

El deber de la Administración Pública de utilizar internet para alcanzar la transparencia [1]

Marcus Vinícius Filgueiras Júnior

Universidade Estácio de Sá, Campos dos Goytacazes, Brasil

marcus_filgueiras@yahoo.it

Resumen. El estudio parte de la idea de que en el estadio actual del Estado democrático de Derecho, la realización de la transparencia administrativa es un deber de la Administración Pública, porque resulta de un derecho fundamental a la "buena Administración", bien como del derecho de acceso a la información pública. Por eso, la Administración tiene el deber jurídico de adoptar los instrumentos que hagan su actividad más transparente y accesible. Internet es un instrumento más eficaz en la divulgación que los medios de comunicación convencionales, en virtud de alcanzar más personas, de forma más rápida y por presentar menor costo, además de ser más ecológico. Se concluye que el deber de la Administración Pública de usar internet para cumplir la transparencia es de orden vinculada y no discrecional, pues la realidad de la sociedad de la información no nos deja margen de apreciación para elegir los medios tradicionales de divulgación.

Abstract. The study departs from the idea that at this stage of the democratic state of law, the actualization of administrative transparency is the duty of the public administration, because it is a fundamental right to "good administration", as well as the right of access to public information. Therefore, the Administration has the legal duty to adopt the tools that make its activity more transparent and accessible. Internet is a more effective tool in spreading the conventional media, by reaching more people, faster and lower cost, in addition to being greener. We conclude that the duty of the Public Administration to use the internet to meet the transparency is of linked and non-discretionary order, as the reality of the information society does not leave discretion to choose the traditional means of dissemination.

Keywords: Public Administration, principle of transparency, administrative discretion, internet, electronic administrative act, e-government.

¹ Este texto es la síntesis del estudio desarrollado por nosotros en el Seminario de Principio Generales de Derecho Público I, del doctorado en Ciencias Jurídica de la Pontificia Universidad Católica Argentina, cursado en Julio 2011, bajo la guía del Profesor Doctor José María Bandieri Blanco.

1 Introducción

Es seguramente un altruismo afirmar que somos del tiempo presente, que estamos vinculados inexorablemente al tiempo en que vivimos, que somos del “hoy”. El Profesor Bandieri Blanco, al analizar la práctica actual del poder constituyente, coloca este altruismo dentro del plano filosófico al decir que “todos los conceptos más firmes del conocimiento práctico (...) están inmersos en la temporalidad”². Esta constatación tiene gran utilidad metodológica si es utilizada como punto de partida de un análisis jurídico, pues funciona como una premisa que nos impone una consecuencia lógica, que es la siguiente: comprender los conceptos temporales en todas sus dimensiones – o construirlos – exige que el intérprete recoja elementos de la realidad, de su propio contexto histórico. Hagamos una ligera zambullida en nuestro tiempo.

El siglo XX fue marcado por la revolución tecnológica que repercutió permanentemente sobre las personas y la sociedad, de un modo general [3]. En el siglo XXI la innovación tecnológica se viene profundizando. Refleja la consolidación de la “sociedad de la información” que se vale de las nuevas tecnologías para tratar y difundir la información de manera de convertirla hasta mismo en un bien económico [4]. Estos son, sin duda, aspectos emblemáticos de nuestro tiempo.

Como nos aclara Pierre Levy [5], 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 [6] 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, mas 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

² Blanco, Luis María Bandieri, *El poder constituyente: su sentido y alcance actual*, Texto base ampliado de la disertación pronunciada el 27 de octubre de 2006, Congreso de Derecho Constitucional – “Reforma de la Constitución y Jurisdicción Internacional”, Arequipa (Perú).

³ “El vertiginoso desarrollo de nuevas e modernas tecnologías repercute permanentemente sobre las personas y la sociedad, las empresas, las instituciones y el Estado” (Cobo, Dolores Lavalle, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 01). Ver también Pardini, Aníbal A., *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002, p. 23-29.

⁴ “La ‘sociedad de la información’ se caracteriza, fundamentalmente, en que la creación, distribución y manipulación de la información forman parte importante de las actividades culturales y económicas, convirtiéndose sin lugar a dudas en bienes intangibles altamente valorados” (Guerrero, Ramiro Anziti; Tato, Nicolás S.; Profumo, Santiago J., *El Derecho Informático – Aspectos fundamentales*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010).

⁵ Levy, Pierre, *Cibercultura*, Trad. Carlos Irineu Costa, São Paulo, Ed. 34, 1999, p. 21-23.

⁶ “¿Sería la tecnología un actor autónomo, separado de la sociedad y de la cultura, que serían a penas entidades pasivas percudidas por un agente exterior?” (Levy, Pierre, *Cibercultura*, Trad. Carlos Irineu Costa, São Paulo, Ed. 34, 1999, p. 22).

planeta, del mundo frío y calculador de las máquinas, extraño e indiferente a los valores humanos. Argumenta el pensador francés que “es imposible separar lo humano de su ambiente material, así como de los signos y de las imágenes por medio de las cuales el 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 estas razones, se cree que la tecnología debe ser comprendida, antes que todo, como un fenómeno humano, que debe ser, inclusive, pensada y tratada a partir de valores humanos. Como consecuencia natural, la tecnología creada y producida por el hombre necesita ser monitoreada para que cumpla su papel ético y sustentable de beneficiar a la humanidad.

Es dentro de este contexto que el presente estudio se inserta. Proponemos analizar brevemente la repercusión que internet impone al principio de la publicidad que es aplicable a la Administración Pública. Más específicamente, el objetivo principal de este estudio es identificar el internet como un fenómeno vinculado a nuestro tiempo, el cual debe ser utilizado de modo obligatorio por parte de la Administración Pública, y como instrumento para la realización transparente de la actividad administrativa. La cuestión es problemática porque remanece al agente público cierto margen decisorio de libertad, fenómeno jurídico-administrativo conocido como discrecionalidad. De este modo, cabe reflejar hasta qué punto las circunstancias impuestas por este instrumento de la “sociedad de la información” vincula la actuación de la Administración Pública.

La investigación nos parece relevante y también urgente, porque los déficits de la sociedad mundial son crecientes, los cuales se manifiestan por medio de agudas desigualdades sociales [7], de pobreza extrema, de violencia, entre otros factores negativos. Por esta razón, la responsabilidad de la Administración Pública también es ampliada, pues el régimen jurídico-administrativo está vinculado a la realización concreta del interés público. Esta mayor responsabilidad de la Administración Pública implica directamente la necesidad de control más eficaz sobre su actividad. Y, como se sabe, no se controla lo que no se conoce. Es en este punto que internet puede contribuir de modo decisivo a la consolidación de la transparencia administrativa y hacer más eficaz el control sobre sus actividades. Con esto, se reafirma la relevancia del estudio que se propone en este momento.

El presente estudio es dividido en tres capítulos. Abordaremos, en el Capítulo “2”, internet y los aspectos que lo hacen uno de los más potentes instrumentos de divulgación de información, además de ecológico. En el Capítulo “3”, será trazado el perfil del principio de la publicidad, destacando su sentido amplio, de transparencia. Por fin, en el Capítulo “4”, buscaremos establecer la relación entre los dos capítulos anteriores en el cual se fijará los parámetros de la discrecionalidad y, así, se concluirá sobre la

⁷ “El mundo contemporáneo se caracteriza por las profundas transformaciones originadas en el desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y de la comunicación – TIC – en la sociedad, y en el caso de América Latina, por el mantenimiento de profundas desigualdades sociales”. (CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, 2007, p. 3, disponible en: www.clad.org).

obligatoriedad o no de la Administración Pública de divulgar su actividad en el sitio electrónico oficial, accesible vía internet.

Del punto de vista del marco teórico, es pertinente observar que este trabajo se basará en gran parte en la doctrina argentina, uruguaya y brasileña, aunque no se pueda confinar el tema central al derecho positivo de este o de aquel país. La reflexión sobre los principios de la publicidad y de la transparencia de la Administración Pública en la sociedad de la información tiene alcance planetario.

2 Internet como un medio eficaz y ecológico para la divulgación de información

2.1 Internet y su origen

El fenómeno social denominado internet no presenta definición unánime. Sin embargo, es posible apuntar características o aspectos nucleares que la consideran como un objeto de la sociedad de la información. Pretendemos en este subcapítulo y en el próximo a penas trazar el perfil de internet que nos permita relacionarlo con la transparencia de la Administración Pública. Buscaremos trazar una descripción más fenomenológica de lo que propiamente técnica. Buscaremos, finalmente, tomar de la realidad aquellos elementos objetivos que tengan aptitud para revelar la gran capacidad de divulgación que tiene internet. Con esto, atenderemos a los propósitos de este estudio.

La expresión “internet” es el resultado de la contracción de la expresión inglesa “internacional network of computers”, que significa una red internacional de computadoras. En verdad, se trata de una red mundial que interconecta otras diversas redes de computadoras [8]. Esta interconexión se da por línea telefónica, fibra óptica, cable submarino, vía satélite o vía radio. Permite la conexión mundial por medio de computadoras entre gobiernos, empresas, universidades e individuos. Lo que se exige es que estas computadoras se comuniquen por medio de lenguajes compatibles. Para esto, la comunicación en internet debe atender a un patrón, que se denomina “protocolo de comunicación”. Dos son los protocolos más conocidos: “http” – hyper text transfer protocol y “ftp” – file transfer protocol, los cuales son adoptados por la world wide web (“www”), que es la forma más común de acceso a internet.

El origen de internet es bien conocido. Nació en 1969, en los Estados Unidos de América del Norte (EUA), a partir de la red computacional denominada ARPANET, desarrollada por el Departamento de Defensa de los EUA para fines estrictamente militares en tiempos de la guerra fría. El internet que hoy conocemos se originó precisamente por la expansión de esta red que después pasó a ser utilizada para fines académicos y científicos [9] y, por fin, invadió al mundo comercial de modo irreversible.

⁸ Delpiazzo, Carlos E., *Lecciones de Derecho Telemático*, T. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004, p. 54.

⁹ Delpiazzo, Carlos E., *op. cit.*, p. 54. Ver también Clementino, Edilberto Barbosa, *Proceso Judicial Electrónico*, Curitiba, Juruá Editora, 2007, p. 69-72.

Es fácil deducir que, una vez alcanzado el ámbito de los negocios, internet se volvió “lugar” cuyo potencial comunicativo e informativo respondió con amplitud y eficacia. Este aspecto que revela la capacidad comunicativa y de divulgación de internet nos interesa de modo especial en este estudio. Veamos en seguida algunas características de internet que hacen de ella un instrumento fantástico de divulgación y apropiación de información.

2.2 Las características que lo hacen un medio eficaz y ecológico

La primera característica de internet que destacamos es que se presenta como una red abierta, porque cualquier persona puede acceder a ella [10]. No hay reglas de credenciales o restricciones de acceso. Basta con que el ciudadano interesado posea los equipos informáticos necesarios para este fin y se conecte a la red. Debido a esta configuración abierta, se viene creciendo geométricamente el número de usuarios de esta red global [11]. Recuérdese que aún existe un gran índice de exclusión digital tanto en Argentina como en Brasil, que es un hecho público y notorio. Hay muchas personas que se encuentran bajo la línea de pobreza que no tienen acceso a los derechos más elementales como la vivienda, la salud y la educación. A pesar de eso, el número de usuarios sigue se multiplicando.

Otra característica marcada es su naturaleza interactiva, ya que el “usuario genera datos, navega y establece relaciones” [12]. El usuario puede perfectamente ingresar a un sitio comercial y efectuar una compra en caso esta operación estuviere disponible. Por otro lado, podrá el empresario crear el sitio electrónico de su negocio y vender su producto o servicio a través de internet [13]. Del mismo modo, podrá el ciudadano acceder a un sitio electrónico gubernamental y realizar alguna operación disponible, como por ejemplo, bajar algún archivo, hacer un reclamo o una comunicación. En Brasil, la declaración de impuesto a la renta es elaborada por la computadora y enviadas electrónicamente al órgano fiscal por medio de internet [14]. El programa infor-

¹⁰ Lorenzetti, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*, trad. Fabiano Menke, São Paulo, RT, 2004, p. 25-31.

¹¹ Las estadísticas oficiales argentinas y brasileñas demuestran que el número de acceso al internet va multiplicando geométricamente. En Brasil, este número creció 75% entre 2005 y 2008, según IBGE – Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/noticia_visualiza.php?id_noticia=1517, fecha de captura: 28/febrero/2012). En Argentina, según INDEC, ocurre lo mismo: entre diciembre/2005 y marzo/2010 el número de acceso residencial creció cerca de 85%, (<http://www.indec.gov.ar/>, fecha de captura: 28/feb/2012).

¹² Lorenzetti, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*, trad. Fabiano Menke, São Paulo, RT, 2004, p. 25.

¹³ En este específico caso, involucraría, la cuestión de la adquisición del llamado “dominio”, que es administrado por instituciones determinadas en cada país. Se trata a penas de una forma de organización, para evitar las duplicidades, lo que generaría confusión en la localización y en los accesos a las direcciones en internet. Por lo tanto, es a penas una forma de organización y no una restricción.

¹⁴ Brasil, República Federativa,

mático para la elaboración de la declaración de rentas puede ser bajado por medio de la página oficial y su remesa electrónica también se realiza por medio de un programa ofrecido por la Administración Pública brasileña.

No hay que dejar de mencionar que internet es transnacional, porque no conoce de límites territoriales. Internet no se confina a territorio geopolítico definido. Ella estará donde el usuario estuviere conectado con su computadora. Además, según las lecciones de Ricardo Lorenzetti, internet posee la naturaleza no-territorial y comunicativa, y no es localizable por el tacto [15], en sentido empírico, de un espacio real. Es un perfecto no-lugar [16]

No podemos negar que el usuario de internet detenta cierto poder de gobierno sobre el ciberespacio, porque la red tiene una configuración de “sistema autorreferente” [17]. Internet revela una forma de organización social en que no hay una “autoridad gobernante” central. Como observa Giurdanella, el internet tiene un modelo propio de organización social diferente del piramidal [18]. No hay un centro de poder, sino numerosos micros centros de decisiones que convergen para formar el “ciberespacio”.

Internet permite la comunicación en “tiempo real” [19]. Es innegable que esto es de la propia naturaleza de internet. Presupone la instantaneidad. Las informaciones trafican a la velocidad de la luz porque las computadoras convierten la energía en información para sus usuarios. Este aspecto hace de internet un medio para realizar relaciones comerciales o para llevar información de forma rápida y dinámica, que pueden cruzar el mundo en segundos. Del punto de vista de la celeridad y de la eficacia, supera los medios tradicionales. Es más rápida una compra hecha por internet, en la propia residencia del usuario, que una realizada en el espacio físico del comercio que se encuentra lejos. En el área del periodismo electrónico, tenemos un ejemplo claro: un diario en papel es elaborado durante el día e impreso durante la noche para llegar a nuestras casas por la mañana del día siguiente. El diario electrónico dirigido por internet podrá insertar sus noticias en la medida en que los hechos van transcurriendo en el mundo, oportunidad imposible en el medio de la imprenta. En el medio

<http://www.receita.fazenda.gov.br/Principal/Informacoes/InfoDeclara/declaraPF.htm>, fecha de captura: 10/enero/2012.

¹⁵ Lorenzetti, Ricardo L., *Comércio Eletrônico*, São Paulo, RT, 2004, p. 30-32.

¹⁶ Augè, Marc. *Los no lugares – espacios del anonimato – una antropología de la sobre-modernidad*, Gedisa, 1995, p. 1995, *apud* Ricardo L. Lorenzetti, *op. cit.* p. 31.

¹⁷ Lorenzetti, Ricardo L., *Comércio Eletrônico*, trad. Fabiano Menke, São Paulo, RT, 2004, p. 25.

¹⁸ “Internet rappresenta ‘un vero e próprio modelo di organizzazione sociale (...) pechè si propone alla società un suo modo di organizzarsi. Non più l’organizzazione piramidale, ma l’organizzazione in rete (...) non più una organizzazione con una comunicazione a suo modo autoritaria, dall’alto verso il basso (...) ma davvero come una possibilità di rete di rapporti’ dove chiunque può, nello stesso tempo, ‘assumere il ruolo di produttore e consumatore delle informazioni’ “ (Giurdanella, Carmelo, *Lo studio legale in line – colana Diritto & Informatica* n° 41/26, Napoles, 2003, p. 8. O autor se reportou à conferência proferida por Rodotà sob o título de “Libertà, opportunità, democrazia, informazione” na Convenção sobre “Internet e privacy: qualiregole?”)

¹⁹ Lorenzetti, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*, trad. Fabiano Menke, São Paulo, RT, 2004, p. 26.

electrónico, las informaciones son disponibles para el público-lector en el exacto momento en que el periodista o editor termina la materia y la inserta en su página en internet. Además de eso, puede trabajar con videos, lo que le agrega un nuevo elemento que el diario en papel no puede ofrecer. Si la invención de la imprenta representó una revolución frente a los manuscritos, lo mismo sucede con las publicaciones electrónicas frente a la imprenta [20].

Creemos que no sea necesario hacer una investigación científica para constatar que las informaciones publicadas por medio de internet tienen la capacidad de alcanzar un público mayor y con mayor rapidez de lo que las publicaciones impresas. Y eso mismo considerando el índice de exclusión digital vigente. Este entendimiento es sustentable al referirse al campo periodístico. Si considerásemos el campo gubernamental, esta superioridad de internet se muestra aún más acentuada, pues los vehículos impresos gubernamentales (en Argentina, los “Boletines Oficiales”; en Brasil, los “Diarios oficiales”) son de difícil acceso no sólo por el costo, sino por la baja capacidad de oferta.

Recuérdese que estos vehículos impresos de imprenta oficial son utilizados por el Estado para divulgar los principales actos de los respectivos poderes para dar eficacia y validez a ellos. Por lo tanto, no se trata de un instrumento que detalla las actividades estatales, mas divulga los principales actos.

Otra característica que hace el internet un instrumento de divulgación superior a los ya conocidos medios tradicionales es, su característica ecológica. La divulgación electrónica reduce la utilización de papel, lo que implica reducción del número de corte de árboles. Debe ser destacado que la distribución de estos medios de comunicación por papel exige el transporte, que aún consume bastante combustible fósil. Y esto representa dos nefastos factores ecológicos: la intervención dañina en el medio ambiente para extraer los combustibles, además de la contaminación decurrente de la combustión. Por lo tanto, se puede afirmar que la conducción por el medio electrónico es más ecológica porque es, en este sentido, más “limpia”.

En síntesis, se puede decir que las características de ser abierto, interactivo, transaccional, autorreferente, instantáneo, de amplio alcance, bajo costo y ecológico hacen de internet un medio de comunicación gubernamental más eficaz que los tradicionales.

3 La publicidad y la transparencia administrativas

El concepto de publicidad en el ámbito jurídico-administrativo presenta acepciones que merecen ser distinguidas. La publicidad puede ser considerada en tres sentidos: a) en el amplio o democrático, que se refiere a la transparencia de la actividad estatal; b) en el restringido o técnico, que se refiere a la divulgación oficial de los actos en los vehículos de imprenta oficial o en los cuadros de avisos fijados en las reparticiones

²⁰ Aguiar 1, Mayelín Traveso, *Las publicaciones electrónicas: una revolución en el siglo XXI*, http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol11_2_03/aci010203.htm, fecha de captura: dic/2011.

públicas; e c) en el restrictísimo o material, como un medio físico [21] para exteriorizar el comportamiento de la Administración Pública. En este caso, sería la publicidad como el revestimiento exterior, o sea, la forma del acto de la Administración Pública.

No se puede perder de vista que, el tema de la publicidad, en los sentidos arriba mencionados, nos permite transitar por los planos de la existencia, de la validez y de la eficacia del acto administrativo, conforme el sentido adoptado. El asunto puede ser enfrentado por el prisma genérico en que la Administración cumple con dejarse ver, mas también, por la perspectiva en la cual se reconozca la necesidad de la divulgación oficial de actos en vehículos propios para conferirles eficacia, o aún, podrá ser entendida como la única forma del acto administrativo ganar existencia, porque necesita ser exteriorizado para ser reconocido como una realidad.

Teniendo en cuenta solamente el primer sentido arriba mencionado – el sentido amplio – que es el que nos interesa más directamente, hagamos, así, su abordaje a continuación.

El deber de la Administración Pública de proporcionar la publicidad, para que todos puedan tomar conocimiento del tenor de su actividad, es el sentido amplio o democrático del principio de la publicidad. Es la publicidad con el sentido de transparencia.

En esta línea semántica, la publicidad significa más que realizar publicaciones en los diarios o boletines oficiales y en los cuadros de avisos de amplio acceso público, hasta porque lo que es publicado oficialmente en aquellos vehículos poco representa al universo total de actos realizados por la Administración Pública. Por esto, la transparencia significa, de cualquier forma o por cualquier instrumento, permitir que todos puedan tener pleno acceso a los actos y hechos de la Administración para viabilizar el ejercicio de la ciudadanía, dentro de los límites legales y constitucionales. Es cierto que la publicidad encuentra límites tales como el derecho a la intimidad, al sigilo fiscal, o como aquellos hechos que puedan comprometer la seguridad del Estado y de la sociedad, pero la discusión de este tema no se incluye en el objetivo de nuestro estudio.

Como se ve, esta lógica de la transparencia impone más que el tradicional movimiento activo del Estado en el sentido de encaminar actos para ser objeto de publicación o exposición; impone al Estado el deber de facilitación de acceso a las informaciones públicas por parte de los ciudadanos. Citemos dos ejemplos sencillos: a) permitir el acceso a los autos de procedimientos administrativos para que el ciudadano pueda conocerlo en su integralidad. La transparencia, en este caso, no se podría limitar a la publicación oficial del acto decisorio final del procedimiento. b) El deber del Estado de emitir certificados para el esclarecimiento de situaciones sin la colocación de exigencias impertinentes u obstáculos burocráticos.

Según la doctrina de Delpiazzo, la publicidad (en sentido restricto) implica mostrar; por esta razón, la transparencia implica algo más que mostrar, implica dejarse ver, “simplemente que el actuar de la Administración se deje ver como a través de un

²¹ “Físico” en el sentido de aspecto exterior, material, de contextura (Holanda Ferreira, Aurélio Buarque, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986, p. 783).

cristal.”[22] Cobo también se posiciona en el mismo sentido al afirmar que el “el principio republicano de publicidad de los actos de gobierno tiene por objeto no sólo dotar de transparencia las decisiones de los órganos de gobierno, sino además facilitar su conocimiento por la generalidad de los administrados y hacer efectivo el acceso a la información.”[23]

En este mismo sentido, es oportuna la lección de la Procuradora minera, Luísa Cristina Pinto Netto, que merece ser transcrita en su integridad, sobre la relación de la publicidad y la transparencia porque sintetiza la idea hasta aquí sostenida incluso sobre la utilización de los medios electrónicos: “[el] sentido que se confiere a la publicidad justifica la mención conjugada de publicidad y transparencia; no basta que se aleje el sigilo, el secreto de la actuación administrativa, urge que esta se desenvuelva abiertamente de manera comprensible. La publicidad gana consistencia con la transparencia garantizando que los ciudadanos puedan efectivamente acompañar el actuar administrativo. La transparencia impone deberes más pesados sobre la Administración, visto que no se satisface, por ejemplo, con la mera publicación en diarios o boletines oficiales de extractos de actos practicados por la Administración, mas que no posibiliten entender de que se trata. La transparencia exige la elección de medios que substancien y maximicen la publicidad, lo que cada vez más se torna factible con el desarrollo de medios electrónicos.”[24]

Se pide notar, todavía, que cuanto más transparente, cuanto más conocimiento el ciudadano tuviere de las actividades estatales, más concreto y fiel se torna el respeto al principio republicano-democrático. En verdad, una de las razones de ser del principio de la publicidad es justamente garantizar la existencia de la república considerado como fundamento del Estado y también como forma de gobierno. La publicidad y la transparencia son aspectos inherentes a la res publica [25].

²² Delpiazzo, Carlos E. *La búsqueda del equilibrio ente privacidad y acceso*. In: “Protección de datos personales y acceso a la información pública”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p. 17.

²³ Cobo, Dolores Lavalle, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009, p. 07.

²⁴ “[o] sentido que se confere à publicidade justifica a menção conjugada de publicidade e transparência; não basta que se afaste o sigilo, o segredo da atuação administrativa, urge que esta se desenrole abertamente de maneira compreensível. A publicidade ganha consistência com a transparência garantindo que os cidadãos possam efetivamente acompanhar o agir administrativo. A transparência impõe deveres mais pesados sobre a Administração, visto que não se satisfaz, por exemplo, com a mera publicação em jornais oficiais de excertos de atos praticados pela Administração, mas que não possibilitem entender do que se trata. A transparência exige a escolha de meios que substancializem e maximizem a publicidade, o que cada vez mais se torna factível com o desenvolvimento de meios eletrônicos.” (Pinto e Netto, Luísa Cristina, *Participação Administrativa Procedimental – natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009, p. 142-143).

²⁵ “(...) todos os mandamentos constitucionais que estabelecem os complexos e sofisticados sistemas de controle, fiscalização, responsabilização e representatividade, bem como os mecanismos de equilíbrio e harmonia (checks and balances do direito norte-americano, aqui adaptados pela mão do genial Ruy) e demais procedimentos a serem observados no

Súmese aún, en esta perspectiva, que Juarez Freitas señala, con propiedad, que, delante de la naturaleza del Estado democrático de Derecho, el respeto al principio de la publicidad es una forma de cumplimiento del principio de la moralidad. [26] Además, el mismo jurista afirma que la transparencia administrativa es una exigencia que deriva del derecho fundamental a la buena administración [27].

Después de todas estas consideraciones y retomando lo dispuesto en el capítulo “1” de este estudio, se puede inferir que internet es, hoy, herramienta útil, quizá imprescindible, para que la Administración Pública pueda, de modo eficiente y eficaz, cumplir el principio de la transparencia.

4 La transparencia administrativa y el uso de internet

Frente al cuadro expuesto, cabe especificar la indagación inicialmente formulada en el siguiente sentido: ¿la Administración Pública tiene el deber vinculado de usar internet para la divulgación de sus actos y hechos, como un modo de practicar la transparencia? O, por el contrario, ¿existen aspectos de este deber que descansan sobre la discrecionalidad? Si la utilización de internet es discrecional, podrá el gobernante no valerse de este medio para realizar la transparencia. Para enfrentar esta cuestión final del estudio, nos parece pertinente exponer el concepto nuclear de la discrecionalidad administrativa, y especialmente sus límites.

relacionamento entre os poderes, asseguram, viabilizam, equacionam, reiteram, reforçam e garantem o princípio republicano, realçando a sua função primacial no sistema jurídico. Assim, funciona ele como alicerce de toda a estrutura constitucional, pedra de toque ou chave de abóboda do sistema” (Ataliba, Geraldo. *República e Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1998, p. 37-38).

²⁶ “Em suma, traduz-se o princípio da publicidade na exigência de comunicação transparente à sociedade dos atos, contratos e procedimentos da Administração Pública, e funciona, no mais das vezes, como requisito para a geração de efeitos jurídicos. É requisito de eficácia e, de modo indisputável, associa-se ao princípio da moralidade, embora se admita sigilo em casos extremos de segurança ou em situações em que a divulgação prévia poderia inviabilizar medidas defensáveis”. (*O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, ed. 3ª, São Paulo, Malheiros, 2004, p. 58). Sobre el principio de la moralidad, ver: Figueiredo, Marcelo, *O controle da moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1999. Sobre una concepción más volcada a Hans Kelsen, ver el trabajo del Prof. Márcio Cammarosano: *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte, 2006.

²⁷ “É que o estado da discricionariedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode assim ser compreendido: trata-se de direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” (Freitas, Juarez, *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 20).

4.1 El límite positivo de la discrecionalidad y el deber administrativo de utilización de internet

La discrecionalidad administrativa es un espacio dado por la ley para que el agente público pueda actuar con cierta libertad en virtud de las especificidades del caso concreto. Como no puede a todo antever, el derecho transfiere al administrador público la tarea de elegir e ejecutar, entre aquellas opciones disponibles en la realidad, la que mejor pueda atender a las exigencias del interés público. Es, por lo tanto, un espacio delimitado por el derecho para actuación de la Administración Pública con base en los criterios de conveniencia y de oportunidad o de mejor intelección.

El Profesor brasileño Celso Antônio Bandeira de Mello nos enseña que “se dice discrecionalidad cuando la disciplina legal hace remanecer en provecho y a cargo del administrador una cierta esfera de libertad, frente a qué le cabrá completar con su juicio subjetivo personal, el campo de imprecisión normativa, a fin de satisfacer en el caso concreto la finalidad de la ley.”[28] El administrativista argentino Juan Carlos Cassagne aclara que “(...) el poder discrecional aparece como un margen de arbitrio del órgano administrativo que se opone al carácter reglamentado o vinculado de la respectiva facultad (que surge de este modo predeterminada por el ordenamiento) (...)”[29]

Trazada la noción nuclear de la discrecionalidad, debe incrementarse aún dos aspectos fundamentales.

El primero: el espacio decisorio de la discrecionalidad no deriva de la ausencia de norma jurídica; no es fruto de la omisión normativa o de laguna. No. La discrecionalidad es un margen de apreciación ofrecida por el propio ordenamiento por diversas razones – que no viene al caso de estudiarlas por no insertarse dentro del objetivo de este trabajo. Por lo tanto, la existencia de la competencia discrecional exige la existencia previa de la norma jurídica que le de fundamento.

El segundo: el hecho de la discrecionalidad transferir el encargo de apreciación al agente público para actuación en el caso concreto, no significa que resta a él autorización para una práctica basada en sus caprichos. La discrecionalidad no es un espacio libre, sin condicionamientos, pero sí un encargo transferido al agente público para adoptar una medida cuya finalidad ya está predefinida [30], que es el atendimento al interés público previsto por el ordenamiento jurídico. Cabe al agente público, en ejercicio de la competencia discrecional, elegir y adoptar la “mejor solución” [31],

²⁸ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004, p. 845.

²⁹ Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002, p. 234.

³⁰ “La discrecionalidad no puede ser una manifestación caprichosa de la voluntad del administrador; debe ser la realización de un proceso jurídico con una función definida.” (Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, reimpr., Buenos Aires, Editorial Alfa, 1952, p. 29)

³¹ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Discricionariedade e controle jurisdiccional*, 2ª ed., 2 tiragem, São Paulo, Malheiros, 1996, p. 32-33.

porque eso es que le exige el orden jurídico. El Profesor Celso Antônio Bandeira de Mello usa un simple argumento para comprobar este entendimiento: si en los casos de competencia vinculada de la Administración Pública el Derecho ya indicó la mejor de todas las soluciones para ser realizada, en los casos de competencia discrecional, el Derecho, del mismo modo, continúa buscando la realización de la mejor de todas las soluciones, sólo que repasa el encargo de identificarla al agente público. Por estas razones, “el administrador está, entonces, en los casos de discrecionalidad, frente al deber jurídico de practicar, no cualquier acto entre los comportados por la regla, mas, única y exclusivamente aquel que atienda con absoluta perfección a la finalidad de la ley.” [32]

Observando el mismo fenómeno en otro aspecto, la “discrecionalidad legítima” exige la elección de la mejor opción porque deriva del “derecho fundamental a la buena administración” [33]. Bien administrar significa ser legal, eficaz, eficiente, transparente, honesto, equilibrado. Y eso, creemos, no se hace sin la elección de la mejor opción entre las que se presentan.

Como se puede notar, la discrecionalidad es limitada por el propio orden jurídico y su finalidad, de modo que no existe espacio de actuación desvinculado de referencia valorativa o técnica. Es precisamente este punto de la limitación de la discrecionalidad que deseamos destacar para la solución adecuada al problema propuesto.

La elección de utilizar internet o los vehículos tradicionales sería, en principio, una decisión de naturaleza discrecional, salvo si existiese norma específica que obligue a la Administración a utilizar uno u otro. Por lo tanto, en esta perspectiva, la utilización de internet por parte de la Administración Pública no sería obligatoria.

Pero, la discrecionalidad no presenta solamente la limitación dada directamente por la Ley o mismo por reglamento creado por la propia Administración. Hay limitaciones que proveen del cotejo de elementos extraídos de la realidad para dar eficacia a la actuación estatal. Según Bartolomé Fiorini [34], ex-profesor de la Universidad Nacional de La Plata, en sistematización hecha al final de la década del cuarenta del siglo pasado, la discrecionalidad posee límites negativos, relativos y positivos. Los límites negativos son aquellos dados por el propio ordenamiento jurídico. Los límites relativos son aquellos creados por la propia Administración por medio de actos administrativos normativos. Y los positivos son aquellos que se imponen sobre la Administra-

³² Bandeira de Mello, Celso Antônio, *op. cit.*, p. 33.

³³ Invocamos, una vez más, la lección del jurista brasileño, para destacar otro aspecto: “É que o estado da discricionariiedade legítima, na perspectiva adotada, consagra e concretiza o direito fundamental à boa administração pública, que pode assim ser compreendido: trata-se de direito fundamental à administração pública eficiente e eficaz, proporcional cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas. A tal direito corresponde o dever de a administração pública observar, nas relações administrativas, a cogência da totalidade dos princípios constitucionais que a regem.” (Freitas, Juarez, *Discricionariiedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 20).

³⁴ Fiorini, Bartolomé, *La Discrecionalidad en la Administración Pública*, reimpresión, Buenos Aires, Editorial Alfa, 1952, Capítulo Cuarto, p. 89-130.

ción para la obtención de la eficacia de la actuación estatal. Como señaló el propio Fiorini, los positivos “son limitaciones que se imponen al contenido de la actividad discrecional para evitar que realice actos arbitrarios o ineficaces.” [35]

En caso de la utilización de internet por la Administración Pública para cumplir la transparencia, creemos que la propia realidad delimita el espacio de elección estatal, reduciendo la discrecionalidad de tal forma que lo convierte en espacio de actuación administrativa vinculada. Se trata de una limitación positiva a la Administración, en lo que denomina Fiorini. Veamos: si internet es un medio de alta capacidad de divulgación, de bajo costo en relación a los medios tradicionales, además de ser más ecológico, no podría la Administración dejar de elegirlo. Escoger otro medio de divulgación o quedarse inerte sería optar por la ineficacia de la transparencia republicana; sería desatender a los dictámenes de la “buena administración”, que es un derecho fundamental.

Sin embargo, a título de mera argumentación, imagínese otro medio de alcance semejante al de internet, como es la televisión. Esta posee altísimo costo, por razones que son evidentes. En este caso, al optar por la divulgación televisiva tendríamos la violación de los principios de la eficiencia y de la economicidad. Cabe registrar que, en otro momento, ya tuvimos la oportunidad de sustentar que la Administración Pública tiene el deber de adoptar los instrumentos informáticos por fuerza del principio democrático de la eficiencia (bajo costo, celeridad, controlabilidad y también transparencia). Utilizamos semejante racionalidad jurídica para demostrar que la decisión de utilizar los instrumentos informáticos se revela como de naturaleza vinculada y no discrecional, dado los condicionamientos impuestos por la realidad. [36]

En relación al deber vinculado de usar internet, vamos más allá: no se trata apenas de divulgar por internet las publicaciones oficiales, aquellas que ya son publicadas en los vehículos de publicación oficial (“Boletín Oficial”, “Diario Oficial”). En otro decir, no se trata simplemente de crear la versión electrónica de la imprenta oficial, pero sí de la divulgación de todas las actividades estatales posibles como forma de cumplir el principio republicano de la transparencia. La publicación de extractos de contratos, parte de decisiones finales de procedimientos administrativos, actos normativos, entre otros de la especie, no nos parece atender al principio de la transparencia, mas sólo la publicidad en el sentido estricto o técnico, como ya anotamos en el Capítulo “2”. Es perfectamente posible divulgar todo el contenido de los contratos, de los actos preparatorios y decisorios sobre cualquier materia administrativa, las estadísticas, los movimientos financieros públicos juntamente con las respectivas motivacio-

³⁵ Fiorini, Bartolomé, *op. cit.*, p. 109.

³⁶ “Assim, quando se trata de promover a escolha entre instrumentos informáticos e os tradicionais do sistema papelizado, a opção por estes últimos revela-se carente de razoabilidade. Noutros termos, não há, a rigor, liberdade do administrador nesse aspecto, de maneira que deverá adotar políticas e atos que possam promover a informatização da Administração Pública e também a inclusão digital da população” (Filgueiras Júnior, Marcus Vinícius, *O dever da Administração Pública Brasileira de adotar os instrumentos informáticos*, en “Derecho Informático – Instituto de Derecho Informático – Facultad de Derecho – Universidad de la República”, n° X, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009, p 104).

nes, desde que se encuentren disponibles en forma organizada, que permita el fácil acceso y comprensión. En síntesis, se puede decir que internet tiene la perfecta aptitud para ser un verdadero escaparate de las oficinas gubernamentales, donde todos los ciudadanos puedan tener acceso a las informaciones administrativas detalladamente.

Por las razones apuntadas es que hoy se cree ser antijurídica la argumentación de que la Administración Pública no tiene la obligación de divulgar la totalidad del contenido de sus actividades por internet. La transparencia republicana exige esta postura porque deriva del “derecho fundamental a la buena administración”. Y no hay otro medio con esta capacidad de divulgación, que contribuye para el medio ambiente saludable y con tan bajo costo.

Resáltese que este deber de orden vinculada independe de la disposición de ley específica, porque así impone el principio republicano de la transparencia y el actual contexto de la sociedad de la información. En el caso brasileño, tanto la Ley Complementar n° 131/2009 como la reciente Ley 12.257/2011 determinan la divulgación de muchas informaciones públicas en internet. Además de la determinación legal no alcanzar a todas las informaciones que sean posibles de ser publicadas electrónicamente (ejemplo: no consta de las leyes la necesidad de publicación integral de los procedimientos de los concursos públicos), el deber de publicar a todos la información deriva, como dijimos, de la fuerza del principio de la transparencia, que es, por evidente, pilar del Estado democrático de Derecho.

Por fin, cabe aún observar que el argumento de ausencia de estructura instalada (equipamientos y programas informáticos, personal capacitado) no tiene aptitud para justificar la elección de los medios tradicionales para la divulgación de la actividad estatal. Cabrá, en los casos de la especie, la adopción de políticas públicas volcadas a preparar la infraestructura de la Administración Pública para la informatización. Mantener el sistema tradicional de publicación, bien como de administración de un modo general, significa obstaculizar ilícitamente a concretización de la verdadera transparencia. Significa también la realización de gastos públicos mayores.

5 Consideraciones conclusivas

En el estadio actual del Estado democrático de Derecho, la realización de la transparencia administrativa es un deber de la Administración Pública, porque resulta de un derecho fundamental a la “buena Administración”, bien como del derecho de acceso a la información pública. Por eso, la Administración tiene el deber jurídico de adoptar los instrumentos que hagan su actividad más transparente y accesible.

Internet es un poderoso instrumento de libertad de expresión, de divulgación de informaciones y de realización de negocios. Es más eficaz en la divulgación que los medios de comunicación convencionales, porque alcanza más personas, de forma más rápida y presenta menor costo, además de ser más ecológico. En razón de esas características y por fuerza del régimen a que se somete, la Administración Pública tiene el deber de utilizar internet como medio de divulgación.

También se debe concluir que el deber de adoptar internet es de orden vinculada y no discrecional. La discrecionalidad presenta limitaciones positivas destinadas a garantizar la eficacia de los actos de la Administración. Y la realidad de la sociedad de la información nos impone que internet es, indudablemente, el medio más eficaz para cumplir la transparencia en comparación con los demás. Esta imposición de la realidad prácticamente elimina el espacio discrecional. Por eso, elegir el único medio más eficaz, menos costoso y más ecológico para cumplir la transparencia es un deber decurrente del derecho fundamental a la buena administración y del derecho al acceso de la información pública.

Bibliografía

- Aguar 1, Mayelín Traveso, *Las publicaciones electrónicas: una revolución en el siglo XXI*, http://bvs.sld.cu/revistas/aci/vol11_2_03/aci010203.htm.
- Ataliba, Geraldo, *República e Constituição*, 2ª Ed., São Paulo, Malheiros, 1998.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, 17ª ed., São Paulo, Malheiros, 2004.
- Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Discricionariedade e controle jurisdicional*, 2ª ed., 2 tiragem, São Paulo, Malheiros, 1996.
- Blanco, Luis María Bandieri, *El poder constituyente: su sentido y alcance actual*, Texto base ampliado de la disertación pronunciada el 27 de octubre de 2006, Congreso de Derecho Constitucional – “Reforma de la Constitución y Jurisdicción Internacional”, Arequipa (Perú).
- Cammarosano, Márcio, *O princípio constitucional da moralidade e o exercício da função administrativa*, Belo Horizonte, 2006.
- Cassagne, Juan Carlos, *Derecho Administrativo*, 7ª ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2002.
- Clementino, Edilberto Barbosa, *Processo Judicial Eletrônico*, Curitiba, Juruá Editora, 2007.
- CLAD – Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. *Carta Iberoamericana de Gobierno Electrónico*, 2007, disponible en: <www.clad.org>.
- Cobo, Dolores Lavalle, *Derecho de acceso a la información pública*, Buenos Aires, Astrea, 2009.
- Delpiazzo, Carlos E. *La búsqueda del equilibrio ente privacidad y acceso*. En “Protección de datos personales y acceso a la información pública”, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Delpiazzo, Carlos E., *Lecciones de Derecho Telemático*, T. I, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2004.
- Delpiazzo, Carlos E., *Lecciones de Derecho Telemático*, T. II, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Figueiredo, Marcelo, *A controle da moralidade na Constituição*, São Paulo, Malheiros, 1999.
- Filgueiras Júnior, Marcus Vinícius, *O dever da Administração Pública Brasileira de adotar os instrumentos informáticos*, en “Derecho Informático – Instituto de De-

- recho Informático – Facultad de Derecho – Universidad de la República”, n° X, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2009.
- Fiorini, Bartolomé, *La discrecionalidad en la Administración Pública*, reimpr., Buenos Aires, Editorial Alfa, 1952.
- Freitas, Juarez, *Discricionariedade Administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- Freitas, Juarez, *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*, Ed. 3ª, São Paulo, Malheiros, 2004.
- Giurdanella, Carmelo, *Lo studio legale in line – colana Diritto & Informática* n° 41/26, Napoles, 2003.
- Guerrero, Ramiro Anzit; Tato, Nicolás S.; Profumo, Santiago J., *El Derecho Informático – Aspectos fundamentales*, Buenos Aires, Cathedra Jurídica, 2010).
- Holanda Ferreira, Aurélio Buarque, *Novo dicionário Aurélio da língua portuguesa*, Rio de Janeiro, Nova Fronteira, 1986.
- Levy, Pierre, *Cibercultura*, Trad. Carlos Irineu Costa, São Paulo, Ed. 34, 1999.
- Lorenzetti, Ricardo L. *Comércio Eletrônico*, trad. Fabiano Menke, São Paulo, RT, 2004.
- Pardini, Aníbal A., *Derecho de Internet*, Buenos Aires, Ediciones La Rocca, 2002.
- Pinto e Netto, Luísa Cristina, *Participação Administrativa Procedimental – natureza jurídica, garantias, riscos e disciplina adequada*, Belo Horizonte, Editora Fórum, 2009.