lo que él mismo haya previsto”³⁶.

derecho a los datos personales. Así, en rápido *racconto*, se nos ha dicho que el sujeto puede exigir, que: se le dé conocimiento de la información guardada por la entidad colectora; se la corrija si tiene errores; se la actualice si figura con antecedentes históricos no correspondientes a la personalidad del presente; se la suprima y haga cesar si ya no tiene sentido preservarla en la base de datos; se impida su publicación y se la mantenga en reserva, salvo en ciertos archivos que por intereses públicos y de terceros tiene que subsistir con los resguardos del caso (exigencia, por ejemplo, de un interés jurídico actual para conocerlos); que haya un verdadero interés social para la recolección; tratándose de datos confidenciales y sensibles, limitar al mínimo indispensable la incorporación a los registros; reclamar y hacer cesar la obtención por medios ilícitos o ilegítimos; que se disponga la cancelación oportuna de los transitorios; exigir el anonimato, cuando los fines son puramente estadísticos o de índole similar; que esos fines estén justificados en la ley; que se pueda identificar al que colecciona los datos, se establezcan sus propósitos y los métodos y prácticas que realiza; y, desde ya, que cese toda infracción, se suprima toda amenaza y se paguen los daños y perjuicios que las acciones antijurídicas con los datos han ocasionado” (Santos Cifuentes, *Derecho personalísimos a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3).

³⁶ Cfr. Luis Alberto Pomed Sánchez, *El derecho de acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Instituto Nacional de la Administración Pública, Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1989, p. 274.

Los derechos específicos, otorgados a los registrados a los fines de que se pueda efectivizar la tutela perseguida con la creación del derecho a la protección de datos, son variados y dependen de la extensión con que cada sociedad desea admitirlos –cabe recordar que en muchos lares, este derecho es todavía desconocido por el lento o nulo acceso a las nuevas tecnologías o por efecto del régimen político imperante–.

Sin embargo, con las variantes mencionadas según el sistema de que se trate y las reglas de fuente internacional (global o regional) que le fueran aplicables, es factible establecer ciertas pautas mínimas comunes a la mayoría de los ordenamientos jurídicos que lo han contemplado, las que definiremos a continuación –previo a ocuparnos de ellos particularizadamente en el desarrollo de las normas que los reconocieron y en el despliegue de los bienes jurídicos implicados–, a partir de la respuesta a cuatro preguntas básicas:

¿Qué se protege? Los datos de carácter personal, que son los referidos a personas identificadas o identificables, pero únicamente como medio para tutelar los bienes jurídicos que el uso de esos datos puede vulnerar.

¿De qué se protege? De ciertas actividades respecto de tales datos, conocidas técnicamente como “tratamiento” y dentro de las cuales se encuentran, entre muchas otras, las operaciones de acceso, registración, elaboración y transferencia a terceros.

¿De quién se protege? De cualquiera que realice el tratamiento de datos de carácter personal, cuando ese tratamiento exceda o pueda razonablemente exceder de uso estrictamente privado y personal de quien lo realiza.

¿Cómo se protege? El derecho a la protección de datos puede ser tutelado de diversas formas, de las cuales las más comunes:

1) Las normas generales o específicas, convencionales, constitucionales o legales que establezcan: a) ciertas reglas mínimas para el tratamiento de datos de carácter personal y para la habilitación de las bases y bancos de datos, específicamente limitando sus actividades a las estrictamente necesarias para la finalidad para la que son autorizados; b) derechos de los registrados; c) sanciones administrativas y penales para quienes infrinjan las normas (p.ej., el art. 8º de las directrices de la ONU; el art. 10 del Convenio europeo de 1981, y el art. 24 de la directiva europea de 1995); d) mecanismos institucionales de garantía (como un órgano de control, con funciones de habilitación y seguimiento de los bancos de datos de carácter personal); e) recursos ante ese órgano de control y otras vías administrativas idóneas; f) vías judiciales de amparo específicamente amoldadas a la tutela de los datos (p.ej., el hábeas data del constitucionalismo iberoamericano), o g) la remisión a mecanismos procesales no específicos, pero que sean aptos para brindar tutela urgente a los derechos fundamentales (amparo, tutela o recurso de protección).

2) Las normas sectoriales que traten aspectos concretos (p.ej., alcances de los secretos impositivo o estadístico).

3) Los contratos–acuerdo respecto del tratamiento de determinados datos.

4) Los códigos de conducta, deontológicos o de ética.

4) Los instrumentos internacionales (globales o regionales) que regulen ciertos aspectos comunes, en especial lo relativo al flujo de datos transfronterizos.

Desde ya, cabe apuntar que, aún cuando sería lo más adecuado, a la fecha no hay un sistema único de protección de datos de carácter personal, ya que no todos los sistemas jurídicos lo

encaran del mismo modo. Sin embargo, sí hay una tendencia a la homogeneización de principios y criterios, que cuando no radica estrictamente en función de la tutela de los derechos, se funda en la necesidad de potenciar las relaciones entre los pueblos (industriales, comerciales, administrativas, etc.) a través de la transmisión internacional de datos, y para zanjar tales diferencias se recurre, como veremos, a ciertos acuerdos.

Desde luego, de nada sirven las normas que establezcan esos principios a los que debe sujetarse el tratamiento de datos de carácter personal y el reconocimiento de ciertos derechos específicos, si no se diseñan medios efectivos de protección; con tal fin, usualmente se establecen sanciones de tipo administrativo a cargo de un órgano de control (p.ej., multas, inhabilitación), penal (creación de delitos específicos por violación de determinadas previsiones legales) e incluso civil (p.ej., indemnización tarifada). A ello suele adicionarse mecanismos específicos (judiciales y administrativos) de tutela de los derechos reconocidos (p.ej., autoridades específicas de control, la acción de hábeas data, etc.).

En este sentido, recuerda ESTADELLA YUSTE que existen dos posibilidades para que los individuos reclamen el cumplimiento de sus derechos: recurrir a la autoridad nacional o a los tribunales ordinarios civiles o administrativos. No en todas las legislaciones nacionales se incluyen ambas modalidades; en concreto, en aquellos países que siguen una legislación sectorial, y que carecen de autoridad nacional, los individuos tendrán que recurrir a los tribunales ordinarios. En los países con legislación *ómnibus*, es norma general que la primera demanda por violación de los derechos individuales sobre protección de datos se realice frente a la autoridad nacional, quien estudiará los particulares de la demanda así como las argumentaciones del titular del fichero,

cuya decisión es apelable ante los tribunales ordinarios civiles o administrativos³⁷

Pero, como ya lo indicara tempranamente PÉREZ LUÑO, a los instrumentos tutelares judiciales se les ha sumado la difusión creciente de instituciones de protección que tienden a completar la función de garantía de los tribunales. En este sentido, debe hacerse notar el protagonismo adquirido por el sistema del *ombudsman* en defensa de los derechos y libertades de la tercera generación. Así, por ejemplo, pueden citarse una serie de variantes de *ombudsman*, unipersonales o colegiados, específicamente dirigidos a la protección de los ciudadanos respecto del tratamiento informatizado de datos personales; es decir, a hacer efectivo el hábeas data. Cabe citar, entre tales instituciones, al *Privacy commissioner* de Canadá y, en el ámbito escandinavo, al *Datalisynet* noruego.

En la República Federal de Alemania (hoy unificada con la República Democrática) actúan a escala federal los *lander* que cuentan con leyes propias de protección de datos, y los comisarios para la protección de datos (*Datenschutzbeauftragten*). En Francia, a partir de su ley sobre informática, archivos y libertades de 1978, se creó una *Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés* compuesta por diecisiete miembros y con algunas competencias similares a la figura del *mediateur* (institución francesa equivalente al *ombudsman*), respecto de la vigilancia a los departamentos administrativos informatizados. También Gran Bretaña cuenta con instituciones como el *registrar* y el *data protection* y el tribunal especializado en la tutela de los derechos cívicos frente a eventuales abusos informáticos.

El sistema del *ombudsman* para la protección efectiva de los derechos humanos, presenta las siguientes ventajas: a) función dinamizadora, adaptadora y de reciclaje de los derechos

³⁷ Olga Estadella Yuste,, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 130 y 131.

fundamentales, realizada básicamente a través de los informes periódicos presentados ante los parlamentos de los que son comisionados; *b*) función orientadora de los ciudadanos, agilizando y clarificando los procedimientos de tutela de las libertades, y *c*) función preventiva de las agresiones a los derechos humanos, evitando agresiones y daños de difícil o imposible reparación en el ejercicio de tales derechos (al ejercicio de las libertades es de cabal aplicación el célebre adagio latino: *melius est prevenire quam reprimere*)³⁸.

Aclaradas someramente estas cuestiones, a continuación nos ocuparemos de analizar brevemente las características y alcances de la evolución operada tanto en las normativas de protección de datos de carácter personal como en la concepción jurídica de su fundamento.

³⁸ Antonio Pérez Luño, *Del hábeas corpus al hábeas data*, citado por Villalobos, *Derecho de la informática*, en "Temas para Universidades", Facultades de Derecho y Ciencias Políticas, p. 135 y 136.

II. EVOLUCIÓN NORMATIVA Y DESARROLLO CONCEPTUAL.

II.1. DE LA PROTECCIÓN DE LA INTIMIDAD AL DERECHO “A” LA PROTECCIÓN DE DATOS.

II.1.1. PLANO NORMATIVO. Pese a que los efectos dañosos del tratamiento de datos no es un fenómeno atribuible exclusivamente a la “era informática” (ya ARISTÓTELES consideraba los archivos como indispensables en un Estado modelo; NAPOLEÓN entendía que un buen archivista era tan importante como un buen general de artillería, y la Constitución alemana de Weimar de 1919 reconoció, en su art. 129, el derecho de los funcionarios públicos de examinar su expediente personal), cabe coincidir con ESTADELLA YUSTE en que, aunque los rudimentarios sistemas de registro, propios de la etapa anterior a las computadoras, ya auguraban los riesgos que implicaba un fichero con datos incompletos, falsos o utilizados para otros propósitos, “el derecho a la ‘protección de datos’ pertenece al contexto de la era informática, y ciertamente resulta atrevido afirmar que esta compleja disciplina legal estuviera ya implícita en las referencias generales al derecho a la intimidad inserta en cuerpos normativos de ámbito nacional o internacional de la era preinformática”³⁹.

Es que, salvo el aislado precedente de la Constitución alemana de 1919, fue recién a partir de 1970 cuando los ordenadores mostraron un notable incremento en los potenciales riesgos del tratamiento de datos de carácter personal, que comenzó el desarrollo normativo del derecho a la protección de datos. Así, los países tecnológicamente más avanzados –en especial, los Estados Unidos y los países de Europa central– fueron elaborando paulatinamente legislación específica sobre el tema, apuntando a establecer reglas concretas para enfrentar la nueva problemática.

³⁹Olga Estadella Yuste, La protección de la intimidad, p. 25.

Esta proyección normativa se ha ido extendiendo prácticamente a todo el orbe, aunque con diversos matices. El enfoque estadounidense de los problemas generados por el tratamiento de los datos de carácter personal difiere del de Europa continental y del adoptado en el orden internacional (global y regional europeo), pues mientras en los Estados Unidos de América preponderantemente se ha recurrido sólo a regular esta temática cuando se lo consideró imprescindible y de manera limitada, esto es, a través de leyes sectoriales específicas⁴⁰, en los países

⁴⁰ Así, en los Estados Unidos se dictaron inicialmente las siguientes normas:

a) *The Privacy Act* (ley sobre privacidad) de 1974, aplicable a informaciones sobre personas físicas contenidas en los registros federales, que contiene reglas sobre acceso y recolección de información personal.

b) *The Freedom of Information Act* (ley sobre libertad de información), de 1966, según la cual la información derivada de documentos públicos es de libre acceso para los ciudadanos.

c) *The Fair Credit Reporting Act* (ley sobre reportes de crédito), de 1970 (modificada por la *Public Law 104-208*, de 1996), que tutela a las personas respecto de los datos que comuniquen las agencias de información crediticias.

d) *The Cable Act*, de 1984, que impone a los operadores de cable la obligación de comunicar a los usuarios el destino que se dé a la información colectada sobre sus datos de carácter personal; reconoce a los consumidores el derecho a exigir la limitación de la información que se almacena, la confidencialidad sobre los programas que selecciona y a ser excluido de esa registración para fines publicitarios (*opt-out*), y prohíbe al Estado la obtención de videos mediante cámaras ocultas, sin una orden judicial.

e) *The Electronic Communications Privacy Act*, de 1986 (reformada en 1994 con fines de facilitar las interceptaciones telefónicas), establece que el gobierno sólo puede interceptar comunicaciones telefónicas con una orden judicial.

f) *The Foreign Intelligence Surveillance Act*, de 1978 (también reformada en 1994 con la finalidad de facilitar las interceptaciones telefónicas), que se refiere a la vigilancia para la seguridad nacional.

g) *The Video Privacy Protection Act*, de 1988, que impone la confidencialidad de la información relativa a la clase de películas que alquila el consumidor (la norma se generó a partir de la utilización de datos de esa naturaleza con el objeto de impedir la designación de un magistrado).

h) *The Computer Matching Law*, de 1988, que regula el uso de bases de datos entre diferentes órganos o dependencias del gobierno, en especial el proceso de interconexión de registros federales, estatales o locales, con fines de investigación para la prevención del fraude.

Europeos se ha realizado una pormenorizada regulación por medio de leyes generales aplicables a todos los tratamientos que prevén además determinados órganos específicos de tutela, en un despliegue que permite observar tres etapas bien diferenciadas⁴¹, recurriéndose incluso a la constitucionalización de

i) *The Federal Family Educational Rights and Privacy Act*, de 1982, sobre datos relativos a la educación.

A estas regulaciones, cabe adicionar otras provenientes del sector privado, donde las empresas adoptaron códigos de autorregulación, elaborados sobre la base de las *Fair Information Practices*, de 1974, que siguen la línea de las directrices de la Organización para la Cooperación Económica y el Desarrollo (OCDE). Por otra parte, y para establecer reglas tuitivas de los particulares frente a la actividad de sus asociados, la *Direct Marketing Association* exige a sus miembros proveer información a los consumidores acerca del tratamiento que reciben sus datos y facilitarles la opción de salirse del sistema (*opt-out*) mediante su inscripción en las "listas Robinson" (reciben este nombre por el autoaislamiento al que se confinan, al estilo Robinson Crusoe, quienes se inscriben en ellas).

⁴¹ En el ámbito europeo, inicialmente Alemania e inmediatamente después Austria, Dinamarca, Francia, Luxemburgo, Noruega, el Reino Unido y Suecia, entre otros, dictaron leyes que regularon los derechos de acceso a la información personal y de rectificación de los datos inexactos, obsoletos o ilícitamente colectados. Ese proceso, que se expandió rápidamente al resto de Europa, permite diferenciar sus legislaciones típicas entre las dictadas con anterioridad al Convenio Europeo de 1981, y las dictadas o reformadas antes y después de la Directiva Europea de 1995.

También algunos autores distinguen en tres etapas, desde otra perspectiva. Así, considerando los cambios tecnológicos y la progresividad de los derechos humanos, FAPPIANO distingue tres generaciones de leyes protectivas: una primera "generación" de leyes sobre protección de datos personales (*Datenschutz*, del Land de Hesse, 1970; *Landesdatenschutzgesetz*, de Renania-Palatino, 1977, *Data Lag* sueca, 1973, etc.) tiene como objetivo garantizar los derechos individuales estableciendo determinados límites al empleo de la informática. Se interpretaba que la eficacia de la protección reposa en la autorización previa del banco de datos y en el posterior control de su gestión mediante órganos específicos de vigilancia. Para dar cuenta del dinamismo de la disciplina, basta con advertir que la ley del Land de Hesse fue reemplazada totalmente en dos oportunidades, 1978 y 1986. Era la época de las computadoras escasas y de *hardware* voluminosos y, por consiguiente, localizables con facilidad.

Las leyes de segunda "generación" (*Privacy Act* estadounidense de 1974, *Informatique aux fichiers et aux libertés* francesa de 1978, constituciones de

algunos de sus aspectos (v.gr., Constituciones de Portugal, de 1976, reformada en 1982 y 1991⁴², y de España, de 1978⁴³), en

Portugal de 1976, art. 35, y de España de 1978, art. 18.4) muestran su inquietud en asegurar el derecho de acceso de las personas a las informaciones que les conciernen, centrandose especialmente su atención en la calidad de los datos y no en el *hardware* que los memoriza, mediante cláusulas específicas de protección de las informaciones consideradas sensibles, debido a su directa incidencia sobre la vida privada o sobre el ejercicio de las libertades.

En tanto que la tercera “generación” (Convenio europeo de 1981; *Data Protection Act* inglesa de 1984) se hace cargo de los cambios en la tecnología provocados por la revolución microinformática y, también, de la necesidad de conciliar la defensa de los datos personales con las exigencias de una sociedad en la que la transmisión de informaciones constituye un compromiso social, económico, político y cultural ineludible. Es la época de los *personal computers*.

Agrega el autor que las sucesivas formulaciones reguladoras han ido acompañando a las generaciones de derechos humanos. Efectivamente, las primigenias leyes apuntaron a tutelar la libertad individual, en tanto derecho al honor, a la intimidad personal y familiar. Las posteriores hicieron lo propio con los derechos económicos, sociales y culturales al asegurar la igualdad, en tanto igualdad de oportunidades, mediante la prohibición de la recolección de los denominados “datos sensibles”, debido a su potencialidad discriminatoria. Y finalmente, en la actualidad tienden a asegurar el derecho al desarrollo, en tanto desarrollo de la propia personalidad, amenazado por determinados usos del producto de los progresos científicos y tecnológicos, usos que han dado lugar a ese fenómeno llamado “la contaminación de las libertades” (*liberties pollution*), concediendo a los titulares de los datos los derechos a conocer, de acceder e intervenir los datos almacenados y a los recursos para su efectiva tutela jurisdiccional (Oscar Luján Fappiano, *Hábeas data: una aproximación a su problemática*, en “Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio”, vol. I, p. 647 y 648).

⁴² El art. 35 de la Constitución portuguesa prescribió: “Todos los ciudadanos tendrán derecho a tomar conocimiento de lo que conste en forma de registros mecanográficos acerca de ellos y de la finalidad a que se destinan las informaciones, y podrán exigir la rectificación de datos, así como su actualización. No se podrá utilizar la informática para el tratamiento de datos referentes a convicciones políticas, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de la elaboración de datos no identificables para fines estadísticos. Se prohíbe atribuir un número nacional único a los ciudadanos”.

Tras las reformas de 1982 y 1991, el texto del art. 35 fue actualizado y quedó del siguiente modo: “1) Todos los ciudadanos tienen derecho a tomar conocimiento de los datos constantes en ficheros o registros informáticos a su

tendencia que se extendió rápidamente a otros países intra y extracomunitarios⁴⁴.

respecto y del fin a que se destinan, pudiendo exigir su rectificación y actualización, sin perjuicio de lo dispuesto en la ley sobre secreto de Estado y secreto de justicia.

2) Es prohibido el acceso a ficheros y registros informáticos para conocimiento de datos personales relativos a terceros y respectiva interconexión, salvo en casos excepcionales previstos en la ley.

3) La informática no puede ser utilizada para el tratamiento de datos referentes a convicciones filosóficas o políticas, filiación partidaria o sindical, fe religiosa o vida privada, salvo cuando se trate de procesamiento de datos estadísticos no individualmente identificables.

4) La ley define el concepto de datos personales para efectos de registro informático, bien como de bases y bancos de datos y respectivas condiciones de acceso, constitución y utilización por entidades públicas y privadas.

5) Es prohibida la atribución de un número nacional único a los ciudadanos.

6) La ley define el régimen aplicable a los flujos de datos transfronteros, estableciendo formas adecuadas de protección de datos personales y de otros cuya salvaguarda se justifique por razones de intereses nacionales". La norma fue reglamentada por ley nº 10/91

⁴³ El art. 18 de la Constitución optó por dar carta blanca al legislador, al limitarse a ordenar: "La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos" (inc. 4º).

La norma no tardó en ser reglamentada, y en este sentido, se dictó la polémica ley orgánica de regulación del tratamiento automatizado de datos (Lortad), de 1992, la cual en tren de adecuar sus previsiones a la directiva europea de 1995, fue totalmente reemplazada por la ley orgánica 15/99, de protección de datos de carácter personal.

⁴⁴ Otras constituciones que incluyeron normas relacionadas con esta temática son las siguientes: Albania (1991, art. 5º); Antigua (1981, art. 12); Azerbaijón (1995, art. 32); Bahamas (1973, art. 23); Bielorrusia (1994, art. 34); Bosnia-Herzegovina (1992, art. 23); Botswana (1966, art. 12); Bulgaria (1991, art. 32); Cabo Verde (1992, arts. 42 y 45.4); Croacia (1990, art. 37); Dominica (1978, art. 10); Estonia (1992, art. 44); Fidji (1990, art. 13); Gabón (1991, art. 1º); Gambia (1970, art. 22); Granada (1974, art. 10); Guyana (1980, art. 146); Holanda (1983, art. 10); Islas Salomón (1977, art. 12); Jamaica (1962, art. 22); Kazajstán (1995, art. 18); Kenia (1969, art. 79); Kiribati (1979, art. 12); Krajina (1991, art. 19); Lituania (1992, arts. 22 y 25); Macedonia (1991, art. 18); Malawi (1994, art. 37); Malta (1964, art. 41); Mauricio (1968, art. 12); Moldavia (1994, art. 34); Mongolia (1992, art. 16); Montenegro (1992, art. 31); Nauru (1968, art. 12); República Checa (1992, art. 10); Rusia (1993, art. 24); San

Por su parte, en Indoiberoamérica, sustancialmente más retrasada en el acceso a los recursos tecnológicos, sólo se constitucionalizaron algunos aspectos del instituto (en especial incorporando la figura del hábeas data, como garantía procesal⁴⁵),

Christopher y Nevis (1983, art. 12); San Vicente (1979, art. 23); Santa Lucía (1979, art. 10); Serbia (1990, art. 20); Sierra Leona (1991, art. 25); Sudáfrica (1996, art. 32); Tailandia (1991, art. 48 *bis*); Uganda (1995, art. 41); Uzbekistán (1992, art. 30); Yugoslavia (1992, art. 33) y Zimbabwe (1979, art. 20). Enumeración reproducida por Gils Carbó, *Régimen legal de las bases de datos y hábeas data*, p. 11 y 12.

⁴⁵ 1) Constitución de Guatemala de 1985: "Toda persona tiene el derecho de conocer lo que de ella conste en archivos, fichas o cualquier otra forma de registros estatales, y la finalidad a que se dedica. Quedan prohibidos los registros y archivos de filiación política, excepto los propios de las autoridades electorales y de los partidos políticos" (art. 31).

2) Constitución del Brasil de 1988: "Se concederá hábeas data: a) para asegurar el conocimiento de informaciones relativas a la persona del impetrante, que consten en registros o bancos de datos de entidades gubernamentales o de carácter público; b) para rectificar datos, cuando no se prefiriera hacerlo por procedimiento secreto, judicial o administrativo" (art. 5º, inc. LXXII). Se trata de la primera norma en reconocer una garantía judicial específica, y se modifica así esa tendencia de establecer únicamente un derecho de control sobre los datos o pregonar que la informática no deberá afectar a la intimidad de las personas, y se crea el hábeas data, curiosamente, sin establecer los principios relativos al tratamiento de los datos ni reconocer facultades concretas de control de éstos, a excepción del derecho a rectificarlos.

3) Constitución de Colombia de 1991: "Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas. En la recolección, tratamiento y circulación de los datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución" (art. 15).

4) Constitución del Paraguay de 1992: "toda persona puede acceder a la información y a los datos que sobre sí misma, o sobre sus bienes, obren en registros oficiales o privados de carácter público, así como conocer el uso que se haga de los mismos y de su finalidad. Podrá solicitar ante el magistrado competente la actualización, rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectaran ilegítimamente sus derechos" (art. 135).

5) Constitución de Nicaragua, reforma de 1993 a la Carta de 1987: “Toda persona tiene derecho: 1) a su vida privada y la de su familia; 2) a la inviolabilidad de su domicilio, su correspondencia y sus comunicaciones de todo tipo; 3) al respeto de su honra y reputación; 4) a conocer toda información que sobre ella hayan registrado las autoridades estatales, así como el derecho de saber por qué y con qué finalidad tiene esa información...” (art. 26).

6) Constitución del Perú de 1993: “Toda persona tiene derecho: a solicitar sin expresión de causa la información que requiera y a recibirla de cualquier entidad pública, en el plazo legal, con el costo que suponga su pedido (se exceptúan las informaciones que afectan la intimidad personal y las que expresamente se excluyan por ley o por razones de seguridad nacional); a que los servicios informáticos, computarizados o no, públicos o privados, no suministren informaciones que afecten la intimidad personal o familiar; al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar así como a la voz y a la imagen propias (art. 2, incs. 5 y 6).

“La acción de hábeas data procederá contra el hecho u omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los derechos a que se refiere el art. 2º, incs. 5º y 6º, de la Constitución.” (art. 200).

7) Constitución Argentina de 1994: “Toda persona podrá interponer esta acción [la de amparo] para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística”. (art. art. 43, párr. 3º).

8) Constitución de Ecuador de 1996 (reformada en 1998): “Toda persona tendrá derecho a acceder a los documentos, bancos de datos e informes que sobre sí misma, o sobre sus bienes, consten en entidades públicas o privadas, así como a conocer el uso que se haga de ellos y su propósito. Podrá solicitar ante el funcionario respectivo, la actualización de los datos o su rectificación, eliminación o anulación, si fueren erróneos o afectaren ilegítimamente sus derechos. Si la falta de atención causare perjuicio, el afectado podrá demandar indemnización. La ley establecerá un procedimiento especial para acceder a los datos personales que consten en los archivos relacionados con la defensa nacional” (art. 94).

9) Constitución de Venezuela, de 1999: “Toda persona tiene derecho de acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquéllos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para

comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley” (art. 28). Este artículo se complementa con el art. 281, que autoriza al Defensor del pueblo a interponer las acciones de inconstitucionalidad, amparo, hábeas corpus, hábeas data y las demás acciones o recursos necesarias para ejercer sus atribuciones.

10) Constitución de Bolivia (2004): “I. Toda persona que creyere estar indebida o ilegalmente impedida de conocer, objetar u obtener la eliminación o rectificación de los datos registrados por cualquier medio físico, electrónico, magnético, informático en archivos o bancos de datos públicos o privados que afecten su derecho fundamental a la intimidad y privacidad personal y familiar, a su imagen, honra y reputación reconocidos en esta Constitución, podrá interponer el recurso de Habeas Data ante la Corte Superior del Distrito o ante cualquier Juez de Partido a elección suya.

“II. Si el tribunal o juez competente declara procedente el recurso, ordenará la revelación, eliminación o rectificación de los datos personales cuyo registro fue impugnado.

“III. La decisión que se pronuncie se elevará en revisión, de oficio ante el Tribunal Constitucional, en el plazo de veinticuatro horas, sin que por ello se suspenda la ejecución del fallo.

“IV. El recurso de Habeas Data no procederá para levantar el secreto en materia de prensa.

“V. El recurso de Habeas Data se tramitará conforme al procedimiento establecido para el Recurso de Amparo Constitucional previsto en el Artículo 19º de esta Constitución.” (art. 23).

11) Constitución de México (2007): “Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases: I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

“II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

“III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

“IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

y se advierte una inicialmente aislada regulación específica a través de leyes de carácter general al estilo europeo (si bien la mayoría de los países de la región han encarado en sus parlamentos diversos proyectos de normas de este tipo que hasta el presente no fueron aprobadas, Chile y Argentina, mediante las leyes n° 19.628, de 1999 y n° 25.326, de 2000, respectivamente, han sido los primeros en incorporar este tipo de normas), con una mayor presencia de leyes sectoriales (v.gr., leyes peruana n° 17.489, de 2001, y uruguaya n° 17.838, de 2004, sobre informes comerciales –aunque esta última además incorpora reglas típicas de la protección de datos en general y crea la acción de hábeas data–; leyes mexicana de y brasileña de defensa del consumidor)⁴⁶.

Por último, entre las principales normativas aplicables a esta temática en el ámbito internacional, en el plano global, la Asamblea General de la ONU adoptó una serie de principios rectores para la reglamentación de los ficheros computadorizados de datos personales (resolución 45/95, del 14/12/90), en los cuales marca ciertas orientaciones que deben seguir los Estados al regular lo concerniente a los ficheros computadorizados (públicos o privados, y con extensión facultativa a los ficheros manuales) que contengan datos de personas físicas (con extensión también facultativa a los de las personas jurídicas, en particular cuando contengan información sobre personas físicas).

“V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

“VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

“VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

⁴⁶ Una explicación detallada de estas y otras disposiciones puede consultarse en Palazzi, *La transmisión internacional de datos personales y la protección de la privacidad*, ps. 68/70 y 171/195.

Ya en el ámbito regional o comunitario, en Europa se destaca la aprobación de múltiples normativas, de diferente gradación jerárquica, que tuvieron sus primeros antecedentes en 1968⁴⁷ y entre las cuales se destacan el Convenio n° 108, para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, aprobado en 1981; la Directiva 95/46, para la protección de datos personales, de 1995 (esta última complementada principalmente por la directiva sobre la protección jurídica de las bases de datos, de 1996, y la directiva sobre el tratamiento de datos personales y la protección de la intimidad en el sector de las telecomunicaciones, de 1998⁴⁸)

⁴⁷ Frente al grado de desarrollo de las tecnologías de la información, la Asamblea parlamentaria solicitó en ese año al Consejo de Ministros que examinara si las legislaciones internas de los Estados miembros protegían adecuadamente el derecho de los individuos al respeto de la vida privada (recomendación 509), y éste determinó que las legislaciones nacionales no estaban plenamente adaptadas a esos cambios, por lo que se constituyó un Comité Intergubernamental de Expertos encargado de elaborar las medidas apropiadas en el plano regional europeo, del cual emanaron las pautas que en 1973 y 1974 inspiraron la aprobación de dos resoluciones sobre la protección de la vida privada de los individuos, con respecto a los bancos electrónicos en el sector privado, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector privado, adoptada el 26 de septiembre de 1973, y en el sector público, sobre la protección de la intimidad frente a los bancos electrónicos de datos en el sector público del 20 de setiembre de 1974, por parte del Consejo de Ministros. Estas resoluciones tienen una importancia histórica ya que son los primeros textos supranacionales donde se recogen “pautas de conducta” para los Estados sobre la “protección de datos”, y será la labor de la OCDE la que influirá decididamente en la aprobación, por parte de los Estados miembros del Consejo de Europa, del Convenio 108.

⁴⁸ Desde la aprobación de la directiva de 1995, los países europeos comenzaron rápidamente a modificar sus leyes sobre protección de datos de carácter personal en las disposiciones que fueron necesarias (Italia en 1996; España en 1999, etc.), fruto además de la actividad de la Dirección General XV de la Comisión Europea y el Grupo de Trabajo creado por el art. 29 de la Directiva (que cumple la tarea de informar a la Comisión sobre las divergencias legislativas y prácticas en los países miembros y buscar soluciones prácticas a ellas). Se han adoptado, además, diversas recomendaciones y documentos sumamente relevantes. Estos documentos se

y la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (“Declaración de Niza”), de 2000, que reconoce expresamente en su art. 8, el derecho a la protección de datos de carácter personal, del siguiente modo: “1. Toda persona tiene derecho a la protección de los datos de carácter personal que la conciernan.

“2. Estos datos se tratarán de modo leal, para fines concretos y sobre la base del consentimiento de la persona afectada o en virtud de otro fundamento legítimo previsto por la ley. Toda persona tiene derecho a acceder a los datos recogidos que la conciernan y a su rectificación.

“3. El respeto de estas normas quedará sujeto al control de una autoridad independiente.”

En el ámbito regional americano, la cuestión se encuentra aún en estado embrionario, temática aún está en pañales, principalmente porque los Estados Unidos son reticentes a la adopción de normativas generales al estilo europeo (cuyas diferencias se morigeran a los efectos de sus relaciones con la Comunidad Europea a través de los acuerdos de *safedock* o “puerto seguro”), y el resto de la región ha regulado escasa y disímilmente el tratamiento de los datos de carácter personal. En algunos ámbitos, especialmente los académicos, se remarca la necesidad de adoptar un instrumento de carácter regional y ello aparece como la solución más inmediata frente al atraso normativo existente especialmente en América latina. Entre las iniciativas más recientes, se destaca, en el ámbito de la OEA, la confección de un Anteproyecto de Convención Americana sobre Autodeterminación Informativa (1997); la creación de la Red Iberoamericana de Protección de Datos (La Antigua, junio de 2003) y la Declaración de Santa Cruz de la Sierra (Bolivia, noviembre de 2003), adoptada por los jefes de Estado y de

encuentran disponibles en:
http://europa.eu.int/comm/internal_market/privacy/workinggroup/wp2003/wpdocs/03_en.htm

Gobiernos Iberoamericanos, a tenor de cuyo texto (núm. 45) se reconoció el rango de derecho fundamental del derecho a la protección de los datos de carácter personal y se destacó la importancia tanto de las iniciativas regulatorias iberoamericanas, como de la creación de la Red Iberoamericana de Protección de Datos, que fructificó inmediatamente y actualmente se encuentra dirigida por el Director de la Agencia Española de Protección de Datos.

Pese a los diferentes grados de avance registrados en esta temática, cabe sin embargo advertir que, si bien el desarrollo normativo del “derecho de la protección de datos” fue en líneas generales satisfactorio hasta fines del siglo XX y prometía completar y perfeccionar su importante desarrollo en el siguiente, el esperanzador panorama, *ad portas* del siglo XXI sufrió un fuerte revés a partir de la reacción del gobierno estadounidense frente a los atentados terroristas del 11 de septiembre de 2001, ya que a fin de extremar los controles y de tal modo prevenir futuros ataques, se dictó una serie de normas que reavivaron el fantasma del 1984 de ORWELL, entre las cuales se destaca especialmente la “Patriot Act” (USAPA, *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*), y por las que se autorizó a las agencias de seguridad e inteligencia a inmiscuirse en aspectos privados de las personas, accediendo a datos de carácter personal, ingresando en las comunicaciones realizadas por Internet, rastreando destinos, analizando contenidos de operaciones comerciales, cuentas bancarias, tarjetas de crédito, correos electrónicos, etc., con escaso o nulo control judicial, además de muchas otras facultades extraordinarias. A ello se agregaron controles migratorios estrictos que incluyen la obtención y registración de una excesiva cantidad de datos de carácter personal de los viajeros internacionales, así como de la totalidad de los ciudadanos de otros países, especialmente los latinoamericanos, para lo cual se contrató a empresas privadas (v.gr., *Choicepoint*). Esta obsesión por el control de algún modo comenzó a

expandirse tanto en Europa (especialmente luego de los atentados similares perpetrados en Madrid, el 11 de marzo de 2004 y en Londres, en 2005), como en América Latina⁴⁹.

II.1.2. PLANO CONCEPTUAL.

Las primeras teorías justificatorias de la creación de un derecho autónomo a la intervención sobre los datos se desarrollaron inicialmente sobre la base conceptual de algunos de los bienes jurídicos implicados en el tratamiento de los datos de carácter personal, en especial, del derecho a la privacidad (o intimidad, según el ordenamiento de que se trate), y en segundo plano, del derecho al honor.

Nos referiremos a ellas, aunque aclarando desde aquí que por cierto tales perspectivas no son excluyentes, sino, por el contrario, en la mayoría de los casos –y necesariamente, si se quiere comprender adecuadamente la problemática en estudio– resultan complementarias, y que, como veremos, la doctrina mayoritaria encuentra en el derecho a la intimidad la fuente primigenia del derecho a la protección de los datos de carácter personal, lo que de hecho provocó no pocas discusiones respecto de su aplicabilidad sin más a las personas jurídicas, donde el bien jurídico que se busca tutelar será en todo caso similar, pero no idéntico –v.gr., el derecho a una esfera de reserva de las operaciones comerciales–).

Al referirse a esta temática, y aludiendo al paso “de la intimidad clásica al derecho de acceso y control de los propios datos”, CARRANZA TORRES explica que la formulación contemporánea del concepto de intimidad se debió a dos jóvenes juristas

⁴⁹ Vgr., en Argentina, la modificación operada por ley 25.783 al régimen de telecomunicaciones, por la que se obliga a los prestadores de estos servicios de cualquier tipo de telecomunicación (lo que incluye a Internet) a mantener por un lapso de diez años bancos de datos con información privada, y previendo la dotación de recursos humanos y tecnológicos para el seguimiento remoto de comunicaciones, cuya primigenia reglamentación, que fuera suspendida, incluye un amplísimo y exhaustivo control de los datos de tráfico.

norteamericanos, WARREN y BRANDEIS, quienes lo definieron en 1890, en un artículo publicado en la “Harvard Law Review”, como el derecho a ser dejado solo y que a lo largo de casi la centuria que siguió a dicha formulación, tanto en el *common law* como en el derecho continental, fue entendido primordialmente como la facultad de exclusión de terceros respecto de determinadas facetas de la vida de las personas.

Agrega además el autor: “De esta formulación principal se desgajaron, a partir de entonces y hasta el presente, una serie de derechos más específicos. Por ello se dice que el concepto moderno de la privacidad engloba una ‘colección’ de intereses jurídicamente protegidos, tales como la privacidad de las ideas, la protección de la imagen personal, la privacidad en el domicilio, y la protección del honor, entre otros... la forma de regulación jurídica de lo relacionado con el derecho a la intimidad en el derecho internacional parte de entender al mismo como un derecho multidimensional, que en definitiva agrupa a otros que, partiendo de su contenido de base, desarrollan de modo más específico las distintas facetas que el mismo adquiere en contacto con la realidad...

El concepto de ‘derecho a la autodeterminación informativa’ se construye a partir de la noción de intimidad, *privacy*, *riservatezza* o *vie privé*.

En los años sesenta surge en la doctrina el reconocimiento de un derecho de las personas encaminado a reivindicar la protección jurídica frente a la captación y utilización no autorizada de información personal, en diversos autores como ALAN F. WESTIN, 1967 (*Privacy and Freedom*), ARTHUR R. MILLER, 1971 (*Personal privacy in the computer age: the challenge of new technology in an information oriented society*), GUIDO ALPA (“*Privacy*” e *statuto dell’informazione*) y RICHARD F. HIXSON (*Privacy in a public society*).

Refiere PALAZZI que ya en el año 1968 CHARLES FREID definió la *privacy*, concepto jurídico semejante al nuestro de intimidad, como el control que se tiene sobre los propios datos. Tal definición fue de aceptación general de la doctrina. Posteriormente, LAWRENCE TRIBE, en su obra *American Constitutional Law*, se refirió a un derecho a controlar la masa de información por la que se define la identidad de una persona, como parte del derecho que cada persona desea (o no) mostrar a la sociedad”⁵⁰.

De acuerdo con lo expuesto, hay entonces consenso –en algunos casos, cuanto menos, tácito– en la doctrina especializada en que, por una suerte de mutación evolutiva del derecho a la intimidad (que en un momento resultó insuficiente para abrigar los intereses dignos de tutela frente al tratamiento de datos), se fue forjando un derecho nuevo, con matices propios, al que se le adjudican distintos nombres, según el sistema jurídico de que se trate, y que nosotros preferimos rotular “derecho a la protección de los datos de carácter personal” (o “derecho a la protección de datos”, a secas), por reflejar con mayor precisión su contenido.

Al analizar las distintas posturas doctrinales acerca de la relación existente entre el derecho a la intimidad y el derecho a la autodeterminación informativa -derecho a la protección de datos de carácter personal, para nosotros-, explica ESTADELLA YUSTE que mientras algunos autores han afirmado que los términos “protección de datos” y “protección de la intimidad” son dos nociones diferentes, ya que el interés de proteger la veracidad de los datos y el uso que de ellos se hace no está relacionado necesariamente con la protección a la intimidad individual, otros han sostenido que el carácter diferenciador de estos términos no reside en su significado, sino que está relacionado con los sistemas legales de *common law* o de *civil law*. Según estos autores, los países de tradición legal de *common law* utilizan más

⁵⁰ Carranza Torres, *Hábeas data: la protección jurídica de los datos personales*, p. 21 a 25, con cita de Palazzi, *El hábeas data en el derecho argentino*, p. 5, en <http://ulpiano.com>.

frecuentemente la expresión “protección de la intimidad”, mientras que los países de *civil law* recurren la expresión “protección de datos”.

Otra parte de la doctrina ha expresado un claro desacuerdo en diferenciar la “protección de datos” y la “intimidad”.

Coincide, por último, GARZÓN en que la categoría de protección de datos ha surgido para aplicarse a nuevas realidades jurídicas, que sólo parcialmente pueden ser descritas o fundamentadas a través de la noción tradicional de “intimidad”. El derecho a la protección de datos refleja más que una idea individualista de protección a la intimidad, ya que engloba también los intereses de grupo contra el procesamiento, almacenamiento y recolección de información. En definitiva, se puede decir que el derecho a la protección de datos o a la autodeterminación informativa está solapado con una parte importante del derecho individual a la intimidad; ésta es la que hace referencia a la protección de los datos personales de la esfera privada”⁵¹.

Al escudriñar en las raíces de este nuevo derecho, indica ZÚÑIGA URBINA que el derecho a la intimidad tiene su historicidad y positividad que nos refieren a la modernidad, lo que nos remite a su matriz ideológica –el liberalismo– y al distingo público–privado.

La privacidad emerge, como concepto, con la conciencia de que el otro –sea éste el prójimo o el gobierno– es un enemigo en potencia. La esfera privada se dibuja como un bastión de no interferencia en lo que sería el último reducto de libertad. La intimidad en la teoría liberal no es sólo el reducto o castillo del hombre desarmado frente al Estado, sino el bastión de la moralidad, la religiosidad, la afectividad, de la subjetividad, en suma.

⁵¹ Olga Estadella Yuste, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 24 a 26.

En esta concepción liberal el derecho a la intimidad es una libertad negativa, un *status libertatis*, de no injerencia del Estado o individuos en la subjetividad, configurada como un haz de derechos y deberes (G. JELLINEK).

La exclusión de la esfera del poder y el aislamiento como opción de un ser moral representan dos maneras distintas de entender el fenómeno de la privacidad. La privacidad es, pues, el ámbito de la libertad y el área de desarrollo de la condición humana (H. BÉJAR).

El Estado de la sociedad postindustrial sumido en esta dialéctica de socialización de lo estatal y estatización de lo social, hace del derecho a la intimidad no sólo una libertad negativa, sino también una libertad positiva; puesto que se trata no sólo de tutelar la subjetividad de la injerencia ajena (estatal o privada), sino de preservar la identidad y libertad frente al intenso e invisible poder informático. Así, la privacidad o intimidad se convierte en un límite para el Estado, definiendo lo privado a partir de lo público, pero no reduciéndolo a lo estatal, dado que en sociedades organizacionales (MAYNZ) como las actuales el poder informático está imbricado con la burocracia y la tecnocracia y tiene en los grandes grupos económicos o corporaciones su principal amenaza.

En consecuencia, la ligazón “*privacy–property right* propia del individualismo posesivo” (MACPHERSON) está obsoleta. En la actualidad, el derecho a la intimidad conserva su núcleo original de libertad negativa (BERLIN) o *status libertatis* de obrar o no obrar, sin ser obligado a ello o sin que se lo impidan otros sujetos (BOBBIO), y absorbe una dimensión de autodeterminación de la persona, libertad positiva o *status* que confieren al sujeto el poder de orientar su voluntad hacia un objetivo de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros (BOBBIO). El derecho a la intimidad, en concreto su garantía procesal de hábeas data, es concreción de una libertad positiva, denominada libertad

informática o derecho a la autodeterminación informativa (PÉREZ LUÑO, LUCAS MURILLO, LOSANO).

Es así como el derecho a la intimidad avanza no sólo para armar un vallado contra toda intrusión no consentida sobre aspectos de la vida que uno reserva para sí, sino que, además, protege el desarrollo de la interioridad, de su poder ser, es decir, de la libertad. Hay entonces un aspecto privatístico de contenido negativo, en cuanto que impide la intrusión en el ámbito privado de la persona; y un aspecto público, de contenido positivo que protege y garantiza la libertad personal (MORALES GODOS).

Y esta proyección podía observarse ya en el propio planteo de BRANDEIS, quien, siendo miembro del tribunal supremo estadounidense, y en una célebre *dissenting opinion* en el caso “Olmstead vs. United States” (1928), premonitoriamente advirtió que “El gobierno dispone ahora de medios más sutiles y de más largo alcance para invadir la vida privada. Los descubrimientos y las invenciones han hecho posible para el gobierno obtener que se declare ante la Corte lo que se murmura en el *toilette*... El progreso de la ciencia, que proporciona al gobierno nuevos métodos de espionaje, no se va a detener con el medio de interceptar los teléfonos. Quizás algún día se desarrollen los medios que permitan reproducir papeles en los tribunales sin sacarlos de los cajones secretos, y por los cuales el gobierno pueda exponer al jurado los más íntimos acontecimientos del hogar. Los progresos en las ciencias psíquicas pueden dar medios para explorar las creencias, pensamientos y emociones inexpresadas... ¿Es posible que la Constitución no proporcione protección alguna contra tales invasiones de la seguridad personal?”⁵².

La respuesta al interrogante planteado por BRANDEIS la dio el tiempo y, particularmente, la labor de la doctrina y la

⁵² Francisco Zúñiga Urbina, El derecho a la intimidad y sus paradigmas, “Ius et praxis”, 1997, año 3, nº 1.

jurisprudencia estadounidenses, primero con el establecimiento de límites a la libertad de prensa y de ciertos requisitos conectados con el debido proceso en la obtención de pruebas, y luego, en el plano que nos ocupa, con las restricciones al tratamiento automatizado de datos, que se vio también plasmado en el plano legal a partir de la *Fair Credit Reporting Act* de 1970⁵³; la *Privacy Act* de 1974⁵⁴, y otras normas federales, como la *Right to Financial Privacy Act* de 1978 y la *Privacy Protection Act* de 1980.

A partir del esquema doctrinario descrito, desde las primeras normas que orgánicamente se ocuparon de la protección de datos de carácter personal, se produjo una rápida evolución, mediante la cual el nuevo derecho se fue desvinculando –paulatina, pero no totalmente– del derecho a la intimidad. En este sentido, indica VELÁZQUEZ: “La legislación de protección de datos puede sostenerse que nació íntimamente conectada a la relación intimidad personal–tratamiento automatizado... Sin embargo, esta interrelación ha evolucionado con el paso del tiempo, sin que ello permita pensar que ha perdido su sentido. Más bien habría que sostener que la *privacy* ya no es hoy el único derecho que hay que tener en cuenta de cara a un tratamiento automatizado. La polarización intimidad–tratamiento automatizado se ha desinflado

⁵³ Según indica Frosini, esta norma estaba destinada “a proteger al cliente de las casas de crédito contra *difamation, invasion of privacy, or negligence...* por parte de las agencias de información” (Vittorio Frosini, *Informática y derecho*, p. 117).

⁵⁴ Ciertos trabajos propusieron sucesivamente la sistematización del concepto de *privacy*, ampliando los primigenios conceptos de ésta, transformándose a medida que el impacto tecnológico se hizo sentir en una sociedad progresivamente informatizada. Entre ellos se destaca la tesis de Prosser, expuesta en 1960, en la que sistematizó la *privacy* individualizando cuatro situaciones distintas de violación: 1) intrusión en la soledad de la vida de una persona o en sus asuntos privados; 2) divulgación de hechos embarazosos que afectan a la persona; 3) publicidad que podría desprestigiar a la persona ante la opinión pública; 4) apropiación (con ventaja de la otra parte) del nombre o del aspecto físico del querellante (ver Ekmekdjian y Pizzolo, *Hábeas data*, p. 10 y 11).

y en su lugar ha aparecido una nueva interacción ‘tratamiento automatizado–ejercicio de los derechos y libertades’. El derecho a la intimidad ha ocupado en el bloque de los derechos una posición preferente pero sin polarizar la interacción”⁵⁵.

A las primigenias elaboraciones doctrinales y normativas se les sumó rápidamente la labor jurisprudencial, que fue perfilando la autonomía del derecho a la protección de datos de carácter personal, que reviste tal carácter porque su contenido esencial, aunque se nutre en aspectos parciales con los de otros derechos que coadyuvan a su integración, es exclusivo de él.

Relata ZÚÑIGA URBINA que, desde el reconocimiento jurisprudencial del derecho a la autodeterminación informativa en la célebre sentencia de 1983 del Tribunal Constitucional Alemán, se produjo un amplio debate en la doctrina germana, en especial entre quienes defienden el derecho como un derecho fundamental autónomo o nuevo y los que ven en éste una concreción del derecho general a la personalidad. Indica luego el autor que en este punto, le parece acertada la observación de PÉREZ LUÑO en cuanto que aceptar un derecho a la autodeterminación informativa como derecho fundamental autónomo, acarrea el peligro de consagrar una especie de propiedad privada sobre datos personales (SPIROS SIMITIS), que niega la dimensión social y comunitaria de los derechos, pero pese a ello, cabe defender la autonomía del nuevo derecho, con fundamento en la evolución o dinamicidad del derecho a la intimidad, ya que negarla, para englobarlo en el derecho al libre desarrollo de la personalidad, soslayaría el carácter dinámico de los derechos fundamentales y dificultaría su relación con otros derechos de tal rango, puesto que una libertad apéndice de valores constitucionales y un derecho general, tendría menor consistencia, y su fuerza dependería de éstos.

⁵⁵ Velázquez, Protección jurídica de datos personales automatizados, p. 41 y 42, citado por Fappiano, Hábeas data: una aproximación a su problemática, en “Liber Amicorum: Héctor Fix Zamudio”, vol. I, p. 647 y 648.

De otro lado, su carácter autónomo se justifica adicionalmente por la necesidad de reforzar la garantía a través del diseño de instrumentos específicos de tutela, como el habeas data brasileño, que abundan en demostrar su entidad de derecho fundamental⁵⁶.

Sea como fuere, aun cuando reivindicamos la autonomía del derecho, no podemos menos que coincidir con ESTADELLA YUSTE y con GARZÓN en que “la cuestión de la protección de los datos personales no estriba tanto en añadir un nuevo derecho fundamental al repertorio de los ya conocidos, como en asegurar el disfrute efectivo del conjunto de tales derechos”⁵⁷.

La intimidad, entonces, no agota el contenido del derecho a la protección de datos, pues como bien lo indica CIFUENTES, “las normas adjetivas de defensa de los datos personales, como el habeas data, y otros reglamentos como los recaudos exigidos para proporcionar y obtener datos de los registros, son ajenos a la intimidad y sus defensas. Aunque muchas veces, como ocurre siempre con derechos que responden a una institución bien delineada, los ataques suelen multiplicarse en variadas formas, perjudicando diversos bienes y derechos, lo que no impide reconocer la autonomía de cada uno”⁵⁸.

⁵⁶ Francisco Zúñiga Urbina, *El derecho a la intimidad y sus paradigmas*, “Ius et praxis”, Publicación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Talca (Chile), 1997, Año 3, n° 1, “Derecho a la autodeterminación informativa y acción de habeas data en Iberoamérica”, ps. 293/7.

⁵⁷ G. Garzón Clariana, “La informatización de la sociedad y derecho de gentes”. Cursos de Derecho Internacional de Vitoria—Gasteiz, Servicio De. Univ. País Vasco, 1983, p. 119, citado por Olga Estadella Yuste, *La protección de la intimidad frente a la transmisión internacional de datos personales*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 30.

⁵⁸ Santos Cifuentes, *Derecho personalísimos a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3.

A partir de lo expresado, es dable advertir una importante coincidencia en cuanto que, si bien puede argumentarse como fundamento de este derecho a otros preexistentes (v.gr., intimidad o privacidad, de cuyas extensiones conceptuales históricamente proviene), el contenido esencial del derecho a la protección de datos difiere de aquellos –con lo cual se justificaría su autonomía– y requiere de garantías específicas para su tutela (v.gr., habeas data), pero igualmente los protege, junto con una serie indeterminada de bienes jurídicos, entre los cuales suele verse involucrados a los siguientes:

a) *El principio–valor “dignidad”*, pues la dignidad humana sirve de marco y punto de partida para el establecimiento de topes al tratamiento automatizado de datos, aun cuando se quiera concebir a éste como derivado inmediato de otros derechos.

En este sentido, partiendo del principio–valor dignidad humana, el Tribunal Constitucional Alemán extrajo el derecho a la autodeterminación informativa al sostener que el principio básico del ordenamiento jurídico establecido por la Ley Fundamental de la República Federal de Alemania es el valor y la dignidad de la persona, que actúa con autodeterminación al formar parte de una sociedad libre, y que de la dignidad y de la libertad, entendida como autodeterminación, deriva la facultad de la persona de *“deducir básicamente por sí misma, cuándo y dentro qué límites procede revelar situaciones referentes a su propia vida”*⁵⁹.

⁵⁹ En este sentido, conectándola con el que denomina “derecho personalísimo sobre los datos personales”, Cifuentes sostiene: “En efecto, si se admite que la dignidad de la persona desde su perspectiva individual, es el fundamento último de los derechos personalísimos, no cabe duda de que en este caso es sustancialmente la dignidad humana como valor lo que está en la esencia de las cosas, pues la captación registral informática desnuda la personalidad psicosocial en sus aspectos más salientes, exteriores y recónditos. Son datos relacionables desde cuyo entrecruzamiento puede accederse a la personalidad completa virtual, abarcando todos los bienes de la persona de una vez: intimidad, identidad, imagen, honor, cuerpo, salud y

b) *El principio–valor libertad*, toda vez que la lucha entre la libertad y la autoridad es una de las características más salientes en la historia, ya que arranca en la antigüedad, cuando se consideraba como *libertad* la protección contra la tiranía de los gobernantes, y se llamaba *libertad* a los límites que se conseguía imponer al poder (STUART MILL). La alegación de la libertad puede servir entonces para contrarrestar los efectos perniciosos del poder informático, toda vez que, como consecuencia de su uso irregular, en muchas ocasiones pueden ser limitadas determinadas libertades, como la física o ambulatoria (v.gr., cuando la registración de determinados datos pueda llevar a la desaparición forzada de personas) u otras, como la de comerciar (v.gr., cuando, por los efectos del acceso por parte de terceros a la información personal relativa a datos comerciales caducos – aquellos que deben ser “borrados” transcurrido cierto plazo–, se recortan nuestras posibilidades de acceso al crédito), etc. Y en este sentido, resulta claramente aplicable a lo indicado por FROSINI, cuando sostiene: “La historia jurídica de la libertad personal en el mundo moderno se funda sobre la *Habeas Corpus Act* de 1679 [...] opuesto a la detención ilegal. Se puede decir, con una paráfrase de carácter metafórico, que en la legislación de los Estados modernos se reclama hoy un *habeas data*, un

libertad, patrimonio” (Santos Cifuentes, *Derecho personalísimos a los datos personales*, “L.L.”, 1/10/97, p. 3). Por su parte, Negri, partiendo también del valor dignidad, concluye: “El catalogar aunque se corresponda con un nivel meramente estético de actividad, suele traducirse en modos coactivos, en relaciones de causalidad meramente lineal. El hecho es particularmente preocupante en países de América del Sud, en los que la dependencia suele expresarse a través de dictaduras o democracias autoritarias. Corresponde que el discurso de los derechos humanos, en defensa de la dignidad del hombre, denuncie los graves peligros que significa el verse reducido a un conjunto de datos y propicie cambios a nivel de instancia normativa y práctica, como parte de la exigencia fundamental del humanismo, a saber: que la técnica sirva al progreso del hombre y no a su degradación a nivel de objeto.” (Héctor Negri, *Acerca del derecho del hombre a no ser reducido a un catálogo de notas*, ponencia presentada en el 4° Congreso Internacional sobre “Informática y reglamentación jurídica”, Roma 16 al 21 de mayo de 1988).

reconocimiento del derecho del ciudadano de disponer de sus propios datos personales del mismo modo que tiene el derecho de disponer libremente del propio cuerpo”⁶⁰.

c) *El principio–valor igualdad*, toda vez que a través del tratamiento de datos se pone muchas veces en situación de desigualdad a quienes deben ser tratados como iguales (v.gr., cuando, en ciertos aeropuertos figura un listado computarizado de hoteles y alguno no ha sido incluido, o cuando, p.ej., en un listado de pacientes de sida que pueden requerir medicación gratuita, se omite a algunos), y porque también muchas veces existe una notoria desigualdad fáctica entre los titulares del poder informático y quienes están registrados en sus sistemas.

d) *El derecho al honor*. Este derivado de la dignidad humana, que implica –como lo expresa el Tribunal Supremo español– el derecho a no ser escarnecido o humillado ante uno mismo o ante los demás, conceptualmente, encierra dos aspectos distintos pero íntimamente vinculados: el interno, referido a la conciencia de la propia valía, y el externo, concerniente al respeto o reconocimiento por los demás (como lo indica DE CUPIS, ser uno sí mismo es una verdad que significa serlo también aparentemente, en el conocimiento y en la opinión de otros, es decir, socialmente⁶¹). Así el concepto de honor “está representado por dos aspectos íntimamente conexos: a) el de inmanencia, representado por la estimación que cada persona hace de sí misma, y b) el de la trascendencia o exteriorización, representado por la estimativa que los demás hacen de nuestra dignidad”⁶². Esto permite a la doctrina distinguir entre *honor* y *reputación*,

⁶⁰Cfr. “La protezione della riservatezza nella società informatica”, in *Privacy e Banche di dati*, varios autores, Boloña, 1981, p. 44, citado por Firmín Morales Prats, “Bancos de datos y tutela de la persona”, *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, n° 30, nov—dic 1982, p. 21 y ss), José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*, Malheiros editores, San Pablo, 8° ed., 1992, p. 399 (la traducción es nuestra).

⁶¹ DE CUPIS, *I diritti della personalità*, p. 399.

⁶² O’CALLAGHAN, *Libertad de expresión y sus límites*, p. 45.

conceptos que si bien usualmente son utilizados indistintamente, pueden diferenciarse del siguiente modo: el honor, como una cualidad propia de cada persona relacionada con su eticidad o moralidad, que se puede tener en mayor o menor medida, e incluso no tener, pero que se desenvuelve dentro de la esfera íntima de cada individuo; y la reputación, como el concepto o la imagen social que sobre esa eticidad o moralidad aquél ha construido mediante sus actos proyectados hacia su exterior.

El tratamiento de datos puede vulnerar ambos aspectos, v.gr., cuando de los datos colectados surja falsamente una condena penal por delito aberrante o de cualquier modo se ponga en duda el recto comportamiento social del registrado.

e) *El derecho a la identidad*, tanto en lo relativo a los atributos identificatorios básicos de la persona (nombre, nacionalidad, sexo, etc., representativos de lo que se conoce como “identidad estática”), como en lo relativo a los estilos de vida forjados por ella (su “identidad dinámica”), entre ellos, aspectos tales como la profesión, la reputación, las tendencias sexuales⁶³, que pueden ser vulnerados por múltiples vías, como la confusión por homonimia, la incorporación de perfiles errados de la persona, etc.

Es que la identidad puede ser claramente atacada desde que el procesamiento de datos crea “perfiles virtuales de las personas”, que no siempre coinciden con lo que

⁶³ En palabras de Fernández Sessarego, el derecho a la identidad sería el conjunto de atributos y características psicosomáticas que individualizan a la persona en sociedad; es todo aquello que hace que cada cual sea uno mismo, y no otro; rasgos de la personalidad que se proyectan hacia afuera y permiten a los demás conocer a cierta persona en su “mismidad”, en lo que ella es en cuanto ser humano. Es la identidad dinámica, fluída, en proceso de cambio y enriquecimiento; o sea, el patrimonio ideológico-cultural de la personalidad. Suma de pensamientos, opiniones, creencias, actitudes, comportamientos, la posición profesional, religiosa, ética, política y los rasgos psicológicos (Carlos Fernández Sessarego, *El derecho a la identidad personal*, “L.L.”, 1990-D-1248).

verdaderamente son. Como lo explica NEGRI, “el procedimiento informático, al recopilar un dato personal, viene inevitablemente unido a una alienación específica. Los datos obtenidos siempre se separan de la persona a la que corresponden. Salen del flujo de su existencia. Aunque se los elabore y proyecte: las combinaciones de datos estáticos no pueden aprehender nunca el espíritu subjetivo.”⁶⁴

Por tal motivo, en el plano jurisprudencial, la Corte Constitucional de Colombia sostuvo expresamente que “el dato constituye un elemento de la *identidad* de la persona, que en conjunto con otros datos sirve para identificarla a ella y solo a ella, y que por lo tanto el dato es de su propiedad, en el sentido de que tendría ciertos derechos sobre su uso, porque sus señales particulares, relaciones de propiedad y de familia, aspectos de su personalidad, y señales de identidad de diversa índole que van emergiendo en las actividades de la vida son equivalentes a «una huella digital» que no debe ser desvirtuada por la elaboración de perfiles de datos que crearían una especie de «persona virtual» cuya imagen —muchas veces no coincidente con la persona a la cual refiere— permitiría perjudicar en múltiples aspectos a la persona real a la que pretende plasmar”⁶⁵.

f) *Los derechos a la imagen y a la voz*. Vinculados con aspectos integrantes del derecho a la identidad (cuando menos tomados en sus versiones más estrictas), los derechos a la imagen (en sus tres versiones⁶⁶) y a la voz⁶⁷ tienen también estrecha

⁶⁴ Héctor Negri, *Acerca del derecho del hombre a no ser reducido a un catálogo de notas*, ponencia presentada en el 4° Congreso Internacional sobre “Informática y reglamentación jurídica”, Roma 16 al 21 de mayo de 1988.

⁶⁵ Sentencia T-414/92.

⁶⁶ La expresión “derecho a la imagen” (utilizada usualmente como derecho a la “propia” imagen, lo que es incorrecto pues todos los derechos son “propios” y de seguir esa tendencia tendríamos que aludir, p.ej., a los derechos a la “propia” vida, al “propio” honor, etc.) no tiene en la doctrina un sentido unívoco y en todas sus versiones se entremezcla con los contenidos de otros derechos, como la identidad, el honor y la reputación, y ello tal vez se deba a su reciente

aparición en el mundo jurídico. Explica Sagüés que esta expresión se utiliza con varios sentidos; el primero, inferido del derecho a la intimidad, vincula este derecho con la imagen que una persona desea conservar en su vida privada, e implica el derecho a que esa imagen no sea difundida sin su autorización. La segunda versión se refiere al honor, es decir, a las expresiones que pueden dañar la imagen, concepto social o reputación que se tiene de una persona. Una tercera vertiente le reconoce a cada persona la facultad de vestirse o arreglarse como le parezca, respetando, naturalmente, a los demás y a la moral pública (Néstor P. Sagüés, *Elementos de derecho constitucional*, t. 2, p. 345). Aquí la utilizamos en el primer sentido, que es el que le otorga el Tribunal Supremo español, que ha sostenido que “por ‘imagen’ se entiende la figura, representación, semejanza o apariencia de una cosa; concepto que, proyectado a los seres humanos, equivale a la representación gráfica de la figura humana mediante un procedimiento mecánico de reproducción, cuya utilización puede incidir en la esfera de un derecho de la personalidad, de inestimable valor para el sujeto y el ambiente social en que se desenvuelve, incluso en su proyección contra sujetos desconocidos” (Sentencia del 29/3/88, transcrita y comentada por Bercovitz Rodríguez Cano, Serra Callejo y Sánchez Domínguez, *Legislación sobre el honor, la intimidad y la propia imagen*, nº 43, p. 273).

⁶⁷ Al relacionar la imagen con la voz, expresa O’Callaghan: “la imagen es la representación gráfica de la figura humana, y que el sentido vulgar de la imagen, consistente en la opinión que se tiene de una persona, se desvincula del sentido gráfico que tiene este derecho, confundiéndola con el aspecto externo o social del derecho al honor. Es así que la imagen, para que cumpla con los requisitos técnicos, debe reproducir o representar la figura corpórea de determinada persona, con entera independencia del objeto material en que se contiene. La persona debe ser visible y reconocible. La voz no es, ciertamente, una imagen de la persona, aunque tiene un valor individualizador de la misma. Es una ampliación del derecho a la imagen, en la que debe incluirse no sólo la voz auténtica, sino la imitación de la misma. Se compone de un aspecto positivo, que es el derecho a obtener, reproducir y publicar la propia imagen: lo ejerce la persona que posa para un pintor o para un fotógrafo, y lo ejercen también, profesionalmente, los modelos o artistas de los que se obtienen imágenes para publicidad, películas, etcétera. El aspecto negativo es el derecho a excluir la mera obtención o la reproducción y publicación de la propia imagen por un tercero que carece del consentimiento del titular para ello; en este aspecto negativo se incluye la publicación que altera la imagen con un trucaje o le da un sentido anómalo por un pie de foto incontestado; y, finalmente, se define como el derecho que cada individuo tiene a que los demás no reproduzcan los caracteres esenciales de su figura sin consentimiento del sujeto” (O’Callaghan, *Libertad de expresión y sus límites*, p. 115 y 117).

conexión con el tratamiento de datos personales, pues tanto una como otra pueden digitalizarse y constituir un dato de carácter personal que puede transmitirse, modificarse, quedar desactualizado, etcétera). En este sentido, puede invadirse, por ejemplo, al ingresar en un banco de datos imágenes o el registro de voz para cuyo tratamiento no se prestó el consentimiento o se publican fotografías tomadas en público en alguna situación mortificante. También, en las versiones de imagen relacionadas con el derecho a la reputación o con aspectos de la vida privada, puede vulnerarse al someter a tratamiento ciertos datos que afecten la buena fama del registrado, e incluso al incorporar aspectos de la vida íntima.

g) *El derecho de propiedad*, tanto de registrados como de registradores. Desde la primera perspectiva, el tratamiento de datos falsos o incompletos podría incidir negativamente sobre su patrimonio (v.gr., impidiéndoles el acceso al crédito), y, también, para quienes consideran que los registrados tienen una suerte de “derecho de propiedad sobre los datos”⁶⁸, en definitiva cualquier tratamiento *contra legem* tendría aptitud para lesionarlo. Ya desde la segunda perspectiva, que adjudica un derecho de propiedad sobre los datos a sus colectores y elaboradores en vez de a los registrados -entendiendo que por su mera registración éstos los incorporan a su patrimonio-, podría afectarse este derecho cuando se obligara indebidamente a su propietario a la modificación o exclusión de los datos de los cuales se ha legítimamente “apropiado”.

⁶⁸ Al evaluar esta posición, sustentada por Spiros Simitis, advierte Zúñiga Urbina —concordando con Pérez Luño— acerca de los peligros de consagrar una especie de propiedad privada sobre datos personales, pues la concepción privatista—propietaria de los derechos niega la dimensión social y comunitaria de los derechos (Francisco Zúñiga Urbina, *Derecho a la intimidad y hábeas data (Del recurso de protección al hábeas data)*, disertación pronunciada en el “Seminario Iberoamericano sobre la acción de hábeas data”. Universidad de Talca (Chile), abril de 1997).

h) *El debido proceso*, pues la registración de un dato debe ser el corolario de un procedimiento particular en el cual intervenga el interesado o la sociedad por intermedio de sus representantes naturales, donde el Parlamento evalúe la legitimidad del tratamiento de ciertos datos, de manera generalizada. De lo contrario, la “sentencia” pública que significaría la afirmación contenida en un dato, podría afectar, indebidamente los derechos de los registrados.

i) *Quid de la aptitud protectiva genérica de cualquier otro derecho: los casos de los derechos a la verdad, al olvido, el a la reparación y al duelo*. La jurisprudencia exhibe una multiplicidad de bienes jurídicos que han sido protegidos a través del ejercicio del derecho a la protección de datos. Algunos, tutelables por la vía del hábeas data (v.gr., el derecho al olvido), y otros por vías diferentes (v.gr., el derecho a la reparación de los daños causados por el tratamiento ilegal de los datos)⁶⁹. Ello indica que

⁶⁹ El valor verdad –juridizado como derecho a la verdad– tiene varias vinculaciones con el tratamiento de datos de carácter personal. En primer lugar, cuando quien está registrado pretende que los datos reflejen con justeza la situación que tienden a representar. En segundo término, cuando el acceso a bancos de datos se hace para obtener determinada información sobre, por ejemplo, personas con las que se tienen o presumen tener vínculos familiares a fin de determinar el estado de familia, o el paradero de éste o de sus restos (p.ej., si se tratara de un desaparecido). Allí la Corte Suprema argentina en “Urteaga”, admitió un hábeas data en tutela de múltiples derechos, entre los que se contaron los derechos al duelo, a la identidad, a sepultar a los muertos. También la difusión innecesaria de datos pasados que estaban olvidados tiene aptitud lesiva, tal como lo señala Palazzi al rememorar el *leading case* estadounidense “Melvin v. Reid” 112 Cal. App. 285. 297 Pac. 91 (1931), donde la actora, que había ejercido muchos años antes la prostitución y había estado involucrada como imputada en un juicio por homicidio del cual resultó absuelta, rehizo su vida y luego, en una película, *The Red Kimono*, se narró su historia, con su nombre original, arruinando su vida. La actora accionó y el tribunal californiano que juzgó la causa concluyó que el uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad y reserva de un individuo, cuando éste tiene cierta antigüedad” (Pablo Palazzi, *El hábeas data y el derecho al olvido*, “J.A.”, 1997-I-33) El valor verdad –juridizado como derecho a la verdad– tiene varias vinculaciones con el tratamiento de datos de carácter

cualquiera podría tener cobertura a través del ejercicio del novel derecho al que nos venimos refiriendo.

III. CONCLUSIONES.

A partir de lo expuesto, queda en evidencia que, si bien el recurso al derecho a la intimidad para sostener acciones concretas en tutela de los datos de carácter personal pudo tener una importante utilidad inicial, rápidamente esa fundamentación resultó claramente insuficiente, por lo que tanto en el plano normativo, como en el jurisprudencial y en el doctrinal, se fue abriendo camino, primero abrevando adicionalmente en otros bienes jurídicos (v.gr., los derechos al honor y a la dignidad), para luego finalizar construyendo, gradualmente, un nuevo derecho autónomo, que tuvo y todavía tiene varias denominaciones, de la cual la correcta es la de derecho “a” la protección de datos”, y una nueva disciplina que le da alojamiento: el derecho “de” la protección de datos. Ambos (derecho y disciplina) están en pleno proceso de despliegue en los países que accedieron tardíamente

personal. En primer lugar, cuando quien está registrado pretende que los datos reflejen con justeza la situación que tienden a representar. En segundo término, cuando el acceso a bancos de datos se hace para obtener determinada información sobre, por ejemplo, personas con las que se tienen o presumen tener vínculos familiares a fin de determinar el estado de familia, o el paradero de éste o de sus restos (p.ej., si se tratara de un desaparecido). Allí la Corte Suprema argentina en “Urteaga”, admitió un hábeas data en tutela de múltiples derechos, entre los que se contaron los derechos al duelo, a la identidad, a sepultar a los muertos. También la difusión innecesaria de datos pasados que estaban olvidados tiene aptitud lesiva, tal como lo señala Palazzi al rememorar el *leading case* estadounidense “Melvin v. Reid” 112 Cal. App. 285. 297 Pac. 91 (1931), donde la actora, que había ejercido muchos años antes la prostitución y había estado involucrada como imputada en un juicio por homicidio del cual resultó absuelta, rehizo su vida y luego, en una película, *The Red Kimono*, se narró su historia, con su nombre original, arruinando su vida. La actora accionó y el tribunal californiano que juzgó la causa concluyó que el uso y difusión de un dato verdadero puede ser violatorio de la intimidad y reserva de un individuo, cuando éste tiene cierta antigüedad” (Pablo Palazzi, *El hábeas data y el derecho al olvido*, “J.A.”, 1997-I-3

a las tecnologías de la información o a las democracias (o a ambas), por lo que la cooperación internacional en tales países constituye un objetivo prioritario para dotar de un piso mínimo homogéneo a protección de los derechos humanos frente a los riesgos que implica especialmente el desarrollo de la telemática para éstos.

EL DR. OSCAR RAUL PUCCINELLI PARUCCI ES DOCTOR EN Derecho Constitucional por la Universidad Nacional de Buenos Aires. En su destacada trayectoria ha desempeñado varios cargos, entre los que se destacan: Conjuez de la Cámara Federal de Apelaciones de Rosario, desde 2007; Miembro Titular de la Asociación Argentina de Derecho Constitucional; Vicepresidente del Instituto de Derecho Procesal Constitucional del Colegio de Abogados de Rosario, Vicepresidente del Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL) para el período 2003/5; Coordinador en la Argentina del Comité para el Estudio y Difusión del Derecho en América Latina (CEDDAL) para el período 2003/5.

Ha participado en más de doscientos cursos de posgrado, congresos y jornadas en la Argentina y en el exterior, en su mayoría en carácter de expositor o panelista (incluidos doctorados, maestrías y carreras de especialización) sobre temáticas relacionadas predominantemente con el derecho constitucional, el derecho procesal constitucional y los derechos humanos, en los siguientes países americanos: Estados Unidos, México, Brasil, Chile, Uruguay, Perú, Colombia, Bolivia y Venezuela.

Además, ha realizado una importante cantidad de trabajos de investigación y publicaciones en el área de su especialidad y en revistas jurídicas de circulación nacional, tanto en la Argentina como en el exterior.

Entre sus obras se destacan, con carácter de único autor de la publicación, las siguientes: **Derechos Humanos y Sida*, Editorial Depalma (Buenos Aires, 1995), **El habeas data en Indoiberoamérica*, Editorial Temis (Bogotá, 1999). **Protección de los datos de carácter personal*, Editorial Astrea (Buenos Aires, 2004).