

GESTIÓN



PÚBLICA

Revista de la Procuraduría de la
Administración de la República de Panamá

Edición N° 18, diciembre 2019



Derecho Administrativo y Políticas Públicas

INDICE

PROLÓGO

La Administración Pública, garante de la democracia 3

1. **Francisco Javier Velázquez López-**

¿Es posible la innovación en la Administración Pública? 5

2. **Stefano Gesuelli**

El Instituto de la participación del privado al procedimiento administrativo en el ordenamiento italiano. 14

3. **Gregorio Montero**

Derecho Administrativo y Administración Pública del Siglo XXI. 21

4. **Juan Camilo Salas Cardona**

Las caras ocultas de la corrupción. Introducción a una perspectiva ética de las políticas públicas de capacitación de los servidores del Estado. 31

5. **Carlos Gasnell Acuña**

La Contratación Pública y su incidencia en la promoción de políticas de Estado. 47



GESTIÓN PÚBLICA

PROCURADURÍA DE LA ADMINISTRACIÓN

RIGOBERTO GONZÁLEZ MONTENEGRO
PROCURADOR DE LA ADMINISTRACIÓN

MÓNICA CASTILLO ARJONA
SECRETARIA GENERAL

CECILIA LÓPEZ CADOGAN
SUBSECRETARIA GENERAL

ISABEL VARGAS
SECRETARIA ADMINISTRATIVA

INGRID MIROSLAVA CHANG V.
DIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

FLORENCIA ORTEGA
SUBDIRECTORA DEL CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y CAPACITACIÓN

VANESA GONZÁLEZ
JEFA DE LA OFICINA DE RELACIONES PÚBLICAS (ENCARGADA)

JOICE ESCALA
DISEÑO DE PORTADA

COMITÉ EDITORIAL
INGRID MIROSLAVA CHANG
FLORENCIA ORTEGA S.
DEMETRIO DOBRAS
JENY ARIANO
MARÍA ISABEL SAMANIEGO
RAFAEL PÉREZ JARAMILLO
VIRGILIO CARRIÓN
IDANIA M. PERIGAULT
ANGELINA MURGAS

Los artículos publicados en esta revista son responsabilidad exclusiva de sus autores y no de la Procuraduría de la Administración.

Impresión: 1,000 ejemplares.

Impreso en Panamá por: IMPRESIONES CARPAL



Prólogo

La Administración Pública, garante de la democracia

La edición número 18 de la revista **Gestión Pública**, producida por la Procuraduría de la Administración, ha sido dedicada al tema **“Derecho Administrativo y políticas públicas”**, enriquecida con artículos de destacados profesionales nacionales e internacionales, que contribuyen a la actualización de los lectores.

En este número, contamos con temas como el *Instituto de la participación del privado al procedimiento administrativo en el ordenamiento italiano*, por el Dr. Stefano Gesuelli, quien inicia su escrito indicando que en el sistema italiano hasta 1990, no se encontraba una norma que rigiera de manera común todos los procedimientos de los organismos públicos. Agrega que, con la ley no. 241 de 1990, se introdujo el “principio del justo procedimiento”, que explica ampliamente, al igual que hace una explicación sobre el responsable del procedimiento como tomador de la decisión.

¿Es posible la innovación en la Administración Pública?, de la autoría del Dr. Francisco Javier Velásquez López, Secretario General del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), detalla lo que, a su juicio, son las condiciones de una Administración Pública innovadora, como serían una forma de trabajar distinta, las demandas empresariales,

el establecimiento de canales de participación, la apertura a la innovación tecnológica, la práctica de la transparencia, la rendición de cuentas y escuchar las necesidades ciudadanas. En su interesante artículo, Velásquez hace énfasis en que la innovación no es sólo tecnológica, deben considerarse elementos o principios jurídicos, de ciencia política, ciencia económica, historia, estadística y sociología.

El autor nos llama a la reflexión con el planteamiento de dos interrogantes, ¿este trámite es necesario?, ¿es imprescindible? Concluye su artículo preguntando ¿qué es una Administración innovadora?, indica las características que a su juicio debe reunir la administración innovadora, así como quiénes son los actores de la misma.

Derecho Administrativo y administración pública del siglo XXI, por el Dr. Gregorio Montero, Consultor en Administración pública y miembro del Comité de expertos en administración pública de la ONU, quien examina los más destacados planteamientos que recaen en el diseño y funcionamiento del Estado, de la administración pública y del Derecho Administrativo y, concluye su presentación con los principales desafíos del Derecho Administrativo en nuestra región. Y, afirma que, “el único Estado viable en el siglo

XXI es aquel capaz de potenciar la democracia, el derecho, la justicia, la eficacia y la responsabilidad de los operadores del mismo.”

El Dr. Juan Camilo Salas, en su artículo, *“Las caras ocultas de la corrupción. Introducción a una perspectiva ética de las políticas públicas de capacitación de los servidores públicos”*, nos presenta las diferentes modalidades que reviste la corrupción en la administración pública, e indica que, “existen formas de corrupción que pasan desapercibidas, o que no se catalogan como tal”; sostiene que la lucha contra la corrupción debe ser “integral y debe involucrar medidas preventivas y educativas, al lado de las correctivas y punitivas.”

En su artículo, Salas aborda temas como: Los errores cometidos por ignorancia respecto de los conocimientos que requiere el cargo o función o, la ausencia de las competencias mínimas para el cumplimiento de las funciones asignadas; la deficiencia de “habilidades blandas” en el funcionariado; el Ego y los prejuicios en contra de la calidad en el servicio público, aportes para una perspectiva ética de las políticas públicas de capacitación de los servidores del Estado frente al problema de la corrupción, la implementación de planes, programas y acciones de formación y capacitación “permanente” para los servidores públicos, la formación para el desarrollo de competencias blandas, el desarrollo de programas virtuales de formación y capacitación, y concluye con el argumento sobre la educación de los ciudadanos para un mejor servicio público, destacando la importancia y alcance de la educación de la mente para los servidores públicos, y que éstos deben colaborar con la educación del ciudadano.

El Dr. Carlos Gasnell Acuña, en su artículo, *“La Contratación pública y su incidencia en la promoción de políticas de Estado”*, afirma que la contratación pública más que un fin se ha convertido en un medio para el diseño y ejecución de políticas públicas; además, desarrolla aspectos a través de los cuales, la contratación pública ha incidido de manera directa en alguna política pública, como en la promoción de políticas de transparencia, promoción de políticas de equidad e inclusión, contratación pública e incentivos para las pequeñas y medianas empresas, así como para las empresas de capital panameño.

En esta materia, de vital importancia en la correcta administración pública, el articulista propone bajo el subtítulo Cumplimiento de políticas energéticas y medioambientales, que en los procesos de licitación, más allá de lo normado en la ley no. 22, se incluya, en los pliegos de cargos, como incentivo para las empresas que participen en actos públicos, como un factor de evaluación para ciertas licitaciones con componentes ambientales (por ejemplo, reconocer puntajes por planes de manejo ambiental, o planes de gestión de reciclaje).

Gestión Pública quiere ser un medio de formación para servidores público y público en general, al tiempo que plantea, a través del esfuerzo intelectual y disciplinar de nuestros articulistas, propuestas sobre las que el debate constructivo contribuye a mejorar las competencias y respuestas a las que está llamada la administración pública.

Ingrid Miroslava Chang V.

Directora

Centro de Investigación y Capacitación

¿Es posible la innovación en la Administración Pública?

Francisco Javier Velázquez López

Sinopsis

Francisco Javier Velázquez López es Licenciado en Ciencias Políticas y Económicas (sección de Políticas) por la Universidad Complutense de Madrid, posee Cursos de Doctorado. Perteneció al Cuerpo Superior de Administradores Civiles del Estado. Participó en el Programa de Alta dirección del Instituto Nacional de Administración Pública en 1996.

Ha sido en España, Director General en seis departamentos y Subsecretario en dos oportunidades. Fue Secretario General para la Administración Pública.

Ha sido consultor, profesor y conferencista sobre materias de la Administración Pública en Panamá, México, Argentina, Venezuela, Albania, Portugal, Costa Rica, Guatemala, Rumanía, República Dominicana, Francia, Paraguay, Colombia, El Salvador, Honduras, Túnez, Argelia, Marruecos, Andorra, Chile, Cuba, Colombia, Uruguay, Brasil.

Además, ha sido profesor de cursos y máster sobre comunicación, habilidades directivas, liderazgo, administración pública, seguridad, protección civil, así como Director de Seminarios en la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. (1986, 2005, 2007, 2008, 2009, 2010).

Actualmente, es el Secretario General del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), electo en la Reunión Ordinaria del Consejo Directivo, celebrada en Madrid, el 13 de noviembre de 2017.

Autor de varios artículos y monografías, entre ellos: “Algunas experiencias de gestión pública estratégica”. Primer premio de Ensayo de AEAAINAPE. Administración digital.es. 2013. “Habilidades directivas y gestión pública”. INAP 2015. “Cooperación entre Instituciones” (coordinador). INAP, 2015. “La prestación excelente de los servicios públicos, condición de la democracia”. Argumentos socialistas, 2016. “Tarea pendiente: el personal directivo de las Administraciones Públicas”. Temas para el debate. Agosto - septiembre de 2016.

1. INTRODUCCIÓN

En el mundo actual, los efectos de las acciones individuales se conocen en tiempo real, y ello obliga a atender especialmente los resultados de las políticas públicas, transformando profundamente los métodos de actuación, atendiendo a las demandas ciudadanas y rediseñando los objetivos de la acción pública. Por otra parte, el nivel de desarrollo de los países de Iberoamérica ha aumentado en las últimas décadas, lo que conlleva que las demandas ciudadanas aumenten y con frecuencia se vuelvan más complejas, con exigencias de respuestas rápidas y eficaces.

En la Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), se indica la necesidad de sustituir “las visiones burocráticas sobre las Administraciones Públicas, basadas en la adopción de rutinas normalizadas y la reproducción de procedimientos establecidos, y su sustitución por enfoques orientados a la producción de resultados, la innovación y el aprendizaje”. En Iberoamérica, con las excepciones de su ámbito europeo y, parcialmente, en alguno de los países del área, la sustitución del modelo burocrático debe ser tratada con una prudencia y cautela considerable. Desde Max Weber, que diseñó y estableció los principios esenciales de la organización burocrática, también destacó algunos males de la burocracia, no hay aún mejor sistema organizativo de la administración pública que la organización burocrática. Por ello, a veces produce cierto sonrojo las diatribas contra la organización burocrática, en países donde rigen todavía patrones profundamente arraigados de pre-bendalismo y politización acentuada. El sentido común nos dice que empezamos por desarrollar esquemas organizativos burocrá-

ticos y corriamos más tarde sus errores, que los hay, pero no anatemicemos el sistema y simplemente lo sustituyamos por el desierto de una administración pública basada más en las reglas de la ocupación partidaria del poder, que en diseños racionales de funcionamiento de las organizaciones. Los países más desarrollados cuentan con organizaciones burocráticas profesionales, incluso aquellos que lanzan ataques que intentan desprestigiar esta forma de organización.

Qué duda cabe, sin embargo, de que, en la sociedad actual de la cuarta revolución industrial, la innovación, la tecnología y la creatividad son elementos esenciales del funcionamiento de cualquier organización. En las empresas privadas y en las organizaciones públicas, la innovación es, cada vez más, no una moda organizativa sino una necesidad estructural. Como se señala en la Carta Iberoamericana de la Función Pública, conviene poner el acento sobre los aspectos de la obtención de resultados, la innovación y el aprendizaje.

En el Código Iberoamericano de Buen Gobierno, aprobado por el CLAD en 2006, los países miembros, en uno de sus apartados, señalan que garantizarán que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados.

Es, pues, un primer paso hacia las actitudes que hoy deben adoptar las administraciones públicas del siglo XXI: preocuparse por la atención a los ciudadanos, como primer avance para escuchar lo que estos tengan que decir, todo ello con el fin de mejorar los servicios públicos.

Obsérvese, en este sentido, que la presión se realiza sobre un enfoque al servicio del ciudadano, adelantándose de alguna manera a lo que en los tiempos actuales han sido los principios del gobierno abierto, recogidos en la Carta, asimismo aprobada por el CLAD.

No obstante, este nuevo paradigma que se entronca con otros cambios necesarios en las administraciones públicas, tiene como base, necesariamente, una manera distinta de trabajar, con toda seguridad un modo diferente de seleccionar a los funcionarios públicos y una atención mucho más intensa por parte de la clase política a las labores de las administraciones públicas. Por eso, cuando se habla de corresponsabilidad en la ejecución de las políticas públicas, será necesario cambiar la mentalidad y también la legislación, en la medida en que sea necesario, para llevar adelante una acción pública que no sólo incentive la consulta a los ciudadanos afectados, sino que dé también posibilidades de participación.

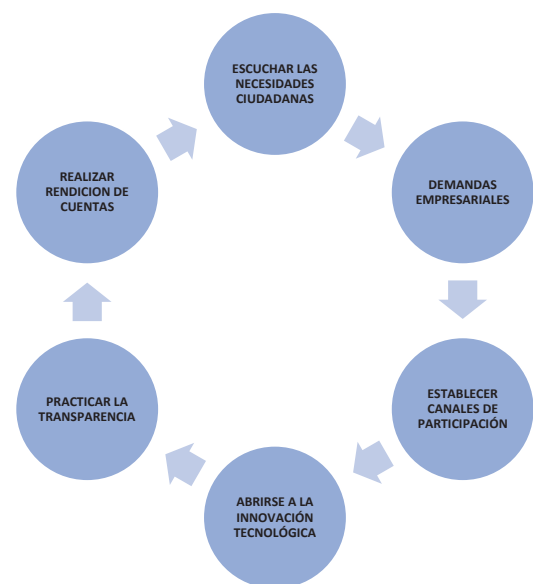
Hay que preparar a las organizaciones públicas para llevar a cabo actuaciones conjuntas de diseño de proyectos, de consulta a los interesados, de corresponsabilización de actuaciones y, en fin, de búsqueda de las mejores soluciones para la satisfacción de las necesidades. No es desdeñable la labor formativa, que ha de realizarse con los propios funcionarios, para entender que no sólo han de administrar sino participar conjuntamente con los ciudadanos en la realización de los proyectos.

2. UNA FORMA DE TRABAJAR DISTINTA

La actuación de las administraciones públicas, hoy y en el futuro, debe ser diferente, puesto que nos encontramos con “problemas per-

versos” que son por su propia naturaleza inciertos y complejos, que no se pueden abordar a la manera clásica con soluciones parciales o pactadas, sino que según la OCDE, “requieren enfoques concertados, adaptables y cuidadosamente dirigidos”. Sus características deben estar basadas en los parámetros que ahora expresamos en el cuadro adjunto y que explicamos a continuación.

Gráfico I. - Condiciones de una Administración Pública Innovadora.



Fuente: Elaboración propia.

Las demandas empresariales

Las empresas privadas han introducido nuevas formas de ofrecer servicios (por internet, mediante aplicaciones instantáneas, venta electrónica, pagos mediante celular) y este hecho genera un aumento de las expectativas de los ciudadanos sobre la prestación de los servicios públicos. En síntesis, se trata de modificar el blanco: no reaccionar ante el problema (que en todo caso habrá que hacer-lo) sino prepararnos y ejercer la proactividad que

permite adelantarse a los acontecimientos.

La velocidad del cambio y la innovación consiguiente generan, en el ámbito de las empresas privadas, nuevas necesidades que las administraciones públicas deben atender sin demora. Son planteamientos y demandas que, cuando no suponen ventajas de unas corporaciones sobre otras, constituyen propuestas que generalmente establecen nuevos caminos de desarrollo y actuación. En esta medida, las administraciones no deben suponer un freno, sino que deben ser un impulso a las nuevas posibilidades de realización de proyectos que mejoren o faciliten la vida ciudadana.

Establecer canales de participación

La participación de las personas en los asuntos públicos se ha convertido hoy en una necesidad política y una necesidad técnica. Necesidad política porque así lo pone de relieve un somero análisis de los programas de los partidos políticos. La necesidad técnica se basa en la difusión del conocimiento y en su extensión. Las administraciones públicas y los servidores públicos no lo saben todo, porque es imposible dado su extensión. Por lo tanto, contar con otros puntos de vista o soluciones distintas parece imprescindible.

Abrirse a la innovación tecnológica

La incorporación de las tecnologías de la información y las comunicaciones a las administraciones públicas es una realidad desde hace décadas. Por medio de tecnólogos -servidores públicos o por centenares de grandes y pequeñas empresas, que laboran diariamente en los organismos públicos que desarrollan y mantienen aplicaciones y páginas web, se facilitan las relaciones de los ciudadanos con

las administraciones públicas. Por otra parte, el incremento del Producto Interno Bruto en los países latinoamericanos, en las últimas décadas, a pesar de la todavía reducida dimensión de sus Estados, que continúan siendo pequeños respecto a los países desarrollados, ha generado una irrupción evidente y omnipresente de los instrumentos tecnológicos, contribuyendo a crear una ciudadanía digital que, coherentemente, exige de las administraciones públicas un comportamiento distinto y digital. Ahora, se trata de poner las bases, aún más claramente, para que la innovación con soporte tecnológico se admita en las administraciones y, además, se potencie o incluso se cree mediante, por ejemplo, laboratorios de innovación y otras soluciones organizativas innovadoras que ya existen en numerosos países de Iberoamérica.

La innovación y las tecnologías no siempre constituyen una mezcla positiva. Innovar debe ser una realidad, pero no significa hacer lo mismo trasladando los impresos de papel a soporte digital o solicitando el mismo número de requisitos, pero por internet.

Si hacemos lo mismo que antes, pero mediante aplicaciones informáticas, puede que lo hagamos más rápidamente, pero no lograremos avanzar profundamente. Si sustituimos una aglomeración de ciudadanos por una cita por internet y no tenemos en cuenta los que renuncian a su cita, solo conseguiremos tiempos muertos. Esta experiencia, que tomamos de algunos países de Iberoamérica, genera mayor frustración en los ciudadanos y escasa productividad en los funcionarios encargados de los trámites. Hay pues, que combinar las tecnologías con una real capacidad de gestión, que elimine tiempos muertos y permita satisfacer las necesidades y la demanda ciudadana.

Practicar la transparencia

Hay un viejo refrán que circula entre los funcionarios públicos españoles, reflejo de la antigua cultura con la que se pretende acabar: *“La información difusa y profusa y al indiferente la legislación vigente”*. El acentuado cinismo del refrán revela, no obstante, la singular distancia con los ciudadanos y la creencia en que, esta distancia no contravenía la legislación vigente, sino que era un modo de administrar sabio y eficaz. Los últimos años han generado una necesidad estructural en las administraciones públicas de conocer sus actuaciones en tiempo real, relacionadas con las cuestiones de relevancia política, económica e incluso personal, de aquellos que ostentan responsabilidades públicas. Aquí nace la transparencia que, en numerosos países ha logrado su institucionalización, mediante organismos a ello dedicados con suerte dispar en cada uno de los países.

Realizar la rendición de cuentas

La rendición de cuentas, requisito de la democracia y origen del control parlamentario de los legisladores representantes del pueblo, ha experimentado en los últimos años, un desarrollo considerable, en extensión y profundidad. En extensión, porque esta rendición de cuentas alcanza, en términos políticos, a cada vez más responsables de las organizaciones administrativas. En profundidad, porque tanto los nuevos instrumentos legales, como las normas relacionadas con la transparencia, obligan a presentar planes, proyectos y resultados de los que hay que dar cuenta más adelante. Finalmente, los medios de difusión, entre los que las redes sociales son elementos esenciales, generan una necesidad continua de presentar en términos sencillos y comprensibles los resultados de la gestión, a nivel superior y con frecuencia en ámbitos subordinados.

Escuchar las necesidades ciudadanas

Entre los aspectos esenciales del paradigma del gobierno abierto, como se pone de manifiesto en la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto aprobada por el CLAD, no es menor la importancia del papel de los ciudadanos y de la participación de estos en los asuntos públicos. Así, es posible afirmar que, con harta frecuencia, los ciudadanos tienen mayor información que los especialistas o responsables de las políticas públicas sobre cuáles son sus necesidades e incluso sus prioridades. Las facilidades actuales de comunicación y la utilización masiva de las redes sociales apoyan este razonamiento. Y nos enfrentamos con otro tipo de problemas de índole política y sindical, pues producen “movimientos de masas no identificados”, que generan especial preocupación, porque las instituciones democráticas tradicionales son incapaces de controlar y dirigir. Esto complica sobremanera el quehacer de los gobiernos y obliga a repensar la relación con ellos y generar nuevas fórmulas de actuación.

3. LA INNOVACIÓN NO ES SÓLO TECNOLÓGICA

Suele haber cierta confusión cuando nos referimos a la innovación en las administraciones públicas, incluso en el ámbito organizativo: se crean departamentos donde ambas cuestiones están indisolublemente unidas. Pero la innovación no es sólo tecnológica, sino que tiene que ver con la introducción de nuevas formas de hacer las cosas, de cambio continuo de la cultura organizativa, de *“ver más allá de lo que se ve”*, hay que establecer premios para quienes son capaces de innovar, e incluso de mejora de la carrera profesional de aquellos que proponen medidas innovadoras o soluciones creativas de abordaje de los problemas. La innovación

surge más allá de la zona de confort, después de fracasos y proyectos que han debido ser archivados. Por ello, es importante la resiliencia que es otra competencia, necesaria a todos los directivos públicos, que nos da capacidad de resistir ante las dificultades y aprender de ellas.

Para hacer frente a los desafíos necesarios de esta cuarta revolución industrial inevitablemente ha de crearse un paradigma de trabajo distinto, que concierne a los responsables de las organizaciones y también, a los propios funcionarios, a las normas aplicables en el interior de las organizaciones. Los funcionarios han de ser más flexibles y ágiles, abiertos a nuevas ideas, pero los responsables de las organizaciones no han de tener tanto terror a la posibilidad del fracaso de las experiencias puestas en marcha, si el devenir de cualquiera de los grandes empresarios, que han triunfado estableciendo corporaciones, podemos detectar cuantiosos fracasos antes del éxito económico e institucional. Este proceso es más difícil en el ámbito público, pero existen instrumentos, incluso presupuestarios, que establecen límites a determinados programas o experiencias piloto u otras fórmulas asociativas, que permiten iniciar caminos para que, si lamentablemente se demuestran erróneos, las repercusiones sean mínimas. En todos los países, existen ejemplos constantes de circunstancias que impiden culminar determinados proyectos, en algunos casos de forma cíclica, como los correspondientes a cualquier periodo presidencial anterior.

Otro de los elementos que ayudaría en este proceso de transformación de la administración pública y de los funcionarios, tiene que ver con la incorporación de metodologías que contengan nuevas ideas y enfoques distintos a los tradicionales. La visión jurídica es importante,

necesaria e imprescindible, pero no puede ser la única. Hay otras visiones tan necesarias como esta, basadas en la ciencia económica, la ciencia política, la estadística, la sociología e incluso la historia, que deben ser tenidas en cuenta a la hora de la realización de las políticas públicas. Los procesos selectivos deben ser modificados para incorporar estos saberes.

Otro de los aspectos que no deben ser olvidados, es poner la atención en el enjambre de organismos e instituciones públicas de todo tipo, con frecuencia, dependientes de niveles territoriales distintos, que complican la tramitación de subvenciones, permisos o autorizaciones de los ciudadanos. En la distribución territorial del poder, especialmente en los Estados federales o compuestos, es una importante ventaja que las decisiones deban ser, en buena medida, consensuadas, con lo que se aleja la arbitrariedad e incluso, la discrecionalidad, pues la decisión ha de estar basada en normas dependientes de ámbitos territoriales distintos y en ocasiones con colores políticos diferentes. Sin embargo, para los ciudadanos (y especialmente las empresas privadas que pretenden establecer comercios o negocios) que precisan de autorizaciones, puede constituir un camino lleno de espinas y dilatado en el tiempo. Acordar entre los diferentes organismos, ventanillas únicas o trámites conjuntos, es una figura que autorizan las leyes y un importante adelanto para los ciudadanos. En todo caso, cuando las dificultades sean insalvables a corto plazo, se pueden establecer fórmulas de coordinación que permitan solventar estas dificultades. Además, es bueno preguntarse: ¿Este trámite es necesario? ¿Es imprescindible? Reflexionar sobre estas dos preguntas puede llevarnos a descubrir que los datos ya los tiene el Estado y, en consecuencia a redoblar los esfuerzos

para evitar solicitar de nuevo rellenar los datos correspondientes de complejos impresos.

4. ¿QUÉ ES UNA ADMINISTRACIÓN INNOVADORA?

Desde nuestra percepción, la Administración Pública, para satisfacer las necesidades sociales, las demandas de los ciudadanos y empresas y, cumplir fielmente los mandatos recogidos en las leyes (y en muchos casos en los textos constitucionales), debe reunir varias características relacionadas con la condición de sus empleados públicos, como se reconoce en numerosas Constituciones iberoamericanas. Estas características son la utilización sistemática de las tecnologías de la información y las comunicaciones; la colaboración con los ciudadanos, la sociedad civil y las empresas, la planificación, ejecución y evaluación de las políticas públicas; la apropiación de la práctica de la creatividad ciudadana y, finalmente, la realización de la gobernanza democrática.

Gráfico II. - ¿Qué es una Administración Innovadora?



Fuente: Elaboración propia.

La primera de las características que debe reunir una Administración innovadora se refiere a la existencia de unos funcionarios profesionales seleccionados por mérito y capacidad, que tengan la condición de permanencia (y no sólo para un mandato presidencial o mientras no se prescinda de sus servicios), preparados (con capacidades objetivas evaluadas en el proceso de selección) y, finalmente, motivados por el servicio público (retribuidos de forma suficiente, de manera que sean los mejores los que presten servicio en el sector público).

La segunda de las características se refiere a la utilización de las tecnologías de la información y las comunicaciones de forma sistemática, aprovechando las aplicaciones, plataformas y otros tipos de enlaces existentes en el ámbito privado. Para ello, parece necesaria la colaboración con todo tipo de instituciones públicas y privadas y, además, incentivar las propias ideas de los empleados públicos.

La tercera de las características está relacionada con la colaboración con los ciudadanos y las empresas privadas, de manera que la creatividad, las innovaciones y las propuestas del exterior de la administración tengan siempre recepción activa y permitan mejorar los servicios públicos. La creación de alianzas con otros actores por parte de las Administraciones Públicas se configura como una necesidad imprescindible para lograr resultados, para la efectividad.

En definitiva, se trata de la apropiación de la creatividad ciudadana de inmediato. Frente a la tradición clásica, las ideas que provienen de los ciudadanos, pueden servir para solucionar los problemas, una vez se estudien las repercusiones técnicas, presupuestarias o legales que su entrada en funcionamiento puedan acarrear.

La cuarta característica se refiere a la propia condición de las políticas públicas que deben ser planificadas (en el marco de un plan nacional), ejecutadas (por los órganos administrativos competentes) y evaluadas (de forma profesional e independiente).

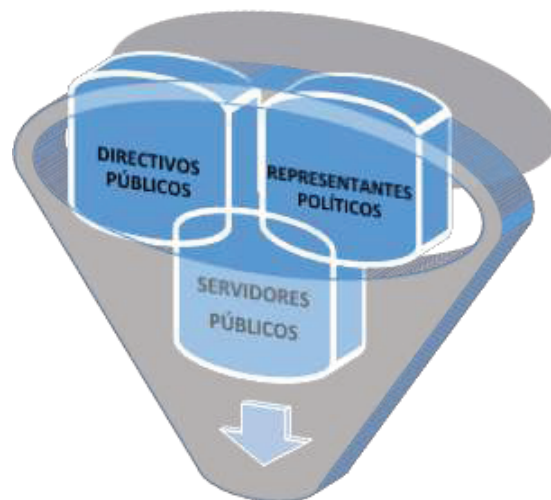
Finalmente, la quinta condición es que se practique la gobernanza democrática, que debe estar basada en la transparencia (respetando el derecho de saber de los ciudadanos), la ética (cuidando que las decisiones sean justas) y la rendición de cuentas (de forma que las decisiones sean controladas por los ciudadanos).

5. ACTORES DE LA INNOVACIÓN PÚBLICA

Otro aspecto de relevancia en el proceso de la incorporación de la innovación sistemática en las administraciones públicas, se relaciona directamente con el papel de los recursos humanos, dentro y fuera de las administraciones. Por esta razón, en el proceso de construcción de una Administración Pública innovadora son importantes los actores esenciales: los representantes políticos y directivos públicos, los servidores públicos, los ciudadanos y las empresas.

- Los representantes públicos y directivos de las Administraciones Públicas deben ser impulsores esenciales del proceso de innovación. Pueden generar estructuras acordes con estas finalidades, premiar los proyectos innovadores, favorecer las carreras de los colaboradores más innovadores y, en fin, asignar recursos cuantiosos a aquellos proyectos más relacionados con la innovación.

Gráfico III. - Actores de la Innovación Pública.



EMPRESAS Y CIUDADANOS

Fuente: Elaboración propia.

- Los servidores públicos (o funcionarios) deben presentar proyectos, aprender de la sociedad, generar ideas, detectar áreas de mejora y finalmente, insistir con tesón en las posibilidades de innovar en los diversos campos de la Administración Pública.
- Los ciudadanos y empresas deben exigir un funcionamiento eficaz de las administraciones, la incorporación de las novedades tecnológicas y posibilidades de actuación de acuerdo con las tecnologías de la información y las telecomunicaciones. Pero, ciudadanos y empresas, tienen también obligaciones, como son adecuarse a las nuevas posibilidades de contratación (renunciando al papel y pasando a la vía telemática, incorporándose a la tramitación electrónica y utilizando las posibilidades que algunas administraciones ponen a su disposición, como la participación en redes o la correspondencia digital).

6. CONCLUSIÓN

La innovación en la Administración no puede pasar por alto, el necesario respeto a las leyes, plazos y garantías de los ciudadanos, por lo que la puesta en funcionamiento de experiencias innovadoras tiene que guardar el necesario equilibrio entre el respeto a las

normas y los derechos de los ciudadanos, pero los responsables y funcionarios deben prestar atención, y usar de inmediato las posibilidades innovadoras, basadas o no en la tecnología.

Febrero, 2019.

- 1 OCDE (2016) Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017, Editions OCDE, Paris.
- 2 Esta Carta Iberoamericana fue redactada por Francisco Longo en 2003 por encargo del CLAD y aprobada por el Consejo Directivo en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 26 y 27 de junio de 2003, p. 31.
- 3 Muchos siglos antes de Max Weber, los chinos habían desarrollado un modelo burocrático muy eficaz: ... los mandarines que nunca habían empuñado la espada dirigían a menudo las guerras. "No se gasta el buen hierro para producir clavos" reza un refrán chino, que significa que la gente de talento se incorpora a la burocracia civil, no al ejército. Sapiens, Harari, 2014. p.178.
- 4 "Cualquier clase de concesión de usufructos, tributos y servicios al monarca o al funcionario para su explotación personal implica siempre un debilitamiento respecto del tipo de organización burocrática pura". ¿Qué es la burocracia?, Max Weber. p. 29.
- 5 Fernando Henrique Cardoso, la denomina "cuarta Revolución productiva" señalando entre sus características: "Parece ser más tecnológico financiera, está fragmentando las viejas clases y disolviendo sus cementos de cohesión, volviendo vacías las ideologías que les correspondían". El País, 20/10/2018.
- 6 El Código Iberoamericano de Buen Gobierno fue aprobado por los representantes de los países miembros del CLAD el 23 de junio de 2006 en Montevideo (Uruguay).
- 7 Carles Ramió en un reciente artículo en la Revista del CLAD, desarrolla esta necesidad: "Ello supone, por un lado, el promover nuevos enfoques, metodologías y prácticas para potenciar y fortalecer la innovación al interior de las instituciones públicas y favorecer la colaboración con otros actores de la sociedad, el sector privado, las organizaciones del tercer sector, entre otros. Por otro lado, supone reconocer las capacidades disponibles en la propia sociedad y los beneficios que estos pueden aportar en el diseño e implementación de políticas públicas, dejando atrás el enfoque de una ciudadanía receptora pasiva de acciones institucionales, para convertirse en protagonista y productora de sus propias soluciones". Artículo: Tensores reaccionarios a combatir y tensores progresistas a incentivar para logar la institucionalización e innovación pública en América Latina, Revista del CLAD Reforma y Democracia, N° 61, 2015.
- 8 Se define el Gobierno abierto como el conjunto de mecanismos y estrategias que contribuye a la gobernanza pública y al buen gobierno, basado en los pilares de la transparencia, participación ciudadana, rendición de cuentas, colaboración e innovación,

centrando e incluyendo a la ciudadanía en el proceso de toma de decisiones, así como en la formulación e implementación de políticas públicas, para fortalecer la democracia, la legitimidad de la acción pública y el bienestar colectivo.

- 9 Ibídem Carles Ramió.
- 10 OCDE, Panorama de las Administraciones Públicas (2017c)
- 11 OCDE Panorama de las Administraciones Públicas (2017c): "El gasto público alcanza 31% del PIB en promedio, comparado con 41.5% en los países de la OCDE; sin embargo, la diferencia está disminuyendo".
- 12 OCDE (2016), Panorama de las Administraciones Públicas: América Latina y el Caribe 2017, Editions OCDE, Paris.
- 13 En una reciente publicación del BID sobre los laboratorios de innovación de gestión pública en América Latina y el Caribe, -www.iadb.org/es/noticias/comunicados-de-prensa/2016-10-14/estudio-sobre-laboratorios-de-innovacion%2C11603.html.
- 14 Véase por ejemplo la azarosa vida del Consejo de Transparencia español.
- 15 Ver Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto aprobada por el CLAD, www.clad.org/images/declaraciones/CIGA-Octubre-2016.pdf.
- 16 Véase Fernando Vallespín, "Masas en la calle", El País (23/3/2018)
- 17 Octavio Paz.
- 18 Tomamos aquí la expresión de Steven Pinker, En Defensa de la Ilustración.
- 19 Produce cierta angustia observar en algunos países de Iberoamérica estructuras férreas, de obras públicas y autopistas no finalizadas y acumulando herrumbre. Cuando se solicita explicación, finalmente la razón más certera parece ser que fue un proyecto de otro periodo presidencial.
- 20 Así por ejemplo en la Constitución española de 1978 (art. 103), en la Constitución Política de Colombia de 1991 (art. 125 y 209), en la Constitución Política de la República de Chile (art. 38), en la Constitución de Brasil de 1988 (art. 37).
- 21 La importancia de las alianzas para el desarrollo sostenible está basada en el diagnóstico según el cual los Estados son incapaces de abordar por sí mismos todos los complejos problemas que abordan los ODS. Manuel Arenilla: Avances y propuestas sobre la Agenda 2030 y los ODS en Iberoamérica. CLAD, 2018.
- 22 Véase la Carta Iberoamericana de Ética e Integridad en la Función Pública aprobada por el CLAD en la reunión del Consejo Directivo de julio de 2018.

El Instituto de la participación del privado al procedimiento administrativo en el ordenamiento italiano

Stefano Gesuelli

Stefano Gesuelli es Coronel de la Guardia di Finanza Italiana, se desempeña hasta la fecha como Consejero de la Embajada de Italia en Panamá y Jefe de la Misión de Italia ante la Secretaría Ejecutiva del Centro Interamericano de las Administraciones Tributarias – CIAT.

En el ámbito académico, Stefano Gesuelli es abogado, economista y politólogo, con maestrías en derecho tributario y derecho tributario internacional. Ha sido profesor en la Academia de la Guardia di Finanza, en la Scuola di Polizia Tributaria (centro de alta capacitación) y en la Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze (centro de alta capacitación del Ministerio italiano de Economía). También ha colaborado con la Universidad LUISS en Roma en el desarrollo de programas académicos en el ámbito de la Derecho Tributario y Penal Tributario.

El oficial ha sido Representante Nacional de Italia en varios grupos de trabajo y foros activos en el marco de organizaciones internacionales (como la UE, la OECD, IOTA y el CIAT) sobre temas relacionados con la Cooperación Internacional, la lucha al fraude y a la evasión fiscal, el lavado de activos y los delitos fiscales. Es miembro del Royal Institute of International Affairs (Chatam House) en Londres.

1. INTRODUCCIÓN

En el sistema legal italiano, hasta la aprobación de la ley no. 241 del 1990, no se encontraba una norma que rigiera de manera común todos los procedimientos de los organismos públicos; hasta esa fecha, solamente existían disciplinas puntuales que valían para algunos sectores de actividad pública¹, con la consecuencia de que la actividad de la administración, seguía siendo, en gran medida, discrecional. Las

partes interesadas, por lo tanto, no podían reclamar ningún derecho a participar y aportar elementos en aquellos procedimientos destinados a afectar, de diversas maneras, sus esferas legales.

En esta perspectiva, la participación necesaria de la parte privada en los procedimientos de la administración pública se redujo, a un mero principio de doctrina, que se basaba en los mismos principios de la Constitución italiana

¹ Como, por ejemplo, la que regulaba la disciplina de la primera mitad del siglo XX en tema de permiso de construcción,

del 1948 y, en particular, al principio de imparcialidad de la acción administrativa, en virtud de las disposiciones combinadas de los artículos 1 y 97 de la Constitución², afirmando que, si bien, el mismo concepto de Estado monárquico del siglo XIX bien podría concebir una administración de meros derechos soberanos y, por lo tanto, completamente cerrada a los ciudadanos, con la introducción de la Constitución republicana, la administración pública debería, en cambio, estar abierta a la contribución participativa de los ciudadanos.

Del artículo 1 de la Constitución italiana, que atribuye la soberanía al pueblo dentro de los límites y en las formas previstas por la misma *Carta Magna*, se llegó, por lo tanto, a elaborar el principio consecuente de la participación privada en el procedimiento administrativo, obligando a la administración, a tener que comparar necesariamente, en una perspectiva de imparcialidad, el interés público con el de los sujetos privados involucrados.

Por otro lado, el fundamento constitucional de la participación del ciudadano a las actividades administrativas se individualizó también en el art. 3, segundo párrafo de la Constitución, que dispone la participación de los ciudadanos en la organización política, económica y social del país, a través del ejercicio de los institutos propios de la democracia.

2 Artículo 1: "Italia es una república democrática, fundada en el trabajo. La soberanía pertenece al pueblo, que la ejerce en las formas y dentro de los límites de la Constitución";
Artículo 97: "Las administraciones públicas, en línea con el ordenamiento de la Unión Europea, aseguran el equilibrio de los presupuestos y la sostenibilidad de la deuda pública.
Las oficinas públicas se organizan lo dispuesto por la ley, de modo que se garantiza el buen desempeño y la imparcialidad de la administración.
En la organización de las oficinas se determinan las áreas de competencia, las atribuciones y las responsabilidades propias de los funcionarios.
A los empleos en las administraciones públicas se puede acceder a través de concurso, excepto en los casos establecidos por la ley."

Con la aprobación de la ley no. 241/1990, finalmente el instituto de la participación se amplió a la generalidad de los procedimientos administrativos, introduciendo así el "principio del justo procedimiento", en virtud del cual la definición del interés público debe tener lugar (también), a través de un contradictorio con los portadores de los intereses opuestos, involucrados o "comprimidos" por el ejercicio del poder público.

El procedimiento administrativo, por lo tanto, debe tender a resaltar y organizar los diversos intereses relevantes para el ejercicio de la función encomendada a la administración pública, de modo que pueda perseguir el interés público primario, a través de la reconciliación con otros intereses en juego, tanto públicos como privados: la contribución de las partes interesadas, de hecho, permitirá a la administración adquirir, antes de la decisión final, toda la información necesaria y el correcto conocimiento de los intereses involucrados.

En la participación, por lo tanto, se pueden identificar dos objetivos diferentes: por un lado, una función de protección de la propia posición jurídica subjetiva (la llamada "participación defensiva"), que, según una definición "garantista", tiene como objetivo permitir al ciudadano hacer valer sus propias razones, frente a un procedimiento que aún está en evolución; por otro lado, en cambio, una función más puramente colaborativa (también llamada participación en sentido estricto), dado que, a través de las observaciones e información proporcionadas por el sujeto privado, la administración puede conocer mejor cada elemento útil para la evaluación más adecuada del caso concreto.³

3 Así expresamente la decisión del Consejo de Estado, sección VI, 8 de abril de 2003, n. 1882; Tribunal Administrativo Regional. Sicilia,

Sin embargo, parece oportuno analizar, si en el proceso de reforma de la Administración Pública italiana, iniciado en los años 90, haya realmente creado, momentos de participación, activando un intercambio continuo de información entre las instituciones y el ciudadano.

En otras palabras, es necesario verificar si dentro del procedimiento, como espacio de comunicación entre administración y administrados, se lleva a cabo un proceso de intercambio bilateral a través del cual se produce, reelabora y transmite la información, haciendo que actúen diferentes actores y creando juegos de roles.

2. ECLIPSES DEL ACTO Y DILUCIÓN DEL PODER

Antes de la intervención del legislador con la mencionada ley no. 241/1990, con título *“Normas en tema de procedimientos administrativos y el derecho de acceso a documentos administrativos”*, el sistema administrativo italiano carecía de una disciplina que garantizara la naturaleza democrática y la efectividad de la acción administrativa. Así, aun la maduración fue lenta. Se necesitaron dos décadas para que una serie fructífera de intuiciones se reflejara en la doctrina más cuidadosa y en las soluciones legislativas.

Con dicha norma y, con las consecuentes elaboraciones de la doctrina y de la jurisprudencia, la administración pública finalmente deja de ser portadora de sus propios

propósitos, para mediar entre los intereses expresados por los diversos sujetos sociales. Esta transformación encuentra su génesis en el progresivo abandono de la idea del acto administrativo, entendido como una disposición discrecional, basada en la exaltación ideológica de la antigua “relación de supremacía” entre el Estado y el ciudadano.

Con la nueva ley, en esencia, se produce una *“jurisdiccionalización”* del procedimiento administrativo, ya que se introduce la obligatoriedad del contradictorio y el principio del “justo procedimiento,” que se puede inferir del art. 97 de la Constitución. El principio de la intervención de los privados, por lo tanto, está relacionado con el de imparcialidad y buena administración, expresamente previsto por la mencionada disposición constitucional. En última instancia, el procedimiento sigue dirigido a satisfacer los intereses públicos, pero en la nueva perspectiva legislativa, la intervención del privado y la aparición de su interés en los procedimientos, sirve precisamente, para permitir a la administración pública una mejor satisfacción del interés público, a través de una gestión más racional y más democrática del poder, para pasar de un tipo de administración monológica a una dialógica.⁴

Se crea así, un sistema de toma de decisiones por parte de la administración mucho más democrático y caracterizado por la accesibilidad de los documentos administrativos dentro del cual, la legitimidad de este se evalúa, en primer lugar, en relación con la posibilidad dada a los destinatarios de poder participar en el contradictorio con la administración.⁵

Catania, sección I, 1 de abril de 2003, No. 563, Cons. Estado, sección VI, 14 de enero de 2003, No. 98. Del mismo modo, la decisión Cons. Estado, sección VI, 12 de marzo de 2002, No. 1453, que declaró que la parte privada tiene derecho a participar en el procedimiento administrativo potencialmente perjudicial para él *“... no solo para aumentar la contribución cognitiva de la administración, o para colaborar en la mejor realización del interés público para una decisión más informada por parte de la administración, pero también para resaltar su posición diferenciada”*.

4 Tribunal Administrativo Regional Sicilia, sección. Catania, 31 de enero 1994, n. 67.

5 Consejo de Estado, Pleno, 15 de septiembre 1999, n. 14.

En otras palabras, pasamos de un único interés público a múltiples intereses públicos. Parece evidente que es precisamente la aparición de más intereses públicos a conseguir lo que la doctrina italiana definió como “*dilución del poder*”, entre varios centros organizativos. Es precisamente aquí, de donde deriva el fenómeno de la participación. Esta dilución, de hecho, ocurre con la ampliación de las áreas de contacto entre los sujetos públicos y privados, transformando el “choque” instantáneo típico del acto individual, en una situación más duradera que genera expectativas e influencias.

3. EL JUSTO PROCEDIMIENTO

La ley no. 241/1990 generalizó la participación de los ciudadanos en el procedimiento, haciendo de este último la síntesis de todos los intereses públicos y privados subyacentes a la acción administrativa. El Consejo de Estado italiano expresó el alcance de la participación, aclarando que el art. 7 de la ley antes mencionada, que impone la obligación del aviso de comienzo de los procedimientos, introdujo en la actividad administrativa un elemento de gran importancia civil, que consiste en la introducción en el procedimiento administrativo de la cultura de la dialéctica procesal, cambiando la práctica de la definición unilateral del interés público, por un sistema democrático de toma de las decisiones y de accesibilidad de los documentos administrativos, en el que se evalúa la idoneidad de la investigación preliminar, en la medida en que los destinatarios han sido colocados en la condición de contra deducir.⁶

En realidad, el instituto representa la aplicación del principio del justo procedimiento, según el cual el procedimiento administrativo debe ser regulado de tal manera que no imponga

restricciones a los ciudadanos, sin antes haber llevado a cabo las actuaciones apropiadas y haber puesto a las partes interesadas en posición de exhibir sus propias razones. Condición, esta, que el Tribunal Constitucional ha considerado un principio general de acción administrativa y, que la ley no. 241/1990 también ha extendido a los procedimientos favorables para los privados. La posterior ley no. 11 de febrero de 2005, sin embargo, ha fortalecido su alcance, estableciendo una participación “reforzada” en los procedimientos, a solicitud de la parte privada que la administración considere concluir en un sentido desfavorable. Además, la participación se considera, con razón, una forma de legitimación del poder administrativo, dado que su ejercicio se lleva a cabo de manera que tenga en cuenta las necesidades y expectativas de las partes interesadas, acercando al ciudadano al poder.

La evolución de la conciencia social y la influencia del derecho comunitario han llevado a extender dicho modelo participativo, más allá de los límites mencionados en la ley no. 241/1990, a procedimientos distintos de los de administración activa, como los normativos y legislativos. El Tribunal Constitucional⁷ consideró, consecuentemente, legítima la introducción de la investigación preliminar pública y la motivación de los actos reglamentarios, por parte de las regiones⁸, en sus procedimientos normativos y legislativos.

La doctrina ha resaltado, además, que las modalidades de participación, que pueden resumirse en el derecho a acceder a los documentos y a ser escuchados, previstos en la

⁶ Corte Constitucional, 6 de diciembre 2004, no. 379.

⁸ Unidad administrativa territorial, similares a las Provincias en la República de Panamá, con competencias legislativas autónoma previstas por la Constitución en determinadas materias complementares a las competencias estatuales.

⁶ Consejo de Estado, Pleno, 15 de septiembre 1999, n. 14.

ley no. 241/1990, permiten el establecimiento de una relación jurídica propia entre el ciudadano y la administración pública, permitiendo que el particular influya en la fase de investigación y también en la decisión, dado que el éxito del procedimiento debe tener en cuenta, los alegatos y documentos presentados por el mismo.

En la fase preliminar de investigación, adquisición y evaluación de los elementos necesarios para la decisión, la participación produce sus mayores efectos, dado que el privado puede limitar, de hecho, las evaluaciones unilaterales que a menudo caracterizan a la administración pública.

Sin embargo, no es el caso enfatizar estas formas de participación, considerándolas como una herramienta para valorar la posición del ciudadano, igual a la administración pública. Y, de hecho, las modalidades de participación se resuelven, en la práctica, mediante un contradictorio limitado a la introducción en el procedimiento de documentos, dejando al ciudadano incapaz de: 1. participar en la recopilación de las pruebas realizadas por la administración pública, 2. consultar verbalmente; 3. evaluar los resultados de la investigación preliminar, que quedan en un monopolio de la administración pública, en el que el privado no puede participar, sino a través de memorias y documentos.

4. EL RESPONSABLE DEL PROCEDIMIENTO COMO RESPONSABLE DE LA DECISIÓN

Antes de la ley no. 241/90, la investigación preliminar era una mera actividad interna que la administración gestionaba en estricta soledad, siguiendo reglas desconocidas para el privado y retiradas del sindicato de jueces. Dicha ley modifica, significativamente, esta

situación con la provisión de dos institutos jurídicos particularmente importantes en la fase preliminar: el nombramiento de la persona a cargo del procedimiento y la participación de las partes interesadas en los procedimientos.

El funcionario responsable representa la figura central del proceso, en torno al cual giran las reglas, los intereses y las mismas actuaciones propias del procedimiento.

A pesar de la importancia que se le otorga, este instituto no ha sido recibido favorablemente por los funcionarios públicos, sea por la referencia expresa a la responsabilidad, que no es apreciada por ellos, como por las dificultades que encuentra el responsable para desempeñar un papel que va más allá de la organización jerárquica de la administración pública.

La ley no. 15/2005, por lo tanto, amplió las obligaciones de comunicación del responsable del procedimiento y fortaleció su función, disponiendo que el organismo competente para adoptar la disposición final debe cumplir con los resultados de la investigación preliminar, creando un fuerte vínculo entre la fase preliminar y la fase de toma de decisiones. El nombramiento del responsable, además, asigna carácter personal al ejercicio de la función, superando finalmente el límite constituido por la naturaleza impersonal de las oficinas públicas y la fungibilidad de los responsables de las mismas, lo que representa el requisito previo para implementar el principio de responsabilidad previsto en el art. 28 de la Constitución.⁹

⁹ Artículo 28: "Los funcionarios y empleados del Estado y de los organismos públicos son directamente responsables, de acuerdo con las leyes penales, civiles y administrativas, de los actos cometidos en violación de los derechos. En tales casos, la responsabilidad civil se extiende al Estado y a los organismos públicos."

Del conjunto de las tareas asignadas al responsable por la ley no. 241/90 (modificada e integrada por normativas posteriores), es evidente que el mismo tiene el papel principal de coordinar las actividades procesales de acuerdo con una concepción moderna de la organización. El papel antes mencionado se confirma por el hecho de que el gerente encargado de firmar el acta/resolución final del procedimiento no puede apartarse, sin justificación específica, de los resultados de la investigación realizada y coordinada por la persona a cargo del procedimiento, quien es el titular de poder evaluar la estructura de los intereses involucrados en el procedimiento del cual es responsable. La coordinación se ejerce tanto dentro de la Administración que fuera, en las relaciones con las otras administraciones y con los particulares involucrados en el procedimiento. Con respecto a las relaciones internas de la organización, en primer lugar, es necesario centrarse en las relaciones entre la alta dirección y las oficinas y, entre el nivel político y los órganos de gestión, apreciando los vínculos que se generan.

Luego de haber establecido el principio de separación de competencias entre los órganos de gobierno y la gerencia (con el Decreto Legislativo no. 80/1998, incorporado en el art. 17 del Decreto Legislativo no. 165/200), también se aclaró la relación entre gerentes y las personas a cargo de los procedimientos. Los gerentes, responsables de la gestión de las oficinas, dirigen, coordinan y supervisan las actividades de los responsables de los procedimientos. Por otro lado, están obligados a sustituir a dichos responsables, solo en caso de inacción de estos. De esta manera, a los responsables se les garantizó un espacio de autonomía en la conducción del procedimiento; el mismo espacio que ha sido reconocido a

los directores y gerentes de los organismos gubernamentales, con poderes de dirección y control, en la gestión de sus articulaciones y actividades administrativas, bien diferenciados de las actividades de direccionamiento, propio del nivel político del gobierno.

El contenido de la ley no. 241/90 que introdujo la obligación por el gerente de una oficina o Institución, que sea diferente del responsable del procedimiento, de no apartarse de los resultados de la investigación previa¹⁰ - asume su valor, en los momentos discrecionales de la actividad administrativa, allí donde la evaluación de los resultados de la investigación preliminar puede conducir, con adecuada motivación, a resultados distintos. Sin embargo, en los actos vinculados, la decisión final no puede desviarse de los resultados de la investigación preliminar. La regla es importante, porque establece la distinción entre la fase preliminar y la etapa de toma de decisiones del procedimiento, que es la consecuencia de las modernas teorías de la acción administrativa, que han demostrado que es el procedimiento, el lugar real donde se despliega la parte fundamental de la acción administrativa, mientras que la resolución o decisión final es simplemente un resumen de los resultados del procedimiento. Esto nos lleva a creer que es en el procedimiento que la administración elige y decide; la resolución,

¹⁰ La norma parece conforme con la jurisprudencia que, incluso antes de considerar que la contradicción del acto con los resultados de la investigación preliminar constituye un vicio de la resolución idóneo para invalidar la legitimidad. De hecho se trata de un defecto de motivación porque, según el art. 3 de la Ley 241/90, la motivación debe indicar los requisitos previos de hecho y las razones legales que determinaron la decisión administrativa, en relación con los resultados de la investigación preliminar. La jurisprudencia ha caracterizado este defecto como un exceso de poder, ya que constituye una violación de las reglas de lógica e imparcialidad que constituyen límites intrínsecos del poder administrativo. En particular, los jueces italianos reconocen, entre las figuras sintomáticas del exceso de poder, el defecto de la investigación preliminar entendido como la falta de todos los elementos que la ley o la situación de hecho requieren para el propósito de la decisión o como falta de evaluación de los elementos recopilados.

en cambio, convierte en “regla”, productiva de efectos legales, lo que ya se ha decidido.

La decisión, insertada en la fase procesal o preliminar, es, de hecho, el diseño de las estructuras de interés, mientras que la resolución final es la formalización de la decisión que hace que la estructura de interés sea vinculante.

En la fase procesal, por lo tanto, se entrelazan propuestas de decisiones, interpretaciones normativas, hechos e intereses, de cuya interacción, a través de una comparación dialéctica, surge la decisión que se tomará en la resolución final.

Y, si la decisión, incluida en la fase preliminar, es el resultado del conjunto de intereses en juego y la resolución representa la mera formalización de lo que se decidió para que sea vinculante la estructura de los intereses antes mencionados, la anticipación de la decisión en la fase procesal lleva a considerar la fase de toma de decisiones debilitada; por lo tanto, en esta última fase, las posiciones legales de la administración y los particulares deben considerarse iguales.

En realidad, los efectos de la ley no. 241/1990, aunque reconoce la distinción entre la investigación preliminar y la decisión final, no son tan perjudiciales como para producir una

división real entre decisión y resolución. Dicha normativa positiva, de hecho, no habla de una propuesta/proyecto de resolución, sino de los resultados de la investigación preliminar, considerando, además, la posibilidad de una decisión diferente, si está justificada, que ciertamente pertenece a la fase de toma de decisiones. En consecuencia, no puede atribuirse a esta fase, la mera función de formalizar una decisión ya tomada, más bien debe reconocerse como un lugar de síntesis de los diversos intereses involucrados en la acción administrativa. Por otro lado, ni siquiera se puede considerar que la persona a cargo del procedimiento se limite a pasar el expediente a la persona a cargo de la resolución, sin relacionarlo adecuadamente sobre los éxitos del procedimiento y las actuaciones relativas, ya que este último, es quien debe justificar su resolución, refiriéndose a los resultados de la investigación preliminar. La investigación preliminar, por lo tanto, debe terminar con un informe escrito cuyo contenido, evidentemente, estará influenciado por el tipo de acto que la administración pública debe emitir y, por las elecciones que debe tomar. Mucho depende del tipo de procedimiento, el tipo de poder ejercido y los contenidos que las administraciones darán a sus regulaciones internas, sobre el procedimiento administrativo, donde pueden dictar las reglas de organización que se consideren más apropiadas.

Derecho Administrativo y Administración Pública del Siglo XXI

Gregorio De Jesús Montero Montero

Abogado, con Maestría en Administración y Políticas Públicas, por la Universidad Estatal de Utah y la Universidad Autónoma de Santo Domingo (UASD). Se desempeñó como Subsecretario de Estado de Función Pública y Director de Carrera Administrativa; Viceministro de Función Pública y Director de Sistemas de Carrera Administrativa. De 2012 a 2018 fue Secretario General del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD). Además, fue Consultor del Banco Mundial, para la sistematización del proceso competitivo de selección de los Directores Regionales y Distritales del Ministerio de Educación.

En la actualidad, es Asesor del Ministerio de Administración Pública (MAP), del Ministerio de Educación para la conducción del Proceso de Reforma de la Ley General de Educación (no. 66-97) y, miembro honorífico del Comité de Expertos en Administración Pública de la Organización de Naciones Unidas (ONU). Ha realizado importantes investigaciones sobre la administración pública, también ha publicado artículos. Entre sus obras están Régimen Jurídico y Profesionalización de los Funcionarios Públicos.

Es Coautor de doce libros Iberoamericanos sobre Administración Pública, Derecho Constitucional, Derecho Administrativo y Gobierno Abierto, publicados en Argentina, El Salvador, España, México, Panamá, Perú, Venezuela y otros.

1. INTRODUCCIÓN

Asistimos a una reconfiguración del Estado, no solo desde las perspectivas social y económica, sino también jurídica, como forma de generar un entorno de garantías ciudadanas en sintonía con el Estado Social, Democrático, de Derecho y de Justicia. También, es un imperativo volver la mirada al factor institucional, dimensión sin la cual no puede existir Estado eficaz y mucho menos desarrollo sostenible.

La sociedad moderna está sometida a constantes transformaciones como consecuencia de los

cambios que operan en la forma de pensar y actuar de los individuos, todo lo cual refleja visiones diferentes sobre el Estado, lo que a su vez tensiona la relación Estado-sociedad, y termina provocando el reacomodamiento de las estructuras estatales, pretendiendo con ello responder a las mutaciones mentales y sociales y, por qué no decirlo, naturales, que se experimentan cada día.

Por otro lado, el Estado debe responder a las exigencias del mundo actual, que es un mundo

en crisis, parecería que asistimos a un escenario global en el cual lo único que tiene criterio de integralidad es la crisis. El Estado tiene la obligación de recomponerse y demostrar que es imprescindible para el direccionamiento y la conducción de la sociedad y el desarrollo pleno de los pueblos en el siglo XXI, y que es capaz de prevenir, adelantándose ante los episodios de catástrofes de diferentes tipos, los cuales amenazan hoy más que antes.

Es preciso, en consecuencia, que el Estado reasuma su rol central, apoyado en el derecho constitucional y en el derecho administrativo, poniendo en práctica políticas públicas que representen el sentir de la gente y exhibiendo fortaleza institucional, con el tamaño que necesita para ser eficaz y eficiente; se requiere de un Estado blindado ante toda amenaza de secuestros posibles por parte de intereses políticos, funcionariales, empresariales, o de cualquier otro tipo, ajenos a su naturaleza y al interés general.

En este ensayo nos proponemos abordar los principales enfoques teóricos que inciden en el diseño y funcionamiento del Estado y de la Administración Pública, así como las características del Derecho Administrativo del siglo XXI, que sea garante del desarrollo, de la seguridad jurídica, de la legalidad y de la eficiencia.

2. REFLEXIONES Y APROXIMACIONES TEÓRICAS Y CONCEPTUALES

Resulta imposible abordar, de forma adecuada la configuración y desarrollo del Estado y la Administración Pública con sentido de actualidad, es decir, desde sus componentes esenciales que se expresan en las cláusulas social, democrática, de derecho y de justicia,

sin tomar en cuenta las nuevas teorías y enfoques que al respecto del quehacer público vienen erigiéndose, como consecuencia de la ausencia histórica de respuestas efectivas a las crecientes y legítimas demandas ciudadanas y necesidades de bienestar y desarrollo integral de nuestras sociedades.

Para entender en su justa dimensión las complejidades de estructuración, dinámica y funcionamiento del sector público hoy, es necesario apoyarse en los nuevos enfoques que toman cuerpo a partir de que el Estado, en su acepción tradicional, no ha sido capaz de dar respuesta contundente y oportuna por medio del diseño y ejecución de políticas públicas que reduzcan de forma considerable los niveles de pobreza y desigualdad, lo que ha llevado a los ciudadanos a reclamar y lograr su reposicionamiento frente a las instituciones públicas y a exigir a los operadores del Estado nuevas formas de gobernar.

2.1. Teorías sobre el Estado del siglo XXI

El contexto actual de la gestión pública está marcado por el aumento, diversificación y complejidad de las demandas de los ciudadanos frente al Estado, quienes, de más en más van entendiendo su real posición con relación a este y la Administración, así como el sentido preciso de su condición de ciudadano y el significado del ejercicio de la ciudadanía, en tanto su posición jurídica va adquiriendo mayor relevancia. Algunos teóricos estudian este fenómeno como la *ciudadanía social combinada con la ciudadanía jurídica*, la que deviene en un gran impulso a las transformaciones que se necesitan.

Ante todo esto, es preciso incluso, que nos preguntemos, con seriedad, si la tesis de la

separación tripartita de los poderes públicos resulta suficiente hoy, para analizar y operar el Estado moderno, si no hacen falta otras dimensiones que se erigen, tan importantes como las tradicionales; en este orden, cabe destacar la función de control, la electoral, control social, entre otras. En el mismo orden, debemos cuestionarnos también, respecto de si resulta correcto en el siglo XXI pluralizar el concepto de poder del Estado, de si se trata realmente de poderes segmentados o de un poder único ejercido por órganos fundamentales del Estado.

En este mismo sentido, debemos profundizar el análisis para avanzar hacia una mejor comprensión, difusión e internalización de la tesis sobre la titularidad y el ejercicio del poder, pues en la medida en que nos apoderemos efectivamente de la idea de que los funcionarios públicos son mandatarios, que solo ejercen el poder en nombre de los ciudadanos y, que estos son los mandantes, los verdaderos titulares de dicho poder, en esa medida es que podremos perfeccionar el Estado social y democrático de derecho.

Lo que sí resulta claro es que el Estado del siglo XXI debe reconstituirse sobre las dimensiones o características ya enunciadas, que expresan y sintetizan la realidad y aspiraciones actuales de los individuos. Es cierto que sigue siendo una tarea no concluida aun en muchos de nuestros países latinoamericanos, la construcción y consolidación del Estado social, democrático de derecho y de justicia, lo que impide enfrentar con éxito los crecientes desafíos que se nos presentan.

En este orden, los principios de la democracia participativa son innegociables, para que el

ciudadano, no solo cuente en los procesos electorales, sino que sea incorporado de forma sistemática a los espacios de fundamentación de la toma de decisiones, adopción y puesta en marcha de políticas públicas inclusivas; el sistema de derechos de primera, segunda, tercera y cuarta generación debe ser fortalecido constantemente, por lo que es preciso rodearlo de todas las garantías necesarias. Por último, el Estado debe ser garante de un sistema de protección social integral, tanto desde la perspectiva prestacional como de la seguridad ciudadana.

Se requiere de un Estado que vuelva su mirada al ciudadano, colocando su bienestar como el objetivo-meta de todas sus acciones, tomándolo como fuente de inspiración del diseño y formulación de las políticas públicas; se hace necesario un diseño estatal en el cual sus operadores políticos y técnicos entiendan que son instrumentos al servicio de la ciudadanía, por lo que la participación real y activa de la gente en las cuestiones estatales es vital; se debe entender el significado y la idea de bienestar social hoy, y su estrecho vínculo con la felicidad de la gente y el desarrollo humano integral.

De ahí que siga siendo válido el proceso de transformación o reforma del Estado en América Latina, solo que la vertiente humana debe ser incorporada al proceso con mucha fuerza, a partir de una pregunta muy simple: ¿reformular para qué? Evidentemente que la respuesta es también simple, aunque en los hechos resulta compleja: reformar el Estado para sumar felicidad a los ciudadanos.

Para que esto ocurra es necesario que la gente participe en los procesos de reforma, esto

los legitima y garantiza su sostenibilidad; la reforma debe centrarse en los individuos con una proyección de colectividad, por ello, deben propender a construir instituciones públicas ágiles, enfocadas en resultados que impacten positivamente a los ciudadanos.

Deben formularse y ponerse en ejecución políticas públicas incluyentes, erradicando todo tipo de discriminación por razón de raza o color, etnia, género, discapacidad, religión, filiación política; en fin, políticas públicas que recojan todas las dimensiones de multiculturalidad que se expresan en cada país de la región. Todo esto hace parte necesaria de la configuración del Estado de estos tiempos; un Estado que sea capaz de producir resultados para el desarrollo.

Preciso es destacar el gran dilema en el que se encuentran muchos de nuestros países, como consecuencia de no atender a tiempo ciertos problemas emergentes que hoy se constituyen en un verdadero valladar para el avance, como la desigualdad, el crimen organizado (en sus modalidades de sicariato, narcotráfico, pandillas), el cambio climático, que amenaza con destruir la especie humana por medio de fenómenos naturales capaces de provocar daños de alcances cada vez más desastrosos y desconcertantes, también la inseguridad ciudadana, la corrupción administrativa, la inseguridad jurídica, etc.

En definitiva, hay que incorporar a la reflexión, y a la acción gubernamental la simbiosis irreductible entre legalidad, derechos fundamentales, garantías y servicios públicos, lo que no hemos sido capaces de hacer en el pasado, provocando con ello, en muchos casos, una anomia total que ha llevado a la deslegitimación creciente de las instituciones y de la actividad política.

2.2. Teorías y Rol de la Administración Pública

Evidentemente, por su propia naturaleza, la mayor cantidad de presión social que se ejerce sobre el Estado impacta de forma considerable al estamento administrativo, pues a la Administración pública le corresponde la cada vez más amplia y compleja tarea de gestionar directa y permanentemente las relaciones del Estado con los administrados, pues es la principal catalizadora de las demandas ciudadanas. Esto ha llevado a algunos a hablar de la tesis del “Estado Administrativo”.

Por ello, la Administración pública debe ser expresión fiel de los intereses y aspiraciones de la gente, solo así puede constituirse en lo que debe ser, el instrumento de satisfacción de sus necesidades y la impulsora del desarrollo efectivo, y cuando sus capacidades internas no son suficientes para ello debe interactuar con el sector privado, generando fórmulas que le permitan distribuir la carga, entre ellas los mecanismos de cooperación público-privada.

Se debe repensar la naturaleza vicarial de la Administración Pública, por lo que ella debe actuar en función del interés de los ciudadanos, subordinada siempre al interés general y al derecho.

Se hace obligatorio asumir políticas públicas serias y de calidad, conectadas con el Estado moderno y una estrategia de desarrollo, que motiven que el ciudadano vuelva a confiar en las instituciones y que dichas políticas sean seguidas de programas y acciones concretas y coherentes que impacten en el bienestar de las personas. Por eso, todos los estamentos del Estado, y la propia sociedad, deben involucrarse en el ciclo básico de las políticas públicas.

También, se debe dotar a la Administración pública de un diseño organizativo flexible, pensado en los ciudadanos, que interprete de forma precisa la estrategia de desarrollo y las políticas públicas a ejecutarse, así como los cambios constantes que se producen en el entorno estatal; todo ello con base en principios, criterios, normas jurídicas y procedimientos coherentes, que den orden al funcionamiento de los órganos con fundamento en la planificación de las acciones gubernamentales, que faciliten la interacción de la Administración con los ciudadanos.

La prestación de los servicios públicos es una de las actividades centrales del Estado, ellos son en definitiva la unidad de medida o indicador de la satisfacción ciudadana, es así que, estos deben responder a las características que les son inherentes y que, en casi todos los países han sido constitucionalizadas; de ahí que los mismos deban ser *universales, accesibles, oportunos y de calidad*, lo que plantea la necesidad de que se incorporen sistemas y metodologías de gestión pública que coadyuven a la eficacia, eficiencia y efectividad de la acción administrativa del Estado, pero en convivencia plena con la legalidad y un modelo de desarrollo eficaz y eficiente.

No es posible dejar de lado, bajo circunstancia alguna, la importancia de los trámites administrativos o burocráticos, actividad a la cual el Estado debe dedicar gran parte de su esfuerzo, a través también, de la actividad administrativa, y que, cada vez más, el proceso de reconfiguración del quehacer público le dedica particular atención, como consecuencia de la tipificación de nuevos derechos fundamentales y garantías jurídicas a favor de los ciudadanos; solo como ejemplo, citamos el derecho de acceso a la información pública.

Se requieren políticas públicas que se concreten en gestión, tendientes a una mejor distribución de la riqueza y al bienestar de los personas, si en verdad se desea legitimar al Estado y la Administración pública frente a la sociedad; no hay duda, en consecuencia, de que este es uno de los grandes desafíos que enfrenta la gestión pública actual, toda vez que, como sabemos, ella es la responsable principal del despliegue del ciclo de las políticas públicas de forma inclusiva.

La Administración pública de hoy está sometida también a una gran presión como consecuencia de las crisis globales, las cuales debe gestionar en paralelo a sus tareas ordinarias. Ante la escasez de recursos económicos se deben establecer prioridades, pero sin perder de vista que, para el ciudadano, todos sus derechos y necesidades son prioritarios, especialmente siendo él consciente de que no es causante de las crisis, más bien es víctima, pues son las desatinadas políticas y acciones de los gobernantes, así como la corrupción y la irresponsabilidad de muchas autoridades públicas, las que las han generado.

Se ha hecho conciencia sobre la idea de que, gran parte de los problemas que hoy tenemos como expresión de las diversas modalidades de crisis, se debe a la opacidad con que han sido manejados los asuntos del Estado y la Administración Pública; de un tiempo a esta parte la gente reclama no solo legalidad y eficiencia, sino también transparencia en la actuación gubernamental; todo esto presiona a la Administración Pública y la está obligando, no solo a establecer mecanismos jurídicos y de gestión eficaces para la rendición de cuentas, sino también, mecanismos de participación ciudadana para la concreción de la auditoría social.

Los políticos y los gestores públicos de hoy están obligados a entender que la transparencia es un principio y un valor de la actuación administrativa, así como también, es un derecho de los ciudadanos y un deber de los funcionarios públicos; por eso, hay que abordar con precisión y gestionar con éxito la cuestión de los recursos humanos que están al servicio de los órganos estatales, entendiendo que solo con hombres y mujeres comprometidos con la sociedad y que asuman la acción gubernamental como un instrumento para servir a los intereses de los ciudadanos se podrán cristalizar los fines del Estado.

De la calidad de los funcionarios públicos, tanto en el nivel político como en el técnico, va a depender el éxito de las políticas públicas y la legitimación social de las instituciones estatales; pero no podemos obviar que la calidad de los servidores públicos, entiéndase calidad a partir de capacidad y honestidad, va a depender de los mecanismos e instrumentos que utilicemos para su incorporación y gestión.

En todo lo expuesto, juega un rol determinante el derecho público, de manera particular la rama constitucional y la administrativa, en tanto son herramientas fundamentales para el control del poder político y la seguridad jurídica en un Estado Democrático de Derecho. No olvidemos el rol que juega la Teoría del Control de la Administración pública en sus vertientes política, administrativo-financiera, jurisdiccional, social, etc., teoría que hace posible los diseños institucionales para que los entes y los funcionarios públicos se ciñan en sus actuaciones a las normas y los cauces administrativos vigentes.

3. DERECHO CONSTITUCIONAL Y PERFIL JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Se ha dicho, y es así, que la Administración pública desde la perspectiva de su organización y funcionamiento general, está determinada por la Constitución Política, es lo que se conoce como Derecho constitucional administrativo; luego, las leyes adjetivas y los reglamentos se encargan de darle su configuración específica. Cada uno de sus órganos principales, los Ministerios, los entes dotados con personalidad jurídica distinta de la del Estado, etc., así como la actividad administrativa que se desarrolla en los otros poderes del Estado, son diseñados y puestos en funcionamiento con base en los objetivos que les han sido asignados por el texto constitucional.

No cabe duda en que el diseño constitucional debe comportar una concepción de la Administración pública, del Poder Ejecutivo, la cual predefine su organización y forma de actuación o procedimientos administrativos, así como las técnicas de planificación administrativa; dicha concepción varía al compás de la evolución del Estado y de la sociedad, por lo que es preciso tomar en cuenta que la Administración de estos tiempos debe estar subordinada siempre a los intereses generales de los ciudadanos.

En este orden, la Constitución debe disponer respecto de los principios de organización y funcionamiento de la Administración pública, sea en el ámbito central o descentralizado, que son propios del Estado contemporáneo, donde se destacan *legalidad, igualdad, eficiencia, objetividad, jerarquía, coordinación, mérito, ética, responsabilidad, transparencia, participación*, entre otros; además se caracterizan los servicios

públicos a partir de un enfoque conceptual y determinados atributos que, apuntan a que los mismos sean prestados con calidad y de forma oportuna a cada individuo, satisfaciendo plenamente sus necesidades. Todo esto se acompaña de mecanismos de control de la legalidad.

Dispone además, respecto de la forma de gestión de los servidores públicos, a partir de los subsistemas técnicos que configuran el sistema de empleo público, por lo regular con base en los principios de *mérito, estabilidad y carrera administrativa*; todo ello por mediación de un estatuto de la función pública.

También, en el marco de la Administración moderna, la Constitución define unos derechos básicos que tienen los ciudadanos frente a ella, por medio de los cuales se establecen las formas y mecanismos que servirán de base a la relación de los ciudadanos con el Estado, así como garantías ciudadanas e instrumentos de control de la actuación de los órganos estatales y sus funcionarios. Esto configura, en parte, los principios de *buena administración y buen gobierno*.

De esta manera es que la Constitución Política, como acto originario de derecho, y el Derecho constitucional juegan su rol arquitectónico en el diseño, organización y funcionamiento de los órganos que hacen parte de la Administración pública, así como en el surgimiento del Derecho administrativo. Es preciso tener siempre presente que, la Administración Pública es el instrumento de acción permanente del Estado, con base en sus formas de relacionamiento con la sociedad y los individuos.

También, el constitucionalismo moderno prevé la incorporación de normas fundamentales

relativas a la *transparencia, la rendición de cuentas y la lucha anticorrupción*, así como un régimen de *incompatibilidades* en el ejercicio de las funciones públicas, muy relacionado con los *conflictos de intereses*.

4. CONCEPCIÓN ACTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Ya hemos visto que la Administración pública es el “poder” más dinámico del Estado, por ello, está dotada de unas facultades y potestades administrativas que la colocan en situación de supremacía en su relación con los administrados, que le pueden facilitar actuar al margen de los intereses generales, a pesar de que su mandato es actuar con apego a los intereses ciudadanos; pero ella y sus funcionarios en ocasiones cometen errores, violan el ordenamiento jurídico, actúan con prejuicios, desvían la autoridad o el poder, anteponen sus propios intereses y los de sus allegados, etc., y como consecuencia, pueden ocasionar daños a las personas.

El Derecho administrativo, como el Estado, es un resultado histórico-cultural que nació, se desarrolla y evoluciona al ritmo del Estado de Derecho, y que, se va reconfigurando a la luz de las cláusulas social y democrática. De manera prácticamente unánime, los tratadistas afirman que el Derecho administrativo es un derecho en desarrollo, está permanentemente en revisión, no solo por el dinamismo propio de la Administración Pública, que es su objeto de estudio, sino porque es relativamente nuevo.

Además, es necesario incorporar a estas reflexiones, que el Derecho administrativo, como cualquiera otra rama del derecho, es una construcción social, y como si esto fuera poco, regula y controla una buena parte del

ejercicio del poder político, lo que lo vincula estrechamente con el perfeccionamiento del sistema democrático. Además, esta rama del derecho encuentra base jurídica general en la Constitución, por lo que no puede desarrollarse sin referencia constitucional, pues, como lo hemos visto, ahí encuentra su soporte fundamental.

En la actualidad, no existe discrepancia en torno a que el objeto de estudio del derecho administrativo es la administración pública, y se dan pocas diferencias en torno a su alcance; no obstante, se presentan controversias al momento de estructurar una noción, por lo que esta no se presenta uniforme debido a que de acuerdo al prisma y diversidad de enfoques de los tratadistas se proponen distintos criterios para explicarlo, los cuales condicionan el concepto. Está claro que, siendo la administración pública extensa, voluminosa y compleja, la rama del derecho que la regula debe comportar estas mismas características.

Según los criterios que adopten los especialistas, varía la orientación de la definición, algunos entienden que el derecho administrativo solo se refiere a las leyes administrativas, criterio *legalista*; otros opinan que solo regula las actividades del Poder Ejecutivo, criterio del *Poder Ejecutivo*; otros asumen que únicamente regula las relaciones entre el Estado y los particulares, criterio de las *relaciones jurídicas*; otros lo definen como las normas reguladoras de los servicios públicos, criterio de los *servicios públicos*, para otros regula toda la actividad del Estado, criterio de la *actividad total del Estado*; entre otras posiciones doctrinarias.

En lo que no queda duda es que el derecho administrativo es el derecho de la Administración

pública, por lo que esta lo marca con su evolución y dinamismo; como aproximación conceptual podemos esgrimir el más aceptado y en el que nosotros nos inscribimos, a pesar de las diferencias existentes entre los tratadistas. Los componentes conceptuales de esta rama del derecho público hacen referencia a normas, principios, procedimientos y sistemas aplicables a la organización y al funcionamiento de la Administración pública, a la regulación de las relaciones inter orgánicas, a las relaciones interadministrativas, así como a las relaciones de los entes administrativos con los particulares.

Esta es la noción que combina los distintos criterios que históricamente se han propuesto para desarrollar el concepto de derecho administrativo, y se sustenta en la tesis de la totalidad de la actividad administrativa del Estado, por lo que su ámbito alcanza a toda la actividad administrativa, sin importar en cual órgano público esta se desarrolle.

Es de gran importancia entender que, en el siglo XXI el derecho administrativo es una condición determinante del Estado Social y Democrático de Derecho, la seguridad jurídica y el desarrollo sostenible de los pueblos. Desde su contenido se preservan los derechos, la equidad y la justicia en la relación de los órganos y entes estatales con los ciudadanos, pero también se preservan los intereses del Estado y la Administración, dimensión que a veces es dejada de lado en el análisis.

Por esto, y dado que el derecho administrativo evoluciona constantemente y adquiere su esencia en el abarcador ordenamiento jurídico de la Administración pública, el mismo debe estar atento de forma específica a la organización y definición institucional, la distribución de

competencias, al interés general, a los derechos ciudadanos y las garantías, los principios emergentes, la vinculación jurídica, los procedimientos administrativos, a los controles administrativos, etc.

Evidentemente, como resultado de las extremas políticas neoliberales y de libre mercado que se adoptaron durante el siglo XX, el Estado sufrió transformaciones que debilitaron su capacidad y generaron a su vez cambios profundos en el derecho administrativo se habló de la huida del Estado, de la misma forma debemos hablar de la huida del derecho administrativo.

Desde finales del mismo siglo, como consecuencia de los fracasos de muchas de estas prácticas neoliberales, motivados fundamentalmente por su desprecio hacia lo humano y su apología al mercado, el Estado ha iniciado, todavía en marcha, un proceso de recuperación de su espacio, a lo que han denominado el regreso del Estado, y decimos nosotros, el regreso del derecho administrativo, el cual toma fundamento en la aparición y consolidación de *derechos y garantías de nueva generación, como el acceso a la información pública, la participación ciudadana, medio ambiente sano, acción de amparo, el habeas data, inclusión social, redimensionamiento de los servicios públicos, buen gobierno*, entre otros.

En síntesis, el derecho administrativo en la actualidad debe estructurarse de forma tal que recoja en su contenido la situación vigente en lo que respecta a las cláusulas social, democrática, de derecho y de justicia del Estado moderno, y los nuevos enfoques teóricos y conceptuales de la Administración pública. El derecho administrativo hoy encuentra su razón, su esencia, en el ciudadano y la ciudadana, y se erige sin duda como un vital instrumento

para el controlar del poder político.

Precisamente, los países de América Latina se ven impactados por esta realidad que se esparce de forma rauda en muchos casos, de forma lenta en otros. Todo esto, no tenemos la menor duda, opera de forma positiva en la consagración autonómica del derecho administrativo y en el fortalecimiento de las instituciones jurídicas y políticas de nuestras naciones.

5. PRINCIPALES DESAFÍOS

Los desafíos más sentidos que enfrenta en nuestra región el derecho administrativo, en este siglo, están relacionados con superar la tesis del minimalismo estatal, reivindicando la tesis del tamaño y la eficiencia necesarios del Estado, para afrontar los retos del desarrollo sostenible, entendiendo también el rol que juegan el sector privado y las organizaciones sociales; aquí hay que reconocer el papel asignado al derecho público, especialmente en su vertiente constitucional y administrativa.

El único Estado viable en el siglo XXI es aquel capaz de potenciar la democracia, el derecho, la justicia, la eficacia y la responsabilidad de los operadores del mismo, por ello, las reformas jurídicas e institucionales deben producirse y consolidarse en función de estas premisas y objetivos, y no hay duda de que se precisa de que las mismas estén dirigidas a transformar el Estado y la mentalidad de quienes le sirven.

Es crucial entender el rol central de los ciudadanos en estos procesos, pues no solo su felicidad de ellos es el fin último de la razón de ser del Estado, sino que los ciudadanos deben ser además, actores determinantes en el proceso de diseño, aprobación, ejecución

y evaluación de las políticas públicas y las acciones transformadoras del Estado.

La investigación y la docencia alrededor de los ejes del derecho administrativo, la

administración científica y las ciencias políticas, es un imperativo de estos tiempos, por lo que la academia debe estar presente activamente en los procesos, como aliada de peso del Estado y de la sociedad.

Las caras ocultas de la corrupción

Introducción a una perspectiva ética de las políticas públicas de capacitación de los servidores del Estado

Juan Camilo Salas Cardona

Doctor en Derecho por la Universidad de Estrasburgo, Francia; Doctor en Filosofía por la Universidad de Valencia, España. Abogado por la Universidad Militar Nueva Granada, Profesional y Magíster en Teología por la Universidad Javeriana, Especialista y Magíster en Filosofía latinoamericana por la Universidad Santo Tomás, Especialista en Bioética por la Universidad El Bosque, Colombia, y Máster en Ética y Democracia por la Universidad de Valencia, España. Actualmente se desempeña como consultor, y como Profesor de Filosofía del Derecho y Teorías de la Justicia en la Universidad de Estrasburgo Francia, y es miembro del Comité Científico de la Colección Estudios Jurídicos de la Universidad de Salamanca. Correo: info@juancamilosalas.com / salascardona@gmail.com

En múltiples ocasiones la gravedad y la urgencia que reviste la corrupción en la administración pública, entendida como la apropiación indebida de los dineros del Estado, le resta importancia a otras formas de corrupción que, aunque más sutiles, también lesionan gravemente la gestión de los asuntos públicos, al entorpecer, desnaturalizar o frustrar el logro de los objetivos del Estado en favor de la sociedad. Ante esta situación, para prevenir y corregir todas las formas de este flagelo, urge la formulación e implementación de políticas públicas que se focalicen en la formación y capacitación, tanto de funcionarios como de todos los ciudadanos, diseñándolas desde una comprensión ética del servicio público.

Palabras clave: *Ética, Corrupción, Políticas públicas, Servicio público y Capacitación.*

1. INTRODUCCIÓN

El término corrupción, proveniente del latín “corruptio”, significa literalmente desnaturalizar, podrir, alterar, dañar o pervertir y, ha sido anexado al lenguaje de la gestión pública cuando ésta, por acción u omisión dolosa de uno de sus agentes, ve frustrados los fines sociales que la orientan para terminar beneficiando intereses particulares¹.

¹ Para una profundización sobre el sentido literal y administrativo del término corrupción, véase GARZÓN, Ernesto. *Acerca del concepto de corrupción*., en la obra colectiva “Poder, derecho y corrupción”. CARBONEL M, y VÁSQUEZ, R. Coordinadores. IFE – ITAM – Siglo

En dicho escenario, en razón del enorme daño causado y de las graves consecuencias generadas, dicho término ha adquirido una justificada connotación económica, con la cual se quiere señalar, principalmente, el desvío delictuoso de los dineros públicos hacia las arcas de los particulares, problema que en la actualidad latinoamericana contemporánea ha batido récords históricos.

A propósito del desborde del problema de la corrupción en su vertiente económica, Martín Caparrós y Diego Fonseca, han publicado una reciente investigación elaborada por periodistas de diversas nacionalidades sobre las dimensiones continentales de este problema. A este respecto, Martín Caparrós puntualiza:

La corruptela siempre estuvo aquí: en la Colonia, en las nuevas repúblicas, las viejas dictaduras, las renovadas democracias, en cada momento de los cinco siglos alguna regla se dobló con dinero, algún poder cobró por no poder o poder demasiado. Hay pocas pautas culturales tan asentadas en estas vastas tierras: corromper es, al fin y al cabo, llevar hasta sus últimas consecuencias los mecanismos habituales. Que el que tiene más lo use para tener más, que el que tiene algo que vender —su pequeño poder, sin ir más lejos— lo venda tan caro como pueda: mercado en todo su esplendor, sus límites confusos.²

A este respecto, uno de los análisis realizados por la ONG *Transparencia Internacional*, a propósito del índice de corrupción del año

2018 se titula: *“El índice de percepción de la corrupción muestra un estancamiento de la lucha contra la corrupción en la mayoría de los países”³*, el cual complementa con el siguiente subtítulo: *“El análisis revela que la corrupción está contribuyendo a una crisis de la democracia a escala global”⁴*.

El título de este estudio pone de manifiesto, por lo menos, dos realidades que requieren de una urgente intervención; por una parte, el que se ha venido errando en las políticas públicas y en las estrategias para atacar dicho flagelo, porque, en el caso contrario, la corrupción sería un fenómeno en retroceso, y no una pandemia en crecimiento, como de hecho sucede; y, la segunda, que en todo plan de fortalecimiento de las instituciones y de los procedimientos democráticos, se debe prestar una atención preferencial al problema de la corrupción, porque, como se infiere de dicho estudio, “con corrupción, una auténtica democracia no es posible”.

Teniendo en cuenta estas dos prioridades, se esbozan algunas ideas preliminares para enfrentar la primera de ellas, como es aquella de la escasa eficacia, por no hablar del desacierto, de las políticas públicas, así como de las normas y de las estrategias institucionales para enfrentar el problema de la corrupción.

3 Cf. TRANSPARENCIA INTERNACIONAL. *El índice de percepción de la corrupción muestra un estancamiento de la lucha contra la corrupción en la mayoría de los países*. Disponible en: https://www.transparency.org/news/pressrelease/el_indice_de_percepcion_de_la_corrupcion_2018

4 Para una profundización sobre la correlación entre democracia y corrupción, véase LÓPEZ, Ney. *La corrupción: amenaza a la democracia*. Publicaciones del Parlamento latinoamericano. Disponible en: <http://parlatino.org/pdf/publicaciones/intermas/11/amenaza-democracia.pdf>

XXI. México, 2003. Pp. 19 ss.

2 CAPARRÓS, Martín y FONSECA, Diego (Ed). *Perdimos ¿Quién gana la copa América de la corrupción?* Planeta, Buenos Aires. 2019. p. 6.

Este abordaje pretende, en primera instancia, identificar algunas de “las caras ocultas de la corrupción”, entendiendo por estas, aquellas conductas, muy frecuentes por cierto, presentes en el servicio público latinoamericano y caribeño, que lesionan, desnaturalizan y entorpecen el logro de los objetivos sociales y políticos de la gestión pública. En muchos casos, estos comportamientos pasan desapercibidos, y, por lo tanto, no se les presta la atención debida, en parte, en razón de la justa prioridad que se le otorga a la lucha contra la corrupción en su vertiente económica (1.1). En este sentido, la hipótesis que queremos defender es que *se debe reforzar y ampliar la lucha contra la corrupción en su perspectiva económica, haciéndolo dentro de un “marco ético de la gestión pública”, en el cual, se deben atender, dentro de un mismo proceso, las otras formas de la corrupción, las cuales también lesionan gravemente el interés público.*

A partir de este análisis, queremos ofrecer un elenco de recomendaciones referidas a la capacitación de los servidores públicos (1.2), las cuales defienden la hipótesis de que las necesarias y convenientes medidas represivas y de control de la corrupción, seguirán siendo profundamente ineficaces si no van acompañadas de medidas preventivas de naturaleza ética y educativa, en las que la formación y capacitación no deben dirigirse sólo a los servidores públicos, sino también a los ciudadanos⁵, ya que sin el aporte ciudadano poco se podrá lograr en materia de lucha contra la corrupción, tal como desconcertantemente nos lo enseña la realidad latinoamericana actual.

⁵ Sobre este particular, véase CASTRO, Inés (Coord). *Educación y ciudadanía. Miradas múltiples*. Unam – Plaza y Valdés. México, 2006.

1.1. Las formas de corrupción que pasan desapercibidas, o que no se catalogan como tal.

En sintonía con el sentido etimológico del término corrupción, ésta comprendería todo acto u omisión que desnaturalice, desvíe o frustre el objetivo social y político de la gestión pública, de tal forma que, entre muchas otras, las siguientes conductas entrarían dentro de dicha categoría:

1.1.1. Los errores cometidos por ignorancia respecto de los conocimientos que requiere el cargo o función, o la ausencia de las competencias mínimas para el cumplimiento de las funciones asignadas.

Tanto en materia civil, como penal y disciplinaria, la impericia, que en muchos casos va acompañada o desemboca en la imprudencia, constituye una falta taxativamente señalada en muchos catálogos normativos; este hecho, en términos de la gestión pública, se traduce en la “incompetencia para responder con aptitud a los requerimientos del cargo que se ejerce”, que no debe confundirse con la “falta de competencia” en materia procesal.

En el contexto latinoamericano, para nadie es un secreto que, ante la falta de una carrera administrativa adecuadamente estructurada, ante la ausencia de mecanismos de evaluación que midan regularmente los conocimientos y las competencias de los servidores públicos para mantenerse en su cargo, y ante las ostensibles deficiencias en materia de capacitación⁶, causa-

⁶ Para una profundización en las causas y manifestaciones de la crisis de la gestión pública, véase RAMIÓ MATAS, Carles. *Administración*

da en parte por la abundancia de trabajo que debe atenderse, muchos funcionarios ocupan cargos, o desempeñan funciones para las cuales carecen de las más mínimas competencias y de los más elementales conocimientos.

Centenares de ciudadanos pierden valioso tiempo de vida y de trabajo, muchas veces haciendo largos recorridos desde áreas rurales para acercarse a la institución pública, para sentirse frustrados, después de largas horas de espera, simplemente porque, en muchos casos, no hay funcionarios que les resuelvan sus requerimientos o, al menos que los orienten de manera acertada. En este sentido, es frecuente la experiencia que de una oficina o ventanilla se remite al ciudadano a otra dependencia, y de esta, se le dirige de nuevo a la primera, o a una tercera a donde no encuentra tampoco solución a su requerimiento.⁷

La versión más extrema de este problema que, sin lugar a dudas, desnaturaliza la gestión pública, se presenta cuando funcionarios cuyas funciones involucran la lectura y redacción de documentos con implicaciones legales, tienen graves deficiencias en materia de lectura y de escritura, y, por lo tanto, no comprenden lo que leen y/o no se dan a entender correctamente por escrito, lo que conlleva a una incapacidad para desempeñar cabalmente sus funciones, desencadenando otros problemas derivados de las dificultades, o de la imposibilidad, de comprender o aplicar sus decisiones u orientaciones.

pública y crisis institucional. Estrategias de reforma e innovación para España y América Latina. Tecnos, Barcelona, 2016.

⁷ No hay que hacer un gran esfuerzo mental para asociar los problemas de la gestión pública latinoamericana con aquellos que denunciara Franz Kafka en sus obras, particularmente en *El Castillo* (1926). Cátedra, Madrid, 2016.

Como es apenas obvio, este grave problema se origina en la crisis de calidad de la educación que reciben nuestros niños y jóvenes en sus escuelas y colegios y, se profundiza con las deficiencias generadas por una educación superior profesionalizante, memorística, facilista, y muchas veces comercializada.⁸ Así pues, no es de extrañar el que muchos funcionarios, con varias titulaciones universitarias, se muestren manifiestamente limitados y poco competentes frente a las exigencias de sus cargos.

El hecho de que América Latina y el Caribe, con honrosas y notables excepciones, no ocupe posiciones destacadas o, al menos se ubique en el promedio de los rankings de universidades, de colegios y de estudios sobre la calidad de la educación primaria, es un hecho que se relaciona directamente con la calidad de la gestión pública de nuestros países, porque de los niños y jóvenes formados en dichas instituciones educativas, salen nuestros funcionarios, problema que, desde la misma gestión pública debe ser analizado, comprendido y solucionado.

Estos fenómenos, de ostensible corrupción, igualmente generan pérdidas económicas para el Estado, y en últimas, para la sociedad misma, ya que se traducen en salarios que no se justifican por su rendimiento, en horas, semanas y hasta años perdidos en trámites que tuviesen una pronta resolución con la presencia de los funcionarios adecuados, y, en no pocos casos, en la comisión de graves equivocaciones que le cuestan dinero a las arcas públicas, en

⁸ Para una profundización en la crisis y en las perspectivas de las Universidades en América latina, véase MOTTA L, y CISNEROS, J (Ed). *La educación superior en América latina. Globalización, exclusión y pobreza.* Unidad Xochimilco & Libros en Red. Colección insumos latinoamericanos. México, 2004.

razón de las demandas administrativas que se originan a partir de dichas falencias.

1.1.2. La deficiencia de “habilidades blandas” en el funcionariado.

Aproximadamente, desde la década de los 90 del siglo pasado, en los ambientes empresariales se consolidó la toma de conciencia de que las llamadas ‘*habilidades duras*’, comprendidas como aquellas que cada persona debe tener para ‘*hacer bien, lo que tiene que hacer*’, siendo éstas de naturaleza técnica, procedi-mental o cognitiva, deben estar acompañadas de las llamadas ‘*competencias o habilidades blandas*’, denominadas así, no porque se les quiera catalogar como inferiores al lado de las primeras, sino porque deben formar parte del ‘*instrumental característico de madurez humana*’, que toda persona debe desarrollar para poder trabajar de manera armónica y productiva.

Así pues, desde aquellos años, se ha venido clarificando que un empleado, por competente que sea técnicamente, verá reducido o frustrado su trabajo si no desarrolla aquellas habilidades que le conectan positivamente con sus compañeros, jefes, subordinados y con el público en general.⁹

Esta toma de conciencia generó una serie de estándares para la selección y promoción, así como para la capacitación del personal, que hoy en día se considera imprescindible para la buena marcha de una empresa, cualquiera que sean su misión, visión y objetivos. Ahora bien, a pesar de estos progresos en el campo de la

empresa privada, y de la amplia difusión que ha tenido esta importante perspectiva, ésta aún no se ha incorporado, más que marginalmente, en el campo de la gestión pública.

A partir de esta constatación, cabe preguntarnos, si en el campo empresarial es tan importante que los miembros de la organización sean amables, receptivos, tolerantes al cambio, comprensivos de la diferencia de personalidades, honestos, asertivos, manejen bien su tiempo, controlen su ira y sepan comunicarse, ¿por qué estas habilidades que, con frecuencia, brillan por su ausencia en los funcionarios públicos latinoamericanos y caribeños, no se convierten en el centro de una política pública de capacitación?¹⁰

Esta pregunta, que ha generado múltiples debates y ha desencadenado cambios ostensibles en los planes de capacitación de las instituciones públicas en otra latitudes, nos invita a una seria y urgente reflexión sobre la necesidad que tenemos en la región, de formar en este tipo de competencias, obviamente, sin descuidar las competencias técnico - profesionales a las que nos hemos referido.

Con algunas afortunadas, pero no totales, diferencias entre países y regiones y, con notables excepciones que alientan el servicio público latinoamericano y caribeño, éste se caracteriza por una mala atención a los usuarios, no siendo infrecuente el caso de funcionarios que maltratan, desprecian, humillan o desatienden agresivamente a los usuarios; en este punto es frecuente el no saludar, no mirar a la cara con

⁹ Sobre este particular, véase RAO, M.S. *Soft Skills - Enhancing Employability: Connecting Campus with Corporate*. I. K. International, 2010.

¹⁰ Para una profundización sobre la utilidad y necesidad de cultivar las habilidades blandas en el sector público, véase McCORKLE, Suzanne & WITT Stephanie. *People Skills for Public Managers*., especialmente el capítulo primero titulado “Why public managers need people skills?”. M.E. Sharp, New York – London, 2014.

respeto, hablar de forma regañona, agresiva o descomedida, así como el entregar documentos como si se tratase de un favor que se le hace al ciudadano y, no, de un servicio público, como de hecho lo es.

Para constatar esta situación, no hace falta hacer rigurosos estudios cuantitativos y cualitativos, sino que basta preguntarle a cualquier ciudadano de nuestros países, qué opina y cómo se ha sentido cuando ha debido acudir a una institución pública para recibir un servicio. Este hecho se agrava, cuando el servicio público en cuestión se refiere al derecho a la salud¹¹, ya que las crisis estructurales del sistema, se ven agravadas por la falta de habilidades blandas de los gestores públicos. Obviamente, y con seguridad, habrá quienes hayan tenido una experiencia positiva, pero, también, es muy probable, no será esta una opinión mayoritaria.

La falta de manejo de la ira, del estrés y de las tensiones al interior de las instituciones, no es infrecuente, así como tampoco lo son los problemas de comunicación, la desorganización en el trabajo, la intolerancia, la insensibilidad y, un manejo inadecuado del tiempo, que hace que asuntos que pudiesen y debiesen atenderse rápidamente, tarden semanas, meses y hasta años.

Con base en estos breves enunciados, es claro que la deficiencia o la carencia de habilidades blandas, constituyen también una modalidad de la corrupción, porque, ostensiblemente, dicha

ausencia obstruye, desnaturaliza, desvía o frustra el servicio público, cuya perspectiva ética está enunciada en su mismo nombre, es decir, este debe ser “un servicio a la ciudadanía”, y no es una dádiva, un favor o una concesión, por lo cual el servidor público se debe al ciudadano, y debe entender que su ser personal es el rostro visible y la encarnación del Estado para el ciudadano. Desde esta perspectiva, en buena medida, la imagen que el ciudadano se forma del Estado y del servicio público, es la imagen que emerge del servidor público que tiene al frente.¹²

1.1.3. El ego y los prejuicios del funcionario en contra de la calidad en el servicio público

En lo que se refiere al ego, más allá de las complejidades de la noción de “ego” en la propuesta de Sigmund Freud, quien, sin lugar a dudas es uno de los intelectuales que más desarrolló esta categoría, en estas breves líneas queremos asumir una perspectiva más existencial y cotidiana de la misma, como es aquella que nos propone Eckhart Tolle en su obra *Una nueva tierra*, en la cual afirma:

El contenido del ego varía de una persona a otra, pero en todo ego opera la misma estructura. En otras palabras, los egos son diferentes sólo en la superficie. En el fondo son todos iguales. ¿En qué sentido son iguales? Viven de la identificación y la separación.

Cuando vivimos a través del ser emanado de la mente, constituido por pensamientos

¹¹ Para una profundización sobre el problema del servicio público, referido al derecho a la salud, véase FRANCO, Álvaro. *Salud Global. Política pública, derechos sociales y globalidad*. Ediciones Universidad de Antioquia, Medellín, 2010. Esta obra aborda especialmente el caso colombiano en cap. 6º pp. 61 ss.

¹² Sobre este particular, véase SANABRIA, PEDRO. (Compilador). *Gestión estratégica del talento humano en el sector público. Estado del arte, diagnóstico y recomendaciones para el caso colombiano*. Esap – Universidad de los Andes, Bogotá, 2015.

y emociones, la base de nuestra identidad es precaria porque el pensamiento y las emociones son, por naturaleza, efímeros, pasajeros.

Así, el ego lucha permanentemente por sobrevivir, tratando de protegerse y engrandecerse. Para mantener el pensamiento del Yo necesita el pensamiento opuesto de “el otro”.

El “yo” conceptual no puede sobrevivir sin el “otro” conceptual. Los otros son más “otros” cuando los vemos como enemigos. En un extremo de la escala de este patrón egotista inconsciente está el hábito compulsivo de hallar fallas en los demás y de quejarse de ellos.

Renegar es una de las estrategias predilectas del ego para fortalecerse. Cada queja es una historia inventada por la mente y la creemos ciegamente. Sin embargo, es algo que hacemos inconscientemente, lo cual significa que no sabemos lo que hacemos. Aplicar rótulos mentales negativos a los demás, ya sea en su cara o cuando se habla de ellos con otros, o sencillamente cuando se piensa en ellos, suele ser uno de los componentes de este patrón.

Utilizar adjetivos ultrajantes es la forma más cruda de esos rótulos y de la necesidad del ego de tener la razón y triunfar sobre los demás [...], son pronunciamientos definitivos contra los cuales no hay argumento posible. En el siguiente nivel más bajo en la escala de la inconciencia están los gritos y las injurias, y bastante cerca, está la violencia física.¹³

Así pues, la experiencia latinoamericana y caribeña nos muestra, con más frecuencia de la deseada, ejemplos de servidores públicos dominados por su ego, para los cuales, la función pública no es un servicio a la sociedad y a los ciudadanos que la componen, ni una honrosa oportunidad para servir a los ideales de la nación dentro de un marco jurídico e institucional¹⁴, sino que es una oportunidad para ejercer el poder en contra de los que considera sus enemigos, muy en la línea del pensamiento de Carl Schmitt¹⁵, o también, lo hace para granjearse una pretendida reputación como persona de férreas convicciones, para lo cual actúa, en no pocas ocasiones, con arbitrariedad, intransigencia y violando los derechos de los ciudadanos al buen nombre, al debido proceso y a la presunción de inocencia. Para estos servidores públicos, el ciudadano y su bienestar no constituyen el objetivo de la función pública, sino que dicho ciudadano es ante todo ‘un trasgresor en potencia o en acto’, al cual hay que controlar, reprimir y castigar, y al que deben aplicársele las normas en el sentido más restrictivo posible, considerando el garantismo y el debido proceso como una “debilidad del Estado”.

Otros utilizan el servicio público para pagar favores políticos, para el nepotismo o, simplemente como trampolín para sus aspiraciones personales, proyectos en los cuales, al contrario de la máxima ética de Emmanuel Kant, expresada en el imperativo

13 TOLLE, Eckhart. *Una nueva tierra*. Editorial norma, Bogotá – Barcelona, 2005. pp. 54 – 55.

14 Sobre el marco ético que debe guiar a la función pública, véase BOISVERT, Yves. *L'institutionnalisation de l'Éthique gouvernementale. Quelle place pour l'éthique ?* Presses Universitaires de Québec, 2011.

15 Sobre la distinción entre “amigo y enemigo”, véase SCHMITT Carl. *El concepto de lo político*. Alianza Editorial, Madrid, 2009. pp.131 ss.

categorico¹⁶, el servicio a las personas no es un fin en sí mismo, sino que se convierte en un medio para otros fines.

En el peor de los casos, el servicio público se convierte en el instrumento para proyectar los miedos, iras, odios, y resentimientos personales, fenómeno que, paradójicamente, atrae el favor de algunas masas acríticas, tal como lo demuestra el éxito de los populismos radicales en la política contemporánea latinoamericana.

Indudablemente, estas conductas expresivas de los egos personales, desnaturalizan, desvían y frustran los fines institucionales y sociales del servicio público, constituyendo formas de corrupción, para las cuales no son adecuadas las medidas solamente normativas y de carácter correctivo, sino que se hacen necesarias, fundamentalmente, políticas públicas de carácter preventivo y educativo, estructuradas desde una perspectiva ética, en las cuales la participación ciudadana juega un importante papel.

En lo que se refiere a los prejuicios, como su nombre lo indica, son aquellas posiciones personales que asume el individuo “antes de la experiencia”, es decir, forman parte de lo que John Rawls llamara en su *Teoría de la justicia* “las ideas del bien”¹⁷. El problema que se genera con estos prejuicios, o como las llamara Hans Georg Gadamer, estas precomprensiones, cuando operan de manera “inconsciente”, es que el servidor público quiere aplicarle sus ideas del bien al servicio público, pretendiendo

que lo que le hace bien a una sociedad pluralista es lo que él, como individuo, considera como “lo bueno”, de allí que las interpretaciones que hace de la normatividad que rige las funciones que ejerce estén determinadas por dichas comprensiones del bien.

Tal como lo afirma el mismo Gadamer en su obra *Verdad y Método*,¹⁸ no podemos desligarnos de nuestras precomprensiones cuando queremos comprender algo, ya que nuestra condición histórica así lo determina, pero lo que no puede suceder es que dichas precomprensiones sean arbitrarias y caprichosas, fundándose sólo en las convicciones personales, desconociendo la primacía y el valor normativo, tanto de la realidad como de los textos que la comunican. Así pues, el servidor público debe ser consciente de sus propios prejuicios, y, desde una convicción ética que reconozca el bien supremo de la sociedad, tomar distancia de ellos para que no vayan a determinar negativamente la necesaria “imparcialidad”¹⁹ de sus acciones, orientaciones, conceptos y decisiones en ejercicio del servicio público.

La falta de conciencia sobre las precomprensiones que el servidor público tiene, en no pocos casos conduce a actuaciones “manifiestamente contrarias al ordenamiento jurídico”, falta que en algunas legislaciones se denomina “prevaricato”²⁰, ya que las mismas, también en ocasiones, conducen a que el funcionario no

16 Sobre este particular, véase KANT, Emmanuel. *Crítica de la razón práctica*. Sigüeme, Salamanca, 1998.

17 RAWLS, John. *Teoría de la Justicia*. Fondo de cultura económica, México. 1997. pp. 359 ss.

18 Para un acercamiento a los análisis de Gadamer sobre el papel de las pre-comprensiones en el ejercicio de la interpretación, véase GADAMER, Hans Georg. *Verdad y Método I*. Sigüeme, Salamanca, 2003. pp. 333 ss.

19 Sobre el concepto de imparcialidad, véase RAWLS, J. Op. Cit. pp. 236 ss.

20 Sobre este particular véase, TERRAGNI, Marco Antonio. *Delitos propios de los funcionarios públicos*. Ediciones jurídicas Cuyo, 2003. pp. 354 ss.

entienda lo que la norma dice, sino lo que él quiere que ésta diga, como consecuencia de lo que él ya decidió sin un examen de la realidad y de los textos normativos correspondientes.

Así pues, las precomprensiones o prejuicios, no conscientes, no ponderados y no administrados con sentido autocrítico por los servidores públicos, constituyen actos de corrupción cuando se materializan, ya que desvían y desnaturalizan la función pública en perjuicio de los ciudadanos, de las instituciones y de la sociedad en su conjunto, al igual que sucede cuando se toman decisiones o se ejecutan acciones abiertamente contrarias a derecho.

Un conocido adagio oriental, cuya autoría exacta y redacción original no se conocen, dice, a propósito de la importancia de las precomprensiones, o de los prejuicios en la gestión pública:

Cuida tus pensamientos, porque ellos se convierten en palabras; cuida tus palabras, porque ellas se convierten en acciones; cuida tus acciones, porque ellas se convierten en hábitos; cuida tus hábitos porque ellos conforman tu carácter; cuida tu carácter, porque él determina tu destino.

Así pues, si no se transforman, a través de la educación, la capacitación y la toma de conciencia, la forma como los servidores públicos “piensan” o conciben lo que es la gestión pública como vocación y como espacio laboral, ninguna norma por amplia, restrictiva o estricta que sea, logrará mejorar las dificultades y los grandes vacíos que evidencia la función pública latinoamericana.

1.2. Aportes para una perspectiva ética de las políticas públicas de capacitación de los servidores del Estado frente al problema de la corrupción.

Siendo muy amplias las reflexiones de carácter educativo y preventivo que pudiésemos hacer para superar éstas, a las que hemos denominado, “las caras ocultas de la corrupción”, bástenos señalar algunos criterios que pudieran estar presentes en las políticas públicas de capacitación para ser más asertivos en esta compleja materia.

A este respecto, lo primero que conviene puntualizar es el contenido de la categoría “política pública”, la cual proviene de la mentalidad administrativa anglosajona,²¹ en la que el punto de partida de una planeación gubernamental, siguiendo un razonamiento inductivo fundado en la experiencia, son los mismos problemas que debe afrontar la administración, razonando en un sentido contrario a la manera en que, tradicionalmente, se concibió la gestión administrativa en la mentalidad europea continental, más dependiente de modelos teórico – prácticos que deberían desarrollarse.

Desde estos supuestos, el auge de la categoría políticas públicas en todos los ambientes administrativos occidentales, es más bien reciente, y se puede relacionar con el “Plan Marshall”, implementado a partir de 1948 en el contexto de la posguerra.²² En ese contexto,

21 Sobre este particular, véase ASHFORD, Douglas E. *History and Context in Comparative Public Policy*. University of Pittsburgh Presses, 1992.

22 Para una visión de conjunto sobre el Plan Marshall desde una perspectiva contemporánea, véase HOLM, Michael. *The Marshall Plan. A new deal for Europe*. Routledge, New York, 2017., especialmente pp 51 ss.

la reconstrucción de Europa debería partir del reconocimiento de los problemas y de las prioridades reales que había que atender, para lo cual era necesario formular unas “políticas públicas”, es decir, unos criterios que guiaran la planeación y el desarrollo de acciones tendientes a la atención de dichos problemas.²³

A partir de ese enfoque, una política pública, en líneas generales, es un criterio, o un elenco de criterios de acción gubernamental, dirigidos a la solución concreta de problemas que aquejan a la sociedad, e involucran el tejido institucional. Así pues, las políticas públicas se constituyen en el criterio que le otorga articulación y coherencia a los planes, acciones, tareas, evaluaciones e intervenciones, así como a las normas administrativas que se formulan a propósito de éstos.

Con base en estas precisiones, consideramos que las políticas públicas en materia de capacitación, debieran incorporar, entre otros, los criterios siguientes para responder con eficacia al problema de la corrupción, involucrando en dicha respuesta no sólo la vertiente económica de este flagelo, sino también las “caras ocultas” a las que nos hemos referido. Estas recomendaciones parten del supuesto que, infortunadamente, ‘le toca’ a la gestión pública llenar los vacíos que en materia de formación y de desarrollo de competencias, han dejado las etapas precedentes de la educación, desde la primaria hasta la universitaria, por razones de todos conocidas.

1.2.1. La implementación de planes, programas y acciones de formación y capacitación “permanente” para los servidores públicos.

La experiencia de largos años y de cuantiosas inversiones en el campo de la capacitación de servidores públicos, ha enseñado que las acciones puntuales, esporádicas y desconectadas de un plan general, resultan igualmente puntuales, esporádicas y desconectadas en sus efectos a mediano y largo plazo, lo cual se traduce en un desperdicio de recursos, ya que los efectos deseados, en la mayoría de los casos, no son ostensibles, y a los pocos días después de la capacitación, por excelente que ésta haya sido, las cosas vuelven a su estado original.

Desde esta perspectiva, se hace necesaria la elaboración e implementación de planes permanentes de capacitación que, tal como lo precisaremos enseguida, se enfoquen en diversos tipos de competencias, habilidades, conocimientos y capacidades que deben desarrollar los servidores públicos, dependiendo de la especificidad de su trabajo.

A este respecto, podríamos entender por formación²⁴, el fomento de aquellas competencias que todos los seres humanos debemos desarrollar para sentirnos felices, trabajar en armonía con los demás, y ser eficientes y eficaces, núcleo éste que correspondería a las llamadas ‘competencias blandas’. Dicha formación, deberá estar complementada por dos tipos de competencias, desarrolladas bajo

²³ Para una profundización sobre la implementación de las políticas públicas, véase HILL, M & HUPE, P. *Implementing Public Policy: An Introduction to the Study of Operational Governance*. Sage Publications, 2009. pp. 80 ss.

²⁴ Para tener acceso a un excelente recuento de la noción de “formación” en la cultura occidental, véase GADAMER, H.G., Op. cit. pp. 38 – 48.

acciones de capacitación²⁵, las primeras, que usualmente se han llamado competencias básicas, tales como leer, escribir y comunicarse adecuadamente, las cuales parecieran redundantes para personas que ya poseen títulos universitarios, pero que, sin embargo, resultan pasmosamente útiles y necesarias cuando constatamos las necesidades concretas de muchos de nuestros servidores públicos.

Dichas competencias “básicas”, deberán complementarse con procesos de capacitación en competencias “específicas”, ya que cada campo de desempeño institucional requiere de unos desarrollos acordes con las exigencias de su cargo o función.

Apelando nuevamente a la memoria histórica, madre de todo conocimiento, cuando hemos querido formar en competencias específicas solamente, nos hemos enfrentado al problema de la ausencia de competencias básicas y, si a dicha ausencia le sumamos la falta de competencias blandas, tenemos el panorama de unas acciones de capacitación que no colaboran eficazmente para el logro de los fines propuestos.

En síntesis, la eficacia de un programa de formación y capacitación del recurso humano en el servicio público, dependerán, en buena medida, de que se diseñen estrategias que permitan armonizar el trabajo diario, con procesos permanentes de aprendizaje y desarrollo de competencias. En este sentido, se trata de apuntar a que la formación y capacitación no sean ‘cuestiones puntuales y esporádicas’, sino

‘parte de la cultura institucional de aprendizaje en la gestión pública’, para lo cual el tiempo destinado a este tipo de actividades, producirá abundantes frutos en términos de calidad, eficiencia y eficacia. En dicho proceso, todo plan deberá articular espacios para el cultivo de competencias ‘blandas’, competencias ‘básicas’, y habilidades ‘específicas’ para el adecuado ejercicio de su cargo o función, tal como lo hemos señalado líneas arriba.

1.2.2. La formación para el desarrollo de competencias blandas.

Los principales problemas de salud en el mundo contemporáneo son aquellos que tienen que ver con la salud mental y, con los estados anímicos de las personas, siendo la depresión el problema más grave que nos aqueja, y el que peor pronóstico tiene, al punto que la OMS estima que, para el año 2030, esta será la primera causa de discapacidad entre los seres humanos. Según un informe de la Organización Panamericana de la Salud, “se estima que cerca de 50 millones de personas en la Región de las Américas vive con depresión”²⁶

Estos datos permiten inferir que muchas de las manifestaciones que evidencian nuestros servidores públicos, tales como ira, irritabilidad, conflictos interpersonales, mala atención a los usuarios, falta de concentración, y tantos otros, tienen que ver con el hecho de un vacío en nuestros sistemas educativos, y pudiéramos afirmar que ‘se nos preparó para el saber y el hacer, pero no se nos enseñó a vivir’.

²⁵ A propósito de la noción de capacitación, véase el excelente estudio de Amartya Sen, en el cual aborda “in extenso” la importancia del desarrollo de “capacidades” en las personas: SEN, Amartya. *Desarrollo y Libertad*. Planeta, Buenos Aires, 2000.

²⁶ Información disponible en https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=13102:depression-lets-talk-says-who-as-depression-tops-list-of-causes-of-ill-health&Itemid=1926&lang=es

Este asunto neural, está claramente precisado en la *Ética a Nicómaco* de Aristóteles cuando dice que, el “estudio” debe estar acompañado por la “contemplación”²⁷. Ahora bien, si entendemos la contemplación en términos actuales, estaríamos hablando de un “proceso de educación de la mente”, el cual resulta necesario cuando se constata que la generación de competencias blandas como la amabilidad, la apertura al diálogo, la capacidad de escucha, la asertividad, la honestidad, etc., tienen que ver no sólo con procesos intelectivos, para comprender su utilidad, y con experiencias prácticas, para “gustar” sus efectos positivos, sino que también, se relaciona con la capacidad que todos los seres humanos debemos desarrollar de “silenciar la mente”²⁸ para poder “ver la realidad”.

Numerosos estudios demuestran que el estrés, la dispersión mental, las tensiones corporales, las iras y la irritabilidad que las acompaña, no sólo tienen negativas consecuencias en las relaciones interpersonales, para nuestro caso en las relaciones con los usuarios y con los equipos de trabajo, sino en la salud misma de quienes las padecen. Dichos problemas se relacionan con un flujo permanente, autónomo y caótico de pensamientos en la cabeza, que la civilización occidental, por su talante racionalista, no aprendió a “educar”, salvo raras excepciones. Dicho flujo anárquico de pensamientos, que se somatizan mediante las emociones, ‘*ha tomado el control*’ de las personas, generando todo tipo de manifestaciones patológicas, como las

que hemos mencionado, las cuales, en última instancia, son las que entorpecen un buen desempeño en el trabajo.

Esta constatación ha llevado a que, en la empresa privada, para la generación de competencias blandas, junto a programas de tipo instructivo y talleres de tipo práctico, se implementen también programas que ayuden a la ‘*relajación*’, la ‘*concentración*’, y la ‘*meditación*’, a través de actividades comprendidas bajo el título “Mindfulness en la Empresa”²⁹, disciplina ancestral que se ha retomado y se ha actualizado para tales fines.

Es apenas obvio que, *para un servidor público latinoamericano, suene extraño escuchar decir ‘que tiene una gran importancia para su calidad de vida y la para eficacia de su trabajo el que aprenda a relajarse, a concentrarse y a meditar’, y que ‘estos aprendizajes le servirán para que sea más feliz, más amable, más responsable, y se comunique mejor con los compañeros y con los usuarios’*. Sin embargo, en aquellos países que han trasladado sus valores ancestrales y sus disciplinas de ‘*educación de la mente*’ a la vida empresarial y a la gestión pública, como es el caso de Japón, la situación varía significativamente; a este respecto, múltiples estudios demuestran que su éxito como nación y como país desarrollado, habiéndose levantado de las cenizas de la Segunda Guerra Mundial³⁰, se debe a dichos valores y disciplinas, y, en particular a la meditación Zen.³¹

27 ARISTÓTELES. *Ética a Nicómaco*. Libro X. Cap. VIII.

28 Sobre esta importante perspectiva del desarrollo humano, véase los excelentes libros de Osho. *Aprender a silenciar la mente*. Ediciones B, México, 2014., y *¿Qué es la meditación?* Lectorum, México, 2007.

29 VARA DEL REY, Paloma. *Mindfulness en la empresa*. Zenith, 2018.

30 En materia administrativa, los valores y disciplinas que han hecho exitoso el caso japonés, dieron origen a la conocida “Teoría Z”. Sobre este particular, resulta ilustrativo el libro de William Ouchi: *Teoría Z*. Orbis, 1984.

31 Sobre este punto, véase Nakamaki, Hirochika y otros. *Enterprise as a Carrier of Culture: An Anthropological Approach to Business Administration*. Springer, 2019.

En conclusión, el desarrollo de las llamadas ‘competencias blandas’ en los servidores públicos, no sólo es necesario para tener una mejor comunicación, un mejor estado de ánimo y una mayor eficiencia, entre otras ventajas, sino que también incide en su propia salud y calidad de vida, así como en un desarrollo de la conciencia que evitará el caer en cualquier tipo de prácticas de corrupción.

1.2.3. El desarrollo de programas virtuales de formación y capacitación.

La inmensa gama de posibilidades que tiene la educación virtual, contrasta con los escasos desarrollos que estas herramientas han tenido en materia de formación de servidores públicos. A este respecto, los programas que se han venido implementando en la mayoría de nuestros países, con honrosas y contadas excepciones, son básicamente, ejercicios que facilitan el acceso a documentos, permiten la participación en foros, y virtualizan la entrega de informes de trabajo e investigación. Estos desarrollos, obviamente, ya constituyen un avance, pero para que la educación virtual cumpla cabalmente con sus objetivos, y pueda ser el espacio adecuado para la formación permanente a la que hemos hecho referencia, se necesitan esfuerzos más decididos que permitan la conformación de auténticos equipos de capacitadores con competencias en educación virtual, así como inversiones en infraestructuras propias de este tipo de capacitación.

El entusiasmo y la eficacia que la educación virtual puede generar entre los servidores públicos, para incentivar la “cultura de la formación permanente a la que nos hemos referido”,

dependerá, en buena medida de la generación de “una política pública de educación virtual permanente”, la cual, como es obvio, requerirá del ofrecimiento de una atractiva gama de cursos, de calidad y con altos estándares de exigencia, que estén excelentemente diseñados y presentados a través de aplicaciones amigables construidas con criterios propios de la educación virtual, y no solo virtualizando la educación tradicional.

Un estudio realizado por Apple³², indica que sus usuarios desbloquean diariamente sus teléfonos un promedio de 80 veces por día, otros estudios indican que una persona promedio, en la actualidad, le dedica a su celular, tablet o PC, un promedio que va de treinta minutos a cinco horas, para actividades no relacionadas con su trabajo.

Independientemente de cualquier estudio, es un hecho notorio que, en la actualidad, estos aparatos de comunicación y acceso a la información, forman parte de la cotidianidad de la mayor parte de la humanidad, dentro de la cual estarían los servidores públicos. Esta constatación nos permite inferir que, una adecuada y atractiva propuesta de formación y capacitación para servidores públicos, podrá incidir positivamente en la generación “de una cultura de la autoformación para el mejoramiento continuo”, al servicio de la cual estarían los dispositivos que permanentemente tenemos a nuestra disposición.

Como es obvio, una vez puesta en marcha toda la infraestructura y los contenidos para

³² Estudio de Apple publicado por Caracol Noticias. Disponible en: https://caracol.com.co/radio/2016/05/17/tecnologia/1463505271_400287.html

este propósito, el ahorro de tiempo y de dinero, se verán ostensiblemente beneficiados, así como la eficacia de los procesos de formación y capacitación, gracias, entre otras cosas, a la ilimitada adaptabilidad que ofrecen estos recursos de tipo virtual.

Este tipo de procesos beneficiará, también, la generación de conocimiento y de iniciativas para el desarrollo de categorías muy importantes en la gestión pública actual, como son '*el gobierno electrónico*', '*la desburocratización*', '*el acceso a la información*', y el '*manejo de los recursos humanos en el sector público*'³³, entre otros.

1.2.4. *La educación de los ciudadanos para un mejor servicio público.*

Casi sin excepción, cuando se ofrecen capacitaciones a los servidores públicos sobre la necesidad de mejorar el servicio a los usuarios, aparece la queja respecto del mal comportamiento de los malos modales y, también, de los irrespetos que reciben por parte de los ciudadanos, reclamos que no dejan de tener un porcentaje de razón, como también le asiste una parte de la razón a los ciudadanos que se quejan de todo lo contrario.

A este respecto, es importante tener en cuenta la importancia y el alcance de la '*educación de la mente*,' para los servidores públicos, a la que nos hemos referido anteriormente, pero también hay que tener en cuenta que '*el servidor público debe colaborar en la educación de los ciudadanos*'.³⁴

Sobre este particular, es importante tener en cuenta que '*esta tarea educativa* sólo puede ser realizada por funcionarios que estén en proceso de mejoramiento de sus habilidades blandas', porque una persona irritable, con ira y estresada, no puede incidir positivamente en el cambio de actitudes de otra.

Ahora bien, si nos empeñamos en el trabajo de mejora de actitudes por parte del funcionariado, paralelamente, la institución pública debe ser un '*espacio de educación y aprendizaje para el usuario*', para lo cual son indispensables los siguientes elementos:

- 1) Que los usuarios, desde el momento en que ingresan a la Institución pública, tengan a su disposición una información completa, exacta y didácticamente expuesta, ofrecida por el mayor número de medios posible, a través de personas, de banners, de folletos, de pantallas, de altavoces, etc. Este tipo de información le da seguridad y distension a al usuario, el cual, en no pocas ocasiones está prevenido negativamente respecto del servicio público.
- 2) Siguiendo la conocida '*regla de oro*', todo funcionario debe ofrecer al ciudadano el trato que le gustaría recibir si estuviese en su lugar. En este sentido, si la cordialidad, el respeto, el buen trato y la eficiencia se convierten en política institucional, el ciudadano, necesariamente, irá mejorando sus actitudes con base en la toma de conciencia de los beneficios de estas actitudes.

33 Para una profundización sobre el manejo de los recursos humanos en el sector público, y, en especial sobre los mecanismos virtuales en dicho campo, véase CONDREY, Stephen E. *Handbook of Human Resource Management in Government*. John Wiley & Sons, 2010.

34 Sobre la educación ciudadana, véase YORI, Carlos Mario (Ed).

Espacio público y formación ciudadana. Ediciones Universidad Javeriana, Bogotá, 2007.

- 3) Por todos los medios posibles (frases escritas, alta voz, pantallas, etc.) se debe insistir al ciudadano en la importancia de cultivar él también, cualidades como la paciencia, el orden, la calma, el respeto, etc., bajo la conocida premisa de que *‘una gota sobre una roca, con el tiempo termina horadándola’*.
- 4) Eliminar trámites innecesarios y virtualizar, al máximo, aquellos que sean susceptibles de serlo. No hay cosa que más desestabilice a un ciudadano que tener que realizar desplazamientos, diligencias personales y, largas filas para realizar trámites que pudieran obviarse, o pudieran realizarse virtualmente. En este sentido, en la gestión pública latinoamericana y caribeña se han hecho grandes avances, pero aún queda mucho por hacer, ya que pareciera que algunos servidores públicos justifican sus cargos burocratizando y complicando procedimientos que pudiesen eliminarse o hacerse a través de la web.

Sobre este punto es importante señalar que las páginas web que desburocratizan y facilitan los trámites, deben ser hechas por expertos en la materia, ya que muchas instituciones tienen páginas tan complicadas, enredadas y poco amigables, que muchos ciudadanos prefieren utilizar las líneas de atención telefónica, o ir personalmente a la entidad, lo cual desnaturaliza el sentido del gobierno electrónico.³⁵

- 5) Diseñar manuales y guías del usuario, accesibles por diversos canales, elaborados de tal manera que *‘hasta un niño los entienda’*. En este campo, los diseñadores de programas de computador nos han dado el ejemplo al proponer recursos *‘que todo el mundo comprenda’*, bajo la premisa que una estrategia de comunicación será más eficaz, en cuanto más sea comprensible por sus destinatarios.

En dichos manuales o guías de usuario, debe insistirse no sólo en los contenidos orientadores relativos al trámite o servicio que se quiere solicitar, sino a las *‘actitudes y maneras’* que debe tener el ciudadano para “humanizar la gestión pública”. Así pues, recomendaciones como: *‘cuando se acerque a la ventanilla salude con amabilidad al funcionario’*, *‘lleve la documentación completa ordenada de la siguiente manera’*, *‘recuerde que el trámite le demandará “x” cantidad de tiempo’*, etc. Estas estrategias que se han venido implementando con éxito en múltiples instituciones públicas de la región, han demostrado su eficacia para la educación ciudadana que a todos nos interesa.

En síntesis, la lucha en contra de la corrupción, debe ser integral, y debe involucrar medidas preventivas y educativas, al lado de las correctivas y punitivas. En esta tarea de prevención y educación, la formación de los servidores públicos debe ir acompañada

³⁵ Sobre un elenco de experiencias y aprendizajes en materia de gobierno electrónico, véase PANDO, Diego & FERNÁNDEZ, Nicolás. (Comp.) *El gobierno electrónico a nivel local. Experiencias, tenden-*

cias y reflexiones. CIPPEC, 2013.

de procesos de educación ciudadana, todos ellos pensados desde una perspectiva ética, que, ha demostrado ser la única instancia con capacidad de mejorar las actitudes de las personas, por su capacidad incidir en lo que

John Rawls llamara *‘las ideas del bien’* que *cada uno tenemos, o en el ‘modelo de vida buena’* al que todos aspiramos, y que fue incorporado por Aristóteles en su visión ética.

La Contratación Pública y su incidencia en la promoción de políticas de Estado

Carlos Gasnell Acuña

Licenciado en Derecho y Ciencias Políticas por la Universidad de Panamá. Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Maestría en Derecho Administrativo y Tributario (Becario del programa Alban de la Unión Europea), Universidad Complutense de Madrid. Octubre 2004-junio 2005.

Profesor de Derecho Administrativo en la Universidad Santa María la Antigua, de la Maestría de la Escuela de Gobierno de ADEN University y del Diplomado en Gobenabilidad y Gestión Pública de la Universidad de Panamá. Desde el año 2004 hasta el presente, es abogado y consultor en materia de Contratación Pública y Derecho Administrativo. También, fue Coordinador del programa UNDEF-Panamá, para la elaboración del Índice de Integridad de las instituciones públicas, desarrollado por la Fundación para el Desarrollo de la Libertad Ciudadana, capítulo panameño de Transparencia Internacional. Es socio-Director de CGA Abogados y Consultores.

INTRODUCCIÓN

La contratación pública cumple una función fundamental en la gestión de lo público. Sus regulaciones son de obligatorio cumplimiento para la ejecución del presupuesto general del Estado, a través de obras, servicios, suministros, consultorías, entre otras formas de contratación. Se calcula que alrededor del 40% del presupuesto del Estado panameño se destina a contrataciones públicas.

No obstante lo señalado, la contratación pública más que un fin, el de ejecutar el presupuesto,

se ha convertido en un medio para el diseño y ejecución de un sinnúmero de políticas públicas, las cuales dependen de la eficiencia con la que se desarrollen los procesos de adquisición de bienes, servicios, consultorías y la ejecución de obras.

A través de mecanismos de contratación pública se unen comunidades por medio de puentes y carreteras, se adquieren medicamentos, dispositivos médicos e insumos médico-quirúrgicos, mobiliario y equipo de oficina,

insumos para atender las diferentes solicitudes de trámites, se organizan eventos de todo tipo, entre otras actividades relacionadas con la gestión pública. La tendencia actual está dirigida a incluir en la normativa, regulaciones que generen incentivos a diferentes sectores, como por ejemplo, otorgarle puntajes adicionales a las pequeñas y medianas empresas y compañías locales, siempre respetando la ley y los convenios internacionales, premiando a las empresas inclusivas que respeten políticas de equidad, a las empresas que tengan procesos limpios de producción y, que cumplan con certificaciones que garanticen que, tanto la empresa como los productos cuentan con los más altos estándares de calidad.

Los procedimientos de contratación pública representan cargas para la Administración Pública, la cual no tiene, salvo excepciones, la posibilidad de decidir libremente con quién contratar, ya que la Constitución en su artículo 266 señala expresamente que la ejecución y reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, se realizarán, salvo excepciones que determine la Ley, mediante mecanismos de licitación pública.¹

La contratación pública parte de la premisa de que el Estado tiene que buscar formas de colaboración con los particulares y empresarios/as, tomando en cuenta que el primero, no tiene la capacidad para satisfacer las necesidades de la población y la prestación de servicios de forma directa, por medio de servidores

públicos contratados. De manera que, debe, a través de la regulación de la contratación pública, generar la confianza necesaria, a través de sus procedimientos, para atraer a los contratistas a participar en las convocatorias de actos públicos. Si no hay confianza en que los procedimientos son transparentes, ágiles y equitativos, cada vez habrá menos participación en los actos públicos o, siempre participarán los mismos particulares o empresas. La creación de mecanismos equilibrados y justos, que garanticen la mayor justicia en la adjudicación, tal como lo que señala la parte final del artículo 266 de la Constitución Política y los principios de la contratación pública contenidos en el texto único de la ley no. 22 de 2006, forman parte de los grandes retos a futuro en esta materia.

También, hay que reconocer como lo ha señalado Transparencia Internacional (en diferentes informes), que la contratación pública, a través de sus distintos esquemas, lo cual incluye a las Asociaciones Público Privadas, y otros mecanismos concesionales, son las fórmulas que la gente asocia más a la corrupción política y administrativa, por lo elevado de los montos de algunos proyectos y, por la dificultad de darle el debido seguimiento a las modificaciones o adendas a los contratos², por lo que la contratación pública también debe contribuir a generar políticas de sanción efectiva y de exclusión de particulares y empresas que no cuenten con altos estándares éticos y que

¹ **Artículo 266.** La ejecución o reparación de obras nacionales, las compras que se efectúen con fondos del Estado, de sus entidades autónomas o semiautónomas o de los Municipios y la venta o arrendamiento de bienes pertenecientes a los mismos se harán, salvo las excepciones que determine la Ley, mediante licitación pública. La Ley establecerá las medidas que aseguren en toda licitación el mayor beneficio para el Estado y plena justicia en la adjudicación.

² El Informe Global de la Corrupción 2005 de Transparencia Internacional demuestra que la falta de transparencia en los proyectos de gran escala puede tener un efecto devastador en el desarrollo económico. "Los procesos de compras corruptos dejan a los países en desarrollo cargados con infraestructura que no cumple las normas mínimas y con deudas excesivas," dijo Eigen hoy. La corrupción aumenta el costo y disminuye la calidad de la infraestructura. Además, la corrupción también cobra vidas. El daño causado por desastres naturales, tales como terremotos, es aún mayor en lugares donde los inspectores han sido sobornados para pasar por alto normas de planeamiento y construcción. La corrupción desvía fondos destinados a programas de salud y educación hacia proyectos de infraestructura de capital intensivo.

hayan incurrido en prácticas comprobadas de corrupción. De hecho, Transparencia Internacional elaboró una lista de estándares mínimos con los que deberían cumplir las legislaciones de los diferentes países para reducir las posibilidades de corrupción a través de la contratación pública.³

3 ESTÁNDARES MÍNIMOS SOBRE CONTRATACIONES PÚBLICAS DE TRANSPARENCY INTERNATIONAL. Las autoridades que supervisan las compras públicas deberán:

1. Implementar un código de conducta que comprometa a la autoridad contratante y a sus empleados a seguir una estricta política anticorrupción. La política debe considerar los posibles conflictos de interés, proporcionar mecanismos para denunciar la corrupción y proteger a los informantes.
2. Permitir que una empresa participe de una licitación sólo si ha implementado un código de conducta que comprometa a la empresa y sus empleados a seguir una estricta política anticorrupción.
3. Confeccionar una lista negra de empresas de las que se tenga pruebas de sus actos de corrupción; como alternativa se puede utilizar una lista negra preparada por una institución internacional adecuada. Evitar que las empresas de la lista negra participen de licitaciones de proyectos durante un período específico de tiempo.
4. Asegurarse de que todos los contratos entre la autoridad y los contratistas, y proveedores de bienes y servicios exijan que todas las partes cumplan con una estricta política anticorrupción. Esto podría lograrse mejor al exigir el uso del Pacto de Integridad tanto durante la licitación, como en la ejecución del proyecto, comprometiéndolo a la autoridad y los oferentes a evitar sobornos.
5. Asegurarse de que los contratos públicos por encima de cierto monto sean adjudicados mediante licitaciones públicas abiertas y competitivas.
6. Proporcionar a todos los oferentes, y preferentemente al público en general, un fácil acceso a información sobre todas las fases del proceso de compras, incluyendo la selección y evaluación de procesos, y los términos y condiciones del contrato y sus enmiendas.
7. Asegurarse de que ningún oferente obtenga acceso a información privilegiada en ninguna etapa del proceso de contratación, en especial a información relacionada con los procesos de selección.
8. Permitir que los oferentes tengan suficiente tiempo para preparar la licitación y los requisitos de pre-clasificación cuando corresponda.
9. Asegurarse de que los «cambios» en los pedidos del contrato que alteran el precio o descripción del trabajo más allá del umbral acumulativo sean controlados en los altos niveles, preferentemente por los organismos que decidieron la adjudicación del contrato.
10. Asegurarse de que los controles internos y externos y los organismos auditores sean independientes y funcionen efectivamente, y que sus informes sean accesibles al público. Toda demora razonable en la ejecución del proyecto deberá propiciar actividades de control adicional.
11. Separar las funciones clave para asegurar que la responsabilidad de exigir la evaluación, preparación, selección, contratación, supervisión y control de un proyecto, sea asignada a organismos separados

A continuación, vamos a desarrollar aspectos a través de los cuales, la contratación pública ha incidido de manera directa en alguna política pública, o servido como puente para complementar o desarrollar políticas públicas ya en ejecución.

I. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PROMOCIÓN DE POLÍTICAS DE TRANSPARENCIA

De manera directa e indirecta la contratación pública puede enviar mensajes de transparencia en la gestión pública. En Panamá, desde el año 2006, se incorporó, formalmente, el portal electrónico “PanamaCompra” a la legislación general de contrataciones públicas (Ley no. 22 de 2006) lo cual representó cambios significativos respecto a lo existente; desde la forma en que se realizaba la convocatoria, se hacía público el pliego de cargos, se publicaban las adendas, se adjudicaba, se notificaba a los interesados, entre otras actuaciones que, actualmente se hacen de conocimiento público, a través del portal electrónico “PanamaCompra”.

Entre los aspectos que cambiaron, que podríamos considerar como nuevas políticas públicas que han contribuido a generar mayor transparencia en los procesos de licitación y que representan ejemplos a seguir para otros procedimientos en otras materias que se aprueben en el futuro, podemos identificar los siguientes:

- Se eliminaron las publicaciones de los avisos de convocatoria de los actos públicos en los

12. Aplicar garantías estandarizadas, tales como el uso de comisiones en la toma de decisiones y la rotación de personal en posiciones sensibles. El personal responsable de procesos de compras debe estar capacitado, y recibir una remuneración adecuada.
13. Promover la participación de organizaciones de la sociedad civil como supervisores independientes tanto de la licitación, como de la ejecución de proyecto.

diarios de circulación nacional, como regla general y la obligación de comprar los pliegos de cargos en las respectivas instituciones que convocaban dichos actos. Toda la información se encuentra en la actualidad en línea en el portal “PanamaCompra” y es de acceso público y gratuito para todos los posibles interesados, salvo excepciones, como en el caso del Tocumen S.A., cuyos pliegos de cargos tienen costo y deben ser adquiridos para poder participar en los actos públicos que convoca esta institución.

- Se eliminó el engorroso procedimiento de notificaciones a todos los participantes de la licitación. Actualmente, todas las comunicaciones se publican y notifican, a través del portal electrónico “PanamáCompra”⁴, por lo que todos los

participantes en el acto público deben estar pendientes del portal para efectos de interponer las correspondientes acciones y recursos.

- Las acciones de reclamo y los recursos de impugnación se presentan respectivamente, ante la Dirección General de Contrataciones Públicas y en el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, pero se suben automáticamente en el portal “PanamaCompra”, mientras se decide sobre su admisión, y las decisiones igualmente se suben al sistema para conocimiento de los afectados o beneficiados, y de los interesados en general.
- A través de **“PanamaCompra”**, se puede observar toda la evolución de un contrato público, inclusive las adendas que se aprueben, lo que permite que todas las instituciones verifiquen ejemplos de actuaciones de otras entidades, para mejorar sus pliegos de cargos, sus modelos de contratos, sus adendas, la ejecución de las fianzas y otras situaciones que puede que se den por primera vez en algunas instituciones.

⁴ **Artículo 145. Notificación.** Todas las resoluciones, demás actos administrativos y comunicaciones que emitan las entidades contratantes dentro del proceso de selección de contratista y en la ejecución del contrato, así como las que resuelvan a través de una única resolución de fondo. Se aclara que el plazo de cinco días hábiles para resolver, le corre a la DGCP, a partir del día hábil siguiente al recibo del último informe de conducta por parte de la entidad licitante, y que, en consecuencia, la entidad deberá presentar un informe de conducta correspondiente a cada acción de reclamo, por separado.

Dicte el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, se publicarán en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Asimismo, las resoluciones que emita la Dirección General de Contrataciones Públicas aceptando o rechazando la solicitud de Registro de Proponentes, así como las que emitan las instituciones del Estado ordenando la inhabilitación de un contratista, deberán publicarse en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”.

Transcurrido dos días hábiles después de que la entidad contratante haya publicado en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, las resoluciones, el cuadro de cotizaciones de compras menores o los actos administrativos mencionados en este artículo se darán por notificados y el interesado, si se considera agraviado con dicha decisión, podrá interponer el recurso de impugnación que establece esta Ley.

Es obligación de los proponentes mantenerse informados de todas las incidencias que se den en los procesos de selección de contratista en los cuales participa y, para ello, debe verificar con frecuencia, en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, todos los anuncios y notificaciones con respecto a los actos públicos.

En las áreas rurales donde no exista la posibilidad de acceder al

II. CONTRATACIÓN PÚBLICA Y PROMOCIÓN DE POLÍTICAS DE EQUIDAD E INCLUSIÓN

Nuestra normativa aún no contiene normas que expresamente promuevan que las empresas que participen en actos públicos cuenten con políticas de inclusión y equidad de género, por ejemplo, para obtener puntuación adicional en los actos públicos, sin embargo, nada impide que en un futuro cercano se coloque este tipo de

Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, las notificaciones de que se trata este artículo serán publicadas en el tablero de la entidad por el término de dos días hábiles.

incentivos en los pliegos de cargos, otorgándole puntajes adicionales a quienes cuenten con este tipo de certificaciones. En Panamá, desde 2017, existe un sello de igualdad de género para empresas e instituciones públicas⁵, también existe un “sello Panamá verde”, y podría desde luego ensayarse a futuro, un sello que reconozca a las empresas que cumplen con las leyes que protegen a las personas con algún tipo de discapacidad, entre otras políticas de inclusión.

Ya en países de la Unión Europea, por ejemplo, se están promoviendo compras o contrataciones públicas denominadas “socialmente responsables”.⁶

5 <https://www.pa.undp.org/content/panama/es/home/blog/2018/sello-de-igualdad-de-genero-en-empresas.html> En este enlace puede observarse información sobre el sello de igualdad de género. Desde octubre de 2017 se está implementando en Panamá la iniciativa de Sello de Igualdad de Género en Empresas Privadas, la misma está siendo liderada por el Ministerio de Trabajo y Desarrollo Laboral, en alianza con el Instituto Nacional de la Mujer y el Ministerio de Comercio e Industria, con la asesoría estratégica y la asistencia técnica del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo a nivel nacional y regional. Esta iniciativa, se dirige a trabajar con las empresas privadas para contribuir a transformar la cultura organizacional y los sistemas de gestión internos, creando oportunidades igualitarias entre las y los trabajadores. A través de acciones tendientes a abordar y eliminar las brechas salariales entre hombres y mujeres, promover la incorporación de más mujeres en puestos medos y altos de decisión, así como en puestos no tradicionales, la implantación de políticas que mejoran la conciliación de la vida familiar y laboral, la erradicación del acoso sexual en el trabajo y la comunicación inclusiva y no sexista, las empresas obtienen una certificación que da cuenta de las transformaciones realizadas. El proyecto prevé la implementación de la fase piloto durante el 2018 y el primer trimestre del 2019, con la participación de 6 empresas líderes de los sectores más dinámicos de la economía nacional. Este compromiso es voluntario y conlleva múltiples beneficios para las empresas que decidan embarcarse, los cuales comprenden desde aumentos en la productividad, hasta reducción del ausentismo y de la rotación del personal o la mejora reputacional de la organización.

6 Las Contrataciones Públicas Socialmente Responsables (CPSR) fueron definidas en 2011 por la Comisión Europea, como “las operaciones de contratación que tienen en cuenta uno o más de los siguientes aspectos sociales: oportunidades de empleo, trabajo digno, cumplimiento con los derechos sociales y laborales, inclusión social (incluidas las personas con discapacidad), igualdad de oportunidades, diseño de accesibilidad para todos, consideración de los criterios de sostenibilidad, incluidas las cuestiones de comercio ético y un cumplimiento voluntario más amplio de la responsabilidad

III. CONTRATACIÓN PÚBLICA E INCENTIVOS PARA LAS PEQUEÑAS Y MEDIANAS EMPRESAS, ASÍ COMO PARA LAS EMPRESAS DE CAPITAL PANAMEÑO

El artículo 10 del texto único de la ley no. 22 de 2006, contiene una norma que obliga al Estado a promover la participación competitiva de las micro, pequeñas y medianas empresas en determinados actos de selección de contratista que realicen las instituciones públicas, lo cual debió ser reglamentado al momento de la aprobación de esta norma, de manera exhaustiva, sin embargo la única reglamentación existente se encuentra en el artículo 44 del Decreto Ejecutivo 40 de 2018, que obliga a las instituciones licitantes en caso de empate en las propuestas adjudicar a la pequeña y mediana empresa a aportar la respectiva certificación emitida por la autoridad competente (AMPYME), en caso de que una de las propuestas empatadas ostente esta categoría⁷.

No obstante, nada impide que, en el pliego de cargos de la licitación, en desarrollo del artículo 10 del Texto Único de la ley no. 22 de 2006, se

social de las empresas (RSE), a la vez que se respetan los principios consagrados en el Tratado de la Unión Europea (TUE) y las Directivas de contratación”. Fuente: http://www.socioeco.org/bdf_fiche-outil-86_es.html

7 **Artículo 44. Reglas de desempate.** En caso de empate, la entidad procederá a realizar el desempate de propuestas, para lo cual se sujetará a las reglas siguientes:

1. **Si uno de los proponentes es una micro, pequeña o mediana empresa, debidamente acreditada ante la Autoridad de la Micro, Pequeña y Mediana Empresa, se le adjudicará a este proponente, siempre que cumpla con todos los requisitos exigidos en el pliego de cargos.**

Para tales efectos, la entidad publicará un aviso en el Sistema Electrónico de Contrataciones Públicas “PanamaCompra”, solicitando a los proponentes que aporten en el término que se conceda, la certificación expedida por la autoridad competente. Tratándose de consorcios o asociaciones accidentales, aplicará esta regla si la totalidad de los miembros del consorcio se acreditan como micro, pequeña o mediana empresa.

De no producirse el desempate se llamará a presentar una mejora de precio.

incluya un puntaje adicional en caso de que una de las empresas sea una PYME o se le otorgue una especial valoración en otros aspectos de la evaluación, con el objeto de promover la participación de las mismas, en contratos estatales, a fin de que vayan adquiriendo nuevas experiencias que les permitan crecer y aspirar eventualmente a contratos más complejos.

En el Proyecto de ley no. 10 de 2019 que reforma el Texto Único de la ley no. 22 de 2006, objeto de debate en la Comisión de Comercio y Asuntos Económicos de la Asamblea Nacional, al momento del cierre de la edición de este artículo, se incluyen nuevos incentivos para pequeñas empresas y empresas que comprueben que son de capital panameño, así como para empresas locales que estén registradas en los correspondientes municipios. Adicionalmente, el Proyecto de Ley establece la promoción de productos alimenticios de producción nacional. En el debate para la reforma de la ley se tendrá que analizar si estos incentivos respetan tanto la normativa nacional como los tratados y convenios internacionales en materia de libre comercio ratificados por la república de Panamá.⁸

8 Artículo 4. Se adiciona el artículo 10-A al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, para que quede así:

Artículo 10-A. Promoción de las empresas nacionales. En los actos de selección de contratista para la construcción de obras en la República de Panamá, que no sobrepasen los siete millones de balboas (B/.7.000.000.00), las entidades licitantes podrán realizar actos públicos para la participación exclusiva de empresas nacionales.

Se entenderá por empresas nacionales aquellas que cumplan con los siguientes requerimientos:

1. Estar constituida de acuerdo a las leyes de la República de Panamá.
2. Los beneficiarios finales deben ser por lo menos 80% panameños.
3. Estar inscrita y cotizar en el régimen de la Caja de Seguro Social. Todo lo relacionado con esta materia será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

Artículo 5. Se adiciona el artículo 10-B al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, para que quede así:

Artículo 10-B. Promoción de empresas locales: En las contrataciones menores que realicen los Municipios y Juntas Comunes se promoverá la participación del mayor número de

IV. CUMPLIMIENTO DE POLÍTICAS ENERGÉTICAS Y MEDIOAMBIENTALES

El artículo 34 del Texto Único de la ley no. 22 de 2006, dicta pautas para la adquisición de productos que cumplan con uso eficiente del agua y de la energía, aunque supeditado a lo que regulen las normas emitidas por la Dirección General de Normas y Tecnología Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias.⁹

Si bien, aún el Texto Único de la ley no. 22 de 2006 no contiene normas expresas para la promoción del respeto al medioambiente, como incentivo para las empresas que participen en actos públicos, nada impide que esto se coloque en los pliegos de cargos como un factor de evaluación para ciertas licitaciones con componentes ambientales (por ejemplo, reconocer puntajes por planes de manejo ambiental, o planes de gestión de reciclaje).

empresas locales, siempre y cuando sean personas naturales de nacionalidad panameña o personas jurídicas que cumplan con lo dispuesto en los numerales 1,2 y 3 del artículo anterior.

Se entiende por empresas locales aquellas que tengan como domicilio en su aviso de operaciones, el Municipio que realiza la contratación. En aquellas contrataciones menores en las cuales participan varios proponentes, la empresa domiciliada en dicho Municipio tendrá la prioridad en la adjudicación, siempre y cuando cumpla con todos los requisitos y exigencias del Pliego de Cargos y el precio propuesto no sea mayor en un veinticinco por ciento (25%) en relación con la propuesta de menor precio presentada por una empresa no local.

Todo lo relacionado con esta materia será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

Artículo 6. Se adiciona el artículo 10-C al Texto Único de la Ley 22 de 27 de junio de 2006, para que quede así:

Artículo 10-C. Promoción de productos alimenticios de origen nacional. En los actos de selección de contratista para la adquisición de productos alimenticios, las entidades licitantes podrán realizar actos públicos para la adquisición de alimentos producidos en la República de Panamá.

Este artículo será reglamentado por el Órgano Ejecutivo.

- 9 Artículo 34. Uso eficiente del agua y la energía.⁷² Las entidades licitantes incluirán en los pliegos de cargos condiciones y requisitos para el uso racional y eficiente del agua y la energía y la conservación de los recursos naturales.

La compra de equipos que utilicen energía eléctrica y/o energía primaria deberá cumplir con el índice para la eficiencia energética normado y reglamentado por la Dirección General de Normas y Tecnología Industrial del Ministerio de Comercio e Industrias.

V. LA PROMOCIÓN DE SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN MATERIA DE RECLAMOS Y RECURSOS DE IMPUGNACIÓN

La regla general contenida en la ley no. 38 de 2000, sobre procedimiento administrativo general, es el silencio negativo, es decir, ante la presentación de una solicitud o interposición y sustentación de un recurso sin que medie respuesta en el plazo de dos (2) meses, salvo que exista una Ley especial que le señale un sentido distinto al silencio, el peticionario debe considerar negada la solicitud o desestimado el correspondiente recurso. En este sentido, la ley no. 61 de 2017 determinó dos casos de silencio positivo en materia de contratación pública, cambiando la política que había imperado en materia de reclamos ante la Dirección General de Contrataciones Públicas y, de interposición de recursos de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, ya que la inactividad frente a la interposición del correspondiente reclamo o recurso, genera la admisión de los mismos.¹⁰

VI. LA CREACIÓN DE UN TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CONTRATACIONES PÚBLICAS COMO NUEVA FORMA DE AGOTAMIENTO DE LA VÍA ADMINISTRATIVA

¹⁰ "Artículo 144. Decisión de la Acción de Reclamo. La Dirección General de Contrataciones Públicas tendrá un plazo de dos días hábiles, a partir de su presentación, para admitir o inadmitir la acción de reclamo, la cual se surtirá en el efecto suspensivo. En caso de que la Dirección General de Contrataciones Públicas no cumpla con la admisión o inadmisión en el término establecido en el párrafo anterior, se considerará admitida dicha acción". "Artículo 148. Procedimiento del recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas. El Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas tendrá dos días hábiles, a partir de su presentación, para la admisión o inadmisión del recurso de impugnación. En caso que el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas no cumpla con la admisión o inadmisión en el término establecido en el párrafo anterior, se considerará admitido el recurso."

Hasta antes del comienzo del nuevo milenio, no se había adoptado la política en Panamá de crear Tribunales Administrativos, sin embargo, como antecedente podemos mencionar el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado por la ley no. 135 de 1943, luego eliminado a través del Acto Legislativo no. 2 de 1956, que traslada el control de legalidad de los actos administrativos a la Corte Suprema de Justicia.

La ley no. 22 de 2006 creó el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas, modificando la vía administrativa de recursos en esta materia. En la actualidad, no se requiere de la presentación de recurso de reconsideración ante la autoridad que emite el acto administrativo, o el de apelación ante su superior jerárquico, sino que es necesario, en los casos que señala el artículo 146 del Texto Único de la ley no. 22 de 2006, (El cual ha sufrido varias modificaciones, incorporándole situaciones susceptibles del recurso de impugnación, adicionales a las que permiten apelación ante esta instancia), presentar un recurso de impugnación ante el Tribunal Administrativo de Contrataciones Públicas para agotar la vía administrativa y poder acceder a la Sala Tercera de lo Contencioso Administrativo por medio de una demanda de plena jurisdicción.

Al momento de la creación del Tribunal, este sufrió serias críticas, algunas de las cuales terminaron en demandas ante la Corte Suprema de Justicia. Una de las principales críticas guarda relación con la exigencia de una fianza para la interposición del recurso de impugnación, condicionando el agotamiento de la vía administrativa y, por otro lado, el elevado monto de esta.

Originalmente, el efecto de su interposición fue suspensivo, con posterioridad, a través de la ley no. 69 de 2009, se le otorgó efecto devolutivo,

y nuevamente por medio de la ley no. 61 de 2017, se le devolvió el efecto suspensivo, con lo cual el recurso vuelve a recobrar parte de su naturaleza, tomando en cuenta que la fianza se exige para evitar o resarcir los daños y perjuicios que pueda causar la interposición de un recurso de impugnación con fines dilatorios.

Más adelante, en el año 2010, por medio de la ley no. 8 de 15 de marzo de ese mismo año, fue creado el Tribunal Administrativo Tributario, como parte de la vía administrativa, con el objetivo de conocer de los recursos interpuestos contra actos emitidos por las autoridades tributarias, antes de que los mismos fuesen demandados ante la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia y, en el año 2017, por medio de la ley no. 23 de 12 de mayo de ese año, se creó el Tribunal Administrativo de la Función Pública, cuya competencia consiste en conocer las apelaciones contra las acciones de recursos humanos, dirigidas contra servidores públicos permanentes, especialmente lo referente a las destituciones, reintegros y/o pago de indemnizaciones y el pago de los salarios caídos de los servidores públicos.

Todos estos tribunales forman parte de nuevas políticas públicas, para que algunas decisiones de la administración puedan ser revisadas, producto de recursos presentados por los particulares, por un ente independiente, distinto del que emitió el acto administrativo recurrido, con mayores garantías de imparcialidad, de modo que se puedan adoptar los correctivos correspondientes en la vía administrativa y, aliviar la excesiva carga de casos que atiende la Sala Tercera de la Corte Suprema de Justicia en estas materias. Sería positivo analizar si ha habido una disminución de demandas ante la Sala Tercera, luego de la creación de estos tribunales.

Bibliografía Citada y Consultada

Cavalli Yee, Carlos Alberto.

Compendio Sobre Contratación Pública en Panamá. Marco Teórica, Jurisprudencia, Procedimientos y Recursos ante las Autoridades Administrativas. Editorial Portobelo, Panamá, 2013.

Cedeño Alvarado, Ernesto.

- Temas Actuales sobre Contratación Pública. Editorial Universal Books, 2009.
- La Contratación Pública en Panamá. 2001.
- Compendio de normas sobre Contratación Pública. 2007.
- Aspectos procesales de la contratación pública en Panamá.
- Jurisprudencia sobre Contratación Pública. 2004.

Gasnell Acuña, Carlos.

- Cómo Contratar Eficientemente con el Estado, un análisis crítico de la ley no. 56 que regula la contratación en Panamá. Panamá, 2004.
- Comentarios sobre la nueva ley de Contratación Pública. Revista Debate N°14, 2008. Asamblea Nacional de Diputados.
- La ley no. 22 de 2006 y su Decreto Reglamentario (Texto comentado). 2010.

Razquín Lizarraga, Martín María.

Las Nuevas Directivas Sobre Contratación Pública de 2014: Aspectos Clave y Propuestas para su Transformación en España. Revista de Administración Pública, Núm. 196, Madrid, enero-abril (2015).

Sapag, Mariano A.

El Principio de Proporcionalidad y de Razonabilidad como Límite Constitucional al Poder del Estado. Un Estudio Comparado. Díkaion: Revista de Actualidad Jurídica N°17 de 2008. Colombia.

Varios Autores

Incorporación del valor social a la contratación pública en España: Situación y perspectivas. Revista de Estudios de la Administración Local y Autonómica: Nueva Época N°4, 2015.

Vérnia Trillo, Silvia.

La Inclusión de las cláusulas sociales en la contratación pública. Revista Aragonesa de Administración Pública N°20., 2002.

Documentos electrónicos

La Contratación Pública en Panamá. Junta de Andalucía, 2010. <http://www.extenda.com.pa/LinkClick.aspx?fileticket=Eq7irgSn%2Fzg%3D&tabid=38>



Calle 34, Ave. Cuba, La Exposición - Antiguo Palacio de Artes, Panamá, República de Panamá
Central Telefónica: (507) 500-3350 / Telefax: (500) 500-3309
procadmon@procuraduria-admon.gob.pa
www.procuraduria-admon.gob.pa