

ARTIGO

**DOS PELIGROS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA:
CONSIDERARSE UN FIN EN SÍ MISMO E INDUCIR A LA HUIDA DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO****DOIS PERIGOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ELETRÔNICA: CONSIDERAR-
SE UM FIM EM SI MESMA E INDUZIR À FUGA DO DIREITO ADMINISTRATIVO****TWO DANGERS OF THE ELECTRONIC PUBLIC ADMINISTRATION: CONSIDER
AN END IN ITSELF AND TO INDUCE THE FUGUE FROM THE ADMINISTRATIVE
LAW**

Marcus Vinícius Filgueiras Júnior¹

RESUMEN: Este ensayo tiene como objeto comentar sobre dos peligros que surgen con la implementación de la Administración electrónica: a) considerar la informatización como un fin en sí mismo, mientras deba ser implementada sólo con la finalidad de tornar la administración más eficiente, eficaz, transparente y ecológica. Implementar la Administración electrónica como un fin en sí puede conllevar a bizantinismos perjudiciales; b) La llamada *huida del Derecho Administrativo* es la flexibilización de las prerrogativas del Estado, con la creación de entes e institutos más próximos del derecho privado como forma de combatir la lentitud y la ineficiencia administrativa en general. La lentitud del derecho es natural y se suma a la lentitud de la Administración. Sin embargo, este artículo defiende que la respuesta para la ineficiencia es la Administración electrónica y no dicha *huida* que, al revés, es una respuesta peligrosa porque abre las puertas para arbitrariedades y reniega los postulados fundantes del Derecho Administrativo.

¹ Graduação em Direito pela Faculdade de Direito de Campos (1991). Mestre em Direito do Estado (sub-área Direito Administrativo) pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (2003). Doutorando pela Pontifícia Universidad Católica Argentina "Santa María de los Buenos Aires". Professor da Faculdade de Direito do Centro Universitário Fluminense (UNIFLU); Professor do Centro Universitário Redentor (Campos-RJ); Professor da Universidade Estácio de Sá (1997-2017); Professor nos cursos promovidos pela Escola Superior de Advocacia - ESA, da Ordem dos Advogados do Brasil (Campos-RJ); Advogado público concursado da Universidade Estadual do Norte Fluminense Darcy Ribeiro (UENF). Tem experiência na advocacia na área de Direito Público, com ênfase em Direito Administrativo e Financeiro. Desenvolve pesquisas científicas especialmente sobre o Direito Administrativo Internacional e Direito Administrativo Informático. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/1191408561558936>. E-mail: marcus_filgueiras@yahoo.it.

PALABRAS CLAVE: Administración Pública Electrónica. Acto administrativo automático. Acto administrativo electrónico. Gobierno electrónico. Huida de Derecho Administrativo.

RESUMO: Este ensaio tem como objeto comentar sobre dois perigos que surgem com a implementação da Administração eletrônica: a) considerar a informatização como um fim em si mesmo, enquanto deveria ser implementada somente com a finalidade de tornar a administração mais eficiente, eficaz, transparente e ecológica. Implementar a Administração eletrônica como um fim em si pode levar a bizantinismos prejudiciais; b) a chamada *fuga do Direito Administrativo* é a flexibilização das prerrogativas do Estado, com a criação de entes e institutos mais próximos do direito privado como forma de combater a lentidão e a ineficiência administrativa em geral. A lentidão do direito é natural e se soma à lentidão da Administração. Sem embargo, este artigo sustenta que a resposta para a ineficiência é a Administração eletrônica e não a referida *fuga* que, ao contrário, é uma resposta perigosa porque abre as portas para arbitrariedades e renega os postulados fundantes do Direito Administrativo.

PALAVRAS-CHAVE: Administração Pública Eletrônica. Ato administrativo automático. Ato administrativo eletrônico. E-governo. Fuga do Direito Administrativo.

ABSTRACT: This essay aims at commenting on two dangers arising out of the implementation of Electronic Administration: a) to consider informatization of administration as an end in itself, whereas it must be implemented only for the purpose of rendering the administration more efficient, effective, transparent and ecological. Implementing Electronic Administration as an end can lead to destructive Byzantinism; b) the so-called Scape from the Administrative Law is the flexibilization of the prerogatives of the State with the creation of entities and institutes closer to private law as a way to counter the administrative slowness and inefficiency in general. The natural slowness of the Law is added to the slowness of the Public Administration. However, this paper argues that the response to inefficiency must be the implementation of electronic Administration and not the scape from Administrative Law, which, conversely, is a dangerous response for it opens the door to arbitrariness and rejects the fundamental principles of Administrative Law.

KEYWORDS: Electronic Public Administration. Automatic administrative act. Electronic administrative act. E-government. Scaping of Administrative Law.

1 - INTRODUCCIÓN

La *Administración electrónica* es un fenómeno social contemporáneo que involucra el manejo de los medios tecnológicos por la Administración Pública. Es

punto pacífico que debe ser implementada para volver la actividad administrativa más eficiente, eficaz y transparente. Con la utilización de los recursos tecnológicos, los trámites y comunicaciones se tornan más rápidos, menos costosos y más ecológicos, además de revelarse más transparentes debido a la facilidad de acceso telemático a los actos de la Administración Pública.

Así, por fuerza de la aplicación de principios jurídicos que exigen el mejor atendimento de las necesidades del ciudadano-administrado, la implantación de la Administración electrónica resulta, en verdad, del cumplimiento de un deber jurídico. Ante este contexto, este ensayo plantea reflexionar sobre el modo de cumplir este deber jurídico, particularmente acerca de dos peligros que rondan la ejecución de la tarea: i) entender que la *Administración electrónica* debe ser adoptada a cualquier costo para todos los procedimientos, como si la informatización fuera una finalidad en sí misma; ii) concebir que las trabas propias del Derecho Administrativo lo tornan incompatible con la rapidez de los cambios tecnológicos motivo por lo cual reclamaría la *huida del Derecho Administrativo* como una forma de flexibilizarlo y aproximarlos del derecho privado.

Para lograr tales objetivos desde la perspectiva jurídica, se buscará partir de la definición de lo que se entiende por la *Administración electrónica*. En seguida, será afrontada la primera cuestión problemática sobre el peligro de considerarse la informatización como un fin en sí mismo. Después, se comentará acerca de la compatibilidad del Derecho Administrativo con la adopción de recursos tecnológicos. Con eso se llegará al tema del peligro de inducir el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo. Y, por fin, serán propuestas las consideraciones conclusivas.

2 - LA PREMISA: LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA ELECTRÓNICA Y TELEADMINISTRACIÓN

2.1- Concepto y su terminología (electrónico, digital, informático, virtual, desmaterializado, telemático)

El concepto de Administración Pública Electrónica o simplemente “Administración electrónica” se refiere, por supuesto, a la utilización de los instrumentos tecnológicos por parte de la Administración Pública.

La *Administración electrónica* no es un concepto jurídico, tampoco uno perteneciente a la ciencia informática. Hablar en *Administración electrónica* es más bien referirse a un fenómeno social contemporáneo que se revela en las administraciones públicas por causa del manejo de los medios tecnológicos.

Con referencia a la cuestión terminológica, el fenómeno puede ser también referido por las siguientes expresiones: gobierno electrónico, administración virtual, ciber administración, administración digital², administración *on line*, tele administración (Delpiazzo, 2009, p. 107), Administración desmaterializada, Administración telemática o hasta Administración informática.

Dos puntos deben ser levantados y posteriormente aclarados: i) la utilización de las expresiones *gobierno* o *administración* para referirse al fenómeno; ii) los adjetivos *electrónico*, *digital*, *informático*, *virtual*, *telemático*, *informático*, *desmaterializado*, *ciber* o hasta *on line* para cualificar el sustantivo *administración*.

Se comienza por el comentario del primer punto: Delpiazzo (2009, p. 107) comprende la expresión *gobierno* como más amplia que *administración*, motivo por lo cual nombra la Lección 24 del Tomo II de su obra sobre el Derecho Telemático como “Gobierno electrónico” y en el cuerpo del texto hace referencia a la “Administración electrónica” como un subtema.

La concepción amplia de *gobierno* del maestro uruguayo es más bien de naturaleza sociológica o política, ya que se puede suponer que se refiere a cualquier especie de actuación del Estado que alcance, incluso actividades políticas, judiciales o hasta legislativas. Al referirse al término *administración* se reporta al régimen de la Administración Pública.

Teniendo en cuenta lo expuesto, se prefiere utilizar, a los efectos de este estudio, la expresión *administración* que acoge la idea tanto de actividad administrativa del Estado bajo el régimen del derecho público, cuanto del conjunto de órganos y entidades que personifican el Estado. Se considera *gobierno* como la parte de actividad administrativa que toca a la alta gerencia del Estado o, en el sentido subjetivo, sus órganos de primer nivel jerárquico.

² En Italia, a partir del año 2006, la Ley ha tratado el fenómeno como “*amministrazione digitale*” con la creación del *Codice dell’amministrazione digitale* (d.lgs. n. 82/2005). Hubo, entonces, la pérdida de prestigio de expresiones como *e-government* (DUNI, 2008, p. 10-11). La misma pérdida de espacio en Italia se ha verificado con las expresiones *telemministrazione* y *amministrazione pubblica elettronica*.

Con relación a los adjetivos *electrónico*, *digital*, *informático*, *virtual*, *telemático*, *informático*, *desmaterializado*, *ciber* u *on line* no es raro que sean utilizados como expresiones sinónimas, aunque se sepa que, desde el punto de vista de la ciencia informática, hagan referencia a fenómenos técnicos distintos.

El término *electrónico* es de largo alcance porque hace referencia a la utilización de sistemas electrónicos que representan un universo diversificado de equipos que tratan la conducción de electrón por medio de cables u otros conductores. Entonces, se adopta, por lo pronto, la expresión *Administración Electrónica* por ser terminología bastante difundida en la doctrina y por ya ser registrada por el diccionario jurídico de la Real Academia Española.³

Los juristas españoles Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos han adoptado el término *administración electrónica* y acogido la definición del fenómeno propuesto por la Comisión Europea que así prescribe: “el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas.” (Casado; Ramos, 2017, p. 380).

En el mismo sentido amplio, hay la expresión *informático* que alcanza a la utilización de los equipos dotados de capacidad de procesamiento de informaciones. El término *digital* hace referencia al método de representación en forma numérica, o sea, los *bits*, que suelen ser manejados en alta velocidad por las computadoras.

A la lista de términos, se puede agregar todavía las expresiones *magnético* y *óptico* que algunas veces son utilizados para reportarse a objetos propios de la informática. (Masucci, 2000, p. 16)⁴ Serán usadas solamente las expresiones *electrónica*, *digital* e *informática* como sinónimas para fines de este breve estudio.

Asimismo, es oportuno mencionar que, especialmente en Italia – antes del advenimiento del Código de Administración Digital –, se solía denominar la administración pública que utilizaba la informática como administración *desmaterializada* o *virtual*. Los sentidos posibles para la expresión *virtual* residen siempre en algo que represente una realidad simulada o efémera. (KOOGAN/HOUAISS, 1998). A su vez, *desmaterializado* conlleva a la idea de algo destituido de existencia concreta.

Sin embargo, el hecho del dato digital ser una energía y encontrarse grabada en la memoria auxiliar de la computadora no puede significar que tenga existencia

³ Real Academia Española. “administración electrónica”, in *Diccionario del español jurídico*. Disponible: <http://dej.rae.es/#/entry-id/E12980>. Acceso en 17/dez/2018.

⁴ Nota de pie de página número 23, en que el autor hace referencia a la doctrina de Finochiaro.

simulada, efémera o irreal. Einstein se quedó muy conocido por su célebre ecuación de transformación de partícula en energía y viceversa. Con ello ha denotado que hasta el objeto más duro es conformado por energías concentradas y, a la vez, toda energía es tan real y concreta cuanto una piedra. (FILGUEIRAS JÚNIOR, 2004).

De esta manera, se prefiere no utilizar las expresiones *virtual* o *desmaterializado* para hacer referencia al fenómeno de la actividad administrativa ejecutada por medios electrónicos o informáticos.

2.2- La teleadministración y la Administración Electrónica

Sobre el término *telemático*, también en Italia, en la Universidad de Cagliari, Cerdeña, el Profesor Giovanni Duni ha concebido la teleadministración, que es un concepto más restricto que *Administración electrónica*. Para el maestro Duni, *teleamministrazione* fue definida como la actividad dotada de pleno valor jurídico-formal, desarrollada por la Administración Pública por medio de terminales de computadoras colgados a una base de datos oficial.⁵

La teleadministración, según Duni, presupone una Administración automática o, por lo menos, una actividad en que todos los actos practicados sean digitales y de valor jurídico igual a los dictados por el medio tradicional. Esta Administración, como se constata, sólo existe a partir de una dinámica telemática. En síntesis, se trata de una Administración Pública integralmente electrónica.

Teniendo en cuenta lo expuesto, el concepto de Duni – diversamente del *Administración electrónica* – no alcanza a la utilización de la informática como mero instrumento paralelo o auxiliar de la Administración, que el jurista italiano ha denominado como *teleburótica*.⁶ Lo que se puede constatar es que la

⁵ "L'espressione "teleamministrazione" significa amministrazione telematica e si riferisce essenzialmente all'attività, avente pieno valore formale, svolta dalla Pubblica Amministrazione a mezzo di terminali (o personal computers in prevalente funzione di terminali), collegati ad un centro elaborazione dati. Nella prospettiva globale ogni centro è a sua volta inserito in una rete nazionale della Pubblica Amministrazione." (DUNI, 1993).

⁶ "L'espressione teleamministrazione, nel senso sopra enunciato, è più specifico di quello "teleburótica", adoperato da Frosini, V. (...), come "riferito all'impiego delle telecomunicazioni nei rapporti di lavoro d'ufficio, come le teleconferenze audiovisive". La teleburótica, quindi, è un aspetto dell'attuale sistema di amministrazione pubblica, ancorché potenziato da strumenti moderni e dalla costituzione di archivi elettronici o banche dei dati. (...). Nella teleamministrazione la costituzione della banca dati, essendo un risultato automatico della stessa attività della Pubblica Amministrazione, costituisce un prodotto indefettibile. Talune problematiche delle banche dati in genere (ad esempio quella sulla riservatezza dei dati personali) investono anche le banche dati prodotte dalla teleamministrazione." (DUNI, 1993).

teleadministración es, en definitiva, el último estadio hacia al cual la Administración electrónica debe dirigirse: volverse integralmente electrónica de forma a mejor cumplir el deber jurídico establecido por la ley y entonces beneficiar al ciudadano-administrado.

En efecto e inspirado en las lecciones de Delpiazzo (2009, p. 107-108), será considerada *Administración electrónica todos los mecanismos y las infraestructuras tecnológicas y telemáticas utilizados por la Administración Pública para el ejercicio de la actividad administrativa de manera a mejor alcanzar a los fines establecidos por las normas del derecho público.*

Resulta del concepto propuesto dos aspectos que merecen destaque: i) si la informatización administrativa debe tener en cuenta objetivos generales contenidos por las normas jurídicas, no podrá ser un fin en sí misma, si se aplica el raciocinio a *contrario sensu*; ii) para ser posible alcanzar o consolidar la *Administración electrónica* se hace necesaria la realización de procesos que abarcan las dimensiones tecnológica y jurídica. Toda nueva tecnología incorporada deberá antes ser admitida por el sistema jurídico. Y hay plena capacidad del Derecho Administrativo de prepararse para acoger y utilizar los recursos informáticos contemporáneos, no habiendo necesidad de cambio de su estructura o de la flexibilización de sus postulados fundantes para seguir la dinamicidad del progreso tecnológico.

A continuación, se buscará comentar estos dos aspectos destacados que son, en realidad, los interrogantes planteados para esta reflexión.

3 - LA UTILIZACIÓN DE LA INFORMÁTICA NO PODRÁ SER UN FIN EN SÍ MISMO

De lo concepto de Administración Pública electrónica propuesto se puede inferir que está vinculado a un fin de carácter general albergado por las normas de derecho público, de manera a, por supuesto, favorecer al ciudadano-administrado. Al decir que la informática debe ser utilizada para alcanzar objetivos establecidos por el orden jurídico significa, primeramente, que son objetivos electos por el propio pueblo en el ámbito democrático. Después, que la actividad administrativa electrónica será muy probablemente realizada de forma más célere, transparente, ecológica y, en fin, con mejor calidad.

Cumpliendo estos valores, estará también cumpliendo valores cristalizados en las normas de derecho público (principios de la eficiencia, publicidad, proporcionalidad, legalidad, buena administración, etc.). Con eso, el ciudadano y la democracia serán prestigiados. Esta racionalidad se presenta muy tranquila y hasta incontrovertida.

Esa forma de abordar el fenómeno coincide en parte con los estudios que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico – OCDE hizo sobre el *e-government* en lo cual ha destacado que se trata de mecanismo tecnológico destinado a alcanzar un mejor gobierno. (OECD, 2005, p. 11). Belisario es más incisivo y advierte que sólo es posible llamar de Administración Electrónica (*Amministrazione digitale*) cuando sus procesos prescriban la utilización de las tecnologías con los siguientes objetivos: i) agregar eficiencia; ii) reducir los costos; y iii) mejorar la calidad de los servicios ofrecidos a los usuarios. (BELISARIO, 2009, p. 18-19).

Teniendo en cuenta lo expuesto, la utilización de la informática como un fin en sí mismo no es permitido pues, por lo pronto, no existe norma jurídica que la coloca como una finalidad a ser perseguida independiente de sus resultados, lo que, por sí solo, es suficiente para desautorizar la idea.

Además, aceptar la informatización como un fin generaría una sumisión o esclavitud a la tecnología muy perniciosa. Y peor: se trataría de un peligro silencioso y acríptico que acabaría por darse sin que en general se dé cuenta.

Bajo este respecto, en 1954, el matemático francés Georges-Théodule Guilbaud (1956, p. 22-24) ha desarrollado una teoría sobre la cibernética – concepto que, sin dudas, está vinculado al empleo de las máquinas – en la cual ya llamaba la atención sobre la necesidad de esta ciencia alcanzar al hombre también como parte de ella. La tecnología es un fenómeno humano.⁷

⁷ Pierre Levy aclara que hay quien diga que las nuevas tecnologías generan un “impacto” en la sociedad. Con todo, pondera que la expresión “impacto” es impropia porque se refiere a la idea de un proyectil inanimado, autónomo, que alcanza a un blanco humano – la sociedad – lo que, según el referido autor, se traduce en una metáfora bélica que merece reparos. Levy no se vuelve contra la figura retórica en sí misma, pero alerta que la referida metáfora revela una postura incorrecta en la lectura de la realidad, en la medida en que sugiere que la tecnología vendría de otro planeta, del mundo frío y calculador de las máquinas, extraño e indiferente a los valores humanos. Argumenta el pensador francés que “*es imposible separar el humano de su ambiente material, así como de los signos y de las imágenes por medio de las cuales le atribuye sentido a la vida y al mundo*”. Y no es razonable ser de otra forma, pues son los hombres que inventan y conciben la tecnología. Por ello, se cree que la tecnología debe ser comprendida, antes que nada, como un fenómeno humano, que debe ser, incluso, pensado y tratado a partir de los valores humanos. Como consecuencia natural, la tecnología

En principio, decía el francés que se debe reconocer el fenómeno del servomecanismo, en el cual se destaca el modo del funcionamiento de la máquina: una parte de la máquina impone a la otra el orden que produce la energía que dispara la actuación mecánica. Pero, Guilbaud aclaró que “hay diferenciación entre la fuente de energía y el origen de las órdenes.” Citó el ejemplo del freno de un coche. Describió la mecánica del esfuerzo que actúa sobre las ruedas que, con toda la certidumbre, proviene del pedal, que, a su vez, fue presionado por el hombre (GUILBAUD, 1956, p. 22-23). Por lo tanto, no hay como desconsiderar la relación del hombre con la máquina y especialmente su capacidad de imponer su voluntad para dar origen a muchos trámites. El hombre funciona como el *piloto* capaz de lanzar energía para que la máquina produzca el resultado.

Ernesto Sabato, ilustre escritor argentino, ya en 1951, ha lanzado una verdadera denuncia sobre los peligros del propio hombre decidir someterse a las ciegas a la velocidad y a la lógica binaria de las máquinas. Lo que nació para ser medio acaba por convertirse, peligrosamente, en el fin. Dijo Sabato que “el reloj, que surgió para ayudar al hombre, se ha convertido hoy en un instrumento para torturarlo.” (SABATO, 2006, p. 67). Su lógica – muy criticada en la época – se basaba no en la condena de la máquina en sí, sino en la decisión del propio hombre de conquistar el universo objetivo de las máquinas al precio de la “humillación de valores verdaderamente humanos.” (SABATO, 2006, p. 92). Más que aturdido, Sabato se mostraba inconformado con esta pseudo inteligencia. Apuntó la inconsistencia de esa racionalidad al denunciar que “los teóricos del maquinismo sostuvieron que la máquina, al liberar al hombre de las tareas manuales, dejaría más tiempo libre para las actividades del espíritu. En la práctica las cosas resultarían al revés y cada día disponemos de menos tiempo.” (SABATO, 2006, p. 67).⁸

Por ello, no es raro ver que sigue el uso irracional de los propios instrumentos informáticos en las Administraciones, que tornan procedimientos bien simples del sistema tradicional en nuevos procedimientos complicados y muy poco céleres o eficientes. (BELISARIO, 2009, p. 18.) Revela Ernesto Belisario – jurista italiano especializado en el derecho de la Administración Pública digital – que la falta del

creada y producida por el hombre necesita ser monitoreada para que cumpla su papel ético y sustentable de beneficiar a la humanidad (LEVY, 1999, p. 21-23).

⁸ En 2000, Sabato publica “La resistencia”, un ensayo existencial en que reafirma su crítica a la modernidad que se ahoga en instrumentos poderosos de la tecnología al sacrificio de valores humanos fundamentales (SABATO, 2011).

éxito se debe a la utilización no razonable de muchos de los instrumentos informáticos, sin la preocupación de alcanzar mejores resultados. Belisario apunta que hay, en verdad, bizantinismos en la utilización de las tecnologías, o sea, la preocupación con temas menos importantes que los verdaderos objetivos de la informatización administrativa. (BELISARIO, 2009, p. 17-18.)

Tampoco es raro ver el estadio de transición entre el sistema tradicional para lo informático no desplegar de manera a mantener la informática apenas como un procedimiento paralelo o coadyuvante. Por eso, es relevante la advertencia hecha por el entonces estudiante de ingeniería Leibowich Becker de la Universidad Palermo (Buenos Aires) en el sentido de que “el uso sin estudios previos únicamente con el objetivo de informatizar para seguir una moda puede generar gasto inútil e improductivo.”⁹

Valiéndose del uso irracional de las tecnologías, la Administración no cumplirá de modo más eficiente los principios trazados por la Constitución y materializados en las normas legales. Por consiguiente, no tendrá condiciones de satisfacer las necesidades de los ciudadanos-administrados.

Aunque no se trate de concepto jurídico – como se ha comentado – la *Administración electrónica* sólo hace sentido, por lo tanto, como instrumento que se consiga cumplir todo lo propuesto (o impuesto) por el orden jurídico de forma más eficiente, eficaz y transparente posible. En verdad, como se dijo, la eficiencia, eficacia y transparencia son también exigencias del orden jurídico.

Frente a esta perspectiva, es necesario destacar que la utilización de la informática jamás podrá constituirse en un fin en sí mismo. Establecer como meta el simple hecho de instituir la mecanización o automatización de los procedimientos administrativos representaría un modo distorsionado de implantar la *Administración electrónica*. Por otras palabras, sería una forma antijurídica de convertir la informatización en una finalidad que no fue acogida por las normas jurídicas.

Es relevante agregar por fin un ejemplo de instrumento jurídico por medio del cual la informática se queda subordinada, de manera explícita, a valores humanos. El ejemplo podrá servir de inspiración para otros ámbitos a ser alcanzados por la informatización. En el orden jurídico brasileiro hay la advertencia de nivel

⁹ LEIBOWICH Becker, Fernando. *Introducción a la Despapelización del Estado*. Buenos Aires: Universidad de Palermo, 2003. Disponible: <https://www.palermo.edu/ingenieria/downloads/CyT%204/CYT402.pdf>. Acceso: jan/2019.

constitucional en el sentido de que son derechos de los trabajadores urbanos y rurales la protección del trabajo frente a la automatización, en los términos fijados por la Ley. (BRASIL, 1988). La Constitución Brasileña impone un verdadero límite a la informatización o mecanización de modo a garantizar que no habrá el empeoramiento de las condiciones de trabajo por causa de la automatización.

Lo que se nota es que la Constitución de Brasil rechaza expresamente que la informatización sea causa de desempleo o de cualquier otro efecto perjudicial para las condiciones laborales. Sin embargo, ello no puede ser comprendido, por supuesto, que no se deba valerse de la tecnología para, de alguna forma, remplazar el trabajo humano, sino que el obrero deberá ser amparado por causa de este fenómeno.

4 - LA COMPATIBILIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO CON LA VELOCIDAD DEL AVANCE TECNOLÓGICO

4.1. La tradición del Derecho no es obstáculo a la tecnología

El derecho, por su naturaleza, tiende a cohibir la inestabilidad y las sorpresas a los destinatarios de las normas jurídicas. Por eso, siempre se reconoce en el derecho un rasgo tradicional, lo cual, en cierta parte, es responsable por la lentitud constante de su evolución. (DUNI, 2008, p. 3).

Sin embargo, esta característica del derecho no se presenta como un obstáculo a la utilización de la informática o de su adaptación a la velocidad evolutiva de la tecnología. Aunque se reconozca que la expresión “tradición” sea polisémica, y que no raro es invocada como instrumento para imponer valores o ideales conservadores en el ámbito jurídico, la tradición en el derecho no puede ser sinónimo de conservadorismo o cualquier especie de inmovilismo. En otro decir, la tradición no puede ser considerada como factor retrocesivo o que resulte en involución.

Al contrario, la tradición en la perspectiva jurídica debe ser comprendida como un patrimonio de conocimiento que se presenta como verdadero substrato de la actuación en el presente. Se trata, en definitiva, de una visión – de perfil gadameriano – del pasado que se constituye en verdadero horizonte dentro del cual

la vida humana se realiza en el presente.¹⁰ La tradición debe ser vista incluso como un mecanismo de alejamiento de subjetivismos o solipsismos arbitrarios exactamente para inhibir sorpresas a los destinatarios de las normas.¹¹

Por lo tanto, la característica de previsibilidad y de instrumento prestigioso de la tradición que marca el derecho no debe ser capaz de impedir la aplicación de las nuevas tecnologías bajo el argumento de incompatibilidad con la evolución acelerada de la informática.

4.2- El Derecho Administrativo es compatible con la incorporación de las nuevas tecnologías en las oficinas públicas

Es necesario reconocer que, en el ámbito del Derecho Administrativo, la lentitud de la Administración Pública se suma a la característica de “tradicional” del derecho. La lentitud viene siendo una marca indeseable de las Administraciones públicas contemporáneas, por la simple razón de que la sociedad reclama respuestas más rápidas para sus necesidades. Por eso, hay una natural asociación de la Administración Pública con la ineficiencia y de la administración privada con la eficiencia.

En parte, ello es resultante de la obligación del Estado de cumplir muchos trámites burocráticos agotadores, a veces complicados y muchas veces detallados. Tales trámites, además de necesarios para los fines del control, todos ellos son impuestos por los principios y reglas del derecho público, especialmente por el principio de la legalidad, para evitar el avasallamiento de los derechos individuales y el uso arbitrario del poder público. (CASADO, 2015, p. 57).

¹⁰ Sobre la tradición en el derecho, ver Pastore (1990).

¹¹ “Parece-me, no entanto, que entre a tradição e a razão não existe nenhuma oposição que seja assim tão incondicional. (...) Na realidade, a tradição sempre é um momento da liberdade e da própria história. Também a tradição mais autêntica e a tradição melhor estabelecida não se realizam naturalmente em virtude da capacidade de inércia que permite ao que está aí de persistir, mas necessita ser afirmada, assumida e cultivada. A tradição é essencialmente conservação e como tal sempre está atuante nas mudanças históricas. Mas a conservação é um ato da razão, e se caracteriza por não atrair a atenção sobre si. Essa é a razão por que as inovações, os planejamentos aparecem como as únicas ações e realizações da razão. Mas isso não passa de aparência. Inclusive quando a vida sofre suas transformações mais tumultuadas, como em tempos revolucionários, em meio à suposta mudança de todas as coisas, do antigo conserva-se muito mais do que se poderia crer, integrando-se com o novo numa nova forma de validez. [...] [O] que importa é reconhecer o momento da tradição no comportamento histórico e indagar pela sua produtividade hermenêutica. [...] A compreensão deve ser pensada menos como uma ação da subjetividade e mais como um retroceder que penetra num acontecimento da tradição.” (GADAMER, 2004, p. 373-385).

No está de más recordar que el régimen de la legalidad administrativa es así no sólo porque es un sistema destinado a inhibir el uso arbitrario del poder, sino porque al Estado le toca cumplir diversos deberes de naturaleza pública muy distintos de los deberes que alcanzan a los particulares. Un ejemplo clásico de estos encargos republicanos es dar igual oportunidad a todos, como cuando promueve la licitación pública para hacer una compra, o hace publicar un llamado (concurso público) para colmar una vacante.

Lo que necesita quedar registrado es que el Estado tiene deber de realizar la justicia social, adoptar medidas volcadas hacia la transparencia y a la realización de políticas públicas entre otros deberes de naturaleza netamente pública. Todo eso representa encargos que siempre demandan más tiempo y costo, pues requieren la realización de diversos procedimientos administrativos, a cada día más complejos, teniendo en cuenta la creciente complejidad de las relaciones sociales. En realidad, son deberes jurídicos que concretizan los postulados fundantes del Derecho Administrativo, sin los cuales habría la inequívoca desconfiguración de esta disciplina jurídica. En otro decir, hay siempre un aspecto burocrático (en el sentido weberiano de la palabra) inherente a la función administrativa.

La ineficiencia del Estado-Administración es también agravada por la arbitrariedad practicada en las actividades administrativas, por la violación de derechos individuales por parte de los agentes públicos, por la inercia, la falta de transparencia, la baja participación popular en el gobierno o hasta por la corrupción, en fin, por el incumplimiento del propio derecho.

Por supuesto, todas estas deficiencias componen un cuadro que milita en contra del buen funcionamiento de la máquina administrativa y, por consiguiente, en contra de los intereses y derechos básicos del ciudadano-administrado.

Aun ante esta realidad desfavorable, nada hay de incompatible en adoptar las nuevas tecnologías que cambian a todo instante. Argumentar que la sumisión a la legalidad para adoptar y mantener el uso de las tecnologías sería inviable por parte de la Administración porque demandaría demasiado tiempo – incompatible con la velocidad tecnológica – no parece bien justificado.

Por un lado, no toda inclusión tecnológica de la Administración deberá ser sometida al ámbito legislativo. El tema deberá ser, en gran parte, resuelto en el ámbito reglamentario a partir de la autorización legal. No se puede suponer que,

para cada cambio tecnológico, la legislatura sea convocada a cambiar las leyes, pues la actualización, si necesaria, sería hecha por medios de actos normativos infra legales.

Por el otro, a pesar de los trámites internos demandasen más tiempo que en el ámbito de las administraciones particulares, no hay argumentos que amparan la conclusión de que no funcionarían o que la lentitud se configuraría un obstáculo.

Dicha realidad desfavorable tampoco puede servir de pretexto para reclamar el cambio del paradigma del Derecho Administrativo hacia al derecho privado para resolverse el problema de la ineficiencia estatal, incluso, como el único camino para viabilizar la *Administración electrónica*. Es esto lo que se mencionará a continuación.

5 - EL PELIGRO DE LA *HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO*

La *huida del Derecho Administrativo* es, en verdad, una expresión originaria del Derecho Administrativo español que hace referencia al nocivo fenómeno de la creación por el Estado de nuevos entes y organizaciones con personalidad jurídica de derecho privado, con la afirmación formal de no pertenecer a la Administración Pública de manera a no someterse al régimen jurídico-administrativo. (CASADO; RAMOS, 2017, p. 58)¹² El fenómeno fue muy criticado por diversos juristas españoles como siendo un ejemplo de manifiesto peligro de ocurrencia de arbitrariedad en el manejo de los fondos públicos.¹³

A los efectos de este ensayo, la expresión será definida en términos menos rigurosos que el español. Así, se la conceptúa como la reducción de las prerrogativas del Estado y de la flexibilización de las relaciones jurídico-administrativas como una manera alejar la Administración Pública del régimen de derecho público y acercarla del régimen del sector privado bajo el argumento de alcanzar la eficiencia y mejores resultados.

El mecanismo de concretización de la *huida* se hace por medio de la adopción de las formas típicas del derecho privado, tales como la creación de personas jurídicas

¹² Ver también Salomón (2015).

¹³ Gamero Casado e Severiano Fernández citan el ejemplo de los juegos olímpicos de Barcelona de 1992 en que hubo contrataciones de más de mil millones de euros por empresas estatales de derecho privado en total desconformidad con el régimen de la Ley de contratos administrativos vigente. (CASADO; RAMOS, 2017, p. 58-62). Gamero Casado ha abordado el tema de modo más detenido y crítico en su galardonada obra (GAMERO, 2015).

del Estado sometidas a este derecho de los particulares aún que parcialmente, privatizaciones de entidades públicas y servicios, como también por la flexibilización de las normas de derecho público con la derogación o mitigación de principios y reglas jurídico-administrativos que representan los postulados fundacionales del Derecho Administrativo.

Como se ha comentado, la utilización de la *huida del Derecho Administrativo* es justificada para hacer superar, por un lado, la lentitud fruto de prerrogativas y deberes públicos del Estado y, por el otro, las referidas deficiencias patológicas de la Administración Pública.

Sin embargo, es justamente la adopción de los instrumentos informáticos que van a contribuir de manera decisiva para combatir dichas deficiencias, tornando la Administración más rápida y transparente dentro de los límites impuestos por el régimen jurídico-administrativo. Ésta es la respuesta que la sociedad necesita: mantener intactos los postulados fundantes del Derecho Administrativo, pero presentando una respuesta más rápida a los ciudadanos-administrados.

Ahora bien, el Derecho Administrativo deberá mantener siempre la búsqueda del perfeccionamiento, pero sin negociar con los postulados democráticos de derecho público. Más allá de una discusión ideológica, es posible la Administración se convierta en más eficiente sin la necesidad de someterse al régimen del derecho privado. Recurrir a la *huida del Derecho Administrativo* parece un equívoco metodológico, porque incompatible en muchos aspectos con el régimen de derecho público. Además, se revela peligroso, en la medida en que abre más oportunidades para arbitrariedades en el manejo de la cosa pública.¹⁴

En este sentido, Eduardo Gamero y Severiano Fernández advierten que, en la medida que el modelo de la “huida” fue avanzando en España, parecía acercarse del sistema anglosajón del *rule of law*. “El fenómeno privatizador se ha extendido como una plaga, dando lugar a una verdadera constelación de instituciones.” (CASADO; RAMOS, 2017, p. 60).

El sistema anglosajón es diferente del romano-germánico. Es en éste que se funda el derecho español y también los derechos de las naciones latinoamericanas.

¹⁴ Es oportuno aclarar que el rechazo de la privatización del Derecho Administrativo no viene fundado en términos ideológicos, sino jurídicos. La idea de dar al principio de la eficiencia y de la eficacia la fuerza jurídica de flexibilizar la legalidad no parece encontrar amparo en el orden jurídico constitucional como los de Argentina y Brasil. Sin embargo, se reconoce que el debate político-ideológico subyacente es legítimo y relevante para la madurez democrática, pero no es lo que se pretende con estas breves reflexiones.

Aquél, el anglosajón, es dotado de sistemática propia para promover la garantía de los ciudadanos y el control de la Administración, mientras tanto, en nuestro sistema, el mecanismo de garantías e y control de la Administración Pública es conferido por el Derecho Administrativo con todos sus reglas y principios.¹⁵

6 - CONSIDERACIONES CONCLUSIVAS

Por lo expuesto, hay elementos para que se pueda extraer las siguientes conclusiones:

Teniendo en cuenta que el fenómeno de la *Administración electrónica* es un instrumento para tornar la Administración Pública mejor para los ciudadanos-administrados y que, por eso, es un deber jurídico adoptarla, los gestores públicos deben hacerlo fijándose que tal deber es de naturaleza instrumental para alcanzar los fines prefijados por el orden jurídico. De esa forma, no podrá convertirse en un fin en sí mismo. El medio no podrá convertirse en fin. Concebir la informatización como un objetivo a ser logrado a cualquier costo se revela ilegal y peligroso porque llevará la gestión pública a volverse esclava ciega de la tecnología con serios perjuicios para los ciudadanos.

Por otra parte, el Derecho Administrativo es perfectamente compatible con la velocidad del progreso tecnológico. Presentar la *huida del Derecho Administrativo* como respuesta para la superación de la ineficiencia estatal podrá abrir espacio para arbitrariedades y desprestigio de los encargos públicos que traducen el espíritu nuclear de principio republicano. Tampoco la respuesta sería erigir un Derecho Administrativo pesado con exceso de salvaguardias y con estructura paquidérmica, sino la implantación de la *Administración electrónica* con el rediseño del procedimiento administrativo para que tenga la capacidad de atender de modo más eficiente, democrático y transparente las necesidades del pueblo.

¹⁵ “El fenómeno privatizador se ha extendido como una plaga, dando lugar a una verdadera constelación de instituciones (...). En la medida que la Administración adopta formas jurídicas de Derecho privado, el modelo que está implantando parece aproximarse al sistema anglosajón del rule of law. Sin embargo, en nuestro ordenamiento esta operación presenta claras deficiencias, porque el sistema anglosajón ha articulado mecanismos específicos con los que garantizar la objetividad de la actuación de la Administración, en tanto que en nuestro Derecho no existen tales mecanismos: el Derecho garantizador es el Derecho administrativo, no el Derecho privado. Por ello, un importante reto que tiene planteado el Derecho administrativo en este momento es conseguir reconstruir las garantías de los ciudadanos ante estas nuevas instituciones administrativas, que el legislador declara formalmente sometidas al Derecho privado, y actúan en consecuencia al margen del Derecho garantizador de la objetividad y de los derechos individuales.” (CASADO; RAMOS, 2017, p. 60).

BIBLIOGRAFIA

BELISARIO, Ernesto. *La Nuova Pubblica Amministrazione Digitale*. Dogana: Maggioli Editore, 2009.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. [on-line]. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 26 dez. 2020.

DELPIAZZO, Carlos E. *Lecciones de Derecho Telemático*, t. II. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2009.

DUNI, Giovanni. *L'amministrazione digitale. Il diritto amministrativo nella evoluzione telematica*. Milano: Giuffrè Editore, 2008.

DUNI, Giovanni. Teleamministrazione. In: *Enciclopedia giuridica*, v. 30. Roma: Istituto della enciclopedia italiana, 1993.

FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinícius. O ato administrativo eletrônico e a teleadministração. Perspectivas de investigação. *Revista de Direito Administrativo*, Renovar/FGV, Rio de Janeiro, n. 237, p. 243-264, 2004.

GADAMER, Hans-Gerog. *Verdade e Método – traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*. Petrópolis: Vozes, 2004.

CASADO, Eduardo Gamero. *Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*. Sevilla: Fundación Real Maestranza de Caballería de Granada, 2015.

CASADO, Eduardo Gamero; RAMOS, Severiano Fernández. *Manual Básico de Derecho Administrativo*. Madrid: Editorial Tecnos, 2017.

GUILBAUD, G. T. *La cibernética*. Trad. Alejandro Sanvisens Marfull. Barcelona: Vergara Editorial, 1956.

KOOGAN/HOUAISS. Verbete “virtual”. *Enciclopédia e dicionário ilustrado*. Rio de Janeiro: Seifer, Delta, 1998.

LEVY, Pierre. *Cibercultura*. Trad. Carlos Irineu Costa. São Paulo: Ed. 34, 1999.

MASUCCI, Alfonso. *Il documento amministrativo informatico*. Rimini: Maggioli Editore, 2000.

OECD. *E-government for better government*. Washington: OECD, 2005. Disponível em: https://read.oecd-ilibrary.org/governance/e-government-for-better-government_9789264018341-en#page12 . Acesso em: 26 dez. 2020.

PASTORE, Baldassare. *Tradizioni e diritto*. Torino: Giappichelli Editore, 1990.

SABATO, Ernesto. *Hombres y engranajes*. Buenos Aires: Seix Barral, 2006.

SABATO, Ernesto. *La resistencia*. Buenos Aires: Booket, 2011.

SALOMÓN, D. A. S. La huida del derecho administrativo en España y en Colombia. Un panorama desde las entidades descentralizadas. *Revista de Derecho Público*, Bogotá, Universidad de los Andes, v. 34, jun. 2015.