



ORGANIZADORES

Caroline Müller
Bitencourt

Emerson Gabardo

Teresita Rendón
Huerta Barrera

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NOVAS TECNOLOGIAS E POLÍTICAS PÚBLICAS



MUNICÍPIO DE
SANTA CRUZ DO SUL

VIVER AQUI É
BOM DEMAIS



EDITORA ÍTHALA

CONSELHO EDITORIAL

Alexandre Godoy Dotta – Doutor e mestre em Educação. Especialista em Administração, Metodologia do Ensino Superior e em Metodologia do Conhecimento e do Trabalho Científico. Licenciado em Sociologia e Pedagogia. Bacharel em Tecnologia.

Ana Claudia Santano – Pós-doutora em Direito Público Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutora e mestre em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidad de Salamanca, Espanha.

Daniel Wunder Hachem – Professor de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Federal do Paraná e da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Doutor e mestre em Direito do Estado pela UFPR. Coordenador Executivo da Rede Docente Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo.

Emerson Gabardo – Professor Titular de Direito Administrativo da PUC-PR. Professor Associado de Direito Administrativo da UFPR. Doutor em Direito do Estado pela UFPR com Pós-doutorado pela Fordham University School of Law e pela University of California - UCI (EUA).

Fernando Gama de Miranda Netto – Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.

Professor Adjunto de Direito Processual da Universidade Federal Fluminense e membro do corpo permanente do Programa de Mestrado e Doutorado em Sociologia e Direito da mesma universidade.

Ligia Maria Silva Melo de Casimiro – Doutora em Direito Econômico e Social pela PUC-PR. Mestre em Direito do Estado pela PUC-SP. Professora de Direito Administrativo da UFC-CE. Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo - ICDA. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo - IBDA e coordenadora Regional do IBDU.

Luiz Fernando Casagrande Pereira – Doutor e mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná. Coordenador da pós-graduação em Direito Eleitoral da Universidade Positivo. Autor de livros e artigos de processo civil e direito eleitoral.

Rafael Santos de Oliveira – Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina. Mestre e graduado em Direito pela UFSM. Professor na graduação e na pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Maria. Coordenador do Curso de Direito e editor da Revista Direitos Emergentes na Sociedade Global e da Revista Eletrônica do Curso de Direito da mesma universidade.

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Bibliotecária: Maria Isabel Schiavon Kinasz, CRB9 / 626

A238 Administração pública, novas tecnologias e políticas públicas [recurso eletrônico]/ organização de Caroline Müller Bitencourt, Emerson Gabardo, Teresita Rendón Huerta Barrera - Curitiba: Íthala, 2023.
544p.: il.; 22,5cm
Vários colaboradores
ISBN: 978-65-5765-205-3

1. Administração pública. 2. Inovações tecnológicas. 3. Políticas públicas. XII Congresso Internacional de Direito Administrativo. II. Bitencourt, Caroline Müller (org.). III. Barrera, Teresita Rendón Huerta (org.).

CDD 351 (22.ed)
CDU 35

Editora Íthala Ltda.
Rua Pedro Nolasko Pizzatto, 70
Bairro Mercês
80.710-130 – Curitiba – PR
Fone: +55 (41) 3093-5252
Fax: +55 (41) 3093-5257
<http://www.ithala.com.br>
E-mail: editora@ithala.com.br

Capa: Raro de Oliveira
Revisão: Karla Leite
Diagramação: Luana Julião Weldt
Logo do evento e da capa: Mayumi Tanikado

abdr
ASSOCIAÇÃO
BRASILEIRA
DE INTERESSES
RESPONSÁVELS
Respeite o direito autoral!

Informamos que é de inteira responsabilidade do autor a emissão de conceitos publicados na obra. Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Íthala. A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei nº 9.610/98 e punido pelo art. 184 do Código Penal.

ORGANIZADORES

Caroline Müller
Bitencourt

Emerson Gabardo

Teresita Rendón
Huerta Barrera

ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA, NOVAS TECNOLOGIAS E POLÍTICAS PÚBLICAS



EDITORA ÍTHALA
CURITIBA – 2023



AGRADECIMENTO

Uma obra coletiva é sempre resultado de muitos esforços conjuntos. Agradecemos a Universidade de Santa Cruz do Sul que aceitou sediar o evento da Associação Internacional de Direito Administrativo - AIDA. Também agradecemos o apoio institucional da Pontifícia Universidade Católica do Paraná para sua concretização. Não podemos deixar de mencionar o apoio e financiamento institucional da CAPES e da Prefeitura Municipal de Santa Cruz do Sul que viabilizou essa valorosa obra que discute temas emergentes do direito público. Por fim, mas não menos importante, a Associação Internacional de Direito Administrativo- AIDA que confiou a nós a realização da presente obra e do grandioso evento que a motivou.

APRESENTAÇÃO

Esta obra é fruto das reflexões de grande parte dos integrantes da Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA) e representa um importante passo na discussão sobre a interseção entre as novas tecnologias e a administração pública, com foco na proteção dos direitos fundamentais, a promoção da participação e o desenvolvimento de políticas públicas. Sua importância não pode ser subestimada, já que aborda questões cruciais para a melhoria da administração pública, visando a concretização dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. O presente livro é composto por artigos científicos de pesquisadores de vários países que participaram do XII Congresso Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA) e conta com o financiamento de órgãos de fomento público no Brasil.

A discussão sobre as novas tecnologias na administração pública é fundamental no cenário atual. Com a constante evolução tecnológica, a administração pública tem a oportunidade de se tornar mais eficiente, transparente e acessível para os cidadãos. A implementação de tecnologias como a inteligência artificial, *big data*, *blockchain* e outras pode transformar a forma como os governos atendem às demandas da população.

As novas tecnologias representam um desafio significativo para a administração pública, mas também apresentam um notável potencial transformador que não pode ser subestimado. A rápida evolução tecnológica trouxe consigo uma série de questões complexas que autoridades públicas e gestores precisam enfrentar.

Um dos desafios mais prementes é o da privacidade e segurança de dados. A coleta massiva de informações levanta questões sobre como proteger a privacidade dos cidadãos e garantir a segurança dos dados. Vazamentos de informações podem resultar em violações graves dos direitos individuais, exigindo medidas rigorosas de proteção. Além disso, a desigualdade digital se tornou um desafio significativo. O acesso desigual às tecnologias cria disparidades sociais, com grupos marginalizados correndo o risco de ficar para trás. A administração pública deve se esforçar para garantir que todos tenham igualdade de acesso e oportunidades no mundo digital. A resistência à mudança é outro obstáculo a ser superado. A implementação de novas tecnologias muitas vezes encontra resistência de funcionários públicos e cidadãos que preferem métodos tradicionais. Lidar com essa resistência e garantir a aceitação das mudanças é um desafio crítico.

No entanto as novas tecnologias também trazem consigo um potencial transformador extraordinário. Elas têm o poder de melhorar a administração pública de várias maneiras, tais como: o aumento da eficiência com a automação, inteligência artificial e análise de dados podem tornar os processos governamentais mais eficientes, economizando tempo e recursos; a ampliação da participação cidadã com as plataformas digitais permitem que os cidadãos participem ativamente na tomada de decisões, tornando o governo mais democrático e responsivo; a inovação em serviços públicos que, com o uso das tecnologias, permite a criação de serviços

públicos mais acessíveis e centrados no cidadão, melhorando a qualidade de vida das pessoas; maior racionalidade na tomada de decisão baseada em evidências a partir de dados confiáveis e análises aprofundadas, as quais possibilitam a formulação de políticas mais informadas e eficazes; bem como a própria redução de custos, afinal a tecnologia pode ajudar a reduzir os custos operacionais, liberando recursos para áreas prioritárias.

Contudo essa transformação não deve ocorrer de forma desordenada. É aí que a proteção dos direitos fundamentais se torna vital. A obra discute como as novas tecnologias podem ser usadas para garantir a privacidade dos cidadãos, a igualdade de acesso aos serviços públicos e a transparência nas ações do governo. Ao mesmo tempo, é crucial assegurar que as tecnologias não sejam usadas para violar direitos individuais ou criar disparidades sociais. Nesse ponto as políticas públicas devem ser pensadas e gestadas considerando tais desafios.

A promoção da participação é outro ponto-chave da obra. A democracia participativa se beneficia das novas tecnologias, que permitem aos cidadãos participar ativamente na tomada de decisões e no monitoramento das ações governamentais. Através de plataformas digitais, a sociedade pode se envolver na elaboração de políticas públicas, expressar suas preocupações e contribuir para a construção de um governo mais responsivo.

Além disso, a obra aborda como as novas tecnologias podem ser utilizadas para a promoção de políticas públicas eficazes. Isso inclui a coleta e análise de dados para embasar a formulação de políticas, o acompanhamento e a avaliação de programas governamentais e a otimização dos recursos públicos.

É importante ressaltar que essa obra não se limita a uma perspectiva nacional, mas, sim, busca compreender as realidades de diferentes países. A administração pública é uma área complexa e multifacetada, e as soluções que funcionam em um contexto podem não ser aplicáveis em outro. Portanto, a análise comparativa de experiências internacionais é fundamental para identificar boas práticas e lições aprendidas que possam ser adaptadas e implementadas em contextos locais.

A presente obra é um valioso recurso para todos aqueles que se preocupam com a melhoria da administração pública e a promoção dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Ela oferece uma visão abrangente das questões relacionadas às novas tecnologias na administração pública e serve como um guia para a construção de um governo mais eficiente, participativo e responsável, capaz de atender às necessidades de todos os cidadãos, com o olhar em diferentes experiências vivenciadas nos mais diversos países que integram essa valorosa rede.

A administração pública deve encontrar o equilíbrio certo entre lidar com os desafios e explorar as oportunidades para uma governança mais eficaz e inclusiva do local para o global.

Desejamos uma excelente leitura a todos e todas.

Caroline Müller Bitencourt

Emerson Gabardo

SUMÁRIO

LA GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN MÉXICO.....	13
Agustín E. Carrillo Suárez Adrián Palma Martínez	
INOVAÇÃO E EXPERIMENTAÇÃO EM SANDBOX REGULATÓRIO: TESTAGEM DE IMPACTOS DE SERVIÇOS DISRUPTIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	37
Irene Patrícia Nohara	
NOVAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO	53
André Saddy Raphael Lobato Collet Janny Teixeira	
A LEGITIMIDADE DE PROPÓSITO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 4.0.....	81
Adriana da Costa Ricardo Schier Mirela Miró Ziliotto	
AVANCES DE LA ADMINISTRACIÓN COLOMBIANA EN LA ERA DIGITAL.....	115
Augusto Hernández Becerra	
PARTICIPAÇÃO POPULAR, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO – EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DEMOCRÁTICA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS.....	137
Lígia Maria Silva Melo de Casimiro	
DERECHOS FISCALES: UN NUEVO CATÁLOGO DESDE LA CONCEPCIÓN DE LA PERSONA.....	153
Eddy Dela Guerra Zúñiga	
LA INCOMPLETA E INSUFICIENTE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ, Y SU IMPACTO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.....	169
Eloy Espinosa Saldaña Barrera	

GOVERNO ELETRÔNICO, SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM CAMINHO DEMOCRÁTICO A SER PERCORRIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA..... 197

Caroline Müller Bitencourt | Emerson Gabardo

IMPORTANCIA DE LAS TIC PARA SUBSANAR DEFICIENCIAS Y ALCANZAR MEJORES RESULTADOS EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y EDUCATIVOS EN MÉXICO 231

Eréndira Salgado-Ledesma

ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL EJEMPLO DE FRANCIA..... 245

François Julien-Laferrière

DIREITO ADMINISTRATIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INVESTIGAÇÕES INICIAIS SOBRE UMA NOVA (OU NEM TÃO NOVA) BASE PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO 263

Janriê Rodrigues Reck | Vivian Paludo

LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL..... 287

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

DESAFÍOS EN EL SIGLO XXI DEL DERECHO HUMANO A UNA VIVIENDA ADECUADA EN MÉXICO 313

José Pablo Martínez Gil | José Pablo Martínez Zamora

POLÍTICAS PÚBLICAS: MANEJO INTEGRADO Y GOBERNANZA DEL RECURSO HÍDRICO 335

Juan Blas Arriaga Huerta

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL UNA HERRAMIENTA QUE REVOLUCIONA LA COMPRA PÚBLICA..... 355

Juan Francisco Díaz Colmachi

POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ESTADO DE DIREITO: DESAFIOS A REALIDADE BRASILEIRA..... 365

Rogério Gesta Leal

NECESIDADES SOCIALES DE ATENCIÓN “EXIGIBLE” QUE GENERAN DERECHOS Y DEBERES ESENCIALMENTE POLÍTICOS	393
Alejandro Pérez Hualde	
EL ANHELO DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS EN ESPERA	425
Isaac Augusto Damsky	
O PODER LEGISLATIVO CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO ELEITORAL NA GARANTIA DE UMA DEMOCRACIA INCLUSIVA: UM ESTUDO SOBRE A PEC 9/2023	463
Eneida Desiree Salgado	
POLÍTICAS PÚBLICAS, GOBERNANZA DIGITAL EN EL METAVERSO: CONSIDERACIONES ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA	479
Nancy Nelly González Sanmiguel	
REGULACIÓN EFICIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DIGITAL	501
Vivian Cristina Lima López Valle José Sérgio da Silva Cristóvam	
LA CULTURA DE LA PAZ COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA LA GOBERNANZA	517
Marina del Pilar Olmeda García Fernando Manuel Castro Figueroa	
Alina del Carmen Nettel Barrera	



LA GÉNESIS Y EVOLUCIÓN DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA EN MÉXICO

Agustín E. Carrillo Suárez¹

Adrián Palma Martínez

SUMARIO

1. La Universidad de Sevilla; **2.** La Universidad de Córdoba, Argentina; **3.** Las primeras autonomías, el legado histórico y su evolución de la Universidad Nacional Autónoma de México; **4.** La Universidad Nacional Autónoma de México y la evolución constitucional de la autonomía universitaria; **5.** El legado de la UNAM, las universidades de Sonora y Yucatán; **6.** La autonomía a la luz de la interpretación constitucional por la Suprema Corte de Justicia de la Nación; **7.** Conclusión; Referencias.

1. LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

En 1505, el Papa Julio II otorgó al Colegio la facultad de impartir grados en Teología, Filosofía, Derecho, Medicina y Artes. Sin embargo, “fue hasta 1551 cuando el Concejo de la ciudad distinguió a la fundación creada por el Arcediano Maese Rodrigo Fernández de Santaella como Universidad Oficial”².

¹ Profesor Titular de Tiempo Completo, “C”, en la Facultad de Derecho de la UNAM (con licencia sin goce de sueldo). Fue Subprocurador Jurídico de la Procuraduría Federal del Consumidor.

² UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/historia>. Acceso en: 8 mayo 2023.

Durante todo el siglo XIX la situación de la enseñanza en España sufrió una profunda crisis, fruto del enfrentamiento entre los intereses conservadores y liberales por el control sobre la cultura y la educación. El colegio fue desamortizado en 1835, siendo utilizado como cuartel de la milicia local. Durante este período se puso en marcha el llamado Plan Pidal de 1845, que somete a todas las universidades a un mismo ordenamiento jurídico.

Se culmina entonces el proceso de centralización y la pérdida definitiva de las antiguas autonomías; las cuales solo eran de forma jurídica, esto quiere decir que podían regular sus normas, pero no contaban con autonomía para la enseñanza, la cual se entiende como la libertad que tienen los profesores y/o estudiantes para indagar, conocer la verdad y exponerla, sin intervención estatal³.

En 1851, con la firma del Concordato con la Santa Sede, se devuelve la enseñanza al dominio eclesiástico. Más adelante, con “la Revolución de 1868, se declara libre el ejercicio de la enseñanza en todos los niveles educativos y se suprimen las asignaturas de Doctrina Cristiana, Historia Sagrada, Religión, Moral Cristiana”⁴.

Los intentos progresistas quedaron frenados debido a la Guerra Civil y la posterior dictadura franquista. En concreto, se pone en marcha la Ley de Ordenación Universitaria de 1943, que pese a contemplar un cierto deseo de autonomía significó un férreo control ministerial e ideológico.

En 1948 la Universidad cambió su sede a la antigua Real Fábrica de Tabacos, un edificio realizado por el ingeniero Van der Beer, en el reinado de Fernando VI. En la actualidad, este edificio sigue alojando el Rectorado y las facultades de Geografía e Historia y de Filología.

También en este siglo, durante la década de los sesenta, se crearon las Escuelas Técnicas Superiores de Arquitectura e Ingenieros Industriales.

En la década siguiente se fundaron los estudios de Económicas y Farmacia; se dividió la Facultad de Ciencias, que dio lugar a las facultades de Biología, Física, Matemáticas y Química, y se creó el Colegio Universitario de la Rábida.

La implantación de nuevos estudios vino acompañada por la descentralización geográfica de la Universidad, mediante la apertura de sedes en las provincias de Badajoz, Cádiz y Córdoba, de las que posteriormente surgirán las actuales Universidades⁵.

³ POZO RUIZ, Alfonso. *De la “universitas” a la “universidad”*. Sevilla, 2017. Disponible en: https://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm. Acceso en: 8 mayo 2023.

⁴ UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/historia>. Acceso en: 8 mayo 2023.

⁵ *Ibidem*, *La dictadura, un nuevo reto a la independencia universitaria, Historia*.

La Universidad de Sevilla es una universidad pública con sede en Andalucía (España). Es una de las dos universidades públicas de Sevilla, junto con la Universidad Pablo de Olavide.

Es la tercera universidad española en número de estudiantes y la primera de Andalucía; más de ochenta mil personas integran la comunidad universitaria, entre alumnos, profesores y profesionales de administración y servicios. También es una de las más antiguas, con más de 500 años⁶.

Es pertinente tener claro el concepto de autonomía, por lo cual se hará mención de diversos conceptos. De acuerdo a la definición que nos otorga la Real Academia Española, viene del griego *αὐτονομία* y es “la potestad que dentro de un Estado tienen municipios, provincias, regiones u otras entidades, para regirse mediante normas y órganos de gobiernos propios”⁷. Tomando conceptos que manejan autores, tenemos como primer ejemplo a Salvador Valencia Carmona, quien menciona que el término “autonomía, de *autos*, por sí mismo y *nomos*, ley, consiste en la facultad que una persona tiene de darse sus propias normas, sea un individuo, una comunidad o un órgano del Estado”⁸.

Cuando se utiliza este concepto en el derecho público, sirve para designar la “potestad que dentro del Estado pueden gozar municipios, provincias, regiones u otras entidades de él, para regir intereses peculiares de su vida interior, mediante normas y órganos de gobierno propios”⁹.

Por otro lado, Estruch distingue entre la autonomía neoliberal, la autonomía corporativista y la autonomía integradora.

La autonomía neoliberal opera en sistemas educativos regidos por la lógica de mercado, que otorgan el poder a las familias (definidas como “consumidores”) mediante la libre elección de centro. Sin embargo, la transferencia de poder a las familias no socava el poder del Estado, sino que este ve como se transforman sus funciones,

⁶ TIMES HIGHER EDUCATION. *Universidad de Sevilla*. Londres, 2019. Disponible en: <https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/university-seville>. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁷ AUTONOMÍA. In: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23. ed. Madrid: Real Academia Española, 2014. Disponible en: <https://dle.rae.es/autonom%C3%ADa?m=form>. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁸ VALENCIA CARMONA, Salvador. El derecho mexicano y la autonomía. In: VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho, autonomía y educación superior*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10053>. Acceso en: 9 mayo 2023. p. 2.

⁹ CHARNI, Hugo. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires: Driskill, 1986. Disponible en: <https://www.omeba.info/versi%C3%B3n-impres/a/colaboradores/>. Acceso en: 9 mayo 2023. p. 57.

convirtiéndose en un Estado evaluador. En la autonomía corporativista el poder de decisión recae en los profesionales que trabajan en el centro educativo. Por último, la autonomía integradora nace como una crítica a los dos modelos anteriores. La principal diferencia respecto el modelo neoliberal es la exclusión del principio de competencia entre escuelas. Por otro lado, también critica los efectos perversos del poder corporativo y defiende un modelo similar al finlandés, donde los centros contratan directamente a los docentes, que no son funcionarios, pero tienen un elevado prestigio social y trabajan de manera colegial para lograr los objetivos fijados a nivel municipal en un marco de liderazgo pedagógico¹⁰.

Otro ejemplo de autonomía nos los otorga Fernando Flores Giménez, el cual menciona que la autonomía supone el reconocimiento de un determinado nivel de autogobierno para las comunidades autónomas. Y habla de dos notas fundamentales que se pueden señalar a esta: en primer lugar, “la autonomía hace referencia a un poder limitado, es decir, no es lo mismo la soberanía, teóricamente ilimitada; en segundo lugar, la autonomía, en el marco de la Constitución Española, no puede oponerse al principio de unidad del Estado, sino que alcanza en él su verdadero sentido”¹¹.

Para finalizar con los conceptos, está la definición de autonomía universitaria de Joan Oliver Araujo, que dice:

la autonomía de las Universidades –como precisa el preámbulo de la Ley de Reforma Universitaria– se manifiesta en la autonomía estatutaria o de gobierno, en la autonomía académica o de planes de estudio, en la autonomía financiera o de gestión y administración de sus recursos y, finalmente, en la capacidad de seleccionar y promocionar al profesorado dentro del respeto de los principios de méritos, publicidad y no discriminación que debe regir la asignación de todo puesto de trabajo por parte del Estado. Solo la Universidad que goce de autonomía –o que es sinónimo de Universidad libre– podrá ofrecer a la sociedad lo que esta debe exigirle: calidad docente e investigadora¹².

¹⁰ ESTRUCH, Joan. Cuadernos de pedagogía. Barcelona: Cattedra, 2006. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/374/37449632016/html>. Acceso en: 30 abr. 2023. p. 362, p. 104-108.

¹¹ FLORES GIMÉNEZ, Fernando. La descentralización en España y la autonomía política de los entes territoriales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, 2004. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30210/27272>. Acceso en: 30 abr. 2023. p. 431.

¹² ARAUJO, Juan Oliver. *Alcance y significado de la autonomía universitaria según la doctrina del tribunal constitucional*. Islas Baleares: Universidad de las Islas Baleares, 1991. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1991-33-DEF26126/PDF>. Acceso en: 14 mayo 2023. p. 80.

Una vez restaurada la democracia en España, la Constitución de 1978 revisa el tradicional régimen centralista de la Universidad española, reconociendo la autonomía de las Universidades. Al mismo tiempo, la nueva organización territorial del Estado ha supuesto una distribución de competencias universitarias entre los distintos poderes públicos.

Gracias a la Ley de Reforma Universitaria aprobada en 1983, se consagra la autonomía universitaria como un derecho fundamental. “Esta norma-marco contempló la Universidad como un servicio público referido a los intereses generales, garantizando la participación en su gobierno de las diversas fuerzas sociales”¹³.

La Declaración de Bolonia, promulgada el 19 de junio de 1999 sienta las bases para la construcción de un Espacio Europeo de Educación Superior, que se organiza alrededor de los principios de calidad, movilidad, diversidad y competitividad.

Este plan se orienta hacia la consecución de dos objetivos estratégicos: incrementar el empleo en la Unión Europea y la conversión del sistema Europeo de Formación Superior en un polo de atracción para estudiantes y profesores de otras partes del mundo. Todas las titulaciones de la Universidad de Sevilla están adaptadas al Espacio Europeo de Educación Superior y todas han obtenido la acreditación de las agencias nacionales y autonómicas, que avala un alto grado de calidad. Asimismo, en el año de la plena convergencia con la Europa del Conocimiento, la Universidad de Sevilla fue reconocida como Campus de Excelencia Internacional. En la actualidad, la Universidad de Sevilla ha puesto en marcha un Plan Estratégico con el que se sientan las bases para una institución más abierta, flexible, innovadora, inteligente e integrada en la ciudad¹⁴.

Recientemente, la Ley Orgánica de Universidades de 2001 revisó el marco normativo de la universidad con el propósito de impulsar la acción de la Administración General del Estado en la vertebración y cohesión del sistema universitario, de profundizar las competencias de las comunidades autónomas en materia de enseñanza superior, de incrementar el grado de autonomía de las Universidades, y de establecer los cauces necesarios para fortalecer las relaciones y vinculaciones recíprocas entre Universidad y Sociedad¹⁵.

¹³ UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/historia>. Acceso en: 8 mayo 2023.

¹⁴ UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/historia>. Acceso en: 8 mayo 2023.

¹⁵ UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *La US en cifras*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/la-us-en-cifras>. Acceso en: 8 mayo 2023.

En uso de las competencias conferidas por la Ley Orgánica de Universidades, el Parlamento de la Comunidad Autónoma de Andalucía aprobó en 2003 la Ley Andaluza de Universidades, con objeto de desarrollar las funciones que aquella otorga a las comunidades autónomas y profundizar en el desarrollo y coordinación del sistema universitario andaluz. “La Universidad de Sevilla elaboró su estatuto en el año 2003, siendo aprobado por Decreto de la Junta de Andalucía de 25 de noviembre de 2003”¹⁶.

2. LA UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA, ARGENTINA

La Universidad de Córdoba, Argentina, fue “fundada en el siglo XVII por Fray Fernando de Trejo y Sanabria”¹⁷, su origen se remonta a 1610, con la Creación del Colegio Máximo, por parte de la compañía de Jesús, el cual fue la base para que, en 1613, iniciaran los estudios superiores, sin embargo, en un inicio no podía conferir grados, es hasta 1622, con la ratificación de Felipe IV de España que pudo otorgar títulos de grados.

“Se consideraba como una de las Universidades con mayor apego al sistema colonial, precisamente por el pensamiento al que pertenecía su fundador”¹⁸, Era dirigida por consejeros vitalicios y con cátedras hereditarias, razón por la cual imperaba el anacronismo, lo que lo apartaba totalmente de la Ciencia o de cualquier disciplina moderna, a causa de la precaria forma de enseñanza y de la falta de medios para enfrentarse al siglo XX, el resultado era un notorio retraso en la preparación profesional.

Específicamente “en 1918, la agitación social y económica era un detonante, con motivo a la influencia interna como externa del país, en el primer ámbito se encontraba contextualizado en la revolución socialista rusa de 1917, el inicio de la primera guerra mundial y la expansión del capitalismo en Latinoamérica”¹⁹.

¹⁶ UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *La US en cifras*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/la-us-en-cifras>. Acceso en: 8 mayo 2023.

¹⁷ BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023. p. 45.

¹⁸ BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023.

¹⁹ BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023. p. 32.

En lo que corresponde a él ámbito interno imperaba la búsqueda de la reestructuración social, que no era más que un reflejo de una educación limitada y conservadora, especialmente en las Universidades, dado al carácter señorial que se conservaba hasta ese entonces. Asimismo, existía una crisis cultural que no le permitía adecuarse a la cambiante sociedad. Por esta razón la juventud de la época comenzó a desarrollar una visión renovadora, con respecto a las obsoletas formas de enseñanza y de convivencia social, a través de su manifestación dentro y fuera del aula de clase, en especial plasmando su legado en letras, lo que evidentemente permitió ampliar esa visión en la búsqueda de una propia cultura e identidad.

Por ello a principios de 1918, el Centro de Estudiantes de Córdoba protestó en razón de la falta de respuesta a las demandas interpuestas en razón a la falta de recursos, la deficiencia de cátedra y la moral, a dicha idea se unieron la Facultad de Ingeniería y de Derecho, formando un Comité que se encargó de expedir el manifiesto “*A la Juventud argentina* que en síntesis menciona las causas del desprestigio universitario, con motivo de sus dirigentes, las irregularidades de su procedimientos, la decadente cultura y en el arcaico plan de estudio”, pero sus peticiones fueron ignoradas²⁰.

Es hasta junio de 1918, que se dirigió a los “*hombres libres de Sudamérica*”, un manifiesto considerado como documento que marcaría históricamente el movimiento reformista. Su importancia radica a qué va dirigido a los jóvenes universitarios de América Latina, “cuya concepción es dar a conocer la necesidad de una autonomía en la educación universitaria y a su vez la necesidad de que la soberanía recaiga directamente en los estudiantes”²¹, ya que tienen derecho a elegir sus propias autoridades.

Por otra parte, se señala que la educación y la enseñanza deben estar íntimamente relacionados con los valores y no a través de una falsa dignidad, puesto que no se debe sobreponer los intereses de los catedráticos sobre el deseo de un mejor desarrollo de la juventud.

Por tanto, la autonomía de la Universidad de Córdoba Argentina es resultado de la reforma universitaria de 1918, o también conocida como el Grito de Córdoba Argentina, cuya trascendencia no solo es en el sentido pedagógico, sino que su influencia se extendió fuera de sus fronteras estatales, siendo una añadidura a las evidentes necesidades a las que afrontaba cada país de Latinoamérica, ejemplo de ello es

²⁰ GONZÁLEZ, Julio V. *La Universidad: teoría y acción de la reforma*. Buenos Aires: Claridad, 1945. Disponible en: https://www.clacso.org.ar/libreria-latinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=1377. Acceso en: 30 abr. 2023. p. 32.

²¹ BARROS, Enrique F. et al. *Manifiesto de la juventud universitaria de Córdoba, Argentina, 1918*. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1918. Disponible en: <http://publicaciones.anui.es.mx/acervo/revsup/res031/txt15.htm>. Acceso en: 30 abr. 2023.

Perú que buscaba cátedras libres y representación en el Consejo Universitario; En Colombia con la Reforma de 1922; En Venezuela en 1928, contra la dictadura de Juan Vicente Gómez; En México en 1921, se presentó el Primer Congreso Internacional de Estudiantes se buscó la proclamación de una nueva humanidad y la justicia social; En 1933, se llevó a cabo en Costa Rica y en Chile entre los años de 1937-1943, se llevó a cabo un nuevo congreso y por último en Brasil en 1988²².

Es así como el estudiante tomó su lugar como ciudadano en la vida política.

Es de notar que está no fue una lucha improvisada, sino que fue la manifestación de un pensamiento que durante años se encontraba limitado y restringido. Justamente esto es lo que resulta significativo y emotivo, la evolución de algo que inició con una petición terminó como una exigencia, en razón de la falta de apoyo.

Por lo que se refiere al programa reformista de 1918, se desglosaron los siguientes puntos:

1) autonomía universitaria; 2) la elección de cuerpos directivos y de las autoridades de la universidad por la propia comunidad universitaria; 3) concursos de oposición para la selección de profesorado y periodicidad de cátedras; 4) docencia libre y asistencia libre; gratuidad de la enseñanza; 5) reorganización académica; 6) asistencia social a los estudiantes; 7) vinculación con el sistema educativo nacional; extensión universitaria y la unidad latinoamericana que lucha contra dictaduras y el imperialismo²³.

Por lo que atiene al primer punto es en razón de la autonomía distinguidos expositores manifestaron su opinión al respecto. El primero de ellos es Gabriel del Mazo, quien fue un dirigente estudiantil argentino, señalaba que “se trata de organizar a la universidad en sistemas de vida y métodos de cultivarse y gobernarse que dignifiquen la función de la enseñanza, que se modernice en su técnica, pero ante todo en su espíritu”²⁴.

²² BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023. p. 53-59.

²³ BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023. p. 63.

²⁴ DEL MAZO, G. *Reforma universitaria y cultura nacional*. 4. ed. Buenos Aires, Argentina: Raigal, 1954. Disponible en: <https://www.utn.edu.ar/images/Secretarias/ConsejoSuperior/Reforma-Universitaria-y-Cultura-Nacional---Gabriel-del-Mazo.pdf>. Acceso en: 30 abr. 2023. p. 77.

Esta idea que el autor manifiesta rompe con los paradigmas que durante años fueron impuestos, y que se encargaron de limitar el pensamiento de muchos jóvenes, ya que, en el punto más alto del sistema escolar, no permitía el pleno desarrollo del hombre, puesto que no se presentaba un equilibrio en la cátedra,

Por su parte José Ingenieros que fue médico, filósofo, criminólogo, sociólogo argentino, hace referencia a la juventud en el siguiente tenor “los idealistas son forzosamente inquietos, como todo lo que vive, como la vida misma, en contra la tendencia apacible de los rutinarios [...] Toda juventud es inquieta, el impulso de lo mejor sólo puede esperarse de ella”²⁵. De modo que este autor representó para la juventud de argentina una figura de apoyo a la idea reformista, sobre todo porque su visión rompe el esquema de los catedráticos, que durante décadas impulso y busco una juventud que se mantuviera en los estándares y con pensamientos obsoletos.

Para Alejandro Korn quien fue un médico, filósofo, reformista, maestro y funcionario universitario argentino “La Reforma es un proceso dinámico, su propósito es crear un nuevo espíritu universitario, devolver a la universidad consciente de su misión y de su dignidad, el prestigio perdido”²⁶. Hace referencia a una cátedra libre dirigida por la visión progresista de los estudiantes, ya que justamente a través de ellos se logró renovar la relación entre el Estado, la sociedad y la universidad.

Fue una pauta indispensable para el sentido de libertad academia y autenticidad, ya que la elección de sus propias autoridades garantiza la idoneidad que, en conjunto con la elaboración y aprobación de un presupuesto universitario, la inviolabilidad de los recintos universitarios, la creación de más instituciones, procurar avances en una adecuada formación docente en la cultura y la ciencia buscando el equilibrio para el ser humano.

Fueron elementos que llevaron a plantearse diversos objetivos tales como: La ampliación de la universidad sin discriminación alguna consecuentemente permitiría una mayor facilidad a su acceso, no solo para los que ingresan sino para aquellos estudiantes que se dedican a estudiar y trabajar al mismo tiempo. A su vez se rompería con el monopolio de las clases superiores, lo que llevaría a dejar de colocar de lado a los jóvenes cuyo sector económico se consideraba débil en contraste con la clase dominante; Otro objetivo es permitir la enseñanza a los profesionales competentes por medio de la introducción a la metodología, que a través de este sistema permitiría un progresivo desarrollo en su forma

²⁵ INGENIEROS, Jose. *El hombre mediocre*. Cuba: La Habana, 1913. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/ingenieros/1913-el-hombre-mediocre.pdf>. Acceso en: 3 mayo 2023. p. 17.

²⁶ KORN, Alejandro. *La reforma universitaria, la libertad creadora nacional y el anhelo a la justicia social*. 2018. Disponible en: <https://fedun.com.ar/wp-content/uploads/2018/09/HOMENAJE-A-LA-REFORMA-UNIVERSITARIA.pdf>. Acceso en: 3 mayo 2023. p. 3.

de dar sus cátedras y finalmente es la democratización universitaria que a raíz de esta investigación es la más importante de todos los supuestos.

Por estas razones es correcto señalar que la autonomía fue la reivindicación universitaria en América Latina, que dada su importancia se ha plasmado en la carta magna de cada país y convirtiéndose en el distintivo de cada joven universitario que anhela su constante aspiración.

En este sentido Jorge Mario García Laguardia clasificó a los textos constitucionales que:

a) Constituciones que estatuyen acerca de la universidad y

b) Donde no se encuentran disposiciones expresas acerca de la Universidad. En el primer inciso se encontraba: Bolivia; Costa Rica; Cuba; Ecuador; El Salvador; Guatemala; Honduras; Nicaragua; Panamá Paraguay y Uruguay.

En el inciso b) Se encontraba Argentina; Brasil; Colombia; Chile; Haití; México; Perú; Puerto Rico; República Dominicana y Venezuela²⁷.

Es hasta 1994, en Argentina que se eleva a rango constitucional a la autonomía universitaria en el artículo 75° Corresponde al congreso, XIX “Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y la autonomía y autarquía de las universidades nacionales”²⁸.

En la actualidad los movimientos de los jóvenes latinoamericanos han permitido abrir la brecha a mejores posibilidades, como el acceso a becas en distintos módulos, que la cuota sea mínima sobre todo en Universidades pública, igualmente se han creado distintos programas que han permitido un mejor desarrollo profesional, equiparado a las nuevas tecnologías y lo más importante y notable de todo ha permitido a los jóvenes a concientizar a su participación y solución a su misión social.

²⁷ Cf.: GARCÍA LAGUARDIA, Jorge M. *Universidad y Constitución en América Latina*. 1977. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/968/1228/1228>. Acceso en: 22 mayo 2023. p. 53-55.

²⁸ ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Santa Fe, 22 de agosto de 1974. *Boletín Oficial*, artículo 75 XIX, 23 ago. 1994. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>. Acceso en: 22 mayo 2023.

Porque como diría Manuel Gómez Morín Rector de la Universidad Autónoma de México en 1934, “la esencia de la autonomía en su forma más alta de libertad de investigación y de crítica, resulta impuesta por la naturaleza de la misma de la Universidad”²⁹.

3. LAS PRIMERAS AUTONOMÍAS, EL LEGADO HISTÓRICO Y SU EVOLUCIÓN DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Existen dos eventos que marcan la historia de la autonomía universitaria en México:

- 1) la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo; y,
- 2) la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.

La primera obtuvo su autonomía el 15 de octubre de 1917³⁰, al triunfo de la Revolución Mexicana, cuando a escasos días de tomar posesión del gobierno de Michoacán, el ingeniero Pascual Ortiz Rubio tomó la iniciativa en sus manos, y es considerada la primera universidad autónoma del país³¹. Su ley orgánica dispuso que era una institución de servicio, descentralizada del Estado, con personalidad jurídica y patrimonio propios; dedicada a la educación media-superior y superior, en sus diversos niveles y modalidades, la investigación científica, la difusión de la cultura y la extensión universitaria y que la universidad gozaría de autonomía³².

Por su parte, la segunda logró su autonomía el 9 de enero de 1923, producto de “un proceso de cambios ideológicos y de mentalidad de maestros, directivos, jóvenes estudian-

²⁹ GÓMEZ MORÍN, Manuel. *La universidad de México: su función social y la razón de ser de su autonomía*. México: Colección de folletería UNAM, 1934. Disponible en: <https://autonomia90.dgb.unam.mx/images/cliparts/libros/pdf/folleto-autonomia.pdf>. Acceso en: 22 mayo 2023. p. 16.

³⁰ UNIVERSIDAD MICHOCANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.umich.mx/historia.html>. Acceso en: 4 jun. 2023.

³¹ Cf.: UNIVERSIDAD MICHOCANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.umich.mx/historia.html>. Acceso en: 4 jun. 2023.

³² UNIVERSIDAD MICHOCANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO. *Ley Orgánica de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. Periódico Oficial del Estado, 3 de febrero de 1986. Reformada el 23 de junio de 1986 y 18 de septiembre de 1986. Disponible en: <https://www.colegio.umich.mx/assets/files/01-LeyOrganicadelaUniversidadMichoacanadeSanNicolásdeHidalgo.pdf>. Acceso en: 4 jun. 2023.

tes e integrantes del gobierno de aquella generación visionaria”³³. Al día siguiente se publicó el Decreto número 106 de la XXVII Legislatura al Congreso del Estado Libre y Soberano de San Luis Potosí³⁴, el cual en su artículo cuarto dispuso que esa casa de estudios tendría personalidad jurídica propia y gozaría de plena autonomía en su organización científica, técnica y docente, pudiendo administrar con toda libertad los fondos que le pertenecieran.

Estos antecedentes históricos permitieron que más adelante se consagrara la autonomía de la Universidad Nacional Autónoma de México y, a través de ella, se consolidara en la Constitución como un principio constitucional en favor de las universidades del país.

4. LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO Y LA EVOLUCIÓN CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA UNIVERSITARIA

La idea de una autonomía universitaria estuvo presente desde el primer proyecto de creación de la Universidad Nacional, elaborado en 1881 por el diputado Justo Sierra, como institución cúspide del sistema nacional de educación hasta la promulgación de la Ley Orgánica de la Universidad Nacional de México Autónoma en 1929³⁵. En el periodo que va de 1929 a 1945 se construye la relación entre la Universidad y el Estado surgido de la Revolución mexicana y la intelectualidad proveniente de los sectores medios³⁶. El 9 de mayo de 1929, el secretario de Educación, Ezequiel Padilla, reconoció que “durante mu-

³³ Confróntese el portal de la Universidad: UNIVERSIDAD Autónoma de San Luis Potosí. Disponible en: <https://www.uaslp.mx/Paginas/Historia/-3257#gsc.tab=0>. Acceso en: 9 mayo 2023.

³⁴ SAN LUIS POTOSÍ. *Decreto número 106 de la XXVII Legislatura al Congreso de Estado libre y soberano de San Luis Potosí* (10 de enero de 1923). Congreso Constitucional: San Luis Potosí, 1923. Disponible en: <https://transparencia.uaslp.mx/Lists/Secretara%20General/Attachments/498/Decreto%20106%20-%20XXVII%20Legislatura%20al%20Congreso%20del%20Estado%20Libre%20y%20Soberano%20de%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf>. Acceso en: 4 jun. 2023.

³⁵ INSTITUTO TECNOLÓGICO DE SONORA. *Historia de la Autonomía Universitaria*. [S.d.]. Disponible en: <https://itson.mx/micrositios/autonomo/Paginas/historia.aspx>. Acceso en: 4 jun. 2023.

³⁶ ESPINOSA CARBAJAL, María Eugenia; MESTA MARTINEZ, Jorge Ernesto. La ley orgánica de 1945 de la UNAM, contexto y repercusiones. *Revista Xicli de la Unidad UPN 094*, n. 44, p. 17-28, 2001. Disponible en: http://unidadupn094.upnvirtual.edu.mx/u094/revista/44/leyorganica.htm#:~:text=La%20ley%20org%C3%A1nica%20de%201945%20de%20la%20UNAM%2C%20contexto%20y%20repercusiones*&text=Luis%20Villoro%20en%20su%20texto.y%20la%20creaci%C3%B3n%20de%20conocimiento. Acceso en: 9 mayo 2023.

chos meses los estudiantes, y especialmente los de Derecho, hicieron bandera de combate la autonomía universitaria [...]”, pero condenaba la agitación reinante³⁷.

El 6 de enero de 1945 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México³⁸, que otorgó a la máxima casa de estudios su autonomía formal, estableció su estructura de gobierno autónomo y garantizó la participación de la comunidad universitaria en la toma de decisiones, la elección de autoridades universitarias y la elaboración de planes de estudio.

El 9 de junio de 1980 se publicó en dicho medio de difusión oficial³⁹ una importante reforma al artículo 3 de la Constitución Federal, el cual añadió la fracción VIII para disponer que las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio.

Las razones del poder reformador de la Constitución consistieron esencialmente en la autonomía universitaria es una institución familiar a la nación mexicana y, por tanto, el Estado tiene la inexorable obligación de respetar irrestrictamente la autonomía para que las instituciones de cultura superior se organicen, administren y funcionen libremente, y sean sustento de las libertades. Esta reforma constituyó la génesis formal de la autonomía de las universidades públicas en el Estado mexicano y, desde luego, permitió su consolidación.

El 5 de marzo de 1993 se publicó en el Diario Oficial de la Federación otra reforma al artículo 3 constitucional en que la fracción VIII invocada se trasladó a la VII y precisaron conceptos de libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones de educación superior. El 9 de febrero de 2012 se publicó en el citado medio de difusión oficial otra reforma a ese precepto constitucional para disponer que el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos, incluida la educación inicial y la educación su-

³⁷ 1929: autonomía, ya. El 10 de julio Portes Gil promulga la Ley Orgánica de la Universidad, que entra en vigor el día 26. *Gaceta UNAM*, n. 13, 22 jul. 2019. Disponible en: <https://www.gaceta.unam.mx/1929-autonomia-ya>. Acceso en: 4 jun. 2023.

³⁸ Cf.: MEXICO. Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diario Oficial*, 6 ene. 1945. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4498108&fecha=06/01/1945&cod_diario=191231. Acceso en: 4 jun. 2023.

³⁹ Cf.: MEXICO. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Decreto. *Diario Oficial*, 9 jun. 1980. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_092_09jun80_ima.pdf. Acceso en: 4 jun. 2023.

perior, necesarias para el desarrollo de la nación; de modo que el Estado como rector de la educación tendrá participación activa en todos los tipos y modalidades educativas.

Aunque la reforma de 26 de febrero de 2013 significó un importante cambio de paradigma en relación con la educación, especialmente superior, en tanto se garantizó la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas, el sistema jurídico previsto en esa reforma sufrió una importante modificación con la entrada en vigor del decreto publicado en el Diario Oficial de la federación el 15 de mayo de 2019, dispuso que la obligatoriedad de la educación superior corresponde al Estado y las autoridades federal y locales establecerán políticas para fomentar la inclusión, permanencia y continuidad.

5. EL LEGADO DE LA UNAM, LAS UNIVERSIDADES DE SONORA Y YUCATÁN

La Universidad de Sonora ha recogido las acciones de su comunidad universitaria y de sus formas de organización y ha tenido cuatro etapas que enmarcan su historia: la primera comienza desde el 10 de agosto de 1938, regida con la promulgación de la Ley número 92 (16 de noviembre de 1938). La segunda etapa transita del 19 de agosto de 1953 a agosto de 1973 con la vigencia de la ley número 39 (segunda ley orgánica); la tercera etapa surge con motivo de la vigencia de la Ley Orgánica número 103, que culmina en noviembre de 1991, con la promulgación de la Ley Orgánica número 4, que estableció esencialmente la reestructuración del esquema académico de la Universidad, el establecimiento de cuotas, la institucionalización de los exámenes de selección y la búsqueda permanente de la calidad basada en la certificación de sus programas académicos y administrativos⁴⁰.

El artículo 4 de esa última ley orgánica dispuso que la Universidad de Sonora es una institución autónoma de servicio público, con personalidad jurídica y capacidad para auto-gobernarse, elaborar sus propios estatutos, reglamentos y demás aspectos normativos, así como para adquirir y administrar sus bienes y recursos⁴¹.

La anterior legislación rigió desde 1991 hasta el 5 de marzo de 2023, en que se publicó la Ley Orgánica n. 169, en el Boletín Oficial y Archivo del Estado de Sonora, tomo

⁴⁰ Cf.: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Sinopsis histórica*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.unison.mx/sinopsis-historica/>. Acceso en: 5 jun. 2023.

⁴¹ Cf.: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Ley número 4*. Ley Orgánica de la Universidad de Sonora. Congreso del Estado: México, 1991. Disponible en: <https://www.unison.mx/ley-numero-4-organica-de-la-universidad-de-sonora/#primero>. Acceso en: 5 jun. 2023.

CCXI, durante la gubernatura de Francisco Alfonso Durazo Montaño. El artículo 16 de la ley orgánica vigente dispone que las elecciones de quienes serán representantes del personal académico, del alumnado y del personal manual y administrativo ante los órganos colegiados de la Universidad de Sonora se llevarán a cabo por voto universal, secreto, personal y directo en cada uno de los sectores correspondientes. A su vez, el artículo 18 establece que un sistema novedoso de elección de los órganos de esa casa de estudios, pues dispone que el Colegio Universitario tiene como atribuciones, entre otras, elegir a la persona titular de Rectoría, de la terna que le presente el Colegiado Permanente de Asuntos Electorales, el cual se designa con base en el voto de la comunidad universitaria⁴².

Lo anterior es relevante porque la Universidad Nacional Autónoma de México tiene un sistema de elección de la persona titular de la Rectoría disímil en relación con la Universidad de Sonora, pues no participa la comunidad universitaria.

Por su parte, el 25 de febrero de 1922 el gobernador Felipe Carrillo Puerto firmó el decreto de creación de la Universidad del Sureste y el 1 de marzo del mismo año inició sus labores. Dicha universidad cambió su denominación en 1938 a Universidad de Yucatán⁴³. La génesis como universidad autónoma derivó de que, en noviembre de 1980, la Junta de Conciliación y Arbitraje del Estado negó el registro a los dos sindicatos universitarios creados dos meses antes, con la consideración de que no era autónoma, razón por la cual dichos sindicatos promovieron juicio de amparo y, paralelamente, solicitaron a la Rectoría que el Consejo Universitario hiciera las aclaraciones necesarias ante el Gobierno del Estado en relación con su la autonomía.

El 31 de agosto de 1984 obtuvo formalmente su autonomía, fecha en que se publicó su ley orgánica a través del decreto número 257; en su artículo 1 dispuso que esa casa de estudios es una institución de enseñanza superior, autónoma por ley, descentralizada del Estado, para organizar, administrar y desarrollar sus fines, con plena capacidad, personalidad jurídica y patrimonio propio.

⁴² Cf.: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Ley número 169*. Ley Orgánica de la Universidad de Sonora. Congreso del Estado: México, 2023. Disponible en: <https://www.unison.mx/ley-numero-169-organica-de-la-universidad-de-sonora/#tprimero>. Acceso en: 5 jun. 2023.

⁴³ Cf.: UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://uady.mx/nuestrauniversidad/historia>. Acceso en: 4 jun. 2023.

6. LA AUTONOMÍA A LA LUZ DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Desde la séptima época del Semanario Judicial de la Federación, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo en revisión 2721/83 determinó que la autonomía universitaria se traduce en el autogobierno; es decir, la Constitución otorga a las universidades autónomas la facultad de gobernarse a sí mismas, lo que implica que, sin ninguna intervención ajena, pueden, principalmente, establecer sus planes y programas; determinar los requisitos de ingreso, promoción y permanencia tanto de su personal académico como de los alumnos, así como administrar su patrimonio, todo ello a fin de que estén en la posibilidad de desarrollar su función de educar, investigar y difundir la cultura⁴⁴.

En la novena época, al resolver la Contradicción de tesis 12/2000, la Segunda Sala del alto tribunal determinó –como una consideración periférica en cuanto al tema central *obiter dictum*– que para que las universidades públicas logren el pleno desarrollo de su autonomía, tanto el legislador federal como las legislaturas locales tienen facultad para habilitar a determinados órganos de tales instituciones para emitir disposiciones administrativas de observancia general que normen los términos y condiciones en que desarrollarán los servicios educativos que decidan prestar, los requisitos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico y la forma en que administrarán su patrimonio, pero estas normas no pueden exceder los límites establecidos por la Constitución y las leyes respectivas⁴⁵.

Posteriormente, al resolver el amparo en revisión 337/2001, la Primera Sala del alto tribunal determinó los alcances de la autonomía universitaria, y sostuvo que las universidades públicas son organismos públicos descentralizados con autonomía especial, que implica autonormación y autogobierno, en atención a la necesidad de lograr mayor eficacia en la prestación del servicio que les está atribuido y que se fundamenta en su libertad de enseñanza, sin que ello signifique su disgregación de la estructura estatal, ya que se ejerce en un marco de principios y reglas predeterminadas por el propio Estado, restringida a sus

⁴⁴ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. *Tesis* 232235. Ley aduanera. Su artículo 36 no viola la autonomía universitaria. Séptima Época, Volumen 193-198, Primera Parte, página 118, registro digital 232235. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IPdvMHYBN_4klb4HMa-SA/%22Universidades%22. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁴⁵ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis* 2a. XXXVIII/2002. Legislación universitaria. Las disposiciones administrativas de observancia general que la integran son parte del orden jurídico nacional. Novena Época, tomo XV, abril de 2002, página 587, registro digital 187183. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187183>. Acceso en: 9 mayo 2023.

finés. En congruencia con ese criterio, y en virtud de la autonomía que el dispositivo constitucional citado le concede a la Universidad Nacional Autónoma de México, ésta se encuentra facultada para gobernarse a sí misma, a través de sus propios órganos, así como para autonomarse o autorregularse, es decir, aprobar las normas que habrán de regir a su interior, lo que se traduce necesariamente en la aprobación y emisión de su propia legislación, así como en la creación de sus propios órganos de gobierno, entre ellos los encargados de resolver las controversias que se deriven del incumplimiento de su propia normativa⁴⁶.

Más adelante, al resolver la controversia constitucional 103/2003, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia determinó que los gobernadores de las entidades federativas no pueden otorgar autonomía a las universidades de educación superior, pues esa potestad es propia de los poderes legislativos, Federal o locales⁴⁷, pues la autonomía de las universidades quedó sujeta al principio de reserva de ley, motivo por el cual sólo puede establecerse a través de un acto formal y materialmente legislativo, similar a las leyes orgánicas expedidas por el Congreso de la Unión o las legislaturas estatales⁴⁸.

En 2010, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que la autonomía de las universidades públicas confiere a éstas la facultad de autoformación y autogobierno acotada constitucionalmente para determinar sus planes y programas de estudio, y fijar los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico, así como la forma en que administrarán su patrimonio. En ese sentido, el amparo es improcedente contra el acto derivado del ejercicio de la autonomía universitaria, consistente en el nombramiento del rector de la universidad⁴⁹.

⁴⁶ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. XI/2003*. Autonomía universitaria. Su alcance. Novena Época, tomo XVII, mayo de 2003, página 239, registro digital 184349. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184349>. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁴⁷ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis P/J. 18/2005*. Autonomía universitaria. Los artículos 46 bis y 46 ter de la ley de educación del estado de San Luis Potosí violan la fracción vii del artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al otorgar facultades al gobernador para decretar aquélla. Novena Época, tomo XXI, mayo de 2005, página 913, registro digital 178528. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/zPduMHYBN_4klb4HTUKE/*%20AND%20178528. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁴⁸ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis P/J. 17/2005*. Autonomía universitaria. Sólo puede establecerse mediante un acto formal y materialmente legislativo. Novena Época, tomo XXI, mayo de 2005, página 913, registro digital 178527. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/ovhyMHYBN_4klb4HcayB/*%20AND%20178527. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁴⁹ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a./J. 19/2010*. Universidades públicas. Es improcedente el juicio de amparo contra el acto derivado del ejercicio de su autonomía, consistente en el nombramiento de rector. Novena Época, tomo XXXI, marzo de 2010, página 918, registro digital 164876. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/iPduMHYBN_4klb4Hs3B9/*%20AND%20164876. Acceso en: 9 mayo 2023.

En la décima época, el alto tribunal ha emitido criterios importantes en relación con la autonomía universitaria. Al resolver el amparo en revisión 750/2015, la Primera Sala estableció que la autonomía universitaria es un diseño institucional tendente a maximizar la protección del principio de libre enseñanza (libertad de cátedra, de investigación, y de examen y discusión de las ideas), indispensable para la formación y transmisión del conocimiento. Es decir, la autonomía universitaria tiene como finalidad proteger las condiciones necesarias para la satisfacción del derecho a la educación superior y, en este sentido, constituye una garantía institucional de ese derecho⁵⁰, de modo que la autonomía universitaria, en tanto garantía institucional de un derecho humano – el derecho a la educación – está subordinada a la maximización de éste, por lo que, por regla general, el ejercicio legítimo de la autonomía universitaria no puede incluir la restricción de aspecto alguno del derecho a la educación⁵¹.

Por su parte, al resolver el amparo en revisión 306/2016, la Primera Sala del alto tribunal determinó que la autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior, es decir, tiene un carácter exclusivamente instrumental y no conforma, per se, un fin en sí misma, por lo que es valiosa si y sólo si – y en la medida en que – maximiza el derecho humano a la educación superior. En este sentido, no debe confundirse la autonomía universitaria, en cuanto garantía institucional que se predica de una persona jurídica de derecho público -la universidad autónoma-, con los derechos fundamentales de las personas físicas que la integran: el derecho a la educación superior y sus distintos haces normativos, como el derecho a la libre investigación y discusión de las ideas, el derecho a la libertad de cátedra, entre otros. Esto es, el hecho de que la autonomía universitaria tenga una relación instrumental con la maximización de derechos individuales no implica que ésta sea a su vez un derecho humano de una persona jurídico-colectiva que deba ponderarse con los derechos humanos de sus miembros. La autonomía universitaria, en definitiva, está subordinada a la maximización del derecho a la educación, por lo que,

⁵⁰ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. CCXCV/2016 (10a.)*. Autonomía universitaria. Tiene un carácter exclusivamente instrumental para maximizar el derecho humano a la educación superior, por lo que no conforma, per se, un fin en sí misma. Décima Época, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 361, registro digital 2013197. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/ifuMHYBN_4klb4HfVdR/*%20AND%202013197. Acceso en: 9 mayo 2023.

⁵¹ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. CCXCV/2016 (10a.)*. Autonomía universitaria. Constituye una garantía institucional del derecho a la educación superior, por lo que no puede ser utilizada para restringirlo. Décima Época, libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 361, registro digital: 2013196. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/4PhyMHYBN_4klb4HL-poS/*%20AND%202013196. Acceso en: 9 mayo 2023.

por regla general, el ejercicio legítimo de aquélla no puede incluir la restricción de aspecto alguno del derecho a la educación⁵².

7. CONCLUSIÓN

Al hacer un ejercicio de comparación con la Universidad Nacional Autónoma de México, podemos observar que las universidades españolas, en específico la de Sevilla, contaban con una autonomía antes que, en México, si bien era limitada, ya que podían administrar sus funciones por cuenta propia, no tenían esta libertad de enseñanza, seguía siendo control de la iglesia. Aun con esto marcó las pautas que tomarían en cuenta las universidades de América latina. Si bien en España tardaron más en legislar la autonomía, la consagraron como un derecho fundamental, y al tomar las bases de la Declaración de Bolonia, fomentaron la atracción de talento para sus universidades, tanto de alumnos como de profesores de calidad. Un punto importante a destacar es que los españoles cuentan con definición de autonomía universitaria, en lo cual coinciden con México, que cuenta con ejemplo de esta definición como lo es la UNAM. La importancia de conocer distintos conceptos de autonomía, como son doctrinas españolas y mexicanas, nos otorgan una visión clara de la forma de adoptarla a la educación superior, ya que ellos son la base de la liberación educativa de la iglesia, a pesar de plasmarla en su legislación después que México.

La autonomía en la UNAM ha sido producto del esfuerzo intelectual organizado de la generación de 1929, que consolidó cuatro poderes universitarios: Rectoría, Junta de Gobierno, Consejo Universitario y Patronato y que, correlativamente, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido la autonomía universitaria es una garantía institucional del derecho a la educación superior: es un diseño institucional que propende hacia la maximización y protección del apotegma de la libre enseñanza (libertad de cátedra, de investigación, y de examen y discusión de las ideas), que repercute en el derecho fundamental a la educación, en tanto constituye una garantía institucional.

⁵² MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. *Tesis 1a./J. 119/2017 (10a.)*. Autonomía universitaria. Constituye una garantía institucional del derecho a la educación superior, por lo que no puede ser utilizada para restringirlo. Décima Época, libro 48, noviembre de 2017, tomo I, página 132, registro digital 2015590. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FvZtMHYBN_4klb4HC_BM/*%20AND%202015590. Acceso en: 9 mayo 2023.

REFERENCIAS

1929: autonomía, ya. El 10 de julio Portes Gil promulga la Ley Orgánica de la Universidad, que entra en vigor el día 26. *Gaceta UNAM*, n. 13, 22 jul. 2019. Disponible en: <https://www.gaceta.unam.mx/1929-autonomia-ya>. Acceso en: 4 jun. 2023.

ARAUJO, Juan Oliver. *Alcance y significado de la autonomía universitaria según la doctrina del tribunal constitucional*. Islas Baleares: Universidad de las Islas Baleares, 1991. Disponible en: <http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:Derechopolitico-1991-33-DEF26126/PDF>. Acceso en: 14 mayo 2023.

ARGENTINA. Constitución de la Nación Argentina. Santa Fe, 22 de agosto de 1974. *Boletín Oficial*, artículo 75 XIX, 23 ago. 1994. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/0039.pdf>. Acceso en: 22 mayo 2023.

AUTONOMÍA. In: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la lengua española*. 23. ed. Madrid: Real Academia Española, 2014. Disponible en: <https://dle.rae.es/autonom%C3%ADa?m=form>. Acceso en: 9 mayo 2023.

BARROS, Enrique F. *et al. Manifiesto de la juventud universitaria de Córdoba, Argentina, 1918*. Argentina: Universidad Nacional de Córdoba, 1918. Disponible en: <http://publicaciones.anuies.mx/acervo/revsup/res031/txt15.htm>. Acceso en: 30 abr. 2023.

BERNHEIM, Carlos Tünnermann. *Ochenta años de la Reforma Universitaria de Córdoba*. 4. ed. Ciudad Universitaria, Santo Domingo, República Dominicana: Editora Universitaria UASD, 1998. Disponible en: <https://www.enriquebolanos.org/media/publicacion/2983.pdf>. Acceso en: 4 abr. 2023.

CHARNI, Hugo. *Enciclopedia Jurídica OMEBA*. Buenos Aires: Driskill, 1986. Disponible en: <https://www.omeba.info/versi%C3%B3n-impres/a/colaboradores/>. Acceso en: 9 mayo 2023.

DEL MAZO, G. *Reforma universitaria y cultura nacional*. 4. ed. Buenos Aires, Argentina: Raigal, 1954. Disponible en: <https://www.utn.edu.ar/images/Secretarias/ConsejoSuperior/Reforma-Universitaria-y-Cultura-Nacional---Gabriel-del-Mazo.pdf>. Acceso en: 30 abr. 2023.

ESPINOSA CARBAJAL, María Eugenia; MESTA MARTINEZ, Jorge Ernesto. La ley orgánica de 1945 de la UNAM, contexto y repercusiones. *Revista Xictli de la Unidad UPN 094*, n. 44, p. 17-28, 2001. Disponible en: http://unidadupn094.upnvirtual.edu.mx/u094/revista/44/leyorganica.htm#:~:text=La%20ley%20org%C3%A1nica%20de%201945%20de%20la%20UNAM%2C%20contexto%20y%20repercusiones*&text=Luis%20Villoro%20en%20su%20texto,y%20la%20creaci%C3%B3n%20de%20conocimiento. Acceso en: 9 mayo 2023.

ESTRUCH, Joan. *Cuadernos de pedagogía*. Barcelona: Cattedra, 2006. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/374/37449632016/html>. Acceso en: 30 abr. 2023.

FLORES GIMÉNEZ, Fernando. La descentralización en España y la autonomía política de los entes territoriales. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Tomo I, 2004. Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/view/30210/27272>. Acceso en: 30 abr. 2023.

GARCÍA LAGUARDIA, Jorge M. *Universidad y Constitución en América Latina*. 1977. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/download/968/1228/1228>. Acceso en: 22 mayo 2023.

GÓMEZ MORÍN, Manuel. *La universidad de México: su función social y la razón de ser de su autonomía*. México: Colección de folletería UNAM, 1934. Disponible en: <https://autonomia90.dgb.unam.mx/images/cliparts/libros/pdf/folleto-autonomia.pdf>. Acceso en: 22 mayo 2023.

GONZÁLEZ, Julio V. *La Universidad: teoría y acción de la reforma*. Buenos Aires: Claridad, 1945. Disponible en: https://www.clasco.org.ar/libreria-latinoamericana/contador/sumar_pdf.php?id_libro=1377. Acceso en: 30 abr. 2023.

INGENIEROS, Jose. *El hombre mediocre*. Cuba: La Habana, 1913. Disponible en: <https://www.marxists.org/espanol/ingenieros/1913-el-hombre-mediocre.pdf>. Acceso en: 3 mayo 2023.

INSTITUTO TECNOLÓGICO DE SONORA. *Historia de la Autonomía Universitaria*. [S.d.]. Disponible en: <https://itson.mx/micrositios/autonomo/Paginas/historia.aspx>. Acceso en: 4 jun. 2023.

KORN, Alejandro. *La reforma universitaria, la libertad creadora nacional y el anhelo a la justicia social*. 2018. Disponible en: <https://fedun.com.ar/wp-content/uploads/2018/09/HOMENAJE-A-LA-REFORMA-UNIVERSITARIA.pdf>. Acceso en: 3 mayo 2023.

MEXICO. Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. Decreto. *Diario Oficial*, 9 jun. 1980. Disponible en: https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_092_09jun80_ima.pdf. Acceso en: 4 jun. 2023.

MÉXICO. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión: México, 1917. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CPEUM.pdf>. Acceso en: 9 mayo 2023.

MEXICO. Ley Orgánica de la Universidad Nacional Autónoma de México. *Diario Oficial*, 6 ene. 1945. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_to_imagen_fs.php?codnota=4498108&fecha=06/01/1945&cod_diario=191231. Acceso en: 4 jun. 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. *Tesis 1a./J. 119/2017 (10a.)*. Autonomía universitaria. Constituye una garantía institucional del derecho a la educación superior, por lo que no puede ser utilizada para restringirlo. Décima Época, libro 48, noviembre de 2017, tomo I, página 132, registro digital 2015590. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/FvZtMHYBN_4klb4HC_BM/*%20AND%202015590. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación. *Tesis 232235*. Ley aduanera. Su artículo 36 no viola la autonomía universitaria. Séptima Época, Volumen 193-198, Primera Parte, página 118, registro digital 232235. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/IPdvMHYBN_4klb4HMaSA/%22Universidades%22. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. XI/2003*. Autonomía universitaria. Su alcance. Novena Época, tomo XVII, mayo de 2003,

página 239, registro digital 184349. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/184349>. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 2a. XXXVII/2002*. Legislación universitaria. Las disposiciones administrativas de observancia general que la integran son parte del orden jurídico nacional. Novena Época, tomo XV, abril de 2002, página 587, registro digital 187183. Disponible en: <https://sjf2.scjn.gob.mx/detalle/tesis/187183>. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis P/J. 18/2005*. Autonomía universitaria. Los artículos 46 bis y 46 ter de la ley de educación del estado de San Luis Potosí violan la fracción vii del artículo 3º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al otorgar facultades al gobernador para decretar aquélla. Novena Época, tomo XXI, mayo de 2005, página 913, registro digital 178528. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/zPduMHYBN_4klb4HTUKE/*%20AND%20178528. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis P/J. 17/2005*. Autonomía universitaria. Sólo puede establecerse mediante un acto formal y materialmente legislativo. Novena Época, tomo XXI, mayo de 2005, página 913, registro digital 178527. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/ovhyMHYBN_4klb4HcayB/*%20AND%20178527. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a./J. 19/2010*. Universidades públicas. Es improcedente el juicio de amparo contra el acto derivado del ejercicio de su autonomía, consistente en el nombramiento de rector. Novena Época, tomo XXXI, marzo de 2010, página 918, registro digital 164876. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/iPduMHYBN_4klb4Hs3B9/*%20AND%20164876. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. CCXCIV/2016 (10a.)*. Autonomía universitaria. Tiene un carácter exclusivamente instrumental para maximizar el derecho humano a la educación superior, por lo que no conforma, per se, un fin en sí misma. Décima Época, Libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 361, registro digital 2013197. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/ifduMHYBN_4klb4HfVdR/*%20AND%202013197. Acceso en: 9 mayo 2023.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. *Tesis 1a. CCXCV/2016 (10a.)*. Autonomía universitaria. Constituye una garantía institucional del derecho a la educación superior, por lo que no puede ser utilizada para restringirlo. Décima Época, libro 37, diciembre de 2016, Tomo I, página 361, registro digital: 2013196. Disponible en: https://bj.scjn.gob.mx/doc/tesis/4PhyMHYBN_4klb4HLpoS/*%20AND%202013196. Acceso en: 9 mayo 2023.

POZO RUIZ, Alfonso. *De la "universitas" a la "universidad"*. Sevilla, 2017. Disponible en: https://personal.us.es/alporu/historia/universitas_termino.htm. Acceso en: 8 mayo 2023.

SAN LUIS POTOSÍ. *Decreto número 106 de la XXVII Legislatura al Congreso de Estado libre y soberano de San Luis Potosí* (10 de enero de 1923). Congreso Constitucional: San Luis Potosí, 1923. Disponible

en: <https://transparencia.uaslp.mx/Lists/Secretara%20General/Attachments/498/Decreto%20106%20-%20XXVII%20Legislatura%20al%20Congreso%20del%20Estado%20Libre%20y%20Soberano%20de%20San%20Luis%20Potos%C3%AD.pdf>. Acceso en: 4 jun. 2023.

TIMES HIGHER EDUCATION. *Universidad de Sevilla*. Londres, 2019. Disponible en: <https://www.timeshighereducation.com/world-university-rankings/university-seville>. Acceso en: 9 mayo 2023.

UNIVERSIDAD Autónoma de San Luis Potosí. Disponible en: <https://www.uaslp.mx/Paginas/Historia/-3257#gsc.tab=0>. Acceso en: 9 mayo 2023.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE YUCATÁN. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://uady.mx/nuestrauniversidad/historia>. Acceso en: 4 jun. 2023.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Ley número 4*. Ley Orgánica de la Universidad de Sonora. Congreso del Estado: México, 1991. Disponible en: <https://www.unison.mx/ley-numero-4-organica-de-la-universidad-de-sonora/#primero>. Acceso en: 5 jun. 2023.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Ley número 169*. Ley Orgánica de la Universidad de Sonora. Congreso del Estado: México, 2023. Disponible en: <https://www.unison.mx/ley-numero-169-organica-de-la-universidad-de-sonora/#primero>. Acceso en: 5 jun. 2023.

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SONORA. *Sinopsis histórica*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.unison.mx/sinopsis-historica/>. Acceso en: 5 jun. 2023.

UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *Historia*. El siglo XVI, de Colegio a Universidad. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/historia>. Acceso en: 8 mayo 2023.

UNIVERSIDAD DE SEVILLA. *La US en cifras*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.us.es/laUS/la-us-en-cifras>. Acceso en: 8 mayo 2023.

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO. *Historia*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.umich.mx/historia.html>. Acceso en: 4 jun. 2023.

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN NICOLÁS DE HIDALGO. *Ley Orgánica de la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo*. Periódico Oficial del Estado, 3 de febrero de 1986. Reformada el 23 de junio de 1986 y 18 de septiembre de 1986. Disponible en: <https://www.colegio.umich.mx/assets/files/01-LeyOrganicadelaUniversidadMichoacanadeSanNicolasdeHidalgo.pdf>. Acceso en: 4 jun. 2023.

VALENCIA CARMONA, Salvador. El derecho mexicano y la autonomía. In: VALENCIA CARMONA, Salvador. *Derecho, autonomía y educación superior*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003. Disponible en: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/10053>. Acceso en: 9 mayo 2023.



INOVAÇÃO E EXPERIMENTAÇÃO EM SANDBOX REGULATÓRIO: TESTAGEM DE IMPACTOS DE SERVIÇOS DISRUPTIVOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Irene Patrícia Nohara¹

SUMÁRIO

- 1.** Introdução;
- 2.** Imperativo de inovação, tecnologias disruptivas e papel do Estado;
- 3.** Alteração do eixo de interpretação do Direito Administrativo no cenário da experimentação;
- 4.** Sobreposições de controle e obsolescência da regulação ante às tecnologias disruptivas;
- 5.** Ambiente regulatório experimental ou sandbox regulatório no Brasil;
- 6.** Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O objetivo do presente escrito, elaborado para compor coletânea estruturada em função da realização do XII Congresso Internacional de Direito Administrativo, sediado e organizado pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), em conjunto com a Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR) e com a *Asociación Internacional de Derecho Administrativo* (AIDA), é contribuir com a reflexão central do evento sobre *Administração*

¹ Livre-docente e doutora em Direito do Estado pela Universidade de São Paulo (USP). Professora-pesquisadora da Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie, onde leciona no Doutorado Governança da Regulação. Advogada parecerista e árbitra. Email: irene.nohara@uol.com.br.

Pública, inovação tecnológica e política pública, para discorrer acerca da inovação e do instrumento de testagem de impactos de serviços disruptivos por sandbox regulatório.

Inovação é um imperativo do desenvolvimento nas sociedades capitalistas contemporâneas, sendo atitude imprescindível para que as organizações não condenem à obsolescência seus processos, produtos e serviços. Ainda, o processo de inovação sofre uma acentuada aceleração em face de tecnologias disruptivas, demandando um olhar sensível ao dinâmico “estado da arte” regulatório de inúmeras atividades econômicas.

Assim, será analisado o papel do Estado, não só do ponto de vista de agregar nas suas práticas processos e serviços as inovações, mas, sobretudo, como principal ator a induzir a que haja experimentação e, portanto, novas formas de desenvolvimento e prestação de serviços e produtos. Para tanto, entende-se relevante focar quais são os gargalos que impedem uma atitude experimental por parte do Estado e como o Direito pode enfrentar esse desafio de estimular atores sociais e os próprios órgãos de controle a pensarem fora das tradicionais “caixinhas” (*out of the box*).

Por conseguinte, o sandbox regulatório se estabelece como uma alegoria de “caixa de areia” necessária para testagem de novos produtos e serviços em uma ambiência real e, ao mesmo tempo, controlada, com a devida flexibilidade e segurança imprescindível para que a regulação tradicional de serviços não seja fator que barre o desenvolvimento das atividades de fato disruptivas, abrindo um espaço relevante à indispensável adaptação às inovações, que se tornam a tônica dos tempos atuais.

Objetiva-se, pois, abordar o sandbox regulatório, a definição legal, a função desempenhada e as características, com exemplos de sua aplicabilidade nos distintos setores adotados. Espera-se contribuir para uma reflexão acerca do tema da experimentação em sandbox regulatório, como mecanismo indutor de inovação na testagem dos serviços disruptivos e na calibragem das exigências regulatórias determinadas pela Administração Pública, para que o controle e a regulação não sejam excessivos e disfuncionais, obstando a irrupção necessária de novos produtos, processos e serviços.

2. IMPERATIVO DE INOVAÇÃO, TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E PAPEL DO ESTADO

Inovação, conforme dito, é um imperativo do capitalismo contemporâneo que atinge amplos setores das atividades econômicas, envolvendo a criação de novos produtos e de processos, inclusive na prestação de serviços, que são impactados intensivamente pelo desenvolvimento científico e tecnológico.

Assim, observa Schumpeter que o capitalismo contemporâneo exige das organizações que inovem continuamente, sob pena de serem condenadas à obsolescência. A destruição criativa² opera com a ultrapassagem dos antigos modelos de negócios que surgem da emergência de empreendimentos inovadores.

Nessa perspectiva, há a necessidade de as instituições públicas e privadas se adaptarem às novas demandas ao criarem novos produtos, serviços e processos. Ademais, trata-se de realidade que tem uma aceleração, em face do cenário da Revolução 4.0 e das tecnologias disruptivas que emergem com a Era Digital. Percebe-se que é maior o esforço atual de empresas e governos de acompanharem o ritmo acelerado das mudanças tecnológicas, para ofertarem serviços e produtos no chamado “estado da arte”, sempre dotado de maior plasticidade.

A Revolução 4.0 foi denominada por Klaus Schwab de *Quarta Revolução Industrial*, porquanto agrega à realidade da *Terceira Revolução* (viabilizada pelos computadores e pela internet) um uso mais intensivo de tecnologias como Internet das Coisas (IoT), robótica, inovações de processos digitais, *blockchain*³ e Inteligência Artificial (IA ou AI – *Artificial Intelligence*).

A revolução tecnológica transforma a forma como a sociedade vive, desenvolve as atividades econômicas e se relaciona, sendo que, para Schwab, a *Quarta Revolução* representa uma novidade maior do que tudo o que já foi experimentado pela humanidade, dada sua potencialidade para a convergência entre tecnologias digitais, físicas e biológicas.

Tecnologias disruptivas, por sua vez, representam inovações que substituem processos e produtos, produzindo uma ruptura com padrões, modelos de negócios e de relacionamento social pelas anteriores tecnologias, provocando uma alteração na forma de articulação entre usuários e organizações.

Dentro desse contexto de aceleradas transformações, o Estado acaba se deparando com um duplo papel:

a) adaptar-se às novas tecnologias, para o desempenho de suas tarefas no “estado da arte”, o que pode ser feito, por exemplo, com licitações que buscam a contratação de serviços inovadores, a exemplo do diálogo competitivo, da contratação integrada e semi-integrada, da encomenda tecnológica, ou mesmo da ação interna por

² SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997. p. 95.

³ SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018. p. 134.

innovar, como seria a regulamentação apta a criar um sistema de credenciamento de preços flutuantes por meio de *e-market place* em plataforma digital⁴; e, também,

b) regular para induzir o desenvolvimento equilibrado das novas tecnologias⁵, tendo em vista seus prováveis impactos disruptivos, positivos e negativos, de um dado processo, serviço ou produto na economia.

De acordo com o art. 174 da Constituição, como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exerce, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo esse determinante para o setor público e indicativo ao setor privado. Logo, a atividade de planejamento da própria atividade do Estado é desenvolvida de forma determinante, mas ele também é um agente normativo e regulador da atividade econômica para o fim de fomentar práticas inovadoras do setor privado⁶, com um planejamento indicativo e o estímulo à inovação, imprescindível para a sobrevivência das organizações no capitalismo contemporâneo.

Nessa perspectiva, o Estado possui um papel muito mais acentuado do que simplesmente equilibrar o mercado⁷, pois ele tem uma função regulatória de induzir as inovações, regulando seus impactos nas atividades econômicas. O Estado não só regula o mercado e induz equilíbrio, por regulação, mas ele é capaz de criar novos mercados e também pode destruir novos mercados, a depender da intensidade das exigências do poder de polícia.

Assim, no contexto da reflexão acerca da inovação, o papel do Estado é muito mais relevante do que se imagina. Segundo enfatiza Mariana Mazzucato, é um mito a ideia de um

⁴ NOHARA, Irene Patrícia. Inovação na nova lei de licitação: diretriz e potencial de modernização. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 31, n. 12, p. 271-283, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7556/6287>. Acesso em: 10 out. 2023. p. 271.

⁵ Antes, porém, de criar as regras, necessário testar e experimentar os impactos, o que pode ser feito por sandbox regulatório, como será visto adiante.

⁶ Nas licitações, por exemplo, para além de vasculhar processos e a aquisição de serviços inovadores, por meio de licitações que propiciem tal seleção, há a possibilidade de o Estado usar de seu poder de compra governamental, correspondente a 15% do PIB nacional, algo em torno de 700 bilhões anuais, para estimular a criação de um mercado fornecedor de produtos inovadores, o que dinamiza a economia. Cf.: NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução de desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 155-172, set./fev. 2014/2015.

⁷ Fazemos coro com as reflexões críticas sobre a visão simplista de subsidiariedade no tratamento das relevantes tarefas do Estado, conforme expõem Caroline Müller Bitencourt e Emerson Gabardo. Cf.: BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do Estado Social: um brainstorm sobre o governo e a Administração no Brasil atual. In: SIQUEIRA NETO, José Francisco (coord.). *Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021. p. 31.

Estado burocrático, desajeitado e inábil, no sentido de que o privado seria a força inovadora motriz da sociedade, em contraponto com um suposto Estado paralisante e quiçá paquidérmico⁸. Defende, então, a autora, que o papel do Estado é ativo e arrojado na inovação, pois é ele que, desde o início, assume os investimentos de risco em áreas onde o setor privado se vê avesso a arriscar.

O Estado está, no fundo, na origem de investimentos empreendedores corajosos, pois ele está mais disposto a assumir riscos que empresas não querem correr, seja pelo alto grau de incerteza, seja pelo fato de o setor privado mirar em prazos mais curtos, que permitam mais garantido retorno financeiro, o que, muitas vezes, impede a maturação necessária à irrupção das inovações.

Outrossim, no caso de serviços e processos disruptivos, o Estado assume a função de regular os impactos, procurando calibrar os efeitos das novas tecnologias, como plataformas e serviços, nas atividades econômicas, tanto para ajustar a força e incidência de suas exigências decorrentes do exercício do poder de polícia, como para incentivar o desenvolvimento de novas práticas.

Entende-se, contudo, que a regulação das atividades econômicas deva ser equilibrada, sendo importante procurar evitar externalidades e impactos negativos no bem-estar geral, mas, também, evitar que o Estado, a pretexto de regular, fulmine o núcleo essencial das liberdades ao regular dadas atividades, sufocando, com regras excessivas e obsoletas, o desenvolvimento de novos *modelos de negócios* que têm potencial de emergir em face das novas tecnologias.

3. ALTERAÇÃO DO EIXO DE INTERPRETAÇÃO DO DIREITO ADMINISTRATIVO NO CENÁRIO DA EXPERIMENTAÇÃO

O Direito Administrativo brasileiro passa por grandes transformações nesses últimos anos. Em 2017, houve a edição do Decreto n. 9.230, que regulamentou a governança pública para o cenário da Administração Pública federal direta, autárquica e fundacional, sendo diretriz nele contida aquela de direcionar ações para a busca de resultados para a sociedade encontrando *soluções tempestivas e inovadoras* para lidar com a limitação de recursos e com as mudanças de prioridades.

⁸ MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.

Governança pública foi vista como um conjunto de mecanismos de liderança, estratégia e controle postos em prática para avaliar, direcionar e monitorar a gestão, com vistas à condução de políticas públicas e à prestação de serviços de interesse da sociedade. Houve, então, um esforço de articulação entre gestão pública e Direito, para que a gestão não passasse por cima do Direito, o que aciona os sistemas de controle e provoca as responsabilizações, e, por outro lado, para que o Direito seja funcional à gestão pública, não representando um obstáculo excessivo ao desempenho das atividades da Administração Pública.

A partir da edição da nova Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro (LINDB), com as alterações engendradas pela Lei n. 13.655/2018, voltadas à interpretação do direito público, houve uma virada definitiva na celebração, ou seja, na “romantização”⁹ que gravitava em torno do controle, sendo então enfocada a necessidade da deferência por parte dos órgãos de controle em relação às escolhas administrativas feitas num contexto de primado da realidade, tendo em vista o diagnóstico de um fenômeno denominado *Administração Pública do Medo*¹⁰.

Diante da proliferação de oportunidades de responsabilização do administrador, o gestor começa a ficar com receio¹¹ de manejar com segurança as oportunidades de agir, em virtude de possibilidade de lhe serem imputadas diversas responsabilizações, mesmo quando age de forma responsiva em face de obstáculos e contextos de realidade desafiantes.

A *Administração Pública do medo* gera, por sua vez, o chamado *apagão de canetas*, isto é, a paralisação de decisões, dado temor de responsabilização, pois, em determinados casos, tendo em vista decisões imprevisíveis oriundas dos mais variados órgãos de controle, que se sobrepõem em muitas tarefas, o bom gestor fica com medo de decidir e vir a ser responsabilizado por decisão justa, mas que, eventualmente, colida com alguma orientação cambiante vinda dos diversos órgãos de controle aos quais se submete.

A Reforma da Lei da Improbidade, ocorrida em 2021, representou outra atualização legislativa voltada a calibrar os excessos e as disfunções do controle, na tentativa de, entre outros aspectos, evitar culpabilizar bons gestores que tenham receio de praticar atos e serem incursores em improbidade por violações de cláusulas genéricas de princípios,

⁹ Cf.: JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022. p. 23.

¹⁰ Fenômeno retratado por Rodrigo Valgas, que enfoca o risco e a fuga da responsabilização dos agentes públicos, num contexto de disfunções do controle. SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p. 119.

¹¹ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 24-25.

ou mesmo até em situações culposas, dado que a Lei n. 14.230/2021 determinou que a improbidade só se configura em face de *dolo específico*.

Outrossim, a consensualidade, a concertação e a necessidade de abertura para a justiça negocial demandaram também da Administração Pública uma postura mais proativa e, portanto, colaborativa. Logo, para evitar que o gestor ficasse paralisado em face do *risco de errar*, houve a paulatina problematização, na seara do direito público, em dadas circunstâncias, da necessidade de uma maior tolerância com a possibilidade do erro.

A nova LINDB trouxe, então, mitigações na responsabilidade do agente em face do art. 28 da Lei n. 13.655/2018, imputando, então, a responsabilidade por atos e opiniões técnicas em face de *dolo* ou *erro grosseiro* e começou-se a aventar meios para que a Administração Pública saísse da caixa de uma zona de conforto e, portanto, da paralisação, para procurar, com os riscos e as oportunidades existentes, novos meios de testar produtos e serviços aptos a estimular as inovações. Dentro desse contexto, houve o desenvolvimento do sandbox regulatório, que se deu, sobretudo, diante dos serviços disruptivos submetidos a diversos órgãos e entidades de controle¹².

4. SOBREPOSIÇÕES DE CONTROLE E OBSOLESCÊNCIA DA REGULAÇÃO ANTE ÀS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS

Um dos problemas referidos quanto à dificuldade prática de inovação proporcionada pelas novas tecnologias é a sobreposição de controles de distintos órgãos e entidades regulatórias no Brasil. Frequentemente, uma dada atividade econômica se submete ao crivo do controle e à necessidade da autorização de variados órgãos, agências e entidades. Assim, por exemplo, muitas vezes, um *player* que queira se estabelecer em serviço disruptivo que se relacione com a área de comunicações deve sofrer controle e ter autorizações pela Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), da Agência Nacional do Cinema (ANCINE), do Ministério Supervisor, do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) e dos demais órgãos encarregados de atividades de poder de polícia.

¹² Sobre a LINDB e sua função de auxílio e estímulo à criação de um ambiente propício à experiência de sandbox regulatório. Ver: BORGES, João Paulo Resende. Lei n. 13.655/18 e o Sandbox Regulatório do Banco Central do Brasil: segurança jurídica para um regime regulatório diferenciado. *Caderno Virtual*, v. 1, n. 46, p. 1-44, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4167>. Acesso em: 11 out. 2023.

Ainda, uma determinada *fintech* que queira lidar com ativos financeiros e valores mobiliários deve desenvolver atividades que se submetem tanto sob o crivo do Banco Central, como também da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), sendo necessário que haja, portanto, uma dupla autorização, quando se congrega, em um dado serviço, atividades supervisionadas por mais de uma entidade.

Caso não haja uma ação por parte de tais autarquias para criar um ambiente experimental para os novos produtos e serviços, ela iniciará suas atividades em um limbo ou mesmo vazio regulatório, sendo não raro acusada de “piratear” serviços que se submetem a altas cargas de exigências regulatórias.

Assim, quando surgem novos serviços, inicialmente, existe uma situação de vazio regulatório. Logo de início, há acusações no sentido de que tais novos serviços, quando são disruptivos, seriam subterfúgios, fraudes, contrafações ou mesmo simulacros de serviços já existentes que pegam atalhos por um caminho sem maiores exigências específicas de regulação, gerando então injustiças e, portanto, desequilíbrios¹³.

Busca-se, então, aplicar o critério do *same services, same rules*. Logo, para não haver assimetria regulatória, se de fato houver serviços iguais, daí a necessidade de se submeterem à mesma regulação; todavia, na maior parte das vezes que há, na prática, serviços disruptivos, que comumente são desenvolvidos associados a novas plataformas digitais, as atividades não são desenvolvidas nos mesmos moldes do serviço anterior, o que torna necessária a adaptação da regulação.

Assim, o desafio da regulação desses novos serviços é justamente enxergar sua complexidade em face da revolução tecnológica, proporcionada por plataformas, inteligência artificial e softwares, e desenvolver uma regulação customizada em função das características e dos impactos desses novos serviços, a partir de uma ponderação, com base na razoabilidade, baseada na noção de *igualdade material*¹⁴.

Importante que os órgãos e entidades possam também participar desse processo, pois há aspectos regulatórios que podem ser, à luz do novo serviço, categorizados como burocracias disfuncionais, e outros que, por sua vez, são imprescindíveis e que, portanto, não poderiam ser dispensados sem que ocorram prejuízos aos interesses coletivos de dadas políticas públicas, como, por exemplo, na área financeira, as fiscalizações da origem

¹³ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 312.

¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 18.

de recursos do tráfico internacional de drogas ou mesmo das atividades de financiamento ao terrorismo.

Para resolver esse intrincado problema de sobreposição de controle e quando houver realmente competências e fiscalizações que sejam indispensáveis, para dadas autorizações e monitoramentos, há a possibilidade de estabelecimento de comitês¹⁵ com integrantes de distintos órgãos e entidades para acompanhar um ambiente regulatório experimental. No caso do Banco Central, conforme será visto, houve, em 2021, o estabelecimento do Comitê Estratégico de Gestão de Sandbox Regulatório.

Estabelecer mecanismos de inovação e teste, como o sandbox regulatório, é uma oportunidade de enfrentar os gargalos de sobreposição de controle, auxiliando em um enquadramento mais customizado dos novos serviços e produtos, a partir do aprimoramento da coordenação entre órgãos, agências e entidades, que irão se debruçar sobre o desafio de engendrar um tratamento regulatório diferenciado. Trata-se de reflexão necessária sobre a obsolescência e a insuficiência da regulação anterior em face das tecnologias e formas disruptivas de prestação de serviços.

Por esse motivo o Enunciado 38 da I Jornada de Direito Administrativo do Conselho da Justiça Federal/CJF, estabelece que: “a realização de Análise de Impacto Regulatório (AIR) por órgãos e entidades da administração pública federal deve contemplar a alternativa de não regulação estatal ou desregulação, conforme o caso”. Percebe-se que, diante de uma análise de impacto regulatório, pode ser que a *não regulação* ou mesmo a *desregulação* se mostre como uma opção regulatória mais adequada a um dado contexto do que imprimir uma carga de regras que seja irrazoável e que tenha, portanto, consequências mais negativas do que positivas.

5. AMBIENTE REGULATÓRIO EXPERIMENTAL OU SANDBOX REGULATÓRIO NO BRASIL

Para experimentações em ambiente controlado que implementem a necessária flexibilização regulatória, existe o sandbox regulatório. *Sandbox* é palavra de origem inglesa constituída dos termos *sand* (areia) e *box* (caixa), que designa, literalmente, “caixa de areia”, advinda da realidade dos ecossistemas de tecnologia.

¹⁵ Procurando equacionar a necessidade de concertação interorgânica. Cf.: BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. São Paulo: Almedina, 2017. p. 191.

Assim como as crianças desenvolvem suas atividades criativas, expansivas e lúdicas em processo de aprendizagem e necessitam da supervisão adulta, por se colocarem em risco, os sandbox regulatórios representam um lócus controlado, em ambiência de relativo conforto, no qual há, em uma situação real de vida, cercada e monitorada por um período de tempo, a testagem de modelos experimentais com flexibilização do controle, ou seja, com um tratamento regulatório diferenciado.

Para que o Estado, em atividade regulatória, estimule a inovação, ele deve ter uma abertura às atitudes associadas à experimentação. De acordo com Eduardo Jordão, o ambiente experimental baseia-se no sistema de *tentativa e erro*, sendo de se esperar que ocorram erros decisórios, que devem ser vistos com flexibilidade por parte do controlador¹⁶.

Significa dizer que se os órgãos de controle não tiverem um olhar mais aberto e tolerante aos equívocos, não haverá estímulo prático à inovação. Sem correr riscos, inclusive dos erros, não se criam oportunidades de mudanças e transformações que sejam mais disruptivas. Aliás, é também do inglês que advém a expressão traduzida “pensar fora da caixa” (*think outside the box*), que designa a atitude de se pensar de uma nova forma, não convencional, em uma perspectiva que propicie criatividade e, conseqüentemente, inovação.

O desafio de atitude da área jurídica em relação à inovação, é ter um olhar mais prospectivo e esperançoso, com foco nas potencialidades e oportunidades de inovação, em vez do olhar retrospectivo de um limitativo controle, baseado na desconfiança do “Engenheiro de Obra Pronta”, expressão comumente empregada para designar:

a situação em que o controle *a posteriori* se foca exclusivamente em apontar falhas e erros, sem procurar compreender as dificuldades práticas e obstáculos enfrentados pelo gestor no processo, sobretudo quando não há orientações claras e compreensão dos gargalos existentes em cada situação concreta e, em vez da prevenção, o controle acaba se focando exclusivamente na repressão e no sancionamento, especialmente se este é excessivo e injusto¹⁷.

A lei brasileira que disciplina o sandbox regulatório é o Marco Legal das Startups e do Empreendedorismo Inovador (Lei Complementar n. 182/2021), que abre espaço para

¹⁶ JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 133-146, abr./jun. 2018. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/928>. Acesso em: 10 out. 2023.

¹⁷ MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 25.

flexibilização das exigências legais e para a testagem e a experimentação de novos produtos e serviços.

Ambiente regulatório experimental ou sandbox regulatório, de acordo com o art. 2º, II, da Lei Complementar n. 182/2021, compreende o conjunto de condições especiais simplificadas para que as pessoas jurídicas participantes possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver *modelos de negócios* inovadores e *testar* técnicas e tecnologias experimentais, mediante o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora e por meio de procedimento facilitado.

Trata-se de expediente empregado para testar, em situações reais, novos processos ou produtos. O art. 11 do Marco das Startups dispõe que os órgãos e as entidades da administração pública com competência para regulação setorial poderão, individualmente ou em colaboração, no âmbito de programas de ambiente regulatório experimental (sandbox regulatório), afastar a incidência de normas sob sua competência em relação à entidade regulada ou aos grupos de entidades reguladas.

Existe, inicialmente, uma seleção com critérios para a qualificação do regulado em sandbox, sendo estabelecido no programa de ambiente regulatório experimental a duração e o alcance da incidência de normas e especificadas as normas abrangidas.

Logo, a primeira característica de se ressaltar do sandbox regulatório é o seu *caráter temporário*, pois o projeto experimental selecionado tem prazo específico de duração, no qual são suspensas as normas vigentes naquele âmbito do sandbox.

A segunda característica, conforme mencionado, diz respeito ao *tratamento regulatório diferenciado*, que é customizado para testagem real daquele produto ou serviço disruptivo, tendo o escopo de estimular o surgimento de novos modelos de negócios, atendendo tanto às necessidades dos usuários como também os impactos e externalidades, para que haja mais segurança à inovação.

Já a terceira característica é a *limitação do escopo* ou *fim* do sandbox. Assim, os órgãos e entidades reguladoras irão estabelecer critérios e limites aptos a provocar, com segurança, o procedimento facilitado. As regras mais gerais serão flexibilizadas para o alcance de um escopo específico, que, posteriormente, pode até vir a ser aumentado, mas que, no momento da experimentação, é delimitado, para mais eficaz observação, avaliação e monitoramento.

O Brasil já realizou alguns sandbox regulatórios nos setores financeiro, de seguros e em sistema de cobrança de pedágio eletrônico em fluxo livre. Quanto ao último, *free flow* (fluxo livre) é um sistema de cobrança de pedágios com pagamento eletrônico sem

paradas, no qual se dispensa os custos com as praças de pedágio físicas, isto é, suas cancelas e cobranças realizadas diretamente por funcionários, sendo utilizados pórticos de pedágio eletrônico, conferindo, então, maior fluidez e agilidade na cobrança de pedágios das rodovias. Foi autorizada, em sistema de sandbox regulatório, pela Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT) a cobrança de pedágios na rodovia Rio-Santos (BR 101), sendo um regime em que o motorista irá pagar pelo trecho de fato rodado.

No caso dos sandbox regulatórios na área dos seguros, há um ambiente regulatório experimental para viabilizar o teste de implantação de projetos inovadores voltados ao mercado de seguros, sendo verificadas as novas metodologias, processos, procedimentos ou a aplicação diversa de novas tecnologias existentes. As sociedades selecionadas procuram testar, sob a supervisão da Superintendência de Seguros Privados (SUSEP), novos produtos, serviços e novas formas de prestação de serviços, sendo ponderados, a partir do sandbox, os benefícios e os riscos associados à inovação, com reflexão sobre a necessidade e ajustes regulamentação contextualizada. Já houve, no setor de seguros, seleção de projetos dos mais variados escopos a serem segurados, com novas metodologias, como, por exemplo, em microsseguros de danos ao pequeno empreendedor, celulares, fiança locatícia, passagens aéreas e hotéis, e até de pets.

Dá-se destaque, ainda, à iniciativa do Banco Central, em sandbox lançado em 2020, permitindo às instituições financeiras que testassem produtos e serviços em ambiente controlado no setor financeiro. Também a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) implementou um sandbox regulatório direcionado ao mercado de capitais, em ambiente regulatório adaptado.

No caso do Banco Central, como medida de concertação interorgânica, houve a criação, em 2021, de um Comitê Estratégico de Gestão de Sandbox Regulatório¹⁸, com as seguintes competências institucionais: selecionar e classificar os projetos candidatos à participação no sandbox regulatório; autorizar a participação, de acordo com a regulamentação em vigor; requisitar e receber, a qualquer tempo, informações complementares dos projetos que se inscrevam no sandbox regulatório, tanto na seleção e classificação, como no próprio funcionamento do projeto; deliberar sobre o convite a representantes de outros órgãos e entes, bem como a especialistas externos para prestar informações e assessoramento; deliberar sobre a necessidade de adoção ou de alteração de requisitos técnicos, operacionais ou de negócio dos projetos selecionados, como também requisitos organizacionais dos participantes; comunicar as ações e elaborar relatório à Diretoria

¹⁸ BC APROVA seu Comitê Estratégico de Gestão do Sandbox Regulatório. *Agência BC*, Banco Central do Brasil, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/519/noticia>. Acesso em: 8 ago. 2023.

Colegiada sobre o desempenho dos projetos em curso; deliberar sobre matérias atinentes à regulamentação do sandbox regulatório e decidir sobre o cancelamento de projetos.

6. CONCLUSÃO

Uma política pública que queira incutir inovação tecnológica na Administração Pública não pode deixar de considerar o instrumento do ambiente regulatório experimental, isto é, o sandbox regulatório. Trata-se de assunto disciplinado no Marco das Startups (Lei Complementar n. 182/2021), que parte de um conjunto de condições especiais simplificadas para que as startups possam receber autorização temporária dos órgãos ou das entidades com competência de regulamentação setorial para desenvolver *modelos de negócios* inovadores e *testar* técnicas e tecnologias experimentais.

O sandbox envolve o cumprimento de critérios e de limites previamente estabelecidos pelo órgão ou entidade reguladora por meio de procedimento facilitado, testando, em situações reais, novos processos e produtos. Existe, portanto, uma seleção com critérios para a qualificação do regulado no sandbox, sendo estabelecido no programa de ambiente regulatório experimental a duração e o alcance da incidência de normas, com especificação das normas por ele abrangidas.

São características do sandbox regulatório:

- a) *temporariedade***, associada a um projeto experimental;
- b) *tratamento regulatório diferenciado***; e
- c) *limitação do escopo*** para fim específico, o que facilita o monitoramento e observação do surgimento dos novos modelos de negócios em função dos resultados a serem alcançados.

O Estado deve capitanear esse processo de governança regulatória, pois, conforme defendido, ele desempenha um papel vital na indução de inovação, o que só poderá ser feito se houver condições regulatórias propícias ao surgimento de novos modelos de negócios disruptivos.

Contudo, conforme visto, para que tal processo transcorra sem tantos obstáculos, devem ser enfrentados, no âmbito do Direito Administrativo, os seguintes gargalos:

- a) disfunções do controle**, quando há excessos de exigências legais e atitudes sancionatórias desproporcionais;

b) sobreposição de competências de entidades voltadas ao controle, sem a devida concertação das distintas instâncias regulatórias, o que no sandbox é remediado pela presença dos comitês; e

c) necessidade de se “virar a chave” para iniciar uma atitude de abertura às oportunidades e riscos, o que exige um *mindset* mais tolerante, portanto, menos refratário à potencialidade intrínseca do erro (e acerto), que decorre das ambiências experimentais, sendo tal postura imprescindível ao teste de novos produtos e serviços, pois: só não erra quem fica paralisado e faz as coisas sempre da mesma forma, sem inovar, trocando a criatividade e a ousadia do risco pelo conforto da repetição.

Ocorre que, nos dias atuais, de aceleradas mudanças tecnológicas, fazer as coisas do mesmo jeito, sem arriscar novas formas, não é mais seguro, visto que se os produtos, processos e serviços são alvos de aceleradas mudanças, daí quem faz as coisas sempre da mesma forma, em vez de garantir segurança, estará, na prática, sendo condenado à obsolescência, sendo a atitude mais correta procurar pensar *fora da caixa* ou, ainda, fazer experimentações em caixas de areia (*sandbox*), para que a criatividade mobilize a inovação.

Grande parte do medo paralisante que faz com que se faça tudo da maneira mais convencional e menos criativa possível advém, na área da gestão pública, dos excessos e das disfunções do controle.

Assim, felizmente, apesar de ainda engatinhar, o Direito Administrativo já dá os seus passos no Brasil, ao considerar como aptos à configuração de dadas responsabilidades apenas o dolo e o *erro grosseiro* (art. 28 da nova LINDB), afastando o erro de menor gravidade, ponderado em função do primado da realidade. Também a reforma da improbidade reforçou a percepção da nova LINDB, no sentido de se evitar o empilhamento de sanções de mesma natureza, e há uma atitude mais reflexiva quanto à necessidade concertação interinstitucional, evitando-se, através de novos expedientes, ocorrer as indesejadas sobreposições de entidades, situação amedrontadora e capaz de obstar a inovação.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

BC APROVA seu Comitê Estratégico de Gestão do Sandbox Regulatório. *Agência BC*, Banco Central do Brasil, 4 mar. 2021. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/detalhenoticia/519/noticia>. Acesso em: 8 ago. 2023.

- BITENCOURT NETO, Eurico. *Concertação administrativa interorgânica*. São Paulo: Almedina, 2017.
- BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. O mito da subsidiariedade e as reformas do Estado Social: um brainstorm sobre o governo e a Administração no Brasil atual. In: SIQUEIRA NETO, José Francisco (coord.). *Gestão pública, infraestrutura e desenvolvimento: 20 anos do Programa de Pós-Graduação em Direito Político e Econômico da Universidade Presbiteriana Mackenzie*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2021.
- BORGES, João Paulo Resende. Lei n. 13.655/18 e o Sandbox Regulatório do Banco Central do Brasil: segurança jurídica para um regime regulatório diferenciado. *Caderno Virtual*, v. 1, n. 46, p. 1-44, 2020. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/cadernovirtual/article/view/4167>. Acesso em: 11 out. 2023.
- BRASIL. *Lei complementar n. 182, de 1º de junho de 2021*. Institui o marco legal das startups e do empreendedorismo inovador; e altera a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, e a Lei Complementar n. 123, de 14 de dezembro de 2006. Brasília: Presidência da República, 2021. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp182.htm. Acesso em: 11 out. 2023.
- BRASIL. *Lei n. 13.655, de 25 de abril de 2018*. Inclui no Decreto-Lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942 (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro), disposições sobre segurança jurídica e eficiência na criação e na aplicação do direito público. Brasília: Presidência da República, 2018. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/l13655.htm. Acesso em: 10 out. 2023.
- JORDÃO, Eduardo. A relação entre inovação e controle da Administração Pública. *Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, Belo Horizonte, ano 18, n. 72, p. 133-146, abr./jun. 2018. Disponível em: [http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/928](http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/928). Acesso em: 10 out. 2023.
- JORDÃO, Eduardo. *Estudos antirromânticos sobre controle da Administração Pública*. São Paulo: JusPodivm, 2022.
- MAZZUCATO, Mariana. *O Estado empreendedor: desmascarando o mito do setor público vs. setor privado*. São Paulo: Portfolio-Penguin, 2014.
- MOTTA, Fabrício; NOHARA, Irene Patrícia. *LINDB no direito público*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.
- NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022.
- NOHARA, Irene Patrícia. Inovação na nova lei de licitação: diretriz e potencial de modernização. *Revista de Direito Brasileira*, Florianópolis, v. 31, n. 12, p. 271-283, jan./abr. 2022. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/7556/6287>. Acesso em: 10 out. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. Poder de compra governamental como fator de indução de desenvolvimento – faceta extracontratual das licitações. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico*, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 155-172, set./fev. 2014/2015.

SANTOS, Rodrigo Valgas dos. *Direito administrativo do medo*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico*. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

SCHWAB, Klaus. *Aplicando a quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2018.



NOVAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS, INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E DIREITO ADMINISTRATIVO BRASILEIRO

André Saddy¹

Raphael Lobato Collet Janny Teixeira²

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Novas tecnologias disruptivas e Administração Pública; **2.1.** Fomento público econômico à inovação tecnológica; **2.2.** Direito da infraestrutura e novas tecnologias disruptivas; **2.3.** Uso da blockchain pela Administração Pública;

¹ Pós-Doutor pelo Centre for Socio-Legal Studies da Faculty of Law da University of Oxford. Doutor Europeu em “Problemas actuales de Derecho Administrativo” pela Facultad de Derecho da Universidad Complutense de Madrid, com apoio da Becas Complutense Predoctorales en España, Mestre em Administração Pública pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, com apoio do Programa AlBan, Programa de Bolsas de Alto Nível da União Europeia para América Latina. Pós-graduado em Regulação Pública e Concorrência pelo Centro de Estudos de Direito Público e Regulação (CEDIPRE) da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor de direito administrativo da Faculdade de Direito, do Mestrado em Direito Constitucional e do Doutorado em Direitos, Instituições e Negócios da Universidade Federal Fluminense (UFF). Professor de direito administrativo do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC/Rio). Diretor de Normatização do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Vice-presidente do Instituto de Direito Administrativo do Rio de Janeiro (IDARJ). Diretor-presidente do Centro de Estudos Empírico-Jurídicos (CEEJ). Idealizador e coordenador do Grupo de Pesquisa, Ensino e Extensão em Direito Administrativo Contemporâneo (GDAC). Sócio-fundador do escritório Saddy Advogados. Consultor e parecerista.

² Mestrando do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pós-graduado (latu sensu) em propriedade industrial pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). MBA em Gestão na Fundação Dom Cabral (FDC). Membro do Centro de Estudos Empírico Jurídico (CEEJ). Advogado master da Petróleo Brasileiro S/A (Petrobras), especializado em direito digital, proteção de dados e novas tecnologias.

2.4. IoT e Administração Pública; **3.** IA e Administração Pública; **3.1.** Adoção da IA pela Administração Pública: situação atual e perspectivas; **3.2.** Regulação e regulamentação da IA na Administração Pública; **3.3.** Decisão administrativa com uso da IA; **4.** Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Vive-se em uma época de acelerada transformação digital, com repercussões diretas na iniciativa privada e no poder público. A pandemia da covid-19 catalisou ainda mais esse processo transformacional, com impacto direto em múltiplos setores da economia, nas relações de trabalho e na prestação de funções e serviços públicos. A adoção de inovações disruptivas passou a ser um instrumento essencial de sobrevivência e funcionamento eficiente para qualquer organização, pública ou privada.

Inovações disruptivas podem ser entendidas como mudanças substanciais, imprevisíveis e que ocorrem de forma irregular, criando novos produtos, processos de fabricação, ou modelos de negócio. Além disso, as inovações disruptivas geralmente reduzem ou até mesmo açambarcam a participação de mercado de empresas já estabelecidas ou criam novos mercados. Como já defendido em outro trabalho³, “As inovações disruptivas rompem, quebram e fraturam o curso do processo econômico até então existente, [...] seja para a prestação de um serviço ou para a oferta de um bem”.

O Brasil tem um mercado relevante e possui uma sociedade aberta à adoção de inovações, apesar de não ser um grande centro de pesquisa e desenvolvimento. Isso ocorre, dentre outras razões, em virtude da disponibilidade de capital privado ser menor do que em países desenvolvidos, sendo necessária uma maior intervenção estatal para estimular investimentos em novas tecnologias.

Em relação à adoção de tecnologias emergentes pelo Estado, o Centro Regional de Estudos para o Desenvolvimento da Sociedade da Informação realizou pesquisa (TIC

³ SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas. In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 61-62.

Governo Eletrônico 2021)⁴, a partir de dados referentes a órgãos públicos federais e estaduais dos Poderes Executivo, Legislativo, Judiciário e do Ministério Público.

Dentre as novas tecnologias, o estudo ressalta que a adoção de Inteligência Artificial (IA) foi a que mais cresceu: quase metade (45%) dos órgãos e entes federais e 22% dos órgãos e entes estaduais utilizaram tecnologias de IA nos 12 (doze) meses anteriores à pesquisa. A adoção de sistemas inteligentes ocorreu em maiores proporções em órgãos do Judiciário (55%), do Ministério Público (50%) e do Legislativo (48%), sendo de apenas 20% no Executivo. Já a adoção de aplicações relacionadas a Internet da Coisas (IoT) e *blockchain* foi apontada por menos de 20% dos órgãos públicos federais e estaduais⁵.

Diante disso, propõe-se, no presente artigo, apresentar um panorama de inquietações dos autores sobre novas tecnologias disruptivas, IA e Administração Pública. Para tanto, desenvolver-se-á o artigo em 2 (dois) grandes tópicos.

No primeiro tópico, serão abordados aspectos relativos às novas tecnologias disruptivas em geral, com enfoque no fomento público econômico à inovação tecnológica; repercussões no direito da infraestrutura e a adoção de *blockchain* e IoT na Administração Pública.

Já no segundo tópico serão abordados aspectos relativos à IA, tendo em vista o especial destaque que essa tecnologia vem ganhando. Dessa forma, será apresentado um diagnóstico da adoção da IA pela Administração Pública, com enfoque especial na Estratégia Brasileira para Inteligência Artificial (EBIA). Além disso, serão tratadas questões relativas à regulação e regulamentação da IA na Administração Pública e, por fim, serão analisados aspectos jurídicos relativos à tomada de decisão administrativa com uso da IA.

Com relação à metodologia, empreendeu-se uma pesquisa bibliográfica, recorrendo às fontes doutrinária e legal, especialmente em artigos científicos, periódicos, livros e legislação sobre o tema.

⁴ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro*: TIC Governo Eletrônico 2021. São Paulo, SP: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20220725170710/tic_governo_eletronico_2021_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

⁵ NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro*: TIC Governo Eletrônico 2021. São Paulo, SP: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20220725170710/tic_governo_eletronico_2021_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 15 maio 2023. p. 25.

2. NOVAS TECNOLOGIAS DISRUPTIVAS E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

2.1. Fomento público econômico à inovação tecnológica

Rodrigo da Fonseca Chauvet⁶ ao tratar do fomento público econômico à inovação tecnológica, aqui compreendido como a adoção, pela Administração Pública, de atividades estimulantes, incitativas e indutivas de natureza econômica ao setor privado, aduz que no caso de países em desenvolvimento, como o Brasil, o Estado tem um papel fundamental de realizar investimento direto em desenvolvimento de inovação.

Isso porque as atividades de pesquisa, desenvolvimento e inovação (PD&I), em geral, demandam um grande volume de investimentos a longo prazo e sem a garantia de sucesso, visto que o risco tecnológico é inerente ao desenvolvimento de soluções disruptivas. Por conseguinte, a necessidade de aportação de recursos pelo Estado em desenvolvimento tecnológico será maior, atuando de forma subsidiária em relação à iniciativa privada⁷.

De sorte a estimular a inovação, o desenvolvimento científico e tecnológico no Brasil, a Emenda Constitucional n. 85/2015 introduziu no art. 218 da Constituição da República do Brasil (CRFB) a obrigação de o Estado promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação. Vale ressaltar que, até então, não havia menção à “inovação” no texto constitucional.

Com o advento da Lei n. 13.243/2016, identificada como Marco de Ciência, Tecnologia e Inovação, foram introduzidas importantes alterações na legislação relacionadas ao tema, representando um passo importante para o estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico no país.

Em que pese as disposições constitucionais e legais relativas ao fomento público à inovação e desenvolvimento tecnológico, Elisa Mara Coimbra⁸ ressalta que, no Brasil, a instabilidade política e a falta de recursos acabam afetando o fomento público à inovação.

⁶ CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Fomento público econômico à inovação tecnológica. In: SADDY, André *et al.* *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 92-123.

⁷ CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Fomento público econômico à inovação tecnológica. In: SADDY, André *et al.* *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 102.

⁸ COIMBRA, Elisa Mara. Desafios do fomento público à inovação: perspectivas e possibilidades. In: SADDY, André *et al.* *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 139-142.

Assim, ainda que o art. 10 da Lei n. 11.540/2007 estabeleça uma série de receitas, como o percentual de *royalties* sobre a produção de petróleo ou gás, para incrementar os recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (FNDCT), o governo federal tem contingenciado esses recursos para cumprir metas de superávit fiscal, prejudicando o planejamento das ações estratégicas em ciência e tecnologia. O contingenciamento do FNDCT é particularmente prejudicial, pois afeta não só os instrumentos de forma direta, mas também a equalização do financiamento necessária para tornar os juros mais baixos que os do mercado.

Uma solução para mitigar esse problema seria transformar a natureza do FNDCT de contábil para financeiro, transferindo os recursos da Conta Única do Tesouro Nacional para uma instituição financeira oficial, tal qual a Financiadora de Estudos e Projetos (FINEP). É importante destacar que, atualmente, a FINEP administra recursos de diversos fundos setoriais com finalidades específicas, mas todos sofrem com problemas relacionados ao contingenciamento⁹.

2.2. Direito da infraestrutura e novas tecnologias disruptivas

Grande parte das inovações disruptivas mais recentes afetam as infraestruturas públicas existentes e o direito da infraestrutura, demandando, para subsistência, mudanças infraestruturais, seja para sua evolução, seja para sua implementação, forçando o mercado a comportar-se de maneira distinta daquela que vinha se comportando, obrigando o poder público e a iniciativa privada a expandirem e, outras vezes, a extinguirem determinadas infraestruturas. Nesse sentido, ressalta-se o que já se expressou em outro texto¹⁰:

Essas novas tecnologias (inovações) disruptivas têm revolucionado o mundo que vivemos e demandam, muitas vezes, investimentos em infraestrutura não por aqueles que empreendem nesses nichos, mas pelo poder público, para que a economia compartilhada, colaborativa, verde, criativa, de multimoedas e com outras tecnologias existentes sejam utilizadas em sua plenitude. Se, historicamente, as infraes-

⁹ COIMBRA, Elisa Mara. Desafios do fomento público à inovação: perspectivas e possibilidades. In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 142.

¹⁰ SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 64 e 67.

truturas eram realizadas por aqueles que depois iriam explorar as atividades, ou pela sociedade como um todo, hoje, ditas economias apontam para uma realidade em que os seus criadores se utilizam de infraestrutura alheia, sem se questionar a necessidade ou não do detentor da infraestrutura conceder acesso às suas redes por ser essa uma *essential facility*.

[...]

Pode-se depreender, portanto, de tudo até aqui visto, que a economia compartilhada, colaborativa, verde, criativa e de multimoedas, bem como outras tecnologias, podem não desenvolver suas próprias infraestruturas. Seus criadores e administradores, como regra, utilizam-se de infraestrutura pública existente para a prestação dos seus serviços ou alienação dos seus bens. Ademais, há situações cujas infraestruturas necessárias para essas novas tecnologias não existem e, desse modo, sua criação dependerá do poder público para o desenvolvimento da inovação disruptiva.

De sorte a ilustrar essa situação, já se teve a oportunidade de citar¹¹ o caso das plataformas conhecidas como *Over The Top* (OTT), que se utilizam da infraestrutura de telecomunicações para oferecer serviços que, muitas vezes, acabam concorrendo com as próprias operadoras da infraestrutura. Essa situação ocorreu quando, em 2015, o aplicativo WhatsApp começou a oferecer chamadas de voz, sem possuir infraestrutura própria para transmissão. As operadoras de telefonia móvel alegavam que essa prática colocava em risco a sua própria existência, colocando em risco a infraestrutura necessária para o setor de telecomunicações.

Como é sabido, a infraestrutura pública é crucial para a recuperação econômica e o avanço do país. No entanto, investimentos em infraestrutura pública são complexos, e se tornam ainda mais difíceis com o surgimento de inovações disruptivas. As mudanças nos custos e externalidades das infraestruturas de redes serão inevitáveis, uma vez que o financiamento e investimento não serão mais realizados exclusivamente pelo poder público e outras contribuições serão necessárias, como taxas para aqueles que utilizam os serviços.

Diante disso, já se teve oportunidade de concluir¹² que o estudo do direito da infraestrutura que, tradicionalmente, limitava-se a aspectos relacionados aos custos fixos, comuns e irrecuperáveis, à ideia de externalidades de rede, à concepção de redes públicas e de

¹¹ SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 65.

¹² SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 69.

monopólio natural, entre outros temas, será afetado por essas novas economias. Por conseguinte, alguns aspectos do direito da infraestrutura deverão ser revistos tais como a ideia de obrigatoriedade de interconexão e livre acesso às redes. Além disso, novas formas de gestão das infraestruturas públicas deverão ser criadas para acomodar e compartilhar os mais diversos interesses de quem se utiliza dessas infraestruturas seja direta ou indiretamente.

Ocorre que o Brasil investe pouco em infraestrutura pública em comparação com outros países, apesar da iniciativa privada ter se envolvido mais na construção, financiamento e investimento nessa área. O desafio para o direito da infraestrutura, no presente momento, é não só impedir, mas adotar mecanismos que estimulem investimentos que convivam com inovações disruptivas, tendo o poder público responsabilidade pelo desenvolvimento da infraestrutura pública.

2.3. Uso da blockchain pela Administração Pública

Com relação à *blockchain*, Anna Lucia Berardinelli e Tatiana S. Ribeiro Strauch¹³ ressaltam que essa tecnologia é utilizada para compartilhamento descentralizado de dados, sendo adotada por entidades públicas e privadas. O *blockchain* proporciona confiabilidade, autenticidade, imutabilidade e auditabilidade, garantindo a segurança no armazenamento e gerenciamento de dados públicos, mas também apresenta desafios para sua implementação.

Na Administração Pública, a adoção de *blockchain* pode proporcionar muitos benefícios, como maior confiabilidade no compartilhamento de informações, otimização de serviços, com economia de custo e tempo. Além disso, a tecnologia pode gerar uma otimização do trabalho interno e contribuir para o combate à corrupção, visto que a estrutura de corrente de dados aumenta a transparência e vincula as transações¹⁴.

O Tribunal de Contas da União (TCU)¹⁵ fez um estudo sobre características da *blockchain*; as áreas de aplicação no setor público; os principais riscos; os fatores críticos de sucesso; os desafios e oportunidades de controle. No Acórdão n. 1.613/2020 ressalta que

¹³ BERARDINELLI, Anna Lucia; STRAUCH, Tatiana S. Ribeiro. O uso da blockchain pela administração pública In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 349-369.

¹⁴ BERARDINELLI, Anna Lucia; STRAUCH, Tatiana S. Ribeiro. O uso da blockchain pela administração pública In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 362.

¹⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.613/2020* – Relatório de Levantamento. Plenário, 24/06/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1613%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ce034160-bbc6-11ea-ad32-519ab286dea0>. Acesso em: 16 maio 2023.

a tecnologia vem sendo utilizada em diversas áreas como registros públicos, identidade digital, saúde, assistência médica, comércio exterior, programas sociais, automação da gestão de contratos no processo de comercialização do gás natural brasileiro; registro e transferência de propriedades de terras e certidões acadêmicas; e compartilhamento de informações entre órgãos públicos. Os *smart contracts* e a criação de tokens são os tipos de transações que mais se destacam, visto que possuem a vantagem de tornar proibitiva a violação das cláusulas e reduzirem os riscos de erros e de fraude.

Nos processos de licitação e contratos administrativos, a Blockchain, aliada aos *smarts contracts*, apresenta-se como importante instrumento de combate à corrupção. Referente a esse tema, Ketlyn Gonçalves Fernandes¹⁶ ressalta a existência de fragilidades na fase interna, externa e de fiscalização contratual e destaca de que maneira as citadas tecnologias podem atuar para mitigar os pontos focais de corrupção.

Em relação à fase interna, historicamente marcada por certa opacidade, a autora aduz que a rede *blockchain* pode aprimorar a preparação editalícia e a pesquisa de preços por permitir uma hiper transparência ao exigir que todos os contatos com fornecedores, estudos realizados, justificativas para definição do objeto e requisitos de habilitação estejam incluídos em uma rede com alta rastreabilidade e auditabilidade. Além disso, a capacidade de criar um governo hiper conectado pode aprimorar a pesquisa de preços, já que a adesão de diversas instituições e entes federativos (como *nós* da rede *blockchain*), criaria um imenso banco de dados de fácil alcance, possibilitando identificar valores estimados e liquidados, inexecuções, sanções, discrepâncias de valores etc.¹⁷

Também na fase externa é possível colher os frutos da tecnologia, uma vez que a principal irregularidade consiste em ocorrências de fraudes documentais, como falsidades de assinaturas e documentos inseridos com data retroativa. Essas situações seriam facilmente detectadas pela rede *blockchain* dada à capacidade de rastreabilidade e necessidade de chave eletrônica de acesso para aferir a autenticidade, facilitando, ainda, a responsabilização dos agentes¹⁸.

Em específico quanto aos contratos administrativos, os *smart contracts* auxiliariam na verificação da idoneidade das empresas licitantes e contratadas, na adequação do orçamento e na garantia da eficiência. Ademais, evita-se a ocorrência de pagamentos

¹⁶ FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. *Blockchain e smarts contracts: instrumentos de combate à corrupção nas contratações públicas*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023.

¹⁷ FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. *Blockchain e smarts contracts: instrumentos de combate à corrupção nas contratações públicas*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. p. 77.

¹⁸ FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. *Blockchain e smarts contracts: instrumentos de combate à corrupção nas contratações públicas*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. p. 81

antecipados sem recebimento do objeto contratado, pois os *smarts contracts* conferem autoexecutoriedade aos contratos firmados, ou seja, executados somente quando certas condições forem atendidas¹⁹.

Outra tecnologia que pode ser entendida como uma derivação é o token, o qual pode ser útil especialmente para rastrear o dinheiro público aplicado no financiamento de projetos e para solucionar questões do Tesouro Direto²⁰.

Apesar dos avanços citados pelo TCU, Anna Lucia Berardinelli e Tatiana S. Ribeiro Strauch ressaltam que “a implementação da Blockchain no setor público ainda é contraintuitiva, uma vez que, a centralização pelo poder público é inerente do ponto de vista governamental”²¹.

Dessa forma, os projetos relativos a *blockchain* ainda são incipientes. Outro problema é que os dados ainda não são intercambiáveis entre as plataformas, o que dificulta o processo de integração e colaboração entre os órgãos envolvidos. Por fim, um desafio adicional é a falta de profissionais que dominem essa tecnologia, afetando a expansão da sua adoção.

Diante dessas dificuldades e desafios apresentados, as referidas autoras apresentam um questionário oriundo da Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação (SEFTI) a ser respondido pelo gestores para auxiliar na decisão da adoção, ou não de *blockchain*²²:

A avaliação é amparada por perguntas, sendo estas: (i) há a necessidade de múltiplas partes armazenarem informações em uma base de dados compartilhada?; (ii) há dificuldade em utilizar uma terceira parte confiável online a todo momento?; (iii) há dificuldade em decidir quem controla ou em qual local o banco de dados será armazenado?; (iv) os participantes da rede têm interesses conflitantes ou problemas de confiança?; depois de armazenar os registros, os dados nunca serão alterados ou apagados?; dados sensíveis nunca serão armazenados no livro-razão?; e, (v)

¹⁹ FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. *Blockchain e smarts contracts: instrumentos de combate à corrupção nas contratações públicas*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. p. 84

²⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.613/2020 – Relatório de Levantamento*. Plenário, 24/06/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1613%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ce034160-bbc6-11ea-ad32-519ab286dea0>. Acesso em: 16 maio 2023.

²¹ BERARDINELLI, Anna Lucia; STRAUCH, Tatiana S. Ribeiro. O uso da blockchain pela administração pública. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 365.

²² BERARDINELLI, Anna Lucia; STRAUCH, Tatiana S. Ribeiro. O uso da blockchain pela administração pública. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. 365.

por fim, há a necessidade crítica de armazenar o histórico das transações de forma imutável e inviolável?.

Vê-se, portanto, que a *blockchain* é recomendada para situações em que há diversos atores e fontes de dados e para situações em que há conflitos de interesses ou problemas de confiança na armazenagem dos dados. É importante avaliar se existe um sistema centralizado confiável e se há necessidade de descentralizá-lo e remover os intermediários. Antes de implementá-la em uma organização pública, é mister, ainda, considerar a impossibilidade de alterar ou apagar as informações gravadas no software e que os dados são armazenados de forma transparente em toda a rede, o que pode comprometer o sigilo e/ou privacidade dos dados. Diante disso, se a utilização da *blockchain* não for necessária, é mais eficiente utilizar uma tecnologia convencional.

2.4. IoT e Administração Pública

A IoT é um dos fenômenos mais relevantes em termos de salto tecnológico e paradigmático e pode provocar mudanças sociais significativas. A IoT se torna cada vez mais presente na nossa vida diária, oferece benefícios tanto para iniciativa privada quanto para Administração Públicas. O setor público está atento aos benefícios da IoT, que pode gerar soluções mais eficazes para problemas de gestão pública e eficiência produtiva. Alexandre Magno Antunes de Souza ressalta que o governo japonês, em no seu 5º Plano Básico de Ciência e Tecnologia, destaca a importância da IoT na conexão de informações e já se fala na Internet de Tudo (“*Internet of Everything*” - IoT) em que todos os dados coletados estão conectados.

No caso das Cidades Inteligentes (*smart cities*) a implementação da IoT combinada com tecnologia 5G pode trazer uma série de benefícios, incluindo melhorias na eficiência energética, mobilidade urbana, qualidade do ar e segurança pública. Essas soluções inovadoras permitem uma gestão urbana mais eficiente, sustentável, proativa e em tempo real, além de proporcionar conectividade entre administrado e administração e melhorar a qualidade de vida da população²³.

As Cidades Inteligentes utilizam tecnologia IoT e sensores inteligentes para coletar dados em tempo real em áreas como tráfego urbano, qualidade do ar, segurança pública

²³ Cf.: RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016.

e consumo de energia. Esses dados são processados por sistemas de IA, que detectam problemas e tendências, fornecendo aos gestores públicos informações precisas para tomada de decisão e implementação de soluções. Por exemplo, sensores de trânsito podem ajudar a regular os semáforos e orientar motoristas em tempo real, melhorando o tráfego e reduzindo congestionamentos. No Brasil, o Plano Nacional de IoT estabelece que saúde, cidades, indústria e rural são campos que deverão ser priorizados na implementação da política de IoT²⁴ de sorte a proporcionar cidades mais eficientes, conectadas e sustentáveis.

Sem embargo, é relevante ressaltar que a referida tecnologia pode representar riscos à privacidade e segurança dos dados gerados pelos dispositivos interconectados. Nesse sentido, Alexandre Magno Antunes de Souza²⁵ lembra o alerta da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) de que a IoT e o *big data* podem ameaçar o direito à privacidade dos cidadãos. Se, somadas a essas tecnologias, for acrescentado a IA, os desafios para o tratamento e a segurança dos dados pelo Estado são ainda maiores.

Diante disso, Eduardo Magrani²⁶ ressalta que a governança e a segurança dos dados são fatores fundamentais a serem considerados para sopesar os benefícios e riscos da IoT. O direito tem um papel relevante no sentido de regular essas práticas e proteger os direitos constitucionais vigentes. Além disso, o planejamento por parte do Estado é essencial para canalizar as transformações dessa área aos interesses dos cidadãos e ao desenvolvimento nacional, levando em conta as características e a herança técnica e regulatória do país.

²⁴ Art. 4º. BRASIL. *Decreto n. 9.854, de 25 de junho de 2019*. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9854.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

²⁵ SOUZA, Alexandre Magno Antunes de. Administração pública 4.0 - a mudança por meio da blockchain e da inteligência artificial. In: SADDY, André *et al.* *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 74.

²⁶ MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

3. IA E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. Adoção da IA pela Administração Pública: situação atual e perspectivas

A principal política pública sobre IA atualmente em vigor é a Estratégia Brasileira para Inteligência Artificial (EBIA), instituída pelo governo federal por meio da Portaria MCTI n. 4.617/2021, posteriormente alterada pela Portaria MCTI n. 4.979/2021²⁷. Trata-se de uma iniciativa que reflete uma corrida global entre as nações para se tornarem líderes na utilização de inteligência sintética.

A EBIA²⁸ define como seus principais objetivos estratégicos:

- (i) contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso de IA responsáveis;
- (ii) promover investimentos sustentados em pesquisa e desenvolvimento em IA;
- (iii) remover barreiras à inovação em IA;
- (iv) capacitar e formar profissionais para o ecossistema da IA;
- (v) estimular a inovação e o desenvolvimento da IA brasileira em ambiente internacional; e
- (vi) promover um ambiente de cooperação entre os entes públicos e privados, a indústria e os centros de pesquisas para o desenvolvimento da inteligência artificial.

Com relação ao mapeamento da situação atual e perspectivas da adoção da IA na Administração, optou-se por utilizar como referência um relatório publicado pelo TCU em maio 2022²⁹, tendo em vista que, além de se basear em trabalhos prévios com es-

²⁷ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações/Gabinete do Ministro. *Portaria GM n. 4.617, de 6 de abril de 2021*. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*-313212172. Acesso em: 22 nov. 2021.

²⁸ BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações/Gabinete do Ministro. *Portaria GM n. 4.617, de 6 de abril de 2021*. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*-313212172. Acesso em: 22 nov. 2021.

²⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022 – Relatório de Levantamento*. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DIRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023.

cores similares realizados por organismos nacionais e internacionais³⁰, realizou pesquisa quantitativa e qualitativa junto a 293 organizações administrativas, inclusive entrevistando especialistas tanto do meio acadêmico como da iniciativa privada.

Cabe ressaltar, sem embargo, que o relatório do TCU não se restringiu à Administração Pública, visto que teve por objetivo realizar um diagnóstico da utilização de tecnologias de IA e as perspectivas de sua utilização nas organizações públicas dos três poderes da República (Executivo, Legislativo e Judiciário), além de identificar os principais benefícios e riscos relacionados. Também foram avaliados os resultados alcançados e propostos pela EBIA, identificando os principais riscos e oportunidades associados à sua implementação. Por fim, o estudo tratou, especificamente, da adoção de IA nas atividades de controle³¹.

Sobre as vantagens advindas da adoção de IA, as organizações pesquisadas informaram como principais ganhos: a automação de processos repetitivos com aumento de produtividade; redução do tempo e custos na execução dos processos; otimização na alocação de recursos humanos; aumento da confiabilidade e transparência dos processos; maior tempestividade na resposta aos clientes; maior atuação preventiva das organizações em sua área de atuação; e uniformização de procedimentos³².

Com relação à utilização de IA pela Administração Pública, o acórdão do TCU apresenta um estudo denominado *Government AI Readiness Index 2020*³³, elaborado pela Oxford Insights e pelo Governo do Canadá, sobre a capacidade dos poderes executivos dos Estados para implementar soluções de IA. A pesquisa contém um ranking de 172 países baseado em 33 indicadores. Segundo a referida publicação, o Brasil ocupa a 63ª posição no ranking mundial de capacidade do governo para implementar soluções de IA; e o 6º na América Latina e Caribe. Já em relação ao uso responsável da IA, o Brasil ocupa a 30ª

³⁰ Cite-se, como exemplo, o Relatório “Uso de Inteligência Artificial pelo Poder Público – Recomendações de Governança” baseado em pesquisa realizada em setembro de 2020 pela Transparência Brasil, em parceria com a Controladoria-Geral da União, o Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovação (MCTI) e o Centro de Estudos sobre Tecnologias Web (Ceweb.br); relatório publicado em 2021 pelo Centro de Inovação, Administração e Pesquisa do Judiciário da Fundação Getúlio Vargas.

³¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023.

³² BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 93.

³³ SHEARER, Eleanor; STIRLING, Richard; PASQUARELLI, Walter. *Government AI Readiness Index 2020*. [S.l.]: Oxford Insights, 2020. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58b2e92c1e5b6c828058484e/t/5f7747f29ca3c20ecb598f7c/1601653137399/AI+Readiness+Report.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

posição de 34 países avaliados. Sem embargo, cabe ressaltar que o estudo é de 2020, quando o Brasil ainda não havia publicado sua estratégia para IA, o que ocorreu em 2021. Avaliando os dados apresentados no *Government AI Readiness Index 2020*, o TCU ressalta que os principais pontos positivos para o incentivo à implementação de soluções de IA no Brasil são a disponibilidade e a representatividade de dados.

Com relação ao questionário encaminhado para 263 órgãos e entidades dos três poderes da República, as indagações apresentadas pelo TCU tinham por objetivo averiguar o nível de maturidade da utilização de IA³⁴. Conforme fora constatado a partir das respostas obtidas, as soluções de IA estão sendo mais utilizadas pelos órgãos do Poder Judiciário para processos administrativos e em atividades de controle. Constatou-se, portanto, que a IA está sendo predominantemente utilizada para otimização de atividades estatais “*interna corporis*”, com menor participação na prestação de funções ou serviços públicos diretamente direcionados aos cidadãos, como transporte, segurança pública e proteção social.

Segundo a análise realizada pelo TCU, os resultados obtidos são reflexo do quadro atual de redução de pessoal e a consequente e necessária otimização de processos. Por outro lado, o Órgão de Controle ressalta que, “dado o aspecto disruptivo e inovador que IA traz, verifica-se que há espaço para crescimento do seu uso em soluções que atingem diretamente a sociedade”³⁵.

Com relação à quantidade de soluções de IA no poder público federal por domínio de aplicação, a pesquisa evidenciou que o Processamento de Linguagem Natural (PLN) é amplamente utilizado no Poder Judiciário, refletindo a necessidade de tratamento de informações constantes em processos judiciais. Também se verificou a utilização de PLN no desenvolvimento de *chatbots* para interação com os usuários externos e o provimento de serviços. Constatou-se, ainda, a utilização de modelos preditivos especialmente nas áreas de controle e fiscalização³⁶.

Por fim, o relatório do TCU realizou uma avaliação da EBIA enquanto política pública da Administração Pública federal para adoção e estímulo a investimentos públicos e privados em IA, apontando, em síntese, que os objetivos e ações estratégicas definidas não

³⁴ O inteiro teor do questionário encontra-se no sítio: [https://portal.tcu.gov.br/levantamento-Inteligência Artificial.htm](https://portal.tcu.gov.br/levantamento-Inteligência%20Artificial.htm).

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 89.

³⁶ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 90

possuem indicadores claros para a ação governamental, conforme requer a metodologia SMART (*Specific, Measurable, Achievable, Relevant e Time*), ou seja, não são específicos, mensuráveis, realistas (alcançáveis) e delimitados em um recorte temporal. É percebido apenas a propriedade de serem apropriados (relevantes)³⁷.

O Órgão de Controle indica que a EBIA não possui um mapeamento do estágio de referência inicial (marco zero, situação inicial)³⁸. O TCU constata, ainda, falhas formais na apresentação do modelo lógico e sobre como a EBIA incide sobre os problemas/opportunidades, projetando seus resultados e impactos de longo prazo³⁹; as estruturas de governança e gestão necessárias à implementação da política não estão formalmente institucionalizadas⁴⁰; e a estrutura de monitoramento e avaliação da EBIA não está formalmente definida em norma⁴¹.

Diante disso, o TCU conclui que, em razão dessas falhas, na prática, os objetivos apresentados na EBIA correspondem mais a diretrizes estratégicas que orientam as ações derivadas dela. Também tece críticas, entendendo não ser viável ou aceitável que os objetivos definidos em uma política pública não sejam expressos em termos de resultado, sendo essencial a definição de metas quantitativas para a avaliação da eficácia, eficiência e efetividade da política. Aponta, bem assim, que o uso de indicadores quantitativos e/ou qualitativos apropriados deveria fazer parte do desenho da política.

³⁷ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 116 et seq.

³⁸ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 127 et seq.

³⁹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 139 et seq.

⁴⁰ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 151 et seq.

⁴¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023. Parágrafo 158 et seq.

3.2. Regulação e regulamentação da IA na Administração Pública

Tem se constatado que o ordenamento jurídico vigente, em que pese aplicável às tecnologias digitais, é insuficiente, e até obsoleto, em relação à capacidade de dar respostas adequadas aos novos desafios oriundos da acelerada transformação digital. Indaga-se, assim, até que ponto esse direito em grande parte relacionado às condições do “*mundo analógico*” é suficiente para o atendimento das exigências da transformação digital, especialmente quanto à forma de lidar com inteligência sintética, ou se precisa ser modificado e complementado⁴².

Atualmente, o Brasil não possui uma lei específica que suporte ações planejadas, defina princípios ou regule a adoção de IA⁴³. Cabe ressaltar que existem diversos projetos de lei em discussão no Congresso Nacional, tendo sido nomeada uma comissão de juristas que propôs um marco “*regulatório*” para a inteligência artificial, posteriormente convertido no Projeto de Lei (PL) n. 2.338/2023⁴⁴. Conforme vimos acima, a EBIA, único documento sobre o tema existente, é decorrente de um *softregulation*, é dizer, de uma regulação fraca, externada por meio de ações indicativas. Mais que uma política pública, estabelece diretrizes estratégicas com recomendações e incentivos à conduta das pessoas, de modo a atingir consensualmente os objetivos do instrumento.

No atual estágio de desenvolvimento da IA, e levando em consideração que ainda não há um marco legal aprovado pelo Congresso, bem como a urgente necessidade de

⁴² HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência Artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 11-38, nov./dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁴³ Ressalta-se que no âmbito da Estratégia Brasileira para a Transformação Digital (E-Digital), aprovada em março de 2018, pelo Decreto n. 9.319/2018 e pela Portaria MCTIC n. 1.556/2018, já se sinalizava para a importância de se tratar de maneira prioritária o tema da IA em razão de seus impactos transversais sobre o país. O Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações (MCTIC), por meio da Portaria MCTIC n. 1.122/2020, definiu como prioridade a área de IA, no que se refere a projetos de pesquisa, de desenvolvimento de tecnologias e inovações, para o período 2020 a 2023. Nesse sentido, foi elaborada a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial (EBIA), único documento sobre o tema existente instituída pela Portaria GM n. 4.617/2021.

⁴⁴ Cf.: BRASIL. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório final*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 4, de 2022, destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei n. 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Brasília: Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/777129a2-e659-4053-bf2e-e4b53edc3a04>. Acesso em: 8 mar. 2023.

se dar um tratamento jurídico célere, concreto e adequado aos questionamentos ético-jurídicos⁴⁵ decorrentes da adoção de máquinas inteligentes, parece recomendável que a Administração Pública recorra à regulação pública das suas atividades relacionadas a sistemas inteligentes.

O conceito de regulação é utilizado como um instituto que compreende qualquer interferência pública intencional nas escolhas de alguém, seja de si mesmo ou de terceiros. A regulamentação é um dos instrumentos para tanto, quiçá o principal, mas regulação e regulamentação não são sinônimos⁴⁶.

Já se teve a oportunidade de ensinar⁴⁷ que a regulação pode ser realizada por alguém extrínseco ao sujeito (heterorregulação) ou pelo próprio interessado (autorregulação), além de poder ser pública, realizada por ente ou órgão público, ou privada, realizada pela iniciativa privada. Aplicando os referidos conceitos à regulação de IA no âmbito da Administração Pública, pode-se dizer que são 3 (três) as formas mais comuns que vêm sendo utilizadas em diferentes ordenamentos:

(i) heterorregulação pública holística ou global, baseada em direitos e/ou riscos, em que o legislador abarcaria o tratamento jurídico de forma geral, englobando o setor público e privado e independentemente da aplicação específica a que se destina a inteligência computacional. Como já mencionado, ainda não existe no nosso ordenamento jurídico uma legislação sobre IA. Esse parece ser o caminho adotado pelo PL n. 2.338/2023⁴⁸;

(ii) heterorregulação pública principiológica, onde a lei estipula os princípios que devem reger a adoção de IA, sem adentrar no tratamento casuístico ou setorial. Esse é o caminho que está sendo adotado no PL n. 21/2020⁴⁹ que sofreu severas

⁴⁵ Sobre o tema, vide: ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Limites éticos e jurídicos à produção do ato jurídico estatal com base em inteligência Artificial: o ato jurídico produzido sem consciência ou vontade. *Cadernos de Direito Actual*, Santiago de Compostela, a. 11, n. 20, núm. Extraordinário, p. 40-57, 2023. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/936>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁴⁶ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 2. p. 560.

⁴⁷ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 2. p. 563-564.

⁴⁸ BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁴⁹ BRASIL. *Projeto de Lei n. 20, de 2020*. Estabelece fundamentos, princípios e diretrizes para o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil; e dá outras providências. Brasília: Câmara dos Deputados, 2020. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/propostas-legislativas/2236340>. Acesso em: 13 out. 2023.

críticas em razão de se tratar de um texto prematuro, sem que tenha havido uma discussão ampla com a sociedade e especialistas⁵⁰;

(iii) autorregulação pública, onde a normatização da IA é atribuída a diferentes entidades ou órgãos públicos em função da natureza da atividade desenvolvida. Um exemplo é a Portaria MCTI n. 5.156/2021 que institui o programa “MCTI Futuro: Futuro do Trabalho, Trabalho do Futuro” no âmbito do Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações.

Das 3 (três) formas antes mencionadas, é possível, ainda, realizar combinações, dando origem a uma quarta hipótese no que diz respeito, especificamente, à regulação da IA no âmbito da Administração Pública:

(iv) a autorregulação regulada, ou melhor, a autorregulação pública heterorregulada pelo próprio Estado. Ela ocorrerá na hipótese em que o Estado regular a autorregulação pública por meio da tutela administrativa, ou seja, quando ente ou órgão distinto da Administração Pública regule a autorregulação pública, podendo se desdobrar em três modelos⁵¹. Não se localizou regulamentação desse modelo no âmbito da Administração, mas cita-se como exemplo a Resolução CNJ n. 332/2020, que dispõe sobre a ética, a transparência e a governança na produção e no uso de inteligência artificial no Poder Judiciário e dá outras providências.

Uma heterorregulação pública que seja geral e detalhista incorreria no risco de cair em rápida obsolescência, visto que se trata de tecnologia em constante e acelerada evolução, com inovações, funcionalidades e soluções sequer imaginadas pelo legislador. Além disso, é impossível dar tratamento legal de forma casuística a todas as situações em que a Administração pode se deparar com a necessidade de adotar ou regulamentar mecanismos automatizados, tais como regulação de atividades de particulares, uso interno da Administração, prestação de serviços públicos ou execução de políticas públicas.

⁵⁰ PARA ESPECIALISTAS, PL sobre Inteligência Artificial precisa de mais debates. *Agência Senado Notícias*, [S. l.], 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/16/para-especialistas-pl-sobre-inteligencia-artificial-precisa-de-mais-debates>. Acesso em: 9 dez. 2021.

⁵¹ Segundo já se defende, existem ao menos 3 (três) modelos existem quando se correlaciona a heterorregulação ou autorregulação privada e a regulação estatal: (i) um modelo de heterorregulação ou autorregulação complementar ou suplementar regulada, (ii) um modelo de heterorregulação ou autorregulação regulada subsidiária ou supletiva; e (iii) um modelo de heterorregulação ou autorregulação regulada pura. Tal hipóteses, também podem ser aplicadas quando diante de autorregulação público e a regulação estatal (SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 2. p. 572).

Por outro lado, a heterorregulação pública principiológica não daria o devido tratamento a casos concretos relacionados ao cotidiano de quem desenvolve e usa IA, com risco de se tornar inócua e pouco efetiva. Deve-se, portanto, evitar uma regulação legal açodada, que possa tolher todas as potencialidades positivas dessa tecnologia, por um lado, ou que seja ineficaz, por outro.

Portanto, parece que, nas circunstâncias atuais, a solução está na autorregulação pública heterorregulada pelo próprio Estado, não só para coibir o mau uso ou desvio para finalidades escusas, mas também para estimular a adoção da tecnologia de forma excelente e direcionada ao bem comum, respeitando direitos e garantias fundamentais.

Dessa forma, recomenda-se que haja uma heterorregulação centralizada que estabeleça um sistema de governança na Administração Pública como um todo, com a função de coordenação e supervisão geral entre setores, inclusive, aproveitando-se de estruturas e procedimentos de governança já criados por força do disposto na Lei n. 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados ou LGPD), de forma a se evitar superposições e conflitos regulatórios.

Essa heterorregulação pública poderia ser instituída mediante decreto dos chefes do Poder Executivo, estipulando uma governança geral de IA, a ser observada pelos órgãos e entidades inferiores ou subordinados. O decreto possui a vantagem de maior flexibilidade para promover de forma mais célere as alterações, modificações e atualizações tão necessárias para atender aos desafios, novidades e questionamentos éticos que surgem diuturnamente, não sujeito, assim, às vicissitudes naturais do processo legislativo, mais rígido, moroso e incerto.

Como o modelo proposto caracteriza uma autorregulação pública heterorregulada pelo próprio Estado, a mencionada heterorregulação pública deverá ser complementada pela autorregulação pública setorial dos diferentes entes ou órgãos da Administração Pública, mediante a emissão de atos normativos (regulamentos), códigos de conduta, de boas práticas e deonticos, de forma a atender às peculiaridades e idiosincrasias específicos de cada realidade administrativa.

Vale ressaltar que o modelo aqui proposto é perfeitamente compatível, tanto com o PL n. 21/2020 quanto com o PL n. 2.338/2023. Isso porque o PL n. 21/2020 adotou um modelo de heterorregulação pública principiológica, havendo, assim, espaço para a autorregulação interna e setorializada na Administração Pública. Em relação ao PL n. 2.338/2023, que, na sua Exposição de Motivos, afirma adotar um modelo corregulatório⁵², com dele-

⁵² BRASIL. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório final*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 4, de 2022, destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei n. 5.051, de 2019, 21, de

gações para estimular uma regulação colaborativa entre setores interessados e o Estado, mediante códigos de conduta e de boas práticas⁵³, o que caracteriza uma heterorregulação ou autorregulação complementar ou suplementar regulada.

3.3. Decisão administrativa com uso da IA

Consoante o princípio da máxima objetividade, a Administração, sempre que possível, deve objetivar sua conduta⁵⁴. Nesse sentido, a adoção de sistemas de IA será um ótimo meio para garantir a conformidade a esse princípio, visto que essa tecnologia é capaz de processar e analisar uma quantidade massiva de dados, detectando problemas, padrões, tendências e fazendo recomendações, proporcionando aos gestores públicos, dessa forma, uma análise mais apurada para auxílio na tomada de decisão e implementando soluções baseadas em dados.

Por outro lado, o ministro Gilmar Mendes⁵⁵, no julgamento da ADI 6389 MC-REF/DF, alertou para o fato de que decisões estatais críticas estão sendo substituídas por mecanismos automatizados: “Vivemos na era das escolhas de Sofia automatizadas”.

O grande risco para o Estado de Direito é a completa substituição da subjetividade do gestor pela subjetividade da máquina, sob a pretensa alegação de se afastar particularismos em uma decisão. A utilização da IA poderá ser especialmente prejudicial nos casos de conflito entre igualdade material e igualdade formal, onde a adoção de decisões padronizadas e repetitivas pode levar ao cometimento de uma injustiça em função das peculiaridades

2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Brasília: Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/777129a2-e659-4053-bf2e-e4b53edc3a04>. Acesso em: 8 mar. 2023.

⁵³ Art. 30. BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 13 out. 2023.

⁵⁴ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 1. p. 406.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6389*. Ementa. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória n. 954/2020. Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Novo Coronavírus (covid-19). Compartilhamento de Dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus Boni Juris. Periculum in Mora*. Deferimento. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado: Presidente da República. Relator: min. Rosa Weber. Julgamento em 6 e 7.5.2020. DJE n. 137, divulgado em 02/06/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358482>. Acesso em: 13 out. 2023.

do caso concreto. Sobre esse ponto, ressalta-se o que já se defendeu de acordo com André Saddy e João Victor Tavares Galil⁵⁶:

Com essa técnica, é inegável que prevaleça a possibilidade de que casos sejam decididos de maneira uniforme, com base em características iguais, que passarão a constituir a realidade do mundo para a máquina, e muitas vezes não alcançará o melhor nível de justiça individualmente considerada. Eis um conflito principiológico que é, e sempre será, o pano de fundo da atividade administrativa em abstrato e que, no cenário da inteligência artificial, apresenta-se ainda mais marcante: o confronto, base de ponderação, entre segurança jurídica, própria da igualdade formal, e igualdade material, [...]

Por conseguinte, o servidor público teria ainda um ônus argumentativo maior para o caso de decidir de forma contrária – ainda que justa – ao recomendado pela IA. Há, portanto, uma evidente redução (com risco de total eliminação) na discricionariedade administrativa, em razão da natural acomodação ao automatismo produzido pelo sistema, bem como pela insegurança de se alterar ou ir contra uma recomendação algorítmica, que poderia causar responsabilização pela decisão.

Essa situação é especialmente alarmante nos casos de adoção de mecanismos automatizados de decisão que afetem direitos fundamentais, visto que existem limitações e problemas computacionais matemáticos que inviabilizam completamente a capacidade de percepção de um algoritmo de que está errando ou pode errar⁵⁷. Ressalta-se, a respeito, posicionamento anterior publicado por André Saddy e João Victor Tavares Galil⁵⁸:

Trazendo para o cenário do direito, parece claro que a concretização de uma decisão justa, que haverá de ser formada a partir da noção da igualdade material, deverá ser o norte perseguido pelo agente humano que, exercendo sua competência, decidiu agir através da utilização de inteligência artificial. Assim sendo, será seu dever a

⁵⁶ SADDY, André; GALIL, João Victor Tavares. O processo de tomada de decisão administrativa e o uso da inteligência artificial. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 119.

⁵⁷ Cf.: COLBROOK, Matthew J.; ANTUN, Vegard; HANSEN, Anders C. The difficulty of computing stable and accurate neural networks: on the barriers of deep learning and Smales 18th problem. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Estados Unidos, v. 119, n. 12, 16 mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.2107151119>. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2107151119>. Acesso em: 30 out. 2022.

⁵⁸ Cf.: SADDY, André; GALIL, João Victor Tavares. O processo de tomada de decisão administrativa e o uso da inteligência artificial. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022. p. 125.

supervisão constante sobre a atuação do sistema, ainda que para sua remodelagem, sempre quando os parâmetros da tecnologia empregada já não mais atenderem às expectativas do agente competente ou da sociedade que, submetendo-se ao tratamento pela máquina, enxerga-se em uma relação jurídica perante o órgão ou perante a entidade estatal.

Por essas razões, nos casos de zona de incerteza ou auréola conceitual⁵⁹, conflito entre igualdade material e formal e nos juízos de equidade, é recomendável que sejam previstos mecanismos mais rigorosos para adoção de IA, tais como revisão humana obrigatória de decisões automatizadas.

Outro aspecto a ser levado em consideração em relação às decisões administrativas com uso de IA é que há algoritmos que funcionam como um sistema fechado (conhecidos como *black box*), nos quais não é possível uma explicação sobre como se chegou ao resultado ou decisão específica. A falta de fundamentação das decisões automatizadas viola a necessidade de motivação das decisões administrativas⁶⁰ e prejudica o exercício do contraditório e ampla defesa, visto que a pessoa afetada não vislumbra claramente as razões de decidir da Administração, restando inviabilizada a possibilidade de desafiar a referida decisão mediante recurso.

A explicabilidade tem como fundamento a necessidade de motivação das decisões administrativas. Sobre o tema, já se comentou o seguinte⁶¹:

Hodiernamente, todo e qualquer ato administrativo, seja ele decorrente de uma manifestação de vontade sem ou com liberdade, isto é, vinculado ou com algum tipo de subjetividade ou autonomia pública, deve ser motivado, excetuando algumas situações. Tratar-se-á da divergência quanto à necessidade de motivação dos atos “discricionários” no Capítulo XXII - Atos Administrativos Unilaterais, mas, desde já, posiciona-se no sentido supra e, inclusive, concorda-se com aqueles que afirmam que a obrigação de motivar é diretamente proporcional à margem de atuação que a norma concede à Administração ou, o que é o mesmo, quanto maior a margem de liberdade, a intensidade ou profundidade da motivação do ato se incrementa.

⁵⁹ Cf.: SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020. p. 396.

⁶⁰ SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 1. p. 384.

⁶¹ Cf.: SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 1. p. 384.

Por conseguinte, as decisões administrativas que afetem direitos e interesses dos administrados devem ser fundamentadas de forma humanamente inteligível, ou seja, devem ser passíveis de interpretação e compreensão humana. Na utilização de um sistema automatizado, a obrigação de motivar deve ser proporcional não só à margem de liberdade concedida à Administração, mas levando-se em consideração, especialmente, os riscos e impactos a direitos e garantias fundamentais.

Ademais, a explicabilidade é condição *sine qua non* para a contestabilidade e revisibilidade de decisões, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa, direitos constitucionalmente assegurados nos processos administrativos⁶², permitindo, assim, que os administrados compreendam e, eventualmente, contestem as referidas decisões nas instâncias competentes.

Com relação à necessidade de fundamentação de decisões tomadas com auxílio de sistemas inteligentes, João Sérgio dos Santos Soares Pereira⁶³ entende que:

É preciso considerar que predições não envolvem conhecimento jurídico e servem para auxiliar. A correlação de palavras e o encontro de eventos não se iguala a devida fundamentação normativa contemporânea que se espera de atos decisórios que envolvem pessoas, sensibilidades e não apenas processos ou atos materiais da vida que esperam a solução advinda do Estado. As respostas advindas do Poder Público interferem na vida dos cidadãos que serão afetadas no emprego de quaisquer das etapas de implementação tecnológica no Poder Executivo.

Portanto, nos casos em que a opacidade é inerente à tecnologia de IA adotada, não é recomendável que as decisões administrativas sejam completamente substituídas por sistemas inteligentes, visto que as referidas decisões devem ser devidamente fundamentadas, garantindo, assim, a explicabilidade e revisibilidade delas.

⁶² art. 5º, inc. LV: “Aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”. BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 dez. 2021.

⁶³ PEREIRA, João Sérgio dos Santos Soares. As decisões administrativas robóticas: das possibilidades aos limites. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

4. CONCLUSÃO

A Emenda Constitucional n. 85/2015 introduziu a obrigação de o Estado promover e incentivar a inovação, enquanto a Lei n. 13.243/2016, conhecida como Marco de Ciência, Tecnologia e Inovação, representou um passo importante ao estímulo ao desenvolvimento científico e tecnológico no país. No entanto, o fomento público à inovação no Brasil tem sido prejudicado pela instabilidade política e a falta de fundos, tendo o governo federal contingenciado os recursos do FNDCT. Uma solução proposta seria transformar a natureza do FNDCT de contábil para financeiro, transferindo os recursos para uma instituição financeira oficial, como a Finep.

As inovações disruptivas afetam o direito da infraestrutura, exigindo mudanças para evolução e implementação dessas inovações. A economia compartilhada, colaborativa, verde, criativa, de multimoedas e outras tecnologias muitas vezes utilizam infraestruturas alheias, sejam elas pertencentes às empresas privadas, sejam do poder público. Investimentos em infraestrutura pública são complexos e se tornam ainda mais difíceis com o surgimento de inovações disruptivas. O desafio para o Direito da infraestrutura é estimular investimentos que convivam com inovações disruptivas, sendo imprescindível a sua revisão, como inevitáveis mudanças nos custos e externalidades das infraestruturas de redes, de sorte a acomodar e compartilhar os mais diversos interesses de quem se utiliza dessas infraestruturas. De qualquer forma, o Estado tem responsabilidade de realizar investimentos em infraestruturas públicas, para que essas novas tecnologias possam ser utilizadas em sua plenitude.

A adoção da *blockchain* na Administração Pública tem o potencial de gerar inúmeros benefícios, tais como maior confiabilidade no compartilhamento de informações, otimização de serviços e contribuição para o combate à corrupção. No entanto, a implementação da tecnologia no setor público ainda é incipiente e apresenta desafios como a falta de profissionais que dominem a tecnologia, falta de intercambialidade de dados entre plataformas e a centralização inerente do poder público. Para auxílio na tomada de decisão da adoção da *blockchain*, a Secretaria de Fiscalização de Tecnologia da Informação apresenta um questionário com perguntas sobre a necessidade de compartilhamento de dados, a confiabilidade de terceiros, a necessidade de armazenar históricos de transações de forma imutável, dentre outros aspectos.

A implementação da Internet das Coisas (IoT) combinada com tecnologia 5G pode trazer uma série de benefícios para as Cidades Inteligentes, incluindo melhorias na eficiência energética, mobilidade urbana, qualidade do ar e segurança pública. No entanto, a IoT representa riscos à privacidade e segurança dos dados gerados pelos dispositivos interco-

nectados. Por essa razão, a governança e a segurança de dados são fatores fundamentais a serem considerados para sopesar os benefícios e riscos da IoT. O planejamento por parte do Estado será essencial para canalizar as transformações dessa área aos interesses dos cidadãos e ao desenvolvimento nacional.

A principal política pública de IA, atualmente em vigor no Brasil, é a EBIA. Seus objetivos estratégicos incluem contribuir para a elaboração de princípios éticos para o desenvolvimento e uso responsável da IA, promover investimentos em pesquisa e desenvolvimento, capacitar profissionais, estimular a inovação e promover um ambiente de cooperação entre setor público e privado. Segundo relatório do Tribunal de Contas da União, a utilização de IA ainda é incipiente na prestação de serviços públicos diretamente direcionados aos cidadãos. O TCU ressalta ainda que é necessário investir na capacitação de profissionais e remover barreiras à inovação para ampliar a adoção da IA na Administração Pública.

O ordenamento jurídico brasileiro atual é insuficiente para lidar com os desafios da IA. Diante da urgente necessidade de dar um tratamento jurídico adequado às questões éticas e jurídicas da adoção de IA, a solução proposta é a autorregulação pública heterorregulada pelo próprio Estado. É recomendada uma heterorregulação centralizada que estabeleça um sistema de governança na Administração Pública, complementada pela autorregulação setorial de cada órgão ou entidade. O modelo ora proposto é compatível tanto com o Projeto de Lei n. 21/2020 quanto com o PL n. 2.338/2023, que adotam uma heterorregulação pública principiológica e um modelo corregulatório, respectivamente.

Sobre o uso da IA nas decisões administrativas, essa tecnologia pode ser útil para processar e analisar grandes quantidades de dados, detectar problemas e fazer recomendações para os gestores públicos tomarem decisões mais informadas e baseadas em dados. No entanto, o uso excessivo da IA pode levar à substituição da subjetividade do gestor pela subjetividade da máquina, o que pode resultar em decisões injustas e na redução da discricionariedade administrativa. Além disso, a explicabilidade das decisões automatizadas é crucial para que possam ser contestadas e revisadas, se necessário, garantindo o exercício do contraditório e da ampla defesa dos administrados. Por conseguinte, é importante encontrar um equilíbrio entre o uso da IA e a supervisão humana para garantir que as decisões administrativas sejam justas e equitativas.

REFERÊNCIAS

BERARDINELLI, Anna Lucia; STRAUCH, Tatiana S. Ribeiro. O uso da blockchain pela administração pública. In: SADDY, André *et al.* *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

BRASIL. Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito. *Relatório final*. Comissão de Juristas instituída pelo Ato do Presidente do Senado n. 4, de 2022, destinada a subsidiar a elaboração de minuta de substitutivo para instruir a apreciação dos Projetos de Lei n. 5.051, de 2019, 21, de 2020, e 872, de 2021, que têm como objetivo estabelecer princípios, regras, diretrizes e fundamentos para regular o desenvolvimento e a aplicação da inteligência artificial no Brasil. Brasília: Coordenação de Comissões Especiais, Temporárias e Parlamentares de Inquérito, 2002. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento/download/777129a2-e-659-4053-bf2e-e4b53edc3a04>. Acesso em: 8 mar. 2023.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 7 dez. 2021.

BRASIL. *Decreto n. 9.854, de 25 de junho de 2019*. Institui o Plano Nacional de Internet das Coisas e dispõe sobre a Câmara de Gestão e Acompanhamento do Desenvolvimento de Sistemas de Comunicação Máquina a Máquina e Internet das Coisas. Brasília: Presidência da República, 2019. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/d9854.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações. *Portaria GM n. 4.617, de 6 de abril de 2021*. Institui a Estratégia Brasileira de Inteligência Artificial e seus eixos temáticos. Brasília: Ministério da Ciência, Tecnologia e Inovações, 2021. Disponível em: https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portaria-gm-n-4.617-de-6-de-abril-de-2021-*--313212172. Acesso em: 22 nov. 2021.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 2.338, de 2023*. Dispõe sobre o uso da Inteligência Artificial. Brasília: Senado Federal, 2023. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/157233>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 6389*. Ementa. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade. Referendo. Medida Provisória n. 954/2020. Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional Decorrente do Novo Coronavírus (covid-19). Compartilhamento de Dados dos usuários do serviço telefônico fixo comutado e do serviço móvel pessoal, pelas empresas prestadoras, com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Fumus Boni Juris*. *Periculum in Mora*. Deferimento. Recorrente: Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil - CFOAB. Intimado: Presidente da República. Relator: min. Rosa Weber. Julgamento em 6 e 7.5.2020. DJE n. 137, divulgado em 02/06/2020. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=754358482>. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.139/2022* – Relatório de Levantamento. Plenário, 25/05/2022. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1139%252F2022/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520>. Acesso em: 25 maio 2023.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Acórdão n. 1.613/2020* – Relatório de Levantamento. Plenário, 24/06/2020. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/documento/acordao-completo/1613%252F2020/%2520/DTRELEVANCIA%2520desc%252C%2520NUMACORDAOINT%2520desc/0/%2520?uuid=ce034160-bbc6-11ea-ad32-519ab286dea0>. Acesso em: 16 maio 2023.

CHAUVET, Rodrigo da Fonseca. Fomento público econômico à inovação tecnológica. In: SADDY, André *et al.* *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

COIMBRA, Elisa Mara. Desafios do fomento público à inovação: perspectivas e possibilidades. In: SADDY, André *et al.* *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

COLBROOK, Matthew J.; ANTUN, Vegard; HANSEN, Anders C. The difficulty of computing stable and accurate neural networks: On the barriers of deep learning and Smales 18th problem. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, Estados Unidos, v. 119, n. 12, 16 mar. 2022. DOI: <https://doi.org/10.1073/pnas.2107151119>. Disponível em: <https://www.pnas.org/doi/10.1073/pnas.2107151119>. Acesso em: 30 out. 2022.

FERNANDES, Ketlyn Gonçalves. *Blockchain e smart contracts: instrumentos de combate à corrupção nas contratações públicas*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023.

HOFFMANN-RIEM, Wolfgang. Inteligência artificial como oportunidade para a regulação jurídica. *Direito Público*, Porto Alegre, v. 16, n. 90, p. 11-38, nov./dez. 2019. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/3756>. Acesso em: 13 out. 2023.

MAGRANI, Eduardo. *A internet das coisas*. Rio de Janeiro: FGV, 2018.

NÚCLEO DE INFORMAÇÃO E COORDENAÇÃO DO PONTO BR. *Pesquisa sobre o uso das tecnologias de informação e comunicação no setor público brasileiro*: TIC Governo Eletrônico 2021. São Paulo, SP: Comitê Gestor da Internet no Brasil, 2022. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/2/20220725170710/tic_governo_eletronico_2021_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 15 maio 2023.

PARA ESPECIALISTAS, PL sobre Inteligência Artificial precisa de mais debates. *Agência Senado Notícias*, [S. l.], 9 dez. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/07/16/para-especialistas-pl-sobre-inteligencia-artificial-precisa-de-mais-debates>. Acesso em: 9 dez. 2021.

PEREIRA, João Sergio dos Santos Soares. As decisões administrativas robóticas: das possibilidades aos limites. In: SADDY, André *et al.* *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

RATTI, Carlo; CLAUDEL, Matthew. *The city of tomorrow: sensors, networks, hackers, and the future of urban life*. New Haven: Yale University Press, 2016.

SADDY, André. *Apreciatividade e discricionariedade administrativa*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 2.

SADDY, André. *Curso de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2023. v. 1.

SADDY, André; GALIL, João Victor Tavares. O processo de tomada de decisão administrativa e o uso da inteligência artificial. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

SADDY, André. Perspectivas do direito da infraestrutura com o surgimento das novas tecnologias (inovações) disruptivas. In: SADDY, André et al. *Aspectos jurídicos das novas tecnologias (inovações) disruptivas*. 2. ed. Rio de Janeiro: CEEJ, 2020.

SHEARER, Eleanor; STIRLING, Richard; PASQUARELLI, Walter. *Government AI Readiness Index 2020*. [S.l.]: Oxford Insights, 2020. Disponível em: <https://static1.squarespace.com/static/58b2e92c1e5b6c828058484e/t/5f7747f29ca3c20ecb598f7c/1601653137399/AI+Readiness+Report.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

SOUZA, Alexandre Magno Antunes de. Administração pública 4.0 - a mudança por meio da blockchain e da inteligência artificial. In: SADDY, André et al. *Inteligência artificial e direito administrativo*. Rio de Janeiro: CEEJ, 2022.

ZOCKUN, Maurício; ZOCKUN, Carolina Zancaner. Limites éticos e jurídicos à produção do ato jurídico estatal com base em inteligência Artificial: o ato jurídico produzido sem consciência ou vontade. *Cadernos de Dereito Actual*, Santiago de Compostela, a. 11, n. 20, núm. Extraordinário, p. 40-57, 2023. Disponível em: <https://www.cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/936>. Acesso em: 13 out. 2023.



A LEGITIMIDADE DE PROPÓSITO COMO MECANISMO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL NA PERSPECTIVA DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 4.0

Adriana da Costa Ricardo Schier¹

Mirela Miró Ziliotto²

SUMÁRIO

- 1.** Introdução: a inevitável e necessária adoção de soluções inovadoras no âmbito da Administração Pública;
- 2.** Administração Pública 4.0 no ambiente do direito administrativo social;
- 3.** Inovação e garantia de Direitos fundamentais: um diálogo imprescindível;
- 4.** Consequências da utilização da inovação na perspectiva de sua vinculação à proteção dos direitos fundamentais para efetivação do desenvolvimento sustentável;
- 5.** Conclusão; Referências.

¹ Doutora e mestre em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Estágio Pós-Doutoral na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Presidente do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA). Professora da graduação e do PPGD do Centro Universitário Autônomo do Brasil (UniBrasil). Advogada.

² Doutoranda e mestre em Direito Econômico e Desenvolvimento pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Especialista em direito Administrativo pelo Instituto Romeu Felipe Bacellar Filho. Diretora adjunta do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA). Professora de pós-graduação da PUC/PR (Direito Administrativo e Licitações e Contratos). Advogada.

1. INTRODUÇÃO: A INEVITÁVEL E NECESSÁRIA ADOÇÃO DE SOLUÇÕES INOVADORAS NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A crescente utilização de soluções inovadoras pelo poder público é realidade decorrente dos avanços da sociedade de informação, e potencializada em cenários de crise. Como já se teve oportunidade de afirmar,

parece certo que os avanços tecnológicos são um caminho sem volta e cada vez mais buscarão moldar a sociedade e suas formas de interação a partir desse paradigma, que deverá estar pautado no alcance do desenvolvimento inclusivo e sustentável. Impõe-se, assim, contínuo aprimoramento dos ambientes digitais e a busca por soluções inovadoras também pelos Estados, notadamente através de seus aparatos administrativos³.

Destarte, tem-se que no âmbito da Administração Pública a adoção de instrumentos inovadores não só é inevitável, mas também necessária. Mas é certo que precisará ser redesenhada como ferramenta em prol do atendimento às demandas da sociedade, sempre em expansão. Para tanto, contudo, é necessário que seja utilizada de forma ética e transparente, voltada à realização do desenvolvimento em suas múltiplas dimensões, consagrando-se o que vem sendo denominado de *Administração Pública 4.0*.

Ocorre que o potencial de utilização de inovações na Administração Pública, sem embargo de sua potencialidade em trazer uma série de benefícios, tais como redução de custos, melhoria nos processos, e maior eficiência, transparência e controle social, por exemplo, traz, concomitantemente, inúmeros desafios. Tais desafios vão desde a necessidade de adaptação da máquina administrativa às transformações tecnológicas até a busca de soluções inovadoras que estejam genuinamente voltadas ao atendimento das necessidades sociais e ambientais e que, assim, possam militar em favor da sustentabilidade multidimensional, na perspectiva imposta pela Constituição da República de 1988. Esses são os principais obstáculos que deverão ser superados para que a adoção de técnicas de inovação permita o alcance dos benefícios esperados em prol da realização dos direitos

³ BITTENCOURT, Caroline Müller; SCHIER, Adriana. Inovação e políticas públicas: é possível falar em protagonismo do Estado? *JOTA*, São Paulo, 24 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/inovacao-politicas-publicas-protagonismo-do-estado-24052021>. Acesso em: 10 jul. 2023.

fundamentais. A complexidade do tema se coloca em especial diante do cenário que assola o país, na segunda década do século XXI: os indicadores de desenvolvimento exigem atuação precípua do poder público em prol da realização de direitos básicos, há um déficit orçamentário e mecanismos jurídicos (quicá inconstitucionais) que limitam o investimento em políticas públicas voltadas à garantia de direitos sociais; há uma avalanche de soluções tecnológicas criadas mesmo diante de universo de excluídos digitais. O problema que norteia o presente artigo, então, é esse: como compatibilizar as soluções inovadoras para que possam auxiliar na superação desse estado de coisas e tornarem-se mecanismos de realização dos Objetivos do Desenvolvimento Sustentável (ODS).

Analisou-se, assim, a adoção de soluções inovadoras na Administração Pública 4.0, com fundamento no *princípio da legitimidade de propósito* para garantia do desenvolvimento sustentável a partir de suas múltiplas dimensões. Utilizando-se do método hipotético-dedutivo, em um primeiro momento, realizou-se breve análise sobre as premissas da inovação, sobretudo em uma sociedade de informação. Após, buscou-se demonstrar que a inovação no âmbito da Administração Pública não pode se pautar apenas em análises estritamente econômicas, devendo, necessariamente, aplicar-se como instrumento voltado ao desenvolvimento sustentável, assegurando a realização dos direitos fundamentais. Na sequência, foram elencadas as consequências da utilização da inovação na perspectiva de sua vinculação à proteção dos direitos fundamentais para efetivação do desenvolvimento sustentável, demonstrando-se a necessidade de leitura da inovação a partir da ampliação da transparência e controle social, com o objetivo de assegurar uma atuação administrativa pautada no princípio da legitimidade de propósito. Ao final, apresentaram-se as considerações finais no sentido de que o discurso em prol da adoção de soluções inovadoras, especialmente em cenários de crise, implica necessária revisão crítica, visto que não há garantia de sucesso na sua utilização. É dizer, a inovação pode causar impactos positivos ou negativos. Por isso, de suma importância a avaliação preventiva das suas implicações práticas, sobretudo em relação aos impactos que pode vir a causar ao legítimo interesse público, reconhecendo-se que a Administração Pública deve ser diligente e responsável, atuando conforme o princípio da legitimidade de propósito.

2. ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA 4.0 NO AMBIENTE DO DIREITO ADMINISTRATIVO SOCIAL

A inovação é tida por Joseph Schumpeter como uma nova combinação de algo já existente ou a apresentação de um novo produto ou serviço a partir de uma invenção, rompendo-se, assim, o estado de equilíbrio e promovendo alteração de padrões econômicos⁴. Para o autor, dessa forma, “inovação” não é apenas aquilo que é novo ou que traz uma novidade, mas o principal mecanismo de desenvolvimento de mercado⁵. Esclarece que a criação de novos paradigmas econômicos implica destruição dos antigos, de modo que aqueles passam a ocupar o lugar destes em um processo de mutação industrial que se concretiza como um processo de destruição criadora⁶.

Nesse ambiente, pode-se dizer que a inovação não implica proposição de algo inédito ou que, necessariamente, utilize ferramentas tecnológicas, mas também pode ser constatada ao se implementar novas combinações de algo preexistente.

Daí a importância de se diferenciar a inovação disruptiva da inovação sustentadora, que ganhou relevância com o estudo proposto por Clayton Christensen, em seu livro *The Innovator’s Dilemma*. Assim, segundo o autor, conforme análise apresentada por Ana Clara Cândido⁷, as inovações sustentadoras são aquelas melhorias nos produtos e serviços para atender melhor às necessidades em mercados já estabelecidos. Em outras palavras, são inovações que

- (i) pretendem melhorar o desempenho de produtos já estabelecidos no mercado;
- (ii) atender às procuras dos principais mercados “tradicional”;

⁴ SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1982. p. 9.

⁵ Para o autor: “O impulso fundamental que põe e mantém em funcionamento a máquina capitalista procede dos novos bens de consumo, dos novos métodos de produção ou transporte, dos novos mercados e das novas formas de organização industrial criadas pela empresa capitalista” (SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1982. p. 110).

⁶ PAIVA, Matheus Silva; CUNHA, George Henrique de Moura; SOUZA JUNIOR, Celso Vila Nova; CONSTANTINO, Michel. Inovação e os efeitos sobre a dinâmica de mercado: uma síntese teórica de Smith e Schumpeter. *Interações*, Campo Grande, MS, v. 19, n. 1, p. 155-170, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/i/inter/a/DVkwShDFG99PSxN3tjrndcq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 163.

⁷ CÂNDIDO, Ana Clara. *Inovação disruptiva: reflexões sobre suas características e implicações no mercado*. Monte da Caparica, Portugal: IET, 2011. (IET Working Paper Series, n. WPS05). Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries_05_2011ACCândido-1.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023. p. 6-8.

(iii) melhorar alguns atributos que são menos atrativos;

(iv) normalmente são propostas por empresas já estabelecidas no mercado.

Já as inovações disruptivas são aquelas que dão origem “a novos mercados e modelos de negócio, apresentando soluções mais eficientes do que as existentes até o momento. Por outras palavras, ocasiona a ruptura de um antigo modelo de negócio e altera as bases de competição existentes.”

Especificamente no âmbito da Administração Pública, Gabriela Pércio refere que “inovadora é, também, uma solução nunca antes utilizada no âmbito da administração pública que possa resultar em melhorias e em efetivo ganho de qualidade ou desempenho”⁸.

Indispensável, ainda, para o reconhecimento da inovação como tal é a sua efetiva aplicação prática, somada ao valor agregado da geração de resultado em um determinado contexto⁹. Assim, não se olvida que, no cenário atual, marcado pela Era da Informação, a tecnologia muitas vezes seja reconhecida como fator chave para assegurar aplicação prática da inovação, sobretudo para assegurar melhores níveis de produtividade, qualidade, eficiência e atendimento ao interesse público (agregar valor e proporcionar melhores resultados). O que não se pode, entretanto, é tratar as soluções inovadoras como sinônimo de instrumentos que utilizam tecnologia.

Assim, tecnológica ou não, a inovação está diretamente relacionada à exigência de eficiência, celeridade e simplicidade, o que muitas vezes acaba por se afastar das complexidades inerentes às atividades administrativas. Entretanto, sem a força da inovação, como retrata Irene Nohara, não há espaço para se pensar nas melhores soluções aos desafios enfrentados pela Administração Pública, já que “soluções antigas dificilmente solucionarão novos problemas”¹⁰, sobretudo na Era da Informação¹¹.

⁸ PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratação de soluções inovadoras para o atendimento de demandas administrativas: um caminho à luz do ordenamento jurídico vigente. In: FORTINI, Cristiana; PERCIO, Gabriela Verona (coord.). *Inteligência e inovação em contratação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 17-35. p. 20.

⁹ LIMA, Manuela Ithamar; COSTA, Sebastião P. Mendes da. Direito, inovação e ciência: possibilidades e desafios da sociedade do conhecimento. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 6, n. 1, p. 173-199, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raij/article/download/10142/586>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 175.

¹⁰ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública Contemporânea: “destruição criadora ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 151.

¹¹ Ainda no mesmo sentido, a autora trata do tema em: NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 307-321.

É que a Sociedade de Informação¹², por assim dizer, surge no contexto de uma “sociedade pós-industrial”¹³ como forma de transmitir o conteúdo específico da tecnologia da informação como “novo paradigma técnico-econômico”¹⁴. Trata-se da origem, portanto, do informacionalismo, base para uma sociedade de rede construída em torno de fluxos (de capital, de informação e de tecnologia) que dominam os processos da vida econômica, política e social¹⁵.

Nesse sentido, a tecnologia da informação se torna base para construção do conhecimento por indivíduos, já que a geração, o processamento e a transmissão de informação se tornam matéria-prima, isto é, tornam-se a principal fonte de produtividade e poder¹⁶. Assim, o importante na sociedade de informação não é a tecnologia em si, mas o que elas proporcionam através de uma cultura digital¹⁷.

Nesse sentido, Manuel Castells assevera que a característica central da revolução tecnológica atual não é o conhecimento e a informação em si, mas a aplicação deles para a geração de conhecimento e processamento de informação, permitindo um círculo de retroalimentação entre a inovação e seus usos. Para o autor, então, a difusão da tecnologia amplifica infinitamente seu poder, de modo que as novas tecnologias da informação são, para além de ferramentas para se aplicar, processos para se desenvolver¹⁸.

¹² Clara Coutinho e Eliana Lisbôa definem a Sociedade de Informação como “uma sociedade inserida num processo de mudança constante, fruto dos avanços na ciência e na tecnologia” (COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Lisboa, v. XVIII, n. 1, p. 5-22, 2011. Disponível em: http://revista.educ.ie.ulisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 2 maio 2023. p. 6).

¹³ Denomina-se “sociedade pós-industrial”, considerando que as três características básicas da Sociedade de Informação são a polifuncionalidade, flexibilidade e redes descentralizadas, o que vai de encontro ao modelo industrial anterior, cujas características básicas representadas eram a especialização, a padronização e a reprodução rígida. Sobre o tema cf. (LOJKINE, Jean. A revolução informacional. São Paulo: Cortez, 2002).

¹⁴ WHERTEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 2 maio 2023.

¹⁵ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). p. 07.

¹⁶ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1). p. 21.

¹⁷ COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Lisboa, v. XVIII, n. 1, p. 5-22, 2011. Disponível em: http://revista.educ.ie.ulisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 2 maio 2023. p. 08.

¹⁸ Pode-se complementar tais ideias admitindo-se que nesse novo ambiente, portanto, percebe-se que aqueles típicos elementos do Estado (território, povo e soberania) não mais subsistem como antes, já que a internet altera “o clássico conceito de território, permitindo que as limitações geográficas sejam superadas no *ciber-espaço*”, assim como a noção de poder soberano, “diante da economia globalizada e dos tratados

Por isso, importante o destaque de Ana Cristina Viana e Letícia Kreuz no sentido de que “as inovações tecnológicas necessariamente imprimem modificações na sociedade”, tendo o século XXI proposto “modificação temporal no vetor da tecnologia”¹⁹. Em outras palavras, a revolução tecnológica tratada por Manoel Castells alterou o modo como a sociedade produz seus bens, e, da mesma forma, como o poder público vai responder a essa nova conjuntura.

A inovação, com as delimitações aqui tratadas, foi reconhecida internacionalmente na Agenda 2030, da qual o Brasil também é signatário. Com efeito, os países que integram a ONU, ao delimitarem os objetivos que deverão ser efetivados para o alcance do desenvolvimento de todos os países e pessoas do mundo trouxeram, na referida Agenda, o ODS n. 9, que trata de indústria, inovação e infraestrutura. Assim, prevê-se como diretriz a que seja fomentada a inovação²⁰, reconhecendo-se que o progresso tecnológico é “uma das chaves para as soluções dos desafios econômicos e ambientais”. Destaca-se a meta 9.5:

Fortalecer a pesquisa científica, melhorar as capacidades tecnológicas de setores industriais em todos os países, particularmente nos países em desenvolvimento, inclusive, até 2030, incentivando a inovação e aumentando substancialmente o número de trabalhadores de pesquisa e desenvolvimento por milhão de pessoas e os gastos público e privado em pesquisa e desenvolvimento²¹.

Tais diretivas foram adotadas no Brasil pela Emenda Constitucional n. 85/2015, que estabeleceu novas bases para a Ciência, Tecnologia e Inovação estabelecendo, expressamente no art. 218, da Constituição da República, que o Estado deverá promover e incentivar o desenvolvimento científico, a pesquisa, a capacitação científica e tecnológica e a inovação.

internacionais” (LIMBERGER, Têmis; RUARO, Regina Liden. Administração Pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 2, p. 121-134, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/3276/2059>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 126).

¹⁹ VIANA, Ana Cristina A.; KREUZ, Letícia Regina C. Administração Pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 300.

²⁰ PACTO GLOBAL. *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*. [S.d.]. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/ods>. Acesso em: 20 fev. 2023.

²¹ Disponível em: <http://www.agenda2030.com.br/ods/9/>. Acesso em: 20 fev. 2023.

Desde então, foram editadas sucessivas leis que constituem atualmente o seu Marco Legal. Destaca-se, em nível federal, a Lei n. 10.973/2004, alterada pela Lei n. 13.243/2016 e o Decreto n. 9.283/2018²².

A partir da tratativa da inovação como um dos alicerces para o desenvolvimento sustentável, Juarez Freitas destaca que a atividade administrativa deve se adaptar à realidade da sociedade de informação, que exige cada vez mais a adoção de soluções inovadoras, inclusive mediante a utilização de tecnologia, redimensionando-se, assim, o direito administrativo²³, para ser um conjunto normativo que permita evitar sofrimento²⁴.

Nesse cenário, portanto, ganha força a expressão *Administração Pública 4.0*, em oposição aos modelos de atuação do século XIX e XX, considerados obsoletos em muitos sentidos²⁵. Nesse momento, portanto, buscam-se oportunidades para adoção de novas práticas na Administração Pública, como as inovações tecnológicas, por exemplo, que sejam capazes de melhorar os serviços, otimizar processos, aumentar a transparência e reduzir custos.

Caroline Muller Bitencourt e Emerson Gabardo, partindo da premissa de que “Os avanços tecnológicos são um caminho sem volta e cada vez mais buscarão moldar a sociedade e suas formas de interação a partir desse paradigma”, sustentam que a busca por ambientes digitais na Administração Pública é inexorável. Segundo os autores,

por ser o ambiente propício à concretização dos interesses públicos, deveria ela [a Administração Pública] ser a vanguarda nesse processo de transformação, que tem sido denominado como a 4ª Revolução industrial: inteligência artificial, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia, entre outros temas do mundo digital²⁶.

²² Tal tratativa não será abordada aqui, dados os limites do presente artigo. Veja-se, sobre o tema ANDRADE; SCHIER, 2020.

²³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6427.

²⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6428.

²⁵ O Instituto Brasileiro de Direito Administrativo editou o Livro *Administração 4.0 na Visão Delas*, tratando, em todos os artigos, desta temática. Verificar em: SCHIER, Adriana; FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; VALLE, Vanice. *Administração Pública 4.0*. Curitiba: Íthala, 2022.

²⁶ BITTENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 23, n. 129, p. 41-73, set./out. 2021. p. 13.

Destaca-se, nesse cenário, dentre tantos instrumentos legislativos, a recente Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, que, ao dispor sobre princípios, regras e instrumentos para o Governo Digital e para o aumento da eficiência pública, traz a inovação como ferramenta, desde seu art. 1º. A legislação traz diretrizes e regramentos bastante importantes, especialmente por permitir aprimorar o acesso à informação, impondo a ampliação da transparência pública. Para Bitencourt, Cristóvam e Tavares, a legislação permite avançar, inclusive, no controle social da Administração Pública²⁷.

Nesse panorama, Justo Reyna, Emerson Gabardo e Fábio de Souza Santos destacam que “o momento é favorável para a adoção de novos métodos de funcionamento da burocracia do Estado, uma vez que é reconhecida como desgastante no modelo de administração pública brasileira”. Para os autores, a Administração do século XX dificulta a agilidade e qualidade no atendimento das demandas sociais, existindo “espaço para melhorias ao focar em novas tecnologias, como ciência de dados, inteligência artificial, aprendizado profundo, blockchain, governo como plataforma, cidades inteligentes e muitas outras inovações”²⁸.

Não é demais lembrar que Juarez Freitas, já fazia a ressalva de que é necessária a *abertura mental* do operador do Direito, especialmente em vista “de disrupções tecnológicas como as provocadas pela inteligência artificial, a ‘internet das coisas’ e o *blockchain*” repensando, assim, a *governance-by-design*²⁹.

Em resumo, imprescindível é “examinar a realidade com olhos contemporâneos”, bem como abandonar velhas teorias anacrônicas e binárias, reinventando-se o Direito para que atenda as singularidades das tecnologias disruptivas à disposição da Administração do século XXI³⁰.

Dessa forma, as mudanças propostas por soluções inovadoras não se aplicam apenas a novos problemas ou situações, mas devem, também, versar sobre questões

²⁷ TAVARES, André; BITENCOURT, Caroline Muller; CRISTÓVAM, José Silva. A lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 26, n. 3, p. 788-813, 2021. DOI: 10.14210/nej.v26n3. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18326>. Acesso em: 3 ago. 2023.

²⁸ REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 31.

²⁹ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6425.

³⁰ VIANA, Ana Cristina A.; KREUZ, Letícia Regina C. Administração Pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Ithala, 2019. p. 305-306.

antigas e problemas recorrentes, mas em um novo cenário. Por isso, bem destacam Justo Reyna, Emerson Gabardo e Fábio de Souza Santos que “o verdadeiro desafio não está nas novas situações, mas na necessidade de abordar velhos problemas com novos recursos tecnológicos ou nas armadilhas que estão por trás da visão das soluções tecnológicas como um solucionador de todos os problemas”³¹.

Nesse ambiente, que é potencializado pela Era da Informação e pelos sucessivos episódios de crises políticas, econômicas e sociais no Brasil, a Administração Pública não pode se furtar da adoção sustentável de soluções inovadoras, de acordo com os objetivos e metas da antes citada Agenda 2030, direcionados a acabar com a pobreza, proteger o planeta e garantir a prosperidade para todos como parte de um novo desenvolvimento sustentável, em prol do interesse público e um plano de ação para as pessoas, para o planeta e para a prosperidade, buscando fortalecer a paz universal com mais liberdade³².

Em outras palavras, “a modernização da Administração não pode prescindir da análise holística do papel do Estado e dos seus canais de actuação, exigindo uma análise consequencialista da Administração Pública”³³.

Assim, um dos grandes desafios de modernização do poder público é garantir uma rede de comunicação direta entre Estado e sociedade, aprofundando a democracia mediante aumento de transparência e eficiência das atividades administrativas, sobretudo em ambientes nos quais muitos cidadãos não possuem acesso à internet, e, quando possuem, não se interessam pelas informações disponibilizadas³⁴.

Esse é o principal desafio: reconhecer que na sociedade de informação, a implementação de soluções inovadoras pelo Estado deverá militar em favor da tutela efetiva dos direitos fundamentais, sob pena de que considerável parcela da população, especialmente

³¹ REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 31.

³² ONU. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2023.

³³ REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023. p. 35.

³⁴ LIMBERGER, Têmis; RUARO, Regina Liden. Administração Pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 2, p. 121-134, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/3276/2059>. Acesso em: 24 jun. 2023.

nos países em desenvolvimento, estejam suscetíveis a retrocessos, consagrando situação de violação da legitimidade de propósito, conforme será analisado na sequência.

3. INOVAÇÃO E GARANTIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM DIÁLOGO IMPRESCINDÍVEL

Conforme já tratado, a inovação compreende o desenvolvimento do novo, como a adoção de melhorias naquilo que é preexistente, quase sempre agregando otimização de custos aos processos³⁵. Mas tem, ainda, o condão de incidir e alterar a realidade, provocando transformações advindas das necessidades do contexto social, bem como moldando as relações políticas, econômicas, sociais, culturais ou jurídicas que perpassam por esse contexto.

No âmbito da Administração Pública, a adoção de soluções inovadoras não pode se pautar em análises estritamente econômicas. A inovação, deve, necessariamente, como premissa ao desenvolvimento sustentável, assegurar a realização de todos os objetivos da República, incluindo-se os direitos fundamentais.

É que, a inovação, como progresso social, científico e tecnológico, só terá sentido quando compreendida à luz da sua dimensão humana³⁶, sendo que o novo paradigma da Administração Pública deve “abraçar a filosofia do bem-estar multidimensional [...] assumindo, em definitivo, o desenvolvimento sustentável como viga mestra do Estado Democrático”³⁷. Nesse senda, Juarez Freitas destaca que a inovação, principalmente a tecnológica, quando aplicada pelo poder público, deve ser utilizada como medida diligente para assegurar a universalização do bem-estar e da coesão social³⁸. É uma ferramenta para que a Administração não chegue tarde, evitando danos aos cidadãos, em uma “luta para salvar os erros da humanidade dela própria, e, para isso, o Direito Administrativo não

³⁵ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública Contemporânea: “destruição criadora ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 152.

³⁶ ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981. p. 29.

³⁷ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6116.

³⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6135.

pode faltar”³⁹. Assim, a Administração Pública deve se pautar nos princípios da prevenção e precaução, buscando evitar o mal, o sofrimento, o dano à pessoa humana, permitindo uma sociedade cooperativa, sob pena de, inclusive, ser responsabilizada por omissão por não tomar medidas diligentes e tempestivas.

É dizer, para o autor, que o Estado tem o dever de reelaborar a sua agenda de prioridades, “com o desiderato de que os benefícios sociais, ambientais e econômicos ultrapassem os custos diretos e indiretos”, monitorando-se as decisões administrativas em prol do impedimento da “tragédia dos comuns” e para prestigiar indicadores fidedignos do desenvolvimento⁴⁰.

A preocupação com o desenvolvimento dos indivíduos foi construída em torno do próprio conceito de dignidade da pessoa humana⁴¹. Daí se destacar a necessidade de proteger aquele que é vulnerável perante outrem, garantindo-se, precipuamente, a sua dignidade. E a inovação, justamente, permite a satisfação dessa necessidade, mediante a criação de novos processos, com redução de custos e maior eficiências nas propostas de melhoria e segurança⁴².

A dignidade da pessoa humana é um dos postulados centrais da República Federativa do Brasil, um valor constitucional atribuído à pessoa humana que orienta todo o ordenamento pátrio⁴³. O princípio da dignidade da pessoa humana, por assim dizer, está integralmente vinculado aos direitos fundamentais, essenciais para que os indivíduos te-

³⁹ FREITAS, Juarez. Inteligência artificial, serviços públicos digitais e o admirável mundo novo da Administração Pública. In: CONGRESSO PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO, XXI, “O admirável mundo novo da Administração Pública: desafios para o século XXI”, 14 dez. 2020, Curitiba. *Conferência de abertura [...]*. Curitiba: IPDA, 2020. Essas ideias também constam em seu livro: FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. Entretanto, privilegiou-se a citação da Conferência, em face do perfil adotado.

⁴⁰ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNjpbTZJ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

⁴¹ VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 35.

⁴² NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública contemporânea: “destruição criadora ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 154.

⁴³ LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009. p. 118.

nam uma vida digna. A Constituição da República de 1988⁴⁴, portanto, reconhecendo a existência e eminência da dignidade da pessoa humana, a transformou em um valor supremo da ordem jurídica, declarando-a como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil constituída de um Estado Democrático de Direito, em seu artigo 1º, inciso III⁴⁵. Daí dizer que a dignidade da pessoa humana é um princípio fundamental, garantidor de uma vida digna, centralizador de todo o sistema jurídico normativo e que exprime um conjugado de valores da humanidade⁴⁶.

Elementos indissociáveis da dignidade da pessoa humana são os direitos sem o quais a pessoa não é capaz de se desenvolver ou participar plenamente da vida. Assim, pode-se dizer que “a dignidade não se esgota nos direitos fundamentais, entretanto, só terá sua dignidade respeitada o indivíduo cujos direitos fundamentais forem observados e realizados”⁴⁷.

Dos direitos que consagram a dignidade, tem-se a dimensão do direito fundamental ao desenvolvimento, que assegura a todos os cidadãos e cidadãs o direito de escolher a vida que quiserem ter, conferindo a cada um a liberdade de definir como irá viver, impondo ao Estado o dever de permitir a todas as pessoas, desta e das próximas gerações, a expansão de suas capacidades, em um ambiente de plena participação política⁴⁸.

E, no âmbito da sociedade de informação, a proteção desses direitos, sobretudo para resguardar a dignidade dos indivíduos, faz-se ainda mais necessária, eis que tudo que um indivíduo faz pode ser registrado em um dado, seja de forma passiva seja ativamente⁴⁹. Em outras palavras, o amplo desenvolvimento tecnológico, em especial no ambiente virtual, que permite maior, mais rápida e constante troca de informações, determina que a necessidade de proteção dos direitos fundamentais se torne cada vez mais presente⁵⁰.

⁴⁴ BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em:

⁴⁵ SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 146.

⁴⁶ SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. *Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988*. Curitiba: J.M., 2011. p. 118.

⁴⁷ ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007. p. 77.

⁴⁸ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito administrativo em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 9-28, p. 14.

⁴⁹ VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019. p. 26.

⁵⁰ EFING, Antônio Carlos; KIAME, Eduarda Alencar M. O direito ao esquecimento no armazenamento de dados: análise comparada entre o direito europeu e o direito brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 6, n. 1, p. 1-21, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0001_0021B.pdf. Acesso em: 13 out. 2023. p. 15.

Assim, para adoção de inovação no ambiente da Administração Pública, alcançando-se os predicados para uma Administração 4.0, deve-se, necessariamente, avaliar os impactos que o eventual “novo” possa causar na realização dos objetivos da República, em especial na realização dos direitos fundamentais⁵¹.

Importa, destarte, a avaliação a partir de parâmetros, dentre os quais se destacam aqueles que foram propostos no Concurso de Inovação na Gestão Pública Federal, e que estão pautados na mesma carga axiológica que informa o presente estudo. Com efeito, a fim de avaliar os benefícios e o grau de inovação proposto, devem avaliar os impactos do que se propõe como inovação na

- 1) solução do problema proposto;
- 2) atendimento à expectativa e demanda do público-alvo;
- 3) garantia dos direitos fundamentais envolvidos;
- 4) grau de envolvimento das partes relacionadas;
- 5) grau de interação com outras iniciativas;
- 6) grau de eficiência e redução de custos na utilização de recursos;
- 7) grau de promoção de mecanismos de transparência, participação e controle social⁵².

A partir desses parâmetros, percebe-se que a produção do resultado pela solução inovadora, ainda que agregue valor, poderá apresentar-se de forma satisfatória ou não, implicando consequências positivas ou negativas. É dizer, ainda que solucione o problema, atendendo a demanda do público-alvo, reduzindo, inclusive, os custos na utilização de recursos, a inovação poderá o fazer sem garantir os direitos fundamentais envolvidos, reduzindo, por exemplo, os mecanismos de transparência⁵³ e controle social.

⁵¹ Giulia Andrade analisa especificamente essa temática em seu artigo: ANDRADE, Giulia. Sociedade da informação e os seus reflexos na efetivação do desenvolvimento nacional sustentável. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 295-312.

⁵² PEREIRA, Flávio Schettini; VILELA, Pedro Junqueira. *Ações premiadas no 19º Concurso de Inovação na Gestão Pública Federal*. Brasília: Enap, 2014. p. 12.

⁵³ Sobre os perigos da relativização indevida da transparência administrativa ver: FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mario Lana. O perigo da relativização indevida da transparência administrativa. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/interesse-publico-perigo-relativizacao-indevida-transparencia-administrativa>. Acesso em: 13 out. 2023.

Nessa seara, alerta Juarez Freitas: “a escolha de consideráveis efeitos sistêmicos tem que ser precedida de escrutínio de impactos sociais, econômicos e ambientais, além da demonstração cabal de benefícios líquidos, contemplados custos e benefícios, diretos ou indiretos”⁵⁴. Até porque, sustenta Juarez que “a busca de inovação pela inovação, guiada, exclusivamente pelo desejo frívolo de sucesso econômico, é frágil demais e acarreta gigantesco desperdício de energia, talento e vocação”⁵⁵.

Por isso, é preciso ter muita cautela quando da adoção de soluções inovadoras no âmbito da Administração Pública, sobretudo das inovações tecnológicas, como a inteligência artificial, por exemplo. Nesse sentido, deve-se memorar que a Administração Pública não pode se afastar dos princípios a ela inerentes, de modo que sempre deverá provar que a máquina não implique efeitos jurídicos lesivos, “hostis aos fundamentos congruentes de fato e de direito”, violando-se, por conseguinte, os deveres de publicidade, motivação e transparência. Vanice Lírio do Valle adverte, assim, sobre o entusiasmo que faz com que haja aderência quase que imediata e de forma acrítica às inovações pois evoca-se,

de pronto os benefícios da rapidez, ao qual frequentemente se associa a ideia de eficiência – o que para muitos parece suficiente para justificar uma incorporação pouco crítica desse ferramental. O quadro parece sugerir um reencontro com uma concepção de eficiência quase econômica, em que interessem menos os resultados concretos da atuação, e mais uma métrica formal de inputs e outputs⁵⁶.

Mas importante a advertência feita pela autora: “é de se buscar o justo meio entre o chamado pensamento computacional – a crença de que qualquer problema se resolve quando se aplica a computação – e a desconfiança irracional em relação a estas mesmas novas tecnologias”⁵⁷.

⁵⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 47.

⁵⁵ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 18.

⁵⁶ VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaec.com/index.php/revistaec/article/view/1346>. Acesso em: 13 out. 2023. p. 181.

⁵⁷ VALLE, Vanice Lírio do. Administração Pública, viés algorítmico e desvio de finalidade: existe conciliação possível? In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 503-515. p. 505.

Alerta-se, ainda, para o fato de que em cenários de crise, como o que vem permeando o Brasil, especialmente a partir de 2016, o discurso pela adoção de soluções inovadoras ganha força. Contudo, conforme visto, a inovação, *prima facie*, nem sempre milita em favor da realização de um cenário mais garantista em relação aos direitos, especialmente daquela parcela da população que não tem o devido acesso aos direitos sociais. Daí se afirmar a importância de que toda atuação nesse setor se submeta a uma supervisão final humana, mediante a avaliação preventiva das suas implicações práticas, sobretudo em relação aos impactos que pode vir a causar à realização do direito fundamental ao desenvolvimento. Afinal,

estaremos longe de alcançar as metas da Agenda 2030 e na contramão de uma sociedade sustentável caso todo o processo criativo e tecnológico não esteja a serviço da inclusão e da igualdade em termos de realização de direitos fundamentais, de busca por justiça social, de aprimoramento da democracia⁵⁸.

4. CONSEQUÊNCIAS DA UTILIZAÇÃO DA INOVAÇÃO NA PERSPECTIVA DE SUA VINCULAÇÃO À PROTEÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS PARA EFETIVAÇÃO DO DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL

Considerando a complexidade de impactos que podem advir da adoção de mecanismos de inovação, especialmente quando da utilização de soluções tecnológicas, ainda se faz atual a temática abordada por Juarez Freitas, na Conferência de Abertura do XXI Congresso Paranaense de Direito Administrativo, sob o título “O admirável mundo novo da Administração Pública: desafios para o século XXI”, no tocante ao “dever de explicabilidade, identificabilidade, rastreabilidade e definição clara daquilo que é indesejável às máquinas”. O poder público, nas palavras do professor, deve-se pautar no uso eticamente correto da inteligência artificial, preservando a supervisão final humana, especialmente nas “hipóteses em que a decisão requer a presença das virtudes entrelaçadas à justiça e à compaixão”; exercendo “a guarda vigorosa da dignidade da vida (não exclusivamente hu-

⁵⁸ BITTENCOURT, Caroline Müller; SCHIER, Adriana. Inovação e políticas públicas: é possível falar em protagonismo do Estado? *JOTA*, São Paulo, 24 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/innova-e-acao/inovacao-politicas-publicas-protagonismo-do-estado-24052021>. Acesso em: 10 jul. 2023.

mana)”. Assevera, assim, que as inovações deverão estar vinculadas ao “universal respeito ao valor transcendente da vida”⁵⁹.

É nesse cenário que desponta o “*princípio da legitimidade de propósito*” que deve ser observado na adoção de soluções inovadoras, sobretudo no âmbito da Administração Pública 4.0. Tem-se, portanto, que o maior acesso à informação proporcionado pela transparência e acesso à internet, e, por conseguinte, o aumento da utilização de novas tecnologias, contrastam com a necessidade de um maior controle de uso dessas ferramentas. Nesse sentido, mais do que nunca “a legitimidade (conformidade com a tábua axiológica da Constituição) reivindica o hábil e tempestivo cumprimento de obrigações enfeixadas no direito fundamental à boa administração pública”⁶⁰.

Sobre a utilização responsável de instrumentos inovadores, destaca Irene Nohara que o discurso da necessidade de inovar muitas vezes pode ser utilizado como fachada, de modo que nem sempre os instrumentos inovadores oferecerão “melhorias em relação às práticas organizacionais e à eficiência administrativa”⁶¹. Por isso a importância de se avaliar grau de promoção de mecanismos de transparência, participação e controle social, inclusive para a garantia da própria legitimidade das soluções inovadoras⁶². Não sem razão, discursos de fachada e que não implicam melhorias na prática são considerados uma névoa para os governos que buscam legitimidade popular, já que o descrédito traz desconfiança, que é potencializada por ambientes sem transparência, afetando-se as atividades administrativas, diminuindo-se, inclusive, a qualidade de vida dos cidadãos⁶³, o que ocorre

⁵⁹ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 116.

⁶⁰ FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNjpbTZJ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

⁶¹ NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública contemporânea: “destruição criadora ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 155.

⁶² Interessantes debates poderiam ser suscitados na dimensão da formulação de políticas públicas urbanas, palco de diversas experiências de inovação. Nessa seara, para tratar da participação popular como elemento legitimador de tais políticas públicas ver: CASIMIRO, Lígia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 4, n. 1, p. 7-17, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6559/655969793001/html/>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁶³ ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016. p. 92.

“de forma ainda mais brutal a camada economicamente mais frágil da população, porque os recursos públicos não serão alocados de forma a suprir suas carências”⁶⁴.

Para que as soluções propostas pelo governo sejam bem-sucedidas e voltadas aos objetivos da Agenda 2030, necessário é que aquele possua legitimidade, e, de acordo com o proposto no presente estudo, deve ser uma legitimidade de propósito, que decorre do aceite dos arranjos institucionais pelos cidadãos, no sentido de que são apropriados e corretos. Dessa forma, quanto mais legitimidade possuir um governo, maior será seu espectro de ação.

A legitimidade, por sua vez, pode decorrer de meios coercitivos (o que a longo prazo não apresenta bons resultados), procedimentais (como o processo eleitoral ou o processo legislativo), não se podendo esquecer dos meios substantivos da legitimidade (exatamente aqueles pertinentes ao objeto do presente estudo).

A legitimidade substantiva decorre do desempenho do poder público na prestação de utilidades e serviços à população. Daí afirmar que é mediante os valores consensuais da cultura social que o Estado representa é que ele busca a sua legitimidade, que, vem, senão, “com o suporte de um sistema de poder que tenha condições de gerar sua própria estabilidade com um mínimo possível de emprego da força”⁶⁵. Adverte, ainda, Juarez Freitas, que “o bem-estar multidimensional é o critério preponderante de julgamento da legitimidade pública”⁶⁶. Isto té, a confiança depositada pelos cidadãos naquilo que a Administração Pública faz, para além dos meios procedimentais, é crucial para medição do nível de legitimidade de determinado governo⁶⁷. Por isso se falar em instrumentos que aumentem a transparência, ferramenta diretamente relacionada à confiança e necessária ao combate da

⁶⁴ FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/240>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 94.

⁶⁵ LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66664>. Acesso em: 13 out. 2023. p. 302.

⁶⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle, posição 6444.

⁶⁷ Não sem razão, em sua obra sobre eficiência e legitimidade do Estado, Emerson Gabardo reforça que o problema administrativo está na precariedade de instrumentos legitimadores, destacando que “são os próprios ideais de justiça e moralidade que exigem a atuação procedimental da Administração, com um pilar da segurança jurídica insita ao Estado de Direito” (GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manole, 2003. p. 36-39).

ineficiência⁶⁸, e, por conseguinte, de soluções inovadoras que potencializem essa transparência, assim como o controle social⁶⁹.

Diante desse cenário, defende-se a introdução da “cultura da transparência radical” para garantia da legitimidade de propósito, atuando a transparência como “o fio condutor, o catalisador, o gatilho que assegura a ampla divulgação das atividades estatais de modo a coibir o desperdício de recursos públicos – seja pela ineficiência, seja pela adoção de posturas antiéticas”⁷⁰. Em outras palavras, a transparência, reconhecida como um dos pilares da boa administração pública⁷¹, permitirá que o interesse público, de fato, reflita as necessidades dos cidadãos, mediante soluções adequadas e resultados que impactem positivamente a sociedade. Não sem razão, destaca José Molina Molina que “quanto mais transparência, mais democracia”⁷².

Esse cenário decorre da ordem instaurada no país com o advento da Constituição da República Federativa do Brasil em 1988: o Estado Democrático de Direito, que, possuindo como um de seus principais alicerces o respeito aos direitos e garantias fundamentais

⁶⁸ E a ineficiência que deve ser combatida é a ineficiência ética, que, justamente, vai de encontro a uma “eficiência que seja realmente proveitosa para a universalidade dos cidadãos, principalmente aqueles que precisam da atuação prestativa e ciente do Estado”. Assim, segundo Têmis Limberger e Edson Luís Kossmann “a eficiência ética proporcionaria que a sociedade se desenvolvesse institucionalmente de forma diferente. As regras de conduta humana teriam como orientadoras também as regras formais positivadas pelo Estado, mas, principalmente, as regras informais produzidas no interior da sociedade, como princípios éticos que, entre outras coisas, produzissem uma preocupação e um interesse na produção e promoção de benefício à comunidade, universalmente considerada, e não exclusivamente ao indivíduo, numa ótica individual. Uma sociedade institucionalmente desenvolvida, que tivesse uma preocupação com a eficiência ética, certamente teria melhores condições de identificar a cisão do que é público e do que é privado, e fazer com que o Estado fosse um Estado verdadeiramente democrático e de direito, com preocupação efetiva de concretização dos preceitos constitucionais” (LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66664>. Acesso em: 13 out. 2023. p. 308).

⁶⁹ SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.825. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/825/0>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁷⁰ FERRAZ, Leonardo de Araújo. A transparência como ferramenta de legitimação do agir estatal por meio do impulsionamento da eficiência e integridade governamentais. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 109.

⁷¹ Juarez Freitas reconhece o direito fundamental à boa administração pública como “o direito 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” (FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 20).

⁷² MOLINA, José Molina. *Por qué la transparencia*. Pamplona: Thomson Reuters, 2015. p. 105.

e, dentre eles, o direito fundamental ao desenvolvimento, passou a dar diferente significado à atuação estatal. Para além da subordinação dos poderes públicos às leis, passou a exigir atenção aos princípios constitucionalmente reconhecidos e, de modo tal, invioláveis⁷³. Logo, o Estado Democrático de Direito possui como fundamento essencial o equilíbrio entre o uso da autoridade do Estado e a liberdade do indivíduo. Caroline Muller Bitencourt e Janriê Rodrigues Reck, ao tratarem do tema, asseveram que “o Estado Democrático de Direito está, por assim dizer, impregnado de uma intenção material, para além de uma igualdade perante a lei” e, segundo os autores, tal intenção material revela-se

fundamentalmente na natureza dos valores que perseguem uma dimensão social da sua atividade. Essa intenção material da própria democracia busca a promoção das condições objetivas de desenvolvimento da liberdade, da personalidade, que constituem um momento decisivo na realização da justiça social na sociedade dos nossos dias⁷⁴.

Nessa lógica, em um Estado intitulado Democrático de Direito, uma das formas pela qual vem se buscando controlar a atuação estatal tem sido através da ampliação da transparência, já que o sigilo é hipótese de exceção⁷⁵, e, como visto, o aumento da transparência permite a recondução da confiança dos cidadãos, e, por conseguinte, aumenta a segurança jurídica das soluções inovadoras propostas.

O ambiente de confiança externado na Constituição da República Federativa de 1988, portanto, é incompatível com a atuação fora do alcance da luz pelo poder público, é dizer, nas palavras de Fabrício Motta, que “é incompatível com a opacidade do exercício de

⁷³ Nesse sentido, Norberto Bobbio, aduz que há uma diferenciação entre Estado de Direito em sentido forte, fraco e fraquíssimo. O que estamos a nos referir é o Estado de direito em sentido forte, diferente daquele “em sentido fraco, que é o Estado não-despótico, isto é, dirigido não pelos homens, mas pelas leis”, e daquele em sentido fraquíssimo, “tal como o Estado kelseniano segundo o qual, uma vez resolvido o Estado no seu ordenamento jurídico, todo o Estado é Estado de direito (e a própria noção de Estado de direito perde toda força qualificadora)” (BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4. reimp. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000. p. 19).

⁷⁴ BITTENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31240. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1240>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 134.

⁷⁵ Registre-se que a constatação do sigilo como hipótese de exceção advém de mandamento constitucional, seja em razão do princípio da publicidade, disciplinado no caput do artigo 37 e §3º, seja em detrimento do estabelecimento do direito à informação como direito fundamental, no artigo 5º, inciso XXX, todos regulamentados pela Lei n. 12.527/2011, popularmente conhecida como Lei de Acesso à Informação.

qualquer manifestação do Poder Estatal”, sendo a política do segredo “incompatível com a consagração da vontade geral [nos termos do contratualismo de Rousseau] por meio da lei”⁷⁶, devendo a luta da consagração do Estado Democrático de Direito se dar mediante um poder visível e previsível.

Nesse cenário deverá ser assegurado aos cidadãos a sua participação efetiva na sociedade democrática da informação, direito que se torna possível mediante a transparência administrativa, eis que a garantia do acesso às informações da atuação estatal permite o controle dos atos da Administração Pública. Afinal, não haverá diálogo democrático se não forem fornecidas condições para participação livre e instruída⁷⁷.

Por tal razão é que o princípio da máxima transparência, retratado por Juarez Freitas, deve ser interpretado no sentido de que a atuação administrativa não deve nada ocultar, salvo raras exceções constitucionais, de modo que “o exercício do poder administrativo somente se legitima se se justificar em face de seus titulares sociais, mais do que destinatários, com translucidez e aversão à opacidade”⁷⁸. Tais ideias podem ser compreendidas na esteira do pensamento de Amartya Sen, que sustenta que as garantias de transparência na gestão pública e o direito de participar das decisões são pressupostos do desenvolvimento⁷⁹.

Por isso afirmar que a participação dos cidadãos nos processos de decisão, para além de diminuir as disfunções organizativas e burocráticas, institui uma nova legitimidade à Administração Pública. E, como assevera Ana Claudia Santano, em uma sociedade na qual paira a desconfiança, a mudança desse cenário pressupõe uma obrigatória reaproximação da Administração Pública e da sociedade, de modo que ela “tenha ciência do que ocorre no seio do Estado, de como as decisões são tomadas, assim como os recursos públicos são geridos”, mediante necessária publicidade e transparência⁸⁰.

⁷⁶ MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 1 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 2 jun. 2023.

⁷⁷ Como destaca José Sérgio da Silva Cristóvam a democracia “é o alimento espiritual para a alma política da comunidade, exigindo liberdade e igualdade”, valores inatingíveis sem educação e formação cidadã e liberdade de informação (CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado Democrático de Direito como princípio estruturante do regime jurídico-administrativo. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019. p. 199).

⁷⁸ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 77.

⁷⁹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010. p. 197.

⁸⁰ SANTANO, Ana Claudia. A publicidade, a transparência e a accountability no desenvolvimento de políticas públicas e no combate à corrupção: uma aproximação conceitual. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Eficiência e ética na Administração Pública: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015. p. 295.

Como se pode notar, o aumento da transparência potencializa a participação popular e vice-versa, permitindo-se, senão, um ambiente de exercício das finalidades públicas mais estável, e, por conseguinte, menos duvidoso. Isso porque, a instabilidade, nas palavras de Juarez Freitas, é má conselheira, e gera relações perigosas entre os agentes públicos e os particulares. A segurança, ao contrário, segundo o jurista, permite um ambiente mais dialógico, assegurando maior confiança e probidade nas relações administrativas⁸¹.

Dessa maneira, portanto, a transparência e o controle social na dimensão que assegura participação popular na formação das decisões administrativas, acabam por também fomentar a relevância normativa do princípio da eficiência, sobretudo das soluções inovadoras propostas. Segundo Luiz Alberto Blanchet, a eficiência pressupõe uma mente empreendedora, de modo que não haverá eficiência sem que os agentes públicos criem soluções novas e adequadas às peculiaridades de cada situação. Por isso, para o autor, “o despreparo, a precipitação, a vaidade pessoal, o apego ao poder, a indolência, a incúria, a avidez, a ganância, e a corrupção, espessam o rol dos fatores que comprometem, quando não impedem totalmente, a eficiência no âmbito da administração pública”⁸².

Assim, pode-se afirmar que a eficiência se trata de atuação idônea (eficaz), econômica (otimizada) e satisfatória (dotada de qualidade) na realização das finalidades públicas. Nas palavras de Irene Nohara, a eficiência estaria relacionada a “fazer as coisas direito” de acordo com “a medida de utilização dos recursos, ou seja, a relação que trata do desempenho ou da produtividade em função dos recursos disponíveis”⁸³. Percebe-se, então, que o dever instrumental da eficiência deve ser reconhecido tanto em sua perspectiva da racionalidade e otimização no uso dos recursos disponíveis, bem como da melhor satisfação dos resultados exigidos e esperados de interesse da coletividade.

Daí dizer que a eficiência administrativa, ao lado da transparência, integra o primado fundamental da boa administração pública, compreendida como “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

⁸¹ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 85

⁸² BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Eficiência e ética na Administração Pública: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Ithala, 2015. p. 154-157.

⁸³ Sobre o tema, cumpre registrar ainda que, segundo a autora, enquanto a eficiência está relacionada a fazer as coisas direito, a eficácia é a capacidade de fazer as coisas certas, cujo foco é mais direcionado para os resultados (NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 191-192).

à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas”⁸⁴ e que permite o direcionamento da legitimidade do poder público a uma legitimidade de propósito.

Para fins do objeto do presente estudo, especialmente em razão da transparência como base à legitimidade de propósito, cumpre destacar três direitos elencados por Juarez Freitas que integram o conceito da boa administração pública:

- (i) direito fundamental à administração pública transparente;
- (ii) direito fundamental à administração pública proba; e
- (iii) direito fundamental à administração pública eficiente.

Naquilo que diz respeito ao direito fundamental à administração pública transparente, visa coibir a opacidade, que, conforme visto, é negadora da democracia. Diretamente relacionado a ele está o direito fundamental à administração pública proba, que busca vedar condutas eticamente não universalizáveis, desonestas e complacentes às arbitrariedades, dentre as quais está a corrupção, que faz vulnerável o próprio Estado e nutre a cultura das fraudes e desmandos, que debilita as instituições, e, por conseguinte, enfraquece a legitimidade da Administração Pública. Por fim, o direito fundamental à administração pública eficiente, diretamente relacionado ao desenvolvimento sustentável, retrata a máxima de que somente haverá eficiência quando o cumprimento das finalidades administrativas assegurar condições objetivas de bem-estar das gerações presentes, sem impactar o bem-estar das gerações futuras⁸⁵.

Assim, a partir da transparência e da participação popular, inclusive mediante emprego da via digital, estimula-se a prática de cogovernança, de modo que as soluções inovadoras, enquanto oportunidade de geração de novos conhecimentos e serviços, pode atuar de forma a conectar os indivíduos com o Estado, bem como aumentar a própria visibilidade e o controle sobre a atuação dele, permitindo a concretização de uma Administração Pública pautada em legitimidade de propósito.

Destaque-se que não se pretende aqui pautar o exercício das finalidades públicas na “webracia” ou na “computadorcracia” criticadas por Norberto Bobbio⁸⁶, mas, sim, no emprego inteligente de novas ferramentas digitais, que podem, inclusive, universalizar o

⁸⁴ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 26.

⁸⁵ FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial*. Em defesa do humano. Belo Horizonte: Fórum, 2020. p. 26-27.

⁸⁶ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 26.

acesso a utilidades e comodidades públicas⁸⁷. Diversos, portanto, são os benefícios dessa cultura digital, inclusive para o desenvolvimento social e ético da humanidade.

Por isso, a avaliação das soluções inovadoras, inclusive mediante uso de tecnologia, a partir de premissas como a transparência, deve ser mais valorizada, tendo como parâmetro a garantia do desenvolvimento sustentável.

Muito se fala em desenvolvimento nacional sustentável como princípio constitucional inafastável, como destacado em decisão do Supremo Tribunal Federal, lavrada pelo Ministro Celso de Mello:

O princípio do desenvolvimento sustentável, além de impregnado de caráter eminentemente constitucional, encontra suporte legitimador em compromissos internacionais assumidos pelo Estado Brasileiro e representa fator de obtenção do justo equilíbrio entre as exigências da economia e as da Ecologia, subordinada, no entanto, à invocação desse postulado, quando ocorrente situação de conflito entre valores constitucionais relevantes, a uma condição inafastável, cuja observância não comprometa nem esvazie o conteúdo essencial de um dos mais significativos direitos fundamentais: o direito à preservação do meio ambiente, que traduz bem de uso comum da generalidade das pessoas, a ser resguardado em favor das presentes e futuras gerações⁸⁸.

A discussão sobre a natureza jurídica do objetivo do desenvolvimento, previsto no art. 3º, II, da Constituição da República, não é pacífica na seara nacional. Há aqueles que lhe conferem a natureza de princípio, dentre eles a obra de Juarez Freitas, já tantas vezes referidas nesse estudo. Filia-se, aqui, no entanto, aos autores que reconhecem que há um direito fundamental ao desenvolvimento decorrente do texto constitucional. Nessa perspectiva, assevera Daniel Wunder Hachem que tal direito está diretamente ligado a uma plêiade de valores consagrados no texto constitucional, tais como a cidadania e a dignidade da pessoa humana⁸⁹. Sustenta que “é exatamente a maximização das condições de existência digna e a possibilidade de participação ativa dos cidadãos na esfera política, realizando

⁸⁷ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013. p. 376.

⁸⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/MC n. 3.540-DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 01 set. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁸⁹ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 354.

plenamente a democracia, que se objetiva com os elementos social e político do conceito de desenvolvimento [...]”. Conclui, assim, que “os objetivos fundamentais da República, enunciados nos quatro incisos do art. 3º, não deixam dúvidas quanto à vinculação intrínseca desse direito ao regime e aos princípios acolhidos pela Constituinte de 1988”⁹⁰.

Nesse quadro, a promoção do desenvolvimento nacional sustentável não se resume apenas a questões ambientais, abrangendo aspectos sociais, econômicos e éticos. Com efeito, a transparência e a integridade estão intrinsecamente relacionadas ao desenvolvimento sustentável por diversas razões. A realização do desenvolvimento sustentável implica uma visão holística que congrega o crescimento econômico com a garantia de acesso aos direitos individuais e sociais a todos, num cenário de participação política e controle social, num ambiente ecologicamente equilibrado, que permita às gerações atuais e às próximas o acesso a todas essas benesses⁹¹. Pretende-se avançar, assim, em direção a um modelo de constitucionalismo que abarque o desenvolvimento em sua perspectiva multidimensional, “designadamente para corrigir o quadro de desigualdade e degradação humana em termos de acesso às condições mínimas de bem-estar”⁹². Tudo isso partindo-se dos ditames da ética, da integridade e da transparência. Essas são as diretrizes que deverão informar a atuação do poder público (e da sociedade) assegurando compromissos com mecanismos aptos a assegurar a legitimidade de propósito.

Mais uma vez destaca-se a obra de Juarez Freitas, que trata da sustentabilidade como um direito ao futuro. Segundo ele, a sustentabilidade é um princípio que implica no dever do Estado e da sociedade de buscar o desenvolvimento, “socialmente inclusivo, du-

⁹⁰ HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrasil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 15 out. 2023. No mesmo sentido, Emerson Gabardo e Augusto César Leite de Resende reconhecem tal direito como “inserido no conceito de direito fundamental de terceira geração ou dimensão porque o aludido direito fundamental não pertence ao ser humano individualmente considerado, não se trata de um direito individual, mas de direito cuja titularidade pertence indistintamente a todos os seres humanos, ou seja, à coletividade” (GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/125>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 115).

⁹¹ Conforme aponta Irene Patrícia Nohara, “desenvolvimento sustentável é o que busca equilibrar as metas econômicas com os aspectos ambientais e sociais, dada conhecida fórmula do *triple bottom line: profit, people and planet*” (NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6172807.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023. p. 189).

⁹² SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e o mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 13.

rável e equânime, ambientalmente limpo, inovador, ético e eficiente”, de modo a assegurar, para a geração atual e para as gerações do futuro, “o direito ao bem-estar físico, psíquico e espiritual, em consonância homeostática com o bem de todos”⁹³. Segundo o autor, é preciso deixar de se “envolver com tudo aquilo que aprisiona o florescimento integral dos seres vivos [...]” através da “constante melhoria do bem-estar de toda a população”⁹⁴.

Pode-se admitir, então, com aporte na doutrina aqui referenciada, que tal direito deve ser incluído no catálogo dos direitos fundamentais que asseguram a todas e a todos uma vida digna, a *qualidade ambiental*, “objetivando a garantia de uma existência humana digna e saudável, especialmente no que diz respeito com a construção da noção de um bem-estar existencial que tome em conta também a qualidade do ambiente”⁹⁵.

Para os limites do presente artigo, importante, ainda, a relevância que apresenta a dimensão ética da sustentabilidade. Juarez Freitas destaca que tal percepção convém àqueles que assumem a tarefa de “resguardar a integridade e nobreza de caráter”⁹⁶.

Considerar tal dimensão da sustentabilidade quando da utilização da inovação na Administração Pública 4.0 é vital, eis que o bem-estar social é afetado quando

- (i) os recursos que deveriam ser destinados à implementação de um novo processo acabam por não solucionar o problema proposto,
- (ii) não se atende à expectativa e à demanda do público-alvo,
- (iii) violam-se os direitos fundamentais envolvidos,
- (iv) não se apresenta eficiência e redução de custos na utilização de recursos e, por fim,
- (v) não se promovem mecanismos de transparência, participação e controle social.

Nesse sentido, para além das dimensões sociopolítica, ambiental e econômica do desenvolvimento, deve, também, ser considerada a sua dimensão ética, que se conecta com todas as demais, e permite um verdadeiro desenvolvimento sustentável em prol da legitimidade de propósito da Administração Pública.

⁹³ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 41.

⁹⁴ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 42.

⁹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e o mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 14.

⁹⁶ FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 60-61.

Daí se afirmar que as soluções inovadoras, mediante a observância de padrões sustentáveis, em sua vertente holística e integrada, contribuirão prioritariamente às escolhas proporcionadoras “do bem-estar das gerações presentes, sem impedir que as gerações futuras produzam o seu próprio bem-estar”, assegurando observância ao princípio da legitimidade de propósito, mediante avaliação objetiva dos impactos dos custos e benefícios sociais, econômicos e ambientais na sua consecução.

5. CONCLUSÃO

Conforme analisado no decorrer desse estudo, as transformações sociais decorrentes do avanço da sociedade de informação implicam necessidade de adoção de novas práticas na Administração Pública, objetivando melhoria de serviços, otimização de processos, aumento de eficiência, transparência e controle social, além da redução de custos, abrindo-se espaço para a chamada Administração Pública 4.0.

Ocorre, nesse novo ambiente de cultura digital, o aumento da capacidade de armazenamento e trânsito de informações, implica um maior controle do fluxo dessas informações, de modo que a Administração Pública não pode ser furta dos princípios que lhe são inerentes.

Por isso, ao optar pela adoção de soluções inovadoras, o Estado deve, necessariamente, sopesar os impactos que tais inovações poderão ocasionar aos direitos fundamentais, sobretudo quando da utilização de novas ferramentas tecnológicas, mediante a observância de padrões sustentáveis, em sua vertente holística e integrada, assegurando observância ao princípio da legitimidade de propósito,

Assim, é preciso ter muita cautela quando da adoção de soluções inovadoras no âmbito da Administração Pública, ainda mais em cenários de crise, quando tal discurso ganha força. Conforme visto, a utilização de soluções inovadoras poderá militar em favor da expansão dos direitos fundamentais, incrementando o processo de desenvolvimento mas, também, a depender de como forem manejados tais instrumentos, poderá trazer impactos negativos. A falta de infraestrutura que assola grande parte dos Municípios do país e o nível de pobreza e exclusão digital são alguns dos aspectos que poderão fazer desviar a Administração Pública de atuar em prol da noção de sustentabilidade em suas múltiplas dimensões, incluindo os parâmetros éticos e sociais.

Daí se afirmar a importância de que a Administração Pública, inclusive e principalmente no ambiente digital, conte com uma supervisão final humana, respeitando as carac-

terísticas que a máquina ainda não alcança: empatia, justiça, compaixão, capacidade de exercício de futuros alternativos sustentáveis e sua capacidade de cooperar e experimentar prazer com a sua cooperação benéfica. Tudo isso buscando efetivar avaliação preventiva das implicações práticas das soluções inovadoras, de maneira a consagrar a atuação do poder público voltada à expansão dos direitos fundamentais a todas e todos, colaborando com a criação do mundo em que ninguém seja deixado para trás, nos termos do imperativo ético da Agenda 2030.

REFERÊNCIAS

ANDRADE, Giulia. Sociedade da informação e os seus reflexos na efetivação do desenvolvimento nacional sustentável. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 295-312.

BITENCOURT, Caroline Müller; GABARDO, Emerson. Governo eletrônico, serviços públicos digitais e participação popular: um caminho democrático a ser percorrido pela administração pública brasileira. *Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 23, n. 129, p. 41-73, set./out. 2021.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da transparência dos municípios do Rio Grande do Sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31240. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1240>. Acesso em: 15 out. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller; SCHIER, Adriana. Inovação e políticas públicas: é possível falar em protagonismo do Estado? *JOTA*, São Paulo, 24 maio 2021. Disponível em: <https://www.jota.info/coberturas-especiais/inova-e-acao/inovacao-politicas-publicas-protagonismo-do-estado-24052021>. Acesso em: 10 jul. 2023.

BLANCHET, Luiz Alberto. Ineficiência, corrupção e seus efeitos sobre o empreendedorismo e sobre o desenvolvimento. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Eficiência e ética na Administração Pública*: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Curitiba: Íthala, 2015.

BOBBIO, Norberto. *Liberalismo e democracia*. 4. reimp. 6. ed. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Brasiliense, 2000.

BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia*. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BRASIL. [Constituição (1988)]. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 13 out. 2023.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Ação Direta de Inconstitucionalidade ADI/MC n. 3.540-DF*. Tribunal Pleno. Relator: Ministro Celso de Mello. DJ: 01 set. 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/pagina-dorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=387260>. Acesso em: 20 dez. 2020.

CÂNDIDO, Ana Clara. *Inovação disruptiva: reflexões sobre suas características e implicações no mercado*. Monte da Caparica, Portugal: IET, 2011. (IET Working Paper Series, n. WPS05). Disponível em: https://run.unl.pt/bitstream/10362/6912/1/WPSeries_05_2011ACCândido-1.pdf. Acesso em: 25 jun. 2023.

CASIMIRO, Ligia Maria Silva Melo de. A participação social no planejamento das políticas públicas urbanas. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 4, n. 1, p. 7-17, 2017. Disponível em: <https://www.redalyc.org/journal/6559/655969793001/html/>. Acesso em: 15 out. 2023.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2000. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

COUTINHO, Clara; LISBÔA, Eliana. Sociedade da informação, do conhecimento e da aprendizagem: desafios para educação no século XXI. *Revista de Educação*, Lisboa, v. XVIII, n. 1, p. 5-22, 2011. Disponível em: http://revista.educ.ie.ulisboa.pt/arquivo/vol_XVIII_1/artigo1.pdf. Acesso em: 2 maio 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. O Estado Democrático de Direito como princípio estruturante do regime jurídico-administrativo. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019.

EFING, Antônio Carlos; KIAME, Eduarda Alencar M. O direito ao esquecimento no armazenamento de dados: análise comparada entre o direito europeu e o direito brasileiro. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, ano 6, n. 1, p. 1-21, 2020. Disponível em: https://www.cidp.pt/revistas/rjlb/2020/1/2020_01_0001_0021B.pdf. Acesso em: 13 out. 2023.

FERRAZ, Leonardo de Araújo. A transparência como ferramenta de legitimação do agir estatal por meio do impulsionamento da eficiência e integridade governamentais. In: ZENKNER, Marcelo; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (coord.). *Compliance no setor público*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

FORTINI, Cristiana; CAVALCANTI, Caio Mario Lana. O perigo da relativização indevida da transparência administrativa. *Consultor Jurídico*, São Paulo, 26 mar. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-mar-26/interesse-publico-perigo-relativizacao-indevida-transparencia-administrativa>. Acesso em: 13 out. 2023.

FORTINI, Cristiana; MOTTA, Fabrício. Corrupção nas licitações e contratações públicas: sinais de alerta segundo a Transparência Internacional. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 16, n. 64, p. 93-113, abr./jun. 2016. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/240>. Acesso em: 15 out. 2023.

FREITAS, Juarez. *Discrecionalidade administrativa e o direito fundamental à boa administração pública*. São Paulo: Malheiros, 2007.

FREITAS, Juarez. Inteligência artificial, serviços públicos digitais e o admirável mundo novo da Administração Pública. In: CONGRESSO PARANAENSE DE DIREITO ADMINISTRATIVO, XXI, "O admirável mundo novo da Administração Pública: desafios para o século XXI", 14 dez. 2020, Curitiba. *Conferência de abertura [...]*. Curitiba: IPDA, 2020.

FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2013.

FREITAS, Juarez. Políticas públicas, avaliação de impactos e o direito fundamental à boa administração. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 70, p. 115-133, jun. 2015. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/bJmp9HRG7ynPXHSzNJpbTZJ/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade: direito ao futuro*. 4. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2019. Versão Kindle.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manole, 2003.

GABARDO, Emerson; RESENDE, Augusto César Leite de. A atividade administrativa de fomento na gestão integrada de resíduos sólidos em perspectiva com o desenvolvimento sustentável. A&C *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, n. 53, p. 105-131, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/125>. Acesso em: 15 out. 2023.

HACHEM, Daniel Wunder. A maximização dos direitos fundamentais econômicos e sociais pela via administrativa e a promoção do desenvolvimento. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 13, n. 13, p. 340-399, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/417>. Acesso em: 15 out. 2023.

LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2009.

LIMA, Manuela Ithamar; COSTA, Sebastião P. Mendes da. Direito, inovação e ciência: possibilidades e desafios da sociedade do conhecimento. *Revista Arquivo Jurídico*, Teresina, v. 6, n. 1, p. 173-199, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://revistas.ufpi.br/index.php/raj/article/download/10142/586>. Acesso em: 24 jun. 2023.

LIMBERGER, Têmis; KOSSMANN, Edson Luís. O princípio constitucional da eficiência ante o Estado (in)suficiente. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 273, p. 287-311, set./dez. 2016. Disponível em: <https://periodicos.fgv.br/rda/article/view/66664>. Acesso em: 13 out. 2023.

LIMBERGER, Tênis; RUARO, Regina Liden. Administração Pública e novas tecnologias: o embate entre o público e o privado – análise da resolução 121/2010 do CNJ. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, v. 16, n. 2, p. 121-134, maio/ago. 2011. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br//seer/index.php/nej/article/viewFile/3276/2059>. Acesso em: 24 jun. 2023.

LOJKINE, Jean. *A revolução informacional*. São Paulo: Cortez, 2002.

MODESTO, Paulo. Notas para um debate sobre o princípio da eficiência. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 5, n. 48, dez. 2000.

MOLINA, José Molina. *Por qué la transparencia*. Pamplona: Thomson Reuters, 2015.

MOTTA, Fabrício. Publicidade e transparência são conceitos complementares. *Consultor Jurídico*, 1 fev. 2018. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-fev-01/interesse-publico-publicidade-transparencia-sao-conceitos-complementares>. Acesso em: 2 jun. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de inovação na Administração Pública Contemporânea: “destruição criadora ou “inovação destruidora” do Direito Administrativo. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios jurídicos das parcerias público-privadas (PPPs) e desenvolvimento nacional sustentável. *Rev. Direito Econ. Socioambiental*, Curitiba, v. 5, n. 2, p. 184-203, jul./dez. 2014. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6172807.pdf>. Acesso em: 13 out. 2023.

NOHARA, Irene Patrícia. Desafios de regulação dos serviços disruptivos: equilíbrio nas fronteiras da inovação. In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022.

NOHARA, Irene Patrícia. *Reforma administrativa e burocracia: impacto da eficiência na configuração do direito administrativo brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2012.

ONU. *Transformando nosso mundo: a Agenda 2030 para o desenvolvimento sustentável*. 2015. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2015/10/agenda2030-pt-br.pdf>. Acesso em: 29 jan. 2023.

PACTO GLOBAL. *Objetivos do Desenvolvimento Sustentável*. [S.d.]. Disponível em: <https://www.pactoglobal.org.br/ods>. Acesso em: 20 fev. 2023.

PAIVA, Matheus Silva; CUNHA, George Henrique de Moura; SOUZA JUNIOR, Celso Vila Nova; CONSTANTINO, Michel. Inovação e os efeitos sobre a dinâmica de mercado: uma síntese teórica de Smith e Schumpeter. *Interações*, Campo Grande, MS, v. 19, n. 1, p. 155-170, jan./mar. 2018. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/inter/a/DVkwShDFG99PSxN3tjrndcq/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 jun. 2023.

PÉRCIO, Gabriela Verona. Contratação de soluções inovadoras para o atendimento de demandas administrativas: um caminho à luz do ordenamento jurídico vigente. In: FORTINI, Cristiana; PERCIO,

Gabriela Verona (coord.). *Inteligência e inovação em contratação pública*. Belo Horizonte: Fórum, 2021. p. 17-35.

PEREIRA, Flávio Schettini; VILELA, Pedro Junqueira. *Ações premiadas no 19º Concurso de Inovação na Gestão Pública Federal*. Brasília: Enap, 2014.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023.

ROMITA, Arion Sayão. *Direitos fundamentais nas relações de trabalho*. 2. ed. São Paulo: LTr, 2007.

ROSA, Felipe Augusto de Miranda. *Sociologia do Direito: o fenômeno jurídico como fato social*. 7. ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981.

ROSE-ACKERMAN, Susan; PALIFKA, Bonnie J. *Corruption and government: causes, consequences and reform*. 2. ed. New York: Cambridge University Press, 2016.

SANTANO, Ana Claudia. A publicidade, a transparência e a accountability no desenvolvimento de políticas públicas e no combate à corrupção: uma aproximação conceitual. In: BLANCHET, Luiz Alberto; HACHEM, Daniel Wunder; SANTANO, Ana Claudia (coord.). *Eficiência e ética na Administração Pública: anais do Seminário Internacional realizado no Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná*. Curitiba: Íthala, 2015.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. Estado socioambiental e o mínimo existencial (ecológico?): algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.). *Estado socioambiental e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. Tradução de Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Direito administrativo em prol da realização do direito fundamental ao desenvolvimento. In: SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; BITENCOURT, Caroline Müller (org.). *Direito administrativo, políticas públicas e estado sustentável*. Curitiba: Íthala, 2020. p. 9-28.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo; MELO, Juliane Andrea de Mendes Hey. O direito à participação popular como expressão do Estado Social e Democrático de Direito. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 17, n. 69, p. 127-147, jul./set. 2017. DOI: 10.21056/aec.v17i69.825. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/825/0>. Acesso em: 15 out. 2023.

SCHIER, Adriana; FORTINI, Cristiana; MELO, Lígia; VALLE, Vanice. *Administração Pública 4.0*. Curitiba: Íthala, 2022.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *A teoria do desenvolvimento econômico: uma investigação sobre lucro, capital, crédito, juro e o ciclo econômico*. Rio de Janeiro: Nova Cultural, 1982.

SCHUMPETER, Joseph Alois. *Capitalism, socialism and democracy*. New York: Harper and Brothers, 1961.

SILVA, Beatriz Ferreira Corrêa da. *Os direitos sociais como cláusulas pétreas na Constituição da República de 1988*. Curitiba: J.M., 2011.

SILVA, José Afonso da. *Poder constituinte e poder popular*. São Paulo: Malheiros, 2000.

TAVARES, André; BITENCOURT, Caroline Muller; CRISTÓVAM, José Silva. A lei do governo digital no Brasil: análise das contribuições à transparência pública e à concretização do exercício do controle social. *Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí (SC), v. 26, n. 3, p. 788-813, 2021. DOI: 10.14210/nej.v26n3. Disponível em: <https://periodicos.univali.br/index.php/nej/article/view/18326>. Acesso em: 3 ago. 2023.

VAINZOF, Rony. Disposições preliminares. In: MALDONADO, Viviane Nóbrega; BLUM, Renato Opice (coord.). *LGPD: Lei Geral de Proteção de Dados comentada*. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2019.

VALLE, Vanice Lírio do. Inteligência artificial incorporada à Administração Pública: mitos e desafios teóricos. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 179-200, jul./set. 2020. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/1346>. Acesso em: 13 out. 2023.

VALLE, Vanice Lírio do. Administração Pública, viés algorítmico e desvio de finalidade: existe conciliação possível? In: ZOCKUN, Maurício; GABARDO, Emerson (coord.). *Direito administrativo e inovação: crises e soluções*. Curitiba: Íthala, 2022. p. 503-515.

VIANA, Ana Cristina A.; KREUZ, Letícia Regina C. Administração Pública na aldeia global: enfrentando o “admirável mundo novo” das tecnologias disruptivas. In: MOTTA, Fabrício; GABARDO, Emerson (coord.). *Limites do controle da administração pública no Estado de Direito*. Curitiba: Íthala, 2019.

WHERTEIN, Jorge. A sociedade da informação e seus desafios. *Ci. Inf.*, Brasília, v. 29, n. 2, p. 71-77, maio/ago. 2000. Disponível em: <https://www.scielo.br/pdf/ci/v29n2/a09v29n2.pdf>. Acesso em: 2 maio 2023.



AVANCES DE LA ADMINISTRACIÓN COLOMBIANA EN LA ERA DIGITAL

Augusto Hernández Becerra¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Hacia la digitalización de la administración de Colombia; **2.1.** Las primeras leyes; **2.2.** Creación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones; **2.3.** La reforma de los procedimientos administrativos en 2011; **2.4.** Leyes contra la corrupción; **2.5.** Legislación sobre publicidad de los actos oficiales; **2.6.** Legislación sobre transparencia; **2.7.** La política de Gobierno abierto o Estado abierto; **2.7.1.** Fundamentos doctrinarios; **2.7.2.** Política pública para construir el modelo de Estado abierto en Colombia; **3.** En las fronteras de la inteligencia artificial; **4.** Conclusión; Referencias.

La aceleración de las innovaciones digitales debe ser aprovechada aún más por los países, para que la prestación de los servicios sea más rápida y eficaz. Es el tiempo de dar un salto cualitativo y empezar a trabajar con más intensidad en el uso del big data y la inteligencia artificial para predecir, analizar y evaluar, tanto en la formulación como en la directa prestación de servicios públicos (Declaración de Lisboa, 27-11-2020).

¹ Especialista en Derecho Público. Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia. Catedrático y tratadista de Derecho Constitucional, Derecho Administrativo e Historia de las Ideas Políticas. Miembro del Consejo Asesor del "Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional", del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, del Instituto Iberoamericano de Derecho Electoral, de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA), del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo (FIDA) y del Consejo Editorial de la Revista Paraná Eleitoral del Tribunal Regional Eleitoral do Paraná, Brasil. Es Conjuex del Consejo de Estado y fue Magistrado de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado.

1. INTRODUCCIÓN

La organización, los procesos y los procedimientos de la administración pública contemporánea han sido objeto de profundas y aceleradas transformaciones por efecto de la incorporación de medios tecnológicos avanzados que contribuyen a incrementar la eficiencia en la provisión de bienes y servicios públicos y en el desempeño de las funciones estatales. Esta es la oleada de reformas que ha colocado a la administración pública en la “era digital”.

Al implementar medios tecnológicos avanzados en los campos de la información y la comunicación, los sistemas electrónicos de gestión, las plataformas en línea, las aplicaciones móviles y otras herramientas digitales, las administraciones públicas han logrado automatizar tareas, agilizar trámites, optimizar la comunicación interna y externa, y desarrollar nuevas capacidades institucionales y modelos de servicio público.

De otra parte, el uso de la informática contribuye a garantizar la transparencia en la administración pública. La digitalización de documentos y procesos y su publicidad permiten un mejor acceso y disponibilidad de la información para los ciudadanos, facilitan la lucha contra la corrupción, promueven la rendición de cuentas, viabilizan la participación ciudadana en la toma de decisiones y promueven una gestión pública más democrática y colaborativa.

En el presente artículo se describe la forma como el Estado colombiano, en sintonía con las tendencias internacionales, ha venido haciendo ese recorrido hacia la digitalización de la administración, y de qué manera las políticas de modernización informática le han llevado a dominios tan diversos como la seguridad y privacidad de los datos, la automatización de trámites en línea, la gestión documental y de los contratos estatales, el control de las transacciones y la administración de los impuestos.

El presente artículo se compone de dos partes. La primera describe los principales hitos de la digitalización de la administración en Colombia. La segunda analiza la última etapa de una evolución tecnológica que ha llevado la administración a las fronteras de la inteligencia artificial.

2. HACIA LA DIGITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DE COLOMBIA

Al terminar el siglo pasado, la administración colombiana dio unos primeros pasos, tímidos e inseguros, dirigidos a la introducción de herramientas informáticas en algunos de sus procedimientos internos y a su aplicación en trámites de los ciudadanos ante la administración, especialmente en lo relacionado con peticiones, quejas, reclamos, recursos, sugerencias y denuncias.

Un claro indicio de esta tendencia fue la creación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en 2009. Poco después se dio un paso gigantesco para sumergir a toda la administración en la dimensión digital con la expedición del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en 2011, que normalizó los actos administrativos electrónicos y los expedientes administrativos electrónicos, y consagró el derecho de toda persona a relacionarse con la administración pública utilizando medios electrónicos.

Por aquellos años sucesivas leyes contra la corrupción, sobre publicidad de los actos oficiales y sobre transparencia, coincidieron en acudir a la estrategia informática como medio para dar mayor eficacia a dichas medidas, pues evidentemente las tecnologías digitales no solo masifican la publicidad de la actividad estatal y facilitan el acceso del público a los documentos estatales, sino que, bajo tales condiciones, mejoran los controles y se restringe significativamente la corrupción administrativa.

Más recientemente, a raíz del ingreso de Colombia a la OCDE en 2020, el gobierno adoptó políticas públicas consonantes con las recomendaciones del organismo, enfocadas principalmente a garantizar el acceso ciudadano a la información pública, desarrollar una cultura de integridad pública, consolidar la capacidad institucional de lucha contra la corrupción y la cultura de la legalidad, impulsar iniciativas de innovación pública para consolidar los objetivos de un Estado Abierto y aplicar los Principios de la OCDE sobre Inteligencia Artificial.

2.1. Las primeras leyes

En Colombia se comenzó a legislar para impulsar la modernización administrativa mediante la introducción de la tecnología informática desde la década de los años 90.

Inicialmente la Ley n. 527 de 1999², autorizó la utilización de medios electrónicos para la sustanciación de las actuaciones, la expedición de los actos administrativos, los documentos, contratos y en general los actos derivados de la actividad precontractual y contractual. Esta ley dispuso, además, que para el trámite, notificación y publicación de tales actos podrían utilizarse soportes, medios y aplicaciones electrónicas.

Posteriormente la Ley n. 962 de 2005³ abrió la posibilidad de que la administración, en sus trámites y procedimientos, empleara medios electrónicos, al disponer que los organismos y entidades de la Administración Pública debían poner en conocimiento de los ciudadanos los medios tecnológicos de que dispusieron para atender los trámites y procedimientos de su competencia. Así mismo facultó a las entidades estatales para tramitar las actuaciones administrativas mediante la utilización de “soportes, medios y aplicaciones electrónicas”. De otra parte, la ley facultó también a los ciudadanos para presentar peticiones, quejas, reclamaciones o recursos, “mediante cualquier medio tecnológico o electrónico del cual dispongan las entidades y organismos de la Administración Pública”.

2.2. Creación del Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones

La Ley n. 1.341 de 2009 transformó el tradicional Ministerio de Comunicaciones en el moderno Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, y le asignó la función de coordinar en la administración pública la implementación de la Estrategia de Gobierno en Línea, cuyo objeto ha sido desarrollar un Estado más eficiente, transparente y participativo y habilitarlo para prestar mejores servicios mediante el aprovechamiento de las tecnologías informáticas y comunicativas.

Esta ley determina el marco general de las políticas públicas que rigen el sector de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, el uso eficiente de las redes y del espectro radioeléctrico, así como las atribuciones del Estado para intervenir, regular y garantizar el libre acceso de todos los habitantes a la Sociedad de la Información. A través del nuevo ministerio el gobierno promueve el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, con el fin de fomentar el crecimiento y la competitividad del país.

² “Por medio de la cual se define y reglamenta el acceso y uso de los mensajes de datos, del comercio electrónico y de las firmas digitales, y se establecen las entidades de certificación y se dictan otras disposiciones.”

³ **“Por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos”.**

El sector se modernizó sensiblemente con la Ley n. 1.978 de 2019, que introdujo algunas modificaciones a la Ley n. 1.341 con el objeto de modernizar el marco institucional, focalizar las inversiones para el cierre efectivo de la brecha digital y potenciar la vinculación del sector privado en el desarrollo de los proyectos asociados. Con estas nuevas medidas se quiso generar seguridad jurídica a las inversiones y facilitar el despliegue de infraestructura de alto costo, enfocando la inversión en la conexión a Internet de la población vulnerable y de escasos recursos, y en las zonas rurales y apartadas del país.

2.3. La reforma de los procedimientos administrativos en 2011

A pesar de que las leyes eran ya suficientemente claras, el Estado permaneció dubitativo ante el desafío cultural de las TICs durante algunos años, hasta la expedición de la Ley n. 1.437 de 2011, mediante la cual se adoptó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. En virtud del principio de celeridad, definido por esta ley en el artículo 3° numeral 13, las autoridades quedaron obligadas a incentivar el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efecto de que los trámites administrativos se adelantaran diligentemente, “dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas”. Lo que hasta entonces era para el Estado una opción se convirtió en regla general para todos los procedimientos administrativos.

La importancia de la Ley n. 1.437 para la modernización del Estado radica en que impuso a la administración la obligación de *“adoptar medios tecnológicos para el trámite y resolución de peticiones, y permitir el uso de medios alternativos para quienes no dispongan de aquellos”* (artículo 7° numeral 8), como también el deber de contar con una sede electrónica (artículo 60) que le permita realizar sus procedimientos y trámites administrativos a través de medios electrónicos (artículo 63). En consonancia con todo ello, esta ley autorizó que los trámites administrativos pudieran realizarse a través de medios electrónicos, y dispuso que, para garantizar la igualdad de acceso a la administración, la autoridad debía asegurar mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros medios (artículo 53).

La Ley n. 1.437 dejó completamente estructurado el procedimiento administrativo electrónico: las autoridades pueden notificar sus actos a través de medios electrónicos (artículo 56), así como emitir válidamente actos administrativos por medios electrónicos (artículo 57) y organizar todas las actuaciones en expedientes electrónicos (artículo 59).

De otra parte, la ley reconoció en el artículo 54 a todas las personas, y no solo a los ciudadanos, un nuevo derecho, propio de la era tecnológica que estamos viviendo, y que dice así: *“Toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos”*.

El artículo 67 de esta ley, que describe la forma como se deben realizar las notificaciones personales, prevé que estas puedan hacerse *“por medio electrónico”*. Se trató en su momento de un cambio muy notable frente a los procedimientos tradicionales, pues la presencia física de la persona, que siempre se exigió para poder realizar la notificación personal de los actos administrativos, y por esa razón se llama así, fue reemplazada, gracias a la magia del internet, por un nuevo tipo de “presencia”, la presencia virtual. A partir de allí se desarrollará la gran transformación cultural de nuestros días, asociada con el fenómeno de la virtualidad, que es la nueva forma de relación interpersonal en numerosos actos de la vida pública y privada.

La utilización de medios electrónicos en los procedimientos administrativos precipitó cambios cualitativos en el funcionamiento general del Estado, pues comenzaron a desaparecer las ventanillas atendidas por funcionarios, las filas de ciudadanos a la espera de realizar sus diligencias, las tradicionales congestiones en las oficinas públicas y las habituales demoras en los trámites oficiales de papel, sellos y firmas.

2.4. Leyes contra la corrupción

Durante algo más de veinte años el Congreso ha expedido leyes motivadas en la intención explícita de combatir la corrupción, mediante la estrategia combinada de transparencia, publicidad, participación ciudadana y utilización creciente de medios informáticos avanzados.

El Código Penal⁴, por supuesto, regula en el Título XV los delitos contra la Administración Pública, que describen conductas directamente asociadas con la corrupción. La Ley n. 850 de 2003, “Por medio de la cual se reglamentan las veedurías ciudadanas”, las faculta para vigilar tanto la gestión de las autoridades y entidades públicas como el manejo de los recursos públicos, y en desarrollo de sus funciones formular recomendaciones, quejas y denuncias.

⁴ Ley n. 599 de 2000 “Por la cual se expide el Código Penal”.

Ley n. 1.474 de 2011⁵, conocida como “Estatuto Anticorrupción”, dicta medidas para prevenir y erradicar la corrupción pública y privada, endurece las penas relacionadas con los delitos contra la Administración Pública, crea una Comisión Nacional para la Moralización, y establece políticas institucionales y pedagógicas de transparencia. Esta normatividad fue reforzada por la Ley n. 1.712 de 2014 ⁶, que amplía las categorías existentes de personas naturales y jurídicas obligadas, crea nuevos deberes y obligaciones estatales en materia de publicación de información y consolida el sistema de acceso a la información pública.

La Ley n. 2.195 de 2022⁷, de transparencia, que ha sido precedida por otras leyes que tratan sobre la misma materia, enfatiza la prevención de actos de corrupción, refuerza la coordinación entre las entidades del Estado responsables de reprimir la corrupción y procurar el resarcimiento de los daños ocasionados. La ley, además, diseña programas de transparencia y ética empresarial, obligatorios para todos los sectores y personas jurídicas de derecho público y derecho privado, y establece un régimen sancionatorio más severo para las empresas, sus representantes y directivos por actos de corrupción.

La Ley n. 2.294 de 2023, “Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2022-2026 ‘Colombia Potencia Mundial de la Vida’”, faculta en el artículo 200 al gobierno nacional para formular una Estrategia Nacional de Lucha Contra la Corrupción, que tendrá como principales componentes la garantía de los derechos humanos, la protección al denunciante, el derecho al acceso a la información pública, el fortalecimiento de la veeduría ciudadana y la transparencia en la contratación y la gestión pública.

El anterior plan nacional cuatrienal de desarrollo, contenido en la Ley n. 1.955 de 2019, para el periodo 2018-2022, quizá de manera más contundente proclamó como uno de sus objetivos un “Pacto de cero tolerancias a la corrupción y a la falta de transparencia”, y asignó a la Secretaría de Transparencia, como estrategia para prevenir los riesgos de corrupción, la formulación e implementación de la Política Pública relacionada con “Transparencia, Integridad, Legalidad y Estado Abierto”.

La Estrategia Nacional de Lucha Contra la Corrupción anunciada en el artículo 200 de Ley n. 2.294 de 2023 tiene un sabor continuista, pues remite evidentemente a la caudalosa legislación existente en materia de protección de los derechos humanos, acceso a la

⁵ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

⁶ “Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones”.

⁷ “Por medio de la cual se adoptan medidas en materia de transparencia, prevención y lucha contra la corrupción y se dictan otras disposiciones”.

información pública, veedurías ciudadanas, transparencia en la contratación y lucha contra la corrupción.

El uso de tecnología digital para combatir la corrupción ha sido un tema relevante en los últimos años en América Latina, Colombia incluida. De ahí la creación de plataformas para presentar en línea denuncias de corrupción en forma segura y anónima, y la implementación de sistemas de compras públicas electrónicas para reducir la corrupción en los procesos de adquisición de bienes y servicios. Las políticas de gobierno abierto y de datos abiertos también se han generalizado, pues fomentan la transparencia y permiten a los ciudadanos hacer un seguimiento efectivo de los recursos y las decisiones gubernamentales. Incluso se están usando ya técnicas avanzadas de inteligencia artificial y análisis de datos para identificar patrones y detectar posibles casos de corrupción⁸.

2.5. Legislación sobre publicidad de los actos oficiales

El deber de publicidad de los actos oficiales, así como el coetáneo derecho ciudadano de recabar información relativa a informaciones o documentos oficiales, respaldado en la explícita consagración constitucional del derecho de petición, son instituciones que cuentan con antecedentes antiguos dignos de mencionar en la legislación colombiana. Así, por ejemplo, la Ley n. 149 de 1888 reguló en el artículo 357 el derecho ciudadano de acceso a la información, y el artículo 334 de la Ley n. 4 de 1913 reiteró la garantía del derecho de petición.

Posteriormente el Decreto n. 2.733 de 1959 reglamentó el procedimiento que debía seguirse para garantizar el derecho de petición, a propósito del cual aseveró que su efectivo ejercicio obraba “en provecho común de los gobernados y de los gobernantes”. Años más tarde el Decreto n. 01 de 1984 consagró y reguló entre otros principios el de publicidad de todos los actos del Estado, además del derecho a la información. La Ley n. 57 de 1985 robusteció el principio de publicidad de los actos y documentos oficiales y el derecho de petición. La Constitución de 1991 reitera estos principios, además de los de prevalencia del interés general, igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y participación⁹.

⁸ SANTISO, Carlos; CETINA, Camilo. *DIG integridad: la transformación digital de la lucha contra la corrupción*. Caracas: CAF, 2022. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1901>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁹ A propósito de los partidos y movimientos políticos, el artículo 107 de la Constitución establece que estarán sujetos a los principios rectores de transparencia y moralidad, entre otros.

La citada Ley n. 1.437 de 2011 consagra, al lado del principio de transparencia, el de publicidad, que es instrumento y condición necesaria de aquella. Si la administración no estuviera sujeta al deber de informar, los ciudadanos difícilmente podrían tener noticias de su actividad, como requiere el principio de transparencia. El artículo 3° de esta ley fija el principio de publicidad de las actuaciones y procedimientos administrativos en los siguientes términos:

[...] 9. En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, ésta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma.

La disposición transcrita transforma el principio de publicidad en un deber estatal de permanente información sobre sus actividades y, en especial, de sus decisiones. Las autoridades deben, por tanto, dar a conocer “sus actos, contratos y resoluciones”. Quiere la ley que esta función difusiva de lo que hace la administración sea constante y sistemática, es decir, que no se produzca simplemente como reacción a requerimientos de los ciudadanos, ni que los datos oficiales fluyan solo como respuesta a las demandas particulares, sino que las autoridades los suministren sin restricción y espontáneamente¹⁰.

El derecho de acceso a la información o a los documentos que se encuentren en poder de las autoridades no puede ser desconocido ni condicionado discrecionalmente por estas. En relación con esta importante cuestión ha precisado la Corte Constitucional que únicamente es legítima una restricción del derecho de acceso a la información pública o el establecimiento de una reserva sobre determinadas informaciones o documentos cuando lo autorice expresamente la Constitución o la ley¹¹.

¹⁰ Es lo que la Ley de Transparencia 1712 de 2014 denomina en el artículo 3° “principio de la divulgación proactiva de la información”.

¹¹ Sentencia C-491 de 2007.

2.6. Legislación sobre transparencia

El derecho de acceso a la información y, por ende, la aplicación de los principios de transparencia y publicidad, contribuyen al control ciudadano sobre las agencias estatales al obligarlas a publicitar y explicar las decisiones adoptadas y el uso que le han dado al poder y a los recursos públicos, y son por tanto valiosos instrumentos para combatir la corrupción y dar eficacia al principio de legalidad¹².

En consonancia con el artículo 74 de la Constitución, relativo al derecho a la información, según el cual *“Todas las personas tienen derecho a acceder a los documentos públicos salvo los casos que establezca la ley”*, la actividad entera del Estado debe ser visible para todos los ciudadanos, como si se desarrollara dentro de una urna de cristal. Nada que sea de interés público, y ninguna de las conductas de los funcionarios que se origine en el ejercicio de sus atributos, puede permanecer vedado al conocimiento de la sociedad.

Del acceso a la información y a la circulación de datos, en la sociedad democrática, se predicen dos reglas de oro, de una u otra manera consagrada en las Constituciones: la información sobre el Estado es (o debe ser) pública, en tanto que la información sobre las personas es privada o reservada. La primera se rige por el principio de transparencia, la segunda por el derecho denominado de *habeas data*.

La reserva sobre la información relativa al Estado es excepcional. En cambio, la reserva sobre la información de las personas es la regla general. Es por estas razones que únicamente la ley puede indicar en qué casos la información pública es reservada, y cuándo la información privada puede trascender al conocimiento de terceras personas.

La Ley n. 1.581 de 2012, sobre protección de datos personales o *habeas data*, consagra el principio de transparencia en los siguientes términos:

e) Principio de transparencia: En el Tratamiento debe garantizarse el derecho del Titular a obtener del Responsable del Tratamiento o del Encargado del Tratamiento, en cualquier momento y sin restricciones, información acerca de la existencia de datos que le conciernan.

Por las dos vías, la de la publicidad de la información pública, y la privacidad de los datos personales, se defienden las libertades públicas y, por ende, la democracia. No seríamos libres si el Estado pudiera, legalmente, ocultar al público sus maquinaciones o

¹² Sentencia T-511 de 2010.

mentirle sobre lo que ocurre en sus oficinas. Tampoco sería posible la libertad si los poderes de escrutinio y vigilancia estatales estuvieran legitimados para invadir la vida privada de las personas o para extenderse a las reconditces de nuestro pensamiento.

Aun cuando el principio de transparencia solo será objeto de regulación explícita en leyes de reciente expedición, hizo precoz aparición en la Ley n. 80 de 1993, Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, que en el artículo 23 lo incluyó entre los principios de la contratación administrativa. El artículo 24 de esta ley enuncia fugazmente el principio de transparencia para hacerlo consistir en la regla conforme a la cual *“La escogencia del contratista se efectuará siempre a través de licitación o concurso públicos”*.

La transparencia irrumpió en leyes posteriores con notable énfasis y reiteración. Así, por ejemplo, la ley n. 1.437 de 2011, *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, aborda la transparencia como principio y la instrumenta mediante varios mecanismos que buscan darle eficacia.

La Ley n. 1.474 de 2011¹³, estatuto anticorrupción, regula prolijamente la eficiencia y la transparencia en el Título I, que con detalle fija las condiciones y requisitos que se aplican a las distintas modalidades de selección de los contratistas y a los distintos tipos de contratos, da renovado impulso a la contratación pública electrónica y reorganiza e integra los distintos sistemas de información, registro y gestión contractual pública. Esta ley, además, impone a las entidades públicas la obligación de publicar información veraz, responsable, ecuánime, suficiente y oportuna sobre los proyectos de pliegos de condiciones y estudios previos, con el propósito de permitir a todos los interesados formular observaciones a su contenido.

Mediante el Decreto n. 4.170 de 2011 el gobierno nacional creó la *Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente*, entidad descentralizada que impulsa políticas públicas orientadas a la organización y articulación de los partícipes en los procesos de compras y de contratación pública, con el fin de lograr una mayor eficiencia, transparencia y optimización de los recursos del Estado. En cumplimiento de esta misión, la Agencia administra el *Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP)*, que es una plataforma transaccional por medio de la cual compradores y proveedores pueden realizar, enteramente en línea, el proceso de contratación con el Estado¹⁴.

¹³ “Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública”.

¹⁴ COLOMBIA. *SECOP II*. Miércoles, 17 nov. 2021. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Por su parte, el Decreto n. 019 de 2012¹⁵, estatuto antitrámites, invoca en sus considerandos la transparencia como principio afin al postulado de buen gobierno y a los principios de eficiencia, equidad, eficacia, economía y moralidad pública, como medios necesarios para racionalizar los trámites, procedimientos y regulaciones.

También la Ley n. 1.551 de 2012¹⁶ proclama en el literal f) del artículo 4º, sobre principios rectores del ejercicio de la competencia municipal, los principios de responsabilidad y transparencia, en virtud de los cuales los municipios asumirán las competencias a su cargo *“garantizando su manejo transparente”*. Agrega la norma que, en desarrollo de este principio, las autoridades municipales promoverán el control ciudadano de las actuaciones de la administración *“a fin de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción relacionados con la ejecución del presupuesto y la contratación estatal”*.

La Ley n. 1.712 de 2014, *“Por medio de la cual se crea la ley de transparencia y del derecho de acceso a la información pública nacional y se dictan otras disposiciones”*,¹⁷ impuso a todas las entidades públicas, entre otras, las obligaciones de: poner a disposición del público, en la página web, toda la información institucional y proveer apoyo y asistencia en relación con trámites y servicios que se presten por medios electrónicos y presenciales; desarrollar criterios diferenciales de accesibilidad que permitan a poblaciones específicas acceder a la información pública en sus diversos idiomas y lenguas, así como a la población en condición de discapacidad; publicar las contrataciones en curso con un vínculo al sistema electrónico para la contratación pública; asegurar que sus sistemas de información electrónica estén alineados con la estrategia de *Gobierno en Línea*¹⁸.

El diseño, promoción e implementación de la política pública de acceso a la información pública está a cargo de la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, el Ministerio de Tecnología de la Información y Comunicaciones, el Departamento Administrativo de la Función Pública (DAFP), el Departamento Nacional de Planeación

¹⁵ “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”.

¹⁶ “Por la cual se dictan normas para modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios”.

¹⁷ El Decreto n. 1081 de 2015 reglamenta la Ley n. 1.712 de 2014, establece los lineamientos para la implementación del derecho de acceso a la información pública y dispone sobre la clasificación de la información, los procedimientos de solicitud de información y las excepciones al acceso a la información.

¹⁸ BECERRA, Augusto Hernández. Del derecho de petición a la transparencia digital en Colombia. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo: RT, ano 6, n. 20, p. 281-308, jan./mar. 2022. Disponible en: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/rdai20becerra>. Acceso en: 15 oct. 2023.

(DNP), el Archivo General de la Nación y el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE)¹⁹.

2.7. La política de Gobierno abierto o Estado abierto

2.7.1. Fundamentos doctrinarios

La teoría del gobierno abierto o del Estado abierto propone modernizar la administración pública para, por medio de las tecnologías de la información y las comunicaciones, lograr objetivos de eficiencia, transparencia, lucha contra la corrupción, participación ciudadana y consolidación del sistema democrático.

El modelo de gobierno abierto o de Estado abierto viene a ser una de las más recientes iniciativas globales de reforma de la administración, promovida al unísono por el gobierno de los Estados Unidos, la ONU, el CLAD, la CEPAL y la OCDE, además de organismos multilaterales de crédito, e instituciones académicas, científicas y empresariales. El concepto de gobierno abierto recoge experiencias, buenas prácticas, políticas públicas y normas que han demostrado ser eficaces para mejorar la gestión gubernamental, relegitimar las instituciones democráticas y apuntalar el estado de derecho, mediante el uso intensivo de las tecnologías de la información y las comunicaciones, y el diseño y ejecución de políticas de transparencia y participación ciudadana.

Entre los principales antecedentes de esta doctrina pueden citarse:

- (i) la Alianza para el Gobierno Abierto – AGA (*Open Government Partnership - OGP*), nacida en 2007 como una idea del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, que se formalizó en 2011 para convertirse en una iniciativa multilateral que agrupa a gobiernos e instituciones de la sociedad civil;
- (ii) la Agenda 2030 adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en septiembre de 2015, integrada por 17 objetivos para el desarrollo sostenible (ODS), entre los cuales se destaca el objetivo 16,²⁰ que plantea una reforma del Estado

¹⁹ Entre muchas otras páginas web sobresalen en las políticas de gobierno en línea y transparencia: <http://www.anticorrupcion.gov.co>, <http://www.contratacionenlinea.co>, www.colpensiones.gov.co, www.defensajuridica.gov.co, <http://www.atencionyreparacion.gov.co>, <http://www.portalterritorial.gov.co>, <http://www.banrep.gov.co>, <http://www.creg.gov.co>, <http://www.dps.gov.co> etc.

²⁰ Objetivo 16. Promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces e inclusivas que rindan cuentas.

para una gestión pública eficaz, mediante la transparencia, el acceso a la información, la rendición de cuentas públicas, la participación ciudadana y la colaboración para la innovación.

De acuerdo con la OCDE, las estrategias de Gobierno Abierto son necesarias para recuperar la confianza de los ciudadanos y promover la democracia y el crecimiento²¹. La OCDE enumera como reformas necesarias de gobierno abierto, las siguientes:

- (i) Constituciones nacionales,
- (ii) libertades de expresión, información y prensa,
- (iii) leyes de participación ciudadana,
- (iv) leyes de libre acceso a la información pública,
- (v) leyes de transparencia,
- (vi) leyes de integridad,
- (vii) leyes de rendición de cuentas,
- (viii) leyes sobre archivos nacionales.

Por su parte la CEPAL sostiene que el gobierno abierto es una “nueva forma de gobernar” para, con y a través de los ciudadanos, que fortalece la nueva “ecuación entre el estado, el mercado y la sociedad.” Según la visión de este organismo, el gobierno abierto reconfigura el Estado y fortalece la democracia porque sintoniza con la cultura digital, la cual prefiere compartir, dialogar y concertar, antes que imponer la autoridad, mediante el uso de formatos de colaboración, reciprocidad y conocimiento compartido.²²

Por su parte el CLAD promovió la Carta Iberoamericana de Gobierno Abierto, que fue adoptada en Cartagena de Indias en 2016.²³ La Carta señala como finalidad del gobierno abierto la concreción del derecho de los ciudadanos a un buen gobierno, que se traduce en bienestar y prosperidad, mejores servicios públicos, calidad de vida, fortalecimiento de

²¹ OECD. *Gobierno abierto: contexto mundial y el camino a seguir*. Aspectos claves. [S.l.]: OECD, 2016. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Open-Government-Highlights-ESR.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²² NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²³ CLAD. *Carta iberoamericana de gobierno abierto*. Bogotá, Colombia: CLAD, 2016. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-07-2016.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

la democracia, confianza en la administración pública, y respeto a la dignidad humana y a la diversidad cultural. Para tales efectos la Carta consagra cuatro pilares del gobierno abierto, similares a los postulados por la Agenda 2030:

- (i) transparencia y acceso a la información pública,
- (ii) rendición de cuentas públicas,
- (iii) participación ciudadana y
- (iv) colaboración e innovación pública y ciudadana.

A la idea inicial de “apertura” del gobierno se ha ido agregando una concepción más amplia, en el sentido de que las innovaciones técnicas y los avances democráticos de dicha apertura no pueden limitarse a la esfera de la rama ejecutiva o de la administración pública, sino que deben trascender a la totalidad de los organismos del Estado en sus diversas ramas y funciones. Es por esta razón que se prefiere hablar no de gobierno abierto sino de Estado abierto²⁴.

2.7.2. Política pública para construir el modelo de Estado abierto en Colombia

Colombia, al igual que otros países democráticos, había implementado iniciativas que ahora se rotulan como de *gobierno abierto*, antes de que se popularizara esta noción, como ya antes se ha relatado.

De la adopción del modelo de Estado abierto en Colombia se han ocupado, de una parte, el Plan Nacional de Desarrollo, que se expide por ley cada cuatro años, y de otra parte el Consejo Nacional de Política Económica y Social (CONPES), que es la máxima autoridad nacional de planeación y organismo asesor del gobierno en todos los aspectos relacionados con el desarrollo económico y social del país. El CONPES actúa por medio de documentos en los cuales el gobierno formula y decide la política pública que orienta toda su actividad administrativa²⁵.

²⁴ NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 31 y ss.

²⁵ El CONPES es la máxima autoridad de planeación y lo integran el Presidente de la República, quien lo dirige, el Vicepresidente de la República, todos los Ministros, el Director del Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, el Director del Departamento Nacional de Planeación y el Director del Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias. El Departamento Nacional de

Es así como en el documento CONPES 4070 de 2021, denominado “Lineamientos de política para la implementación de un modelo de Estado Abierto”, el gobierno reconoce la insuficiente articulación de normas, actores institucionales y sociedad alrededor de la construcción de confianza pública en el marco de la transición hacia un Estado abierto. En consecuencia, propone lineamientos de política pública para poner en marcha un modelo de Estado Abierto que promueva un mejor desempeño de la administración pública basado en la confianza, y deja constancia de que, con esta política, se da cumplimiento a los acuerdos internacionales derivados del ingreso del país a la OCDE y se avanza hacia el cumplimiento de la Agenda 2030.

Al definir la política de Estado Abierto el documento CONPES 4070 fija como objetivos específicos cinco ejes, a saber:

- (i) fortalecer la garantía del derecho de acceso a la información pública,
- (ii) desarrollar la cultura de integridad pública,
- (iii) consolidar la capacidad institucional de lucha contra la corrupción y la cultura de la legalidad,
- (iv) robustecer los procesos de corresponsabilidad entre actores para la generación de valor público,
- (v) impulsar iniciativas de innovación pública como una herramienta transversal para consolidar procesos orientados a un Estado Abierto.

3. EN LAS FRONTERAS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

De lo hasta aquí expuesto se desprende que el Estado colombiano inició, hace más de veinte años, un lento proceso de adaptación para incorporar en sus organizaciones, procesos y procedimientos, la tecnología de la información y las comunicaciones, y, más recientemente, para utilizar medios tecnológicos avanzados.

La epidemia del covid-19, sin embargo, aceleró repentinamente lo que había sido hasta entonces una perezosa evolución, y, como ocurrió en el mundo entero, la crisis obligó a hacer de una vez los cambios que se habían programado para el mediano y largo plazo.

De esta manera la transformación informática de los sectores público y privado, así como de la sociedad misma, se ha convertido en una sorprendente realidad, en la que la administración pública se aproxima ya a la frontera tecnológica de la inteligencia artificial, IA, concepto que ha entrado a formar parte de las más recientes medidas, normas y políticas.

De esta última fase forman parte varias leyes, documentos de política pública y procesos de reestructuración administrativa. En tiempos muy recientes la Ley n. 2.195 de 2022, sobre transparencia, prevención y lucha contra la corrupción, y la Ley n. 2.213 de 2022, que implanta de manera definitiva la justicia digital, a la cual se llegó repentinamente, pero con buen suceso, como consecuencia de la pandemia del covid-19, son una buena aproximación normativa al ideal del Estado abierto²⁶.

Son numerosas las herramientas tecnológicas desarrolladas por la administración para hacer efectiva la *ciudadanía digital*, mediante el contacto virtual ciudadano-autoridad, el sostenimiento de páginas web por parte de todas las entidades públicas, nacionales y territoriales, y la popularización de los teléfonos celulares. Gracias a la densa dotación ciudadana e institucional de medios electrónicos, ha sido posible desarrollar importantes herramientas tecnológicas para la interlocución sociedad- estado, con gran beneficio para las personas y también para las instituciones. En este aspecto cabe mencionar, además de las páginas web singulares de más de mil quinientas instituciones públicas, idóneas para interactuar con los ciudadanos, el *Portal del Estado Colombiano*²⁷, punto web que unifica el acceso a la información, los trámites y los servicios a cargo de las entidades del Estado.

El Decreto n. 2.106 de 2019²⁸ ordenó simplificar, suprimir y reformar trámites, al igual que modernizar el funcionamiento de la administración para implantar trámites, procesos y procedimientos administrativos sencillos, ágiles, coordinados, modernos y digitales. El capítulo II de esta ley, que se intitula “Transformación Digital para una Gestión Pública Efectiva”, estableció para la administración el deber y para los ciudadanos el derecho, de utilizar medios electrónicos mediante el modelo de *Servicios Ciudadanos Digitales*²⁹, que

²⁶ JORDÁN MOSQUERA, Daniela. El Decreto n. 806 de 2020 y su adopción como legislación permanente mediante la Ley n. 2.213 de 2022. *Boletín Virtual*, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Procesal, 4 oct. 2022. Disponible en: <https://procesal.uexternado.edu.co/el-decreto-806-de-2020-y-su-adopcion-como-legislacion-permanente-mediante-la-ley-2213-de-2022/#:~:text=La%20Ley%202213%20de%202022%20mantiene%20la%20virtualidad%20como%20regla, donde%20no%20se%20disponga%20de>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁷ GOBIERNO en línea. Disponible en: <https://www.gobiernoenlinea.com.co/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁸ “Por el cual se dictan normas para simplificar, suprimir y reformar trámites, procesos y procedimientos innecesarios existentes en la administración pública”.

²⁹ V. Decreto n. 620 de 2020 “Por el cual se establecen los lineamientos generales en el uso y operación de los servicios ciudadanos digitales”.

provee procedimientos y soluciones tecnológicas para la interacción digital de la administración con los ciudadanos³⁰.

Ahora bien, la frontera de la digitalización administrativa se corrió nítidamente a partir del Documento CONPES 3975 de 2019, mediante el cual el Consejo Nacional de Política Económica y Social adoptó e implantó una política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial³¹.

Esta política tiene por objeto generar valor social y económico por medio del uso de las tecnologías y la innovación digitales pública y privada, e impulsar la competitividad y la productividad, de manera que Colombia pueda aprovechar las oportunidades y enfrentar los retos relacionados con la Cuarta Revolución Industrial (4RI), que es la revolución de los datos y el big data, del almacenamiento masivo de información y la inteligencia artificial.

El CONPES 3975 traza una ruta detallada para la transformación digital del Estado y del sector productivo, y plantea un enfoque en Inteligencia Artificial que comprende, entre otras, las siguientes acciones, dirigidas a los sectores público y privado:

- (i) fortalecer las competencias del capital humano para afrontar la 4RI, favoreciendo el desarrollo de competencias digitales durante la trayectoria educativa y la configuración de ecosistemas de innovación a través de alianzas internacionales para la formación de talento con prioridad en IA;
- (ii) impulsar otras tecnologías de la 4RI por medio del fomento al desarrollo de tecnologías digitales, la creación de ambientes de prueba regulatorio, financiamiento para la investigación y desarrollo tecnológico de IA.

De esta manera el gobierno hace una apuesta por la transformación digital, que está revolucionando la economía y la cultura, y es uno de los principales motores de la cuarta revolución industrial (4RI). La transformación digital incluye otras tecnologías digitales de la 4RI, como el Internet de las cosas, la robótica y la computación cuántica, que están trayendo el futuro a tiempo presente, y comienzan a impactar en la forma como vivimos, trabajamos e interactuamos.

³⁰ La Ley n. 2.052 de 2020, “Por medio de la cual se establecen disposiciones transversales a la rama ejecutiva del nivel nacional y territorial y a los particulares que cumplan funciones públicas y/o administrativas, en relación con la racionalización de trámites y se dictan otras disposiciones”, reitera el deber que tiene el Estado de automatizar y digitalizar la gestión interna de trámites.

³¹ COLOMBIA. *Documento CONPES 3975*. Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial. 2019. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Esta dirección de la política pública es consonante con la *Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública*, aprobada por los 23 países miembros del CLAD en la XIX Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de la Administración Pública y Reforma del Estado celebrada en Andorra el 8 de octubre de 2020. Entre sus numerosas disposiciones, la Carta destaca el teletrabajo como un ejemplo elocuente de una nueva forma de gestión pública eficiente que, además, fomenta el trabajo colaborativo, facilita las lógicas de inteligencia colectiva, y forma parte de lo que denomina la *Administración pública inteligente*³².

En lo concerniente a las relaciones entre Inteligencia artificial y administración pública, la Carta señala que la Administración pública no debe ser reactiva a la innovación de la gestión por la vía de la inteligencia artificial y, por el contrario, debe coliderar con el sector privado la agenda de innovación canalizada por la inteligencia artificial y la robótica. Se confía, por otra parte, en que la digitalización, la robotización y la gestión por la vía de la inteligencia artificial de la burocracia pueden contribuir decisivamente a erradicar la corrupción administrativa.

En sus fases más avanzadas la inteligencia artificial se manifiesta en el *internet de las cosas*, que permite la comunicación y el intercambio de datos entre objetos cotidianos sin intervención humana directa, y que en la administración pública tiene aplicaciones tan útiles como la digitalización de los flujos de tráfico urbano a través de cámaras y el reconocimiento de objetos y personas para efectos de seguridad.

Finalmente, se avanza hacia la creación de máquinas capaces de trabajar de una manera totalmente autónoma, aprehender el mundo y darle forma con sus acciones independientes. Esta última etapa es la que en algunos contextos se denomina singularidad (singularity), el momento en el que las máquinas serían capaces de pensar y actuar de forma independiente y, por consiguiente, al margen de los seres humanos³³.

³² CLAD. *Inteligencia artificial y ética en la gestión pública*. Caracas: CLAD, 2021. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/03/Libro-7-Inteligencia-artificial-y-%C3%A9tica-en-la-gesti%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>. Acceso en: 15 out. 2023.

³³ CLAD. *Inteligencia artificial y ética en la gestión pública*. Caracas: CLAD, 2021. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/03/Libro-7-Inteligencia-artificial-y-%C3%A9tica-en-la-gesti%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>. Acceso en: 15 out. 2023.

4. CONCLUSIÓN

La transformación digital de las organizaciones alude a los efectos económicos y sociales derivados de la digitalización, el procesamiento de los datos y el uso de las tecnologías digitales para desarrollar nuevos productos y servicios. Forma parte de la cuarta revolución industrial, que va dejando huella profunda en las reformas de la administración pública del presente.

Es evidente que la incorporación de la tecnología digital a los procesos y procedimientos de la administración pública le han permitido al Estado adoptar decisiones más eficientes, rápidas y masivas, facilita la publicidad y la transparencia de la gestión pública, contribuye a erradicar la corrupción, favorece el desarrollo de un Estado abierto. Este nuevo tipo de modernidad propicia el cumplimiento de los fines estatales, fortalece la legitimidad de las instituciones democráticas y produce mayor bienestar.

Con todo, la digitalización administrativa conlleva riesgos de naturaleza ética y política. Los procedimientos administrativos, según los hemos conocido tradicionalmente, se componen de reglas formuladas a partir de palabras que representan conceptos, objetos y acciones, y se combinan gramaticalmente para formar oraciones y expresar significados más complejos. Así han sido redactados los procedimientos administrativos por juristas y administradores públicos, mediante textos que son debatidos y aprobados por el poder legislativo. Dichas reglas, vertidas en un lenguaje que todo el mundo puede consultar y entender, permiten al ciudadano, al funcionario y al juez verificar que el contenido y la aplicación de dichas reglas a casos concretos sea acorde con la justicia y el ordenamiento jurídico.

Sin embargo, el conocimiento, la comprensión y el control público de las reglas administrativas se oscurece en la era digital. Las normas de la administración digital son elaboradas por ingenieros, por desarrolladores de la tecnología digital. La digitalización de los datos, su codificación y la secuencia de procedimientos mediante algoritmos que pretenden imitar procesos racionales, encierran la lógica de la actividad administrativa, antes pública y descifrable, en una caja negra accesible y comprensible únicamente para los técnicos que diseñan y administran los procedimientos administrativos digitales.

Los ciudadanos, al relacionarse con el Estado, ya no se comunican con personas sino con máquinas, cuya “inteligencia” ha sido programada para que realicen automáticamente muchas de las tareas que antes realizaban los funcionarios. Las decisiones de los funcionarios pueden ser reconsideradas porque se trata de una relación entre inteligencias afines. Pero, cuando son máquinas las que reciben, rechazan o tramitan peticiones, las sus-

tancian y las deciden con base en informaciones estadísticas, procedimientos automáticos y soluciones tipo, la respuesta final es prácticamente incuestionable para el ciudadano.

No es fácil la mutua comprensión entre una persona y una máquina, porque la causa de los eventuales errores de programación de la máquina suele ser indetectable para el ciudadano común, y porque la motivación automática del sistema no admite argumentos alternativos. Al no ser posible el diálogo entre un ser racional y un objeto que trata de imitar la racionalidad humana, en situaciones extremas serán infructuosos los esfuerzos del ser humano para procurar que la máquina razone en su favor frente a una decisión cuestionable.

La digitalización administrativa simplifica numerosas tareas rutinarias y masivas del Estado, pero suscita enorme preocupación cuando se extiende a decisiones relacionadas con los derechos de las personas. En tales casos la “clausura algorítmica a la deliberación” emerge como una negación a los derechos de defensa y contradicción, y por tanto al debido proceso.

Finalmente, los riesgos de las nuevas tecnologías aplicadas a la administración pública se convertirán en amenaza cuando los sistemas digitales, a partir de la reiteración y del ingreso de nuevos datos, no solo ejecuten las secuencias algorítmicas cada vez mejor, sino terminen aprendiendo y generando nuevo conocimiento de manera autónoma y por fuera del control humano. Habrá llegado entonces la inteligencia artificial en todo su esplendor.

Ante la inminencia de este inquietante futuro, por doquier se elevan voces de advertencia, para que las legislaciones adopten medidas preventivas y establezcan controles que permitan acotar prudentemente los alcances de la inteligencia artificial en el gobierno de las sociedades. Así, por ejemplo, la *Carta Iberoamericana de Innovación en la Gestión Pública* recomienda someter los algoritmos públicos, los procesos y el tipo de información con los que se alimentan los dispositivos de inteligencia artificial a la aprobación y monitoría de una agencia pública independiente que, además, verifique el cumplimiento de principios éticos y valores públicos.

La digitalización de los procedimientos administrativos tiene dos caras. Una nos llena de optimismo y de confianza en la realización del derecho a una buena administración, y en ese sentido avanzamos a pasos agigantados. La otra genera fundada incertidumbre alrededor de la vigencia de los derechos humanos y la preservación de la democracia, por lo cual se hace necesaria una cuidadosa regulación.

REFERENCIAS

BECERRA, Augusto Hernández. Del derecho de petición a la transparencia digital en Colombia. *Revista de Direito Administrativo, Infraestrutura, Regulação e Compliance*, São Paulo: RT, ano 6, n. 20, p. 281-308, jan./mar. 2022. Disponible en: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/rdai20becerra>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CLAD. *Carta iberoamericana de gobierno abierto*. Bogotá, Colombia: CLAD, 2016. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2020/07/Carta-Iberoamericana-de-Gobierno-Abierto-07-2016.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CLAD. *Inteligencia artificial y ética en la gestión pública*. Caracas: CLAD, 2021. Disponible en: <https://clad.org/wp-content/uploads/2021/03/Libro-7-Inteligencia-artificial-y-%C3%A9tica-en-la-gesti%C3%B3n-p%C3%BAblica.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

COLOMBIA. *Documento CONPES 3975*. Política nacional para la transformación digital e inteligencia artificial. 2019. Disponible en: <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3975.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

COLOMBIA. *SECOP II*. Miércoles, 17 nov. 2021. Disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/secop-ii>. Acceso en: 15 oct. 2023.

GOBIERNO en línea. Disponible en: <https://www.gobiernoenlinea.com.co/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

JORDÁN MOSQUERA, Daniela. El Decreto n. 806 de 2020 y su adopción como legislación permanente mediante la Ley n. 2.213 de 2022. *Boletín Virtual*, Universidad Externado de Colombia, Departamento de Derecho Procesal, 4 oct. 2022. Disponible en: <https://procesal.uexternado.edu.co/el-decreto-806-de-2020-y-su-adopcion-como-legislacion-permanente-mediante-la-ley=2213--de2022-/#:~:text=La%20Ley%202213%20de%202022%20mantiene%20la%20virtualidad%20como%20regla, donde%20no%20se%20disponga%20de>. Acceso en: 15 oct. 2023.

NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

OECD. *Gobierno abierto: contexto mundial y el camino a seguir. Aspectos claves*. [S.l.]: OECD, 2016. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Open-Government-Highlights-ESP.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

SANTISO, Carlos; CETINA, Camilo. *DIG integridad: la transformación digital de la lucha contra la corrupción*. Caracas: CAF, 2022. Disponible en: <https://scioteca.caf.com/handle/123456789/1901>. Acceso en: 15 oct. 2023.



PARTICIPAÇÃO POPULAR, DEMOCRACIA E ESTADO DE DIREITO – EM DEFESA DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL E DEMOCRÁTICA NA CONSTRUÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS URBANAS

Lúgia Maria Silva Melo de Casimiro¹

SUMÁRIO

- 1.** Introdução;
- 2.** Gestão democrática para construir políticas urbanas efetivas;
- 3.** Instrumentalizando a gestão para a participação efetiva;
- 4.** Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O processo de formação dos espaços urbanos reflete o perfil sociológico de uma determinada comunidade, podendo acontecer de maneira voluntária ou mesmo direcionada por estímulos variados. De toda forma, a urbanização traz em si a complexidade das relações socioeconômicas, culturais e políticas, bem como os problemas que se formam a partir de tais relações, resultando em deterioração dos recursos naturais, do meio ambiente urbano, potencializando a inacessibilidade da cidadania pela ausência ou estrangulamento

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professora da graduação e pós-graduação da Universidade Federal do Ceará. Diretora do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Presidente do Instituto Cearense de Direito Administrativo (ICDA), coordenadora regional do Instituto Brasileiro de Direito Urbanístico (IBDU).

de bens e serviços urbanos², especialmente a moradia adequada, a mobilidade, a manutenção da saúde, tornando a cidade o local das violações e da negação da vida digna.

Para dar resposta a tais problemas é preciso elaborar estratégias de ação que passem pelo planejamento, tendo como referência proposições transformadoras das condições as quais se encontram as pessoas no ambiente da cidade, bem como suas necessidades. As políticas públicas precisam de um tipo de planejamento, capaz de estabelecer um canal formal de informações e comunicação para o desenvolvimento, instrumentaliza também o diálogo com a população cidadina, já que a mudança estrutural da cidade envolve também a mudança de comportamentos em que estão envolvidos todas/todos que dela usufruem, desde o indivíduo, a iniciativa privada e o próprio poder público, gestor dos espaços urbanos, considerando sempre que a garantia da universalidade inclui reconhecer os conflitos socioeconômicos, de raça, gênero, religiosos e sexuais³.

² BRAVO, Alvaro A. Sanchez. Infraestructura verde em la unión europea: una apuesta por la biodiversidade. In: BRAVO, Alvaro A. Sanchez; GABARDO, Emerson (coedit.). *Estudios sobre desarrollo socioambiental*. Sevilla: Punto Rojo, 2015. p. 101-102.

³ Importante não se afastar das previsões legais, sob a égide da configuração solidária e programática que possui o Estado constitucional brasileiro. O Estatuto da cidade não é um plano sobre como se pode intervir no Município sob a perspectiva da urbanização, trata-se de uma lei formal que estabelece deveres de agir a partir de diretrizes e objetivos a serem alcançados, indicando para tanto a provisão de mais instrumentos normativos, como um novo que deve ser desenhado, sem perder o fio da meada. Art. 2o A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações; II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano; III – cooperação entre os governos, a iniciativa privada e os demais setores da sociedade no processo de urbanização, em atendimento ao interesse social; IV – planejamento do desenvolvimento das cidades, da distribuição espacial da população e das atividades econômicas do Município e do território sob sua área de influência, de modo a evitar e corrigir as distorções do crescimento urbano e seus efeitos negativos sobre o meio ambiente; (BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 out. 2023).

2. GESTÃO DEMOCRÁTICA PARA CONSTRUIR POLÍTICAS URBANAS EFETIVAS

No Brasil, o Estatuto da Cidade, Lei n. 10.257/2001, a principal norma de definição sobre instrumentos de política urbana reconhece a cidadania ativa⁴ pela participação social, como uma condição sem a qual a cidade não pode ser planejada e nem transformada em um espaço de convivência e subsistência capaz de propiciar aos indivíduos o desenvolvimento conjunto esperado.

A cidade desenhada, construída e acessível a todos e todas é o território de acesso e usufruto dos direitos fundamentais, posto que tais direitos se materializam à medida que os espaços urbanos tenham estruturas funcionais compatíveis com as demandas existentes, demandas essas que refletem as necessidades da comunidade⁵. O planejamento de políticas públicas urbanas tem a função de formatar a funcionalidade social da cidade, desde que a população seja a principal atora nesse processo.

Assim, tratar da participação popular no planejamento é abordar o tema da gestão democrática apontada pelo Estatuto da Cidade como diretriz geral de uma política para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana. Ressaltando, pois, que a definição da funcionalidade social urbana passa pela realização da dimensão política e simbólica do direito à cidade, a construção coletiva do (re) desenho que se quer imprimir ao território urbano.

A presença da população cidadina no âmbito de discussões e decisões sobre a política urbana local é necessária e obrigatória, podendo se efetivar de diferentes maneiras: seja no exercício da democracia semidireta, com a participação em audiências, consultas e reuniões públicas, seja ocupando espaços deliberativos tais como os conselhos, conferências, fóruns etc. A autodeterminação política age como critério de validade e legitimidade das decisões político administrativas de conteúdo urbano, servindo como orientação na

⁴ A cidadania ativa como participação popular capaz de criar, transformar e controlar o poder (BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa*: referendo, plebiscito e iniciativa popular. São Paulo: Ática, 2003. p. 20).

⁵ Emerson Gabardo chama a atenção para o não abandono dos valores e princípios constitucionais que tem o bem-estar social como referência. Embora sua abordagem se dê no âmbito da crítica à utilização da eficiência como legitimadora do Direito, entende-se que sua anotação, diante da análise da importância do direito à cidade para quem nela habita, reforça a natureza constitucional da funcionalidade que se espera do espaço urbano: a que garanta condições dignas de vida em seu território (GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003. p. 151).

construção de uma cidade menos desigual, um território que promova desenvolvimento ao invés de precarização da vida humana⁶.

O caráter político do planejamento, que a partir da Constituição de 1988 ganha contornos jurídicos parametrizadores, estabelece um vetor para a concretização do acesso ao direito à cidade. Assim sendo, necessita do protagonismo popular para garantir que sejam discutidas, reivindicadas e materializadas as condições para o exercício dos direitos, o qual, apesar da previsão da igualdade formal, não está acessível a todos os segmentos sociais⁷. Dessa forma, a competência para definir o ordenamento territorial, uso e ocupação do solo se divide entre as instituições públicas definidas constitucionalmente e a população, que tem sua participação indicada como um critério de validade da planificação, que assumirá seu caráter vinculante e obrigatório quando da sua aprovação⁸.

Diante dos problemas e desafios que a urbanização apresenta, tais como a degradação urbana ambiental, a segregação territorial pela inacessibilidade à terra urbana, altas densidades populacionais, ausência de infraestrutura e serviços de instrumentalidade viabilizadora das condições de vida digna, ainda sob o manto do machismo, xenofobia, racismo; pensar políticas públicas e ações interventivas para a cidade, junto da população, garante a possibilidade de maior eficiência e legitimidade para a atuação do poder público no atendimento das demandas sociais⁹.

Os processos de formulação de políticas públicas urbanas exigem a deliberação democrática, tendo em vista tratar-se de um processo coletivo, que tem por destinatário específico a população de um dado território. A previsão feita no Estatuto, abordando a elaboração do Plano Diretor municipal, define as diretrizes e também os instrumentos considerados fomentadores da participação, indicando diferentes atores políticos e seus diversos, convergentes e divergentes, interesses.

Sob a perspectiva da dimensão simbólica do direito à cidade, a diversidade possibilitada pela participação social garante uma leitura mais ampla dos territórios urbanos. Em uma visão macro e micro, é possível criar uma rede com possibilidades de produzir informações para a elaboração, implementação e avaliação das políticas públicas necessárias à

⁶ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 184-186.

⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 202.

⁸ COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982. p. 30-31.

⁹ GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do direito político*. São Paulo: Manole, 2003. p.165-166.

modificação da estrutura material e social na cidade¹⁰. Esse é o valor que contém a norma urbanística de conteúdo democratizante.

No debate sobre a promoção do direito à cidade, a sua razão de ser é a existência de todas as extensões da vida, em um ambiente no qual os indivíduos podem ser capazes de realizar o desejo do progresso, de maneira individual e conjunta, por meio de uma cidadania ativa com “participação consciente”¹¹. Cada um e todos devem ser responsáveis pela estruturação e desenvolvimento de mecanismos de intervenção, uso e ocupação dos espaços urbanos instrumentais à conquista de melhores condições de vida.

Sendo assim, volta-se ao tema da construção coletiva da cidade a ser ampliada e assumida na gestão pública, por meio de um processo que retira da própria constituição seu fundamento, legitimando as decisões administrativas que levam em conta a pluralidade conflituosa de interesses, a cidade informal, e não aquelas que são obra ou trabalho exclusivo de especialistas técnicos, muitas vezes responsáveis por um urbanismo excludente, incapaz de propor soluções reais aos problemas urbanos¹².

A urbanização, os espaços e bens públicos, sempre estiveram em poder do Estado-administração. O planejamento urbano é uma função pública, apresentando-se como uma atividade administrativa com toda a carga que lhe é característica, a de um processo multidisciplinar, envolvendo decisões políticas, técnicas e administrativas. Mas a cidade não é só um espaço traçado por linhas invisíveis que lhe delimitam sua forma, ela é resultado de manifestações culturais, sociais e econômicas que emergem nas práticas urbanas. Seu dinamismo está para além do controle formal, pois há um vínculo com o “exercer” a cidade, que está inserido nas necessidades físicas e psicológicas das pessoas¹³.

Nessa perspectiva, a estruturação de políticas urbanas solicita que a gestão garanta a presença da população, fonte e destinatária do poder político, para participar direta e substancialmente da formação de vontade sobre o bem comum¹⁴, nesse caso a (re)

¹⁰ SANTOS, Milton. *Espaço e sociedade*. São Paulo: Vozes, 1979. p. 28-30.

¹¹ MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Tradução de Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1998. p. 621.

¹² BARZ, Elton. Burocracia e cidade: um passeio pela história da Administração Pública em Curitiba. In: IMAP – Instituto Municipal de Administração Pública (org.). *Estado, planejamento e Administração Pública no Brasil*. Curitiba: IMAP, 2013. p. 45.

¹³ HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014. p. 142-144.

¹⁴ O autor defende um novo paradigma para a Democracia, para a dominação e para o povo, elementos da mesma. Muller afirma que “o povo nunca domina”, o que requer uma duplicação das instâncias, por instituições e direitos, para dificultar, complicar, dividir o “domínio oligárquico pela força do povo”. Nesse sentido, suas

estruturação do território da cidade em um sistema urbano que se aproxime ao máximo do atendimento ao bem-estar.

Promover a funcionalidade de uma cidade exige um conjunto de estruturas, mobiliários, atividades, constantes e intermitentes, administrativas, de gestão, de controle, obras e prestações de serviços urbanos. Tudo isso compõe um sistema complexo que envolve todo o território municipal, as zonas urbanas, rurais e de expansão urbana, as quais merecem um tratamento que componha a visão global às especificidades, a participação social e a capacidade orçamentária e de gestão administrativa, a partir de um tipo de planejamento transdisciplinar que afaste o improvisado.

3. INSTRUMENTALIZANDO A GESTÃO PARA A PARTICIPAÇÃO EFETIVA

A elaboração de políticas públicas e seu respectivo planejamento¹⁵ devem estar afinados às necessidades da população, tanto quanto às previsões constitucionais e infraconstitucionais, construindo a política de desenvolvimento urbano junto à população, por meio de um debate público formal e material sobre a cidade¹⁶. O ponto de partida para sua elaboração está definido no Estatuto da Cidade, com previsões que se espriam pelas legislações temáticas ao indicar o planejamento e a gestão democrática como instrumentos para o estabelecimento do que podemos chamar de um Sistema Nacional de Políticas Urbanas, com legislações específicas recebendo seu influxo nas áreas de saneamento básico, mobilidade, habitação, recursos hídricos.

O Plano Diretor, principal instrumento de construção da política urbana local, tem seus contornos previamente estabelecidos, com princípios para construção de uma política municipal urbana democrática e de cunho social, dado o papel que lhe foi conferido

ideias reforçam o substrato da participação social na elaboração de políticas urbanas, por meio do planejamento (MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 69-74).

¹⁵ Maria Paula Dallari defende as políticas públicas como diretrizes gerais para os indivíduos, as organizações e o próprio Estado promoverem bem-estar social. Mas, antes aponta para definições gerais e específicas sobre as técnicas de intervenção estatal e sua relação com a sociedade, citando Charles-Albert Morand e indicando o planejamento como um instrumento de atuação propulsiva em programas finalísticos tais como intervenções urbanísticas (DALLARI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002. p. 244-247).

¹⁶ CABANNES, Yves. *Presupuestos participativos: marco conceitual y análisis de su contribución a la Gobernanza Urbana ya los Objetivos de Desarrollo del Milenio*. Quito: PGU-ALC, UN-HABITAT, PNUD, 2004.

“dentro do sistema jurídico” pátrio. Por isso mesmo, não se trata de um documento a ser construído isoladamente, pois cuida de definir que tipo de comportamentos serão possíveis nos espaços da cidade, ainda que se apresente desacreditado como instrumento efetivo de transformações urbanas.

Tal legislação deve exprimir o direito à cidade, um direito humano que emerge da vida “vívda” como um direito coletivo e difuso se destacando da visão mais tradicional dos direitos humanos, pois se apresenta como um direito a viver e usufruir de condições adequadas em um território, que lhe permita explorar e desenvolver suas capacidades¹⁷. Se firma como um direito ao usufruto de um determinado local, onde se pode habitar e transitar em condições adequadas, desenvolvendo um conjunto de atividades de subsistência e possibilidades de avanços e progressos pessoais.

Sob tal perspectiva, ao poder público cabe a função de conjugar os interesses individuais e coletivos, bem como compete ações de redução das desigualdades socioeconômicas, da exclusão social e territorial, da pobreza urbana, sem se afastar de questões que envolvem discriminações de gênero, étnicas, culturais, por meio do controle de intervenções urbanas, atuando na coordenação de políticas gerais e setoriais voltadas ao bem-estar social. Tais tarefas impõem o diálogo com a população, legitimando o poder público a concretizar a ideia de governança. Sem diversidade, sem alteridade, não é possível falar em governança.

A cidade é um espaço coletivo em constante construção, um bem comum a todos e todas que dela queiram ou necessitem usufruir¹⁸. Em assim sendo, não poderia ser planejada sem a participação social, em especial pelo perfil da cidade brasileira, que se constitui de um tipo de ocupação significativamente heterogênea, marcada por formulações e

¹⁷ SAULE JÚNIOR, Nelson. A relevância do direito à cidade na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (org.). *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007. p. 38.

¹⁸ É preciso reforçar que a cidade é tida, na doutrina especializada, como a divisão urbana do município, ente federativo, com personalidade jurídica de direito público, autônomo politicamente e competente para definir sua organização administrativa, legislativa e seu adequado ordenamento territorial, mediante instrumentos próprios de interesse local, incluindo a possibilidade de dividir seu território administrativamente em distritos. De toda forma, o conceito de cidade está associado ao de município e, para fins de política urbana, o planejamento inclui a ordenação territorial urbana e sua incidência no âmbito rural, no que for cabível, como preservar recursos naturais, definir serviços e parcelamentos com características urbanas. De acordo com a Carta Mundial do Direito à Cidade, “se denomina cidade toda vila, aldeia, capital, localidade, subúrbio, município, povoado organizado institucionalmente como uma unidade local de governo de caráter Municipal ou Metropolitano, e que inclui as proporções urbanas, rural ou semi rural de seu território.” Disponível em: <<http://www.right-to-the-city-platform.org.br/download/publicacoes/Carta%20Mundial%20do%20Direito%C3%A0%20Cidade.pdf>>. Acesso em: jun. 2023.

distribuições desiguais de políticas e ações estruturantes, envolvendo questões locais e regionais, por todo o país¹⁹. Distante de ser um espaço de usufruto equilibrado e garantidor de sadia qualidade de vida.

A possibilidade de uma mudança de paradigmas se dá no momento em que a funcionalidade urbana se apresenta sob uma perspectiva republicana, democrática e social. E ainda, ao reconhecer-se que há uma dupla dimensão²⁰ presente no dever de urbanizar: a ordenação territorial previamente estabelecida pelo dever de planejar e planificar com participação social²¹, bem como o controle preventivo e repressivo do uso e ocupação da terra urbana, definido pelo dever que a propriedade imobiliária tem de cumprir sua função social de auxiliar na concretização dos direitos fundamentais.

Com a ocupação das cidades refletindo as desigualdades sociais, econômicas e culturais, a presença da população, como protagonista das reflexões e debates, pode modificar o cenário conturbado do território urbano estimulando mudanças de comportamentos, provocando responsabilizações, bem como soluções conjuntas.

A participação da população na definição dos usos que se deve dar à cidade expõe o cenário urbano caótico, o que possibilita a priorização coordenada de ações a partir do planejamento e planificação²². Na arena das disputas desiguais urbanas pode emergir o fortalecimento de laços sociais em torno de um objetivo comum, consolidando a democra-

¹⁹ IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Infraestrutura social e urbana no Brasil*: subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2010. (Livro 6, v. 2). p. 595-597.

²⁰ Tal compreensão inspira-se nas ideias de Luciano Parejo Alfonso, quando analisa a lei sobre o regime do solo e ordenação urbana espanhola, de 1956 e a extensão da planificação urbanística, apontando para a existência uma dupla dimensão da atividade de urbanizar, de natureza extensiva e também qualitativa (ALFONSO, Luciano Parejo. El sector privado como agente de desarrollo urbanístico. In: AROCENA, Alfonso Rentería (dir.). *Urbanismo*: función pública y protección de derechos individuales. Madrid: Civitas, 1998. p. 81-83).

²¹ “Art. 40. O plano diretor, aprovado por lei municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e expansão urbana. § 1º O plano diretor é parte integrante do processo de planejamento municipal, devendo o plano plurianual, as diretrizes orçamentárias e o orçamento anual incorporar as diretrizes e as prioridades nele contidas. § 2º O plano diretor deverá englobar o território do Município como um todo. § 3º A lei que instituir o plano diretor deverá ser revista, pelo menos, a cada dez anos. § 4º No processo de elaboração do plano diretor e na fiscalização de sua implementação, os Poderes Legislativo e Executivo municipais garantirão: I – a promoção de audiências públicas e debates com a participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade; II – a publicidade quanto aos documentos e informações produzidos; III – o acesso de qualquer interessado aos documentos e informações produzidos” (BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 out. 2023).

²² SOLÉ, Juli Ponce. La proyección social del planteamiento: derechos urbanísticos y derechos constitucionales. In: REBOLLO, Luis Martín; BOLADO, Roberto O. Bustillo (dir.). *Fundamentos de derecho urbanístico*. Pamplona: Arzandi; Thomson Reuters, 2009. p. 287.

cia por meio da prática²³. São possibilidades mais amplas, não certas, que surgem no exercício democrático da cidadania ativa.

Esse contexto, para além das determinações legais, obriga a construção e implantação de um espaço de constante participação social que possibilite a definição precisa sobre princípios, diretrizes e intervenções próprias para cada cidade, apoiados nos limites já estabelecidos pela legislação federal. A democracia participativa só se configura com a autodeterminação política, concebida em espaços de expressão em que a vontade das pessoas se apresenta, formando um processo educacional de estruturação de ideias, com a participação de todos os cidadãos²⁴.

A população da cidade, entendida toda aquela que habita os limites do município, é a autêntica protagonista no território urbano, o que inclui a abertura de um diálogo franco sobre as condições da vida urbana para todos e todas. Portanto, ignorar questões de gênero, étnicas, relativas aos incapacitados²⁵, não atende à concepção de participação delineada juridicamente em 1988, a qual solicita uma resposta institucional adequada, sob a perspectiva do reconhecimento e da inclusão²⁶.

O urbanismo deve estar a serviço das necessidades e do bem-estar das pessoas, pelo que se verifica na definição dos mecanismos de participação que estão pulverizados

²³ OLIVEIRA FILHO, João Telmo de; VASCONCELLOS, Carla Portal. Democracia e participação popular: As possibilidades de transformações nas formas de gestão do território a partir do Estatuto da Cidade. In: CIRCUITO DE DEBATES ACADÊMICOS, I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. *Anais [...]*. [S.l.]: IPEA, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area7/area7-artigo23.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁴ SAULE JÚNIOR, Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Instituto Polis Papers*, São Paulo, n. 27, 1998. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/a-participacao-dos-cidadaos-no-controle-da-administracao-publica/>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁵ Sobre o percentual de deficientes que habitam as cidades, que devem ser pensadas para todos e todas. “É importante frisar que a pessoa com deficiência representava, em 2000, 14,5% da população brasileira, consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2010), o que corresponde a mais de 24,5 milhões de pessoas, representando, assim, uma significativa parcela da população brasileira detentora de direitos fundamentais correspondentes à sua peculiar posição em relação à sociedade, tal como outros grupos (mulheres, idosos, crianças, índios)” (BRITO, Viviane Gomes de; FEIJÓ, Alexandro Rahbani Aragão. Planejamento urbano e acessibilidade: o direito a uma cidade inclusiva. *Revista do CEDS – Periódico do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB*, v. 1, n. 2, mar./jul. 2015. Disponível em: https://sou.undb.edu.br/public/publicacoes/revceds_n_2_planejamento_urbano_e_acessibilidade_o_direito_a_uma_sociedade_inclusiva_alexandro_rahbani_viviane_gomes_de_brito.pdf. Acesso em: 15 out. 2023).

²⁶ LIBÓRIO, Daniela. Meio ambiente urbano, moradia e mulher. In: ANGELIN, Rosângela; BRAVO, Alvaro A. Sanchez (ed.). *Mujeres y medioambiente: feminismo y ecología*. Sevilla: Punto Rojo, 2014. p. 191-198.

em diversos textos normativos²⁷. Destaca-se a previsão da participação nas diretrizes gerais do Estatuto, como um dos institutos de planejamento municipal, com a indicação da gestão orçamentária participativa, no artigo 4º; como meio de controle para os recursos dispendidos na urbanização, até a determinação da obrigatoriedade de participação para a elaboração do Plano Diretor, no artigo 40²⁸.

A determinação para a participação popular como um elemento do planejamento guarda também um cunho valorativo quanto à promoção da dignidade e do desenvolvimento humano, que só progride em um ambiente inclusivo, de pretensa horizontalidade, ainda que a heterogeneidade seja a marca maior da cidade.

Se há um direito à cidade sustentável, a participação popular no planejamento urbano, que também é um direito, precisa ser exercitada para que se possa imprimir uma configuração socioeconômica mais equânime ao sistema urbano. O exercício de um direito pauta o acesso a outro, sendo uma condição material para sua realização em um território de constante violação dos direitos dos mais vulneráveis²⁹.

Para favorecer a participação popular é fundamental que se garanta a publicidade dos atos praticados pela administração pública no âmbito da gestão urbana. A observância do princípio da publicidade direciona e limita a atuação pública, promovendo a transparência que o Estado republicano e democrático exige, como uma condição para o seu legítimo funcionamento³⁰. No exercício de uma gestão democrática das cidades, é indispensável defender a transparência dos atos públicos.

²⁷ Destaca-se a previsão da participação social na Lei n. 9.784/1999, de processo administrativo federal, no artigo 31 indicando que as matérias de interesse geral poderão ser objeto de consulta pública para manifestação de terceiros, entendido como de interesse geral, segundo Thiago Marrara, todos os atos normativos da administração pública. Ainda, no artigo 31 da mesma lei, está a previsão de audiência pública diante da relevância da questão tratada no processo, que pode vir a ser, por exemplo, a definição de critérios para um processo de licenciamento urbanístico e ambiental de grande repercussão, ou mesmo a previsão de possíveis empreendimentos a serem autorizados normativamente em determinado território que envolva 2 ou mais municípios (MARRARA, Thiago. Da instrução. In: NOAHARA, Irene; MARRARA, Thiago (org.). *Processo administrativo*: Lei n. 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009. p. 230-239).

²⁸ BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001*. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁹ ULTRAMARI, Clóvis; REZENDE, Denis Alcides. Mudanças e continuidades na gestão urbana brasileira *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n. 111, p. 19-28, 2011. Disponível em: <https://ipardes.emnuvens.com.br/revistaparanaense/article/view/59>. Acesso em: 15 out. 2023.

³⁰ SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*: comentários à Lei n. 2011/12.527 e ao Decreto n. 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015. p. 3-4.

O acesso ao conteúdo dos atos da administração também é uma reivindicação³¹, tanto quanto a luta pela participação ativa nas decisões que definem políticas públicas de planejamento urbano. O direito ao acesso à informação se encontra com o dever de dar publicidade compreensível aos atos, garantindo que haja não só disponibilidade visível, mas também compreensão sobre seu conteúdo³².

A participação popular com capacidade de influenciar política e administrativamente na concepção da cidade depende, portanto, não só da autorização para sua presença, depende da oferta de condições para que possa interagir, deliberando acerca das questões coletivas dentro do território citadino ou mesmo metropolitanas, enfrentando as questões que permeiam o dia a dia sociourbano³³. Envolve a disponibilidade das informações sobre o conteúdo urbanístico, bem como a compreensão sobre eles; os recursos físicos, humanos e financeiros, disponíveis à administração da cidade e, ainda, a garantia de que a estrutura e a acessibilidade física e econômica permita a presença coletiva nos debates.

4. CONCLUSÃO

O planejamento urbano é um instrumento de organização e definição do modo de funcionamento da cidade, no sentido de transformar sua estrutura, uso e ocupação do solo urbano. É um instrumento na definição dos modelos decisórios encampados pelo poder público, garantindo que o ciclo de políticas públicas em construção possa ser formulado³⁴. O efeito da inclusão dos atores sociais nos processos decisórios pode ser transformador e qualificador das decisões a serem tomadas, mas também será lento, tendo em vista o acir-

³¹ Como recorda Eneida Desiree, “as práticas administrativas nunca foram totalmente republicanas e transparentes, a concretização infraconstitucional do acesso à informação sofre bloqueios em sua realização cotidiana” (SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI): comentários à Lei n. 12.527/2011 e ao Decreto n. 7.724/2012*. São Paulo: Atlas, 2015. p. 1).

³² MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012. p. 234-238.

³³ MENDES, Ovídio Jairo Rodrigues. *Concepção de cidadania*. 2010. 98f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2139/tde-13122010-163731/pt-br.php>. Acesso em: 20 maio 2023. p. 89.

³⁴ BITTENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e as respostas das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas*. Curitiba: Ithala, 2021. p. 153.

ramento das tensões sociais aflorados a partir dos debates e proposições que eclodem em espaços de participação e manifestação de opiniões heterogêneas³⁵, como é o da cidade.

Trata-se de um desafio a ser superado, suplantar as tentativas de eliminação do debate, enfrentando e direcionando as discussões de maneira a estimular a cultura da participação³⁶. E ainda, dentro dos desafios para a manutenção da participação no planejamento urbano, se encontram as dificuldades na sua materialização, em especial diante da ausência de compreensão sobre os temas a serem debatidos, gerando fácil manipulação dos interesses; na dificuldade de mobilização e reunião tendo em vista a própria condição de fragilidade do cidadão, desprovido de tempo e recursos para atuar em defesa de seus próprios interesses³⁷.

A planificação dos instrumentos urbanos e o ordenamento territorial têm um significativo impacto na vida dos cidadãos, representando verdadeiras estratégias de desenvolvimento humano, desde que articulem instrumentos de integração social, territorial urbano ambiental e investimentos sociais e econômicos sem deixar de lado o respeito às questões culturais características de cada cidade³⁸.

As diretrizes para o planejamento participativo da cidade devem conduzir a técnica urbanística, gestão e administração territorial e de serviços no sentido das transformações necessárias à cidade, que deve ter a participação de todos e todas³⁹.

³⁵ PIRES, Roberto Rocha C.; AMARAL, Lucas Alves; SANTOS, José Carlos dos. Planejamento governamental e participação social: encontros e desencontros na experiência brasileira recente. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso; COUTINHO, Ronaldo (org.). *Planejamento estratégico em contexto democrático: lições da América Latina*. Brasília: ENAP, 2014. p. 114-116.

³⁶ Para Regina Ferrari, “a Democracia corporifica-se como um processo dinâmico, próprio de uma sociedade que aceita o desenvolvimento do cidadão, proporcionando sua participação no processo político em condições de igualdade, o que se reflete no campo econômico, político, social e jurídico” (FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 331).

³⁷ FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérulo; GRAU, Eros Roberto (org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 122-124.

³⁸ BLANCO, Federico A. Castillo (dir.); LÓPEZ, Fátima Ramallo (coord.). *Claves para la sostenibilidad de diudades y territorios*. Aranzadi: Thomson Reuters, 2014. p. 22-23.

³⁹ Segundo o Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, no relatório sobre o desenvolvimento humano: “A menos que as pessoas possam participar significativamente nos acontecimentos e processos que moldam as suas vidas, as vias de desenvolvimento humano no plano nacional não serão nem desejáveis nem sustentáveis. As pessoas devem poder influenciar as decisões políticas e os resultados – e os jovens em particular, devem poder ter a expectativa de maiores oportunidades econômicas e de participação e responsabilização políticas” (PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013*. A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/documentos/direitos/docs/a-ascencao-do-sul.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023).

A materialização da participação social e democrática na construção de políticas públicas urbanas exige um comportamento público que busque a definição do valor que cada um dos elementos que compõem um sistema urbano, assim como a atenção e os investimentos que recebem da gestão devem garantir funcionalidade e bem-estar ao cidadão que habita e circula na cidade, em especial para aquele historicamente privado de melhores condições para o usufruto do território urbano. Realizá-lo passa por considerar o conceito de moradia adequada e as escolhas públicas que devem ser feitas para provê-la, o que pode envolver uma política habitacional de regularização fundiária plena e (ou) a construção de unidades habitacionais, com a dotação de infraestrutura e serviços necessários à cidadania.

REFERÊNCIAS

ALFONSO, Luciano Parejo. El sector privado como agente de desarrollo urbanístico. *In: AROCENA, Alfonso Rentería (dir.). Urbanismo: función pública y protección de derechos individuales.* Madrid: Civitas, 1998.

BARZ, Elton. Burocracia e cidade: um passeio pela história da Administração Pública em Curitiba. *In: IMAP – Instituto Municipal de Administração Pública (org.). Estado, planejamento e Administração Pública no Brasil.* Curitiba: IMAP, 2013.

BENEVIDES, Maria Victoria de Mesquita. *A cidadania ativa: referendo, plebiscito e iniciativa popular.* São Paulo: Ática, 2003.

BITTENCOURT, Caroline Muller; RECK, Janriê. *O Brasil em crise e as respostas das políticas públicas: diagnósticos, diretrizes e propostas.* Curitiba: Íthala, 2021.

BLANCO, Federico A. Castillo (dir.); LÓPEZ, Fátima Ramallo (coord.). *Claves para la sostenibilidad de ciudades y territorios.* Aranzadi: Thomson Reuters, 2014.

BRAVO, Alvaro A. Sanchez. Infraestructura verde em la unión europea: una apuesta por la biodiversidade. *In: BRAVO, Alvaro A. Sanchez; GABARDO, Emerson (coedit.). Estudios sobre desarrollo socioambiental.* Sevilla: Punto Rojo, 2015.

BRASIL. *Lei n. 10.257, de 10 de julho de 2001.* Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, Presidência da República, 2001. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10257.htm. Acesso em: 15 out. 2023.

BRITO, Viviane Gomes de; FEIJÓ, Alexsandro Rahbani Aragão. Planejamento urbano e acessibilidade: o direito a uma cidade inclusiva. *Revista do CEDS – Periódico do Centro de Estudos em Desenvolvimento Sustentável da UNDB*, v. 1, n. 2, mar./jul. 2015. Disponível em: <https://sou.undb.edu>.

br/public/publicacoes/revceds_n_2_planejamento_urbano_e_acessibilidade_o_direito_a_uma_sociedade_inclusiva_alexandro_rahbani_viviane_gomes_de_brito.pdf. Acesso em: 15 out. 2023.

CABANNES, Yves. *Presupuestos participativos*: marco conceitual y análisis de su contribución a la gobernanza urbana ya los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Quito: PGU-ALC, UN-HABITAT, PNUD, 2004.

COUTO E SILVA, Almiro. Responsabilidade do Estado e problemas jurídicos resultantes do planejamento. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, n. 63, jul./set. 1982.

DALLARI, Maria Paula. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GABARDO, Emerson. *Eficiência e legitimidade do Estado*: uma análise das estruturas simbólicas do direito político. São Paulo: Manole, 2003.

FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Participação democrática: audiências públicas. In: CUNHA, Sérgio Sérvulo; GRAU, Eros Roberto (org.). *Estudos de direito constitucional em homenagem a José Afonso da Silva*. São Paulo: Malheiros, 2003.

HABERMAS, Jurguen. *Direito e democracia: entre a facticidade e a validade*. v. I. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARVEY, David. *Cidades rebeldes: do direito à cidade à revolução urbana*. São Paulo: Martins Fontes, 2014.

IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada. *Infraestrutura social e urbana no Brasil*: subsídios para uma agenda de pesquisa e formulação de políticas públicas. Brasília: IPEA, 2010. (Livro 6, v. 2).

LIBÓRIO, Daniela. Meio ambiente urbano, moradia e mulher. In: ANGELIN, Rosângela; BRAVO, Alvaro A. Sanchez (ed.). *Mujeres y medioambiente: feminismo y ecología*. Sevilla: Punto Rojo, 2014.

MARRARA, Thiago. Da instrução. In: NOAHARA, Irene; MARRARA, Thiago (org.). *Processo administrativo*: Lei n. 9.784/1999 comentada. São Paulo: Atlas, 2009.

MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. Princípio da publicidade. In: MARRARA, Thiago (org.). *Princípios do direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2012..

MENDES, Ovídio Jairo Rodrigues. *Concepção de cidadania*. 2010. 98f. Dissertação (Mestrado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010. Disponível em: <http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2139/2/tde-163731-13122010/pt-br.php>. Acesso em: 20 maio 2023.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Tomo IV. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 1998.

MUMFORD, Lewis. *A cidade na história: suas origens, transformações e perspectivas*. Tradução de Neil R. da Silva. São Paulo: Martins Fontes, 1998.

MULLER, Friedrich. *Quem é o povo?* Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

OLIVEIRA FILHO, João Telmo de; VASCONCELLOS, Carla Portal. Democracia e participação popular: As possibilidades de transformações nas formas de gestão do território a partir do Estatuto da Cidade.

In: CIRCUITO DE DEBATES ACADÊMICOS, I. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2011. *Anais [...]*. [S.l.]: IPEA, 2011. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area7/area7-artigo23.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

PIRES, Roberto Rocha C.; AMARAL, Lucas Alves; SANTOS, José Carlos dos. Planejamento governamental e participação social: encontros e desencontros na experiência brasileira recente. In: CARDOSO JÚNIOR, José Celso; COUTINHO, Ronaldo (org.). *Planejamento estratégico em contexto democrático: lições da América Latina*. Brasília: ENAP, 2014.

PNUD. *Relatório do Desenvolvimento Humano 2013*. A ascensão do Sul: progresso humano num mundo diversificado. Nova Iorque: PNUD, 2013. Disponível em: <https://www5.pucsp.br/ecopolitica/documentos/direitos/docs/a-ascencao-do-sul.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

SALGADO, Eneida Desiree. *Lei de Acesso à Informação (LAI)*: comentários à Lei n. 2011/12.527 e ao Decreto n. 7.724/2012. São Paulo: Atlas, 2015.

SANTOS, Milton. *Espaço e sociedade*. São Paulo: Vozes, 1979.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A relevância do direito à cidade na construção de cidades justas, democráticas e sustentáveis. In: SAULE JÚNIOR, Nelson (org.). *Direito urbanístico: vias jurídicas das políticas urbanas*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

SAULE JÚNIOR, Nelson. A participação dos cidadãos no controle da Administração Pública. *Instituto Polis Papers*, São Paulo, n. 27, 1998. Disponível em: <https://polis.org.br/publicacoes/a-participacao-dos-cidadaos-no-controle-da-administracao-publica/>. Acesso em: 15 out. 2023.

SOLE, Juli Ponce. La proyección social del planteamiento: derechos urbanísticos y derechos constitucionales. In: REBOLLO, Luis Martín; BOLADO, Roberto O. Bustillo (dir.). *Fundamentos de Derecho Urbanístico*. Pamplona: Arazandi; Thomson Reuters, 2009.

ULTRAMARI, Clóvis; REZENDE, Denis Alcides. Mudanças e continuidades na gestão urbana brasileira. *Revista Paranaense de Desenvolvimento*, n. 111, p. 19-28, 2011. Disponível em: <https://ipardes.emnuvens.com.br/revistaparanaense/article/view/59>. Acesso em: 15 out. 2023.



DERECHOS FISCALES: UN NUEVO CATÁLOGO DESDE LA CONCEPCIÓN DE LA PERSONA

Eddy Dela Guerra Zúñiga¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Derechos fiscales: hacia un nuevo catálogo; **3.** Del “contribuyente-administrado” a la “persona” y sus derechos fiscales; **4.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Es un hecho conocido que los derechos se han venido desarrollando progresivamente y que los mismos se identificaban desde la posición más clásica por el momento de su desarrollo como derechos de primera, segunda y tercera generación.

¹ Doctora en Jurisprudencia, Universidad Central del Ecuador; Magíster en Derecho, con mención en Derecho Tributario, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, Quito. Magíster en Docencia Universitaria, Escuela Politécnica del Ejercito; Doctora en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Licenciada en Ciencias Públicas y Sociales. Directora General Académica de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador. Abogada.

Estas posiciones han sido certeramente superadas de la mano de posiciones emancipadoras como la de Ligia Bolívar², Christian Courtis³, Víctor Abramovich⁴ y Gerardo Pisarello⁵ de quienes recomiendo en nota al pie, las obras que me han resultado más útiles para plantear mi propuesta en este ensayo.

La visión tradicional de los derechos ha de superarse en criterio de los expertos ya que la posición clásica responde a un proceso social y jurídico europeo, distinto en desarrollo y necesidades de América Latina; de ahí que el derecho a la propiedad privada sea fundamental en Europa, mientras que desde el sur se hayan desarrollado los derechos colectivos y la propiedad comunitaria. No se ha omitido el derecho a la propiedad, pero no se la reconoce exclusivamente como un derecho de los individuos, sino de las comunidades y los pueblos, anteponiendo además la función social y ambiental que esta debe cumplir.

Por otro lado, la posición tradicional establece una jerarquía por la que los derechos civiles, son más importantes que los derechos colectivos, cuando para garantizar premisas básicas de justicia, todos los derechos deben tener igual jerarquía y por lo tanto deben garantizarse plenamente.

Finalmente, el cuestionamiento más importante para superar posiciones tradicionales, radica en que las mismas establecen mecanismos y acciones diferentes para garantizar los derechos, mientras los civiles resultarían plenamente exigibles, los sociales tendrían desarrollo programático.

Bajo una visión renovada y emancipadora todos los derechos tienen igual jerarquía y, por lo tanto, deben ser garantizados plenamente, gozar de cumplimiento inmediato y pro-

² BOLÍVAR, Ligia. *Derechos económicos, sociales y culturales*: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina. [S.l.]: Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, 1994. (Serie Estudios Básicos de derechos humanos, Tomo V); BOLÍVAR, Ligia. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil. In: BOLÍVAR, Ligia. *Memoria del I Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 2000. p. 51-66; BOLÍVAR, Ligia. La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad. In: UNITED NATIONS. *Democracia y derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005. p. 33-53.

³ COURTIS, Christian. *La protección judicial de los derechos sociales*. Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Flacso, 2009. (Serie Justicia y Derechos Humanos).

⁴ COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. España: Trotta, 2004.

⁵ PISARELLO, Gerardo; WILHELMI, Marco. *Los derechos humanos y sus garantías*: nociones básicas. P07/73049/02232. España: FUOC, [s.d.]. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-economicos-sociales-culturales/Los%20derechos%20humanos%20y%20sus%20garantias%20nociones%20basicas.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023. También revisar: PISARELLO, Gerardo *et al.* *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25696.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

gresivo o programático; bajo esta premisa se desarrolla la propuesta de reconocer en nuevo catálogo los derechos, todos iguales y garantizados mediante asignación presupuestaria equitativa como garantía por la vía fiscal.

2. DERECHOS FISCALES: HACIA UN NUEVO CATÁLOGO

Para plantear una nueva forma de catalogar los derechos, pero sobre todo para justificar dicha propuesta metodológicamente desde la visión de lo administrativo y lo fiscal, es preciso partir de una base teórica.

En ese sentido, he de partir de una afirmación de Gerardo Pisarello por la que señala que “el estallido de la actual crisis financiera y económica ha contribuido a hacer visibles algunas de las contradicciones más agudas que atraviesan el discurso de los derechos sociales”⁶; fenómeno que la pandemia agudizó en aquellos países carentes de reservas fiscales, atrasados en administración pública electrónica e inexpertos, por no decir incompetentes, en manejo de crisis sociales y fiscales.

Afirma el mismo autor que “por un lado, estos derechos suelen presentarse como instrumentos dirigidos a satisfacer las necesidades básicas de las personas y los grupos, comenzando por aquellos en mayor situación de vulnerabilidad desde el punto de vista económico, pero también desde el punto de vista sexual o del origen étnico o nacional”⁷. Esto implica que estos aparecen como los más débiles y tal como señala Pisarello, más vulnerables.

Ahora bien, se trata de derechos que han sido reconocidos en los catálogos constitucionales, lo que al menos en teoría, significa que tendría mayor índice de garantía y protección, que aquellos derechos que no han sido reconocidos expresamente ni por la Constitución, ni por la jurisprudencia nacional. Sin embargo, el reconocimiento en dicho catálogo no garantiza su debida protección, se requiere de acciones concretas que en ocasiones no ocurren, llegando en algunos casos de manera crítica a ser meras declaraciones carentes de materialización.

⁶ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista. In: PISARELLO, Gerardo *et al.* *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25696.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 13.

⁷ PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus “enemigos”: elementos para una reconstrucción garantista. In: PISARELLO, Gerardo *et al.* *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25696.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Ahora bien, este es el momento de plantearnos una pregunta ¿por qué los derechos reconocidos generosamente en los catálogos constitucionales terminan en vagas declaraciones carentes de plena garantía? Esta pregunta no tiene una respuesta sencilla, pero sí práctica y sincera. Porque los derechos cuestan⁸, y los mismos requieren de financiamiento. Y el presupuesto se alimenta del recurso de los propios ciudadanos ya sea por la vía de los tributos y los precios públicos o mediante la explotación de recursos naturales no renovables cuya titularidad no es propiamente del Estado, sino del pueblo, de la comunidad que decide soberanamente⁹ recurrir o no a dichos recursos, incluso a costa de la vulneración de varios derechos como los de la naturaleza o de las comunidades y pueblos ancestrales que viven en territorio objeto de explotación.

Es decir que las personas titulares de los derechos, son al mismo tiempo quienes los financian; pero resulta paradójico, que los ciudadanos, no “los contribuyentes” ni “los administrados, sino las personas que pagan tributos o las que son afectadas por la explotación petrolera o la actividad minera, son las que deberían recibir los beneficios de la obtención de dichos recursos; sin embargo, las malas prácticas financieras, el mal manejo del gasto público, el derroche y la corrupción, disminuyen la asignación presupuestaria para los derechos y su plena garantía y protección.

Ante tal deplorable situación, ante la evidente afectación a los derechos y sus garantías, nace esta propuesta metodológica, para catalogar a los derechos desde la perspectiva fiscal, garantizarlos por la vía presupuestaria y dejar sentadas las bases para trabajar posteriormente en una propuesta metodológica para exigir su cumplimiento mediante acciones judiciales y constitucionales.

Para ello, sustento la “atípica” propuesta en dos vertientes teóricas, la primera la de la relación jurídico impositiva, que ha sido profundamente desarrollada por la doctrina del derecho fiscal; y la segunda, la de la relación jurídica por la vía del gasto público, que ha sido abordada por una sección limitada de la doctrina, pero cuyo impulso puede cambiar radicalmente la visión del gasto público y su rol en la garantía de los derechos.

En la primera vertiente, “la teoría de la relación jurídica tributaria, como esquema explicativo de las relaciones contribuyente-Fisco, no puede ir más allá de un *primus inter pares*

⁸ Sobre este tema revisar: HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires; España: Siglo XXI, 2011.

⁹ Soberanamente, ya son las propias constituciones, aprobadas democráticamente por el pueblo soberano, las que contienen como parte de la política fiscal, el financiamiento por la vía de la explotación de recursos naturales no renovables, siendo estos fundamentales para contar con presupuesto para atender necesidades.

en la explicación del fenómeno tributario, y ello a partir del momento en que, dentro de esa relación, pueda efectivamente hablarse de la existencia de un acreedor frente a un deudor¹⁰.

Con la verificación de la existencia de un vínculo jurídico impositivo, se configura una relación, que no se limita exclusivamente a la obligación del ciudadano de pagar los tributos a los que el vínculo lo ata como deudor. Se trata pues de una relación que configura obligaciones y derechos. Siendo las obligaciones de ambas partes y los derechos de las personas; que, para la situación descrita, suele denominarse, sujetos pasivos u obligados tributarios.

En tal sentido Eusebio Gonzalez señala que

el estudio del fenómeno tributario no puede ligarse al concepto de relación jurídica obligacional. Debe, en buena lógica, reconducirse a la consideración específica de los distintos presupuestos materiales o instrumentales y, consiguientemente, al examen de sus efectos. Lo que equivale a decir al examen de las situaciones jurídicas subjetivas generadas y a las diversas relaciones en que las mismas se encuentran¹¹.

Esto significa que existen preceptos materiales, que permiten analizar al vínculo jurídico más allá de la obligación específica de tributar.

En este punto cabe volver al pasado, en concreto a la hipótesis de incidencia tributaria de Gerardo Ataliba, acorde a su teoría, el hecho imponible, es un hecho concreto, localizado en tiempo y espacio, sucedido efectivamente, en el fenómeno que, por corresponder rigurosamente a la descripción previa, hipotéticamente formulada, da nacimiento a la obligación tributaria¹².

Es decir que antes de existir la obligación tributaria, existe un supuesto hipotético, una situación prevista en la norma y que de realizarse efectivamente, da origen al vínculo jurídico impositivo.

Para Maffezzoni, no resulta difícil advertir que el presupuesto del tributo y los efectos jurídicos que de él derivan no son ciertamente dos fenómenos separados, sino más bien partes inseparables de una misma realidad jurídica. El presupuesto del tributo es una

¹⁰ GARCÍA, Eusebio González. La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas. *FORO Revista de Derecho*, n. 9, p. 145-154, I semestre 2008. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/350/348>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 146.

¹¹ GARCÍA, Eusebio González. La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas. *FORO Revista de Derecho*, n. 9, p. 145-154, I semestre 2008. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/350/348>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹² ATALIBA, Gerardo. *Hipótesis de la incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987. p. 78.

situación fáctica, un hecho constitutivo de la experiencia humana que el ordenamiento jurídico toma en consideración, atribuyéndole la calificación propia y transformándolo en hecho imponible; los efectos jurídicos del presupuesto son las situaciones subjetivas que el ordenamiento jurídico hace surgir precisamente por el hecho de haber atribuido al presupuesto dicha calificación y haberlo elevado ha hecho imponible¹³.

La unión entre ambos conceptos es tan estrecha que no puede concebirse un presupuesto de hecho sin efectos jurídicos, es decir, sin situaciones jurídicas subjetivas, así como resulta inconcebible determinar la significación jurídica del primero sin identificar las situaciones jurídicas subjetivas que del mismo se derivan¹⁴.

A partir de estas posiciones que ya vienen a considerarse como clásicas, se debe avanzar hacia el análisis más profundo del origen del vínculo y de los efectos del mismo. Por un lado, cuando el Estado está ejercitando el poder tributario, está mirando a las personas y está analizando su comportamiento económico, está buscando manifestaciones de riqueza con actos económicos expresos, y al identificarlos tiene el poder de crear tributos, es decir de establecer mediante ley fiscal, el “hecho imponible”, que es supuesto en la medida en que puede o no ocurrir, pero de hacerlo, genera una obligación.

Ahora bien, algo poco dicho, pero que debe destacarse cada vez más, es que en la primera etapa de creación de los tributos, las personas ya están asistidas de derechos, no se pueden crear tributos, donde no hay verdadera riqueza, y solo se pueden crear tributos cuando se cumple el principio de autoimposición, es decir cuando los representantes de todas las personas en la función legislativa, han resuelto expresamente someter a tributación dichos hechos. Tampoco se pueden crear tributos injustos, que vulneren la igualdad, no se puede superar el límite de la capacidad contributiva y no se pueden crear tributos confiscatorios.

Esto significa, que los tributos deben cumplir con algunos principios fundamentales que giran en torno a la justicia del sistema tributario. La igualdad, la capacidad contributiva, la progresividad con límite y la no confiscatoriedad son los más reconocidos de dichos principios, aunque no los únicos. Cada uno de estos principios acuna en su seno un de-

¹³ MAFFEZZONI, Federico di. *Il Procedimento di imposizione nell'imposta generale sull'entrata*. Napoli: Morano, 1965. *Apud* GARCÍA, Eusebio González. La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas. *FORO Revista de Derecho*, n. 9, p. 145-154, I semestre 2008. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/350/348>. Acceso en: 15 oct. 2023. Más extensamente, en idéntico sentido: CORDERO, Franco. *Le situazione soggettive nel processo penale*. Torino: Giapichelli, 1956. p. 32 y ss., 64 y ss., y 84 y ss. *Apud* GARCÍA, Eusebio González. La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas. *FORO Revista de Derecho*, n. 9, p. 145-154, I semestre 2008. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/350/348>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 148.

¹⁴ *Ibid.*

recho¹⁵, es decir que existe un derecho a la igualdad tributaria, un derecho a contribuir en la medida de la capacidad contributiva, un derecho a contribuir progresivamente en proporción a la aptitud económica y capacidad de pago y finalmente existe un derecho a la no confiscación de la propiedad por la vía impositiva. Estos derechos deben estar garantizados en la ley fiscal que crea cada tributo para evitar su vulneración.

Los derechos a los que se ha hecho alusión estarían en el catálogo de *derechos fiscales*, configurados como “derechos derivados de la relación jurídico tributaria” y son correlativos a la condición económica de la persona y su determinación como sujetos aptos para contribuir. Lo que implica una superación de la doctrina clásica en la que se visibiliza exclusivamente al sujeto pasivo, es decir al “contribuyente”; obligado con el Estado a pagar tributos bajo la visión clásica de la hipótesis de la incidencia tributaria.

Una vez creada la ley fiscal, los hechos de la realidad, han de cotejarse con el supuesto hipotético y solo de verificar que se cumple con todos los supuestos previstos en la norma, se puede afirmar que estamos ante la presencia de una obligación tributaria y por tanto ante el nacimiento del vínculo jurídico, que, de cumplir con los principios y derechos descritos, sería una obligación tributaria justa. Esto no impide que entre “contribuyentes” y Estado se generen conflictos, mismos que pueden resolverse o bien en sede administrativa o bien en sede jurisdiccional; si la solución se da en sede administrativa, se han de garantizar a la persona, derechos derivados del debido procedimiento; si la solución se da en sede contenciosa, se deben garantizar los derechos derivados del debido proceso.

Estos derechos estarían en el catálogo de derechos fiscales, también en la categoría de *derechos derivados del vínculo jurídico impositivo*; sin embargo, se diferencian de los previamente citados, ya que los relacionados con igualdad, capacidad contributiva, progresividad y no confiscatoriedad, son intrínsecos de la persona desde su nacimiento y se manifiestan en su actividades económicas, es decir en una parte indispensable de su vida, por ello a los primeros debemos ubicarlos como “materiales”. Mientras que los derivados del debido proceso o debido procedimiento, se ha de valorar como consecuencia de la existencia del vínculo jurídico impositivo, pero estos no son intrínsecos de las personas, se activan cuando la persona está en conflicto con el Estado como resultado de alguna inconformidad o falta de acuerdo entre ambas partes, dado que garantizan el procedimiento administrativo o el proceso contencioso, a estos derechos se ha de reconocer como “derechos formales”, ya que hacen alusión a la forma en que se llevan a cabo los procedimientos

¹⁵ Sobre esta afirmación he desarrollado una amplia investigación de la que se han derivado varias publicaciones; en especial destaca: GUERRA, Eddy de la. *El deber de contribución al gasto público*. Principios que lo informan y derechos del contribuyente. Ciudad de México: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2018.

o procesos. Es decir, a la forma en cómo se relaciona el Estado y la administración pública con las personas con quienes tiene una relación que ha entrado en conflicto.

Descrita la relación jurídica tributaria, es momento ahora de describir la relación jurídica por la vía del gasto público, que como ya había afirmado, no ha sido ampliamente debatida en la doctrina, al menos no con la misma intensidad que la relación jurídico-impositiva. Sin embargo, cuenta con criterios sólidos e investigaciones serias.

El principal exponente de esta relación es José Vicente Troya Jaramillo¹⁶, quien partió del trabajo de Bayona de Perogordo¹⁷ con sus investigaciones sobre el derecho del gasto público social, el autor comenzó con el planteamiento de pregunta, si cabe sustentar la existencia de una relación que vincule al Estado con los particulares por la vía del gasto, para ello recurrió a la doctrina del derecho administrativo a fin de constatar los requisitos para identificar una verdadera relación jurídica.

Su investigación, lo llevó a concluir que existe una relación jurídica del gasto público, pero que esta se diferencia de la relación jurídica tributaria, debido a que aquella tiene como fuente de origen a la ley fiscal que crea los tributos¹⁸. Sin embargo, ratifica que la falta de una ley expresa que cree el vínculo, no significa que no exista. Esto se debe que el gasto público, tiene una función financiera que incluye la satisfacción de las necesidades sociales asumidas por el Estado; por lo tanto, no se trata únicamente de pagar deudas contraídas, se trata de satisfacer necesidades de las personas y la comunidad. Lo que en otras palabras significa garantizar por la vía presupuestaria derechos tanto individuales como colectivos.

Como sustento de esta posición encontramos a Alejandro Menéndez Moreno quien sobre la relación jurídica dice que sería el vínculo obligacional que surge entre la administración y otro sujeto de derecho con ocasión de la realización de un gasto público.¹⁹ Estas premisas llevaron a Troya Jaramillo a plantearse el análisis del *derecho del gasto público* como una rama jurídica por si sola y debatió con la doctrina española más clásica la

¹⁶ JARAMILLO, Jose Vicente Troya. *El derecho del gasto público social*. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos. Bogotá: Temis, 2014.

¹⁷ PEROGORDO, Juan José Bayona de. Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos. *Presupuesto y gasto público*, n. 2, p. 65-80, 1979; PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler. *Temas de derecho presupuestario*. Alicante: Librería Compas, 1990; PEROGORDO, Juan José Bayona de. *El derecho de los gastos públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991; PEROGORDO, Juan José Bayona de. La potestad de gasto público. In: DIRECCIÓN General del Servicio Jurídico del Estado (org.). *El sistema económico en la Constitución española*. v. II. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.

¹⁸ PEROGORDO, Juan José Bayona de. Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos. *Presupuesto y gasto público*, n. 2, p. 65-80, 1979. p. 60.

¹⁹ MORENO, Alejandro Menéndez. *Derecho financiero y tributario*. Lecciones de Cátedra. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2001. p. 425-429

subsunción de esta al *derecho presupuestario*. Sin embargo, más allá de lo complejo del debate epistemológico, el autor llegó a sustentar la existencia de un derecho *constitucional* o bien, del gasto público, o bien del derecho presupuestario y este es el punto de origen de los derechos fiscales “derivados de la relación jurídica del gasto”.

En este punto es preciso señalar que uno de los principios fundamentales del gasto público es la equidad y este principio ha sido reconocido en algunas constituciones, especialmente la española.

Sobre este tema María Teresa Soler Roch manifiesta que “no se puede seguir invocando la decisión política como único criterio legitimador del gasto público; las prioridades de una determinada política, cuando se aplican mediante, el empleo de fondos públicos, deben respetar el principio de equidad de estos recursos. Si este principio está olvidado o su aplicación no encuentra viabilidad, no es ocioso recordarlo, ya que su validez se acentúa precisamente en un momento en que la contención del gasto público obliga a decisiones aún más selectivas”²⁰.

Si las decisiones deben ser más selectivas, el criterio a utilizar es la de no olvidar ningún derecho y garantizar todos de manera equitativa, para ello se requiere un ejercicio eficiente de valoración, de las necesidades asociadas a cada derecho, la intensidad y la urgencia de cada una, el nivel de vulneración en cada derecho, la afectación derivada de la falta de atención y por supuesto las posibilidades de garantizar plenamente mediante asignaciones presupuestarias suficientes.

Cabe señalar que estas posiciones no son unánimes, más bien tienen muchos contradictores, y, es que se cuestiona el cumplimiento del principio de legalidad, lo cual a su vez advertiría la imposibilidad de sustentar la existencia de derechos de las personas apalancados en el principio de equidad del gasto público.

Sobre este tema Troya Jaramillo sostiene que lo que existe es un principio de legalidad del presupuesto, que es reconocido constitucionalmente, y que por tanto este aplica para el gasto público²¹ como uno de sus elementos constitutivos. Afirmación que tiene total sentido, si se recuerda que el presupuesto sobre los ingresos, no implica una autorización para recabarlos, más bien lo que incorpora es una proyección de los ingresos que se percibirán; sin embargo, en cuanto al gasto se refiere, si otorga autorización para realizar gastos

²⁰ ROCH, María T. Soler. Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público *In*: DIRECCIÓN General del Servicio Jurídico del Estado (org.). *El sistema económico en la Constitución española*. v. II. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.

²¹ JARAMILLO, Jose Vicente Troya. *El derecho del gasto público social*. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos. Bogotá: Temis, 2014. p. 205.

en función de la recaudación prevista. Y dicha autorización, lleva implícita una obligación de cumplimiento por parte del Estado.

Una posición interesante es la de Martínez Lago y García de la Mora, que nos regresa al origen de los tributos, los autores afirman que el impuesto debe ser consentido por quién debe pagarlo, *no taxation without representation*, por tanto, en forma paralela, debe aceptarse que debe ser consentido el gasto por medio de la función legislativa, que a nombre del pueblo tiene el poder de gastar, el *sepending power*; concluyendo que, si en el orden tributario rige la reserva de ley, en tanto en el presupuestario, rige el principio de legalidad²².

Luego de esta breve revisión de la doctrina, concuerdo con Troya Jaramillo, cabe pues señalar que, si existe una relación jurídica por la vía del gasto, conviene también aclarar que no todo gasto genera una relación. Es preciso entonces identificar el origen del gasto y sus principales elementos. Si está orientado atender necesidades de las personas, entonces la relación entre aquellas y el Estado existe y permite exigir las asignaciones presupuestarias que atenderán dichas necesidades. Ya sea que las personas hayan o no pagado tributos, ya que de aquella relación se originan otros derechos.

Por lo tanto, siempre que el presupuesto atienda necesidades de las personas y de la colectividad, estará garantizando uno o varios derechos, si estos derechos están recogidos en los catálogos constitucionales o la jurisprudencia de la máxima corte constitucional del Estado, entonces se considera que el presupuesto se está utilizando como la herramienta para garantizar derechos constitucionales, impidiendo que su reconocimiento quede en mera declaración. Estos derechos pueden agruparse como derechos fiscales constitucionales o de origen constitucional.

Si en cambio, la necesidad que se atiende no está reconocida en el catálogo constitucional ni en la jurisprudencia constitucional, entonces el presupuesto del Estado está reconociendo de manera directa derechos y por tanto se está anticipando a un posible reconocimiento por parte de la Constitución. Estos derechos pueden ser catalogados como derechos fiscales derivados del principio de legalidad presupuestaria.

²² LAGO, Miguel Angel Martínez; MORA, Leonardo García de la. *Lecciones de derecho financiero y tributario*. 8. ed. Madrid: Iustel, 2011. Esta obra se reeditó para la décimo sexta edición con la incorporación de José Manuel Almudí; sin embargo, el criterio tomado corresponde a la octava edición del año 2011.

3. DEL “CONTRIBUYENTE-ADMINISTRADO” A LA “PERSONA” Y SUS DERECHOS FISCALES

La concepción de un nuevo catálogo de derechos no implica la sepultura de otras teorías o formas de catalogar; si bien es cierto algunas ya han sido superadas como se indica en introducción de este trabajo, las que se encuentran vigentes, no son la única alternativa.

Esta propuesta implica asegurar la garantía de los derechos de las personas, en dos momentos, antes de obligarlos a financiar el gasto público, que a su vez implica financiar el costo sus propios derechos y por el principio de solidaridad, los derechos de las demás personas, incluso de aquellas que no gozan de la ciudadanía o no tienen aptitud económica para contribuir.

Por otro lado, en un segundo momento, implica la garantía de los derechos una vez que se encuentran financiados mediante el gasto público y que por el mismo principio de solidaridad y otros como el de subsidiaridad permiten alcanzar garantía plena de derechos por la vía presupuestaria del gasto público, ya sea que estos estén reconocidos o no por la Constitución; esto mediante asignaciones presupuestarias equitativas y suficientes, no solo para atender necesidades básicas, sino para dotar de recursos a todos los derechos y para garantizar promoción y progresividad en los mismos.

De esa forma los derechos reconocidos en los catálogos constituciones e incluso otros que van surgiendo de manera emergente, encuentran en el presupuesto público una herramienta jurídica que reconoce su existencia y materializa su garantía mediante asignaciones presupuestarias; mismas que, una vez concretado el gasto público, automáticamente están garantizando el derecho. Eso dependerá del nivel de gasto y la proporción en relación a cada derecho, por lo que se debe evaluar la equidad e igualdad entre todos. Así las cosas, el catálogo se estructuraría a partir de la siguiente base:

Tabla 1: Derechos fiscales

Derechos fiscales	<i>Derivados de la relación jurídico impositiva</i>	Materiales	Aquellos que se originan en un principio de justicia impositiva.
		Formales	Aquellos que se derivan de las relaciones formales entre personas y administración pública
	<i>Derivados de la relación jurídica del gasto público</i>	Constitucionales	Aquellos que han sido reconocidos en la Constitución o la jurisprudencia constitucional
		Presupuestarios	Aquellos derivados de una asignación presupuestaria y que implican la atención a una necesidad no reconocida como derecho en ninguna otra fuente.

Fuente: Elaboración propia.

Para finalizar, es preciso señalar que esta nueva concepción de derechos, lleva implícito un beneficio, que implica superar los caducos adjetivos de “administrado” o “contribuyente”; incluso el de “ciudadano”; ya que los derechos corresponden a las personas, ya sean estas aptas o no para contribuir a solventar el gasto público, así como también ya se a que recurran a la administración pública para exigir la garantía de sus derechos o la prestación de un servicio público, ya sea que estén o no en conflicto con la administración pública.

También permite superar el concepto ciudadano como requisito para recibir un servicio o beneficio público o para cumplir una obligación, ya que la ciudadanía puede o no tenerse en un determinado país; sin embargo, la falta de ciudadanía si bien limita el cobro de ciertos tributos, no impide el cobro de todos; por ejemplo, los tributos a los consumos; y la falta de ella, no impide el acceso a servicios públicos, especialmente los esenciales.

4. CONCLUSIÓN

En forma general se puede concluir que los catálogos de derechos no son únicos, perenes, exclusivos o excluyentes; los catálogos constitucionales son formas de ubicar e interpretar los derechos y cuando deben ser superados, nuevas concepciones han de abrirse paso para que nuevas posiciones, permitan aportar a mejorar el reconocimiento y garantía de los derechos.

En forma específica se puede concluir que catalogar los derechos como “fiscales” es posible en la medida en que existen dos relaciones entre personas y Estado, una derivada de la relación jurídico impositiva y otra derivada de la relación jurídica del gasto pública. Ambas relaciones se derivan de la actividad financiera del Estado que consiste en obtener ingresos para financiar el gasto público. Actividad orientada a satisfacer necesidades.

El catálogo de derechos es sencillo y de fácil manejo, agrupa a los derechos en dos clasificaciones, cada una con dos subtipos. Permite identificar los derechos por el tipo de relación entre la persona y el Estado y asociarlos de manera directa al presupuesto para garantizarlos por la vía fiscal.

Finalmente, se concluye que los términos “ciudadano”, “administrado” y “contribuyente” son caducos y excluyentes; por tanto, deben superarse para concentrarse en la persona y sus derechos, ya sea que se acepte el catálogo propuesto o se decida ratificar otros existentes.

Queda pendiente para otra investigación la identificación de los mecanismos y las acciones judiciales o constitucionales que podrían aplicarse cuando el presupuesto vulnere principios y no se ejecute de manera equitativa, es decir cuando no esté garantizando los derechos en debida forma.

REFERENCIAS

ATALIBA, Gerardo. *Hipótesis de la incidencia tributaria*. Lima: Instituto Peruano de Derecho Tributario, 1987.

BOLÍVAR, Ligia. *Derechos económicos, sociales y culturales: derribar mitos, enfrentar retos, tender puentes. Una visión desde la (in)experiencia de América Latina*. [S.l.]: Instituto Interamericano de Derechos Humanos San José, 1994. (Serie Estudios Básicos de derechos humanos, Tomo V).

BOLÍVAR, Ligia. La justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales: el papel de la sociedad civil. In: BOLÍVAR, Ligia. *Memoria del I Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos*. San José de Costa Rica: IIDH, 2000.

BOLÍVAR, Ligia. La doctrina en materia de derechos económicos, sociales y culturales: avances y dificultades en su aplicación y exigibilidad. In: UNITED NATIONS. *Democracia y derechos económicos, sociales y culturales*. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2005.

CORDERO, Franco. *Le situazione soggettive nel processo penale*. Torino: Giapichelli, 1956.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. España: Trotta, 2004.

COURTIS, Christian. *La protección judicial de los derechos sociales*. Neoconstitucionalismo y sociedad. Quito: Flacso, 2009. (Serie Justicia y Derechos Humanos).

GARCÍA, Eusebio González. La revisión de la relación jurídica tributaria obligacional: las corrientes procedimentalistas. *FORO Revista de Derecho*, n. 9, p. 145-154, I semestre 2008. Disponible en: <https://revistas.uasb.edu.ec/index.php/foro/article/download/350/348>. Acceso en: 15 oct. 2023.

GUERRA, Eddy de la. *El deber de contribución al gasto público*. Principios que lo informan y derechos del contribuyente. Ciudad de México: Universidad Andina Simón Bolívar; Corporación Editora Nacional, 2018.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *El costo de los derechos*. Por qué la libertad depende de los impuestos. Buenos Aires; España: Siglo XXI, 2011.

JARAMILLO, Jose Vicente Troya. *El derecho del gasto público social*. Especial referencia a los derechos económicos, sociales y políticos. Bogotá: Temis, 2014.

LAGO, Miguel Angel Martinez; MORA, Leonardo García de la. *Lecciones de derecho financiero y tributario*. 8. ed. Madrid: Iustel, 2011.

MAFFEZZONI, Federico di. *Il Procedimento di imposizione nell'imposta generale sull'entrata*. Napoli: Morano, 1965.

MORENO, Alejandro Menéndez. *Derecho financiero y tributario*. Lecciones de Cátedra. 2. ed. Valladolid: Lex Nova, 2001.

PISARELLO, Gerardo *et al.* *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25696.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus "enemigos": elementos para una reconstrucción garantista. In: PISARELLO, Gerardo *et al.* *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Barcelona: Observatorio DESC, 2009. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r25696.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

PISARELLO, Gerardo; WILHELMI, Marco. *Los derechos humanos y sus garantías: nociones básicas*. P07/73049/02232. España: FUOC, [s.d.]. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derechos-economicos-sociales-culturales/Los%20derechos%20humanos%20y%20sus%20garantias%20nociones%20basicas.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

PEROGORDO, Juan José Bayona de. *El derecho de los gastos públicos*. Madrid: Instituto de Estudios Fiscales, 1991.

PEROGORDO, Juan José Bayona de. La potestad de gasto público. In: DIRECCIÓN General del Servicio Jurídico del Estado (org.). *El sistema económico en la Constitución española*. v. II. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.

PEROGORDO, Juan José Bayona de. Notas para la construcción de un derecho de los gastos públicos. *Presupuesto y gasto público*, n. 2, p. 65-80, 1979.

PEROGORDO, Juan José Bayona de; ROCH, María Teresa Soler. *Temas de derecho presupuestario*. Alicante: Librería Compas, 1990

ROCH, María T. Soler. Los principios implícitos en el régimen jurídico del gasto público In: DIRECCIÓN General del Servicio Jurídico del Estado (org.). *El sistema económico en la Constitución española*. v. II. Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1994.



LA INCOMPLETA E INSUFICIENTE CONSTITUCIONALIZACIÓN Y CONVENCIONALIZACIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ, Y SU IMPACTO EN LA DEFENSA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Eloy Espinosa Saldaña Barrera¹

SUMARIO

1. La constitucionalización y la convencionalización del derecho como fenómenos con incidencia en la realidad jurídica actual, y en los procesos administrativos en particular: el proceso administrativo como espacio de protección de los derechos fundamentales; 2. La aparición del proceso administrativo en el Perú y sus problemas frente a

¹ Posdoctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Doctor en Derecho con mención sobresaliente *summa cum laude* y Premio Extraordinario en Madrid (España). Ex vicepresidente del Tribunal Constitucional del Perú. Conferencista invitado, Profesor visitante o Profesor invitado en el Instituto Max Planck, el Tribunal Constitucional Federal, el Ministerio de Relaciones Exteriores y la Fundación Konrad Adenauer (Alemania); la Corte Constitucional y las universidades de Bolonia, La Sapienza y Pisa (Italia); las universidades París Sorbona y Lorena (Francia), entre otros Tribunales o Cortes Constitucionales, Cortes Supremas, universidades y centros de estudio de España, Suiza, Rusia, Polonia, Bélgica, Andorra, México, Guatemala, El Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica, Panamá, República Dominicana, Puerto Rico, Colombia, Ecuador, Perú, Chile, Argentina, Uruguay, Brasil, Bolivia, Venezuela, Qatar, Marruecos y Corea del Sur. Integrante de la mesa directiva de la Asociación Peruana de Derecho Administrativo, y del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Ex integrante de las mesas directivas de las Asociaciones Peruanas de Derecho Constitucional y Derecho Procesal, así como de la Red peruana de docentes en Derecho Constitucional. Integrante del Instituto Internacional, la Asociación Internacional y el Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo; y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, entre otras entidades. Perito por la Comisión ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Autor, coautor o director de diversas publicaciones en materia de su especialidad.

las actuaciones y omisiones impugnables por este medio procesal; **3.** Otros aspectos polémicos de la ley peruana vigente (su texto único ordenado), o de su interpretación; **3.1.** Errores de técnica legislativa y confusión en el planteamiento de los principios; **3.2.** La legitimación procesal; **3.3.** Las pretensiones en el proceso administrativo; **3.4.** La admisibilidad y, sobre todo, la procedencia como temas centrales a abordar en el proceso administrativo peruano; **3.5.** La competencia judicial territorial y funcional en el proceso administrativo peruano; **3.6.** Los problemas a nivel de la vía procedimental prevista en el Perú; **3.7.** Una comprensión de la actuación probatoria que ni siquiera alcanza los estándares de un proceso “de plena jurisdicción”; **3.8.** El tratamiento otorgado a la materia cautelar; **3.9.** El defecto en el tratamiento de las sentencias estimatorias; **3.10.** El debate sobre la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero; **3.11.** Algunas anotaciones sobre los medios impugnatorios previstos; **4.** Conclusión; Referencias.

1. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN Y LA CONVENCIONALIZACIÓN DEL DERECHO COMO FENÓMENOS CON INCIDENCIA EN LA REALIDAD JURÍDICA ACTUAL, Y EN LOS PROCESOS ADMINISTRATIVOS EN PARTICULAR: EL PROCESO ADMINISTRATIVO COMO ESPACIO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Hoy la comprensión del Derecho y los derechos (estos últimos, a su vez, expresiones de la satisfacción de necesidades humanas básicas y el desarrollo humano integral²) se ha transformado. Por un lado, están los aportes de la “Constitucionalización del Derecho”, fenómeno cuyas manifestaciones directas son la plena vigencia de los principios, derechos, valores, deberes, reglas y aspectos recogidos implícita o explícitamente en los diferentes textos constitucionales en la conformación del poder; la configuración de los sistemas de fuentes; y la comprensión del Derecho vigente en cada Estado, sus diferentes disciplinas, y las instituciones dentro de esas disciplinas³. De otro, la presen-

² Ver, entre otros: SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Penguin Random House, 2012; NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós, 2007.

³ En ese sentido, entre muchos otros: GUASTINI, Riccardo. Particularidades de la interpretación constitucional. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005; y, especialmente: FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, Vaidivia, Universidad Austral, v. 12, n. 1, 2001. Mi posición al respecto se encuentra recogida, entre otros textos, en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Balance a veinte años de la vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del

tación de la “Convencionalización del Derecho”, entendida como la comprensión de los diversos ordenamientos jurídicos estatales conforme a lo prescrito en los diferentes tratados (especialmente los de Derechos Humanos), la jurisprudencia que se sustenta en los mismos, y las normas de *ius cogens*⁴. Tanto la “Constitucionalización del Derecho” como la “Convencionalización del Derecho” han ayudado a que las diferentes disciplinas jurídicas, y sus respectivas instituciones, sirven para apuntalar una mayor vigencia de los derechos en nuestros diferentes países.

El Proceso Administrativo, equívocamente denominado proceso contencioso administrativo⁵, no debiera ser una excepción al respecto. Sin embargo, si observamos la normativa y jurisprudencia peruana sobre el particular, veremos que esa constitucionalización y esa convencionalización han sido insuficiente e incompleta, e incluso parte de lo realizado y vigente va precisamente contra esa constitucionalización y esa convencionalización supuestamente buscadas. El actual sentido del Proceso Administrativo, en los países en que está previsto, es el constituirse en el medio procesal ordinario para la tutela de los derechos fundamentales frente a acciones u omisiones de la administración. Ahora bien, en el Perú, por diversos factores, entre los que resalta la misma redacción de la Ley vigente sobre el particular, ese objetivo tiene muchas dificultades en la práctica para ser cumplido a cabalidad. Pasaré entonces a consignar con cierta mayor amplitud mi opinión en este tema.

Tribunal Constitucional en la constitucionalización del Derecho, la política, y sus repercusiones. *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 18, p. 175-197, 2013. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8953>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴ Mi posición al respecto se encuentra, entre otros textos, en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Reflexiones sobre la convencionalización del Derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Año XXI, p. 87-92, 2015. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r14677-1.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁵ Previsto en varios países de América Latina, como haremos una mención con mayor detalle. Está recogido, entre otros países, en el Perú. En México se llama juicio contencioso administrativo, y lo ve el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. En Argentina se le tiene previsto en varias provincias, más no hay una regulación con alcance nacional. En Brasil no se tiene previsto un medio procesal específico sobre el particular, pues se dice que se sigue el sistema o modelo (conceptos utilizados aquí como sinónimos) prescrito en Inglaterra.

2. LA APARICIÓN DEL PROCESO ADMINISTRATIVO EN EL PERÚ Y SUS PROBLEMAS FRENTE A LAS ACTUACIONES Y OMISIONES IMPUGNABLES POR ESTE MEDIO PROCESAL

Desde las primeras sentencias emitidas al respecto por el Consejo de Estado francés, el mal llamado Proceso Contencioso Administrativo, pues en rigor debería conocerse como Proceso Administrativo, ha ido progresivamente convirtiéndose en el medio ordinario de protección jurisdiccional de los derechos de la ciudadanía ante la actuación o la omisión de actuación de la Administración. Ciertamente es que sus alcances iniciales fueron más pequeños: en primer lugar, destacó como eje de su quehacer el control de la regularidad de los actos administrativos, también llamado contencioso de nulidad o proceso al acto⁶. Sin embargo, también es cierto que pronto apareció el contencioso subjetivo o de plena jurisdicción, preocupado por la tutela de los derechos de los administrativos ante la actuación de la Administración mediante actos administrativos⁷ (en el Perú esta es la gran conquista,

⁶ Es más, todavía sigue existiendo el proceso administrativo de nulidad en América Latina. De acuerdo con lo señalado por: BREWER CARÍAS, Allan R. La progresiva ampliación del proceso contencioso contra los actos administrativos en América Latina. In: ZÚÑIGA, Tania (coord.). *Aportes al desarrollo del Derecho Administrativo en el Perú*. Lima: Yachay Legal-Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022. p. 351 y ss., específicamente p. 352 a 355. El régimen del proceso administrativo de nulidad de los actos administrativos está vigente en los siguientes estados latinoamericanos: Honduras (Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, artículo 1), Colombia (artículo 24 de la Ley del Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo), Uruguay (de acuerdo con: DELPIAZZO, Carlos. El régimen contencioso administrativo uruguayo. In: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime; GARCÍA, J.M. (coord.). La jurisdicción contencioso-administrativa en Latinoamérica. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014. (Colección de Derecho Público Iberoamericano). p. 443-444. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo uruguayo conoce en grado o instancia única las demandas de nulidad contra actos administrativos, quedando los actos legislativos y jurisdiccionales. Ver también el artículo 23 literales a, b y c del Decreto Ley n. 15.524 de 1987), Perú (artículo 4 del texto único ordenado de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo), Guatemala (Decreto n. 119-96, artículo 1), Venezuela (artículo 9 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa), o Costa Rica (artículo 48 del Código Procesal Contencioso Administrativo, Ley n. 6.508, de 2008. También existe esta regulación en República Dominicana (artículo 165.2 de su Constitución), El Salvador (artículos 3.a, 10 a) y 58 de la Ley del Contencioso Administrativo, de 2017), Nicaragua (artículo 14 de la Ley de lo Contencioso Administrativo), Panamá (artículo 135 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativo, de 1943, reformada sustancialmente por la Ley n. 33, de 1954), Ecuador (artículo 217.1 del Código Orgánico de la Función Judicial) o Chile (en base a lo previsto en los artículos de su Constitución, la doctrina de ese país han desarrollado la “acción de nulidad de Derecho público” como un Proceso Administrativo general, que, aun cuando no tiene desarrollo legislativo, ha servido para declarar la ineficacia de los órganos del Estado que contraviene el ordenamiento jurídico chileno).

⁷ Es más, esa es la tendencia mayoritaria a nivel latinoamericano, como lo señalan, entre otros: BREWER CARÍAS, Allan R. La progresiva ampliación del proceso contencioso contra los actos administrativos en América Latina. In: ZÚÑIGA, Tania (oord.). *Aportes al desarrollo del Derecho Administrativo en el Perú*. Lima: Yachay Legal-Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022. p. 556;

aunque incompleta, de la Ley n. 27.584, o Ley del Proceso Contencioso Administrativo, todavía vigente muy a despecho de varias reformas). Ahora bien, la situación ha cambiado radicalmente, gracias a, entre otros factores, el influjo de la “Constitucionalización” y la “Convencionalización del Derecho” ya mencionadas, y sus diversas repercusiones, sobre todo en el ámbito del contenido y ejercicio de los diferentes derechos.

Y es que, como hoy se anota con más frecuencia, incluso en los Estados que no cuentan con lo que se conoce como una “justicia administrativa” (el Perú, por ejemplo), el Proceso Contencioso Administrativo (en rigor, Proceso Administrativo⁸), es reconocido como el medio procesal ordinario oponible más idóneo para asegurar la defensa de los derechos ante la acción u omisión de la Administración.

Es más, incluso la actividad administrativa desarrollada por particulares cuando son objeto de una transferencia de competencias (como es el caso de los concesionarios(as)), debe abordarse y analizarse a través de este medio procesal⁹. Además, y como he señalado anteriormente, hay a nivel mundial una tendencia a la universalidad del control que podemos identificar³. En ese sentido, habría que añadir la muy importante ampliación de los procesos (contencioso) administrativos como demandas contra la Administración por responsabilidad contractual (en otras palabras, el proceso administrativo de los Contratos Administrativos), las demandas contra la Administración por responsabilidad extracontractual, las demandas contra las carencias u omisiones de la Administración, las vías de hecho, el control del funcionamiento de los servicios públicos y los conflictos inter administrativos.

BREWER CARIAS, Allan R. Tendencias del proceso contencioso en Latinoamérica. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. V. II. Lima: Derecho y Sociedad, 2022. p. 35 y ss. DANÓS, Jorge. Balance y perspectivas a veinte años de la ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. V. II. Lima: Derecho y Sociedad, 2022. p. 19 y ss. Mi posición al respecto está consignada, entre otros trabajos, en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. P. 151 y ss.

⁸ En rigor, es redundante hablar de “Proceso Contencioso Administrativo” como lo sería hablar de “Proceso Contencioso Civil” o de “Proceso Contencioso Penal”. Puede hablarse eso sí de “Procesos Contenciosos” y “Procesos no Contenciosos”, y hasta algunos discuten el carácter de proceso a lo no contencioso. Coincido con: Manuel María Diez (ver: MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho procesal administrativo*. Montevideo: Plus Ultra, 1996. p. 20), y en el Perú con Adrián Simons (ver: SIMONS PINO, Adrián. Los principios de la ley del proceso contencioso administrativo bajo la lupa. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 120), con que en rigor bastaría con hablar de “Proceso Administrativo”.

⁹ Cabe aquí anotar, en rápida mención, a lo previsto en la Constitución de Cádiz de 1812, juramentada en territorio peruano, y en el de varios estados iberoamericanos; los contenciosos de contratos estatales, contenciosos de Hacienda pública, de minería y de correos reconocidos por los tribunales; el artículo 102 de la Constitución peruana de 1826, el artículo 130 de la Constitución del Perú de 1867 y el 240 de la carta peruana de 1979.

En el Perú el desarrollo del Proceso Administrativo es, repito, reciente e incompleto. No hemos tenido, además, como ya se anotó, lo que en puridad se denomina una “justicia administrativa”, con jueces y juezas formados(as) y dedicados(as) específicamente a resolver este tipo de procesos. Padecemos por otro lado de contar con una regulación poco específica o poco desarrollada sobre el particular durante mucho tiempo⁴, un artículo de la Constitución de 1993 y varias disposiciones del Código Procesal Civil en clave de contencioso de nulidad después. Es recién en base al trabajo de una comisión conformada por el Ministerio de Justicia peruano que se tiene el proyecto en base al cual en el año 2001 se cuenta con la primera en rigor ley del proceso administrativo del Perú, aunque en el Congreso se le introdujeron modificaciones que distorsionaban o mediatizaban los logros del proyecto, dirigido principalmente a contar con un proceso de plena jurisdicción, que tutele los derechos fundamentales frente a acciones u omisiones de la Administración. Ello fue finalmente plasmado con muchos recortes, no subsanados del todo con las modificaciones que se fueron introduciendo a la ley originalmente aprobada.

Ya Danós, en el año 2000, demostraba las falencias de lo anotado en el párrafo anterior, cuando señalaba que:

[...] somos de la opinión que el régimen legal vigente, que regulaba el proceso contencioso administrativo se observa un excesivo apego a una concepción tradicional formalista que disminuye el rol del proceso administrativo, otorgándole prácticamente el tratamiento de una industria adicional hola virtud (virtual) continuación de la vía administrativa, lo que conlleva denegatoria de la auténtica justicia para los particulares¹⁰.

De primera impresión, cuando se revisa el actual texto ordenado de la denominada ley del proceso contencioso administrativo del Perú, si se analiza lo que se consigna como su objeto (y que en rigor es su finalidad), y se lo vincula con lo recogido como pretensiones posibles de ser invocadas en este proceso (artículo 5 de la ley vigente), bien pareciera que en el caso peruano nos orientamos ante un proceso de plena jurisdicción, sustentado en la tutela en sede ordinaria de los derechos fundamentales, aunque en el Derecho comparado el margen de acción de este medio procesal ha ido mucho más allá de eso, apostándose a una plena judicabilidad de todo el quehacer (el cual incluye al no hacer) de

¹⁰ DANÓS, Jorge. El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. *Themis*, Lima, n. 41, p. 73-95, 2000. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109642.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 93.

la Administración.¹¹ Sin embargo, cuando se pasa a revisar lo previsto en el artículo cuatro de la Ley n. 27.584 como actuaciones impugnables, hay mucho que precisar¹².

Así, por ejemplo, en el Perú, los Derechos Supremos, los Reglamentos y las normas administrativas de carácter general ven cuestionada su constitucionalidad e ilegalidad a través del proceso constitucional de acción popular (artículo 200 inciso 5 de la Constitución de 1993 y su desarrollo en el autodenominado “Nuevo Código Procesal Constitucional¹³”). La inactividad reglamentaria (o inactividad en la emisión de reglamentos) se puede, de acuerdo con el precedente establecido por el Tribunal Constitucional peruano en el caso “Maximiliano Villanueva Villaverde”, abordar mediante el proceso constitucional de cumplimiento, muy próximo a la injunction estadounidense, o a la injuncao brasileña. Pasa los actos administrativos la vía procesal ordinaria es, sin duda, el Proceso Administrativo, pero, en este caso conforme con lo prescrito en otro precedente del Tribunal Constitucional del Perú (Elgo Ríos) podría usarse de manera extraordinaria y residual el proceso constitucional de amparo, cercano al mandato de seguridad existente en el Brasil.

De otro lado, las actuaciones materiales que constituyen vías de hecho administrativas cuentan con el proceso administrativo como su vía procesal ordinaria, máxime si lo que se regula es la pretensión de cese y reparación frente a toda actuación material de la administración pública constitutiva de vía de hecho administrativo. Sin embargo, aquí también de forma residual y excepcional también puede recurrirse al amparo, si hay lesión o amenaza de lesión (lo cual implica un peligro próximo y no remoto, y la existencia de una situación-por acción u omisión, cierta e inminente, que demanda una tutela diferenciada y urgente) de derechos fundamentales.

¹¹ En ese sentido: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. Proceso contencioso administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas. *Revista del Circulo del Derecho Administrativo*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 1, 2012. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/articulo/view/13541>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 12.

¹² Ver al respecto el cuadro desarrollado por: HUAPAYA, Ramón. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. p. 398-400. Ese cuadro es actualizado por: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. A veinte años de la ley del proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 56-58.

¹³ Un comentario crítico de lo trabajado por el Poder Judicial (o judicatura ordinaria) al respecto se encuentra en: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *En defensa de la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018. Una evaluación crítica en: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. Nuevo Código Procesal Constitucional. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Desde el Tribunal Constitucional*. 2. ed. actual. y ampl. Lima: Stampante, 2022. p 141 y ss. Debe tenerse presente que el proceso de Acción Popular se aplica en el Perú a las normas aquí mencionadas en abstracto, y no a las actuaciones u omisiones específicas basadas en las mismas.

En lo referido a la incapacidad formal (me refiero aquí básicamente a los casos de producción del silencio administrativo), también la vía procesal ordinaria es el proceso administrativo. Con el proceso administrativo (mal llamado proceso contencioso administrativo) se busca superar la inercia, la inactividad y el silencio administrativo. Ahora bien, en los supuestos de inactividad formal, consistente en el incumplimiento específico y concreto de emitir un acto o resolución administrativa, de acuerdo con el ya mencionado precedente “Villanueva Villaverde” (STC 168-2005-PC/TC), en el Perú debería recurrirse al proceso constitucional de amparo.

En lo concerniente a los actos administrativos derivados de relaciones de empleo público o de función pública, la vía procesal ordinaria en el Perú es también el proceso administrativo. frente a ello, y en mérito a otro precedente del Tribunal Constitucional peruano (“Manuel Anicama” STCL06-2003-PA/TC), en nuestro país el proceso constitucional amparo solamente aparece como una vía residual y extraordinaria para estos casos.

Para la revisión de los contratos administrativos, en el Perú curiosamente la vía ordinaria es el arbitraje previsto en la Ley de Contrataciones y Adquisiciones del Estado y su reglamento. Existen además normas sectoriales especial y específicamente establecidas al respecto. Se recurre únicamente al Proceso Administrativo cuando lo que está en juego es la regulación de la pretensión procesal contra la actividad contractual de la Administración Pública en todas sus formas. Finalmente, y en los supuestos de inactividad material (o inejecución por parte de la Administración Pública de un mandato claro y específico establecido en una norma legal o en un acto administrativo firme), la vía ordinaria es el proceso Administrativo, y solamente podrá recurrirse al proceso constitucional de Cumplimiento si estamos en los supuestos del ya mencionado precedente “Villanueva Villaverde” (para hacer cumplir un mandato claro, expreso, preferentemente incondicional, que no haya sido cumplido por la renuncia del funcionario(a) o autoridad encargada de hacerlo¹⁴).

Nos viene entonces en el Perú un Proceso Administrativo cuyas actuaciones u omisiones impugnables no son las únicas que podría abordar, lo cual no responde a los objetivos buscados por una constitucionalización y una convencionalización del Derecho y los derechos. Desafortunadamente esa no es la única falencia que se encuentra al respecto, básicamente por la regulación prevista por el legislador sobre el particular.

¹⁴ Como puede apreciarse, en estas líneas coincido básicamente con: HUAPAYA, Ramón. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019; SALDAÑA BARRERA, Eloy. A veinte años de la ley del proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

3. OTROS ASPECTOS POLÉMICOS DE LA LEY PERUANA VIGENTE (SU TEXTO ÚNICO ORDENADO¹⁵), O DE SU INTERPRETACIÓN

3.1. Errores de técnica legislativa y confusión en el planteamiento de los principios

La norma que paso a reseñar tiene errores de técnica legislativa que, lamentablemente, son frecuentes en el Perú. El primero de ellos, muy frecuente en la normativa peruana, se encuentra vinculado a que en un artículo de la ley del Proceso Administrativo en el Perú suelen mencionarse los números de una serie de disposiciones (recogidas en la misma ley o en otras), pero no se detalla su contenido, lo cual complica la comprensión e interpretación de la norma que se está analizando (en este caso, el texto único ordenado de la Ley del Proceso Administrativo peruano). En segundo término, en esta ley, como en muchas otras, se dan por derogadas tácita o implícitamente todas las disposiciones que vayan contra el texto de la presente norma. Como no se señala así claramente qué está vigente, o cómo, fórmulas como la de este tipo de derogaciones crean una situación de absoluta inseguridad jurídica, pues no se tiene claro que es lo que se encuentra vigente, y que no lo está, con las preocupantes repercusiones que aquello puede acarrear.

Ahora bien, oportuno es anotar que en esta ley se hace mención a la existencia de principios, referencia que, inicialmente, va en la misma línea de lo buscado con la Constitucionalización y la Convencionalización del Derecho y los derechos, establece mandatos de optimización que orienten a quien interpreta o aplica, en este caso una norma o jurisprudencia basada en dicha norma, y en aquellas situaciones en donde no existen previsiones explícitas que aplicar. También se usan los principios cuando hay comprensiones distintas (y hasta contradictorias) de lo que se debe hacer. Existen finalmente las situaciones donde un cambio en el contexto político, económico, jurídico o social vigente pone en debate lo que se está entendiendo por algo, y allí precisamente cuando se necesita acudir a los principios para obtener una respuesta adecuada.

Toda actividad humana suele estar orientada por la aplicación de principios, pero dicha aplicación debe responder a ciertos recaudos. Y dichos recaudos no se encuentran en el texto único ordenado de la ley del Proceso administrativo peruano. Allí se habla, como

¹⁵ Se recurre a la fórmula del texto único ordenado cuando, durante la vigencia de esta, hay modificaciones parciales que podrían llevar a lectura de una norma con contradicciones, si ésta se lee en su conjunto. El texto único ordenado apunta a una lectura coherente y consistente de lo regulado, sin disparidades de redacción internas, pero, como veremos en este caso, eso no siempre se consigue.

cosas distintas, de principios y de principios jurisprudenciales. Estos últimos parecen vinculados a la generación o el reconocimiento de mandatos de optimización que buscan generar un quehacer jurisprudencial uniforme, a través de los equivocadamente denominados “precedentes vinculantes”, denominación sobre cuya redundancia volveré después.

Preocupante resulta además que la norma vigente habla de la existencia de diversos principios (integración, igualdad procesal, favorecimiento del proceso y suplencia de oficio), sin descartar la aplicación de los principios del Derecho procesal (sin distinguir entre principios del proceso y principios del procedimiento), y sin perjuicio de la aplicación supletoria de los principios del Derecho Procesal Civil. Esta redacción genera muchos problemas: hay principios de interpretación (hay quienes distinguen entre interpretación e integración¹⁶) y principios procesales, dónde, como aquí ya se anotó, debe diferenciarse entre principios del proceso y principios del procedimiento¹⁷. Cabe entonces preguntarse si los principios explícitamente reseñados en la ley del proceso administrativo peruana son todos de carácter procesal o no, y si son los principios procesales consignados del proceso o del procedimiento. Debe eso sí tenerse en claro que, cuando se habla de supletoriedad no es “en vez de”, sino, “en lo que resulte aplicable”, y eso no siempre es fácil de determinar. De otro lado, la redacción dada a los principios de integración e igualdad procesal no es muy clara¹⁸.

¹⁶ Como sabemos, hay quienes a la interpretación como lo mismo, pero, en rigor la técnica de la integración se aplica a aquello donde no hay una respuesta prevista, y esta tiene que construirse.

¹⁷ Esta distinción es necesaria para así poder hacer, en caso de una contraposición entre ambos, la ponderación correspondiente. Justo es decir que la contraposición es, sino en todos los casos, las más de las veces, más aparente. Oportuno es señalar que los alcances de la ponderación, inicialmente reseñados por Robert Alexy (ver: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007), son en el ámbito del Derecho Procesal explicados con detalle por: OTEIZA, Eduardo. Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad. In: BERIZONCE, Roberto Omar (coord.). *Los principios procesales*. La Plata: Librería Editora Platense, 2011. p.41-42. Ahora bien, justo es anotar que la técnica de la ponderación tiene una alta carga de subjetividad, muy a despecho de los pasos seguidos por Alexy. Muchos incluso rechazaban esta técnica, sobre todo cuando quería hacerse una ponderación entre derechos. Ver al respecto: OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1987.

Siguiendo a Juan Monroy (ver: MONROY, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1996. p. 81-86.), principios del proceso serían aquellos indispensables, sin los cuales un proceso carecería de elementos esenciales para ser admitido como tal. Aquí se incluiría a la exclusividad de la función jurisdiccional; la obligatoriedad de la función jurisdiccional; la independencia del juez(a) (los órganos jurisdiccionales son autónomos); la imparcialidad del juez(a); la tutela jurisdiccional efectiva y el pleno acceso a la justicia; la contradicción, audiencia bilateral, o el acceso a un proceso con todas las garantías; la publicidad; la vinculación a los procedimientos establecidos por ley (o conforme a Derecho); la motivación de las resoluciones judiciales; y la cosa juzgada, en las tres vertientes relacionadas con su eficacia, como son su inmutabilidad, su inimpugnabilidad, y su coercibilidad (los paréntesis son míos). Principios del procedimiento serían, en cambio, también siguiendo a Monroy, los que caracterizan o identifican la existencia de un determinado sistema procesal.

¹⁸ Los alcances de la igualdad procesal deberían, con todo respeto, estar mejor encaminados. No se trata de una equiparidad entre partes, en una lógica de igualdad formal. En clave de igualdad material, y, sobre todo, si se busca defender los derechos (expresiones de la necesidad de satisfacer necesidades humanas básicas y

Como bien se puede apreciar, y aunque en algunos temas solamente se puede avanzar de manera enunciativa y no taxativa (aunque siempre prefiero que la mención a principios sea lo más clara y explícita posible, antes que implícita), hay muchos aspectos que convendría precisar o regular de otra manera, salvo mejor parecer. En cualquier sentido, lo previsto no se condice con la constitucionalización o con la convencionalización buscada, y menos aún con la cabal protección y el pleno ejercicio de diferentes derechos fundamentales.

De otro lado, el tratamiento dado a algunos principios explicitados o no en la del Proceso Administrativo peruano no es del todo feliz. Y es que, por ejemplo, si en uno de estos procesos puede relajarse la aplicación del principio de congruencia, principio no explicitado en la ley, pero invocable implícitamente, ello tampoco puede llevarnos a una falta de delimitación de los puestos controvertidos en un caso en particular, a la fácil repetición sin mayor análisis de lo planteado por la administración¹⁹.

3.2. La legitimación procesal

En primer lugar, menciono algunas palabras con respecto a lo que es el punto de partida de cualquier proceso, el de la legitimación procesal, tanto a nivel de la legitimación para obrar como en lo referido a la legitimación procesal pasiva. En base a ellas es que la tutela jurisdiccional²⁰ efectiva (más que tutela judicial, por todo lo que abarca la función jurisdiccional, a pesar del uso frecuente del segundo término en espacios constitucionales y convencionales) cobra real sentido.

alcanzar un desarrollo integral) de los(as) administrados(as), quienes suelen tener la posición más débil dentro de un Proceso Administrativo, el juez(a) de estos procesos tendrá que asegurar que ambas partes cuenten con las mismas condiciones dentro del caso o casos a su cargo.

¹⁹ Dos interesantes análisis realizados al respecto son el de: AZA RIVA, Arturo; JIMÉNEZ QUEVEDO, María. La flexibilización del principio de congruencia en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 127 y 55; y el realizado en el artículo de: GRAU QUINTEROS, Miguel; PALOMINO MENDOZA, Rudy D. La aplicación de la Ley n. 27.584 en la cancha. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 79 y ss.

²⁰ Desarrollado con mayor detalle en este texto, así como en: SIMONS PINO, Adrián. Los principios de la ley del proceso contencioso administrativo bajo la lupa. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 109; MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al derecho civil*. Tomo 1. Bogotá: Temis, 1996. p. 215.

La legitimación activa en el Proceso Administrativo, como bien señalan calificados autores²¹, debería atender a dos criterios: la existencia de una situación subjetiva de ventaja o capacidad de exigibilidad (léase derecho) y su correspondiente afectación (vulneración o amenaza de vulneración) por parte de una actuación, y añadido yo, una omisión, por parte de la administración. Escaparán de la afirmación que acabo de hacer los casos de legitimación extraordinaria, pero solamente porque la legitimación la ostenta alguien diferente al titular del derecho.²²

De allí la importancia de determinar, por ejemplo, los alcances de la legitimidad para obrar (o activa) de la Superintendencia nacional de Administración Tributaria en el caso peruano²³. Hay pues mucho que precisar en el ordenamiento jurídico del Perú al respecto, máxime si se quieren respetar parámetros constitucionales y convencionales, y asegurar la plena vigencia y el cabal ejercicio de diversos derechos fundamentales.

Ahora bien, la materia también es relevante cuando se habla de legitimación procesal pasiva o legitimidad procesal pasiva. Coincido con quienes señalan que, muy a despecho de lo prescrito en el artículo I del título preliminar de la ley del Procedimiento Administrativo General peruano, donde se determinan las entidades, organismos y órganos que son parte de un Proceso Administrativo, resulta necesario contar con un marco legal que regule las funciones, competencias y atribuciones de la administración pública en sus tres niveles de gobierno en el Perú, con mayor rigor²⁴

En ese escenario, la procuraduría pública del Estado debe ser la entidad que ejerza la representación y defensa de los organismos u órganos que integran la administración pública, o se le haya asignado función administrativa. Sin embargo, es preciso indicar que la ley del proceso administrativo permite que se designen representantes judiciales diferentes, o procuradores(as) ad hoc, situación que debería estar regulada con mayor claridad.

²¹ En este sentido, por ejemplo: ALEJOS, Oscar. La Legitimación activa el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 225.

²² Se sigue coincidiendo con: ALEJOS, Oscar. La Legitimación activa el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 225.

²³ Ver al respecto: MELÉNDEZ FERNÁNDEZ, Fernando; ALVARADO ROJAS, Héctor. La "legitimidad para obrar activa" de Sunat en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 299 y 55.

²⁴ En similar sentido: LUCCHETTI, Alfieri. La legitimidad para obrar pasiva en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 324.

Insisto en ello si de respeto a parámetros constitucionales y al pleno ejercicio de derechos fundamentales se habla.

3.3. Las pretensiones en el proceso administrativo

Conviene tener claro que las pretensiones consignadas en la ley peruana solamente deben entenderse como de carácter enunciativo y no taxativo. Sin embargo, tiene que tenerse presente, como señala calificada doctrina al respecto, que la pretensión indemnizatoria por el daño causado por la administración es la única pretensión que no puede formularse de manera autónoma en un proceso administrativo. Siempre la pretensión de indemnización tiene que ir dentro de una acumulación de pretensiones, lo cual requiere, por lo menos, actuar con especial cuidado²⁵, sobre todo si se encuentra en juego el seguimiento de pautas constitucionales y convencionales, y la cabal vigencia y ejercicio de derechos fundamentales.

3.4. La admisibilidad y, sobre todo, la procedencia como temas centrales a abordar en el proceso administrativo peruano

Como es de conocimiento general, cuando hablamos de requisitos de admisibilidad de una demanda, nos referimos a todos estos aspectos formales que deben acompañar a una demanda para que esta pueda comenzar a generar efectos. Aquí encontramos cómo aspectos que necesariamente debieran ser acreditados al interés para obrar o la legitimidad para obrar²⁶.

Los requisitos especiales de admisibilidad en la ley peruana del proceso administrativo, además de los recogidos en los artículos 425 y 426 del Código Procesal Civil del Perú (pregunto si todo lo previsto allí es aplicable directa o supletoriamente), son los siguientes:

²⁵ En este tenor recomiendo revisar los artículos de: HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis. Las pretensiones y su acumulación en la ley del proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 193 y 55; STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino y Félix, ACOSTA, Nataly. Las pretensiones y su acumulación en los procesos contenciosos administrativos: la plena jurisdicción y el caso “especial” de la pretensión indemnizatoria. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 221 y 248.

²⁶ Me ratifico en lo dicho en: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 169.

1. El documento que acredite el agotamiento de la vía administrativa, salvo las excepciones previstas en la misma ley peruana del proceso;
2. El acompañar el expediente de la demanda en los casos donde se busca deducir la nulidad de oficio, en un proceso de lesividad. Por ende, esta es una tarea que corresponde a la administración que busca la nulidad de una de sus actuaciones, tarea que no hizo de oficio cuando estuvo en plazo de hacerlo.

En cambio, la mención a requisitos de procedencia se encuentra vinculada a todos aquellos elementos necesarios para configurar, independientemente de cuál sea el fallo de quién juzgó, una relación jurídico procesal válida. Como bien puede apreciarse, las complicaciones son mayores a nivel de la improcedencia, y, sobre todo si se habla de falta de agotamiento de la vía administrativa. Es más, en el Perú no todos(as) están de acuerdo en que se entienda por “agotamiento de la vía administrativa” y sus excepciones²⁷. Hay jurisprudencia y doctrina contradictoria sobre lo que considera “causar estado”. Estoy entre quienes consideran que la clausura del debate en sede administrativa se produce cuando el procedimiento llega al conocimiento del funcionario(a) superior con competencia para decidir sobre la causa²⁸. Coincido con González Pérez cuando señala que no es correcto definir al, valga la redundancia, “acto definitivo”, como el que resuelve la cuestión de fondo en sede administrativa²⁹. Sin embargo, reitero, no todos(as) en el Perú tienen la misma posición al respecto. El efecto que todo esto puede tener en el respeto a parámetros constitucionales y convencionales es a todas luces ostensible.

²⁷ Ver al respecto, entre otros: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 175 y 55; SIMONS PINO, Adrián. Los principios de la ley del proceso contencioso administrativo bajo la lupa. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 122 y 55.

²⁸ En el mismo sentido: MORÓN URBINA, Juan Carlos. Comentarios a la ley del procedimiento administrativo. Lima: Gaceta Jurídica, 2019. p. 249; DANÓS, Jorge. Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. *Ius et Veritas*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, v. 16, p. 150-159, 2008. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15768>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 151.

²⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús citado por SIMONS PINO, Adrián. Los principios de la ley del proceso contencioso administrativo bajo la lupa. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 123. Un interesante acercamiento al tema del agotamiento de la vía administrativa en el Perú es el de: AGUILERA BECERRIL, Zita; SALAZAR CARPIO, Renzo. Agotamiento de la vía administrativa y su aplicación en procedimientos administrativos sancionados de contratación pública. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 155 y ss.

3.5. La competencia judicial territorial y funcional en el proceso administrativo peruano

Cuando nos referimos al término “competencia” se está aludiendo al ámbito en el cual una autoridad (en un proceso administrativo, un juez, una jueza o un tribunal) pueden ejercer válidamente las responsabilidades que se le han confiado (en este caso, de tipo jurisdiccional), existiendo además diversos criterios para delimitar esa competencia, como el territorio, la materia, el grado o la cuantía³⁰.

Aquí comienza la polémica. Así, y en el ámbito territorial, la ley peruana establece que el juez(a) competente para conocer un Proceso Administrativo en primer grado o instancia es, a elección del (de la) demandante, el juez(a) del lugar del domicilio del demandado(a) o del lugar donde se produjo la actuación impugnada.

Se dice que se busca evitar mayores perjuicios al demandante y a sus derechos, cuando su contraparte es una entidad o autoridad de carácter regional o nacional, lamentablemente si puede así ver drásticamente recortado(a) su derecho de acceso a la justicia, al tener que sostener un proceso o en una localidad que en ocasiones puede estar hasta lejos de su domicilio. El proyecto presentado al Congreso habilitaba también al (a la) demandante a poder interponer su demanda ante el juez(a) de su propia localidad, que es una mejor opción en una dinámica del derecho recién mencionado, el derecho de acceso a la justicia³¹.

Ahora bien, si bien en la determinación de la competencia de carácter territorial hay aspectos indudablemente muy controvertidos, la controversia tiene tanta o mayor intensidad si el criterio a desarrollarse es el funcional.

Aquí quienes hicieron el proyecto que dio origen al primer texto de la ley del Proceso Administrativo peruano establecían que el juez(a) detente para conocer en primer grado o instancia uno de estos procesos era, en líneas generales, el juez(a) especializado en este tipo de casos, y en los lugares donde no existía ese juez(a) especializado(a), el juez(a) civil o el juez(a) mixto respectivo(a). Fácilmente puede presumirse que corresponderá a la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Superior (o la Sala Civil de la Corte Superior, si esta no existiese) y a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema conocer estos casos en apelación y casación, de acuerdo con los parámetros establecidos por la ley. Sin

³⁰ Me ratifico en lo señalado en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 181.

³¹ Me ratifico en lo señalado en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 183.

embargo, ese no fue el parámetro acogido por el texto original de la norma peruana, donde el tema luego ha oscilado muchísimo, gracias a la introducción de diferentes reformas.

Y es que el texto de la ley peruana, dependiendo de qué época, ha planteado que ciertos procesos administrativos se iniciaban en primer grado en Corte Superior (haciendo de la Sala Civil de la Corte Suprema de espacio de apelación y la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de espacio casatorio), resultando importante cuán familiarizados están los jueces y juezas de Corte Superior, o de la Sala Civil de la Corte Suprema peruana con los Procesos Administrativos existentes en el Perú (salas que pueden actuar como de primer grado o instancia, o como salas de apelación menor³², salas con jueces y juezas no necesariamente familiarizados con la dinámica de los Procesos Administrativos peruanos). La inseguridad que esta oscilación ha generado es a todas luces evidente. El incumplimiento de pautas constitucionales y convencionales también.

Con la Ley n. 27.909 se asumió el criterio de los autores del proyecto. Sin embargo, hoy, de acuerdo con el texto único ordenado de la norma, si el objeto de la demanda versa sobre actuaciones (no aclara también si omisiones) del Banco Central de Reserva del Perú; la Superintendencia del Mercado de Valores; la Superintendencia de Banca, Seguros y Administraciones privadas de fondos de pensiones; o la Superintendencia Nacional de Salud, son competentes en primer grado los jueces y juezas de la sala especializada en lo Contencioso Administrativo de la Corte Superior correspondiente (y a falta de esta sala, la Civil de esa Corte Superior). Las Salas Civiles y Constitucionales y Sociales de la Corte Suprema ven estos casos en apelación y casación, respectivamente.

Las dificultades de la fórmula allí escogida son a todas luces ostensibles: se complica la actuación inicial de las pruebas ofrecidas y acogidas; se condena a que estos casos sean vistos en apelación por juzgadores(as) no familiarizados(as) con el tema; y se recarga con más procesos (y pronunciamientos sobre esos procesos) a una corte suprema que, aun siendo una corte de casos y no de precedentes, por su condición de Alta Corte debería estar enfocada a una misión nomofiláctica. Sin Comentarios. El seguimiento a parámetros constitucionales y convencionales, y un respeto al cabal ejercicio de una serie de derechos fundamentales no se aprecia en estas disposiciones.

³² Cuando de apelación menor, la referencia es a que el recurso en cuestión lo conoce el grado o instancia inmediatamente superior a la que ya se pronunció, y no el más alto dentro de una entidad.

3.6. Los problemas a nivel de la vía procedimental prevista en el Perú

El texto único ordenado de la ley del Proceso Administrativo peruano habla de proceso urgente, y de proceso ordinario. De entrada, los términos utilizados se prestan a confusión, pues todo Proceso Administrativo es en principio un medio procesal ordinario de tutela. Son procesos de tutela diferenciada urgente los procesos constitucionales de la libertad, por ejemplo. Y como si lo expuesto no fuese suficiente, se incluye dentro de las pretensiones a abordar mediante proceso administrativo urgente a lo referido al contenido esencial (debería decir contenido constitucionalmente protegido) del derecho a la pensión, materia determinada con anterioridad por el Tribunal Constitucional peruano, a través del precedente “Manuel Anicama Hernández”, a ser vista en sede del proceso constitucional de amparo. La confusión que puede crearse con esto es monumental, pues demandas sustancialmente iguales pueden ser en un caso declaradas fundadas, y en otro, improcedentes, situación alejada del cumplimiento de los parámetros constitucionales y convencionales ya previstos., y del respeto al contenido y ejercicio de una serie de derechos fundamentales. Mientras la norma no se modifique, se amerita aquí una cuidadosa aplicación de otro precedente del Tribunal Constitucional peruano, el precedente “Elgo Ríos”, salvo mejor parecer.

3.7. Una comprensión de la actuación probatoria que ni siquiera alcanza los estándares de un proceso “de plena jurisdicción”

El texto original de la ley, muy a despecho de lo planteado en el proyecto que motivó su aprobación, circunscribía la actividad probatoria a las actuaciones recogidas en el procedimiento administrativo previo. Es mucho después, y principalmente gracias a la modificación introducida en el Decreto Legislativo 1067, que se incluyó dentro de esta actividad probatoria a hechos nuevos; a hechos conocidos con posterioridad al inicio del proceso; y a los hechos que sirven de sustento a una pretensión indemnizatoria acumulada. Se evita así una flagrante violación al derecho fundamental a la prueba, parte a su vez de la dimensión procesal a un derecho a un debido proceso.

Tampoco era feliz el tratamiento de la carga de la prueba. El texto original de la ley, a diferencia del proyecto que tuvo como base, circunscribía la carga de la prueba a quien afirma los hechos que sustentan su pretensión. Es recién con la dación del Decreto Legislativo n. 1.067, norma que modifica buena parte de la Ley original, que se hace la salvedad referida a si la actuación administrativa impugnada establece una sanción o unas

medidas correctivas, o cuando la administración está en mejores condiciones de acreditar los hechos se invierte la carga de la prueba. Una mejora a lo inicialmente previsto, pero todavía no exenta de algunas imprecisiones (quién acredita, y cómo, que la administración está en mejores condiciones de acreditar los hechos, por ejemplo³³, y hay quienes critican el amplio margen de acción dado para manejarse con pruebas de oficio³⁴)³⁵. La colisión aquí con lo previsto a nivel constitucional y convencional, y al cabal ejercicio del derecho fundamental implicado, es más que previsible.

3.8. El tratamiento otorgado a la materia cautelar

Como se había dicho en alguna otra ocasión, la solución de los diferentes conflictos existentes o la misma actuación del elenco probatorio ofrecido por las partes (o en su caso, requerido de oficio por los(as) juzgadores(as)), no suelen ser tareas de rápida ejecución. En medio de su desarrollo pueden entonces suceder una serie de acontecimientos que hagan inalcanzable la pretensión o pretensiones a las cuales buscábamos acceder, o impidan analizar a cabalidad los medios probatorios que hubiesen podido recabarse³⁶.

Es en este contexto en el cual aparece la actividad cautelar de un(a) juez(a), hoy considerada como una tarea de similar relevancia a sus labores de conocimiento y ejecución. La relevancia de su regulación dentro de un Proceso Administrativo, proceso cuya finalidad principal es hoy la tutela de los derechos de los(as) administrados(as) frente a la actuación u omisión de actuación de la administración, resulta entonces un acontecimiento

³³ El tema probatorio en la normativa peruana ha sido uno de los más analizados y criticados por la doctrina. En este sentido sugiero revisar Eloy Espinosa Saldaña Barrera (entre otros textos: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 188 y 55; ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 59 y ss.); HUAPAYA, Ramón. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista, 2006. p. 37; MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019. p. 435 y ss., y un largo etcétera

³⁴ Posiciones críticas al respecto son las de HUAPAYA, Ramón. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. p. 115; PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. 3. ed. Lima: Ara, 2009. p. 222.

³⁵ Un interesante texto vinculado al tema probatorio es el de SAAVEDRA, Rubén. La prueba en el procedimiento de localización tributaria y su regulación en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 451 y ss.

³⁶ Me ratifico en lo dicho en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 191-192.

a todas luces innegable³⁷. Es, además, lo pertinente es que se sigan las pautas constitucionales y convencionales.

Quienes impulsaron la aprobación de la ley del Proceso Administrativo peruano conocían de la importancia de un escenario cautelar que realmente apuntase la labor protectora de las necesidades humanas básicas y el desarrollo integral humano (expresados a través de los derechos) hecha mediante los Procesos Administrativos. Ello se percibe cuando, a pesar de que se señala que son especialmente procedentes las medidas cautelares de innovar y no innovar, se deja la posibilidad de recurrir a un amplio elenco de medidas cautelares, incluso a las de carácter anticipado³⁸. Al igual que en el caso español, la Constitucionalización del Derecho proyecta a la actual normativa peruana en un escenario donde el escenario cautelar va más de la suspensión, y donde se plantea un serio intento de encontrar un equilibrio – siempre dinámico – entre la ejecutividad de la actuación administrativa y la satisfacción de nuestras necesidades humanas básicas y el desarrollo integral humano (expresados, repito, a través de los derechos) de los(as) administrados(as)³⁹. Esto también implica un respeto a lo previsto en el plano convencional.

Existe también en el texto de la norma un esfuerzo por un uso equilibrado de la caución juratoria frente al uso de otras contracautelas. Sin embargo, el problema en el tema cautelar peruano no está tanto en la redacción de la normativa vigente, sino en su interpretación. Coincido con Lazarte cuando señala lo siguiente:

[...] La falta de uniformidad al momento de interpretar para aquellos que tienen la actividad de la interpretación, genera una incertidumbre para quien somete su caso a ser resuelto, cómo (sobre todo) en los casos de los procesos contenciosos administrativos sobre materia tributaria⁴⁰.

³⁷ En ese mismo sentido: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 192.

³⁸ En el mismo sentido: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. Reproducido por autorización del autor en: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 601 y ss.

³⁹ Coincido así con las interesantes reflexiones hechas sobre el caso español por: RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, monográfico conmemorativo, p. 553-588, ene./abr. 2008. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/descarga?up=131411>. Acceso en: 15 oct. 2023. Reproducido por autorización del autor en: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 601 y ss.

⁴⁰ Ver: LAZARTE, Patricia. Algunos alcances sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 599. El paréntesis añadido es mío.

Y es que, como bien anota Vargas⁴¹, quienes interpretan la norma del Proceso Administrativo en el Perú, máxime si hablamos de su ámbito cautelar, y de la tarea de jueces y juezas, tienen que tener presente que el análisis de verosimilitud del derecho no debe centrarse en la presunción de validez del acto administrativo y en la aceptación (amenaza o violación) del interés público, sino en los fundamentos expuestos por el administrado(a) para desvirtuar esa presunción de validez. Además, la regulación en materia cautelar, en ciertos ámbitos administrativos, está orientada a promover la eficacia de actos administrativos impugnados judicialmente y a establecer requisitos. Ello puede ir contra el derecho a la tutela judicial efectiva que busca todo(a) administrado(a)⁴², lo cual es a su vez contrario a parámetros constitucionales y convencionales vigentes.

3.9. El defecto en el tratamiento de las sentencias estimatorias

La referencia a una sentencia involucra hablar de aquella resolución mediante la cual el juzgador(a) emite su pronunciamiento final respecto de la pretensión o pretensiones que le fueron planteadas dentro de un proceso, sea a través de la demanda, o en su caso, de lo que aquí en el Perú denominamos reconvencción (y que en rigor conceptual es más una contrademanda antes que una reconvencción). Ahora bien, en tanto y en cuanto son diversas las pretensiones que pueden plantearse en un Proceso administrativo en el Perú, son múltiples las posibilidades con que cuenta aquella sentencia que declare fundada la demanda. Ello permite entender cómo en el Derecho comparado se suele permitir que al juzgador(a) en este tipo de procesos emita una sentencia que no se ciña exactamente a lo formalmente pretendido por las partes, admitiendo una lectura más flexible del principio de congruencia procesal que aquella, que, por ejemplo, podemos encontrar en un proceso civil⁴³.

Una expresión de esta línea de pensamiento es la salida, frecuentemente prevista en el Derecho comparado, de habilitar a un juez(a) a declarar la nulidad total de un acto administrativo sobre el cual únicamente se había pedido deducir su nulidad parcial, y viceversa, siempre y cuando con ello no se deje en una situación de indefensión a aquel(la) cuyo

⁴¹ Ver: VARGAS, Sheilah. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 593.

⁴² En el mismo sentido: VARGAS, Sheilah. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 593.

⁴³ Me ratifico aquí en lo dicho en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 195-196.

derecho de defensa pudiese verse vulnerado o amenazado con una declaración de nulidad total que en principio no fue solicitada⁴⁴.

Esta aplicación del principio *lura Novit Curiae*, inicialmente fue recogida por los autores del proyecto de ley. Sin embargo, la decisión del Congreso fue y es otra, pues textualmente la normativa vigente señala que la sentencia que declara fundada la demanda declarará la nulidad total o parcial, o ineficacia del acto administrativo impugnado, de acuerdo con lo demandado. Estamos ante un notorio error⁴⁵, y una violación flagrante de parámetros constitucionales vigentes, y de derechos fundamentales existentes.

Ahora bien, y al lado de la equivocación aquí cometida, la disposición actualmente vigente en el Perú al respecto deja sin resolver otra inquietud de innegable relevancia: la de sí un(a) juez(a) de un proceso administrativo puede declarar la nulidad de un acto administrativo por razones distintas a las que fuesen invocadas por las partes en conflicto. Me ratifico en lo que he señalado anteriormente: que, en estricta aplicación del principio *Lura Novit Curial*, dicha posibilidad debiera ser admitida⁴⁶.

No son estos los únicos aspectos controvertidos en la normativa vigente, pero dejo el desarrollo de algunos otros para una próxima ocasión.

3.10. El debate sobre la ejecución de obligaciones de dar suma de dinero

De poco o nada hoy sirve todo lo hecho en un Proceso Administrativo si luego no se tiene cómo asegurar una completa ejecución de las sentencias emitidas. De allí la importancia de lo ocurrido con la modificación del texto original de la ley del Proceso Administrativo peruano mediante decreto de necesidad y urgencia (norma que aprueba el gobierno peruano en materias económicas y financiera, con cargo de dar cuenta de esta al congreso, quien la ratifica, no se pronuncia al respecto (manteniendo así su vigencia) o la rectifica). Se habilitó un sistema mediante el cual la disponibilidad presupuestaria primaba ante las obligaciones de dar sumas de dinero que por mandato judicial debía asumir una re-

⁴⁴ Me ratifico aquí en lo dicho en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 196-197.

⁴⁵ Me ratifico aquí en lo dicho en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 196-197.

⁴⁶ Ver: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 197-198. En el mismo sentido: PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. 2. ed. Lima: Ara, 2002. p. 249.

partición estatal, y eso, en el fondo, no ha cambiado mucho.⁴⁷ Urge entonces hacer algunas indispensables precisiones y ciertos ajustes al respecto, máxime si esas modificaciones implicasen el respeto a los derechos fundamentales que están en juego en esta ocasión, así como a lo prescrito a nivel constitucional y convencional.

3.11. Algunas anotaciones sobre los medios impugnatorios previstos

En la ley del Proceso Administrativo peruano están previstos los siguientes medios impugnatorios:

- 1) El recurso de reposición, contra los decretos, a fin de que el juez(a) los revoque;
- 2) El recurso de apelación, excepto las expeditas en revisión y los autos, salvo en los casos especialmente determinados en la normativa vigente;
- 3) El recurso de casación, contra las siguientes resoluciones:
 - a) Las sentencias expedidas en revisión por las Cortes superiores que, en revisión, pon en fin al proceso;
 - b) Los casos que versen sobre pretensiones no cuantificables;
 - c) Los casos donde estamos ante pretensiones cuantificables, cuando la cuantía de lo impugnado sea superior a ciento cuarenta Unidades de Referencia Procesal (URP) o cuando el acto impugnado provenga de autoridad de competencia provincial, regional o nacional; y por excepción, respecto de los actos administrativos dictados por autoridad administrativa distrital, cuando su cuantía sea superior a ciento cuarenta Unidades de Referencia Procesal.

Cabe aclarar que en los denominados procesos vigentes (o con vía procedimental diseñada para obtener una respuesta con un carácter más expeditivo), no procede

⁴⁷ Ver al respecto, entre otros: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 199 y ss.; ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021. p. 61; HUAPAYA, Ramón. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019. p. 181; la sentencia del Tribunal Constitucional peruano 006-96-PI/TC; y la sentencia del Tribunal Constitucional peruano emitida a propósito de los expedientes acumulados 015-2001-PI/TC, 016-2001-PI/TC; y 004-2002-PI/TC (sobre todo en su fundamento quince).

el recurso de casación cuando las resoluciones de segundo grado confirman las de primer grado, si éstas ampararan la pretensión planteada;

4) El recurso de queja, contra las resoluciones que declaren inadmisibles o improcedentes los recursos de apelación o casación. Este recurso de queja también procede contra el recurso de apelación con un efecto distinto al solicitado.

Aquí se incluyen situaciones que son harto discutibles. A ellas hay que añadir lo que ya se adelantó sobre a qué nivel jurisdiccional se presentan los diferentes recursos previstos. No olvidemos como en el caso peruano hay casos que son vistos en apelación por la sala civil de la Corte Suprema de la República. Me remito en este punto a lo ya comentado al respecto⁴⁸, y mi preocupación por el incumplimiento de lo previsto a nivel constitucional y convencional sobre el particular, y sobre el cabal respeto a la vigencia de los derechos fundamentales involucrados es a todas luces evidente.

Los criterios para determinar qué resoluciones son vistas por determinados recursos y por ciertos órganos jurisdiccionales son, por decir lo menos, endebles. De otro lado, la ley del Proceso Administrativo peruano le otorga a la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema la posibilidad de fijar “precedentes vinculantes”. Aquí aparecen por lo menos dos aspectos controvertidos: el primero de ellos está referido a si un precedente sirve para fijar reglas, cabe preguntarse si no es redundante hablar de precedentes vinculantes. El segundo aspecto viene vinculado a que es conocido que en el Perú la sobrecarga procesal, y la especial falta de comprensión de lo que significa tener una Alta Corte de casos como la que se tiene en mi país, llevan a que no solamente exista una Sala Constitucional y Social permanente de la Corte Suprema, sino a que allí haya también más de una Sala transitoria (que no son Salas transitorias, pues siguen en funciones desde hace varios años). La pregunta es aquí la de quienes fijan un precedente (si los(as) integrantes de la Sala permanente o también los miembros de las Salas transitorias). En fin, es mucho lo que hay que aclarar o corregir sobre el particular, máxime si existen pautas constitucionales y convencionales, así como derechos fundamentales a los cuales hay que respetar.

⁴⁸ Mi posición, opuesta a la de quienes justifican que procesos administrativos comiencen en primer grado en Corte Superior (y no en un juzgado), justificación hecha en base a que estamos ante pronunciamientos emitidos por colegiados administrativos, está básicamente recogida en: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004. p. 205-206; y en lo señalado en este mismo texto.

4. CONCLUSIÓN

Comparando la situación hoy existente con lo previsto hace unos años, cuando recién entró en vigencia la ley del proceso administrativo peruano, el avance en el Perú es ostensible, pero insuficiente, siendo en algunos casos justo reconocer que se han aprobado disposiciones erróneas y contraproducentes, o que se ha impuesto una interpretación de aspectos de la ley que no se coinciden con la Constitucionalización y la Convencionalización del Derecho que, por lo menos en época reciente, han inspirado la actual configuración de los Procesos Administrativos en los diferentes países del mundo. Es más, y como bien se ha podido apreciar a lo largo del presente trabajo, se generan situaciones donde la cabal vigencia y el pleno ejercicio de diversos derechos fundamentales se ponen en entredicho. Con ello no se desmerece lo avanzado, sino más bien se reconoce que hay mucho por hacer o por modificar, si se quiere cumplir con lo prescrito en el ámbito constitucional o convencional, y garantizar una razonable tutela y un correcto ejercicio de varios derechos.

El objetivo del presente trabajo es pues el de hacer un balance de lo previsto, efectuando un análisis crítico de lo consignado, y resaltando todo aquello que hoy considero indispensable incorporar a la normativa y a la jurisprudencia peruana. Ojalá este esfuerzo genere el interés que busca promover.

REFERENCIAS

AGUILERA BECERRIL, Zita; SALAZAR CARPIO, Renzo. Agotamiento de la vía administrativa y su aplicación en procedimientos administrativos sancionados de contratación pública. *In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

ALEJOS, Oscar. La Legitimación activa el proceso contencioso administrativo. *In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

AZA RIVA, Arturo; JIMÉNEZ QUEVEDO, María. La flexibilización del principio de congruencia en el proceso contencioso administrativo. *In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

BREWER CARÍAS, Allan R. La progresiva ampliación del proceso contencioso contra los actos administrativos en América Latina. *In: ZÚÑIGA, Tania (coord.). Aportes al desarrollo del Derecho*

Administrativo en el Perú. Lima: Yachay Legal-Círculo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2022.

BREWER CARÍAS, Allan R. Tendencias del proceso contencioso en Latinoamérica. *In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. v. II. Lima: Derecho y Sociedad, 2022.

DANÓS, Jorge. Balance y perspectivas a veinte años de la ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo. *In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. v. II. Lima: Derecho y Sociedad, 2022.

DANÓS, Jorge. El proceso contencioso administrativo en materia tributaria. *Themis*, Lima, n. 41, p. 73-95, 2000. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109642.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

DANÓS, Jorge. Las resoluciones que ponen fin al procedimiento administrativo. *Ius et Veritas*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, v. 16, p. 150-159, 2008. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15768>. Acceso en: 15 oct. 2023.

DELPIAZZO, Carlos. El régimen contencioso administrativo uruguayo. *In: RODRÍGUEZ ARANA, Jaime; GARCÍA, J.M. (coord.). La jurisdicción contencioso-administrativa en Latinoamérica*. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana, 2014. (Colección de Derecho Público Iberoamericano).

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. A veinte años de la ley del proceso contencioso administrativo. *In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Balance a veinte años de la vigencia de la Carta de 1993: notas sobre el papel del Tribunal Constitucional en la constitucionalización del Derecho, la política, y sus repercusiones. *Pensamiento Constitucional*, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 18, p. 175-197, 2013. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/8953>. Acceso en: 15 oct. 2023.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. *Código procesal constitucional, proceso contencioso administrativo y derechos del administrado*. Lima: Palestra, 2004.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. *En defensa de la Constitución*. Lima: Gaceta Jurídica, 2018.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. Nuevo Código Procesal Constitucional. *In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Desde el Tribunal Constitucional*. 2. ed. actual. y ampl. Lima: Stampante, 2022.

ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy. Proceso contencioso administrativo peruano: evolución, balance y perspectivas. *Revista del Círculo del Derecho Administrativo*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, n. 1, 2012. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoadministrativo/article/view/13541>. Acceso en: 15 oct. 2023.

ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA, Eloy. Reflexiones sobre la convencionalización del Derecho y el control de convencionalidad en nuestros países, a propósito de lo sucedido en la experiencia peruana. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Bogotá: Fundación Konrad Adenauer, Año XXI, p. 87-92, 2015. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r14677-1.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

FAVOREU, Louis. La constitucionalización del derecho. *Revista de Derecho*, Vaidivia, Universidad Austral, v. 12, n. 1, 2001.

GRAU QUINTEROS, Miguel; PALOMINO MENDOZA, Rudy D. La aplicación de la Ley n. 27.584 en la cancha. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

GUASTINI, Riccardo. Particularidades de la interpretación constitucional. In: FERRER MAC GREGOR, Eduardo (coord.). *Interpretación constitucional*. México: Porrúa, 2005

HUAMÁN ORDOÑEZ, Luis. Las pretensiones y su acumulación en la ley del proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

HUAPAYA, Ramón. *El proceso contencioso administrativo*. Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2019.

HUAPAYA, Ramón. *Tratado del proceso contencioso administrativo*. Lima: Jurista, 2006.

LAZARTE, Patricia. Algunos alcances sobre las medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

LUCCHETTI, Alfieri. La legitimidad para obrar pasiva en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

MARÍA DIEZ, Manuel. *Derecho procesal administrativo*. Montevideo: Plus Ultra, 1996.

MELÉNDEZ FERNÁNDEZ, Fernando; ALVARADO ROJAS, Héctor. La "legitimidad para obrar activa" de Sunat en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

MONROY GÁLVEZ, Juan. *Introducción al derecho civil*. Tomo 1. Bogotá: Temis, 1996.

MONROY, Juan. *Introducción al Proceso Civil*. Tomo I. Bogotá: Temis, 1996.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la ley del procedimiento administrativo*. Lima: Gaceta Jurídica, 2019.

NUSSBAUM, Martha. *Las fronteras de la justicia*. Barcelona: Paidós, 2007.

OTEIZA, Eduardo. Principios procesales: aclaraciones para contrarrestar su ambigüedad. In: BERIZONCE, Roberto Omar (coord.). *Los principios procesales*. La Plata: Librería Editora Platense, 2011.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional*. Barcelona: Ariel, 1987.

PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. 2. ed. Lima: Ara, 2002.

PRIORI, Giovanni. *Comentarios a la ley del proceso contencioso administrativo*. 3. ed. Lima: Ara, 2009.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. Nuevas tendencias en materia de medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. *Revista Andaluza de Administración Pública*, n. 100, monográfico conmemorativo, p. 553-588, ene./abr. 2008. Disponible en: <https://www.juntadeandalucia.es/institutodeadministracionpublica/institutodeadministracionpublica/servlet/download?up=131411>. Acceso en: 15 oct. 2023.

SAAVEDRA, Rubén. La prueba en el procedimiento de localización tributaria y su regulación en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

SEN, Amartya. *La idea de la justicia*. Madrid: Penguin Random House, 2012.

SIMONS PINO, Adrián. Los principios de la ley del proceso contencioso administrativo bajo la lupa. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

STUCCHI LÓPEZ-RAYGADA, Pierino y Félix, ACOSTA, Nataly. Las pretensiones y su acumulación en los procesos contenciosos administrativos: la plena jurisdicción y el caso "especial" de la pretensión indemnizatoria. In: ESPINOSA-SALDAÑA BARRERA (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.

VARGAS, Sheilah. Medidas cautelares en el proceso contencioso administrativo. In: ESPINOSA SALDAÑA BARRERA, Eloy (dir.). *Estudios sobre derecho administrativo*. Tomo II. Lima: Derecho y Sociedad, 2021.



GOVERNO ELETRÔNICO, SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS E PARTICIPAÇÃO POPULAR: UM CAMINHO DEMOCRÁTICO A SER PERCORRIDO PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA BRASILEIRA¹

Caroline Müller Bitencourt²

Emerson Gabardo³

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Compreendendo as relações necessárias entre governo eletrônico e administração pública digital: mais do que uma mudança de plataforma, uma mudança de concepção; **3.** As possíveis mudanças a partir do marco normativo dos serviços públicos digitais: uma abordagem crítica sob a perspectiva da participação popular; **4.** Conclusão; Referências.

¹ Este trabalho é fruto das pesquisas desenvolvidos no âmbito da Rede de Direito Administrativo Social.

² Doutora em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) com estágio pós-doutoral pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professora do Programa de Pós-graduação em Direito (mestrado e doutorado) da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC/RS). Chefe do Departamento de Direito da UNISC. Advogada.

³ Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR) com pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law (EUA, 2013). Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC/PR). Professor associado de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor visitante sênior na University of California – UCI (EUA, 2020).

1. INTRODUÇÃO

O mundo digital, típico da pós-modernidade⁴, impõe ressignificar formas de organização, fluxo de serviços e informações em diversos contextos de trabalho. Dessa forma, o desafio não seria diferente em se tratando da Administração Pública. Ao contrário, como é dever da Administração Pública atuar em prol do interesse público, deveria ela estar à frente em processos de inovação e desenvolvimento, primando pela máxima universalização do acesso, especialmente em relação à concretização da democracia e de direitos fundamentais⁵.

Para dar conta desse constante processo de transformação, a Administração Pública tem buscado ao longo de alguns anos a implementação do chamado Governo digital, com uma série de sistemas visando a construir esse caminho de migração. Na realidade, é comum a confusão entre os conceitos de administração pública digital e governo digital, o qual se buscará enfrentar neste artigo. A tarefa que se apresenta é muito maior do que substituir a antiga burocracia analógica pela burocracia digital; é preciso ressignificar quais os desafios e as contribuições que tais processos impõem tanto à administração pública quanto aos cidadãos.

A Lei n. 14.129/202 se tornou um marco normativo do Governo digital. É possível afirmar que ela evolui em vários pontos, mas que, em tantos outros, não traz a clareza necessária para compreender os horizontes de um novo paradigma para administração pública que, efetivamente, fomente a participação democrática. Nessa linha de raciocínio, a questão que permeia este trabalho é: quais os principais desafios à implementação da participação popular na administração pública digital no Brasil, a partir do marco normativo dos serviços públicos digitais? A hipótese é a de que o avanço e a implementação da administração pública digital só são possíveis com a mudança cultural para um novo paradigma; do contrário, a presente legislação corre o risco de se transformar em uma digitalização de serviços, concretizando apenas de maneira formal a participação popular a fim de legitimar os atos da Administração Pública.

Com o objetivo de elucidar a organização deste texto, registra-se que a pesquisa realizada e a argumentação elaborada são adequadas para a sustentação final da hipótese em caráter de conclusão. As considerações finais do texto retomam a ideia central, considerando que não se trata de uma pesquisa empírica ou dialética e, sim, de um trabalho teórico de análise jurídico-política do tema, buscando-se apontar ao final alguns dos de-

⁴ GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13-45.

⁵ GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, n. 394, p. 29-39, 2011.

safios à implementação da administração pública digital a partir do marco normativo e doutrinário eleito – cujo foco é a superação do antigo e limitado “e-Government” rumo ao efetivo Governo digital⁶.

2. COMPREENDENDO AS RELAÇÕES NECESSÁRIAS ENTRE GOVERNO ELETRÔNICO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA DIGITAL: MAIS DO QUE UMA MUDANÇA DE PLATAFORMA, UMA MUDANÇA DE CONCEPÇÃO

Os avanços tecnológicos são uma caminho sem volta e cada vez mais buscarão moldar a sociedade e suas formas de interação a partir desse paradigma, o que inevitavelmente requer contínuo aprimoramento dos ambientes digitais também pela Administração Pública. Na verdade, por ser o ambiente propício à concretização dos interesses públicos, deveria ela ser a vanguarda nesse processo de transformação, que tem sido denominado como a 4ª Revolução Industrial: inteligência artificial⁷, robótica, internet das coisas, veículos autônomos, nanotecnologia, biotecnologia, armazenamento de energia, entre outros temas do mundo digital⁸. A revolução tecnológica como marca de revolução impõe profundas mudanças em relação ao modo como se vive em sociedade e está marcada pela sua velocidade, amplitude e profundidade, propiciando o avanço, a fusão de tecnologias e a interação nos domínios físicos, digitais e biológicos⁹.

⁶ VIANA, Ana Cristina Aguilar. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/47755856/Digital_transformation_in_Public_Administration_from_E_Government_to_Digital_Government. Acesso em: 15 out. 2023.

⁷ Na obra de Juarez Freitas e Thomas Freitas, além de demonstrarem o quanto a inteligência artificial já é uma realidade e que pode ser utilizada em grande benefício a uma civilização de modo que seja possível caminhar a uma civilização global. Os autores afirmam que é preciso compreender a era da tecnologia para a obtenção de um desenvolvimento mais sustentável, tanto no tocante às suas contribuições para a humanização quanto em relação à necessidade de constante supervisão e vigília do humano, a fim de servir o interesse público, a coletividade, a humanidade (FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial: em defesa do humano*. Belo Horizonte: Fórum, 2020). No mesmo sentido, ligando o fomento às novas tecnologias como um direito ao desenvolvimento, ver: REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/reis2020>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁸ MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE Adrian. *A quarta revolução*. Tradução de Afonso Celso da Cunha. São Paulo: Schawarck, 2015.

⁹ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

Para além dos desafios naturais oriundos da revolução tecnológica que obrigam um dinamismo constante nos processos cotidianos, no caso brasileiro, os desafios parecem ainda mais acentuados, por várias razões, tais como: em um país de dimensões continentais que experimenta diariamente as mazelas da desigualdade, em todos os âmbitos, enquanto parte dos alunos estão tendo acesso a recursos altamente tecnológicos em um período de ensino remoto, grande parte da população sequer teve acesso à rede de internet para conseguir o auxílio emergencial viabilizado por meio de aplicativo no celular que exigia conexão em rede¹⁰; enquanto uma pequena parte dos empresários viu seus negócios prosperarem no período pandêmico através do *e-commerce*, o desemprego no Brasil chegou a números insustentáveis¹¹, levando mais de 19 milhões de brasileiros a viverem um cenário de insegurança alimentar¹²; da mesma forma que vários serviços públicos conseguiram

¹⁰ Em 2019, 4,1 milhões de estudantes da rede pública não tinham qualquer acesso à internet. Quase todos os estudantes de escolas particulares tinham acesso à internet (98,4%). Já no ensino público, eram 83,7%. Essa diferença é ainda mais marcante entre as grandes regiões do país. No Norte e Nordeste, o percentual de estudantes da rede pública que utilizaram a internet foi de 68,4% e 77,0%, respectivamente. Nas demais regiões esse percentual variou de 88,6% a 91,3%. Já na rede de ensino privada, o percentual de uso da internet ficou acima de 95,0% em todas as grandes regiões, alcançando praticamente a totalidade dos estudantes no Sul, Sudeste e Centro-Oeste. “Isso está relacionado à renda. 26,1% dos estudantes não utilizaram a internet por considerar o serviço caro e 19,3% devido ao custo do equipamento eletrônico para navegar na rede. Essas diferenças são ainda maiores entre os estudantes da rede pública e da rede privada, revelando um traço de desigualdade que ficou ainda mais evidente na pandemia, quando o ensino presencial foi suspenso e as famílias tiveram que se adaptar às aulas remotas”, afirma a analista da pesquisa, Alessandra Scalonii Brito (BARROS, Alerrandre. Internet chega a 88,1% dos estudantes, mas 4,1 milhões da rede pública não tinham acesso em 2019. *Agência IBGE Notícias*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30522-internet-chega-a-88-1-dos-estudantes-mas-4-1-milhoes-da-rede-publica-nao-tinham-acesso-em-2019>. Acesso em: 15 out. 2023).

¹¹ Segundo dados do IBGE, falta de trabalho atinge 32,4 milhões de brasileiros. A taxa de desemprego está em 14,1%. A taxa de informalidade ficou em 39,7% da população ocupada, reunindo um total de 34,1 milhões de trabalhadores informais (BARROS, Alerrandre. Internet chega a 88,1% dos estudantes, mas 4,1 milhões da rede pública não tinham acesso em 2019. *Agência IBGE Notícias*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30522-internet-chega-a-88-1-dos-estudantes-mas-4-1-milhoes-da-rede-publica-nao-tinham-acesso-em-2019>. Acesso em: 15 out. 2023).

¹² O Inquérito Nacional sobre Insegurança Alimentar no Contexto da Pandemia da Covid-19 no Brasil, realizado pela Rede Brasileira de Pesquisa em Soberania e Segurança Alimentar e Nutricional (Rede Pennsan), indica que nos últimos meses do ano passado 19 milhões de brasileiros passaram fome e mais da metade dos domicílios no país enfrentou algum grau de insegurança alimentar. A sondagem inédita estima que 55,2% dos lares brasileiros, ou o correspondente a 116,8 milhões de pessoas, conviveram com algum grau de insegurança alimentar no final de 2020 e 9% deles vivenciaram insegurança alimentar grave, isto é, passaram fome nos três meses anteriores ao período de coleta, feita em dezembro de 2020, em 2.180 domicílios. De acordo com os pesquisadores, o número encontrado de 19 milhões de brasileiros que passaram fome na pandemia do novo coronavírus é o dobro do que foi registrado em 2009, com o retorno ao nível observado em 2004 (GANDRA, Alana. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. *Agência Brasil*, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-pas-saram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 18 maio 2021).

migrar para uma digitalização (a exemplo das próprias consultas on-line), a maioria da população não conseguia acessar hospitais e postos de saúde que superlotavam com os cidadãos que não tinham acesso a tais meios tecnológicos para tratar suas enfermidades. Essas disparidades observadas indicam que todas essas mudanças que serão propiciadas pelo incremento tecnológico na disponibilização de bens, serviços, informações por parte da Administração Pública não podem ficar restritas às camadas da população já privilegiadas e, por isso, o verdadeiro desafio será o da universalização do acesso, realidade ainda distante no Brasil, cuja desigualdade no acesso à tecnologia tende a se agravar¹³.

É evidente que a evolução tecnológica e a digitalização de várias atividades levarão à extinção de muitas carreiras, funções e profissões¹⁴, gerando um forte impacto social na situação de emprego e renda dos brasileiros. E é esse olhar sistêmico e inclusivo que deve conduzir o processo de mudança de paradigma, o que faz revistar as noções de tempo e espaço que marcaram o período da modernidade e essa forma de convivência social¹⁵. Desse modo, a administração pública digital não pode avançar sem o enfrentamento do problema dos chamados “invisíveis digitais”: sujeitos que em regra são os mesmos que pertencem aos grupos vulneráveis já tradicionalmente invisibilizados¹⁶. Portanto, quando as ferramentas tecnológicas são utilizadas como mediadoras únicas, isso pode representar um agravamento do risco a direitos sociais já fragilizados¹⁷.

O grande desafio é para que não se propague uma visão reducionista da tecnologia digital, fazendo uma mera migração da administração pública para plataformas virtuais; é preciso a transformação do modelo de pensar, operar e tornar acessível a administração

¹³ CHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/schiefler2020>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁴ HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

¹⁵ Para Giddens, a modernidade é marcada pela separação do tempo e do espaço, que deixam de ter suas vidas guiadas por instintos ou referências biológicas para atender a precisão do relógio que a modernidade exige e a possibilidade de manipular tempo e espaço é possibilitada por um desencaixe entre essas dimensões e sistemas sociais (GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991).

¹⁶ BREPOHL, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do Estado de exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/622>. Acesso em: 15 out. 2023.

¹⁷ REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023.

pública conduzida pelo interesse público. Isso requer mais do que um diagnóstico do que se tem; requer pensar sobre quais problemas se pretende resolver. Ao tratar da relação da democracia com a internet, Manuel Castells compreende que os meios virtuais devem servir à democracia, como instrumento de interatividade, tanto para acessar a informação quanto para expressar suas opiniões sobre os rumos e correções necessárias da própria atividade administrativa¹⁸. Ou seja, é preciso ser constituído um mecanismo de governo a serviço da responsividade e da transparência da administração pública.

A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) identifica como governo eletrônico aquele que faz uso de tecnologias de informação e comunicação para alavancar uma governança com mais eficiência, transparência e com maior acessibilidade¹⁹, valendo-se de ferramentas governo eletrônico (e-Government – e-Gov)²⁰.

Entretanto é preciso pretender mais do que apenas uma transformação digital, buscando a transformação da cultura, incluindo processos e estruturas no setor público para um melhor ambiente de gestão: “Enquanto que os programas iniciais de governo eletrônico tinham o foco em digitalizar serviços e processos existentes, um governo digital promove uma transformação radical no sentido de desenvolver novos modelos de serviço

¹⁸ CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide V. Majer. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

¹⁹ Destaca o Relatório do Tribunal de Contas da União: “Por fim, cabe destacar que a OCDE reuniu em um documento um conjunto de recomendações direcionadas aos países que pretendem desenvolver iniciativas de governo digital. As recomendações são colocadas na forma de doze princípios, embora muitos deles possam ser considerados estratégias a serem adotadas para o sucesso de tal iniciativas (peça 75, p. 8 -12): 36.1. Princípio 1: Abertura, transparência e inclusão nos processos e ações do governo; 36.2. Princípio 2: Engajamento e participação da sociedade civil, empresas e governo na elaboração de políticas públicas; 36.3. Princípio 3: Criação de uma cultura orientada a dados no setor público; 36.4. Princípio 4: Proteção da privacidade e garantia da segurança; 36.5. Princípio 5: Compromisso político e liderança; 36.6. Princípio 6: Uso coerente das tecnologias por meio das diversas políticas em uma reforma geral da administração; 36.7. Princípio 7: Arranjos institucionais e de governança efetivos para coordenar a implementação da estratégia digital; 36.8. Princípio 8: Fortalecimento de cooperações internacionais com outros governos; 36.9. Princípio 9: Desenvolvimento de estudos de casos claros para garantir o financiamento e o foco da implementação dos projetos; 36.10. Princípio 10: Habilidades reforçadas em gerenciamento de projetos de TI para monitorar a implementação dos projetos; 36.11. Princípio 11: Aquisição de tecnologias digitais baseada nos ativos existentes; 36.12. Princípio 12: Estrutura legal e regulatória, geral e específica, para aproveitar as oportunidades do mundo digital. 2.3 Iniciativas de governo eletrônico/digital na Administração Pública Federal (BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 010.638/2016-4*. Relatório de Auditoria. GRUPO I – CLASSE V – Plenário. Relatório Ministro Benjamin Zymler. Julg. 13/07/2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25E7CDA79015E869687733D69>. Acesso em: 15 out. 2023).

²⁰ OCDE. *Background paper: implementing E-government in OECD countries: experiences and challenges*. [S.d.]. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/36853121.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

explorando totalmente as potencialidades da tecnologia”²¹: “[...] sistemas que permitam o acesso compartilhado e à distância a documentos, fontes de informação ou espaços de trabalho nos aproximam progressivamente da comunicação”²². Apenas a título exemplificativo, veja-se a evolução no número de Certificados de emissão digital emitidos:



Figura 1: Histórico de 2010-2020²³.



Figura 2: Comparativo Mensal de 2019-2021²⁴.

Como já afirmado, é preciso ir além do governo eletrônico²⁵, e o caminho a ser percorrido é o da administração pública digital. Com a contribuição das tecnologias, utilização das linguagens de programação, *big data*, inteligência artificial e ampla exploração de sistemas de software, pretende-se que a Administração Pública possibilite um processo

²¹ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 010.638/2016-4*. Relatório de Auditoria. GRUPO I – CLASSE V – Plenário. Relatório Ministro Benjamin Zymler. Julg. 13/07/2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25E7CDA79015E869687733D69>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 5-6.

²² LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999. p. 89.

²³ BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Histórico Anual de Emissão de Certificados*. 2021. Disponível em: <https://numeros.iti.gov.br/#/>. Acesso em: 19 maio 2021.

²⁴ BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Comparativo Mensal de Emissão de Certificados*. 2021. Disponível em: <https://numeros.iti.gov.br/#/>. Acesso em: 19 maio 2021.

²⁵ CORDEIRO, Antônio *et al.* Governo eletrônico e redes sociais: informação, participação e interação. *Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1-8, jun. 2012. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/reciis/article/view/588>. Acesso em: 15 out. 2023.

de comunicação eficiente entre cidadãos e órgãos e serviços públicos²⁶, seja com a oferta dos mais simples serviços de emissão de documentos e certidões até a formulação de relatórios automatizados que auxiliam um cidadão comum, sem o devido conhecimento técnico da gestão pública²⁷, realizar a participação e controle social²⁸. Isso vai exigir uma postura ativa da Administração, utilizando mecanismos de intervenção que são típicos do modelo do Estado Social²⁹.

Muitas serão as barreiras a serem superadas para a implementação de uma administração pública digital, desde fatores básicos operacionais, como acesso à internet e computadores para a grande maioria da população brasileira, até a boa vontade política dos governantes em tornar suas gestões transparentes e eficientes, o que exige além de competência muita vontade e mudança na cultura política. Erradicar o analfabetismo digital deve ser também um compromisso e uma política pública de Estado, caso se pretenda, de fato, uma mudança de paradigma da administração pública no Brasil³⁰.

O Brasil tem avançado com mais clareza na implementação dos chamados governos eletrônicos, buscando, desde o ano de 2000, através do incremento de portais, sistema integrados, serviços eletrônicos e portais de transparência. Pode-se apontar como as prin-

²⁶ CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55334/35014>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁷ ROTHBERG, Danilo; LIBERATO, Fabíola de Paula. Comunicação pública, transparência e políticas públicas: avaliação de informações em portais brasileiros de governo. *Revista Internacional de Relaciones Públicas*, São Paulo, v. III, n. 6, p. 69-96, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/3846c705-09a7-4b1d-9d71-b9d26707033e/content>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁸ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo digital na implementação de serviços públicos para a concretização de direitos sociais no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 15 out. 2023.

²⁹ Sobre o assunto, ver: GABARDO, Emerson. Mecanismos de intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4618/7023>. Acesso em: 15 out. 2023. E, ainda: GABARDO, Emerson. Estado social e Estado subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 283-299, out./dez. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3694668. Acesso em: 15 out. 2023.

³⁰ SAMPAIO, Maria Ângela da Costa Lino Franco *et al.* Participação digital e governo eletrônico abertura para qual cidadania? *Revista Brasileira de Administração Científica*, v. 5, n. 2, p. 214-225, out. 2014. Disponível em: <https://www.sustenera.co/index.php/rbadm/article/view/SPC2179-684X.2014.002.0016/461>. Acesso em: 15 out. 2023.

cipais iniciativas que vêm se intensificando nesses últimos anos e que, de certa forma, culminaram com a aprovação da atual Lei de Serviços Públicos Digitais³¹, as seguintes ações:

Ano	Ações	Objetivo
1999	Decreto n. 3.294, de 15 de dezembro de 1999. Institui o Programa Sociedade da Informação ³² .	Viabilizar a nova geração da internet e suas aplicações em benefício da sociedade brasileira.
2000	Decreto-Lei n. 18 outubro de 2000 cria o Comitê Executivo de Governo Eletrônico (posteriormente revogado pelo Decreto n. 8.638, de 2016).	Formular políticas, estabelecer diretrizes, coordenar e articular as ações de implantação do Governo Eletrônico, voltado para a prestação de serviços e informações ao cidadão. O Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão exerce as atribuições de Secretaria-Executiva do comitê, fornecendo apoio técnico-administrativo necessário ao seu funcionamento
2001	Comitê Executivo do Governo Eletrônico. A política de governo eletrônico no Brasil ³³ .	Propiciar internet a todos, ampliação do acesso à informação por meio da rede, integração entre bancos de dados, sistemas de informação governamentais, entre outros.

³¹ O quadro é exemplificativo e construído com base em diferentes fontes governamentais e legislações disponíveis no site do planalto.

³² Segundo o programa, o objetivo era muito além da acessibilidade. "O objetivo do Programa SocInfo é integrar, coordenar e fomentar ações para a utilização de tecnologias de informação e comunicação, de forma a contribuir para a inclusão social de todos os brasileiros na nova sociedade e, ao mesmo tempo, contribuir para que a economia do País tenha condições de competir no mercado global. A execução do Programa pressupõe o compartilhamento de responsabilidades entre os três setores: governo, iniciativa privada e sociedade civil. Para tanto, o programa foi estruturado em sete grandes linhas de ação: mercado, trabalho e oportunidades; universalização de serviços para a cidadania; educação na sociedade da informação; conteúdos e identidade cultural; governo ao alcance de todos; P&D, tecnologias-chave e aplicações; e infraestrutura avançada e novos serviços" (MENEZES, Ebenezer Takuno de. *Verbete SocInfo (Programa Sociedade da Informação)*. Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/socinfo-programa-sociedade-da-informacao-2/>. Acesso em: 15 out. 2023).

³³ Interessante consultar as tabelas apresentadas das estratégias, modelos de referências para o e-gov e etapas apresentadas para a implementação (DINIZ, Eduardo Henrique *et al.* *O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise*. Revista de Administração Pública, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 23-48, jan./fev. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/rj/rap/a/f9ZFfjhYtRBMVxLPjCJMKNJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2023.

Ano	Ações	Objetivo
2004	Portal da Transparência criado pelo Controladoria-Geral da União.	Portal da Transparência do Governo Federal é um site de acesso livre, no qual o cidadão pode encontrar informações sobre como o dinheiro público é utilizado, além de se informar sobre assuntos relacionados à gestão pública do Brasil. Consolidou a referência do Brasil na área de transparência do setor público, conforme consta no portal de transparência.
2005	Decreto n. 5.542, de 20 de setembro de 2005	Institui o Projeto Cidadão Conectado - Computador para Todos, no âmbito do Programa de Inclusão Digital, e dá outras providências.
2006	Lançamento do Portal da Inclusão Digital ³⁴ .	Busca reunir e sistematizar notícias e informações sobre os vários programas de facilitação do acesso a computadores e internet para a sociedade
2008	Ministério do Planejamento (MP) tem abordado a necessidade de integrar os sistemas de informação do governo e fomentar a utilização do padrão e-PING para a interoperabilidade e o padrão e-MAG para acessibilidade de portais.	
2009	Lei Complementar n. 131/2009 que alterou a Lei Complementar n. 101 e alterada pela Lei Complementar n. 156/2016.	São instrumentos de transparência da gestão fiscal, aos quais será dada ampla divulgação, inclusive em meios eletrônicos de acesso público: os planos, orçamentos e leis de diretrizes orçamentárias; as prestações de contas e o respectivo parecer prévio; o Relatório Resumido da Execução Orçamentária e o Relatório de Gestão Fiscal; e as versões simplificadas desses documentos.

³⁴ O Relatório das ações pode ser acessado através da publicação Secretaria de Telecomunicações do Ministério das Comunicações (BRASIL. Ministério das Comunicações. *Ações governamentais em inclusão digital: análise de utilização do FUST*. Brasília: Ministério das Comunicações, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24FOA728E014FOAE8624A67BC>. Acesso em: 15 out. 2023).

Ano	Ações	Objetivo
2011	Lei n. 12.527, de 2011, conhecida como Lei de Acesso à Informação.	O Brasil inaugura um novo paradigma com a ordem constitucional de 1988, estabelecendo amplitude no direito ao acesso à informação, sob o mato no art. 5, XXXIII3, bem como a obrigação do Estado ou aquele que haja em seu nome, detentor da informação de caráter público, através do princípio da publicidade estabelecido pelo art. 37.
2014	Lei n. 12.965, de 23 de abril de 2011, conhecida como o Marco Civil da Internet	Estabeleceu princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil
2015	Draft Digital Government Toolkit ³⁵ Decreto n. 8.539, de 8 de outubro de 2015, instituição do Processo Nacional Eletrônico. Decreto n. 8.414/2015	Produzido pela OCDE, em 2015, consiste no primeiro esboço de um conjunto de pilares, princípios e boas práticas desenvolvido para auxiliar os países a implementar as recomendações da organização sobre a estratégias de governo digital. Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Instituiu o Programa Bem Mais Simples Brasil, com a finalidade de simplificar e agilizar a prestação dos serviços públicos e de melhorar o ambiente de negócios e a eficiência da gestão pública.
2016	Decreto n. 8.638, de 18 de janeiro de 2016 –Governança Digital na Administração Federal (posteriormente revogado pelo Decreto n. 10.609, de 26 de janeiro de 2021).	Trata da Política de Governança Digital no âmbito dos órgãos e das entidades da APF direta, autárquica e fundacional, para possibilitar a sociedade mediante o uso da informação e dos recursos de tecnologia da informação e comunicação na prestação de serviços públicos.
2018	Decreto n. 9.319, de 21 de março de 2018 – Sistema Nacional para a Transformação Digital.	Instituiu o Sistema Nacional para a Transformação Digital – SinDigital –, composto pela Estratégia Brasileira para a Transformação Digital, E-Digital, seus eixos temáticos e sua estrutura de governança.

³⁵ BRASIL. Tribunal de Contas da União. *Fiscalização de tecnologia da informação*. [S.d.]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/governo-digital/>. Acesso em: 19 maio 2021.

Ano	Ações	Objetivo
2019	Decreto n. 10.046, de 09 de outubro de 2019.	Dispõe sobre a governança no compartilhamento de dados no âmbito da administração pública federal e institui o cadastro Base do Cidadão e o Comitê Central de Governança de Dados.
	Decreto n. 9.756, de 11 de abril de 2019.	Institui o portal único “gov.br” e dispõe sobre as regras de unificação dos canais digitais do Governo federal. Consideram-se canais digitais os portais na internet e os aplicativos móveis que contenham informações institucionais, notícias ou prestação de serviços do Governo federal e atribui à Secretaria de Governo Digital da Secretaria Especial de Desburocratização, Gestão e Governo Digital do Ministério da Economia a coordenação dos processos de solicitação e autorizará o registro de domínios na internet e de aplicativos móveis nas lojas de aplicativos.
2021	Decreto n. 10.609, de 26 de janeiro de 2021, institui a Política Nacional de Modernização do Estado e o Fórum Nacional de Modernização do Estado	Institui a Política Nacional de Modernização do Estado – Moderniza Brasil –, com a finalidade de direcionar os esforços governamentais para aumentar a eficiência e modernizar a administração pública, a prestação de serviços e o ambiente de negócios, objetivando a integração, a articulação, o monitoramento e a avaliação de políticas, programas, ações e iniciativas de modernização do Poder Executivo federal.
2021	Lei n. 14.129, de 29 de março de 2021, dispõe sobre princípios, regras e instrumentos para o governo digital e para o aumento da eficiência pública e altera a Lei n. 7.116, de 29 de agosto de 1983, a Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011 (Lei de Acesso à Informação), a Lei n. 12.682, de 9 de julho de 2012, e a Lei n. 13.460, De 26 de junho de 2017	Institui os princípios, regras e instrumentos para o aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão.

Fonte: Elaborado pelos autores.

Segundo dados disponibilizados pelo Governo federal, mais de 80 milhões de pessoas são usuárias do Gov.br, sendo que, até dezembro de 2020, em 21 meses aumentou em 40 vezes o número de usuários. O portal oficial informa que, dos 3,8 mil serviços do governo, atualmente 60% estão totalmente digitalizados³⁶. Entre as iniciativas para soluções digitais assistidas, destacam-se:

- (i) automação do serviço de ponta a ponta em apenas 60 dias: fim do balcão;
- (ii) login único e autenticação: segurança sobre quem demanda o serviço;
- (iii) Avaliação, indicando como/onde melhorar com o *feedback* constante de todos os seus usuários (em sistemas novos ou já existentes);
- (iv) Integração de bases de dados: ajuda para consulta de dados e informações disponíveis em bases do Governo Federal³⁷.

Os objetivos e estratégias apresentadas pelo Governo brasileiro, a ser implementadas, dividem-se nos seguintes eixos: centrado no cidadão; integrado; inteligente; confiável; transparente e aberto; eficiente. Para desenvolver tais eixos, eles foram divididos em 18 diferentes objetivos³⁸, os quais se desmembram em distintas ações:

- 1) oferta de serviços públicos digitais;
- 2) avaliação de satisfação nos serviços digitais;
- 3) canais e serviços digitais simples e intuitivos;
- 4) acesso digital único aos serviços público;
- 5) plataformas e ferramentas compartilhadas;
- 6) serviços públicos integrados;
- 7) políticas públicas baseadas em dados e evidências;

³⁶ BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Mais de 80 milhões de pessoas são usuárias do gov.br. *Governo Digital*, 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/mais-de-80-milhoes-de-pessoas-sao-usuarias-do-gov.br>. Acesso em: 19 maio 2021.

³⁷ BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Quer transformar seu serviço? *Governo Digital*, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/quer-transformar-seu-servico>. Acesso em: 19 maio 2021.

³⁸ Todos os objetivos disponíveis em: BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Quer transformar seu serviço? *Governo Digital*, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/quer-transformar-seu-servico>. Acesso em: 19 maio 2021.

- 8)** serviços públicos do futuro e tecnologias emergentes;
- 9)** serviços preditivos e personalizados ao cidadão;
- 10)** implementação da Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD) no Governo;
- 11)** garantia da segurança das plataformas de governo digital e de missão crítica;
- 12)** identidade digital ao cidadão;
- 13)** reformulação dos canais de transparência e dados abertos;
- 14)** participação do cidadão na elaboração de políticas públicas;
- 15)** governo como plataforma para novos negócios;
- 16)** otimização das infraestruturas de tecnologia da informação;
- 17)** o digital como fonte de recursos para políticas públicas essenciais; e
- 18)** equipes de governo com competências digitais.

Em face do tema eleito nesta investigação, atenta-se a três desses objetivos:

- a)** oferta de serviços públicos digitais;
- b)** participação do cidadão na elaboração de políticas públicas e
- c)** o digital como fonte de recursos para políticas públicas essenciais, os quais representam a necessidade e o comprometimento da administração pública digital ir muito além de uma virtualização de seus processos, pois requer uma mudança de cultura da administração pública, que, mais do que boa vontade política, necessita de fortes investimentos de recursos estatais e um grande protagonismo nessa construção coletiva.

A oferta de serviços públicos digitais, somados à participação na formulação de políticas públicas, e essa transformação como fonte de captação de recursos para tais políticas públicas, é um verdadeiro desafio para um país que viu praticamente inviabilizada uma série de serviços públicos diante do contexto da pandemia. E é uma meta muito distante da data aprazada para sua concretização em 2022, dada a constatação de dificuldades encontradas em diferentes setores da administração pública durante a pandemia.

Milhares de brasileiros não conseguiram realizar suas perícias médicas para fins de auxílio-doença, encaminhamento de aposentadorias, acesso ao auxílio-maternidade e muitos até o ano de 2021 buscavam conseguir cadastrar-se para receber o auxílio emergencial. Ficou evidente a falta de estrutura, de servidores e de equipamentos capazes de

tornar tais metas uma realidade. Ademais, para além daquilo que os planos comportam no papel, vê-se com o projeto de Emenda Constitucional n. 32, que se refere à reforma da administração pública, uma grande preocupação com o enxugamento da máquina pública e com a criação de cargos e carreiras no serviço público que não são compatíveis com o modelo de eficiência, modernidade e especialidade que o novo paradigma da administração pública digital requer. A reforma em questão passou longe de mostrar a estrutura administrativa adequada nos diferentes níveis federativos para dar conta da empreitada a que se propôs o plano, com os 18 objetivos expostos pelo Governo federal.

No que se refere à temática das políticas públicas, há mais preocupações, primeiro, porque devem ser planejados um forte investimento e um protagonismo estatal no âmbito das políticas públicas. No entanto, na prática, o que tem se observado é justamente um discurso contrário do Governo federal, com constantes ataques às políticas públicas em uma série de cortes em pastas como saúde, educação, segurança pública, sempre acompanhados de uma narrativa que somente as medidas de austeridade “salvarão” o Brasil da crise que hoje assola esse país³⁹. Ademais, o reiterado ataque por parte do governo aos servidores responsáveis pela implementação das políticas públicas, chamados pelo Ministro da Economia publicamente de “parasitas”⁴⁰, não demonstra um alinhamento entre discurso e prática. Demonstração clara desse fenômeno é a extinção via decreto do Presidente da República de Conselhos de participação popular, além de não ter sido observada nenhuma medida de grande impacto para a participação popular via governo digital nos últimos três anos. Esse é um tema que requer um debate mais aprofundado, o debate da participação na administração pública digital, que será abordado no próximo tópico em que se discutem o marco normativo dos serviços públicos digitais, suas possíveis inovações e desafios.

³⁹ Sobre essa temática, indica-se a leitura crítica de: BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 20 dez. 2020.

⁴⁰ Em recente decisão judicial, restou condenado por chamar servidores de “parasitas” (SANTOS, Rafa. Paulo Guedes é condenado por chamar servidores de “parasitas”. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/paulo-guedes-condenado-chamar-servidores-parasitas>. Acesso em: 19 maio 2021).

3. AS POSSÍVEIS MUDANÇAS A PARTIR DO MARCO NORMATIVO DOS SERVIÇOS PÚBLICOS DIGITAIS: UMA ABORDAGEM CRÍTICA SOB A PERSPECTIVA DA PARTICIPAÇÃO POPULAR

Tratar de direitos dos usuários dos serviços públicos não pode ser considerado a novidade da Lei n. 14.129/2021, haja vista que a Lei n. 13.460/2017, conhecida como Lei Geral de Proteção aos Usuários dos Serviços Públicos, já contemplava pontos enfrentadas na legislação atual. Apenas a título de informação, vale pontuar alguns de seus dispositivos.

Já no seu parágrafo único do artigo 1º refere que o acesso ao usuário à informação sobre a prestação dos serviços será realizado mediante o uso da Lei n. 12.527/11 (Lei de Acesso à Informação). No artigo 4º da Lei, tem-se que, entre os princípios a serem observados na prestação do serviço e atendimento do usuário, o princípio da transparência, até mesmo para as manifestações, reclamações, denúncias, sugestões, elogios e demais pronunciamentos de usuários que tenham como objeto a prestação de serviços públicos e a conduta de agentes públicos na prestação e fiscalização de tais serviços. Dentro das garantias básicas dos usuários constantes do artigo 6º, assume destaque o inciso III – “acesso e obtenção de informações relativas à sua pessoa constantes de registros ou bancos de dados, observado o disposto no inciso X do caput do artigo 5º da Constituição Federal e na Lei n. 12.527, de 18 de novembro de 2011”, mais uma vez destacando, portanto, a obrigatoriedade imposta à Administração Pública ante o direito do usuário de receber tal informação.

Interessante também é que o acesso à informação e a preocupação com a transparência são destacados na exigência da divulgação da Carta de Serviços ao Usuário, pois, conforme artigo 7º da Lei, em seu § 2º, existe a necessidade de “[...] trazer informações claras e precisas em relação a cada um dos serviços prestados [...]”, e o texto apresenta ainda o rol de informações que deverão constar para atender as diretrizes da lei.

Por fim, dois artigos ainda merecem menção em se tratando da Lei Geral de Proteção aos Usuários dos Serviços Públicos. O primeiro é o artigo 16, que trata das ouvidorias para receber denúncias, também propiciando transparência e controle social dos serviços, e ainda atribui competência para as ouvidorias no parágrafo único para solicitar informações dos serviços aos órgãos públicos. O segundo é o artigo 23, que, em seu § 2º, cria a obrigatoriedade de divulgar a avaliação e o *ranking* das entidades com maior reclamação, novamente visando a fomentar a informação, a transparência e o controle social dos serviços públicos prestados.

A Lei n. 14.129/2021 regula o governo digital no Brasil. Essa lei estatui ser um dos princípios do governo digital a participação (art. 1º), tendo, em seu art. 3º, estabelecido diretrizes, tais como a transparência na execução dos serviços públicos e o monitoramento da qualidade, bem como a linguagem clara e o autosserviço. Novamente, transparência aparece como um objetivo, como algo a ser atingido pela informação correta e verdadeira. O próprio art. 4º traz uma definição de transparência: “XI - transparência ativa: disponibilização de dados pela administração pública independentemente de solicitações”. O art. 20 estabelece que o poder público estabelecerá plataformas de governo digital, mas não as detalha. Precisamente, o Portal Nacional de Contratações Públicas (PNCP) é uma dessas plataformas.

A denominada Lei dos Serviços Públicos Digitais, em seus 55 dispositivos promete, conforme anunciado em seu art. 1º, “[...] *aumento da eficiência da administração pública, especialmente por meio da desburocratização, da inovação, da transformação digital e da participação do cidadão*” (grifos nosso). Ou seja, trata-se de um marco da transformação digital da administração pública, comportando através da inovação a desburocratização da administração pública e a viabilização da participação cidadã, também por meios digitais. Nas razões apresentadas para a formulação legislativa está a oferta de soluções digitais na administração pública e a prestação digital de serviços públicos, através da Base Nacional de Serviços Públicos, de plataformas de governo digital, de laboratórios de inovação e os mecanismos, instâncias e práticas de governança consonantes com os desafios da era digital.

Destaca-se, inicialmente, que o compromisso não é tão somente com o governo eletrônico, mas também com a mudança para uma administração pública digital, que, conforme anunciado em seu art. 2º, englobaria toda administração pública direta e indireta prestadora de serviços públicos, abrangendo todos os poderes republicanos, inclusive órgãos como Tribunal de Contas e Ministério Público. Ressalvado o fato que estados, municípios e o Distrito Federal somente se regulamentam através de atos normativos próprios, estão sujeitos aos comandos legais dessa legislação. Apesar de se compreender que, de fato, há aqui uma ressalva oriunda das competências legislativas de cada ente federativo, é importante desde já ressaltar que, além dos 26 estados mais o distrito Federal, trata-se também de mais de cinco mil municípios, em que as legislações locais poderão ter margem legislativa, o que, evidentemente, não resultará na unificação de sistemas, processos e prestações digitais, sendo que grande parte dos serviços públicos são realizados em nível local, justamente porque a execução tende a ser descentralizada. Sendo assim, a promessa de unificação e simplificação de processos, quando pensada sob a óptica do cidadão que pretende buscar os serviços, dificilmente será de fato compreendida e prestada em um modelo que seguirá os mesmos padrões. Isso já ocorre hoje em relação ao acesso à informação através de portais de transparência, em que cada órgão ou instituição que presta a informação tem padrões e sistemas próprios, o que leva ao desafio inicial para cada

cidadão de conhecer e de descobrir como tais informações são prestadas e organizadas em cada sítio que visitar⁴¹.

O texto legislativo dedica-se, no art. 3º, a exemplificar os princípios e diretrizes que conduzirão a prestação desse serviço, tais como transparência, simplificação, modernização, unificação de processos, proteção da privacidade e dados dos usuários, participação popular, entre outros. A forma com que tais princípios e diretrizes serão concretizadas é que merece uma análise mais detalhada, especialmente em relação a algumas questões abaixo relacionadas.

A empreitada de realizar um processo de desburocratização da gestão pública recebe destaque entre os artigos 5º a 13, e parece tentar se concretizar por meio da digitalização de processos e disponibilização virtual de documentos, adotando-se um formato mais simplificado em relação ao solicitante, como assinaturas eletrônicas, ou mesmo atos processuais em meio eletrônico são considerados através do sistema informatizado de gestão de processo administrativo com comprovações eletrônicas dos trâmites. No art. 6º, os entes públicos não poderão exigir do cidadão a apresentação de certidões ou outros documentos que a sua guarda esteja a cargo de outro órgão da Administração Pública, buscando agilizar os processos e compartilhamento de informações.

A expressão utilizada pela legislação de governo digital, constante no art. 14 a 16, a Administração Pública se compromete que o uso das tecnologias deverá ser acessível aos cidadãos de baixa renda e àquelas que vivem em comunidades longínquas e mesmo isoladas, tudo isso preferencialmente por meio do autosserviço. Por mais interessante que seja o compromisso assumido, mais do que nunca fica evidente a necessidade de investimento estatal em políticas públicas para viabilizar o acesso não apenas à rede, mas a computadores e a celulares que instrumentalizem essas condições⁴², sendo que, em ter-

⁴¹ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31240. Disponível em: <https://revistaeletronica.rdf.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1240>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁴² Notícia veiculada no site do Senado demonstra o descompasso com a “promessa” do governo digital em relação às ações concretas necessárias para viabilizá-lo: “vetado projeto que dava acesso à internet a alunos e professores da rede pública: “O presidente da República, Jair Bolsonaro, vetou totalmente o projeto de lei (PL n. 3.477/2020) que buscava garantir acesso à internet, com fins educacionais, a alunos e professores da educação básica pública. Entre as razões do veto, o presidente afirma que a medida não apresentava estimativa do respectivo impacto orçamentário e financeiro. Os ministérios da Economia e da Educação destacaram que a proposta aumentaria a alta rigidez do orçamento, o que dificultaria o cumprimento da meta fiscal e da regra de ouro, prevista na Constituição federal. O governo também afirma estar empregando esforços para aprimorar e ampliar programas específicos para atender a demanda da sociedade por meio da contratação de

mos de planejamento estatal, isso requer forte investimento e não medidas de contenção e austeridade no investimento público. Realidade muito distante em se pensando no atual plano de governo, ou na falta dele.

Em relação à aplicabilidade em cada nível federativo, o art. 16 esclarece que cada governo será responsável pela estratégia para tornar compatível a oferta dos serviços de acordo com o plano federal. Será possível isso diante de tamanhas desigualdades entre as distintas regiões brasileiras? Serão, de fato, propiciadas diferentes formas de financiamento e incentivos aos governos regionais e locais para a uniformização da administração pública digital não se tornar uma realidade para poucos?

A nova legislação, em seu art. 19, assim afirma: “Poderá o Poder Executivo federal estabelecer Base Nacional de Serviços Públicos, que reunirá informações necessárias sobre a oferta de serviços públicos em cada ente federado”. Mais uma vez, em seu parágrafo único, ressalta que cada ente federado poderá disponibilizar Cartas de Serviços ao Usuário, buscando manter um padrão comum. Nas disposições seguintes, como no art. 20, em que trata das plataformas digitais, prima por padrões de interoperabilidade e integração de dados para melhor eficiência dos processos, destacando-se, conforme o § 1º, que tais plataformas “deverão ser acessadas por meio de portal, de aplicativo ou de outro canal digital único e oficial, para a disponibilização de informações institucionais, notícias e prestação de serviços públicos”. Chama atenção o fato de que o Poder Executivo federal poderá e não deverá estabelecer uma Base Nacional, contudo, se de fato a ideia é a simplificação e padronização dos processos, a coordenação entre os entes federativos será de fundamental importância se o objetivo é a unificação e a comunicação com os usuários dos serviços públicos. Há de se reconhecer que transparência vai muito além da existência dos portais

serviços de acesso à internet em banda larga nas escolas públicas de educação básica, como o Programa de Inovação Educação Conectada (Piec), o Programa Banda Larga nas Escolas (PBLE) e o Programa Brasil de Aprendizagem, ainda em fase de elaboração. O veto ainda será apreciado pelo Congresso em data a ser definida. Proposta de autoria da Câmara dos Deputados, o projeto foi aprovado pelo Senado em 24 de fevereiro. Com relatoria do senador Alessandro Vieira (Cidadania-SE), a medida determinava repasse de R\$ 3,5 bilhões da União para estados, Distrito Federal e municípios. A fonte de recursos para o programa seria o Fundo de Universalização dos Serviços de Telecomunicações (Fust). De acordo com Alessandro, os recursos iriam assegurar a oferta mensal de 20 gigabytes de acesso à internet para todos os professores do ensino fundamental e médio das redes estaduais e municipais. Além deles, seriam beneficiados os alunos da rede pública do ensino fundamental e médio regulares pertencentes a famílias vinculadas ao Cadastro Único para Programas Sociais do Governo Federal (CadÚnico). Também seriam beneficiados os matriculados nas escolas das comunidades indígenas e quilombolas. O texto estabelecia ainda um prazo de seis meses para o programa, tomando como referência o preço de R\$ 0,62 por gigabyte” (BRASIL. Vetado projeto que dava acesso à internet a alunos e professores da rede pública. *Senado Notícias*, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/19/vetado-projeto-que-dava-acesso-a-internet-a-alunos-e-professores-da-rede-publica>. Acesso em: 19 maio 2021).

e de informações, uma vez que ela pressupõe a comunicação, ou seja, a compreensão por parte dos usuários do que busca e a concretização disso por parte da administração⁴³.

Destaca-se também, dentro dos direitos dos usuários já contemplados pelas Leis n. 13.460/2017 e n. 13.709/2018, que ficam assegurados: a gratuidade no acesso às Plataformas de Governo Digital; o atendimento em conformidade à Carta de Serviços ao Usuário⁴⁴; a padronização de procedimentos de recebimento de protocolo independente se físico ou digital e indicação de canal preferencial de comunicação com o prestador público, conforme art. 27 da Lei. Da leitura dos dispositivos, fica clara a importância da Carta dos Serviços dos Usuários, que não é novidade na atual legislação, pois foram a Lei n.13.460/2017 e o Decreto n. 9.094/17 que passaram a vincular todos os órgãos e entidades da administração pública federal, estadual, do Distrito Federal e municipal, dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. O objetivo é descrever com a máxima clareza os serviços que serão prestados, sua forma de acesso e avaliação e possibilitar melhorias a partir da contribuição de seus usuários. Conforme as referidas legislações, é necessário com clareza a descrição de: I - serviços oferecidos; II - formas de prestação; III - etapas dos processos e prazos para a concretização; e, ainda, indicar como IV - contemplar formas de avaliação e reclamação por parte dos usuários.

Para viabilizar uma linguagem mais fluida, tratou-se de apresentar cartilhas as quais são divididas em assuntos que visam a possibilitar qualidade de uso para consolidar a acessibilidade de acordo com padrões de informação para acesso e navegação, são eles: codificação, administração, usabilidade, redação web (*webwriting*) e desenho e arquitetura de conteúdo. Acredita-se que a preocupação, como anteriormente dito, deve ser a transparência e a comunicação com navegação intuitiva que facilita a usabilidade da plataforma. A usabilidade tem por objetivos:

- a) facilitar o uso;
- b) facilidade de aprendizado;
- c) facilidade de memorização de tarefas;
- d) produtividade na execução de tarefas;

⁴³ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 2, p. 31-54, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/mullerbitencourt2021>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁴⁴ BRASIL. Política de Formação Continuada em Ouvidorias – PROFOCO. *Defesa do usuário e simplificação*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/orientacoes/01-defesa-do-usuario-e-simplificacao-material-do-aluno-abril-2018.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

- e) prevenção, visando a redução de erros; e
- f) satisfação do indivíduo⁴⁵.

Último ponto destacado na nova legislação é a atenção dada à participação popular no serviço público digital. Para isso, tem-se especialmente o art. 4º, inciso V, que traz como novidade os laboratórios de inovação, assim definidos “laboratórios de Inovação, espaços abertos à participação e colaboração da sociedade para o desenvolvimento de ideias, ferramentas e métodos inovadores para a gestão pública, a prestação de serviços públicos e o empoderamento do cidadão para o exercício do controle sobre a administração pública”. Em consonância com os art. 44 a 46, pretende-se estimular que os entes públicos instuam os laboratórios como espaços de experimentos tecnológicos e de inovação, desenvolvimento de software, com utilização das linguagens de programação, contribuindo para o desenvolvimento de soluções interativas através da participação dos usuários. Dentre as diretrizes dos laboratórios expostas nos incisos do art. 45, o destaque está na exposição que ele seria um espaço de fomento à participação popular e ao controle social, buscando estimular e viabilizar a transparência e o conhecimento da gestão pública. É interessante o fato de que isso é apresentado como uma forma de apoio ao empreendedorismo e a ambientes de inovação, que, em conformidade com o art. 46, “[...] serão de uso e domínio livre e público compartilhados por meio de licenças livres não restritivas”.

Embora conceitualmente a ideia dos laboratórios seja extremamente interessante, a preocupação é como essas parcerias serão formatadas, uma vez que não se pode delegar a inovação na administração pública digital a “um balcão de propostas” para negócios da iniciativa privada. Aqui o olhar é sobre parcerias calcadas no interesse público, com a máxima transparência nos processos de fomento e de financiamento de tais atividades. Além do mais, é necessária a valorização do *know-how* já existente em diversas experiências desenvolvidas nos setores públicos, como ocorre com o setor de pesquisas em instituições públicas ou políticas de fomento em instituições privadas. É evidente que isso é somente possível com forte investimento estatal, mesmo porque a tecnologia e inovação produzidas nos ambientes públicos, além da ampla e irrestrita acessibilidade, são patentes públicas. Todavia, essa não tem sido a atual realidade brasileira, como o atual corte bilionário no

⁴⁵ As cartilhas servem de orientação para os sistemas e plataformas de Governo digital e tem por mérito o conceito de comunicação para melhor atendimento da pretensão dos usuários, que na prática seus os cidadãos (BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Padrões Web em Governo Eletrônico e-PWG – Cartilha de Usabilidade*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <https://epwg.governoeletronico.gov.br/>. Acesso em: 15 out. 2023).

orçamento das universidades federais que dificultará tanto o seu funcionamento quanto as atividades de pesquisa⁴⁶.

Um estudo publicado no Caderno n. 69 da ENAP traz importantes constatações acerca da realidade nacional, envolvendo os laboratórios de inovação nos setores públicos e o avanço dessas iniciativas, que buscam, por meio de ambientes colaborativos e criativos, apresentar soluções inovadoras, “[...] porém ainda não há uma maturidade quanto aos meios e métodos adotados pelos laboratórios para o envolvimento da sociedade”⁴⁷. O resultado do mapeamento e levantamento pela ENAP aponta que:

[...] 63 iniciativas que adotam a denominação de laboratório de inovação estão vinculadas a órgãos e entidades da administração pública, nos três Poderes e no Ministério Público, nas três esferas de governo e em todas as Regiões do país. Porém, a partir da definição de laboratório de inovação no setor público adotada para esta pesquisa – e até mesmo pela literatura selecionada –, 20 iniciativas foram excluídas, pois a análise dos sítios eletrônicos e da documentação disponível identificaram outras finalidades, tais como: identificação de iniciativas inovadoras e sua divulgação, desenvolvimento de produtos, realização de pesquisas, projetos ou consultoria⁴⁸.

É interessante também observar em quais áreas se concentram as iniciativas de inovação no poder público:

⁴⁶ “A Associação Nacional dos Dirigentes das Instituições Federais de Ensino Superior (Andifes) afirmou que o orçamento discricionário para 2021 teve um corte de pelo menos R\$ 1 bilhão. De acordo com a Andifes, o orçamento destinado às 69 universidades federais é 18,16% menor do que o destinado no ano passado. [...] Os dirigentes das instituições chamam atenção para o impacto do corte no enfrentamento à pandemia. Pelo menos três universidades estão desenvolvendo vacinas nacionais contra a Covid-19 e a rede federal disponibiliza mais de dois mil leitos para tratamento da doença” (PUENTE, Beatriz. Universidades federais terão corte de pelo menos R\$ 1 bilhão no orçamento. *CNN Brasil*, Rio de Janeiro, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/05/11/universidades-federais-terao-corte-de-pelo-menos-r-1-bilhao-no-orcamento> Acesso em: 19 maio 2021).

⁴⁷ SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

⁴⁸ SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

Figura 2: Locais da Administração em que se situam os laboratórios⁴⁹.

Poder ou Instituição	Federal		Estadual		Municipal		Total	
	N.	%	N.	%	N.	%	N.	%
Poder Executivo	12	28%	7	16%	3	7%	22	51%
Poder Judiciário	11	26%	1	2%	---	---	12	28%
Poder Legislativo	3	7%	1	2%	---	---	4	9%
Ministério Público	1	2%	2	5%	---	---	3	7%
Universidade pública	2	5%		0%	---	---	2	5%
Total Geral	29	67%	11	26%	3	7%	43	100%

Nas figuras abaixo, pode-se observar, ainda, quais os principais tipos de inovação e em que áreas tais iniciativas estão situadas.

Figura 3: Quais são as inovações⁵⁰.

N	Tipo de Inovação	Descrição
1	Processos administrativos	Introdução de novas ferramentas de gestão, formatos organizacionais, formas de trabalho, práticas gerenciais.
2	Processos tecnológicos	Adoção de novas tecnologias na prestação de serviços.
3	Serviços	Criação de novos serviços públicos ou novas formas de acesso e entrega.
4	Conceitual	Desenvolvimento de novas visões de mundo e que questionam concepções prévias, levando a mudanças de paradigmas e, portanto, nas possíveis soluções.
5	Governança	Introdução de novas formas de relacionamento entre atores e/ou organizações no processo de tomada de decisão. Pode ser interno à organização ou externo, na relação com outros órgãos públicos, cidadãos, ONGs e setor privado.
6	Políticas públicas	Mudanças nas políticas públicas, podendo ser resultante também de inovações conceituais.

⁴⁹ SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021. p. 22.

⁵⁰ SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021. p. 14.

Figura 4: Principais áreas de atuação⁵¹.

Área de atuação	n.	%
Gestão	31	44%
Gestão do Judiciário	11	15%
Serviços públicos	6	8%
Educação	3	4%
Políticas públicas	3	4%
Participação social	2	3%
Saúde	2	3%
Aviação	1	1%
Compras públicas	1	1%
Economia criativa	1	1%
Finanças sustentáveis	1	1%
Inteligência artificial	1	1%
Legislativo	1	1%
Mobilidade urbana	1	1%
Segurança pública	1	1%
Tecnologia da informação	1	1%
Transparência	1	1%
Sem informação	3	4%
Total geral	71	100%

Fica evidente, na leitura dos quadros acima, que grande parte das atividades se concentram em processos administrativos e de gestão e que são raras as propostas advindas destinadas às políticas públicas de participação, transparência e controle popular, destacando-se essas áreas justamente por serem objetivos e diretrizes da Lei da Serviços Públicos Digitais.

Tal situação deve gerar um alerta segundo o qual as iniciativas da administração pública digital e dos seus processos de inovação não devem ser calcadas na mera migração de plataformas e na digitalização de processos e serviços. Tal proposição ampara-se, mais uma vez, na defesa da necessidade de mudança de paradigma; ou seja, pensar na democracia digital para uma maior participação no âmbito da formulação das políticas públicas e controle social⁵².

⁵¹ SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/51112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021. p. 26.

⁵² LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 1999, 34. p. 184.

Diante desses apontamentos, cabe questionar: Quais os desafios que se destacam diante da nova proposta legislativa, especialmente pensando na participação popular?

Primeiro, já se alertou neste estudo para o problema dos invisíveis digitais. É preciso pensar ações governamentais que concretizem o acesso à rede e às formas de aquisição de celulares, computadores e tablets que facilitem a vida das famílias brasileiras a fim de que possam estar de fato inclusas nessa transformação. Mais do que o acesso, é preciso capacitar e dar continuidade e ampliação dos serviços àqueles que não o farão por meios virtuais. É um processo de transformação social que requer vontade política, tempo, dinheiro e energia de todos os envolvidos.

Segundo, a complexa organização do federalismo brasileiro impõe um grande desafio à implementação de uma cultura organizacional de simplificação e de unificação de processos. Como exemplo, basta analisar a experiência brasileira em relação à Lei de Acesso à Informação em todos os níveis governamentais, que muitas vezes prima por sistemas não intuitivos, com linguagens técnicas de difícil compreensão, e não se preocupa com a organização e tabelamento dos dados disponibilizados.

Outro ponto bastante desafiador vai ser o sistema de integração, como se propõe no Portal Nacional de Contratações Públicas. Encontrar uma linguagem comum para análise de dados, modelos analíticos, algoritmos para criar padrões e comunicações, valendo-se da inteligência artificial sempre muito bem monitorada e fiscalizada pelo humano, é ainda um obstáculo. Toda essa complexidade precisa ter como objetivo a simplificação e a comunicação com os cidadãos⁵³.

Quando se pensa em tecnologia, o investimento público requer dispêndio de fortes orçamentos, tanto para implementação e controle, como para a capacitação dos agentes atuantes nesses processos. Tudo que se refere à tecnologia de informação tem alto custo e sua existência é por tempo limitado, uma vez que a tecnologia está em constante superação por novas versões e cada vez mais aprimorados e inovadores sistemas operacionais.

A respeito disso, veja-se as experiências atuais da invasão de hackers nos sistemas informatizadas do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul⁵⁴.

⁵³ NOGUEIRA JUNIOR, Dario Azevedo. Governo eletrônico: uma reflexão sobre os limites da interatividade cidadã no modelo brasileiro da gestão pública digital de difusão de informação. *Revista Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura*, v. 21, n. 1, p. 22-45, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/eptic/article/view/10909>. Acesso em: 15 out. 2023. p. 38.

⁵⁴ A última notícia publicada em 14 de maio de 2021 indica que nem todos os processos estão disponíveis e ainda não foi possível avaliar a extensão dos danos: MATTOS, Eduardo. Atraso ainda maior de ações e temor de perda definitiva de documentos: confira os impactos do ataque hacker ao sistema de informática do TJ: Poder Judiciário gaúcho sofreu a maior invasão cibernética da sua história no dia 28 de abril. *Zero Hora*, 14 maio

Houve um significativo prejuízo sob a perspectiva da econômica, além de um forte abalo na confiança nas instituições pela possibilidade de vulnerabilidade de processos, dados e informações. Ademais, é claro que diferentes poderes e entes federativos terão discrepâncias nos investimentos em tecnologia, sistemas, controles e pessoal, dificultando muitas vezes a integração de processos. A realidade é que o próprio orçamento do Governo federal no ano em que deveria buscar a implementação dos serviços públicos digitais não trabalhou com tal perspectiva. Ao contrário, assistiu-se a um discurso de recessão e corte de gastos em pastas absolutamente estratégicas, como pesquisa, ciência, tecnologia e desenvolvimento.

Por fim, será a participação popular nesse processo de migração à era digital, um fenômeno democrático, inclusivo e emancipatório⁵⁵? O conceito de democracia digital tem que se preocupar com a materialização do conceito de democracia. Ainda, deve entender que a democracia no constitucionalismo implica ultrapassar as barreiras da deliberação formal; ou seja, deve ser ultrapassada a ideia da representatividade exclusivamente pelo critério majoritário. O conteúdo contra majoritário em uma democracia assume uma feição material, impondo um dever emancipatório. Pode-se afirmar, então, que o Estado Social Democrático de Direito está impregnado de uma “intenção de conteúdo”, para além de uma igualdade perante a lei, que se revela fundamentalmente na natureza dos valores que perseguem uma dimensão social da sua atividade. Essa intenção material da própria democracia busca a promoção das condições objetivas de desenvolvimento da liberdade e da personalidade que constituem um momento decisivo na realização para a justiça social. Esses valores exsurgem não mais em sentido metapositivo, mas em uma vinculação axiológica e material implicada na dignidade humana, assim como essa axiologia impõe-se como um limite originário e transcendente ao poder do Estado no seu conjunto, afastando toda e qualquer redução formalista desse Estado Democrático⁵⁶.

Essa perspectiva se diferencia de outras por ter uma demanda normativa. Não basta que a iniciativa seja tecnologicamente sofisticada, sociologicamente relevante ou que digitalize a relação do cidadão com o Estado. A democracia digital não pode jamais configurar a mera passagem dos meios de participação física para espaços digitais, sob

2021. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2021/05/atraso-ainda-maior-de-aco-es-e-temor-de-perda-definitiva-de-documentos-confira-os-impactos-do-ataque-hacker-ao-sistema-de-informatica-do-tj-ckoozy3uf0035018mjnh5vphz.html>. Acesso em: 19 maio 2021.

⁵⁵ “Os resultados das políticas deliberativas podem ser entendidos como um poder produzido comunicativamente, o qual concorre com o potencial de poder através de condições de fazer ameaças, e com o poder administrativo que se encontra nas mãos de funcionários” (HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 72).

⁵⁶ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 212.

pena de uma supervalorização dos meios tecnológicos para mascarar o esvaziamento de espaços de deliberação e decisão coletiva⁵⁷.

O contrário implicaria mera transposição dos atuais problemas da democracia tradicional para ambientes digitalizados. É de fundamental importância a compreensão que tais ambientes digitalizados devem estar a serviço dos valores democráticos em espaços de decisões políticas da sociedade, tais como: pluralismo, diversidade, inclusão, igualdade, dignidade, solidariedade e controle⁵⁸. A título exemplificativo, em pesquisa realizada tendo por base o ano de 2017 no âmbito da democracia digital, os pesquisadores Almada, Carreiro, Barros e Gomes investigaram 119 iniciativas em funcionamento, concluindo em termos percentuais que:

[...] 47,1% tinham como principal objetivo a promoção da transparência pública, 23,5% contavam com a participação de atores da sociedade em decisões, 23,5% procuravam fornecer informações e oportunidades para a educação das pessoas para a cidadania, e 5,9% proviam informações e meios para que cidadãos tivessem acesso à justiça⁵⁹.

No trabalho, apresentam a análise qualitativa dos dados encontrados e concluem que a expressão maciça de iniciativas com referência à transparência e à participação decorrem do resultado da obrigação legal, da pressão política e da viabilidade tecnológica possibilitada por alguns órgãos e setores. No entanto, esses espaços não tiveram experiên-

⁵⁷ CURTINOVI, Jéfferson. Governo eletrônico e democracia digital: mapeamento do uso da internet por órgãos públicos brasileiros a partir dos anos 2000. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 120-149, 2015.

⁵⁸ ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; BARROS, Samuel; GOMES, Wilson. Democracia digital no Brasil: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. *Revista Matrizes*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 161-181, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/158411>. Acesso em: 15 out. 2023.

⁵⁹ Os pesquisadores foram divididos em quatro grandes grupos, que correspondem basicamente aos eixos temáticos descritos na seção seguinte: (1) transparência; (2) informação e educação para a cidadania; (3) direitos e acesso à justiça; e (4) participação/deliberação. Nessa etapa, optou-se por juntar as categorias de participação e deliberação a fim de facilitar a coleta, por se tratar de propósitos semelhantes (ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; BARROS, Samuel; GOMES, Wilson. Democracia digital no Brasil: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. *Revista Matrizes*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 161-181, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/158411>. Acesso em: 15 out. 2023).

cia de deliberação. Não houve iniciativas para a promoção da deliberação pública, uma vez que a grande maioria se refere a consultas on-line sem espaços interativos⁶⁰.

Quando se trata, especialmente, de processos de construção e participação na temática das políticas públicas, é necessário espaços de ferramentas de construção colaborativa, de escuta e de qualificação argumentativa para a produção de decisões racionais, é mais do que apenas legitimar pelo procedimento. A mudança precisa ser de percepção, de cultura e de práticas institucionalizadas para que o uso da tecnologia não mascare ainda mais o processo de esvaziamento do público, do movimento antipolítico e apolítico que tem colocado em xeque as democracias contemporâneas. Eis o grande desafio democrático para administração pública digital.

4. CONCLUSÃO

A partir dos anos 2000, muitas foram as iniciativas para a transformação da administração pública na migração para ambientes digitais. Um processo que o desenvolvimento tecnológico pode contribuir para soluções eficientes, modernização, transparência, acessibilidade e até mesmo ampliação da participação popular.

No entanto, apesar das evoluções legislativas que culminaram na aprovação da Lei n. 14.129/2021, que apesar de avançar para a propostas de sistema integradas, laboratórios de inovação sempre com o foco na comunicação e modernização na prestação dos serviços, é importante que não se restrinja a uma mera migração de plataforma e, sim, avance para uma mudança de paradigma da administração pública, calcada na máxima inclusão na acessibilidade e igualdade na prestação dos serviços, comportando espaços para o exercício da participação e não da mera legitimação da tomada de decisão.

Os desafios são muitos. É preciso enfrentar o problema dos invisíveis digitais em nosso país de dimensões continentais, em que acesso as redes e mecanismos e instrumentos tecnológicos ainda é uma realidade muito distante para um país que vê crescer largamente o número de cidadãos que vivem em extrema pobreza e com riscos até na segurança alimentar. Também, é necessário vencer as barreiras de uma cultura de não integração dos entes federativos, que tendem a desenvolver sistemas e tecnologias de acordo com suas ventados e não a partir da lógica do cidadão. É preciso forte investimento público

⁶⁰ PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania do Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza de (org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002. p. 376-377. Ver as razões atribuídas a crise da democracia liberal em: CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica D'Ávila. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

para concretizar os objetivos da Lei n. 14.129/2021, quando na prática o que se vê é um discurso de extrema austeridade fiscal. Ainda, e talvez mais importante: é preciso refletir sob formas de viabilizar a participação popular, com canais de deliberação que propiciam uma democracia material, sob pena de transportarmos as mesmas dificuldade e deficiências que encontramos na presencialidade na virtualidade.

REFERÊNCIAS

ALMADA, Maria Paula; CARREIRO, Rodrigo; BARROS, Samuel; GOMES, Wilson. Democracia digital no Brasil: obrigação legal, pressão política e viabilidade tecnológica. *Revista Matrizes*, São Paulo, v. 13, n. 3, p. 161-181, set./dez. 2019. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/matrizes/article/view/158411>. Acesso em: 15 out. 2023.

BARROS, Alerrandre. Internet chega a 88,1% dos estudantes, mas 4,1 milhões da rede pública não tinham acesso em 2019. *Agência IBGE Notícias*, 14 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/30522-internet-chega-a-88-1-dos-estudantes-mas-4-1-milhoes-da-rede-publica-nao-tinham-acesso-em-2019>. Acesso em: 15 out. 2023.

BERCOVICI, Gilberto. Administração pública dos cupons. *Consultor Jurídico*, 6 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-06/estado-economia-administracao-publica-cupons>. Acesso em: 20 dez. 2020.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Interações entre direito fundamental à informação e democracia para o controle social: uma leitura crítica da LAI a partir da experiência dos portais de transparência dos municípios do rio grande do sul. *Revista de Direitos Fundamentais & Democracia*, Curitiba, v. 23, n. 3, p. 126-153, set./dez. 2018. DOI: 10.25192/issn.1982-0496.rdfd.v23i31240. Disponível em: <https://revistaeletronicardfd.unibrazil.com.br/index.php/rdfd/article/view/1240>. Acesso em: 15 out. 2023.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Os horizontes turvos do acesso à informação no Estado Democrático de Direito: uma legislação simbólica em uma cultura de sombreamento. *International Journal of Digital Law*, v. 1, n. 2, p. 31-54, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/mullerbitencourt2021>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Histórico Anual de Emissão de Certificados*. 2021. Disponível em: <https://numeros.iti.gov.br/#/>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Instituto Nacional de Tecnologia da Informação. *Comparativo Mensal de Emissão de Certificados*. 2021. Disponível em: <https://numeros.iti.gov.br/#/>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Ministério das Comunicações. *Ações governamentais em inclusão digital: análise de utilização do FUST*. Brasília: Ministério das Comunicações, 2006. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/>

lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A24F0A728E014F0AE8624A67BC. Acesso em: 15 out. 2023

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Mais de 80 milhões de pessoas são usuárias do gov.br. *Governo Digital*, 15 out. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/noticias/mais-de-80-milhoes-de-pessoas-sao-usuarias-do-gov.br>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Ministério da Gestão e da Inovação em Serviços. Quer transformar seu serviço? *Governo Digital*, 21 fev. 2020. Disponível em: <https://www.gov.br/governodigital/pt-br/transformacao-digital/quer-transformar-seu-servico>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. *Padrões Web em Governo Eletrônico e-PWG – Cartilha de Usabilidade*. Brasília: Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, 2010. Disponível em: <https://epwg.governoeletronico.gov.br/>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Política de Formação Continuada em Ouvidorias – PROFOCO. *Defesa do usuário e simplificação*. Brasília: Controladoria-Geral da União, 2018. Disponível em: <https://www.gov.br/ouvidorias/pt-br/ouvidorias/orientacoes/01-defesa-do-usuario-e-simplificacao-material-do-aluno-abril-2018.pdf>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. Fiscalização de tecnologia da informação. [S.d.]. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/fiscalizacao-de-tecnologia-da-informacao/atuacao/governo-digital/>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRASIL. Tribunal de Contas da União. *TC 010.638/2016-4*. Relatório de Auditoria. GRUPO I – CLASSE V – Plenário. Relatório Ministro Benjamin Zymler. Julg. 13/07/2017. Disponível em: <https://portal.tcu.gov.br/lumis/portal/file/fileDownload.jsp?fileId=8A8182A25E7CDA79015E869687733D69>. Acesso em: 15 out. 2023.

BRASIL. Vetado projeto que dava acesso à internet a alunos e professores da rede pública. *Senado Notícias*, 19 mar. 2021. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2021/03/19/vetado-projeto-que-dava-acesso-a-internet-a-alunos-e-professores-da-rede-publica>. Acesso em: 19 maio 2021.

BRÉPohl, Marion; GONÇALVES, Marcos; GABARDO, Emerson. As violências do Estado de Exceção e a defesa da memória contra a invisibilidade dos grupos vulneráveis. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 117, p. 321-361, jul./dez. 2018. Disponível em: <https://pos.direito.ufmg.br/rbep/index.php/rbep/article/view/622>. Acesso em: 15 out. 2023.

CASTELLS, Manuel. *Ruptura: a crise da democracia liberal*. Tradução de Joana Angélica D’Avila. Rio de Janeiro: Zahar, 2018.

CASTELLS, Manuel. *A sociedade em rede*. Tradução de Roneide V. Majer. 14. ed. São Paulo: Paz e Terra, 1999. (A era da informação: economia, sociedade e cultura, v. 1).

CHIEFLER, Eduardo André Carvalho; CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SOUSA, Thanderson Pereira de. Administração Pública digital e a problemática da desigualdade no acesso à tecnologia. *International*

Journal of Digital Law, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 97-116, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/schieffler2020>. Acesso em: 15 out. 2023.

CORDEIRO, Antônio *et al.* Governo eletrônico e redes sociais: informação, participação e interação. *Revista Eletrônica de Comunicação Informação e Inovação em Saúde*, Rio de Janeiro, v. 6, n. 2, p. 1-8, jun. 2012. Disponível em: <https://www.reciis.icict.fiocruz.br/index.php/receis/article/view/588>. Acesso em: 15 out. 2023.

CORVALÁN, Juan Gustavo. Inteligencia artificial: retos, desafíos y oportunidades – Prometea: la primera inteligencia artificial de Latinoamérica al servicio de la Justicia. *Revista de Investigaciones Constitucionales*, Curitiba, v. 5, n. 1, p. 295-316, jan./abr. 2018. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/55334/35014>. Acesso em: 15 out. 2023.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva; SAIKALI, Lucas Bossoni; SOUSA, Thanderson Pereira de. Governo Digital na Implementação de Serviços Públicos para a Concretização de Direitos Sociais no Brasil. *Revista Sequência*, Florianópolis, n. 84, p. 209-242, abr. 2020. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/sequencia/article/view/2177-7055.2020v43n84p209>. Acesso em: 15 out. 2023.

CURTINOVI, Jéfferson. Governo eletrônico e democracia digital: mapeamento do uso da internet por órgãos públicos brasileiros a partir dos anos 2000. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico*, Florianópolis, v. 1, n. 12, p. 120-149, 2015.

DINIZ, Eduardo Henrique *et al.* O governo eletrônico no Brasil: perspectiva histórica a partir de um modelo estruturado de análise. *Revista de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 43, n. 1, p. 23-48, jan./fev. 2009. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/f9ZFfjhYtRBMVxLPjCJMKNJ/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 15 out. 2023.

FREITAS, Juarez; FREITAS, Thomas Bellini. *Direito e inteligência artificial*: em defesa do humano. Belo Horizonte : Fórum, 2020.

GABARDO, Emerson. A felicidade como fundamento teórico do desenvolvimento em um Estado Social. *Revista Digital de Direito Administrativo*. v. 5, n. 1, 2018, p. 99-141.

GABARDO, Emerson. A relação entre interesse público e direitos fundamentais. *Revista Argentina del Regimen de la Administración Pública*, Buenos Aires, n. 394, p. 29-39, 2011.

GABARDO, Emerson. Mecanismos de intervención del Estado en Brasil, postmodernidad y la cuestión de la subsidiariedad. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, v. 1, n. 2, p. 59-71, jul./dic. 2014. Disponível em: <https://bibliotecavirtual.unl.edu.ar/publicaciones/index.php/Redoeda/article/view/4618/7023>. Acesso em: 15 out. 2023.

GABARDO, Emerson. Estado Social e Estado Subsidiário: dois modelos distintos de desenvolvimento. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, Belo Horizonte, ano 3, n. 11, p. 283-299, out./dez. 2019. Disponível em: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3694668. Acesso em: 15 out. 2023.

GABARDO, Emerson. O pós-moderno príncipe. In: FONSECA, Ricardo Marcelo (org.). *Repensando a teoria do estado*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 13-45.

GANDRA, Alana. Pesquisa revela que 19 milhões passaram fome no Brasil no fim de 2020. *Agência Brasil*, 06 abr. 2021. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2021-04/pesquisa-revela-que-19-milhoes-passaram-fome-no-brasil-no-fim-de-2020>. Acesso em: 18 maio 2021.

GIDDENS, Anthony. *As conseqüências da modernidade*. Tradução de Raul Fiker. São Paulo: Unesp, 1991.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia entre facticidade e validade*. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. v. II. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

HARARI, Yuval Noah. *21 lições para o século 21*. Tradução de Paulo Geiger. São Paulo: Companhia das Letras, 2018.

LÉVY, Pierre. *Cibercultura*. Tradução de Carlos Irineu da Costa. São Paulo: Editora 34, 1999.

MASON, Paul. *Pós Capitalismo: um guia para o nosso futuro*. Tradução de José Geraldo Couto. São Paulo: Companhia das Letras, 2017.

MATTOS, Eduardo. Atraso ainda maior de ações e temor de perda definitiva de documentos: confira os impactos do ataque hacker ao sistema de informática do TJ: Poder Judiciário gaúcho sofreu a maior invasão cibernética da sua história no dia 28 de abril. *Zero Hora*, 14 maio 2021. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/geral/noticia/2021/05/atraso-ainda-maior-de-aco-es-e-temor-de-perda-definitiva-de-documentos-confira-os-impactos-do-ataque-hacker-ao-sistema-de-informatica-do-tj-kcoozy3uf0035018mjnh5vphz.html>. Acesso em: 19 maio 2021.

MENEZES, Ebenezer Takuno de. Verbete SocInfo (Programa Sociedade da Informação). *Dicionário Interativo da Educação Brasileira - EducaBrasil*. São Paulo: Midiamix Editora, 2001. Disponível em: <https://www.educabrasil.com.br/socinfo-programa-sociedade-da-informacao-2/>. Acesso em: 15 out. 2023.

MICKLETHWAIT, John; WOOLDRIDGE Adrian. *A quarta revolução*. Tradução de Afonso Celso da Cunha. São Paulo: Schawarck, 2015.

NOGUEIRA JUNIOR, Dario Azevedo. Governo eletrônico: uma reflexão sobre os limites da interatividade de cidadã no modelo brasileiro da gestão pública digital de difusão de informação. *Revista Eletrônica Internacional de Economia Política da Informação, da Comunicação e da Cultura*, v. 21, n. 1, p. 22-45, jan./abr. 2019. Disponível em: <https://periodicos.ufs.br/eptic/article/view/10909>. Acesso em: 15 out. 2023.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do Estado de Direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

OCDE. *Background paper: implementing E-government in OECD countries: experiences and challenges*. [S.d.]. Disponível em: <http://www.oecd.org/mena/governance/36853121.pdf>. Acesso em: 15 out. 2023.

PAOLI, Maria Célia. Empresas e responsabilidade social: os enredamentos da cidadania do Brasil. In: SANTOS, Boaventura de Souza de (org.). *Democratizar a democracia*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2002.

PUENTE, Beatriz. Universidades federais terão corte de pelo menos R\$ 1 bilhão no orçamento. *CNN Brasil*, Rio de Janeiro, 11 maio 2021. Disponível em: <https://www.cnnbrasil.com.br/nacional/2021/05/11/universidades-federais-terao-corte-de-pelo-menos-r-1-bilhao-no-orcamento>. Acesso em: 19 maio 2021.

REIS, Camille Lima; CARVALHO, Fábio Lins de Lessa. O fomento às novas tecnologias na Administração Pública como direito ao desenvolvimento. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 3, p. 11-28, set./dez. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/reis2020>. Acesso em: 15 out. 2023.

REYNA, Justo; GABARDO, Emerson; SANTOS, Fábio de S. Electronic government, digital invisibility and fundamental social rights. *Revista Seqüência*, Florianópolis, n. 85, p. 30-50, ago. 2020. DOI: 10.5007/2177-7055.2020v41n85p30. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/seq/a/YCv8TN5KHbk5ZsntDsygGcr/?format=pdf&lang=en>. Acesso em: 24 jun. 2023.

ROTHBERG, Danilo; LIBERATO, Fabíola de Paula. Comunicação pública, transparência e políticas públicas: avaliação de informações em portais brasileiros de governo. *Revista Internacional de Relaciones Públicas*, São Paulo, v. III, n. 6, p. 69-96, 2013. Disponível em: <https://repositorio.unesp.br/server/api/core/bitstreams/3846c705-09a7-4b1d-9d71-b9d26707033e/content>. Acesso em: 15 out. 2023.

SAMPAIO, Maria Ângela da Costa Lino Franco et al. Participação digital e governo eletrônico abertura para qual cidadania? *Revista Brasileira de Administração Científica*, v. 5, n. 2, p. 214-225, out. 2014. Disponível em: <https://www.sustenere.co/index.php/rbadm/article/view/SPC2179-684X.2014.002.0016/461>. Acesso em: 15 out. 2023.

SANO, Hironobu. Laboratórios de inovação no setor público: mapeamento e diagnóstico de experiências nacionais. *Cadernos Enap*, Brasília, n. 69, 2020. Disponível em: https://repositorio.enap.gov.br/bitstream/1/5112/1/69_Laboratorios_inovacao_governo_completo_final_23062020.pdf. Acesso em: 19 maio 2021.

SANTOS, Rafa. Paulo Guedes é condenado por chamar servidores de “parasitas”. *Consultor Jurídico*, 18 set. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-set-18/paulo-guedes-condenado-chamar-servidores-parasitas>. Acesso em: 19 maio 2021.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. Tradução de Daniel Moreira Miranda. São Paulo: Edipro, 2016.

VALENCIA-TELLO, Diana Carolina. La centralidad del gobierno digital en tiempos de pandemia. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 1, n. 2, p. 11-29, maio/ago. 2020. Disponível em: <https://journal.nuped.com.br/index.php/revista/article/view/509/266>. Acesso em: 15 out. 2023.

VIANA, Ana Cristina Aguilár. Digital transformation in public administration: from e-Government to digital government. *International Journal of Digital Law*, Belo Horizonte, ano 2, n. 1, p. 29-46, jan./abr. 2021. Disponível em: https://www.academia.edu/47755856/Digital_transformation_in_Public_Administration_from_E_Government_to_Digital_Government. Acesso em: 15 out. 2023.



IMPORTANCIA DE LAS TIC PARA SUBSANAR DEFICIENCIAS Y ALCANZAR MEJORES RESULTADOS EN LOS SERVICIOS SANITARIOS Y EDUCATIVOS EN MÉXICO

Eréndira Salgado-Ledesma¹

SUMARIO

1. Introducción; 2. Diagnóstico del sector; 3. Áreas de oportunidad en la regulación; 4. Recomendaciones de la OCDE; 5. Adecuaciones a la regulación interna; 6. Uso de las TIC en México; 7. En qué hemos avanzado; 8. Estrategia digital nacional: los avances; 9. Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El gobierno mexicano activa una estrategia que tiene como propósito acercar a la población a las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) con objeto de disminuir la *brecha digital*² que hoy en día constituye, “un nuevo factor de inequidad so-

¹ Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Especialista en Finanzas públicas; Administración y empresa pública; Función judicial, y derechos fundamentales y garantías constitucionales. Miembro de la Red de Docentes de América Latina y del Caribe y de la Asociación Mexicana del Derecho a la Información. Investigador Nacional con Distinción CONACyT por la Universidad Anáhuac México.

² “La brecha digital es una expresión de índole cuantitativa y comparativa del desarrollo de las sociedades específicas que emplean medios digitales en su quehacer. No tiene sentido fuera de un marco social y territorial concreto” (MICHELI THIRIÓN, Jordy; VALLE ZARATE, José E. La brecha digital y la importancia de las

cial”³. En sentido inverso, contar con habilidades digitales provee a la persona una ventaja competitiva y clave para la integración -una forma de ser o formar parte de una sociedad- y contribuye de modo significativo al bienestar de las personas⁴. Entre los objetivos de la Estrategia Digital Nacional destacan dos importantes vinculados con los servicios públicos educativos y sanitarios bajo responsabilidad del Estado, pero en los que participan los sectores social y privado. Uno busca integrar y aprovechar las TIC en el proceso educativo para el cumplimiento de sus fines. Otro propone aprovechar las oportunidades que brinda la tecnología para aumentar la cobertura e incrementar el acceso a los servicios sanitarios, mejorar la calidad con que se ministran y usar de modo eficiente la infraestructura instalada y los recursos destinados al propósito de interés general⁵.

Las acciones contenidas en el instrumento inician con posterioridad a la reforma constitucional de 2013 (25-11-13) que impacta los sectores de las industrias de las telecomunicaciones y la radiodifusión⁶. Los cambios en la normativa los impulsa la administración del presidente Enrique Peña Nieto con el objetivo de generar mayor competencia en el mercado, expandir la penetración de las telecomunicaciones y asegurar la función social de los nuevos servicios públicos de interés general que declara la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (constitución general) en el artículo 6º reformado. Éste deja atrás la orientación de corte económico y naturaleza mercantil de las actividades de telecomunicaciones y radiodifusión que de forma preponderante llevaban a cabo los particulares, desde más de un siglo atrás, en ámbitos de explotación de bienes de propiedad de la Nación.

Con la finalidad de alcanzar los objetivos que beneficiaran la calidad de vida de la población fueron reformados siete artículos constitucionales; modificadas once leyes fede-

tecnologías de la información y la comunicación en las economías regionales de México. *Realidad, Datos y Espacio Revista Internacional de Estadística y Geografía*, v. 9, n. 2, p. 38-53, maio/ago. 2018. Disponible en: <https://rde.inegi.org.mx/index.php/2018/11/07/la-brecha-digital-la-importancia-las-tecnologias-la-informacion-la-comunicacion-en-las-economias-regionales-mexico/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

³ MICHELI THIRIÓN, Jordy; VALLE ZARATE, José E. La brecha digital y la importancia de las tecnologías de la información y la comunicación en las economías regionales de México. *Realidad, Datos y Espacio Revista Internacional de Estadística y Geografía*, v. 9, n. 2, p. 38-53, maio/ago. 2018. Disponible en: <https://rde.inegi.org.mx/index.php/2018/11/07/la-brecha-digital-la-importancia-las-tecnologias-la-informacion-la-comunicacion-en-las-economias-regionales-mexico/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Tecnologías digitales para un nuevo futuro* (LC/TS.2021/43). Santiago: CEPAL, 2021. p. 27 y ss. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bits-tream/handle/11362/46816/1/S2000961_es.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁵ MÉXICO. Avances de la Estrategia Digital Nacional. *Presidencia de la República EPN*, 17 mayo 2014. Disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/avances-de-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁶ MÉXICO. ¿Qué es la Estrategia Digital Nacional? *Presidencia de la República EPN*, 17 mayo 2014. Disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/que-es-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

rales para armonizarlas con el mandato del constituyente permanente y abrogadas las leyes Federal de Radio y Televisión y la Ley Federal de Telecomunicaciones para integrar una regulación convergente que uniforma el uso, el aprovechamiento y la explotación del espectro radioeléctrico, las redes de telecomunicaciones y los servicios públicos conexos. Por el propósito del presente análisis, sólo me referiré a los servicios de telecomunicaciones.

Dentro de los cambios que impactan la normativa destacan elevar las telecomunicaciones a servicios públicos de interés general, incorporar como derechos humanos (instrumentales), “el acceso a las tecnologías de la información y comunicación, así como a los servicios de [...] telecomunicaciones, incluido el de banda ancha e internet” (art. 6º de la constitución general), y la obligación del Estado de garantizarlos. Todo con la finalidad de integrar a la población, “a la sociedad de la información y el conocimiento mediante una política de inclusión digital universal con metas anuales y sexenales”. Como principal acción gubernativa destaca el impulso a la competencia en el sector de las telecomunicaciones para acercar a la población a productos y servicios de calidad a precios competitivos a fin de disminuir la desigualdad entre las personas que tienen acceso y/o conocimiento de las nuevas tecnologías y las que no.

Con la digitalización también se promete “hacer más eficientes los procesos gubernamentales” y disminuir la corrupción; un sello persistente en nuestras administraciones, federal y locales. La relación digital entre los ciudadanos y el gobierno, en la óptica de García Berdejo mejora la gestión efectiva de las peticiones más recurrentes en razón de que facilita la realización de trámites y la ejecución de servicios administrativos, y ello “reduce plazos, aligera trámites y administra el tiempo de reacción de un gobierno frente a la población”⁷. En efecto, hoy en día pueden pagarse en línea los derechos de una partida de nacimiento inscrita en cualquier entidad de la República y recibir el acta de inmediato en el sitio en que nos encontremos, a cualquier hora del día; gestionar y recibir un registro de población, sin costo, en los mismos términos; o tramitar una certificación de semanas cotizadas o dar de alta a un trabajador al régimen de la seguridad social obligatorio: todo desde una pantalla. Para los que viven en las grandes urbes, como la Ciudad de México capital, con más de 9 millones de habitantes y que recibe población flotante diaria de más de 1 millón y medio de personas que vienen a trabajar y otras 355 mil que estudian en los grandes centros educativos públicos y privados, el acceso a estos y a muchos otros servicios con apoyo de la tecnología es un signo indudable de prosperidad.

La prestación de servicios educativos, tampoco se entiende sin los apoyos de las tecnologías. En 2019, como en muchos países del orbe, México tuvo la necesidad inme-

⁷ GARCÍA BEJOS, Javier. Gobierno digital, gobierno abierto. *El Heraldo*, Opinión, 21 ago. 2020. Disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/8/21/gobierno-digital-gobierno-abierto-201357.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

diata de cambiar los métodos de enseñanza-aprendizaje por la pandemia del Covid-19. La continuidad de la educación se vio comprometida en el marco de la separación física que impusieron las medidas de restricción sanitaria para evitar contagios y la propagación de la enfermedad, que encontró obstáculos severos en el ámbito nacional.⁸ Para resolverlo se implementó el programa de aprendizaje a distancia Aprende en Casa, con apoyo en transmisiones televisivas, que constituyó un acierto en términos de alcance y cobertura, lo que fue posible puesto que el 92.5% de los hogares en México contaba con televisión⁹. Las clases de educación inicial, preescolar, primaria y secundaria fueron transmitidas por seis canales de televisión; el objetivo, brindar cobertura nacional las veinticuatro horas del día, durante 7 días a la semana. La secretaría del ramo atendió un aproximado de 30 millones de estudiantes en dieciséis grados escolares y las autoridades educativas hicieron lo que pudieron para salvar los cursos y continuar con los programas de estudio, ante la persistencia del virus el ciclo escolar cerró con limitaciones. Todavía no sabemos el impacto que en la formación de los educandos tendrán las medidas ni tampoco si el sistema educativo está preparado para enfrentar otra pandemia en un mejor contexto. Si bien desde tiempo atrás ha habido diversos intentos para que las TIC fortalezcan la educación, las conclusiones de la vigente Agenda Digital Educativa reconocen que los esfuerzos realizados son pocos y adolecen de continuidad¹⁰.

Más aún, no basta contar con dispositivos electrónicos suficientes, resulta necesario que las tecnologías “se inserten en los procesos instruccionales”¹¹, tanto para aprender como para enseñar. A tales propósitos son necesarias políticas públicas permanentes. Sin embargo, la agenda educativa estuvo suspendida durante casi tres años, también lo estuvo la Estrategia Digital Nacional. No hubo avances de 2018 a 2021 aun y cuando el Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 contempla la cobertura integral del “internet inalámbrico en todo el país (que) se ofrecerá a toda la población conexión en carreteras, plazas públicas, centros de salud, hospitales, escuelas y espacios comunitarios [...] para combatir

⁸ SALGADO LEDESMA, Eréndira. Educación, exclusión digital y Covid: las cifras del riesgo. *DPL News*, 19 ago. 2019. Disponible en: <https://dplnews.com/educacion-exclusion-digital-y-covid-19-las-cifras-del-riesgo/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares 2021*: ENDUTIH: diseño muestral. México: INEGI, 2022. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/889463904632.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁰ MÉXICO. Secretaría de Educación Pública. *Agenda Digital Educativa ADE.mx*. México: Secretaría de Educación Pública, 2020. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-02-05-1/assets/documentos/Agenda_Digital_Educacion.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 68.

¹¹ MÉXICO. Secretaría de Educación Pública. *Agenda Digital Educativa ADE.mx*. México: Secretaría de Educación Pública, 2020. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-02-05-1/assets/documentos/Agenda_Digital_Educacion.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

la marginación y la pobreza, y para la integración de zonas deprimidas a las actividades productivas”¹². Las acciones finalmente se reactivan en 2021, según lo ordena el Acuerdo Presidencial del 6 de septiembre de este año¹³; sin embargo, el documento no incorpora acciones ni indicadores que permitan medir grados de avance en los objetivos¹⁴.

2. DIAGNÓSTICO DEL SECTOR

Las acciones llevadas a cabo durante el resto del sexenio 2012-2018 quedan enmarcadas dentro de las recomendaciones de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de cuya convención, México es miembro desde 1994¹⁵. Éstas derivaron de un estudio *Sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*¹⁶ llevado a cabo a solicitud del gobierno por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y la Comisión Federal de Telecomunicaciones (SCT y COFETEL), en ese entonces las instancias públicas encargadas de la política sectorial y la ordenación en la materia. La OCDE efectúa el diagnóstico del sector y subraya las áreas susceptibles de reforma regulatoria y de políticas públicas nuevas. En las conclusiones plantea los beneficios potenciales de concretar la reordenación del sector y eliminar el exceso de reglas, salvo que sean de incuestionable interés público, además de la necesidad de contar con regulación y procesos transparentes, no discriminatorios y de aplicación efectiva.

Entre las mejoras propuestas destacan los temas de simplificación regulatoria y de aplicación de principios de competencia (p. 118-119): mantener un régimen regulatorio sólido que favorezca la competencia; evitar la superposición de responsabilidades regulatorias y suprimir la denominada “doble ventanilla”, pues la superposición de responsabi-

¹² MÉXICO. SEGOB. Acuerdo por el cual se expide la Estrategia Digital Nacional. *Diario Oficial de la Federación*, 6 set. 2021. Disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5628886&fecha=06/09/2021#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹³ MÉXICO. SEGOB. Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024. *Diario Oficial de la Federación*, 12 jul. 2019. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁴ SALGADO LEDESMA, Eréndira. Marco regulatorio en México. Cómo apoyar jurídicamente los avances en la implementación de una tecnología 5G que impulse el desarrollo nacional. In: GARCÍA, Arturo Oropeza; BERASALUCE IZA, Julen (coord.). *Hacia una nación digital*. La importancia de la sostenibilidad y la tecnología 5G en el desarrollo industrial. México: UNAM-IIJ; INADI, 2023. p. 302-326.

¹⁵ MÉXICO. SEGOB. *Diario Oficial de la Federación*, 5 jul. 1994. Disponible en: https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1994&month=07&day=05#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁶ OCDE. *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*. Paris: OECD Publishing, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>.

lidades entre dependencias dificulta simplificar la regulación y además genera demora en la toma de decisiones, lo que es perjudicial para la competencia. En materia de empoderamiento y protección del consumidor, la OCDE apunta la necesidad de establecer funciones precisas para cada autoridad que intervenga en la protección, pues en la fecha del estudio participan tres de forma simultánea: Secretaría de Economía, COFETEL y Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, además de favorecer que los consumidores participen en los mercados de forma activa, lo que ocurre cuando conocen los servicios, los proveedores y las tecnologías disponibles y pueden comparar los servicios en función de precio y calidad para seleccionar la mejor opción. Por cuanto, a los compromisos contraídos ante la Organización Mundial del Comercio, OCDE propone que se exija al principal proveedor en telecomunicaciones mexicano (Teléfonos de México) que brinde la interconexión a su red en términos y condiciones no discriminatorios, de manera oportuna y a solicitud del interesado, lo que fue definido por el órgano regulador desde 2014¹⁷.

3. ÁREAS DE OPORTUNIDAD EN LA REGULACIÓN

Como puntos débiles del régimen regulatorio, el estudio muestra la necesidad de adecuar el marco normativo secundario al estimar que la legislación es anticuada e inadecuada y que las facultades de la entidad reguladora son insuficientes, además de la necesidad de reforzar la actuación de otras autoridades administrativas dependientes o auxiliares del ejecutivo federal. También cuestiona los términos del título concesión otorgado al proveedor principal por deficiente, ya que no incluye la descripción detallada de las obligaciones; la necesidad de evaluar el cumplimiento de las obligaciones ni incorpora sanciones disuasivas. También cuestiona el juicio de amparo por la aptitud de conceder la medida suspensiva contra los actos del regulador, lo que retrasa el proceso de ordenación (la recomendación fue elevada a rango constitucional, art. 28) y la falta de transparencia y rendición de cuentas en los procedimientos, lo que aumenta la posibilidad de impugnaciones legales y evidencia la carencia de regulación asimétrica para empresas con gran poder de mercado. En general, la OCDE estima que el mercado mexicano de las telecomunicaciones es “muy complicado”, lo que desalienta la entrada de empresas extranjeras.

¹⁷ MÉXICO. SEGOB. Acuerdo del pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones que establece las condiciones técnicas mínimas para la interconexión entre concesionarios que operen redes públicas de telecomunicaciones. *Diario Oficial de la Federación*, 31 dic. 2014. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377879&fecha=31/12/2014#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

4. RECOMENDACIONES DE LA OCDE

Entre las recomendaciones de la OCDE aceptadas, algunas cumplidas y otros en vías de cumplimiento destacan las siguientes: incorporar en la normativa derechos humanos en materia de acceso a la tecnología (cumplido); garantizar servicios de telecomunicaciones de clase mundial (en vías de cumplimiento); asegurar la competencia efectiva en los mercados (de cumplimiento continuo); desplegar una robusta red troncal de telecomunicaciones y garantizar su crecimiento (demorada); reforzar la autonomía y la capacidad decisoria del ente público regulador (cumplida); reordenar la legislación del sector (cumplida); implantar reglas de operación con mejores prácticas internacionales (de cumplimiento continuo) y crear una instancia responsable de la agenda digital y organizar la estrategia de gobierno digital (retroceso, fue creada y luego suprimida por austeridad). El cumplimiento de todas y cada una de las recomendaciones se necesita para lograr el cambio puntual en la orientación de las actividades, de acuerdo con mejores prácticas internacionales.

5. ADECUACIONES A LA REGULACIÓN INTERNA

Derivado del cúmulo de recomendaciones que fueron aceptadas por el gobierno mexicano y replicadas en la reforma constitucional de 2013, el Poder Legislativo federal realiza adecuaciones puntuales al marco jurídico secundario; la principal, desde mi perspectiva, es que bajo las reglas nuevas, el control de las telecomunicaciones no queda sujeto al poder político, en términos flexibles, sino adscrito a la decisión de un regulador autónomo dotado de autonomía constitucional, situado fuera del control del Ejecutivo federal, pues debe asegurar los nuevos derechos humanos y la competencia real en el mercado. Así, la decisión técnica y especializada en los sectores regulados excluye las decisiones administrativas jerarquizadas y la influencia de la mayoría legislativa, en beneficio de la función técnica, especializada, de interés general, alejada de cualquier sesgo de índole política.¹⁸ El modelo fue implementado con éxito en Norteamérica y ha sido probado y aprobado en varios países, y por supuesto que fue incorporado en el Tratado T-MEC firmado en 2020 con Estados Unidos de América y Canadá.

¹⁸ LABASTIDA, Luisa Conesa; AGUIRRE, Diana Gamboa. ¿Por qué defender los órganos constitucionales autónomos? *Revista Nexos*, El Juego de la Suprema Corte, 18 feb. 2019 [Recuperado 28 mayo 2021]. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/por-que-defender-los-organos-constitucionales-autonomos/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

6. USO DE LAS TIC EN MÉXICO

Las estadísticas revelan limitaciones en el uso de las TIC en el ámbito local. En el estudio realizado por el Instituto Federal de Telecomunicaciones: *Adopción de las TIC y uso del internet en México*¹⁹, los datos muestran las desigualdades en el acceso a las herramientas tecnológicas por edad, nivel de educación, lugar de residencia, ingreso económico y sexo. Los de interés para este análisis reportan que un estimado del 74% de las personas cuentan con probabilidad de tener teléfono móvil: 110 millones (24% celular básico y 75% Smartphone) de un estimado de 126 millones de habitantes que reporta el censo de 2020²⁰; 47% computadora y con acceso a Internet un 60%. El uso de este último promedia un 60.4% del total que tiene acceso a tecnología y es representativo en los rangos de menor edad, pues entre los 13 y los 17 años alcanza el punto más alto de empleo: 86.8% (estudiantes de secundaria y preparatoria). El uso de la tecnología empieza a descender de forma significativa a partir de los 35 años hasta llegar a su punto más bajo en las personas mayores de 65 con 12.9%. Puede advertirse que resulta inversamente proporcional a la edad a partir de los 13 años y directamente proporcional al nivel educativo; a mayor educación más uso de tecnología: 90.5%, y 2.7% entre los que tienen menor preparación escolar. La disparidad entre los sexos también resalta, pues los hombres cuentan con mayor acceso a la tecnología. La posibilidad de que un hombre utilice una computadora es mayor en 4 puntos porcentuales respecto de una mujer.

7. EN QUÉ HEMOS AVANZADO

Por supuesto que también ha habido avances en el cumplimiento de los compromisos que dieron origen a la reforma sectorial, así como en la orientación de la función social de los servicios públicos de telecomunicaciones. Una mejora relevante ha sido la baja en los costos que beneficia a millones de usuarios. Durante el periodo comprendido entre junio

¹⁹ Elaborado a partir de la información publicada en: MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. *Adopción de las TIC y usos de internet en México*. México: Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/adopciondelasticusosdeinternetenmexico.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Censo de población y vivienda 2020*. México: INEGI, 2020. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/default.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

de 2013 y marzo de 2018²¹, los precios de los servicios disminuyen 25.3%; los de larga distancia internacional más del 40%, con la eliminación del cobro del servicio telefónico de larga distancia nacional; los precios del servicio de telefonía móvil disminuyen 43.1%; la tasa de crecimiento del servicio de internet es de 22%. El 50% de los hogares cuentan con el servicio; 65% de la población tiene servicio de internet de banda ancha en su dispositivo móvil (antes 23%); la adopción de los servicios de TV de paga se incrementó en más del 28%; más del 66% de los hogares y empresas cuentan con el servicio de TV por sistema de cable o satelital, y 80% de los hogares descargan información de internet con velocidad superior a los 10 Mbps. Antes la descargaba el 85%, con velocidad de entre 2 y 9.9 Mbps.

Los datos reflejan el impacto en los servicios de telefonía fija y móvil, internet y televisión de paga que también tuvieron un incremento en la penetración y han propiciado beneficios para un sector mayoritario de la población, al reducirse sustancialmente los costos, si bien todavía resulta insuficiente. También cambió la tecnología en el sector por una más eficiente con motivo del denominado “apagón analógico”; fueron liberadas dos bandas radioeléctricas; hubo tres licitaciones nacionales de espectro para radio y TV y dos subastas para servicios inalámbricos fijos/móviles; una red mayorista de alcance nacional; un reacomodo de las separaciones para la banda de FM; prórrogas de más de 750 estaciones en medios electrónicos; seis nuevas cadenas nacionales de televisión, y la configuración de un sistema de medios públicos en radiodifusión, además fue duplicado el espectro disponible para telefonía celular e internet móvil²².

En el estudio de Naciones Unidas sobre Gobierno Electrónico de 2016²³, México se coloca en el lugar 19 en servicios en línea entre 193 países y mejora los resultados de países como Alemania, Noruega y Dinamarca, además de que se posiciona como el mejor de América Latina y el Caribe. Antes se ubicaba en el puesto cuarto en la tabla regional. El informe destaca que se han realizado importantes esfuerzos en el acceso a los servicios. En diverso estudio del año siguiente, la OCDE constata el progreso en la implementación de las recomendaciones en materia de regulación y de políticas públicas y lo denomina,

²¹ MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. *Resultados de la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión*. México: Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/resultadosreformatyrmarcho2018.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²² LUCAS, Nicolás. Por todo esto, México se volvió ejemplo en Latinoamérica con la reforma telecom de Peña Nieto. *El Economista*, Empresas, 30 nov. 2018. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Por-todo-esto-Mexico-se-convirtio-en-ejemplo-en-Latinoamerica-con-la-reforma-telecom-de-Pena-Nieto-20181130-0043.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²³ MÉXICO. SEGOB. México Líder regional y 19 en servicios en línea. *Secretaría de la Función Pública*, 21 ago. 2016. Disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/prensa/mexico-lider-regional-y-19-del-mundo-en-servicios-en-linea>. Acceso en: 15 oct. 2023.

“extraordinario”, al tiempo que estima que las acciones llevadas a cabo en el sector se han “materializado en beneficios tangibles para los mexicanos”²⁴.

8. ESTRATEGIA DIGITAL NACIONAL: LOS AVANCES

Apuntábamos algunos rezagos en la ejecución de la Estrategia Digital Nacional diseñada para construir “el gobierno digital del futuro: innovador, transparente, eficiente, abierto, centrado en las necesidades de la sociedad que utiliza la tecnología para mejorar su relación con la gente”²⁵. Ésta fue presentada el 25 de noviembre de 2013 con el objetivo de “utilizar las tecnologías de la información la comunicación para transformar el país, con cinco ejes temáticos, “transformación gubernamental, economía digital, transformación educativa, salud universal y efectiva e innovación cívica y participación ciudadana y sus habilitadores”²⁶. A escasos meses de concluir el gobierno del presidente Peña Nieto nos informan que el programa de inclusión tecnológica lleva un avance del 94% y dentro de éste destaca la plataforma Gob.mx por la cual se pueden realizar más de 5 mil 500 trámites en línea²⁷. No obstante, la meta fijada en el año de lanzamiento sigue sin cumplimiento. Para 2018 se proyectaron avances en el índice de digitalización similares a Chile, líder en América Latina²⁸, pero México no aparece incorporado en el Índice de Gobierno Digital de resultados que publica la OCDE en 2019, sólo Chile, Uruguay, Brasil, Panamá y Argentina²⁹, en orden descendente. El reporte afirma que “no están disponibles los datos para México”.

²⁴ OCDE. *Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017*. París: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-telecomunicaciones-y-radiodifusion-en-mexico-2017-9789264280656-es.htm>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁵ MÉXICO. SEGOB. Transformación gubernamental. *Presidencia de la República EPN*, 9 feb. 2017. Disponible en: <https://www.gob.mx/epn/es/articulos/transformacion-gubernamental-95269>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁶ ARTEAGA, José Roberto. Agenda digital, ¿una misión (casi) imposible de lograr? *Forbes*, 3 abr. 2015. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/agenda-digital-una-mision-casi-imposible-de-lograr/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁷ CHÁVEZ, Gabriela. Presidencia dice avanzar 94% en la Estrategia Digital Nacional. *Expansión*, 17 mayo 2018. Disponible en: <https://expansion.mx/tecnologia/2018/05/17/presidencia-dice-avanzar-94-en-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁸ CHÁVEZ, Gabriela. Presidencia dice avanzar 94% en la Estrategia Digital Nacional. *Expansión*, 17 mayo 2018. Disponible en: <https://expansion.mx/tecnologia/2018/05/17/presidencia-dice-avanzar-94-en-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁹ OCDE. *Índice de Gobierno Digital OCDE 2019*. Resultados y mensajes clave. París: OCDE Publishing, 2018. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-index-2019-highlights-es.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 3.

La razón tal vez sea que en la presente gestión gubernamental fue suprimida la dependencia creada para la atención de este rubro³⁰: la Subsecretaría de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico, sin que las tareas hayan sido asignadas a otra área. Como justificación se adujo la supresión por razones presupuestarias, pero esta reducción sólo impactó las áreas no prioritarias. Peor aún, el gobierno presenta los ejes y objetivos de la Estrategia Digital Nacional hasta 2021, más de dos años después de iniciada la presente gestión gubernamental. En el discurso se afirma que en los tres años que restan a esta administración buscarán lograr, “la soberanía tecnológica”, sin que se plantee cómo y sin contar con presupuesto suficiente.³¹ Hace poco más de tres años, la promesa gubernamental fue contar con cobertura de internet para toda la población, con conexión en carreteras, plazas públicas, centros de salud, hospitales, escuelas y espacios comunitarios, pues se estimaba fundamental para combatir la marginación y la pobreza y la integración de las zonas deprimidas a las actividades productivas. La pandemia del Covid-19 mostró la cara más desafortunada de las limitaciones en este rubro, con servicios educativos casi pasmados y conectividad deficiente e insuficiente tanto en las escuelas, como en los servicios sanitarios, con más de medio millón de muertos por esta causa.

9. CONCLUSIÓN

En el estudio de Naciones Unidas sobre Gobierno Electrónico de 2016, México se coloca en el lugar 19 en servicios en línea entre 193 países y mejora los resultados de países como Alemania, Noruega y Dinamarca, además de que se posiciona como el mejor de América Latina y el Caribe. Con anterioridad se ubicaba en el puesto cuarto en la tabla regional. El informe destaca que ha realizado importantes esfuerzos en la coordinación institucional, el diseño de su estrategia digital y la facilidad en el acceso a los servicios. En diverso estudio del año siguiente (2017), la OCDE constata el progreso de México en la implementación de las recomendaciones en materia de regulación y de políticas públicas y lo denomina, “extraordinario”, al tiempo que lo estima “materializado en beneficios

³⁰ CASTAÑARES, Itzel. SCT: entre la incertidumbre y proyectos interrumpidos tras la cancelación de la Subsecretaría de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico. *El Ceo*, 12 ago. 2020. Disponible en: <https://elceo.com/politica/sct-entre-incertidumbre-proyectos-interrumpidos-y-falta-de-diagnostico-tras-cese-de-salma-jalife/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

³¹ CASTAÑARES, Itzel. México, sin condiciones aún para lograr la soberanía tecnológica que ambiciona AMLO. *El Ceo*, 18 ago. 2021. Disponible en: <https://elceo.com/politica/mexico-sin-condiciones-aun-para-lograr-la-soberania-tecnologica-que-ambiciona-amlo/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

tangibles para los mexicanos”³². El marco jurídico está alineado al contexto internacional, pero todavía faltan acciones y la voluntad del gobierno para lograr conectividad total y el desarrollo de habilidades digitales en la población, sin olvidar el ofrecimiento de utilizar las tecnologías para la mejora de los servicios públicos. Los avances todavía son insuficientes para impactar en la calidad de vida de los mexicanos.

REFERENCIAS

ARTEAGA, José Roberto. Agenda digital, ¿una misión (casi) imposible de lograr? *Forbes*, 3 abr. 2015. Disponible en: <https://www.forbes.com.mx/agenda-digital-una-mision-casi-imposible-de-lograr/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CASTAÑARES, Itzel. SCT: entre la incertidumbre y proyectos interrumpidos tras la cancelación de la Subsecretaría de Comunicaciones y Desarrollo Tecnológico. *El Ceo*, 12 ago. 2020. Disponible en: <https://elceo.com/politica/sct-entre-incertidumbre-proyectos-interrumpidos-y-falta-de-diagnostico-tras-cese-de-salma-jalife/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CASTAÑARES, Itzel. México, sin condiciones aún para lograr la soberanía tecnológica que ambiciona AMLO. *El Ceo*, 18 ago. 2021. Disponible en: <https://elceo.com/politica/mexico-sin-condiciones-aun-para-lograr-la-soberania-tecnologica-que-ambiciona-amlo/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CHÁVEZ, Gabriela. Presidencia dice avanzar 94% en la Estrategia Digital Nacional. *Expansión*, 17 mayo 2018. Disponible en: <https://expansion.mx/tecnologia/2018/05/17/presidencia-dice-avanzar-94-en-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE – CEPAL. *Tecnologías digitales para un nuevo futuro* (LC/TS.2021/43). Santiago: CEPAL, 2021. p. 27 y ss. Disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46816/1/S2000961_es.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

GARCÍA BEJOS, Javier. Gobierno digital, gobierno abierto. *El Heraldo*, Opinión, 21 ago. 2020. Disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/opinion/2020/8/21/gobierno-digital-gobierno-abierto-201357.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Censo de población y vivienda 2020*. México: INEGI, 2020. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/ccpv/2020/default.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de Tecnologías de la Información en los Hogares 2021*: ENDUTIH: diseño mues-

³² OCDE. Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-telecomunicaciones-y-radiodifusion-en-mexico-2017-9789264280656-es.htm>. Acceso en: 15 oct. 2023

tral. México: INEGI, 2022. Disponible en: https://www.inegi.org.mx/contenidos/productos/prod_serv/contenidos/espanol/bvinegi/productos/nueva_estruc/889463904632.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

LABASTIDA, Luisa Conesa; AGUIRRE, Diana Gamboa. ¿Por qué defender los órganos constitucionales autónomos? *Revista Nexos*, El Juego de la Suprema Corte, 18 feb. 2019 [Recuperado 28 mayo 2021]. Disponible en: <https://eljuegodelacorte.nexos.com.mx/por-que-defender-los-organos-constitucionales-autonomos/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

LUCAS, Nicolás. Por todo esto, México se volvió ejemplo en Latinoamérica con la reforma telecom de Peña Nieto. *El Economista*, Empresas, 30 nov. 2018. Disponible en: <https://www.economista.com.mx/empresas/Por-todo-esto-Mexico-se-convio-ejemplo-en-Latinoamerica-con-la-reforma-telecom-de-Pena-Nieto-20181130-0043.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. ¿Qué es la Estrategia Digital Nacional? *Presidencia de la República EPN*, 17 mayo 2014. Disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/que-es-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. Avances de la Estrategia Digital Nacional. *Presidencia de la República EPN*, 17 mayo 2014. Disponible en: <https://www.gob.mx/epn/articulos/avances-de-la-estrategia-digital-nacional>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. *Resultados de la reforma en telecomunicaciones y radiodifusión*. México: Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/resultadosreformatyrmarzo2018.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. Secretaría de Educación Pública. *Agenda Digital Educativa ADE.mx*. México: Secretaría de Educación Pública, 2020. Disponible en: https://infosen.senado.gob.mx/sgsp/gaceta/64/2/2020-02-05-1/assets/documentos/Agenda_Digital_Educacion.pdf. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. Acuerdo del pleno del Instituto Federal de Telecomunicaciones que establece las condiciones técnicas mínimas para la interconexión entre concesionarios que operen redes públicas de telecomunicaciones. *Diario Oficial de la Federación*, 31 dic. 2014. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5377879&fecha=31/12/2014#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. Acuerdo por el cual se expide la Estrategia Digital Nacional. *Diario Oficial de la Federación*, 6 set. 2021. Disponible en: https://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5628886&fecha=06/09/2021#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. *Diario Oficial de la Federación*, 5 jul. 1994. Disponible en: https://dof.gob.mx/index_111.php?year=1994&month=07&day=05#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. México Líder regional y 19 en servicios en línea. *Secretaría de la Función Pública*, 21 ago. 2016. Disponible en: <https://www.gob.mx/sfp/prensa/mexico-lider-regional-y-19-del-mundo-en-servicios-en-linea>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. *Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024*. Diario Oficial de la Federación, 12 jul. 2019. Disponible en: https://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5565599&fecha=12/07/2019#gsc.tab=0. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. SEGOB. Transformación gubernamental. *Presidencia de la República EPN*, 9 feb. 2017. Disponible en: <https://www.gob.mx/epr/es/articulos/transformacion-gubernamental-95269>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MÉXICO. Instituto Federal de Telecomunicaciones. *Adopción de las TIC y usos de internet en México*. México: Instituto Federal de Telecomunicaciones, 2018. Disponible en: <http://www.ift.org.mx/sites/default/files/contenidogeneral/estadisticas/adopciondelasticusosdeinternetenmexico.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

MICHELI THIRIÓN, Jordy; VALLE ZARATE, José E. La brecha digital y la importancia de las tecnologías de la información y la comunicación en las economías regionales de México. *Realidad, Datos y Espacio Revista Internacional de Estadística y Geografía*, v. 9, n. 2, p. 38-53, maio/ago. 2018. Disponible en: <https://rde.inegi.org.mx/index.php/2018/11/07/la-brecha-digital-la-importancia-las-tecnologias-la-informacion-la-comunicacion-en-las-economias-regionales-mexico/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

OCDE. *Estudio de la OCDE sobre políticas y regulación de telecomunicaciones en México*. Paris: OECD Publishing, 2012. DOI: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264166790-es>.

OCDE. *Estudio de la OCDE sobre telecomunicaciones y radiodifusión en México 2017*. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/publications/estudio-de-la-ocde-sobre-telecomunicaciones-y-radiodifusion-en-mexico-2017-9789264280656-es.htm>. Acceso en: 15 oct. 2023.

OCDE. *Índice de Gobierno Digital OCDE 2019*. Resultados y mensajes clave. Paris: OCDE Publishing, 2018. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/digital-government/digital-government-index-2019-highlights-es.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

SALGADO LEDESMA, Eréndira. Educación, exclusión digital y Covid: las cifras del riesgo. *DPL News*, 19 ago. 2019. Disponible en: <https://dplnews.com/educacion-exclusion-digital-y-covid-19-las-cifras-del-riesgo/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

SALGADO LEDESMA, Eréndira. Marco regulatorio en México. Cómo apoyar jurídicamente los avances en la implementación de una tecnología 5G que impulse el desarrollo nacional. In: GARCÍA, Arturo Oropeza; BERASALUCE IZA, Julen (coord.). *Hacia una nación digital*. La importancia de la sostenibilidad y la tecnología 5G en el desarrollo industrial. México: UNAM-IIJ; INADI, 2023. p. 302-326.



ADMINISTRACIÓN DIGITAL Y ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS: EL EJEMPLO DE FRANCIA

François Julien-Laferrrière¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** ¿Qué es la administración digital?; **2.1.** Formas y objetivos de la desmaterialización de la administración; **2.2.** Apreciación de la administración digital por los usuarios; **3.** ¿Qué consecuencias tiene la desmaterialización para el acceso a los servicios públicos?; **3.1.** Desigualdades debidas a las facultades de los usuarios; **3.2.** Desigualdades debidas a las condiciones de funcionamiento de los servicios; **4.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El tema de la “digitalización” o “desmaterialización” de los servicios públicos es reciente. Apareció a principios de los años 2000 con el desarrollo de las “nuevas tecnologías de la información”, las cuales, desde entonces, han pasado a ser prácticamente ineludibles en todos los sectores de actividades, tanto económicos como administrativos, por ser vistas como una “garantía de rendimiento”. En efecto, se considera que la desmaterialización “mejora la eficacia de la administración pública” al facilitar “la colaboración dentro de

¹ Profesor emérito de derecho público de la Universidad Paris-Saclay.

[ésta]”, pero también al permitir almacenar grandes cantidades de informaciones durante un período indeterminado” y “[desmaterializar] determinadas tareas y procedimientos”².

Esta desmaterialización no se limita al funcionamiento interno de la administración, también se ha extendido a las relaciones entre la administración y los administrados, so pretexto de que, gracias a ella, “los individuos pueden comunicar más fácilmente con [...] las administraciones”³, especialmente debido a que la cuasi generalización de la cobertura de los territorios por Internet permite a los administrados realizar sus gestiones administrativas desde su casa por conducto de su computadora –y, más recientemente, de su smartphone– y, por otro lado, porque este modo de comunicación entre la administración y los administrados presenta grandes ventajas para la administración, tanto en términos de costos como de tiempo.

Sin embargo, esta profunda transformación de los modos de puesta en relación de los servicios públicos con sus usuarios – y, recíprocamente, de los usuarios con los servicios públicos – no deja de ser problemático. Incluso ha surgido rápidamente como un “motivo de preocupación”⁴ para algunos administrados. Claro que, como lo observa el Defensor de los derechos en su informe “Desmaterialización y desigualdades en el acceso a los servicios públicos”, en 2019, “la desmaterialización puede constituir una potente palanca de mejora del acceso de todos a sus derechos”, siempre que “permita simplificar el acceso de la mayoría de los usuarios a las informaciones y documentos administrativos,

² Sobre el tema del desarrollo de la “digitalización administrativa”, véase, por ejemplo: WANDAOGO, Abdol-Akim. Does digitalization improve government effectiveness? Evidence from developing and developed countries. *Applied Economics*, v. 54, n. 33, p. 3840-3860, 2022. DOI: 10.1080/00036846.2021.2016590. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00036846.2021.2016590>. Acceso en: 15 oct. 2023. Resumen en francés: WANDAOGO, Abdol-Akim. Digitalisation et efficacité de l’administration publique (Digitalización y eficacia de la administración pública). *CERDI*, 18 mayo 2022. Disponible en: <https://cerdi.uca.fr/version-francaise/actualites/toutes-les-actualites/zoom-sur-la-recherche/digitalisation-et-efficacite-de-ladministration-publique#/admin>. Acceso en: 15 oct. 2023. Todas las traducciones del francés al castellano son del autor.

³ WANDAOGO, Abdol-Akim. Digitalisation et efficacité de l’administration publique (Digitalización y eficacia de la administración pública). *CERDI*, 18 mayo 2022. Disponible en: <https://cerdi.uca.fr/version-francaise/actualites/toutes-les-actualites/zoom-sur-la-recherche/digitalisation-et-efficacite-de-ladministration-publique#/admin>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d’accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 3. El “Défenseur des droits” (Defensor de los derechos) francés es el equivalente del Defensor del pueblo español.

y también en ciertas circunstancias, permita luchar contra el no uso de los derechos y mejorar el acceso real de los usuarios a sus derechos”⁵.

En cambio, la desmaterialización no produce efectos positivos para los administrados si sólo procura “ paliar la desaparición de los servicios públicos en ciertos territorios y a privilegiar un enfoque presupuestario y contable”, y si además “se considera que esta transformación profunda de las relaciones entre usuarios y servicios públicos puede realizarse a marcha forzada sin tener en cuenta las dificultades reales de una parte de la población y las necesidades específicas de ciertas categorías de usuarios”⁶. Y el Defensor de los derechos añadía, en el mismo informe: “Si una sola persona debiera quedar privada de sus derechos debido a la desmaterialización de un servicio público, sería un fracaso de nuestra democracia y del Estado de derecho”⁷.

La preocupación así expresada en 2019 estaba justificada. En efecto, el “enfoque presupuestario y contable”, no sólo en Francia sino también en muchos países, parece prevalecer y conduce a la vez a suprimir servicios públicos “de proximidad” – escuela, correos, servicios sociales, hospital, maternidad, etc. – en zonas rurales o pequeñas ciudades, y al desarrollo concomitante de la desmaterialización de la administración, en virtud del razonamiento de que, ya que los servicios públicos son accesibles por vía informática, su presencia física ya no es necesaria. Pero la realidad fue absolutamente diferente: “al imponer las limitaciones tecnológicas de la digital y los que no están familiarizados con el manejo de la herramienta informática, a los que no tienen acceso a un equipo adecuado o que no disponen de un acceso de banda ancha o que no son capaces de manejar solos la complejidad de los procedimientos o del lenguaje administrativo, la digitalización de la administración [contribuye] a alejar a numerosos usuarios de sus derechos”⁸.

En este artículo, intentaremos analizar, por un lado, qué es la desmaterialización o digitalización de los servicios públicos y, por el otro, en qué cree, acentúa o, en el mejor

⁵ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁶ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 3-4.

⁷ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 4.

⁸ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation des services publics: trois ans plus tard, où en est-on?* Paris: Défenseur des Droits, 2022. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2022/02/rapport-dematerialisation-des-services-publics-trois-ans-apres-ou-en-est-on>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 4.

de los casos, no reduce las desigualdades en el acceso de los usuarios en el acceso a los servicios públicos.

2. ¿QUÉ ES LA ADMINISTRACIÓN DIGITAL?

En este trabajo, se usará indiferentemente las palabras digitalización o desmaterialización de la administración. Si bien existen, en el lenguaje especializado de los informáticos, matices de significado entre estos términos, en el lenguaje del público no especializado, que es el nuestro, son casi sinónimos. En efecto, en sentido estricto, la digitalización consiste en “convertir o codificar en números dígitos datos o informaciones de carácter continuo, como una imagen fotográfica, un documento o un libro”⁹, mientras que la desmaterialización “es la conversión de certificados o documentos físicos [...] emitido por una empresa, en registros computarizados o anotaciones en cuenta”¹⁰.

2.1. Formas y objetivos de la desmaterialización de la administración

En los servicios públicos, cualquiera sea su nivel – nacional, regional o local, incluso europeo –, la desmaterialización lleva a sustituir la relación directa entre los usuarios y los servidores públicos por una relación que puede calificarse de virtual. Esta relación deja de ser física, el administrado ya no va al mostrador (no hay más mostrador). Se realiza mediante la utilización de un instrumento de comunicación a distancia que se supone que transmite a la administración las peticiones del administrado.

Para que esta relación sustituya efectivamente el contacto directo, todavía es necesario que el administrado pueda entrar en contacto con la administración, que pueda formular correctamente su petición y que, además, los funcionarios encargados de tramitarla la reciben, la guardan y la interpretan sin traicionar su letra o su espíritu.

⁹ DIGITALIZAR. In: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. 2022. Disponible en: <https://dle.rae.es/digitalizar>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁰ DESMATERIALIZACIÓN. In: DICCIONARIO Jurídico Online. 2020. Disponible en: <https://diccionario.leyderecho.org/desmaterIALIZACION/>. Acceso en: 15 oct. 2023. Para el Diccionario de la Real Academia española, la palabra “desmaterialización” no existe.

El paso de la administración “presencial” a la administración desmaterializada puede realizarse en todo tipo de servicio público, de cualquier nivel en la organización jerárquica o territorial de la administración. El medio favorito de esta transformación es Internet, pero no es exclusivo de otros procesos electrónicos como, por ejemplo, bluetooth, las tarjetas inteligentes, biometría, identificación por radiofrecuencia (RFID).

Así es como Internet ha permitido – y sigue permitiendo – el desarrollo de los sitios web de la administración, que pueden adoptar gran variedad de formas. En el caso de Francia, el sitio “service-public.fr”, “sitio oficial de la administración francesa” de carácter generalista, contesta las preguntas que los administrados se plantean sobre sus derechos o sobre los trámites que deben realizar. Se pueden consultar “fichas prácticas” que explican el camino a seguir en caso de mudanza, de embarazo, de búsqueda de empleo o de jubilación, pero también el calendario de vacaciones escolares, los procedimientos para obtener un certificado de nacimiento o un pasaporte etc.¹¹.

Otros sitios son especializados por materia. Por ejemplo, el sitio “Legifrance”, subtítulo “el servicio público de difusión del derecho”, es “el sitio oficial del gobierno francés para la difusión [gratuita] de textos legislativos y reglamentarios, y de decisiones judiciales de los tribunales supremos y de apelación de derecho francés”¹². Además, cada ministerio, cada región, cada departamento, cada municipio y cada agrupación de municipios tiene su propio sitio Internet en el que los administrados pueden encontrar las informaciones esenciales sobre la institución respectiva o realizar gestiones ante sus servicios.

La desmaterialización de la administración también utiliza técnicas distintas de Internet, así como la biometría, cuyo uso ha aumentado considerablemente durante los últimos años. Se trata de “el conjunto de técnicas informáticas que permiten reconocer automáticamente un individuo a partir de sus características físicas, biológicas, y conductuales”. Estos datos “son datos personales pues permiten identificar a una persona. En su mayoría tienen la particularidad de ser únicos y permanentes: ADN, huellas digitales, reconocimiento de voz, del iris o del rostro, etc.”¹³. Por ejemplo, la biometría se utiliza más y más para la expedición de pasaportes, de cédulas de identidad, de licencias de conducir etc.

En presencia de esta diversidad de aspectos de la desmaterialización de los servicios públicos, que se extiende por todos los países, es preciso preguntarse qué objetivos

¹¹ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Service-Public.fr*. Le site officiel de l'administration française. [S.d.]. Disponible en: <https://www.service-public.fr/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹² Wikipedia en francés, Vº “Légifrance”.

¹³ COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES – CNIL. *Biométrie*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.cnil.fr/fr/biometrie#:~:text=La%20biom%C3%A9trie%20regroupe%20l'ensemble,permettent%20d'identifier%20une%20personne>. Acceso en: 15 oct. 2023.

persiguen las autoridades con ello. Porque si el movimiento es efectivamente generalizado, sin duda es porque, a juicio de la administración, tiene ventajas.

En primer lugar, se trata de simplificar la tarea de los servidores públicos y aumentar la eficacia de la administración. La digitalización sería un “factor esencial de la buena gobernanza”.

Primero porque la desmaterialización “facilita la colaboración interna en el seno de la administración pública, en particular por medio del intercambio de informaciones entre los servicios”; segundo porque permite “almacenar grandes cantidades de informaciones durante un período indeterminado para poder acceder a ellas en cualquier momento, sin mucho riesgo a perderlas o deteriorarlas”; y finalmente porque, gracias a ella, “las personas pueden comunicar más fácilmente con las [...] administraciones”¹⁴.

La desmaterialización también procura disminuir los costos de las gestiones administrativas, tanto desde el punto de vista de la administración como de los administrados. En efecto, suprimir la necesidad, para los administrados, de ir a las oficinas de los servicios administrativos, limita los costos de transporte y evita las pérdidas de tiempo, no sólo los tiempos de transporte sino también los tiempos de espera antes de ser atendido por un funcionario.

La desmaterialización también es un instrumento de lucha contra la corrupción, dado que “limita las interacciones individuales mientras automatiza los procedimientos”. Con ello, “refuerza la confianza de los ciudadanos en sus dirigentes, mejorando las interacciones con los ciudadanos”¹⁵. Dicho en otras palabras, la desmaterialización aumenta la competitividad y la eficiencia [de la administración] y genera confianza entre el ciudadano y las instituciones”¹⁶.

¹⁴ Estas citas son sacadas de: WANDAOGO, Abdol-Akim. Digitalisation et efficacité de l'administration publique (Digitalización y eficacia de la administración pública). *CERDI*, 18 mayo 2022. Disponible en: <https://cerdi.uca.fr/version-francaise/actualites/toutes-les-actualites/zoom-sur-la-recherche/digitalisation-et-efficacite-de-lad-ministration-publique#/admin>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁵ WANDAOGO, Abdol-Akim. Digitalisation et efficacité de l'administration publique (Digitalización y eficacia de la administración pública). *CERDI*, 18 mayo 2022. Disponible en: <https://cerdi.uca.fr/version-francaise/actualites/toutes-les-actualites/zoom-sur-la-recherche/digitalisation-et-efficacite-de-lad-ministration-publique#/admin>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁶ COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Menos trámites y más agilidad para una mejor salud para todos. *Boletín de Prensa*, n. 179, 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Menos-tramites-y-mas-agilidad-para-una-mejor-salud-para-todos.aspx>. Acceso en: 15 oct. 2023. (Traduit par nous).

2.2. Apreciación de la administración digital por los usuarios

En Francia, la mayoría de los administrados siguen apegados al contacto directo con los agentes de las administraciones con las que tienen relaciones.

Una encuesta realizada en 2018 por la Dirección interministerial de la transformación pública muestra que “cerca del 80% de los franceses consideran los trámites administrativos bastante o muy simples” (resultado estable en comparación con la encuesta de 2016), y si el 37% de ellos contactan la administración a través de Internet, en cambio “la ventanilla sigue siendo el modo de contacto preferido para dirigirse a los servicios públicos (57%), aunque esté disminuyendo, con 5 puntos menos que en 2014”, y “la parte del correo y el teléfono alcanzan respectivamente el 21% y el 24%, respectivamente 7 puntos y 3 puntos menos que en 2016”. Por otro lado, al mismo tiempo, “la capacidad de escucha de los servicios públicos”, aunque “considerada positiva por el 63%”, disminuyó muy ligeramente de dos puntos¹⁷.

La encuesta de la misma dirección interministerial de la transformación pública, en 2020, revela que el 58% de los usuarios han contactado la administración a través de Internet para realizar una o varias gestiones administrativas (lo que representa un aumento del 21% en comparación con 2018), mientras que el 48% se desplazaron, 48% se pusieron en contacto por teléfono y el 28% por correo¹⁸.

En cuanto a la encuesta del mismo organismo realizada en 2022 para medir “la satisfacción con los sitios web de los servicios públicos”, llega a los siguientes resultados: el 91% de los administrados estaban satisfechos de los sitios de los servicios fiscales, 83% satisfechos del sitio de la Educación nacional, 82% del sitio de la seguridad social o de “Pôle emploi” (Instituto Nacional de Empleo), pero solo el 77% estaba satisfecho de los sitios de las prefecturas y subprefecturas, y el 75% satisfechos de los sitios de la gendarmería¹⁹.

¹⁷ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques. Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *La complexité administrative vue par les usagers: enquête 2018*. 2019. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/publications/la-complexite-administrative-vue-par-les-usagers-enquete-2018>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁸ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques. Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *Baromètre de la complexité administrative par événements de vie*. 2021. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/files/2021-11/Enqu%C3%AAte%20EV%202020%20Rapport%20global%20-%20V3.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁹ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques, Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *Enquête “L’opinion vis-à-vis des services publics durant la crise sanitaire”*. 2022. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/publications/enquete-lopinion-vis-vis-des-services-publics-durant-la-crise-sanitaire>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Finalmente, un informe de Crédoc²⁰ titulado *Baromètre du numérique, édition 2022*, et sous-titré *Enquête sur la diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société française*²¹, revela que, en 2022, el 71% de los franceses han realizado al menos una gestión administrativa la línea, cifra estable comparado con el año anterior, pero que representa un claro aumento (+/22%) entre los jóvenes de 12 a 17 años, especialmente los estudiantes. En cambio, la proporción se ha reducido ligeramente entre las personas de 60 a 69 años (-3%) y más disminuido más claramente en el grupo de 70 años y más (-12%), pudiendo estas disminuciones, según los autores del informe, estar en relación con la vacunación contra el Covid-19 que era obligatoria o altamente recomendada en estos grupos de edad y para la que las citas se tomaban ampliamente por la plataforma Doctolib²². Según el mismo informe, el uso de los servicios públicos electrónicos está estrechamente relacionado con el nivel de título: 42% de los no titulados han realizado una gestión administrativa en Internet (3% menos que en 2020 y 15% más que en 2019). Por otro lado, los campesinos realizan menos gestiones administrativas en línea que los urbanos (respectivamente 58% en los municipios de menos de 2 000 habitantes, 77% en las ciudades de más de 100 000 habitantes y 76% en la aglomeración parisina).

Por su lado, Le Monde publicó, el 25 de abril de 2023, una encuesta que dice: “Falta de respuesta, plazos injustificados, dificultad para ponerse en contacto con el agente responsable del expediente, imposibilidad de conseguir una cita en una taquilla, y, cuando eso se logra, imposibilidad de llevar a cabo una gestión [...]”. De las 89 659 reclamaciones recibidas en 2022, el 92% se referían a las relaciones con los servicios del Estado. Según la Defensora de los derechos, esto es “una consecuencia de la desmaterialización a marchas forzadas impulsada en particular por el gran plan de inversiones 2018-2022”. Según el “Observatoire de la qualité des démarches en ligne” (Observatorio de la calidad de las gestiones en línea), el 87% de las 250 gestiones administrativas más usuales podían realizarse en Internet en enero de 2022, 20 puntos más que en mayo de 2019”. Los autores del artículo añaden: “Fluidez, ahorro de tiempo, reducción de los imperativos de tiempo [...] La construcción del Estado digital presenta, por supuesto, ventajas por una parte de la población”. Pero claramente no para los 13 millones de franceses que experimentan dificultades con las herramientas informáticas. Los autores citan a la Defensora de los derechos que

²⁰ Acrónimo de Centre de Recherche pour l'Étude et l'Observation des Conditions de Vie (Centro de investigación para el estudio y la observación de las condiciones de vida). Crédoc es un organismo independiente, constituido en forma de asociación sin fines de lucro y colocado bajo la tutela del Ministerio de Economía.

²¹ CREDOC. *Baromètre du Numérique*. Enquête sur la diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société. 2022. Disponible en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/barometre-numerique-2022.pdf?v=1675157378. Acceso en: 15 oct. 2023.

²² Doctolib es una plataforma de “e-salud” mediante la cual se puede tomar citas en línea con médicos generalistas o especialistas (<https://www.doctolib.fr/>).

escribió: “La desmaterialización es una oportunidad si permite mejorar el servicio prestado a los usuarios. El problema, hoy, es que se acompaña de un cierre de taquillas de proximidad y, por consiguiente, de todo contacto humano”²³.

El balance de los beneficios que la desmaterialización de la administración puede ofrecer a los administrados es poco entusiasta. La evolución parece deber ser aún más severa en cuanto a sus consecuencias para el acceso de los administrados a los servicios públicos.

3. ¿QUÉ CONSECUENCIAS TIENE LA DESMATERIALIZACIÓN PARA EL ACCESO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS?

Como lo hemos visto más arriba, la desmaterialización de los servicios públicos frecuentemente es presentada como una manera de mejorar las relaciones entre la administración y los administrados, y de facilitar el acceso de los administrados a los servicios públicos. También hemos visto que los usuarios no siempre tienen la impresión de que dichos objetivos se alcanzan efectivamente. En efecto, el recurso a los procedimientos informáticos revoluciona el modo de relaciones entre los servicios públicos y los usuarios haciendo intervenir un intermediario que no es un ser humano sino una máquina. Sólo falta que, para acceder a los servicios “en línea”, el usuario disponga de esta máquina y que ésta funcione.

3.1. Desigualdades debidas a las facultades de los usuarios

Las barreras que dificultan el acceso a los sitios Internet de la administración pueden provenir de que el usuario, por diversas razones, no tiene como conectarse y comunicarse a distancia con la administración desmaterializada.

La primera condición para acceder a los servicios públicos digitalizados es disponer de un equipo, fijo o “nómada” – computadora, tableta, impresora y escáner etc. –, pero también de una conexión a través de una caja digital, por lo cual es preciso suscribirse.

²³ CHERMANN, Élodie; LAGADEC, Audrey; MARTINEZ, Benjamin. Des humains ou des chatbots? Entreprises et services publics cherchent le bon dosage pour les échanges avec leurs clients. *Le Monde*, 25 abr. 2023. Disponible en: https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/04/23/pour-les-entreprises-et-les-service-publics-le-besoin-de-remettre-de-l-humain-dans-la-relation-avec-les-clients_6170702_3234.html. Acceso en: 15 oct. 2023.

Ahora bien, dicho equipo tiene un costo que no pueden enfrentar todas las personas que deben utilizar los servicios públicos, es decir la totalidad de los individuos, especialmente los cesantes, beneficiarios de las prestaciones sociales mínimas, estudiantes etc. Sobre todo, que a la inversión inicial se añade el precio de la suscripción mensual debida al operador. El primer obstáculo, pues, es financiero. Por ello, en su informe de 2019, el Defensor de los derechos informa que “ha sido solicitado, varias veces, por usuarios que lamentaban el muy elevado costo de los paquetes de telefonía e Internet, así como la falta de información en caso de dificultades técnicas vinculadas a la red Internet”²⁴.

En el mismo informe de 2019, el Defensor de los derechos notaba que “el 19% de los franceses no tienen computadora en casa y el 27% no tienen smartphone”²⁵. Sin embargo, este porcentaje ha disminuido considerablemente desde entonces, situándose en sólo el 7,5% en 2022 entre las personas de 16 a 74 años²⁶.

El uso de los sitios en línea de la administración también implica que el usuario sepa navegar por Internet, que “domine las técnicas necesarias para estar en sintonía con la administración electrónica”. Pero “la dificultad de buscar y tratar la información en línea para hacer valer sus derechos sería una de las razones de la no utilización de determinadas prestaciones sociales; y ubicarse sin acompañamiento en los sitios web, gestionar sus numerosas contraseñas e identificadores puede convertirse en un camino sembrado de obstáculos insuperables”²⁷. Las personas de edad, las que tienen un bajo nivel de estudios²⁸ o con discapacidad mental, en particular están mal equipadas para utilizar los instrumentos necesarios para comunicar con los servicios públicos. Ahora bien, si bien el objeto de la

²⁴ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 16.

²⁵ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 18. En los departamentos y territorios de ultramar, esta proporción alcanza el 66%.

²⁶ INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES ECONOMIQUES – INSEE. *Accès et utilisation de l'internet dans l'Union européenne*. Données annuelles de 2003 à 2022. Disponible en: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2385835>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁷ ALBEROLA, Élodie; CROUTTE, Patricia; HOIBIAN, Sandra. L'e-administration: la double peine des personnes en difficulté. *Consommation et Modes de Vie*, Crédoc, n. 288, abr. 2017. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/e-administration-la-double-peine-des-personnes-en-difficulte>. Acceso en: 15 oct. 2023.

²⁸ Según el informe de Crédoc *Baromètre du numérique (Barómetro del digital)*, de 2022, el 82% de los graduados universitarios han realizado al menos una gestión administrativa en Internet contra sólo 42% de los no titulados (CREDOC. *Baromètre du Numérique*. Enquête sur la diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société. 2022. Disponible en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/barometre-numerique-2022.pdf?v=1675157378. Acceso en: 15 oct. 2023).

desmaterialización de la administración es simplificar las relaciones entre la administración y los usuarios, debe tener en cuenta la situación de aquellos para quienes, por el contrario, de desmaterialización hace estas relaciones más complejas, incluso imposibles. En otras palabras, no se trata sólo de satisfacer las necesidades de los administrados, sino de satisfacerlas teniendo en cuenta los medios de que dispone cada uno de ellos para disfrutar de sus derechos. En efecto, uno de los riesgos del “aumento de la desmaterialización de los servicios públicos” es “dar mayor prioridad a una parte de la población más cómoda con Internet” y “lejar más aún de los servicios públicos los usuarios que tengan dificultades con el uso de las herramientas digitales porque no tienen acceso a los equipos [o] porque les cuesta utilizarlos”²⁹.

Por lo tanto, para paliar este inconveniente, el Estado y las entidades públicas deben mantener una presencia humana en los servicios públicos, para que el usuario pueda siempre dirigirse a un agente cuando no logra realizar sus gestiones en línea, pero también deben organizar programas de capacitación en informática destinados a los administrados en dificultad.

A estas categorías de usuarios en dificultad, hay de añadir los extranjeros que no dominan el uso de la lengua nacional – o de una de las lenguas nacionales, cuando hay varias, como, en Europa, Suiza o Bélgica. Es raro que los sitios web de la administración estén redactados en varios idiomas y, cuando lo están, la lengua no nacional casi siempre es el inglés, raramente la de uno de los países de origen de los “migrantes”. Como lo escribe el Defensor de los derechos en su informe de 2019, “el dominio de las herramientas informáticas, pero también de los conocimientos básicos (dominio del idioma, de la escritura, y también del lenguaje administrativo) condicionan la relación con la administración digital”³⁰.

En consecuencia, es evidente que, debido a su situación económica, a sus capacidades individuales o a su nacionalidad, algunos administrados tienen un acceso mucho más difícil que otros a los servicios públicos digitales. El principio de igualdad de los ciudadanos ante el servicio público, uno de los principios fundamentales del derecho de los servicios públicos³¹, está seriamente comprometido, si no es totalmente ignorado.

²⁹ Sobre este tema, véase: BÉGON, Héléne. Transformation numérique de l'action publique : les risques de la dématérialisation pour les usagers. *Vie Publique*, 12 ene. 2021. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/278016-risques-de-la-dematerialisation-pour-les-usagers-des-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

³⁰ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-dacces-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 39.

³¹ *El principio de igualdad, al igual que el de continuidad y de adaptabilidad, es uno de los principios generales aplicables a los servicios públicos y que constituyen las llamadas “leyes de Rolland”, por el nombre de Louis Rolland que las formuló en los años 1930-1940.*

3.2. Desigualdades debidas a las condiciones de funcionamiento de los servicios

Para conectarse a Internet, no basta con disponer de una computadora o un smartphone e y saber usarlo. También se necesita encontrarse en un lugar donde hay red. Ahora bien, subsisten en Francia “zonas blancas” – mal nombradas porque más bien deberían nombrarse “zonas negras” – y “un número importante de usuarios no tienen acceso a una conexión a Internet de calidad suficiente para realizar sus gestiones”³².

Esto da lugar a desigualdades entre los ciudadanos en cuanto a sus posibilidades de acceso a los servicios públicos. Y estas disparidades son tanto más reales que las zonas blancas “se encuentran con mayor frecuencia en zonas rurales”³³. En efecto, es en mas zonas rurales donde tienden a desaparecer los servicios públicos: cierre de las oficinas de correos, de oficinas de finanzas públicas, de tribunales, de maternidades, de escuelas etc. La Corte de cuentas observa que, en 2019, “en relación con la población, la localización de los servicios públicos en las zonas rurales sigue siendo densa en general, a veces incluso superior a la del resto del territorio nacional, pero varía mucho según las redes consideradas”³⁴. Sin embargo, como también señala la Corte de cuentas, la cobertura de los territorios por los servicios públicos es mucho menos densa si se relaciona no con la población sino a la superficie de los territorios considerados.

Por su lado, en un documento informativo de 2020, el Senado constata que los servicios más en contacto con los usuarios “se caracterizan [...] por una creciente desmaterialización de los procedimientos”, que el uso de tele-procedimientos parece ser un factor agravante de las desigualdades mientras que, al mismo tiempo, las soluciones ofrecidas para apoyar el declive del empleo público y del cierre de los servicios en los territorios están lejos de ser satisfactorias”. Y el documento apunta “el sentimiento de abandono que testimonian algunos ciudadanos y representantes electos locales”³⁵.

³² DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 14.

³³ LA COUVERTURE des zones peu denses. *Arcep*, 27 avr. 2023. Disponible en: <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-reseaux-mobiles/la-couverture-mobile-en-metropole/la-couverture-des-zones-peu-denses.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

³⁴ L'ACCES aux services publics dans les territoires ruraux. *Cour des comptes*, 20 mar. 2019. Disponible en: <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/laccés-aux-services-publics-dans-les-territoires-ruraux>. Acceso en: 15 oct. 2023.

³⁵ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Sénat. *Rapport d'information n. 334 (2019-2020)*. Agir pour nos concitoyens : redonner de la proximité et de l'efficacité à l'action publique dans les territoires. Paris: Sénat, 2020. Disponible en: <https://www.senat.fr/rap/r19-334/r19-334.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Este sentimiento de abandono es comprensible cuando uno se pone en la piel de una persona mayor que vive en un pequeño pueblo sin red Internet, que no conduce y que debe realizar un trámite administrativo. Nada, para ella, reemplaza la taquilla que, hace pocos años atrás, todavía existía a pocos cientos de metros de su casa. Al final, renuncia a contactar la administración y, por consiguiente, a beneficiarse de los derechos que le puedan corresponder. En su informe de 2019, el Defensor de los derechos cita el caso de un demandante de empleo “excluido del registro de Pôle emploi por dos faltas de asistencia a las citas con el agente. Ahora bien, vive en una zona blanca y nunca recibió los correos electrónicos de citación ni los mensajes de texto en su teléfono móvil”. Se necesitó la intervención del Defensor de los derechos para que Pôle emploi reconsidere su decisión de exclusión de la lista³⁶.

Las dificultades de acceso a los servicios públicos desmaterializados también pueden deberse a un diseño deficiente o inadecuado de los sitios web de la administración. De manera que, aunque el acceso de los usuarios del servicio público a Internet sea técnicamente posible, pueden encontrar obstáculos técnicos, fallas de diseño de los sitios y de los procedimientos desmaterializados. Pueden ser sitios que se atascan solos, impidiendo que se complete un proceso, o que son de tamaño insuficiente y no pueden absorber el flujo de solicitudes, o también que no contienen un sistema de corrección de errores. En este caso, si el acceso al servicio público por vía desmaterializada es la única que se ofrece a los usuarios, éstos no tienen solución alternativa para hacer valer sus derechos. Esta es la desventura relatada por el Defensor de los derechos: “Una persona compra un vehículo nuevo. Al ingresar las informaciones en Internet, los documentos justificativos necesarios para obtener el certificado de registro, incluida la liquidación de impuestos, no pudieron adjuntar a la solicitud porque los archivos adjuntos estaban limitados a 1 MB, mientras que la cantidad total de documentos era de 1,20 M. El usuario no pudo realizar su solicitud por vía desmaterializada y tuvo que contactar a un delegado de la Defensoría de Derechos para dirimir el litigio”³⁷.

“La inclusión digital y acceso efectivo a los procedimientos desmaterializados también pueden ser dañados por concepciones y diseños y despliegues inadaptados de los sitios”³⁸. Por lo tanto, aunque los usuarios de los servicios públicos tengan la posibili-

³⁶ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 14.

³⁷ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 20.

³⁸ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

dad técnica de acceder a Internet, sin embargo, pueden encontrar problemas técnicos u obstáculos técnicos, o incluso defectos de concepción o ergonomía de los sitios y de los procedimientos desmaterializados.

Porque la imposibilidad de entablar una relación con la administración también puede deberse a que, especialmente en caso de saturación de los sitios, no existe ninguna alternativa al contacto por Internet. En esta situación se encuentran numerosos extranjeros que no logran “obtener una cita para presentar su primera solicitud de permiso de residencia o su solicitud de renovación”. El Defensor de los derechos escribe al respecto: “Todos intentaron conectarse repetidamente al sitio Internet de la prefectura durante varios meses, y proporcionaron pruebas de estos intentos por capturas de pantalla. Sus intentos fracasaron debido a la falta de citas disponibles”. El Defensor de los derechos precisa que “esta imposibilidad de obtener una cita constituye una vulneración de los derechos de esas personas en su calidad de usuarios del servicio público, en la medida en que los sitúa en una posición de gran vulnerabilidad y los mantiene, o los hace volcar en una situación irregular”. Y el Defensor cita la respuesta de uno de los prefectos a quien remitió el problema: “No podemos comunicar informaciones sobre los expedientes de estas personas, a sabiendas de que aún no se ha presentado ningún expediente. Para ello, se les invita a concertar una cita en el sitio web, en horario de apertura de la prefectura. Es preciso recordar a los interesados que no sirve conectarse por la tarde, por la noche o los fines de semana” (!)³⁹.

Así que, para el Defensor de los derechos, “la realización de las gestiones administrativas desmaterializadas debe seguir siendo una opción abierta a los usuarios y no convertirse en una obligación”, y “el usuario debe poder elegir el modo de comunicación más adecuado a la situación cuando trate con la administración”⁴⁰. Esto es lo que se desprende del artículo L. 112-8 del Código de relaciones entre los usuarios y la administración, que dice: “Cualquier persona, siempre que se haya identificado previamente ante una administración, podrá remitirle, por medios electrónicos, una solicitud, declaración, documento o información, o responderle por los mismos medios”⁴¹. Por tanto, esta disposición convierte la relación a través de Internet en una posibilidad, una opción abierta al usuario, pero en ningún caso en una obligación.

³⁹ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.p. 22.

⁴⁰ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.p. 27.

⁴¹ Code des relations entre les usagers et l'administration, art. L. 112-8. En los códigos franceses, los artículos de valor legislativo se designan con la letra L, mientras que los de valor reglamentario se designan con la letra R.

4. CONCLUSIÓN

La creciente desmaterialización de los servicios públicos es, para algunos, una facilidad que se les ofrece para realizar sus trámites administrativos en las condiciones más cómodas, sin tener que moverse y, por tanto, ahorrándoles tiempo y reduciendo sus costos. En cambio, para otros, la falta de contacto directo con los agentes de la administración, la confrontación con pantallas y teclados son obstáculos importantes, insuperables, que los conducen a renunciar al ejercicio de sus derechos. Desde este punto de vista, es cierto que la desmaterialización es un factor de desigualdad en el acceso a los servicios públicos. Ahora bien, como lo escribió el Defensor de los derechos en 2019, esta situación, “es inaceptable, incluso si llevara a que sólo un usuario se vea privado de sus derechos debido a la desmaterialización”⁴².

Además, este movimiento permite al Estado y a las entidades locales desvincularse de los efectos secundarios que genera. El cierre de los servicios de proximidad, que crea una “desertificación administrativa” del campo, deja “a la vera del camino [...] las personas mayores, las personas con discapacidad o enfermedades crónicas, los beneficiarios de prestaciones sociales mínimas, las personas que viven en zonas rurales” y “conduce a una transferencia sistemática al usuario de tareas y costes que antes eran responsabilidad de la administración”⁴³. El usuario debe equiparse, informarse y, si es necesario, capacitarse para poder realizar sus trámites en línea y no cometer errores, a riesgo de encontrarse en una situación de no acceso a sus derechos”⁴⁴.

Otras evoluciones se avecinan, que podrían tener consecuencias aún más marcadas y causar una brecha digital más grave todavía: es el uso de la inteligencia artificial, cuyo desarrollo recomienda el Consejo de Estado en un informe de 2022⁴⁵. Según informa *Le Monde*, “[el Consejo de Estado] aboga por un despliegue proactivo de la inteligencia artificial en los servicios públicos en vistas de [...] mejorar la relación con los ciudadanos”.

⁴² DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.p. 10.

⁴³ ALBEROLA, Élodie; CROUTTE, Patricia; HOIBIAN, Sandra. L'e-administration: la double peine des personnes en difficulté. *Consommation et Modes de Vie*, Crédoc, n. 288, abr. 2017. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/e-administration-la-double-peine-des-personnes-en-difficulte>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 1.

⁴⁴ DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematérialisation-et-inegalites-daccés-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴⁵ RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Conseil d'État. *Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance*. Paris: Conseil d'État, 2022. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-servir-la-performance>. Acceso en: 15 oct. 2023.

Y el periódico añade que, “por su lado, la Defensora de los derechos, Claire Hédon, teme una “deshumanización” de la que, en su informe anual publicado el 17 de abril de 2023, considera los riesgos ya presentes”⁴⁶.

Como podemos ver, el progreso de las tecnologías de la información y la comunicación no van —y no irán— necesariamente de la mano con una reducción de las desigualdades ni, a Fortiori, con su desaparición. Al contrario, en ausencia de una política proactiva de los poderes públicos, acompañada de los correspondientes recursos económicos y humanos, que abra a cada uno el acceso a los servicios públicos en condiciones que permitan un ejercicio pleno de los derechos estas desigualdades van en aumento. Como lo escriben los autores del informe del Crédoc *E-administración: la doble pena de las personas con dificultades*, “un acompañamiento personalizado y encarnado parece imprescindible para evitar que las dificultades de estas personas se acentúen con el desarrollo de la digitalización de los trámites y de los contactos con las administraciones públicas”⁴⁷. Porque es deber del Estado garantizar la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, las leyes y los compromisos internacionales, sin discriminación ninguna, basada en cualquier consideración que sea, tal como la edad, la nacionalidad, el lugar de residencia, las capacidades intelectuales o los recursos económicos.

REFERENCIAS

ALBEROLA, Élodie; CROUTTE, Patricia; HOIBIAN, Sandra. L'e-administration: la double peine des personnes en difficulté. *Consommation et Modes de Vie*, Crédoc, n. 288, abr. 2017. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/e-administration-la-double-peine-des-personnes-en-difficulte>. Acceso en: 15 oct. 2023.

BÉGON, Hélène. Transformation numérique de l'action publique : les risques de la dématérialisation pour les usagers. *Vie Publique*, 12 ene. 2021. Disponible en: <https://www.vie-publique.fr/parole-dexpert/278016-risques-de-la-dematerialisation-pour-les-usagers-des-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴⁶ CHERMANN, Élodie; LAGADEC, Audrey; MARTINEZ, Benjamin. Des humains ou des chatbots? Entreprises et services publics cherchent le bon dosage pour les échanges avec leurs clients. *Le Monde*, 25 abr. 2023. Disponible en: https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/04/23/pour-les-entreprises-et-les-service-publics-le-besoin-de-remettre-de-l-humain-dans-la-relation-avec-les-clients_6170702_3234.html. Acceso en: 15 oct. 2023.

⁴⁷ ALBEROLA, Élodie; CROUTTE, Patricia; HOIBIAN, Sandra. L'e-administration: la double peine des personnes en difficulté. *Consommation et Modes de Vie*, Crédoc, n. 288, abr. 2017. Disponible en: <https://www.credoc.fr/publications/e-administration-la-double-peine-des-personnes-en-difficulte>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 1.

CHERMANN, Élodie; LAGADEC, Audrey; MARTINEZ, Benjamin. Des humains ou des chatbots? Entreprises et services publics cherchent le bon dosage pour les échanges avec leurs clients. *Le Monde*, 25 abr. 2023. Disponible en: https://www.lemonde.fr/economie/article/2023/04/23/pour-les-entreprises-et-les-service-publics-le-besoin-de-remettre-de-l-humain-dans-la-relation-avec-les-clients_6170702_3234.html. Acceso en: 15 oct. 2023.

COLOMBIA. Ministerio de Salud y Protección Social. Menos trámites y más agilidad para una mejor salud para todos. *Boletín de Prensa*, n. 179, 2019. Disponible en: <https://www.minsalud.gov.co/Paginas/Menos-tramites-y-mas-agilidad-para-una-mejor-salud-para-todos.aspx>. Acceso en: 15 oct. 2023.

COMMISSION NATIONALE DE L'INFORMATIQUE ET DES LIBERTES – CNIL. *Biométrie*. [S.d.]. Disponible en: <https://www.cnil.fr/fr/biometrie#:~:text=La%20biom%C3%A9trie%20regroupe%20l%27ensemble,permettent%20d%27identifier%20une%20personne>. Acceso en: 15 oct. 2023.

CREDOC. *Baromètre du Numérique*. Enquête sur la diffusion des technologies de l'information et de la communication dans la société. 2022. Disponible en: https://www.economie.gouv.fr/files/files/directions_services/cge/barometre-numerique-2022.pdf?v=1675157378. Acceso en: 15 oct. 2023.

DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation et inégalités d'accès aux services publics*. Paris: Défenseur des Droits, 2019. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2019/01/dematerialisation-et-inegalites-dacces-aux-services-publics>. Acceso en: 15 oct. 2023.

DÉFENSEUR DES DROITS. *Dématérialisation des services publics: trois ans plus tard, où en est-on?* Paris: Défenseur des Droits, 2022. Disponible en: <https://www.defenseurdesdroits.fr/fr/rapports/2022/02/rapport-dematerialisation-des-services-publics-trois-ans-apres-ou-en-est-on>. Acceso en: 15 oct. 2023.

DESMATERIALIZACIÓN. In: DICCIONARIO Jurídico Online. 2020. Disponible en: <https://diccionario.leyderecho.org/desmaterializacion/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

DIGITALIZAR. In: REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Real Academia Española*. 2022. Disponible en: <https://dle.rae.es/digitalizar>. Acceso en: 15 oct. 2023.

INSTITUT NATIONAL DE LA STATISTIQUE ET DES ETUDES ECONOMIQUES – INSEE. *Accès et utilisation de l'internet dans l'Union européenne*. Données annuelles de 2003 à 2022. Disponible en: <https://www.insee.fr/fr/statistiques/2385835>. Acceso en: 15 oct. 2023.

LA COUVERTURE des zones peu denses. *Arcep*, 27 abr. 2023. Disponible en: <https://www.arcep.fr/la-regulation/grands-dossiers-reseaux-mobiles/la-couverture-mobile-en-metropole/la-couverture-des-zones-peu-denses.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

L'ACCES aux services publics dans les territoires ruraux. *Cour des comptes*, 20 mar. 2019. Disponible en: <https://www.ccomptes.fr/fr/publications/lacces-aux-services-publics-dans-les-territoires-ruraux>. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Conseil d'État. Intelligence artificielle et action publique: construire la confiance, servir la performance. Paris: Conseil d'État, 2022. Disponible en: <https://www.conseil-etat.fr/>

publications-colloques/etudes/intelligence-artificielle-et-action-publique-construire-la-confiance-ser-
vir-la-performance. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques, Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *Enquête “L’opinion vis-à-vis des services publics durant la crise sanitaire”*. 2022. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/publications/enquete-l-opinion-vis-vis-des-services-publics-durant-la-crise-sanitaire>. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques. Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *La complexité administrative vue par les usagers: enquête 2018. 2019*. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/publications/la-complexite-administrative-vue-par-les-usagers-enquete-2018>. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Ministère de la Transformation et de la Fonction Publiques. Direction Interministérielle de la Transformation Publique. *Baromètre de la complexité administrative par événements de vie*. 2021. Disponible en: <https://www.modernisation.gouv.fr/files/2021-11/Enqu%C3%AAt%20EV%202020%20Rapport%20global%20-%20V3.pdf>. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. Sénat. *Rapport d’information n. 334 (2019-2020)*. Agir pour nos concitoyens : redonner de la proximité et de l’efficacité à l’action publique dans les territoires. Paris: Sénat, 2020. Disponible en: <https://www.senat.fr/rap/r19-334/r19-334.html>. Acceso en: 15 oct. 2023.

RÉPUBLIQUE FRANÇAISE. *Service-Public.fr*. Le site officiel de l’administration française. [S.d.]. Disponible en: <https://www.service-public.fr/>. Acceso en: 15 oct. 2023.

WANDAOGO, Abdol-Akim. Does digitalization improve government effectiveness? Evidence from developing and developed countries. *Applied Economics*, v. 54, n. 33, p. 3840-3860, 2022. DOI: 10.1080/00036846.2021.2016590. Disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/00036846.2021.2016590>. Acceso en: 15 oct. 2023.

WANDAOGO, Abdol-Akim. Digitalisation et efficacité de l’administration publique (Digitaliación y eficacia de la administración pública). *CERDI*, 18 mayo 2022. Disponible en: <https://cerdi.uca.fr/version-francaise/actualites/toutes-les-actualites/zoom-sur-la-recherche/digitalisation-et-efficacite-de-ladmi-nistration-publique#/admin>. Acceso en: 15 oct. 2023.



DIREITO ADMINISTRATIVO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: INVESTIGAÇÕES INICIAIS SOBRE UMA NOVA (OU NEM TÃO NOVA) BASE PARA O DIREITO ADMINISTRATIVO

Janriê Rodrigues Reck¹

Vivian Paludo²

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** O Direito e os diferentes “direitos”; **3.** O direito administrativo e sua autonomia; **4.** A nem tão nova presença das políticas pública como diferença no direito administrativo; **5.** Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

O tema cuida da possibilidade de que uma nova justificação para o direito administrativo esteja se desenhando tendo como base justificadora as políticas públicas. Assim, pretende-se responder ao seguinte problema de pesquisa: como as políticas públicas podem ser identificadas, sob a perspectiva histórica, como elementos centrais e de distinção do direito administrativo? Objetiva-se verificar a possibilidade de justificação da centra-

¹ Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Procurador Federal.

² Doutoranda em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC). Advogada.

lidade das políticas públicas para a definição do direito administrativo. Como objetivos específicos, busca-se compreender a configuração do Direito em ramos, definir o ramo do direito administrativo dentre eles e demonstrar que as políticas públicas são definidoras na história desse ramo do Direito. A hipótese é de que o direito administrativo, no momento histórico atual, é definido pelas políticas públicas.

A temática mostra sua relevância quanto aspecto social pois define a posição das políticas públicas no ramo do direito administrativo, com consequente demonstração da relevância delas para o sistema administrativo nacional e, cientificamente, o estudo se destaca pela observação peculiar das políticas públicas nas perspectiva desse ramo do Direito enquanto disciplina e construção histórica.

É necessário a definição dos ramos ou disciplinas do Direito, de modo que se compreenda o que define, individualiza e diferencia-os. Com essa particularização, poder-se-á introduzir a compreensão do papel das políticas públicas. Dentro desse contexto de ramos, busca-se localizar a disciplina do direito administrativo, seus elementos definidores e particularidades, ou seja, as diferenças que produzem as diferenças.

Ao final, cuida-se da presença das políticas públicas no direito administrativo. Destacando-se o papel distintivo que elas ocupam e das consequências que elas trazem, enquanto base para um direito administrativo das políticas públicas, numa perspectiva histórica. Utiliza-se a metodologia dedutiva para a abordagem, o método de procedimento monográfico e a técnica de pesquisa bibliográfica.

Destaca-se que as considerações deste estudo são iniciais e com determinados recortes históricos e que, em função da amplitude da pesquisa, não esgotam o tema, traçam conclusões definidas pelo objeto do estudo e sob a perspectiva a que se propõe, a histórica, não abarcando todo o assunto.

2. O DIREITO E OS DIFERENTES “DIREITOS”

Nessas considerações iniciais serão estabelecidas algumas reflexões possíveis de serem estabelecidas entre Kelsen e Luhmann, de modo a ajudar na configuração de uma observação mais complexa sobre os ramos do Direito.

A teoria pura do Direito busca o isolar das ideologias políticas e dos elementos de ciência natural, focando na legalidade específica do objeto, com exatidão e objetividade³.

³ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. VII.

O Direito, como objeto de conhecimento, é “uma ordem normativa da conduta humana”, assim, constata-se ser um sistema que determina o agir dos seres humanos, passando a palavra norma a expressar o dever-ser, a maneira como eles devem proceder. A norma é um dever-ser quando o ato de vontade de um indivíduo que propositamente direciona a conduta do outro tem objetividade no seu sentido. Ainda, a validade objetiva da norma somente existe se ela observa um pressuposto: a norma fundamental⁴.

A diferenciação entre as normas, trazida por Kelsen⁵, centra-se na existência de uma singularidade de uma norma enquanto pertencente a uma determinada ordem jurídica e sua validade está na norma fundamental. Diante disso, pode-se carregar essa ideia para a definição de ramos ou disciplinas do Direito, de modo que um ramo do Direito tem sua singularidade enquanto tal por pertencer a determinada ordem jurídica e ter sua validade na norma fundamental de seu ordenamento.

Complementarmente, Kelsen⁶ traz uma outra característica do Direito que é uma ordem coativa, colocando-se contra as condutas que é contrário, tornando as ordens determinadas pelo direito como caráter coativo do agir humano. Distinguem-se proposições e normas. As proposições jurídicas são “juízos hipotéticos” que exprimem, seguindo o ordenamento jurídico, certas consequências; enquanto as normas jurídicas são mandamentos imperativos, permissivos e que geram atribuições⁷. “O Direito é concebido como uma ordem normativa, como um sistema de normas que regulam a conduta dos homens [...]”, com a validade de uma norma ligada e dependente da validade de outra norma, a premissa maior (dever-ser). Em especial quanto ao sistema de normas, como ordem jurídica, há um “caráter dinâmico”, com qualquer conteúdo, desde que a norma tenha sido criada pela forma determinada na norma fundamental, “qualquer conteúdo pode ser Direito” e “a Constituição, que regula a produção de normas gerais, pode também determinar o conteúdo das futuras leis”⁸.

Quando se parte do pensamento de Kelsen restam algumas considerações relevantes quanto aos ramos do Direito, primeiramente e fundamental é a constatação de que eles têm seu fundamento de validade na norma fundamental, todos eles. Ainda que o conteúdo pode ser aquilo que o legislador assim desejar, obedecida forma de criação determinada pela lei fundamental, de forma a definir o modo do agir humano. Porém, com isso, ainda

⁴ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 4-6.

⁵ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 21-22.

⁶ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 23.

⁷ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 51.

⁸ KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999. p. 135-156.

não é possível determinar como se poderia definir a diferenciação dos ramos do Direito. Uma das possibilidades de conclusão é que cada disciplina do Direito segue extraindo a validade das normas superiores que tratam do mesmo tema, até que se chegue na norma fundamental, dentro do sistema escalonado. Logo, um ramo é formado pelas normas que tratam das mesmas condutas humanas, as quais se tornam válidas, com base nas normas superiores que tratam da mesma conduta humana, seguindo-se essa cadeia de dependência de validade até que se encontre a validade na norma fundamental, a qual fundamenta todas as disciplinas do Direito. Assim, desse modo, conclui-se que os ramos vão encontrar em determinado ponto o mesmo pressuposto de validade, unindo-se na busca de validade na norma fundamental.

A conduta humana pode se iniciar com apenas um mínimo de previsão, sem examinar o que se está fazendo e nem as consequências disso: um agir por instinto, rotina, palpite etc., sendo que se está mais propenso a aceitar conclusões improvisadas de um especialista do que conclusões mais elaboradas de “de um homem que é mal informado”. Contudo outra possibilidade é de que a ação segue uma decisão que é resultado de estudo, avaliação das alternativas, consideração em que há a intervenção do pensamento. Nesse caso, há as chamadas “razões”. Se há a declaração geral se tem princípios, se a operação é formulada de forma compacta a decisão é chamada de conclusão e as considerações que levaram a ela são as premissas. As decisões “princípios” podem ser razoáveis, que se adaptam a bons resultados, enquanto as conclusões são fundamentadas ou racionais. A teoria lógica se apresenta como um relato de procedimentos seguidos para se chegar a decisões do segundo tipo (conclusões) quando elas foram as melhores opções que poderiam ser usadas naquele momento⁹.

Disso Dewey¹⁰, ao levar especificamente ao campo do Direito, mostra-se útil por que as normas das lei devem formar sistemas lógicos tão coerentes quanto possível. Dewey¹¹ destaca, quanto ao silogismo, que ele apresenta os resultados do pensamento e não tem relação com a operação do pensamento. O problema é encontrar afirmações de princípio geral e de fato particular que sejam dignas de servir de premissas. O pensamento pode ser definido como o desenvolvimento de premissas ou o desenvolvimento de uma conclusão, na medida em que é uma operação para a outra.

⁹ DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, v. 10, p. 17-27, dez. 1924. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em: 2 fev. 2021. p. 17-18.

¹⁰ DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, v. 10, p. 17-27, dez. 1924. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em: 2 fev. 2021. p. 19.

¹¹ DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, v. 10, p. 17-27, dez. 1924. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em: 2 fev. 2021. p. 22-23.

Kelsen vai separar a ciência do Direito do Direito enquanto objeto. O Direito, enquanto objeto, é um sistema, um corpo de normas. Já a ciência é um corpo de proposições modalizadas pela verdade-não-verdade. A ciência do Direito organizaria o sistema jurídico em ramos, através de classificações. A classificação, portanto, seria pertencente à ciência do Direito, e não ao Direito propriamente.

Dewey¹² ressalta que com o exame da natureza do Direito, em relação às diferentes escolas, é possível constatar a existência de problemas e controvérsias quanto à fonte, à finalidade e sua aplicação. A necessidade de princípios que possam justificar ou criticar as posições jurídicas se manifestam com maior destaque na distinção entre direito positivo e direito natural. Porém essa ideia se mantém nas escolas que seguem as linhas gerais das ideias formuladas na idade média. No entanto a discussão sobre o que existe em um determinado momento e o que poderia ou deveria ser e uma concepção que proporcione “princípios” que justifiquem, permitam, ou desaprovem alguns aspectos existentes está na base de todos os movimentos no campo da filosofia do Direito. Com isso, a discussão sobre a fonte e a finalidade do Direito pode considerar apenas o critério para avaliar regras e práticas jurídicas existentes. É apresentado um programa para a ação que se verifica por meio da ação, assim, considera o direito como um fenômeno puramente social.

O critério ou padrão para avaliar regras e práticas jurídicas existentes se encontra nas consequências, em relação ao que ocorre socialmente. Com isso, haveria a introdução do fator racional nas avaliações concretas das regras jurídicas, com a discussão das questões jurídicas em seu contexto social concreto¹³.

Diante do exposto, algumas considerações trazidas por Warat¹⁴ na sua obra como reflexões preliminares se fazem adequadas para o estudo em questão. Dentre elas está a constatação de que a “dogmática jurídica se apresenta como uma tentativa de construir uma teoria sistemática do direito positivo, sem formular nenhum juízo de valor sobre o mesmo [...]”, sendo, assim, uma ciência formal. Em relação às disciplinas jurídicas, o efeito mais perceptível é em relação à sistematização, tendo ocorrido um afastamento da teoria pura por não ser seu objeto de conhecimento um determinado ordenamento, mas categorias deontológicas que se prestem a qualquer Direito. Cada disciplina se apresenta como uma elaboração parcial nas dogmáticas positivistas. “[...]Os dogmáticos se desinteressa-

¹² DEWEY, John. Mi filosofía de derecho. *Revista de Derecho Privado*, n. 24, p. 337-343, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/343917>. Acesso em: 3 fev. 2021. p. 337-339.

¹³ DEWEY, John. Mi filosofía de derecho. *Revista de Derecho Privado*, n. 24, p. 337-343, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/343917>. Acesso em: 3 fev. 2021. p. 343.

¹⁴ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 14-21.

ram, quase que completamente, pela construção de uma teoria geral que lhes servisse de suporte. Existem, assim, tantas dogmáticas quantos os ramos do Direito”¹⁵.

O conteúdo é um dos critérios que se prestam para a classificação das normas jurídicas. Com esse critério, pode-se chegar a uma das mais relevantes categorizações, a que define o direito público e o direito privado. Dessa divisão, depreende-se que na vida social há duas esferas “com diferentes finalidades e regras de funcionamento”, na privada os indivíduos atuam com liberdade, conforme seus interesses e vontade, enquanto que na esfera pública a decisão se dá de forma coletiva sobre assuntos de interesse geral¹⁶.

A importância da distinção de ramos dogmáticos do direito – através da diferenciação entre direito público e direito privado, bem como os ramos contidos neles – está relacionada à “decidibilidade de conflitos com um mínimo de perturbação social”, com menor ambiguidade e vagueza e decidibilidade uniforme a partir da identificação de quais princípios teóricos se está submetido. A distinção em ramos do Direito, em público e privados e seus ramos, tem importância nos efeitos e os princípios aplicáveis às situações¹⁷.

A dogmática, assim, possui um caráter de técnica, de instrumental a ser instrumentalizado para a produção de decisões – o que evidentemente não neutraliza seu caráter ideológico.

Dentro da possibilidade de classificação do Direito, as quais são utilizadas para a classificação entre direito público e privado, mas que acabam por servir, em última análise, à classificação dos ramos do Direito, tem-se cinco critérios que podem a isso servir. O primeiro é a natureza do interesse, a norma pode tutelar interesse particular ou interesse de natureza geral. Outro é a qualidade dos sujeitos envolvidos, o qual se utiliza para definir a participação de pessoas jurídicas de direito público na relação jurídica como definidora da relação de direito público e, por exclusão as demais como de direito privado. O terceiro critério é o tipo de relação, sendo que as partes podem ou não estar em posição de igualdade. Se não estiverem, há o exercício do poder estatal. Ainda, elenca-se como critério a politicidade que representa o caráter político ou não da relação. E, por último, é trazido o critério da imperatividade, sendo que as normas de direito público seriam obrigatórias. Porém alguns aspectos críticos sobre esses critérios são trazidos: em relação à natureza do interesse é de que, em muitos casos, não se tem com estabelecer uma clara divisão

¹⁵ WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002. p. 41-42.

¹⁶ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 244-245.

¹⁷ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

entre esses interesses. Quanto à qualidade dos sujeitos, esse critério não esclarece com as empresas públicas – que são pessoas jurídicas de direito público – estão, em muitos casos, submetidas ao regime jurídico de direito privado. O problema do critério do tipo de relação está em não desvelar a verdadeira natureza de muitas relações em que não há igualdade ou desigualdade. Quanto à politicidade, não se tem como separar, de modo claro, assuntos políticos dos não políticos. Mesmo a imperatividade está presente como não passível de exceção em relações privadas e as públicas são atos de vontade. Então, o que é apresentado como solução é a combinação dos critérios de definição, com o que se pode chegar à conclusão de qual a natureza prevalece (não sendo única)¹⁸.

A dogmática usa de dois “lugares-comuns” – topoi – para estabelecer distinções entre os ramos do direito: natureza jurídica e natureza das coisas. A primeira é determinada pelas normas que regulamentam, porém, não é de fácil estabelecimento. Logo, há que se determinar a natureza das coisas que, apesar das controvérsias filosóficas, para a dogmática é aceita como lugar-comum. Diante disso, os ramos do Direito se definem pelas normas incidentes e pelas realidades formadas¹⁹. Acresce-se a posição de Dimoulis²⁰ que, ao explicar a divisão do direito público interno, utiliza como critério o objeto de cada ramos bem como fontes legislativas principais.

As normas do Direito podem ser muito semelhantes, mas revestem formas diferentes devido à natureza das relações as quais dizem respeito, diferenciando-as umas das outras e por se destinarem a funções diferentes. Assim, mesmo que tenham uma mesma essência, há características que as distinguem²¹.

Partindo disso e da constatação da existência de uma “organização da autoridade pública” que estabelece e aplica o Direito de forma compulsória, com normas que cuidam da forma a ser seguida na administração de justiça para todos, conclui-se que “essa organização torna-se um bom ponto de partida para distinguirem-se os ramos do direito público”²².

¹⁸ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 246-249.

¹⁹ FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

²⁰ DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 250.

²¹ CASTRO, Amílcar. A natureza da norma de direito internacional privado. *Revista de direito internacional privado*, Belo Horizonte, v. 2, p. 69-85, 1950. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/498>. Acesso em: 9 fev. 2021. p. 70.

²² FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

A unidade do Direito, ao ser contemplada, requer que se seja diferenciada de algo diferente dela, sendo que essa diferenciação pode ser de alguns elementos, não se requer que seja de todos os elementos. “Para que esse tipo de redução de faça adequadamente marcada, queremos aqui nomear *identidade* a unidade como objeto de uma observação e descrição”; requer-se, outrossim, que essas observação e descrição se deem com as operações do sistema fechado, criando a si um estatuto normativo e uma determinada atribuição em relação ao código lícito, então, um sistema é um sistema que se descreve a si²³.

Para Luhmann, o Direito também é um sistema, mas um sistema de comunicações. Trata-se de um sistema social, formado por operações comunicativas, e que abrange toda e qualquer comunicação que se refira ao Direito. Segundo Luhmann, a diferença entre ciência do Direito e normas estatais é uma diferença interna ao Direito, sem maiores substâncias, já que ambas se configuram em programas utilizados para decidir²⁴.

Um determinado tipo de operação – tanto na formação de operações seguintes quanto para a construção de estruturas – é a condição de possibilidade dos sistemas autopoieticos. As comunicações que dizem respeito ao direito são tanto fatores de produção como mantenedoras das estruturas, isso enquanto operações. Logo, as operações são frutos de determinada diferença e podem criar a diferença entre sistema e ambiente: é o que diferencia um sistema²⁵. Com base nessa premissa, os diferentes ramos podem ser considerados e analisados como unidades operativas, como conjunto de operações (as quais desencadeiam outras observações) no Direito²⁶. Com isso, cabe a consideração de que a mesma operação pode ter observações diferentes, a depender do observador – e das distinções –, criando nova condição do sistema observado e do sistema observante (autopoiese)²⁷. “Neste sentido, existir um ramo do Direito significa uma unidade operativa de

²³ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 101-100.

²⁴ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/35/379>. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 124-125.

²⁵ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 67-65.

²⁶ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/35/379>. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 124-125.

²⁷ LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016. p. 68-67.

programas de observação. Os ramos permitem significações diferenciadas a enunciados normativos que estão à espera de significação²⁸.

Outra consideração quando se cuida da definição da existência de um ramo do Direito é referente às categorias, as quais se ligam à natureza jurídica e ao regime jurídico. A diferenciação quanto à natureza jurídica leva a consequências diferentes quanto ao regime jurídico, o que conduz à redução da complexidade e ao aumento de capacidade de operação do sistema²⁹.

Tendo-se compreendido o panorama geral e complexo da análise da compreensão dos ramos do Direito de forma geral, há que se adentrar, especificamente, nesse contexto a partir de um ramo do Direito, qual seja o direito administrativo, o ramo objeto de estudo.

3. O DIREITO ADMINISTRATIVO E SUA AUTONOMIA

Em relação ao direito administrativo como ramo do Direito, tem-se uma formação recente, constituindo-se uma disciplina inerente ao Estado de Direito. A sua consagração como ramo do Direito se deu “quando se prescreveu processo jurídico para atuação do Estado-poder, através de programas e comportas na realização das suas funções”. O direito administrativo, como disciplina, se consolidou com a passagem do Estado-poder como meio para a realização do bem do estado-sociedade³⁰.

Como método de estudo desse ramo do Direito, utilizou-se, primeiramente, o exegético, com uma concepção legalista. Centrava-se na compilação de leis e sua exegese, através de comentários e de junção de decisões judiciais, sem, ainda traçarem-se princípios teóricos, era mais uma sistematização. A história do direito administrativo na Europa após a revolução

²⁸ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/35/379>. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 126.

²⁹ BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/35/379>. Acesso em: 24 jan. 2021. p. 136.

³⁰ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 83, p. 1-31, 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 1-2.

francesa era rica, com uma conhecida construção jurisprudencial, mas as formas de estudo eram as mais tradicionais. Em um primeiro momento, o objeto de estudo do “direito administrativo” era a administração pública. Em seguida, a disciplina teve como método de estudo o histórico-político, com a adoção de uma concepção histórica ou racionalista do Direito. Após, a escola histórico-política se concentra na procura de princípios gerais qualificadores dos institutos fundamentais do ramo do Direito, bem como o exame da melhor forma de serem utilizados pelo direito administrativo, conjugando elementos racionais, históricos e positivos. Com a revolução industrial e suas mazelas sociais, acresceu-se à disciplina a forma de ação do Estado, em especial quanto à ação nos aspectos sanitários, educacionais, econômicos, assistenciais e previdenciários. Segue-se com o método de estudo técnico jurídico e a respectiva escola, escola técnico-jurídica, a qual buscou afastar os aspectos políticos e históricos do estudo da disciplina, passando ao tratamento unitário e comum das relações jurídicas entre o Estado e os cidadãos³¹. Da disciplina jurídica “direito administrativo” apartaram-se outros ramos do Direito, com matérias próprias, como, por exemplo, direito tributário, do trabalho, sanitário, ficando ele com restrito à organização e forma de ação do Estado, de criação de utilidade pública, de modo direto e imediato³².

Seguindo-se à formação da disciplina jurídica “direito administrativo”, há o método de estudo lógico-formal, com a concepção de Direito puro de Hans Kelsen³³. “[...] Os grandes problemas do direito público moderno são quase exclusivamente administrativos”. Isso por que as condições sociais modernas geram demandas enormes para a administração pública, as quais não serão satisfatoriamente atendidas sem que se tenha um grande conhecimento do direito administrativo³⁴.

Há muitos problemas sociais que têm relação com o funcionamento dos poderes públicos, em especial com a administração pública. A administração pública, por meio de reformas do Direito Administrativo, tem o adequado enquadramento desses problemas sociais³⁵.

³¹ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 83, p. 1-31, 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 3-11.

³² MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 83, p. 1-31, 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 14.

³³ MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 83, p. 1-31, 1966. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>. Acesso em: 10 fev. 2021. p. 18.

³⁴ “The great problems of modern public law are almost exclusively administrative in character” (GOODNOW, Frank Johnson. *Comparative administrative law: an analysis of the administrative systems national and local, of the United States, England, France and Germany*. v. 1. v. 2. Nova Iorque: G. P. Putnam’s Sons, 1903. p. IV. Tradução nossa).

³⁵ GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte geral*. 2. ed. t. 1. Buenos Aires: Macchi, 1994. p. 20.

Os Estados modernos reconheceram que é dever dos governos promover o bem-estar – físico e intelectual – dos seus cidadãos, o que ocorre com a criação e manutenção de condições para isso. Essas funções desempenhadas pelo governo em promover o bem-estar podem ser classificadas em assuntos internos³⁶, são elas também que geram as principais diferenças entre Estados e dependem da orientação política escolhida³⁷.

O direito administrativo nasce como racionalização da necessidade de administração do interesse público no período pós-revolucionário. Como tal, é um reflexo de um momento da história humana no qual se entende possível a emancipação social e, como tal, através de um movimento da comunidade sobre ela mesma. É evidente que sempre existiu uma atividade administrativa. Entretanto, a institucionalização do interesse público sob a forma de princípios da legalidade, da igualdade e da fraternidade só existiram com a partir da revolução francesa e, a partir daí, com o direito administrativo, o qual se organizou em torno do conceito de serviço público, isto é, de uma atividade do poder público voltado para a realização dos interesses sociais³⁸.

4. A NEM TÃO NOVA PRESENÇA DAS POLÍTICAS PÚBLICAS COMO DIFERENÇA NO DIREITO ADMINISTRATIVO

Na busca da compreensão da relação entre o direito administrativo e as políticas públicas, faz-se necessário passar pela história, concepções e definições dos fatores que determinam o pertencimento a esse ramo do Direito. Isso será feito com base, em sua grande parte, em referências europeias, em função da importação e influência dos estudos e construções deste continente no Direito Administrativo brasileiro.

Nas sociedades antigas como civilizações da Índia, Egito e Babilônia, dentre outras, o direito administrativo possuía forte cor teológica, tendo como a origem o poder divino. Ocorre que não se tem muito conhecimento sobre a organização administrativa delas; no entanto, quanto à Grécia antiga, tem-se informação de normas esparsas e costumeiras que incluem regras de supervisão e fiscalização do comércio, sobre edifícios, vias públicas e funcionários que cuidavam do dinheiro público, por exemplo. Na Roma antiga não houve o mesmo desen-

³⁶ *internal affairs*.

³⁷ GOODNOW, Frank Johnson. *Comparative administrative law: an analysis of the administrative systems national and local, of the United States, England, France and Germany*. v. 1. v. 2. Nova Iorque: G. P. Putnam's Sons, 1903. p. 3-4.

³⁸ CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

volvimento e estruturação do direito administrativo, como houve com o direito civil. Porém, especialmente na República – Roma –, tinha o desempenho de atividades administrativas, inicialmente pelo Senado, tendo sido transferidas para órgãos especiais³⁹. Na Idade Média a administração era do tipo feudal e comunal, baseada em elementos de arbitrariedade e cunho patrimonial, não sendo encontrado nenhum sistema de leis administrativas⁴⁰.

Os juristas romanos cuidavam de reflexões sobre os regimes públicos ou municipais, tendo, inclusive, deixado ao direito moderno regras para certos objetos administrativos, baseados nas instituições. As instituições eram apenas acessórios, não existindo, por isso, a mesma base imutável e racional que havia para o direito civil, por exemplo. Ou seja, como as regras administrativas se baseavam nas instituições, caso elas ruíssem, as regras ruiriam também. Uma das instituições que sobreviveu foi a cidade, a instituição municipal, mesmo com alterações advindas dos bárbaros e do tempo. As instituições administrativas se encontram em todas as épocas através da criação de regras que objetivavam dirigir os funcionários, mesmo que o direito administrativo, como uma ciência, tenha sua origem moderna⁴¹.

Com isso, inicialmente, tem-se um direito administrativo que está intimamente ligado com os preceitos religiosos, com origem nas determinações divinas. Na Grécia, afastando-se dessa base, tem-se algo mais próximo à concepção moderna de direito administrativo, ligado à fiscalização e à regulamentação de atividade dos particulares e cuidado com a administração das funções e finanças públicas. Enquanto na Roma antiga, onde tem desenvolvimento muito acentuado os ramos ligados ao direito civil, com um tímido desenvolvimento das regulamentações jurídicas estatais. Mesmo assim, traz-se o desenvolvimento da administração municipal, o que se encontra presente e é de grande importância até os dias atuais. Porém, como se constata, na idade média, não há o poder do Estado e muito menos normas e disposições de direito estatal, o Direito é a vontade do senhor feudal, sem propriamente uma organização administrativa e seus derivados.

Em relação às bases do direito administrativo, estão vinculadas às instituições, o que fragiliza a própria organização jurídica que fica dependente e à mercê da manutenção da instituição. As instituições se mantêm na modernidade, o que se altera é a base do direito administrativo, que deixam de ser elas.

³⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 147-150.

⁴⁰ MEUCCI, Lorenzo. *Instituzioni di diritto amministrativo*. 3. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1892. p. 11.

⁴¹ LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de droit public et administratif*. 12. ed. Paris: Joubert, 1841. p. XVII-XIX.

A primeira e ainda embrionária conclusão que se pode trazer é a de que não bastam, para que se tenha o direito administrativo, regras que cuidem da administração estatal, nem que as instituições possam ser a fonte do direito administrativo, requer-se mais: uma base com certa racionalidade e sólida.

Na velha monarquia francesa não existia o direito administrativo, visto que não se tinha um sistema uniforme de administração, mesmo que tenha tido quatro grandes feitos que produziram uma organização comunal, uma administração provincial e um centro de ação política. Esses feitos são: a emancipação das comunas, a reunião das províncias à coroa francesa, a intervenção de Estados Gerais e a ação política e administrativa da realza e dos parlamentos, do conselho do rei e intendentess. Não havia diretrizes gerais que pudessem ser consideradas como base científica do direito administrativo⁴². Outra extração que pode ser feita é a de que esse ramo é um sistema que existe em diferentes níveis e núcleos da administração, sendo uniforme para eles. Não é suficiente que se tenha centros de atuação política ou administrativas para isso. Há que existir uma base científica própria.

As leis administrativas foram consideradas as leis das causas comuns, sendo que elas são as dos homens, tendo, então, como base para as leis administrativas o direito natural. Considerou-se nesse momento que, assim como os homens, as leis podem ser vistas quanto ao Estado em sua relação com todos ou em nas relações de indivíduo para indivíduo, respectivamente, leis públicas e leis privadas. Ainda, em relação a sua execução, as leis se dividem em leis políticas, leis administrativas e leis judiciais. Quanto ao objeto se subdividem em leis políticas ou constitucionais, administrativas, leis civis, leis rurais, leis comerciais, leis financeiras, leis judiciais e leis penais⁴³.

Essa teorização da diferença entre leis constitucionais e leis administrativas, em relação ao objeto de cada uma delas, é um marco para o direito administrativo. Seguindo, Bonnin⁴⁴ reflete que o homem é um cidadão, logo, as leis políticas ou constitucionais regulam o exercício de direitos políticos, instituem o poder legislativo, organizam o governo e decidem sobre a relação com os que são governados e sobre a relação de cada cidadão com todos. Além disso, o homem tem relações necessárias com o Estado, daí as leis administrativas se fazem presentes como desenvolvimento detalhado das leis políticas, regulando a relação dos cidadãos com o Estado e do Estado com os cidadãos quanto à sua pessoa, seus bens e suas ações. “Leis administrativas são, portanto, aquelas que garantem, ordenam, modificam este exercício em sua aplicação a coisas de interesse

⁴² LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de droit public et administratif*. 12. ed. Paris: Joubert, 1841. p. XIX.

⁴³ BONNIN, Charles-Jean. *Principes d'administration publique*. 3. ed. t. 1. Paris: Renaudiere, 1812. p. 101-117.

⁴⁴ BONNIN, Charles-Jean. *Principes d'administration publique*. 3. ed. t. 1. Paris: Renaudiere, 1812. p.118.

comum”⁴⁵, sendo que o livre exercício se refere às faculdades físicas e morais. Após essa obra, outras tantas surgiram na França teorizando sobre um direito administrativo.

Eis que se apresenta a centralidade do direito administrativo na figura humana, como uma concepção advinda do direito natural. Com isso, de certa forma, é trazido ao núcleo basilar, mesmo que por via reflexa e sem qualquer noção de que fossem os objetos das políticas públicas contemporâneas. Ao se trazer a relação com o “homem”, por via reflexa se traz a questão das suas necessidades e da prestação estatal ou, pelo menos, da relação delas com o Estado. Outra consideração é quanto à regulamentação da relação entre o Estado e “todos”, a primária relação legal com a coletividade, com o todo, com as causas comuns, com os indivíduos enquanto sociedade que têm relações com a figura estatal. Tanto que se passou a afastar e classificar as relações jurídicas entre Estado e sociedade ou indivíduos e outros.

Por sua vez, já considerando a obrigação, de certa forma, de ação do Estado, de garantia, de ordem e de alteração, houve a classificação em relação à execução em leis políticas, leis administrativas e leis judiciais. Pois bem, nesse ponto do desenvolvimento histórico há, pela conjugação da obrigação de execução de causas comuns na relação entre Estado e a coletividade, com as “coisas de interesse comum”, o traçado delineador do direito administrativo: coletividade, ação do Estado e interesse comum, o que vai tomar novas formas e novos nuances, mas que essencialmente será perene. A Revolução Francesa, com seus ideais de racionalidade, como visto, implica em gradativo rompimento com a ordem costumeira. Há uma conexão entre legalidade e planejamento e, assim, a nucleação do direito administrativo como uma instituição central da República.

Com a Revolução de 1830 na França houve a substituição da Constituição, trazendo instituições do despotismo administrativo do Império e da restauração em conjunção com certo liberalismo, na mesma carta. Nisso se encontrou também três fontes do direito administrativo: o constituinte promulgou o princípio racional e filosófico, porém enfraquecido por uma organização viciosa, o consulado lhe deu a força de unidade, mas na direção exclusiva do poder, e a revolução manteve o princípio racional na ação do poder administrativo. Com isso, uniram-se na organização administrativa a liberdade e o poder. Assim, então, a racionalidade age como fundamento do Direito, a unidade como fundamento da ação e a junção de direitos de poder e de liberdade dos cidadãos nas formas de organização, elevando o direito administrativo ao estado de ciência⁴⁶. Nesse período se alcança o

⁴⁵ “*Les lois administratives sont donc celles qui assurent, ordonnent, modifient cet exercice dans son application aux choses d'intérêt commun*” (BONNIN, Charles-Jean. *Principes d'administration publique*. 3. ed. t. 1. Paris: Renaudiere, 1812. p. 120. Tradução nossa).

⁴⁶ LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de droit public et administratif*. 12. ed. Paris: Joubert, 1841. p. XXIII-XXIV.

status de ciência pelo direito administrativo, o qual está relacionado à sua conquista como ramo ou disciplina do direito, o que se detalhará na sequência.

Na construção histórica trazida até este ponto, tem-se elementos caracterizadores do direito administrativo: coletividade, Estado, causas comuns, interesse comum, racionalidade, liberdade, poder e organização.

A despeito de existir Administração Pública nos três poderes, há de se refletir que o poder administrativo tem dois objetos distintos: um se refere à organização dos serviços públicos, organização interna e relações entre os agentes, esse seria o “lado” técnico, enquanto o outro objeto é a relação entre a administração e os cidadãos, cuida dos direitos e deveres recíprocos entre administradores e administrados. O primeiro é a parte técnica e normativa da administração, não o direito administrativo. O segundo seria o direito administrativo propriamente dito: o qual apodera-se da administração quando se manifesta em relação aos cidadãos⁴⁷.

Acompanhando essas construções doutrinárias, se desenvolvia na França a Justiça Administrativa⁴⁸ que consagra os princípios modernos do direito administrativo, cuidando da supremacia e indisponibilidade do interesse público, ao cunho derogatório do direito comum, à continuidade dos serviços públicos e à responsabilidade patrimonial do Estado⁴⁹.

Dentro do que exposto, em especial quanto à ação da administração, acresce-se a divisão dessa ação nos poderes. Com isso, a ação administrativa passa a se subdividir em técnica e outra que se ocupa da relação administrados e administração. Ela é de interesse do direito administrativo. Assim, o direito administrativo apresenta-se tendo como objetos a coletividade, Estado, causas comuns, interesse comum, racionalidade, liberdade, poder e organização, quanto à relação entre administração pública e administrados com atenção aos princípios administrativos.

No entanto, pode-se considerar que o “primeiro período” da sistematização do direito administrativo tenha sido na Itália, com uma obra específica e com a criação de uma cátedra da matéria em Milão⁵⁰. A obra de Romagnosi⁵¹ foi escrita em linguagem obscura para que a censura não a compreendesse, traçou aspectos gerais por meio de um esforço

⁴⁷ LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de droit public et administratif*. 12. ed. Paris: Joubert, 1841. p. 96-97.

⁴⁸ *contentieux administratif*.

⁴⁹ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 153.

⁵⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 23.

⁵¹ *Principi fondamentali del diritto amministrativo onde tesserne le istituzioni*.

de síntese, porém sua atividade foi interrompida, com a queda do Reino Itálico, o que prejudicou a divulgação e o seguimento dos estudos⁵².

Após, e numa construção doutrinária italiana, o direito foi considerado em um sentido amplo e num sentido restrito. No sentido amplo, inclui toda a ação direta do Estado na implementação de fins sociais. No sentido restrito, é limitado à ação de fins de bem-estar interno, o que exclui os altos interesses da sociedade como uma unidade estatal e opondo-se a um direito político e internacional e, até mesmo, a um direito público eclesiástico⁵³.

Seguindo-se no percurso histórico de construção do direito administrativo, é trazido como meio de classificação e, por conseguinte de fundamentalidade os fins sociais e o bem-estar. Assim, vê-se que no cerne do direito administrativo, mesmo que se classifique em sentido amplo ou restrito, estão as ações em busca de resolução dos problemas sociais.

Na Alemanha, seguindo a tradição do tecnicismo científico-doutrinário, desenvolveu-se de forma mais lenta, porém influenciou, juntamente com a França e a Itália, o direito administrativo no ocidente⁵⁴. Foi considerado, inicialmente, como mero conglomerado de normas do Estado, cível, processual e penal, com cunho prático, até que de 1887 em diante houve a separação do direito do Estado, com a construção teórica da parte geral do direito administrativo germânico com fontes, atos, ação etc.⁵⁵. Houve a separação do estudo do direito público do império⁵⁶.

O núcleo do direito administrativo se formou da junção das elaborações francesa, alemã e italiana. Tendo nesse núcleo os temas como autoridade do Estado, personalidade jurídica e competência do Estado, serviço público, propriedade pública, ato administrativo e ato executório, poder de polícia, interesse legítimo, fontes, direitos subjetivos públicos, interesse público, pessoas jurídicas públicas, hierarquia e contratos administrativos⁵⁷.

O direito administrativo anglo-saxão se diferencia do sistema da Europa ocidental, pois se utiliza das disposições referentes às atividades dos particulares⁵⁸.

⁵² GIANNINI, Massimo Severo. Profili storici della scienza del diritto amministrativo. *Quaderno fiorentino per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão: Giuffrè, n. 2, p. 179-274, 1973. p. 216-217.

⁵³ MEUCCI, Lorenzo. *Istituzioni di diritto amministrativo*. 3. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1892. p. 3.

⁵⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfduosp/article/view/67460>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 154-156.

⁵⁵ GIANNINI, Massimo Severo. Profili storici della scienza del diritto amministrativo. *Quaderno fiorentino per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão: Giuffrè, n. 2, p. 179-274, 1973. p. 229-233.

⁵⁶ LABAND, Paul. *Le droit public de empire allemand*. Tradução de C. Gandilhon. v. 1. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900. p. 4.

⁵⁷ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 33-34.

⁵⁸ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 39.

Dicey⁵⁹ leciona que o direito administrativo como o francês se baseia em ideias estranhas aos pressupostos fundamentais do direito consuetudinário inglês, em especial quanto *the rule of law*. Sendo que haveria, inclusive, a falta de uma expressão que correspondesse ao *droit administratif*, demonstrando o “não reconhecimento da própria coisa”. Essa posição foi com o tempo afastada⁶⁰.

Ainda, houve uma dificuldade adicional na formação de normas de direito administrativo em função de não existir uma administração central e em função da *justice of peace*, a qual tinha funções jurisdicionais e administrativas, até o século XIX. Porém a perspectiva se alterou e a existência de um direito administrativo inglês pode ser constatada, sendo um ramo que cuida da “real atuação do governo”, com a efetivação das políticas estabelecidas constitucionalmente⁶¹. Com a ampla regulamentação dos poderes conferidos para departamentos, órgãos e tribunais, esses poderes devem ser exercidos dentro dos limites legais, sendo que a revisão judicial se centra na forma como as decisões são tomadas, os tribunais podem criar normas para os administradores, acrescentando-se a necessidade de decisões administrativa de que cumpram os preceitos de razoabilidade, justiça natural, equidade e em consonância com a proteção dos direitos humanos⁶².

Quanto ao direito administrativo norte-americano, não se teve esse ramo até o final do século XIX, o que também se alterou com maior controle das atividades privadas pelo Estado, para isso foram criadas agências ou comissões. Sendo que o *administrative law* trataria dos freios legais para controlar e conter as ações dessas agências, com foco fortemente processual – *judicial review* e modo de tomada de decisão – e com acréscimo de estudos acerca de fatores burocráticos e políticos⁶³.

No Brasil, no período colonial e nos primeiros anos do império, não se tem literatura administrativa. O pouco que se tem é de cunho histórico e pouco jurídico e diz respeito ao poder absoluto, outorgado pelo rei de Portugal aos donatários das capitanias hereditárias e com a criação do Conselho Ultramarino em 1642 para comandar a organização políticas administrativas da colônias. Entre 1822 e 1889 – Império – houve certa organização administrativas, mas ainda submetida ao poder absolutista. Mas na primeira metade do século XIX, começando os desenhos da república e sob a influência francesa, tem-se a inclusão

⁵⁹ DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund., 1982. p. 208-209.

⁶⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 51.

⁶¹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 41 e 47.

⁶² BARNETT, Hilaire. *Constitutional and administrative law*. 4. ed. Londres: Cavendish, 2002. p. 838.

⁶³ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 51-56.

do Direito Administrativo como disciplina nas faculdades de direito⁶⁴. Contudo a sistematização do direito administrativo pátrio não tinha uma justiça administrativa independente, o Conselho de Estado, instituído pela constituição de 1824 “não firmou tradição de atuação jurisdicional”⁶⁵.

Iniciou-se a construção doutrinária brasileira com uma definição de direito administrativo como uma ciência da ação e de competência do poder central das administrações locais. Além disso, cuidava da relação entre os tribunais administrativos e os direitos e interesses dos administrados e entre eles e os interesses gerais do Estado. Com isso, o estudo compreende das leis administrativas⁶⁶ e das autoridades administrativas. A isso são acrescidas as leis sociais, com exceção das que fundamentam a organização constitucional ou que “entram no domínio do judiciário”⁶⁷.

O direito administrativo fora considerado uma das subdivisões do direito interno ou constitucional – a outra é o direito constitucional ou político. O direito administrativo, como ciência, está ligado à parte orgânica, regulamentar e técnica da administração, ocupando-se do interesse geral, aplicando-o aos casos concretos, regula e assegura a boa execução dos serviços públicos, cuidando das despesas públicas, fiscalizando certas pessoas jurídicas, fazendo uso de polícia administrativa e segurança nacional, por exemplo⁶⁸.

Esse autores, Rego e Sousa, fazem parte do “grupo de iniciadores” do direito administrativo brasileiro. Um segundo grupo surge após a implementação da república e do federalismo, ainda com predomínio das influências francesas, mas já com reflexos das ideias norte-americanas. O terceiro grupo, segue as mesmas influências, acrescidas das concepções italiana e alemã⁶⁹.

Veja-se que no direito administrativo brasileiro, a partir de quando se pode considerar que ele exista, são trazidos como elementos fundantes o interesse geral e os serviços públicos, aplicação dos recursos públicos e fiscalização. Cabe ressaltar neste momento

⁶⁴ ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>. Acesso em: 10 jan. 2021. p. 162-164.

⁶⁵ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 58.

⁶⁶ As leis administrativas são definidas como as leis que regulam a organização administrativa, patentes, caça, organização municipal etc. (REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860. p. 3).

⁶⁷ REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860. p. 3.

⁶⁸ SOUSA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguay). *Ensaio sobre o direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862. p. 5-10.

⁶⁹ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 60-61.

que sob os elementos trazidos estão a ação do Estado para a satisfação das necessidades públicas, através do meio que tinha à disposição à época: o serviço público. Mesmo que não se nominasse como tal, o direito administrativo já se caracterizava pelos elementos que são os mesmos das políticas públicas atuais.

A partir de 1988, com a Constituição Federal de 1988, houve um grande desenvolvimento do direito administrativo⁷⁰. Ocorre a partir da reaproximação entre o direito administrativo e o direito constitucional, através do fenômeno da constitucionalização do Direito, tendo os direitos fundamentais como o principal condutor⁷¹. Essa constatação traz à tona a tensão entre duas correntes teóricas – baseadas em valores dos direitos fundamentais e no interesse público –, ao mesmo tempo em que representa certa maturidade do direito administrativo nacional, de uma teoria brasileira do direito administrativo⁷².

Eis que com a Constituição Federal de 1988 a aproximação do direito administrativo com as políticas públicas se reforça. Isso se deve à “natural” e já descrita relação e fundamentação do direito administrativo com o interesse comum, com a prestação estatal e com a essência da própria carta. O que ocorre é a clara e manifesta correlação entre ambos.

Se na construção do direito administrativo estrangeiro isso já era evidente, com as disposições constitucionais atuais, em relação aos direitos fundamentais, objetivos da república e obrigações do Estado, a teoria brasileira do direito administrativo se consolida e se especifica como tal a partir da necessária relação a isso.

Em seguida o direito administrativo passa a ter, como trazido por Meirelles⁷³, uma definição de Direito que o considera como um “conjunto harmônico de princípios jurídicos que regem os órgãos, os agentes e as atividades públicas tendentes a realizar concreta, direta e imediatamente os fins desejados pelo Estado”. Nesse conceito, delimitam-se o objeto do direito administrativo, sendo que estaria afastada a intromissão desse ramo do Direito na atividade abstrata – legislativa –, na atividade indireta – judicial –, e na atividade mediata – ação social do Estado.

Todos esses critérios e tentativas partem de aspectos que, ao mesmo tempo que pertencem a um determinado tempo e materialidade histórica, por outro lado se pretendem abstratos. É o que se denominou pensamento metafísico, o qual fora tão bem trabalhado por Warat. Nesse tipo de pensamento predominam as noções de linguagem presas ao

⁷⁰ MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017. p. 61.

⁷¹ ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 397.

⁷² ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015. p. 438.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016. p. 42.

paradigma da filosofia da consciência⁷⁴. Ou seja, haveria uma ligação da proposição à essência da coisa, um atingimento do significado da coisa em si de maneira monológica, negando o caráter social do significado: “[...] como as definições reais se constituem baseadas na intuição e não em critérios contrastáveis intersubjetivamente, cada ideologia pode sustentar o caráter essencial de seus conceitos, transportando-se, desse modo, a luta ideológica para o plano das definições”⁷⁵. Uma perspectiva sistêmica pode ajudar a entender a autonomia do direito administrativo, a partir de novas distinções.

A diferenciação é, em uma perspectiva construtivista, fruto de comunicações. A diferença entre o que é/não é direito administrativo depende de um conjunto de comunicações que se enlaçam com determinado assunto. Este conjunto de comunicações começa a se autorreferenciar e a simbolizar. Por autorreferência entenda-se o fato de ocorrerem remissões recíprocas. A doutrina administrativista remete a um corpo de jurisprudência administrativista que por sua vez remete a órgãos e profissionais especializados. A diferença que forma um ramo do Direito é uma diferença construída socialmente, portanto, e não uma diferença lógica ou apriorística. Desse modo, o sentido de direito administrativo advém de tentativas de formação de conceitos tais como serviço público, interesse público, função pública, poder Executivo e assim sucessivamente.

Esses critérios, porque fundamentados em uma teoria do conhecimento que busca essências e realidades – e não a materialidade das comunicações dos sistemas sociais –, apresentaram-se como vagos e descolados da realidade brasileira. Entretanto eles trazem importantes intuições que podem ser utilizados para a reconstrução do direito administrativo. Esse ramo sempre se ocupou com um Direito que materializasse as decisões políticas, isto é, as decisões vinculantes para toda a comunidade. A implementação de decisões vinculantes para toda uma comunidade demanda um Direito próprio, com algum grau de distanciamento do Direito aplicado aos particulares.

⁷⁴ WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica: suas técnicas*. Porto Alegre: Atrium, 1977. p. 14: “No pensamento jurídico prevalecem as teses realistas a respeito do significado das palavras [...] nas ciências dogmáticas do Direito tem grande vigor a suposição de que os conceitos normativos refletem uma conexão necessária e essencial com a realidade, de que as definições do campo jurídico se obtêm mediante uma intuição intelectual de natureza intrínseca dos fenômenos denotados. [...] Esta concepção ontológica é, inclusive, sustentada em relação àquelas palavras que pretendem designar valores, tais como justiça, honestidade, proibido, etc. [...] A concepção platônica sobre os critérios definitórios serviram, fundamentalmente, para a consolidação dos principais postulados políticos que sustentam as concepções majoritariamente aceitas pelos juristas em relação às características atribuíveis ao Direito Positivo [...] As idéias em torno do significado unívoco das palavras da lei, sustentação do caráter não construtivo dos atos de aplicação do Direito, são todas afirmações que podem lograr um consenso na comunidade dos juristas a partir da crença de que pode haver uma só definição válida para cada palavra”.

⁷⁵ WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica: suas técnicas*. Porto Alegre: Atrium, 1977. p. 7.

A evolução do direito administrativo levou à diversificação e à especialização de instrumentos para o atingimento das decisões políticas que representavam a coletividade. O conceito de serviço público se tornou mais preciso para abranger somente prestações materiais, surgiram regimes jurídicos de intervenção na propriedade privada, de gestão da propriedade pública, o fomento foi se disseminando e, finalmente, o poder de polícia se diferenciou do serviço público. Além desses instrumentos-fins, também caracterizam instrumentos-meios, como a licitação, o concurso público e o poder disciplinar. Todos esses instrumentos possuem algo em comum, que é precisamente uma distância do regime jurídico aplicado entre particulares, em conjunto com a sua natureza política. Essa pluralidade de conceitos impede, contudo, que exista uma unidade que faça a distinção entre o direito administrativo e os demais ramos do Direito. Daí a razão pela qual os conceitos tradicionais de direito administrativo parecem vagos.

O sentido de direito administrativo só vai surgir, no entanto, quando prosperar um elemento que dê unidade aqueles diversos instrumentos. Os instrumentos (serviço público, poder de polícia etc.) destoam entre si, impossibilitando a formação de um símbolo de unidade propício ao direito administrativo. Novamente, há de se buscar como os sistemas sociais se produzem para se encontrar o fundamento de identidade e diferenciação do direito administrativo.

Se o direito administrativo está ligado com decisões políticas, se essas decisões políticas representam um processo de atuação de uma comunidade sobre si mesma (representando o elemento de racionalidade utópica da Revolução Francesa) e se ele se vale de instrumentos típicos de intervenção social, tem-se então como clara a conexão o conceito de política pública. De fato, a política pública é uma unidade de diversos instrumentos. Dentro da política pública encontram-se disponíveis para os seus formuladores a possibilidade de uso de serviços públicos, bens públicos, fomento etc. A política pública é um conceito que encontra precisão, e é, desse modo, a candidata à centralidade do direito administrativo.

De fato, e retomando o argumento. As decisões políticas são implementadas a partir de políticas públicas. O conceito de política pública está conectado com a origem do direito administrativo de efetivação racional das decisões de uma dada comunidade sobre si mesma. A política pública é uma unidade de diversos instrumentos. Esses diversos instrumentos são tradicionalmente trabalhados no campo do direito administrativo – possuindo, contudo, vagos e plurais significados. A política pública tem o potencial de ser o critério diferenciador do direito administrativo dos demais ramos do Direito por possuir um conceito relativamente preciso e que mantém a vantagem de realizar uma unidade daqueles diferentes instrumentos antes mencionados. Os instrumentos tradicionais de direito administrativo são combinados na política pública para fins de realizar objetivos públicos de planejamento e modificação racionais de uma dada comunidade.

Se a política pública é a unidade de instrumentos administrativos, e se esses instrumentos administrativos possuem um regime jurídico próprio, embora variado, forçoso concluir que esse dado de um regime jurídico próprio é transferido às políticas públicas, já que elas são uma unidade de instrumentos. Em outras palavras, a política pública é a representação de um Direito diferenciado – e portanto de um ramo próprio do Direito –, porque seus instrumentos o são e sempre o foram. Tradicionalmente, a dificuldade em se caracterizar o direito administrativo advém da pluralidade de seus instrumentos. Uma vez existindo um conceito que unifica os instrumentos, tem-se um critério único e diferenciador para esse ramo do Direito. Assim, a problemática da definição do direito administrativo passa à política pública. Conceituando-se política pública, tem-se, precisamente, o conceito de direito administrativo, já que ele tem por centro de seu sistema, assim, todas as comunicações que se referirem a política pública.

5. CONCLUSÃO

A definição de ramos do Direito permite que categorização das disciplinas, ao mesmo tempo em que princípios e conjunto teórico está relacionado àquele determinado ramo do direito. Pode-se definir através de critérios como natureza jurídica, natureza das coisas, objeto, fontes legislativas, natureza das relações, por exemplo. Esses são critérios metafísicos. A utilização da teoria dos sistemas pode ser de ajuda para a caracterização de um determinado ramo do Direito. A pergunta é sobre qual a diferença que faz a diferença para a produção de um sistema próprio.

Numa perspectiva sistêmica os ramos são unidades operativas que podem, por meios de suas operações, serem propulsoras de outras operações no sistema do direito. Ademais, a segmentação em ramos permite a redução da complexidade e o aumento de capacidade de operação do sistema.

O direito administrativo nesse contexto, enquanto um dos ramos do Direito, traz como elemento de diferenciação, conforme contatado, a centralidade das políticas públicas. O direito administrativo tem um objeto, a saber, as políticas públicas. A centralidade desse objeto faz com que surja um ramo do Direito próprio – diferenciado que está dos demais ramos do Direito pelo seu núcleo de comunicações específico.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Formação da teoria do direito administrativo no Brasil*. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

ARAÚJO, Edmir Netto de. O direito administrativo e sua história. *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo: Universidade de São Paulo, v. 95, p. 147-166, 2000. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/rfdusp/article/view/67460>. Acesso em: 10 jan. 2021.

BARNETT, Hilaire. *Constitutional and administrative law*. 4. ed. Londres: Cavendish, 2002.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. Construção pragmático-sistêmica dos conceitos básicos do Direito Corruptivo: observações sobre a possibilidade do tratamento da corrupção como um ramo autônomo do Direito. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, a. 15, n. 62, p. 123-140, out./dez. 2015. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaec/article/view/35/379>. Acesso em: 24 jan. 2021.

BONNIN, Charles-Jean. *Principes d'administration publique*. 3. ed. t. 1. Paris: Renaudiere, 1812.

CASTRO, Amilcar. A natureza da norma de direito internacional privado. *Revista de direito internacional privado*, Belo Horizonte, v. 2, p. 69-85, 1950. Disponível em: <https://www.direito.ufmg.br/revista/index.php/revista/article/view/498>. Acesso em: 9 fev. 2021.

CHEVALLIER, Jacques. *O serviço público*. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

DEWEY, John. Logical method and law. *Cornell Law Review*, v. 10, p. 17-27, dez. 1924. Disponível em: <http://scholarship.law.cornell.edu/clr/vol10/iss1/2>. Acesso em: 2 fev. 2021.

DEWEY, John. Mi filosofía de derecho. *Revista de Derecho Privado*, n. 24, p. 337-343, jan./jun. 2013. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/343917>. Acesso em: 3 fev. 2021.

DICEY, Albert Venn. *Introduction to the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund., 1982.

DIMOULIS, Dimitri. *Manual de introdução ao estudo do Direito*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tercio Sampaio. *Introdução ao estudo do Direito: técnica, decisão e dominação*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2018. *E-book*.

GIANNINI, Massimo Severo. Profili storici della scienza del diritto amministrativo. *Quaderno fiorentino per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milão: Giuffrè, n. 2, p. 179-274, 1973.

GOODNOW, Frank Johnson. *Comparative administrative law: an analysis of the administrative systems national and local, of the United States, England, France and Germany*. v. 1. v. 2. Nova Iorque: G. P. Putnam's Sons, 1903.

GORDILLO, Agustín A. *Tratado de derecho administrativo: parte geral*. 2. ed. t. 1. Buenos Aires: Macchi, 1994.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

LABAND, Paul. *Le droit public de empire allemand*. Tradução de C. Gandilhon. v. 1. Paris: V. Giard & E. Brière, 1900.

LAFERRIÈRE, M. F. *Cours de droit public et administratif*. 12. ed. Paris: Joubert, 1841.

LUHMANN, Niklas. *O direito da sociedade*. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

MEDAUAR, Odete. *O direito administrativo em evolução*. 3. ed. Brasília: Gazeta Jurídica, 2017.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 42. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

MELLO, Oswaldo Aranha Bandeira de. Evolução científica do direito administrativo. *Revista de Direito Administrativo*, São Paulo, v. 83, p. 1966, 31-1. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/27949>. Acesso em: 10 fev. 2021.

MEUCCI, Lorenzo. *Instituzioni di diritto amministrativo*. 3. ed. Torino: Fratelli Bocca, 1892.

REGO, Vicente Pereira do. *Elementos de direito administrativo brasileiro*. 2. ed. Recife: Typographia Commercial de Geraldo Henrique de Mira & C, 1860.

SOUSA, Paulino José Soares de (Visconde do Uruguay). *Ensaio sobre o direito administrativo*. v. 1. Rio de Janeiro: Typographia Nacional, 1862.

WARAT, Luis Alberto. *A definição jurídica: suas técnicas*. Porto Alegre: Atrium, 1977.

WARAT, Luis Alberto. *Introdução geral ao Direito II: a epistemologia jurídica da modernidade*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.



LA DIGNIDAD HUMANA COMO FUNDAMENTO DEL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Los fundamentos del orden político y la paz social; **3.** Breves notas comparadas; **4.** Dignidad y persona; **5.** El respeto a la ley y a los derechos de los demás; **6.** Fundamentos, principios, valores; **7.** Sobre el orden político y la paz social; **8.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

El artículo 10.1 de la Constitución de 1978 es el precepto en el que encontramos la referencia central a la dignidad humana como fundamento, junto al libre desarrollo de la personalidad, los derechos inviolables inherentes y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, como fundamentos del orden político y la paz social. Además, y, sobre todo, en el preámbulo aparece la dignidad como uno de los objetivos constitucionales, el cuarto: “promover el progreso de la cultura y la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida”.

Estas menciones de la dignidad en el preámbulo y en el artículo 10.1 ponen de manifiesta la relevancia del acuerdo constitucional en esta cuestión, algo que debe ser registrado y valorado en sus justos términos. En efecto, en la historia de un país hay hi-

¹ Catedrático de derecho administrativo. Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

tos históricos que contribuyen a conformar los rasgos de la ciudadanía política de sus habitantes. Olvidarlos, desvirtuar su sentido, o convertirlos en un tópico inerte, afecta de manera inmediata a nuestra propia identidad de ciudadanos. Por eso no es ocioso, sino un saludable ejercicio político recordar que el 6 de diciembre de 1978 se abrió para España, para todos los españoles, un esperanzador panorama de libertad, de justicia, de igualdad y de pluralismo político. Recordar esta fecha es reconsiderar el valor de estos preciados bienes, lamentar su ausencia en tantos años de nuestra historia, rememorar el esfuerzo de su consecución y reafirmar nuestro compromiso de preservarlos y enriquecerlos.

La Constitución es producto del constituyente, y no podemos por menos de ponderar la prudencia y el sentido de Estado del que en 1978 redactó nuestra norma suprema, por encima de discrepancias ideológicas y de divergencias políticas. Pero la Constitución surge, sobre todo, de la propia sociedad para organizar los poderes del Estado. Es la propia sociedad quien tiene un sentido de la organización de la vida de la comunidad, y una valoración tácita de los bienes que deben ser protegidos y de las prioridades que deben ser asumidas. El acierto del constituyente consiste en percibir esas valoraciones y en sistematizar su contenido. El éxito de nuestro proceso constitucional fue en realidad un cúmulo de aciertos en el que todos participaron.

Como ya se indicaba en el artículo 16 de la declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, “toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de los poderes carece de Constitución”. De algún modo están aquí implícitos los que considero los dos fines fundamentales de la política, la libertad de los ciudadanos – expresada en este caso en la garantía de sus derechos – y la participación, expresada aquí –limitadamente – como participación en el poder político.

Precisamente, las bases del concepto liberal y moderno de constitución se fundamentan en el reconocimiento y garantía de la libertad del ciudadano frente al poder político a través de una serie de principios y técnicas, destacando la centralidad de la dignidad humana y, por ende, el respeto a los derechos fundamentales y el reconocimiento de la división de poderes.

Este espíritu de consenso se puso particularmente de manifiesto en la elaboración de nuestro Acuerdo Constitucional. Muchos de los lectores seguramente recordarán con admiración la capacidad política, la altura de miras y la generosidad que presidió todo el proceso de elaboración de nuestra constitución de 1978. Una vez más se cumplió la máxima de Dahlmann: “En todas las empresas humanas, si existe un acuerdo respecto a su fin, la posibilidad de realizarlas es cosa secundaria [...]”. Hoy, gracias al tesón y al esfuerzo de aquellos españoles que hicieron posible la Constitución, la consolidación de las libertades y el compromiso con los derechos humanos son una inequívoca realidad entre nosotros por

más que en algunos momentos se baje el nivel o, desde la cúpula, como ahora acontece, se fuerce la Constitución para que diga lo que no dice pero que conviene al poder establecido.

En este sentido, ¿cuál es la herencia entregada en aquel momento constituyente, cual es el legado constitucional? Un amplio espacio de acuerdo, de consenso, de superación de posiciones encontradas, de búsqueda de soluciones, de tolerancia, de apertura a la realidad, de capacidad real para el diálogo que, hoy como ayer, siguen fundamentando nuestra convivencia democrática.

Este espíritu al que me refiero -de pacto, de acuerdo, de diálogo, de búsqueda de soluciones a los problemas reales- aparece cuando de verdad se piensa en los problemas de las personas, cuando detrás de las decisiones que hayan de adoptarse aparecen las necesidades, los anhelos y las aspiraciones legítimas de los ciudadanos. Por eso, cuando las personas son la referencia para la solución de los problemas, entonces se dan las condiciones que hicieron posible la Constitución de 1978: la mentalidad dialogante, la atención al contexto, el pensamiento compatible y reflexivo, la búsqueda continua de puntos de confluencia y la capacidad de conciliar y de escuchar a los demás. Y, lo que es más importante, la generosidad para superar las posiciones divergentes y la disposición para comenzar a trabajar juntos por la justicia, la libertad y la seguridad desde un marco de respeto a todas las ideas bajo el paraguas de la centralidad de la dignidad humana. Cuando se trabaja teniendo presente la magnitud de la empresa y desde la tolerancia cobra especial relieve el proverbio portugués que reza “el valor crea vencedores, la concordia crea invencibles”. Es anecdótico lo que voy a decir, pero la misma razón puede encontrarse en aquella cantinela – “el pueblo unido jamás será vencido” – tan repetida en el período constitucional. Podremos disentir en no pocas de las cuestiones que nos afectan a diario. Pero habremos de permanecer unidos en la absoluta prioridad de los valores que nuestra Constitución proclama.

En estos valores, entre los que se encuentra la digna calidad de vida, se halla la sustancia constitucional que nos interesa. Donde reside el espíritu constitucional, el centro de donde procede el dinamismo y las virtualidades de la Constitución, es en ese conjunto de valores o de pautas, recogidos tanto en el preámbulo como en el articulado, que dan sentido a todo el texto constitucional y que deben impregnar el régimen jurídico y el orden social colectivo, es decir, se trata de las directrices que deben guiar nuestra vida política, no sólo la de los partidos, la de todos los españoles, nuestra vida cívica.

“Promover el progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida” es precisamente el cuarto y penúltimo de los objetivos a que se refiere el Constituyente en el preámbulo constitucional. Se trata de un objetivo o mandato constitucional que nos ofrece una perspectiva de equilibrio e integración, porque plantea que la calidad de vida también se refiere, además de al elemento económico, como no, al

aspecto cultural, ya que no podemos olvidar que la dimensión cultural es un ingrediente básico del “libre desarrollo de la personalidad” a que se refiere el artículo 10.1 de nuestra Constitución. Es más, como señalara Carducci, “la grandeza duradera y la fuerza fecunda de las naciones estriban en el desarrollo independiente de las ideas humanas y la cultura”. La libertad y la capacidad participativa de los ciudadanos está ligada ineludiblemente a su emancipación económica y a su independencia de criterio.

2. LOS FUNDAMENTOS DEL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL

Como sabemos, la dignidad humana se encuentra recogida especialmente en las Constituciones aprobadas tras la Segunda Guerra Mundial. La Constitución italiana de 1947 dispone en el artículo 3 que todos los ciudadanos tienen la misma dignidad social y son iguales

En todo caso, en España se optó, al contrario que en Alemania, dónde la dignidad es una norma constitucional, por concebirla como fundamento del orden político y la paz social. Nada menos que como fundamento, lo que significa que la dignidad es el asiento sobre el que descansa el orden constitucional y, por ello, la fuente de sus valores y de sus principios.

En el artículo 10.1 constitucional, junto a la dignidad de la persona, también disponen de dimensión fundamental del orden político y de la paz social, los derechos inviolables inherentes a la persona, el libre desarrollo de la personalidad y los derechos de los demás. En puridad, tanto el libre desarrollo de la personalidad, los derechos inherentes a la persona y los derechos de los demás, devienen de la dignidad humana, pues desde ella tienen pleno sentido y funcionalidad.

Efectivamente, la dignidad de la persona y los demás fundamentos del orden político y la paz social se erigen en sustento del orden dogmático constitucional² en cuanto en ellos se condensa la filosofía y los criterios axiológicos a que responde la Constitución³. Además, este precepto constitucional reconoce la consagración de la persona y su dignidad como principio rector del Ordenamiento jurídico español⁴ configurándose propiamente

² PAREJO ALFONSO, Luciano J. *Estado social y administración pública*. Madrid: Civitas, 1983. p. 171.

³ PAREJO ALFONSO, Luciano J. *Estado social y administración pública*. Madrid: Civitas, 1983.

⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid: Thomson Reuters, 2011. p. 80.

como el principio rector supremo del Ordenamiento jurídico⁵ o como el presupuesto ontológico de nuestro régimen constitucional⁶.

Este artículo constitucional, que debió estar en el Título Preliminar y no encabezando el Título I pues tiene, como ha señalado Sánchez Agesta, valor de principio fundamental en cuanto define el contenido del Estado de Derecho⁷. Es decir, aunque formalmente no tenga la mejor ubicación, desde un punto de vista material y sustancial, de acuerdo con el tenor literal de sus términos, al ser el fundamento del Orden constitucional, constituye el supremo canon de interpretación y hermenéutica constitucional, pues informa⁸ e impregna la letra y el espíritu de nuestra Carta Magna.

En este punto es menester recordar que además de fundamentos del orden constitucional, la propia Constitución refiere valores y principios. Los valores en sí mismos, como objetivos constitucionales, como fines a los que debe tender la realización del Ordenamiento constitucional, los encontramos en el preámbulo constitucional. A saber, la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes conforme a un orden económico y social justo, el Estado de Derecho que asegure el imperio de la Ley como expresión de la voluntad general, la protección a los españoles y pueblos de España en el ejercicio de los derechos humanos, sus culturas y tradiciones, lenguas e instituciones; la promoción del progreso de la cultura y de la economía para asegurar a todos una digna calidad de vida, establecer una sociedad democráticamente avanzada y colaborar con el fortalecimiento de unas relaciones pacíficas y de eficaz cooperación entre todos los pueblos de la tierra.

Los valores superiores del Ordenamiento jurídico están en el artículo 1.1 constitucional y son, como sabemos, la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político. Y, los principios jurídicos los tenemos en el artículo 9.3: legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n. 39, p. 195-247, sep./dic. 1983. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 201.

⁶ ESTEBAN ALONSO, Jorge de; GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro. *Curso de derecho constitucional español*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1994. p. 26.

⁷ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Editora Nacional, 1989. p. 88.

⁸ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Editora Nacional, 1989.

En otras palabras, tenemos valores-fines del Orden constitucional, valores superiores del Ordenamiento y principios jurídicos. Todos ellos en el marco de un fundamento que es la dignidad humana, de donde proceden ambos. Por eso, insistimos, por su razón de fundamentalidad, debiera estar en el Título preliminar, no en el Título Primero. Además, la consideración capital de la dignidad humana debiera quedar más clara pues los derechos inherentes de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la ley y a los derechos de los demás, propiamente se derivan de la dignidad humana, de donde manan como el agua de la fuente.

Es verdad, en cualquier caso, que en los artículos 1.1, 9.3 y 10.1, se encuentra la trilogía de los elementos capitales de la Constitución⁹ pero la dignidad humana es real y categóricamente el genuino fundamento del Derecho y del Estado, y, por ende, del Ordenamiento constitucional.

El artículo 10.1 sitúa a la dignidad como fundamento del orden político y la paz social en unión de los derechos inviolables inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de las demás. Sin embargo, a pesar de que se puede decir que dignidad humana, derechos inviolables y libre desarrollo de la personalidad dan fundamento positivo a la libertad individual mientras que respeto a la ley y a los derechos de los demás son límites a la libertad, tienen carácter negativo¹⁰, la dignidad humana tiene un carácter fundante y capital. Veamos.

Los derechos inviolables inherentes, los llamados derechos fundamentales de la persona, sean individuales, sean sociales, devienen, surgen, derivan de la dignidad humana. Igualmente, el libre, y solidario me permito agregar, desarrollo de la personalidad no tiene sentido sino a partir de la dignidad humana. En la medida en que la dignidad humana es más perceptible, y más realizable, en esa medida el libre y solidario desarrollo de la personalidad será posible. El respeto a la ley es el respeto a la ley acorde a la dignidad humana pues una ley contraria a la dignidad humana, por no ser ley en sentido material, no obliga en conciencia. Y el respeto a los derechos de los demás es debido en cuanto que los demás tienen dignidad, son seres humanos y, por ello, sus derechos deben ser respetadas.

Es verdad que la dignidad humana es el primero de los fundamentos del orden político y la paz social y que pudiera interpretarse que esa posición central le confiere una naturaleza especial de tal modo que los otros fundamentos fueran manifestaciones o

⁹ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. p. 186.

¹⁰ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

consecuencias del reconocimiento de la dignidad¹¹, pero lo cierto y verdad, tal y como está redactado el precepto, es que los cinco fundamentos tienen tal carácter. De ahí, que en una eventual reforma de la Constitución tal cuestión quedara aclarada, lo que no debiera ofrecer mayores problemas por su racionalidad y lógica.

En efecto, los derechos inviolables inherentes a la persona lo son propiamente en razón a su dignidad. Afirmación que, aunque no precisaría de mayores comentarios, ha sido ratificada, por ejemplo, por el Tribunal Constitucional del Reino de España, en una temprana sentencia de 2 de diciembre de 1988 en relación con los derechos fundamentales a la imagen y a la intimidad personal y familiar, que son “derivados sin duda de la dignidad de la persona que reconoce el artículo 10.1 CE”.

Esta relevancia, centralidad o capitalidad más bien, de la dignidad humana que parece traslucir el artículo 10.1 constitucional se pone de relieve en la sentencia del Tribunal Constitucional español de 23 de noviembre de 1984 cuando, tratando sobre igualdad entre españoles y extranjeros en materia de derechos inherentes a la persona, señala que estos derechos, entre los que cita el derecho a la vida, a la integridad física y moral, a la intimidad, a la libertad ideológica, “son imprescindibles para la garantía de la dignidad humana que, conforme al artículo 10.1 de nuestra Constitución, constituye fundamento del orden político y social”.

Dos comentarios a esta sentencia. Primero, sin el reconocimiento de los derechos inviolables inherentes a la persona, no se puede garantizar la dignidad, que, por ello, adquiere la condición de fundamento. Segundo, el propio Tribunal Constitucional al referirse al fundamento lo sitúa en la dignidad humana sin apelaciones a los otros “fundamentos” que se encuentran también en el artículo 10.1 constitucional.

En Alemania, como sabemos, el artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn dispone que “la dignidad de la persona es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público. El pueblo alemán se identifica, por lo tanto, con los inviolables e inalienables derechos del hombre como fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo”.

El Constituyente alemán de Bonn tenía muy claro, por obvias razones, 1949, que la dignidad humana debía ser inviolable, intangible y que, frente a posibles agresiones o lesiones del exterior, también del interior, los poderes públicos deberían respetarla y, en caso de intervención o injerencia, protegerla. A renglón seguido, tras la declaración de la fundamentalidad de la dignidad, el precepto señala que, por lo tanto, porque la dignidad

¹¹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 42.

es intangible, intocable, inalienable, inviolable, los derechos inviolables e inalienables, que devienen de la dignidad, son fundamento de toda comunidad humana, de la paz y de la justicia en el mundo.

3. BREVES NOTAS COMPARADAS

La Constitución alemana precisa en el artículo 2.1, al inicio de la lista de los derechos fundamentales, que “todos tienen derecho al libre desenvolvimiento de su personalidad siempre que no vulneren los derechos de otro ni atenten al orden constitucional o la ley moral”. Es decir, el libre desarrollo de la personalidad es el primer derecho fundamental y por esa razón es fundamento del orden constitucional pues el artículo 1 establece que los derechos inviolables son fundamento de toda comunidad humana. Y este derecho fundamental encuentra su límite en los derechos de los demás y en el orden constitucional y la ley moral.

La Constitución española, en este punto, debió haber dotado a la dignidad de la condición de fundamento del orden constitucional en solitario por las razones antedichas. En cualquier caso, como ha señalado Von Münch, colocar a la dignidad humana en lugar destacado en ambas Constituciones constituye un punto en común entre ambas pues, en el caso alemán, tal ubicación y caracterización permite afirmar la condición de “principio supremo de la Constitución”, “valor jurídico del orden constitucional” dominando así todos los preceptos de la Constitución y también, por supuesto, de informador de la jurisprudencia¹².

La Constitución portuguesa vigente dispone en su artículo 1, en sede de Principios fundamentales, que “Portugal es una República soberana basada en la dignidad de la persona humana y en la voluntad popular y empeñada en la transformación en una sociedad libre, justa y solidaria”. La dignidad como fundamento del Estado. Una fórmula que bien pudo haber seguido el Constituyente español para evitar algunos equívocos y que debió haber situado también entre sus primeros preceptos, por supuesto en el Título Preliminar.

Los derechos inviolables inherentes, que obviamente traen causa de la dignidad humana, están, por ello, íntimamente a ella conectados. Hasta el punto de que son precisamente inviolables e inherentes a la persona por la misma condición personal. Son derechos inviolables y su respeto es obligado, especialmente en lo atinente a su contenido esencial, en todo caso para poderes públicos y ciudadanos.

¹² VON MUNCH, Ingo. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n. 5, p. 9-33, mayo/ago. 1982. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/249976.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 9 y ss.

En todo caso, el hecho de que los derechos inviolables inherentes a la persona estén en el artículo 10.1CE a la misma altura que la dignidad, nada menos que como fundamentos del orden político y de la paz social, se explica, como ha señalado Fernández Segado, porque son la resultante obligada de la primacía del valor constitucional último, la dignidad de la persona humana.

Cuales sean esos derechos inviolables inherentes a la persona es cuestión que a nuestro parecer debe resolverse, no desde la perspectiva formal, sino desde un punto de vista sustancial. Esos derechos son, más allá de los fundamentales recogidos en la sección primera del capítulo segundo del título primero, los derechos inviolables inherentes son los derechos necesarios e imprescindibles para el despliegue de la dignidad humana, aquellos que son necesarios para que una persona pueda vivir en unas mínimas condiciones de dignidad.

En este punto debemos traer a colación el concepto esgrimido por el Tribunal Constitucional en la sentencia de 27 de junio de 1990 de *mínimum invulnerable* que todo estatuto jurídico debe respetar puesto como razona en ese mismo fallo el supremo intérprete del orden constitucional el artículo 10.1 no significa ni que todo derecho le sea inherente a la persona – y por ello inviolable – ni que los que se califican como fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad.

4. DIGNIDAD Y PERSONA

Así, las cosas, la relación entre dignidad y persona es tal magnitud que parece que la referencia al libre desarrollo de la personalidad ayuda sobremanera a conocer cuáles son los derechos inviolables inherentes. Aquellos que permiten el libre y solidario, me permito agregar, desarrollo de la personalidad. Pero que ello así no justifica que tal libre desarrollo de la personalidad deba ser elevado nada menos que a la categoría de fundamento del orden político y la paz social.

El problema del concepto de personalidad, polémico donde los haya, es relevante para determinar desde que momento la persona dispone de los derechos inviolables inherentes. Una vez superada la perspectiva civilista del Código Civil que anuda el nacimiento a la personalidad, hemos de concluir que en un Estado social y democrático de derecho la dignidad del ser humano se tiene desde el instante de la concepción pues, tal y como demuestra la ciencia, ya entonces hay ADN y por ende la personalidad propia del individuo está marcada. Si a ello agregamos que, efectivamente, en un Estado social los Poderes públicos deben promover condiciones para el ser humano se desarrolle libre y solidaria-

mente, desde la concepción al nacimiento es probablemente el período de tiempo en el que el ser humano es más frágil y vulnerable por lo que la necesidad de protección y defensa es de mayor intensidad.

En otras palabras, la persona es digna desde el inicio de la vida, que se produce a partir de la concepción si es que nos atenemos a criterios científicos. Es decir, la persona tiene la dignidad desde el comienzo de la vida. Y si la dignidad, como es obvio, está vinculada a la personalidad, la persona existe desde que hay vida, y por ello, dignidad

Afirmar con base en la Constitución, en el artículo 15 y en el Título Preliminar y en los demás preceptos que existe un derecho humano a impedir que un ser concebido y no nacido llegue a nacer es, desde luego, profundamente inconstitucional y severamente antisocial. Sobre todo, porque el nasciturus, el concebido no nacido, el embrión, es, insisto, quien más protección precisa pues como brillantemente ha sostenido Lucas Verdú, posee dignidad en cuanto creación humana que es preciso respetar y proteger¹³.

La persona por el hecho de serlo es digna desde el instante de su concepción. Esa dignidad que acompaña el itinerario del ser humano hasta incluso después de su fallecimiento permanece inviolable en todos los estados de su desarrollo. El libre y solidario desarrollo de su personalidad, que se va forjando en el transcurso del tiempo, es más intenso en la medida en que se van realizando todos y cada uno de los derechos inviolables inherentes. Por eso, la lesión de estos derechos entraña no solo una agresión al libre y solidario desarrollo de la personalidad sino también, y, sobre todo, una afrenta a la propia personalidad misma y, por ende, a la dignidad. En el caso del derecho a la vida especialmente, pues como bien razona Alegre Martínez, su vulneración en cualquier momento del ciclo vital de la persona truncará la personalidad, tanto estática como dinámicamente considerada.¹⁴

El libre y solidario desarrollo de la personalidad, que se perfecciona con el ejercicio de los derechos inviolables inherentes que traen causa de la dignidad, es una tarea que involucra a la persona misma en primer lugar pero que tiene al Estado y a la Sociedad como sus principales valedores en caso de que no se den las condiciones mínimas que permitan su despliegue razonable.

Por otra parte, no conviene olvidar otra relación que existe entre los derechos inviolables e inherentes, los derechos humanos, y el libre y solidario desarrollo de la persona: el

¹³ LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

¹⁴ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 49.

sentido de estos derechos no es otro que el desenvolvimiento integral de la personalidad. La causa del libre y solidario desarrollo de la personalidad reside en la dignidad que se realiza dinámicamente a través de los derechos inviolables inherentes, a través de los denominados derechos humanos.

Por tanto, el libre y solidario desarrollo de la personalidad se realiza y se modula en el ejercicio concreto de cada uno de los derechos humanos, de los derechos fundamentales de la persona. En efecto, el crecimiento en personalidad, en la condición de persona, está en proporción directa a la intensidad del ejercicio de cada derecho inviolable inherente. Se es más persona, se crece en humanidad, en la medida en que se ejercen todos y cada uno de los derechos fundamentales.

En este sentido, los derechos inviolables inherentes a la persona debido a su dignidad son aquellos derechos cuya vulneración atente contra la personalidad o contra su libre y solidario desarrollo¹⁵. Concepción que, desde luego, trasciende la perspectiva formal de una lista enumerada en un Constitución como puede ser la establecida en la sección primera del capítulo segundo del título primero de la Constitución¹⁶ pues los derechos fundamentales son los que son, los inviolables inherentes a la persona en cuanto derivaciones esenciales de la dignidad humana. Si están reconocidos en la Constitución, mejor, pero si no lo están o solo en parte, no por ello dejan de ser derechos fundamentales.

El problema reside en que las Constituciones establecen para la protección de los derechos reconocidos como fundamentales en su articulado regímenes preferentes y sumarios, lo que plantea el problema de la defensa de aquellos derechos que siendo fundamentales no están como tales reconocidos en la Carta Magna. Es el caso en España por ejemplo de los denominados derechos sociales fundamentales¹⁷ pues lo cierto y verdad es que en casi todos los regímenes políticos los llamados derechos civiles y políticos están consagrados con sistemas de protección judicial reforzados.

¹⁵ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 51.

¹⁶ Vid. in toto: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales: administrative law and fundamental social rights. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 259-268, 2021. DOI: 10.48143/rdai/01.jram. Disponible en: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/91>. Acceso en: 16 out. 2023. p. 216.

¹⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales: administrative law and fundamental social rights. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 259-268, 2021. DOI: 10.48143/rdai/01.jram. Disponible en: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/91>. v 16 out. 2023.

5. EL RESPETO A LA LEY Y A LOS DERECHOS DE LOS DEMÁS

Otro de los fundamentos del orden político y la paz social según el artículo 10.1 constitucional se refiere al “respeto a la ley y a los derechos de los demás”. Una fórmula que es redundante¹⁸ pues el preámbulo constitucional señala como objetivos constitucionales “garantizar la convivencia democrática dentro de la Constitución y de las leyes [...]” y “consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular”. Y en la propia Constitución, artículo 1.1 se proclama que España es un Estado social y democrático de Derecho que propugna como uno de los valores superiores de su ordenamiento jurídico la justicia; en el artículo 9.1 se señala que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico y, por si fuera poco, el artículo 9.3 cita como el primero de los principios jurídicos constitucionales el principio de legalidad.

Para Alegre Martínez, sin embargo, la necesidad de incluir entre los fundamentos del orden político y la paz social el respeto a la ley y a los derechos de los demás se justifica en atención a que tal formulación viene a completar el reconocimiento constitucional de la dignidad humana¹⁹. Sin embargo, lo razonable hubiera sido, de ser imprescindible, que quizás no lo fuera que la referencia a la dignidad se completase en este sentido.

Una cuestión que plantea concebir la dignidad con pleno respeto a los derechos de los demás alude a la dimensión limitada de los derechos. Pues bien, la dignidad humana es intangible e inviolable y los derechos inherentes, calificados como inviolables, disponen de un núcleo esencial, de un contenido esencial, que es indisponible para poderes públicos y privados. Se trata, es verdad, de un tema polémico en tiempos en los que el mercadeo y transacción a que se somete la dignidad humana a diario confirma la profunda crisis moral en la que nos encontramos desde hace ya un buen número de años de la que saldremos si convenimos en que la dignidad humana, como fundamento que es del Estado y del mismo Derecho, es el valor de los valores y, como tal, debe ser respetado y protegidos por poderes públicos e instituciones sociales.

¹⁸ Innecesaria la referencia al respeto a la ley según el entonces diputado Peces-Barba por estar presente en el artículo 9.1CE. Y el respeto a los derechos de los demás porque ello va de suyo en el ejercicio de los derechos habida cuenta de la alteridad de las normas jurídicas (Intervención de: PECES-BARBA, Gregorio. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/C_1978_068.PDF. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 2393 y ss

¹⁹ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 53.

Los derechos fundamentales, salvando su contenido esencial, claro que se pueden limitar. Por una parte, existen deberes y obligaciones que constituyen el envés de los derechos. Por otra, la existencia de límites en determinados casos, que deben estar debidamente justificados en razones de interés general, no hace más que facilitar un mejor ejercicio de los derechos. La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos declaró en 1948, artículo 29, que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que solo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad” y que “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley y con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

Es verdad que los derechos de los demás son un claro límite, como anteriormente señalamos, al ejercicio de los derechos propios, por lo que éstos encuentran un límite en los derechos ajenos, exigencia y expresión de la dignidad ajena²⁰.

La cuestión de los límites de los derechos fundamentales es crucial para comprender el sentido y funcionalidad de la dignidad humana. En este sentido, tenemos que partir de que el primero y principal de los derechos humanos, el derecho a la vida, que es el derecho en el que la dignidad se muestra con mayor intensidad, es un derecho realmente inviolable, intangible, indisponible. Los demás pueden ser objeto de límites, pero el derecho a la vida, incondicional donde los haya, debe ser protegido, defendido y promovido en toda circunstancia. En el resto de los casos, como ya advertimos con anterioridad, las limitaciones a que puedan someterse en todo caso deben respetar el contenido esencial, ese mínimo de invulnerabilidad, que es precisamente el recinto sacrosanto en el que descansa la esencia de la dignidad humana.

La Constitución española, como es bien conocido, reconoce el derecho a la vida en su artículo 15. España es un Estado social y democrático de Derecho, artículo 1 constitucional. Este modelo de Estado, entre otras características, entraña sistemas avanzados de protección social para los más frágiles y vulnerables. El artículo 10.1 de nuestra Carta Magna, artículo 10.1 señala, recordamos, que la dignidad humana, los derechos inviolables e inherentes a la persona y el libre desarrollo de la personalidad son fundamentos del orden político y la paz social. En este contexto, afirmar que la Constitución reconoce que la mujer tiene un derecho fundamental a impedir que el concebido no nacido puede llegar a este mundo es, lisa y llanamente, profundamente inconstitucional y radicalmente insolidario. Por eso, el denominado Tribunal Constitucional que nos ha tocado en desgracia, ni es un Tribunal ni defiende la Constitución. Más bien, se ha convertido en este tiempo en una

²⁰ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 54.

correa de transmisión de determinados postulados ideológicos que se tratan de imponer aprovechando la creciente politización en la que viven hoy tantas de nuestras instituciones.

Los valores y los principios son bien importantes. Es más, cuando se olvidan o se conculcan, tarde o temprano las cosas se complican tal y como la historia constata tozudamente. Uno de los valores principales, y princípiates, de la convivencia humana es el derecho a la vida, el primero y más fundamental de los derechos humanos. En efecto, el respeto al derecho a la vida, en cualquiera de sus manifestaciones, es una exigencia del Estado de Derecho. Es un derecho que hay que proteger en todos sus momentos, en potencia y en acto, en todas las latitudes y en todas las condiciones sociales. Además, en tiempos en los que, al menos en esta vieja y enferma Europa, hay problemas de recambio generacional, es cada vez más relevante, también como política pública responsable, fomentar y facilitar la llegada de nuevos seres humanos, tarea de indudable interés social y relevancia pública que hasta reconocen quienes, con la otra mano, defienden el “derecho” a impedir que nazcan seres humanos.

Pues bien, precisamente ahora que se tiene mayor conciencia de la dignidad del ser humano y de la imperiosa y elemental necesidad de proteger a los débiles y los inocentes de la dictadura de los fuertes y los poderosos, el valor del derecho a la vida cobra un especial protagonismo. Su carácter indisponible e incondicional no es consecuencia de *aprioris*, prejuicios o apreciaciones externas de orden metafísico o religioso, sino que es la premisa y el aserto fundamental de la vida social. Es más, el reconocimiento de este presupuesto básico, del derecho a la vida como valor indisponible e incondicional, es la medida de todas las valoraciones éticas y morales. Si admitimos una ética, por ejemplo, que deja al arbitrio humano una vida humana inocente, entonces estaríamos quebrando tal premisa o principio de argumentación. Por eso, quien deja el rechazo a matar al vaivén del debate saca del suelo las raíces de nuestra orientación moral para examinar si esas raíces se conservan sanas. En otras palabras, hay cuestiones, entre las que está en primer lugar el derecho a la vida que, por ser fundamento y basamento del orden social y jurídico, no admiten condicionamiento ni límite. Por eso el aborto es, en sí mismo, la más radical negación del principio basilar de la convivencia humana, porque entraña la muerte de un ser humano en estado embrionario, que está en curso de ser un miembro de la estirpe humana. Un Estado solidario es un Estado que es capaz de articular políticas públicas sociales que faciliten y ayuden sería y comprometidamente a todas las futuras madres para que ninguna razón económica y social pueda impedir la llegada de nuevos seres humanos a este mundo.

La vida humana tiene un valor absoluto. ¿O es que tiene algún sentido que ahora, a estas alturas de la historia, con lo que hemos visto y vivido en varios siglos, en aras de la “relatividad”, se autorice bajo ciertas condiciones la esclavitud, la tortura o el sexo con menores de edad, por ejemplo? El derecho a la vida de todos los seres humanos, de los que están en camino al ser, de lo que son, y de los que están a punto de dejar de ser, es una

garantía de que todos somos iguales ante la ley. Si empezamos a introducir excepciones, entonces abrimos la puerta a la desigualdad y de alguna manera justificamos la dictadura de los fuertes sobre los más débiles. Volvemos a la ley de la selva y hasta autorizamos que la medicina olvide sus raíces como ciencia para la curación de las enfermedades.

En el tiempo en que vivimos, de tanta fractura entre lo que se dice y lo que se hace, cobra especial importancia aquello que Pellegrino señalaba en relación con la ejemplaridad en el ejercicio de la medicina: “Aunque una sociedad pueda ir al precipicio, los hombres virtuosos serán siempre el norte que señala la vuelta a la sensibilidad moral; los médicos virtuosos son la guía que muestra el camino de regreso a la credibilidad moral para toda la profesión médica”. Que los médicos defiendan el derecho a la vida para todos es crucial para la recuperación de los valores morales. Unos valores que ni son negociables ni disponibles por la sencilla razón de que son propios de la dignidad del ser humano, dignidad que es inherente a la condición personal. Son los que son: los de ayer, los de hoy y los de mañana, los que caracterizan la dignidad inalienable del ser humano.

El respeto a la ley y a los derechos de los demás son, como hemos señalado, una consecuencia necesaria de la dignidad humana, que sería, para entender cabalmente el artículo 10.1CE el fundamento de los fundamentos, pues los otros expuestos en este precepto son, en definitiva, corolarios de la propia dignidad humana. En este sentido, la dignidad de la persona es la base del Derecho. Como el Estado de Derecho va más allá de la sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución y al resto del Ordenamiento jurídico, pues como dice Sánchez Agesta, el ordenamiento jurídico debe realizar lo que es adecuado para que la persona tenga su plena dignidad y pueda desarrollar libremente, y solidariamente agregamos nosotros, su personalidad²¹.

6. FUNDAMENTOS, PRINCIPIOS, VALORES

El artículo 10.1 CE se refiere a fundamentos, el 1.1 a valores superiores y el 9.3 a principios. A simple vista pudiera parecer que la diferencia entre fundamentos, valores y principios no es tan relevante, pero si examinamos lo que dice el diccionario de la Real Academia de la Lengua, entonces la cuestión no es tan pacífica.

Fundamento tiene varias acepciones, pero nos interesa sobremanera la primera. Es principio, cimiento en que estriba y sobre el que se apoya una cosa. Fundamento como

²¹ SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Editora Nacional, 1989. p. 91.

asiento, basamento sobre el que descansa, en este caso el orden político y la paz social, es decir el Estado y el Derecho. En este sentido, el fundamento en sentido propio es la dignidad humana, mientras que el libre desarrollo de la personalidad, el respeto al derecho de los demás y de la ley, o los derechos inviolables inherentes, son como hemos demostrado, consecuencias, corolario, derivaciones de la dignidad humana.

Principio en el Diccionario panhispánico del español jurídico es axioma que plasma una determinada valoración de justicia constituida por doctrina o aforismos que gozan de general y constante aceptación. Es decir, los principios del artículo 9.3 constitucional habría que entenderlos en esta línea, de manera que son concreciones de los valores.

El término valor tiene muchas acepciones. La que a nosotros más nos interesa hace referencia al grado de utilidad o aptitud de las cosas para satisfacer las necesidades o proporcionar bienestar o deleite. En este sentido, los valores superiores del ordenamiento como aptitudes para satisfacer las necesidades de un Estado social y democrático de Derecho apuntan a la libertad, a la justicia, a la igualdad y al pluralismo político.

Garrido Falla es consciente que no es sencillo distinguir entre valores superiores del ordenamiento jurídico y fundamentos del orden político y de la paz social. Incluso en su momento se mostró partidario de que fundamentos y valores se refundieran pues lo que tienen en común es la referencia a valores anteriores a la Constitución misma; que esta no otorga, sino que reconoce, porque derivan de la concepción misma de la persona humana que compartían los redactores constitucionales²².

En puridad, los valores superiores del ordenamiento jurídico traen causa de la dignidad humana y, obviamente, ésta se fortalece con mayores cotas de libertad, justicia, igualdad y pluralismo político. Y, en sentido contrario, cuando no hay condiciones para la libertad, la justicia, la igualdad o el pluralismo político, puede decirse que es imposible, o muy complejo, que la dignidad humana se realice²³.

El reconocimiento constitucional de los fundamentos, de los valores y de los principios de nuestro sistema político significa que disponen, por su inserción en la Carta Magna, de fuerza normativa. En este sentido, como ha sentado el Tribunal Constitucional, son mandatos jurídicos objetivos de valor relevante tal y como ha señalado la sentencia de 4 de julio de 1991. En este sentido, los fundamentos, los valores y los principios tienen carácter de normas constitucionales que deben impregnar y presidir la legislación general y administrativa. Los fundamentos son resultado del Pacto Constitucional, pero son previos al Derecho y al Estado precisamente porque dan sentido, apoyo y plenitud a ambos.

²² GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. p. 186.

²³ FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992. p. 163.

El profesor Garrido Falla era partidario de integrar valores y fundamentos pues lo que tienen en común es la referencia a valores anteriores a la Constitución que ésta no otorga, sino que reconoce pues derivan de la concepción misma de la persona humana que compartían los redactores constitucionales²⁴. Los principios del artículo 9.3, sin embargo, derivación de los valores del 10.1 constitucional son diseñados por la dogmática jurídica y, por tanto, no son anteriores a la Constitución como los fundamentos o los valores superiores del ordenamiento jurídico²⁵.

El problema de situar el fundamento de los valores superiores en el pacto²⁶ tiene un no pequeño problema que no es fácil de resolver pues la historia muestra períodos de tiempo en los que no es ni sencillo identificar con claridad el precepto en cuestiones complejas, ni es fácil la tarea de la ponderación en estos supuestos. Por eso, lo más razonable es fundarlos en la dignidad humana sobre la que sí que es menester acordar que es el fundamento de los valores superiores del Ordenamiento y del mismo Estado. Es más, como sostiene Peces-Barba, los valores superiores no se fundan solo en el acuerdo entre los ciudadanos, sino que ese acuerdo recibe una determinada concepción moral o axiológica, que se perfila y realiza en la historia moderna²⁷. Y tal dimensión ética y moral atiende a su condición de fin del Ordenamiento y del Estado.

En este punto, también es menester traer a colación, como ya comentamos con anterioridad, el mismo preámbulo constitucional pues no es baladí que el fin último del Estado social y democrático sea precisamente el bien de cuantos integran la nación española, es decir, el bien de todas y cada una de las personas que habitan en España. Tal expresión del preámbulo obviamente nos remite a la persona, a la vida humana en sí misma considerada²⁸ ya que no de otra forma podría interpretarse esta referencia constitucional.

Por tanto, desde una lectura integral del preámbulo y del artículo 10.1 constitucional, la dignidad humana, como cabeza de los fundamentos del orden político y la paz social, es el basamento axiológico, ético y moral que otorga legitimidad y sentido a la Norma fundamental y, a la vez y por ello, estructura la totalidad del orden constitucional material dada

²⁴ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985. p. 186.

²⁵ GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

²⁶ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 43.

²⁷ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 67.

²⁸ PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad Complutense, 1994. p. 86-88.

la ubicación del precepto²⁹. Si, además, hubiera sido, como en la Constitución alemana, una norma, entonces probablemente el grado de protección hubiera sido el que disfruta en el Ordenamiento constitucional germánico.

La noción de dignidad de la persona en un Estado social y democrático de Derecho está inseparablemente unida a la dimensión social. Por eso desde hace tiempo vengo trabajando la idea de la libertad solidaria³⁰ y por eso me refiero al libre y solidario desarrollo de la persona como uno de los fundamentos del orden político y la paz social. Es decir, se trata de una persona que desarrolla libremente su personalidad en la comunicación y colaboración solidaria con el todo social al que pertenece como parte³¹ que facilita a cada miembro de la comunidad jurídico-política instituida la posibilidad de un desarrollo libre y real de la personalidad³² puesto que la dimensión constitucional de la dignidad refiere a la persona en su dimensión social y no a la persona referida al individuo en abstracto como ente aislado³³.

La posición valorativa o axiológica patrocinada por el profesor Lucas Verdú ayuda a comprender el alcance y sentido de los valores superiores del Ordenamiento a los que agrega la dignidad humana pues es un valor. Aún más, es la norma fundamental (Grundnorm) de nuestro ordenamiento constitucional³⁴. Los valores suponen un plus que debe informar el conjunto del Ordenamiento jurídico que debe ser reconocido en la medida en que todo derecho está constituido por causa del hombre y en este sentido, vivifica, alienta la vigencia de todo Derecho Constitucional positivo si quiere estar en el nivel altísimo del imago hominis³⁵. Es más, criticando las posiciones normativistas o positivistas que entienden nada menos que la Constitución como una norma vacía de contenido, el profesor Lucas Verdú la dignidad humana es contenido esencial de todo derecho y en especial de los derechos fun-

²⁹ PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad Complutense, 1994.

³⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *¿Por qué el centro?: hacia la libertad solidaria*. Santiago de Compostela: Fórum Galicia de Estudios Sociales, 1999.

³¹ PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984. p. 85.

³² PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad Complutense, 1994. p. 86-88.

³³ PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad Complutense, 1994.

³⁴ LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

³⁵ LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

damentales en la medida en que el plus que conlleva es además un plus lógico, ontológico y deontológico de todo el Derecho³⁶.

La dimensión axiológica, necesaria para entender cabalmente la cláusula del Estado social y democrático de Derecho pone de relieve que la sujeción a un sistema de valores trasciende y supera el normativismo positivista positivizando un determinado sentido ético que parte de la centralidad de la dignidad humana. En otras palabras, la dignidad del ser humano es fundamento y referencia central del orden constitucional español, trae causa del artículo 10.1 que a su vez se inspira en el artículo 1 de la Constitución de Bonn y, por ello, ocupa el lugar de cabecera, de primacía del Derecho y del Estado. Sin el reconocimiento y garantía de la dignidad, señala Lucas Verdú brillantemente, los derechos humanos se desdignifican, de desnaturalizan se desesencializan y decaen en una visión positivista, incapaz de interpretar correctamente este principio básico de la fundamentalidad de la misma dignidad³⁷.

La dignidad, por tanto, como fundamento y punto de partida y de llega del orden constitucional y del resto del Ordenamiento, impregna, preside y da sentido a todas las normas, pero no desde la perspectiva lógico-trascendental del normativismo o de la teoría pura del Derecho, que se agota en una elevada abstracción, sino fecundando el Derecho concreto puesto que la Constitución no la crea. Más bien, reconoce, garantiza, asegura, defiende, protege y promueve la dignidad humana.

El sistema valorativo, axiológico, diseñado en la Constitución, ¿se circunscribe única y exclusivamente a los valores establecidos en el artículo 1.1 de la Constitución?. La contestación a esta pregunta debe realizarse desde la óptica de la centralidad de la dignidad humana: la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo claro que se derivan de la dignidad del ser humano, al igual, por ejemplo, que la responsabilidad o la solidaridad, por ejemplo. Es decir, los valores superiores son aquellos que se derivan de la dignidad humana y que en su desarrollo dan lugar a los derechos fundamentales de la persona. En este sentido, la opción constitucional del artículo 1.1 es coherente con la fundamentalidad de la dignidad de la persona en cuanto ser racional, por su mantenimiento y su incolumidad a través del ejercicio de los derechos inviolables inherentes³⁸.

³⁶ LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

³⁷ LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

³⁸ ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 62.

Los fundamentos del artículo 10.1 son previos a la Constitución, se expresan en valores, también previos a la Carta Magna. Los principios del artículo 9.3 son principios jurídicos, principios generales del Derecho que se derivan de los valores superiores y que también se asientan o basan sobre la dignidad humana. Por eso, la letra del precepto es clara: la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos. Y por eso, estos principios y otros que también tienen la condición de principios generales de Derecho son principios propios del Estado social y democrático de Derecho que han ido surgiendo con el paso del tiempo con la experiencia jurídica vertida en la jurisprudencia y en la dogmática jurídica a partir de la cláusula del Estado de Derecho.

Entre nosotros, frente a una corriente doctrinal que entiende que los principios del artículo 3 aunque participen de la naturaleza de los valores superiores no tienen dimensión de totalidad, González Pérez considera que la dignidad humana es un principio general del Derecho. Es verdad que la dignidad humana, por así decirlo, en cuanto fundamento, es principio, pues fundamento según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española es principio y cimiento en que estriba y sobre el que se apoya un edificio u otra cosa y, según otra acepción: raíz, principio y origen en que estriba y tiene su mayor fuerza algo no material. Semánticamente, pues, la dignidad humana es, en cuanto fundamento, principio, probablemente el principio de los principios generales del Derecho.

La dignidad humana como principio general del Derecho, el primero y más relevante, tiene según González Pérez, tres dimensiones: principio de Derecho Natural, principio tradicional y principio político en cuanto reconocido por la Constitución como fundamento del orden político³⁹. Como principio de los principios jurídicos tiene una triple función: fundamento del Ordenamiento, orientador de la labor interpretativa y de la función integradora del propio Ordenamiento, además de constituir una norma de conducta que limita el ejercicio de los derechos⁴⁰.

La Constitución, sin embargo, ha dado la condición a la dignidad humana de fundamento y, por eso, desde una perspectiva semántica es el principal principio. Por eso se diferencia de los valores superiores del artículo 10.1, que traen causa de la dignidad y por eso también está a la cabeza de los principios jurídicos. Es más, como ya hemos precisado con anterioridad, la dignidad humana, más allá de su naturaleza filosófica o ética, más allá de su calibre moral, es la expresión perfecta del Derecho, del *ius* puesto que la justicia en

³⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid: Thomson Reuters, 2011. p. 65.

⁴⁰ GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. *La dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid: Thomson Reuters, 2011. p. 86-87.

esencia es la permanente y constante voluntad, como decían los clásicos, de dar a cada uno lo suyo, lo que le corresponde, y la justicia, a la larga, consiste, de una manera o de otra, en devolver, en restaurar la dignidad que ha sido vulnerada, violada, contravenida.

7. SOBRE EL ORDEN POLÍTICO Y LA PAZ SOCIAL

La expresión “fundamento del orden político y la paz social” es, como se sabe, una de las más controvertidas y polémicas del debate constitucional. En efecto, en el Anteproyecto constitucional, al inicio del capítulo segundo (De las libertades públicas) del título segundo (De los derechos y deberes fundamentales), el artículo 13 disponía que “La dignidad, los derechos inviolables de la persona humana y el libre desarrollo de su personalidad, son fundamento del orden político y la paz social, dentro del respeto a la ley y a los derechos de los demás. Formulación, que, con algunos cambios en el orden de los términos, al final resultó el actual artículo 10.1 constitucional.

Es sabido, que junto a una enmienda de supresión presentada por el diputado Fernández de la Mora por entender que no reconocía derecho alguno y que trataba materia no constitucional, las propuestas de modificación presentadas, que no eran sustanciales, “sirvieron para que en el debate ulterior en la Comisión quedaran patentes las distintas inspiraciones ideológicas de los grupos intervinientes, aunque también su profunda voluntad de consenso, que terminó por prevalecer”.⁴¹

Concluido el Informe de la Ponencia constitucional del Congreso, el texto del artículo 13 para al artículo 10 con una redacción similar en la que solo se aprecian algunos cambios en las palabras con la formulación que será ya definitiva. Las dos tendencias en liza, como es bien sabido, estaban representadas, por un lado, por los diputados Herrero y Rodríguez Miñón y Fraga Iribarne que se decantó por una visión propia de la Teoría del Estado y la articulación de los poderes, con una remisión genérica a las Normas Internacionales sobre la materia. Por el otro lado, los socialistas y comunistas se inclinaron por dejar en el proyecto de Constitución una referencia expresa a una fundamentación del Texto constitucional evitando tintes iusnaturalistas.

Es digno de subrayar en este punto la posición del diputado Peces-Barba Martínez pues propuso, no sin razón, la supresión de la referencia a “respeto a la ley y a los derechos de los demás”, por ser redundante con la formulación del principio de legalidad del artículo

⁴¹ RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, Joaquín; ARRIETA, Itziar Ruiz-Giménez. Derechos fundamentales de la persona. In: VILLAAMIL, Oscar Alzaga; GARCÍA SANZ, Rosa María (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*: Tomo II – Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978. Madrid: Cortes Generales; Edersa, 1997. p. 79.

9.1 constitucional. En el mismo sentido, planteó la eliminación del término paz quedando orden político y social pues en su concepción orden ya incluye a la paz, siempre que se entendiera en el sentido humano de servicio a la persona y no de acuerdo con una concepción totalitaria del Estado⁴².

El diputado Fraga Iribarne, por su parte, prefirió que se mantuviera la redacción tal y como estaba escrito el precepto en el informe de Ponencia, subrayando la relación entre la libertad y la ley⁴³ para evitar que la Constitución optase por una concepción de la libertad de cuño anglosajón ajena a nuestra tradición puesto que la herencia romana, la matriz romano-germánica de la libertad, más conectada a la dimensión social, a la ley como expresión de la justicia, es más congruente con el Derecho español. Esta cuestión me parece central para comprender el concepto de libertad solidaria sobre el que vengo trabajando desde hace tiempo, del que se deduce armónicamente la noción de libre y solidario desarrollo de la personalidad. En todo caso, como ya señalé con anterioridad, lo ideal hubiera sido una fórmula parecida al artículo 1 de la Ley Fundamental de Bonn o un artículo 10.1 con una referencia clara a la dignidad como fundamento del orden jurídico, político, económico, social y cultural agregando a la dignidad, en caso de que fuera necesario, alguna expresión acerca de los derechos fundamentales de ella derivados y del libre y solidario desarrollo de la personalidad.

Es verdad que la expresión paz social tiene, más en la época en que se redactó la Constitución, connotaciones ideológicas. En efecto, tal y como puso de relieve Fraga Iribarne en los debates relativos a la redacción del artículo 10.1 CE, este concepto presupone que la construcción social debe hacerse a partir de un orden pacífico⁴⁴, no de la lucha de clases, o del enfrentamiento y la confrontación. En todo caso, la referencia del preámbulo constitucional a la convivencia pacífica es más que suficiente para proyectar esta noción sobre los principios que deben presidir la vida pública, y privada, entre nosotros.

Más adelante, en la Comisión Constitucional del Senado, el proyecto de precepto fue objeto de varias enmiendas, aunque como reconoce Alegre Martínez, el debate se centró en la propuesta por Unión de Centro Democrático, en la línea de lo expuesto con anterioridad

⁴² ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996. p. 38; especialmente la intervención del diputado: PECES-BARBA, Gregorio. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_068.PDF. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 2394.

⁴³ Intervención del diputado: FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_068.PDF. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 2394.

⁴⁴ FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_068.PDF. Acceso en: 16 oct. 2023.

por el diputado Herrero y Rodríguez de Miñón, que proponía un segundo apartado redactado en estos términos. “Las libertades y los derechos serán tutelados y garantizados de conformidad con los acuerdos internacionales sobre derechos humanos ratificados por España”.

Algunas enmiendas que no prosperaron plantearon sustituir orden político por orden jurídico (senador Cela Conde), suprimir sin más el precepto, darle este contenido: “[...] son principios esenciales en el fundamento del orden político y la paz social” (senador Ollero Gómez), o una nueva redacción: “Los derechos humanos de explícito reconocimiento que fueron aprobados en la Asamblea General de las Naciones Unidas constituyen el fundamento del orden político y la paz social de la patria española. Ningún término ni concepto del presente texto constitucional podrá ir contra la esencialidad de los citados derechos humanos”.

Como es sabido, el pleno del Senado aprobó el precepto con sus dos apartados actuales y en la Comisión Mixta Congreso-Senado solo se introdujo alguna modificación irrelevante de estilo en el párrafo segundo, aprobándose en las sesiones plenarios del Congreso y del Senado el 31 de octubre de 1978.

8. CONCLUSIÓN

El artículo 10.1 CE se refiere a la dignidad como fundamento del orden político y la paz social. El concepto de orden público en un Estado social y democrático de Derecho no tiene otra acepción o significado que no esté alineado con la protección, defensa y promoción de la dignidad humana y de los derechos fundamentales que de ella se derivan. Por eso, la actividad de policía, artículo 104 constitucional, está conectada, por su misma inserción en el orden público, en la seguridad ciudadana, a un mejor ejercicio por parte de los ciudadanos de sus derechos fundamentales. De ninguna manera, como en el Estado absoluto, sirve para limitar derechos a partir de una cláusula general y abstracta que permite toda suerte de intervenciones en la esfera individual de las personas.

Es más, por su misma conexión inextricable con la dignidad humana, la operatividad de la cláusula de orden público será siempre concreta y convenientemente motivada. Porque el Derecho Administrativo es un derecho de realización de derechos fundamentales y, sobre todo, porque la dignidad humana, artículo 10.1 constitucional, es fundamento del orden político y la paz social. Es decir, la dignidad humana es el núcleo del orden público⁴⁵, de donde parte y, también, a donde regresa

⁴⁵ PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 2005. p. 182.

La condición de fuente y origen de los derechos que posee la dignidad humana explica también su configuración como límite para el ejercicio de los derechos⁴⁶. En este sentido, el Tribunal Constitucional ha recordado en la sentencia 91/1983, que “los derechos fundamentales no son ilimitados, sino que encuentran sus límites en el derecho de los demás (artículo 10.1) y en general en otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos”. Y uno de sus principales límites, probablemente el de más alcance y relevancia, se encuentra en la dignidad humana, que se presenta como límite al ejercicio de los propios derechos y, muy especialmente, en relación con los derechos de los demás. Al ser la dignidad humana uno de los fundamentos del Estado y del Orden jurídico, debe ser respetado en todos los casos, y debe ser, en todos los casos, defendido y promovido como lo que es: el fundamento del sistema jurídico.

REFERENCIAS

ALEGRE MARTÍNEZ, Miguel A. *La dignidad de la persona como fundamento del Ordenamiento constitucional*. León: Universidad de León, 1996.

ESTEBAN ALONSO, Jorge de; GONZÁLEZ TREVIJANO, Pedro. *Curso de derecho constitucional español*. Madrid: Servicio de Publicaciones de la Universidad Complutense de Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. *El sistema constitucional español*. Madrid: Dykinson, 1992.

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. La teoría jurídica de los derechos fundamentales en la doctrina constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, n. 39, p. 195-247, sep./dic. 1983. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/79497.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

FRAGA IRIBARNE, Manuel. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/L0/CONG/DS/C_1978_068. PDF. Acceso en: 16 oct. 2023.

GARRIDO FALLA, Fernando. Comentarios al artículo 10.1. In: GARRIDO FALLA, Fernando (dir.). *Comentarios a la Constitución*. Madrid: Civitas, 1985.

GONZÁLEZ PÉREZ, Jesus. *La dignidad de la persona*. 2. ed. Madrid: Thomson Reuters, 2011.

LUCAS VERDU, Pablo. La constitución en la encrucijada. Discurso de ingreso en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1994. *Pensamiento Constitucional*, año IV, n. 4, p. 69-139, 1997. Disponible en: <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/download/3299/3140/0>. Acceso en: 16 oct. 2023.

⁴⁶ MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*. Pamplona: Aranzadi, 1998. p. 49.

MUÑOZ ARNAU, Juan Andrés. *Los límites de los derechos fundamentales en el derecho constitucional español*. Pamplona: Aranzadi, 1998.

PAREJO ALFONSO, Luciano J. *Estado social y administración pública*. Madrid: Civitas, 1983.

PECES-BARBA, Gregorio. *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, año 1978, n. 68, 17 mayo 1978. Disponible en: https://www.congreso.es/public_oficiales/LO/CONG/DS/C_1978_068. PDF. Acceso en: 16 oct. 2023.

PECES-BARBA, Gregorio. *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos, 1984

PERALTA MARTÍNEZ, Ramón. *La interpretación del Ordenamiento jurídico conforme a la norma fundamental del Estado*. Madrid: Servicio de publicaciones Universidad Complutense, 1994.

PRIETO ÁLVAREZ, Tomás. *La dignidad de la persona*. Madrid: Civitas, 2005.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales: administrative law and fundamental social rights. *Revista de Direito Administrativo e Infraestrutura*, São Paulo: Thomson Reuters, v. 1, n. 1, p. 259-268, 2021. DOI: 10.48143/rdai/01.jram. Disponible en: <https://rdai.com.br/index.php/rdai/article/view/91>. Acceso en: 16 out. 2023.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *¿Por qué el centro?: hacia la libertad solidaria*. Santiago de Compostela: Fórum Galicia de Estudios Sociales, 1999.

RUIZ-GIMENEZ CORTÉS, Joaquín; ARRIETA, Itziar Ruiz-Giménez. Derechos fundamentales de la persona. In: VILLAAMIL, Oscar Alzaga; GARCÍA SANZ, Rosa María (dir.). *Comentarios a la Constitución Española*: Tomo II – Artículos 10 a 23 de la Constitución Española de 1978. Madrid: Cortes Generales; Edersa, 1997.

SÁNCHEZ AGESTA, Luis. *Sistema político de la Constitución española de 1978*. Madrid: Editora Nacional, 1989.

VON MUNCH, Ingo. La dignidad del hombre en el derecho constitucional. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 2, n. 5, p. 9-33, mayo/ago. 1982. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/249976.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.



DESAFÍOS EN EL SIGLO XXI DEL DERECHO HUMANO A UNA VIVIENDA ADECUADA EN MÉXICO

José Pablo Martínez Gil¹

José Pablo Martínez Zamora²

SUMARIO

1. Exordio; 2. Programa Nacional de Vivienda 2019-2024; 3. Iniciativa de las ciudades prósperas; 4. Conclusión; Referencias.

1. EXORDIO

El folleto informativo número 21 de ONU-Hábitat³, alude que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluida una vivienda adecuada. A pesar del lugar fundamental que ocupa este derecho en el sistema jurídico mundial, el número de personas que no cuentan con una

¹ Doctor en Derecho por el Instituto Internacional del Derecho y del Estado. Maestro en Derecho por la Universidad de Guadalajara. Abogado por la Universidad de Guadalajara. Ing. Civil por la Universidad de Guadalajara. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del CONAHCYT (Nivel I) antes CONACYT. Cuenta con perfil del programa para el mejoramiento del profesorado (PRODEP) de la Secretaría de Educación Pública. Profesor de tiempo completo. Universidad de Guadalajara, Guadalajara, Jalisco, México.

² Estudiante de la carrera de abogado Universidad de Guadalajara. Guadalajara, Jalisco, México.

³ ONU-HÁBITAT. El derecho a una vivienda adecuada. *Folleto informativo*, n. 21, rev. 1, [S.d.]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Acceso en: 25 mar. 2023.

vivienda adecuada excede holgadamente los mil millones. Millones de personas en todo el mundo viven en condiciones peligrosas para la vida o la salud, hacinadas en tugurios y asentamientos improvisados, o en otras condiciones que no respetan sus derechos humanos ni su dignidad. Millones de personas más sufren todos los años desalojos forzosos o son amenazadas con desalojos forzosos de sus hogares.

La vivienda adecuada fue reconocida como parte del derecho a un nivel de vida adecuado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966. Otros tratados internacionales de derechos humanos han reconocido o mencionado desde entonces el derecho a una vivienda adecuada o algunos de sus elementos, como la protección del hogar y la privacidad.

El derecho a una vivienda adecuada incumbe a todos los Estados, puesto que todos ellos han ratificado por lo menos un tratado internacional relativo a la vivienda adecuada y se han comprometido a proteger el derecho a una vivienda adecuada mediante declaraciones y planes de acción internacionales o documentos emanados de conferencias internacionales. Varias constituciones protegen el derecho a una vivienda adecuada o declaran la responsabilidad general del Estado de asegurar una vivienda y condiciones de vida adecuadas para todos. Los tribunales de varios sistemas jurídicos también han fallado sobre casos relativos al disfrute de ese derecho, abarcando por ejemplo los desalojos forzosos, la protección de los locatarios, la discriminación en materia de vivienda o el acceso a servicios básicos en esta esfera.

El derecho a una vivienda adecuada también ha recibido una creciente atención internacional, en particular de los órganos establecidos en virtud de tratados de derechos humanos, de los acuerdos regionales de derechos humanos y de la Comisión de Derechos Humanos (reemplazada en la actualidad por el Consejo de Derechos Humanos), que creó el mandato de un “Relator Especial sobre una vivienda adecuada como elemento integrante del derecho a un nivel de vida adecuado” en el año 2000. Estas 2 iniciativas han contribuido a aclarar el alcance y contenido del derecho a una vivienda adecuada⁴.

⁴ ONU-HÁBITAT. El derecho a una vivienda adecuada. *Folleto informativo*, n. 21, rev. 1, [S.d.]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Acceso en: 25 mar. 2023. p. 1-2.

2. PROGRAMA NACIONAL DE VIVIENDA 2019-2024

El programa nacional de vivienda 2019-2024, es uno de los primeros esfuerzos hechos a raíz de los cambios normativos que confirieron a la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano la rectoría pública en materia de vivienda. Este Programa es pionero en el mundo por su alineación a los criterios de vivienda adecuada de la ONU; sus objetivos y estrategias fueron construidos con diversos actores de los sectores privado, público y social a través de foros, mesas de diálogo y reflexiones en todo el país⁵.

En el programa nacional de vivienda 2019-2024, dentro del punto de diagnóstico de la situación actual respecto de los siete elementos de la vivienda adecuada define lo siguiente:

1. Seguridad de la tenencia: se refiere a una situación en la que las personas cuentan de forma continua y segura con el derecho al suelo, y, en consecuencia, a la posesión de la vivienda; esto incluye el acceso a la tierra en modalidades distintas a la propiedad privada, como las comunidades ejidales, comunales y cooperativas.

Actualmente en México, 16.3% de las viviendas propias habitadas carecen de tenencia segura por falta de escrituras. Esto repercute especialmente en grupos en condición de vulnerabilidad como la población indígena y los hogares rurales, cuyas viviendas carecen de escrituras en una proporción mucho más elevada (23.6% y 25.3%, respectivamente); no obstante, cabe precisar que, en ciertos casos, éstos sí cuentan con el reconocimiento de las autoridades de sus comunidades.

Para que la tenencia sea segura se requiere cuando menos del reconocimiento escrito de la autoridad municipal, que implica la escrituración de la vivienda para proteger al propietario y a sus herederos. Por otro lado, para la vivienda en renta, se necesita un contrato de arrendamiento con base legal para formalizar y armonizar la relación entre el inquilino y el propietario. No obstante, esto se encuentra lejos de ser garantizado para ambos casos, existiendo tres retos principales que caracterizan las deficiencias a subsanar para lograr la tenencia segura en México.

El primero es que se desconoce la magnitud exacta del problema; por ejemplo, si bien el Instituto Nacional de Suelo Sustentable (INSUS) estima que en el país existen aproximadamente 7.5 millones de lotes irregulares de uso habitacional, actualmente no existe un registro o medición oficial al respecto. Además, información sobre las causas y consecuencias de la inseguridad jurídica de la vivienda, cuyo conocimiento podría ayudar a expli-

⁵ MÉXICO. Programa nacional de vivienda (PNV) 2019-2024. *Sociedad Hipotecaria Federal*, 28 nov. 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/shf/documentos/plan-nacional-de-vivienda-pnv-2019-2024>. Acceso en: 26 mar. 2023.

car y concienciar sobre la gravedad de este problema y diseñar una solución preventiva, no existe de forma clara y unificada a nivel nacional. Es necesario tener mayor conocimiento:

- a) las causas detrás de la falta de tenencia segura entre las cuales destaca la insuficiente provisión de suelo formal para vivienda económica y
- b) las problemáticas suscitadas por desalojos forzosos, hostigamiento y otras amenazas para quienes carecen de tenencia segura.

El segundo reto se refiere al proceso de escrituración, que adolece tanto de información insuficiente como de difusión ineficiente con relación a los trámites y catastros realizados en el registro público. Esto resulta en procedimientos tardados y costosos para las personas: de acuerdo con datos reportados por la Comisión Nacional para la Protección y Defensa de los Usuarios de Servicios Financieros (CONDUSEF), los gastos notariales llegan a representar alrededor del 5 al 10% del valor de un inmueble. La falta de asequibilidad de una escritura perjudica a las personas propietarias, pues además de exponerlos al riesgo de sufrir invasión o desalojo, limita el pleno ejercicio de los derechos sobre una propiedad, como lo puede ser el uso de la vivienda a modo de garantía para acceder a un crédito bancario. Esto reafirma la importancia de la seguridad de tenencia para garantizar que la vivienda aporte al bienestar económico de las personas.

El tercer reto en cuanto a la seguridad de tenencia hace referencia a la renta de vivienda, que representa el 15.9% de todas las viviendas en el país – promedio inferior – al de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), que es de 19.2%. En el 2014, solo 41% de las viviendas rentadas tenía un contrato que establecía las condiciones del arrendamiento. Aunque la falta de un contrato de arrendamiento no afecta la seguridad de la tenencia en el sentido estricto del término, sí se relaciona con ciertas problemáticas como desalojos forzosos, extorsión y abusos, los cuales impactan tanto a inquilinos como a propietarios.

1. Disponibilidad de servicios, materiales, instalaciones e infraestructura: para ser adecuada, una vivienda debe contar como mínimo con agua potable, drenaje sanitario y energía para que las personas puedan habitarla en forma higiénica y salubre.
2. Asequibilidad: es aquella cuyo costo no compromete la capacidad de las personas para acceder a otros satisfactores básicos (alimento, salud, vestimenta, entre otros).
3. Habitabilidad: una vivienda habitable es aquella que garantiza la seguridad física de sus habitantes y les proporciona un espacio suficiente, así como protección contra el frío, la humedad, el calor, la lluvia, el viento y otros riesgos para la salud y peligros estructurales.

4. Accesibilidad: el elemento de accesibilidad para el logro de una vivienda adecuada se refiere a un diseño y materialidad que consideren las necesidades específicas de diferentes grupos, especialmente las de las personas menos favorecidas y en condición de marginación

5. Ubicación: la ubicación de una vivienda adecuada es aquella que ofrece acceso a oportunidades de empleo, salud y educación, así como a otros servicios, equipamientos e instalaciones sociales; además es fundamental que se sitúe en zonas libres de contaminación o riesgos. Es decir, la vivienda adecuada debe ubicarse en zonas conectadas y seguras.

6. Adecuación Cultural: el último elemento de la vivienda adecuada se refiere a la consideración de las expresiones de identidad cultural y el respeto hacia éstas en el proceso de desarrollo de la vivienda y de su inserción en un barrio o comunidad.

El programa considera fundamentalmente tres principios rectores del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 a través de sus objetivos específicos a saber:

- Honradez y honestidad, al proponerse incrementar la transparencia y reducir la corrupción en todos los procesos del sistema de vivienda.
- El mercado no sustituye al Estado, al promover la participación del sector privado y social bajo un marco institucional de certeza y claridad, que lo convierta en aliado corresponsable en el desarrollo de vivienda adecuada en el país.
- No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie fuera, al colocar a las personas con mayor vulnerabilidad social en el centro de la estrategia.

Para lograr lo anterior, el programa define cinco objetivos prioritarios a partir de los principales problemas públicos identificados y su efecto en el bienestar de la población que son:

- *Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada a todas las personas, especialmente a los grupos en mayor condición de discriminación y vulnerabilidad, a través de soluciones financieras, técnicas y sociales de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de población:* se brindarán soluciones para atender la limitada asequibilidad de una vivienda adecuada, situación que actualmente afecta a diversos segmentos de la población; particularmente a personas residiendo en zonas rurales, en comunidades indígenas y en condiciones de mayor rezago habitacional. Este objetivo está alineado con todos los elementos de una vivienda adecuada.

- *Garantizar la coordinación entre los organismos nacionales de vivienda y los distintos órdenes de gobierno para el uso eficiente de los recursos públicos:* se optimizará el aprovechamiento de los recursos gubernamentales, para maximizar el impacto que tienen las instituciones y los recursos invertidos en el sector de la vivienda sobre el bienestar de las personas. Este objetivo está alineado con los elementos de seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, asequibilidad y adecuación cultural.
- *Fomentar conjuntamente con el sector social y privado, condiciones que propicien el ejercicio del derecho a la vivienda:* se identificarán mecanismos para incrementar las oportunidades de colaboración estratégica con empresas, cooperativas y ciudadanos, de forma que la mejora en el acceso a la vivienda adecuada sea un objetivo compartido por todas y todos, y cuyo logro sea resultado de sinergias positivas entre los distintos actores. Este objetivo está alineado con los elementos de disponibilidad de servicios, asequibilidad, habitabilidad y adecuación cultural.
- *Asegurar el derecho a la información y la rendición de cuentas de todos los actores del sistema de vivienda adecuada:* se trabajará en identificar y combatir las deficiencias e inconsistencias en el marco jurídico-normativo y en el ejercicio de las personas con roles gubernamentales en lo correspondiente a la autorización de las viviendas y su gestión en todas las etapas de su desarrollo; se buscará con ello inhibir la corrupción, la cual impacta en el aumento de los costos de la vivienda, y que por tal motivo, limita el acceso de las personas a ella. Este objetivo está alineado con los elementos de seguridad de la tenencia y asequibilidad.
- *Establecer un modelo de ordenamiento territorial y gestión del suelo que considere la vivienda adecuada como elemento central de planeación de territorio:* se articulará el fortalecimiento de los instrumentos y mecanismos públicos para actuar sobre el territorio, con programas y proyectos habitacionales sostenibles diferentes a la compra tales como renta, cooperativas, entre otras, asegurando su congruencia con las características ecológicas y urbanas del suelo, así como su acceso a oportunidades de empleo, equipamiento, servicios y seguridad pública. Este objetivo está alineado con los elementos de seguridad de la tenencia, disponibilidad de servicios, asequibilidad, habitabilidad y ubicación.

El objetivo general del programa en comento es garantizar el derecho humano a la vivienda adecuada con la participación de los diferentes actores públicos, privados y sociales, a través del rediseño del marco institucional y el desarrollo de esquemas financieros,

cuyo enfoque planeado e integrado al territorio, prioriza la atención al rezago habitacional y a la población históricamente discriminada.

De acuerdo con los datos más recientes publicados por el consejo nacional de evaluación de la política de desarrollo social, con respeto a la carencia por calidad y espacios de la vivienda afecta al 11.1% de la población, mientras que el 19.8% de la población experimenta una carencia por acceso a los servicios básicos de la vivienda⁶. Por lo que se puede observar un alto rezago habitacional que impacta a un segmento considerable de las personas en el país.

Las competencias y atribuciones para la política y la gestión pública del desarrollo de vivienda en México se encuentran distribuidas entre diversas instituciones gubernamentales y los distintos órdenes de gobierno. En hogaño, existen al menos 13 organismos distintos a nivel federal, que tienen participación en al menos un aspecto relacionado con el tema de vivienda y desarrollo urbano en el país, incluyendo a los organismos nacionales de vivienda a saber: la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano (SEDATU); la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (SEMARNAT); la Comisión Nacional de Vivienda (CONAVI); el Instituto Nacional de Suelo Sustentable (INSUS); el Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT); el Fondo de la Vivienda del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado (FOVISSSTE); el Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas (ISSFAM); la Sociedad Hipotecaria Federal (SHF); el Fondo de Operación y Financiamiento Bancario a la Vivienda (FOVI); el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, (BANOBRAS); el Fondo Nacional de Infraestructura (FONADIN); la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA); y la Comisión Federal de Electricidad (CFE). Asimismo, existen secretarías estatales de desarrollo urbano y vivienda, organismos estatales de vivienda y organismos municipales de vivienda.

El rezago en la dotación de vivienda adecuada no debe ser atendido únicamente por el Estado; ya que, al ser un reto con una magnitud considerable, todos los participantes del sistema de vivienda deberían jugar un papel en solucionar el mismo.

En el pasado, la iniciativa privada y las organizaciones sociales han jugado un papel esencial en la atención a los retos del sector de la vivienda, sobre todo aquella para los grupos en mayor pobreza y condición de vulnerabilidad. Conforme a los datos del reporte anual de vivienda 2019 INFONAVIT, el componente que tiene una mayor contribución al producto interno bruto (PIB) de la vivienda es el de la edificación, que para el periodo 2010 a 2017 ha representado en promedio 64.3% del total. En la edificación es el 40.6%

⁶ MÉXICO. Dirección de Información y Comunicación Social. *10 años de medición de pobreza en México, avances y retos en política social*. Comunicado de prensa n. 10. Ciudad de México, 5 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf. Acceso en: 06 abr. 2023. p. 5 y 6.

autoconstrucción y 23.7% constructores, 0.6% en la regulación y fomento, 28.3% en uso y 6.9% en adquisición⁷.

Dichos actores conforman un valioso sistema de vivienda en México, que incluye a constructoras y desarrolladoras, inmobiliarias, instituciones financieras, cámaras de la industria, centros de educación y organismos no gubernamentales, entre otros.

Se identifican áreas de oportunidad puntuales para incentivar la cooperación entre el Estado y los demás actores: la ampliación de la disponibilidad de suelo para una vivienda adecuada, la eliminación de las barreras administrativas a la ejecución de proyectos de vivienda, la mejora en los procesos de conexión a servicios básicos a las viviendas y la reducción de costos e incertidumbres actualmente asociados a la construcción de vivienda, entre otros.

En el ámbito de la vivienda, la falta de información completa, exacta y comprensible sobre la unidad habitacional y el conjunto en que se ubica, puede obstaculizar la toma de decisiones óptimas por parte de los adquirientes. Este problema ha sido abordado en otros campos bajo la noción de asimetría de información, *Michael Rothschild* y *Joseph Stiglitz* la definen como:

Aquella situación en donde, dentro de una transacción, una de las partes tiene mayor o mejor información que la otra, lo cual constituye un problema particularmente importante en mercados altamente competitivos. Por tanto, la asimetría de la información tiene el potencial de crear una situación dañina en donde una parte se aprovecha de la falta de información de su contraparte. A esto se pueden sumar prácticas inequitativas en el manejo de la información, haciendo que ésta llegue sólo a algunos adquirientes que tienen privilegio de acceso⁸.

En el mercado de vivienda, lo anterior se puede materializar en la adquisición de viviendas que tienen características diferentes a las esperadas por el adquiriente, o que sean insuficientes para asegurar su calidad de vida. Por ejemplo: es común que las personas interesadas en adquirir una vivienda visiten desarrollos durante el fin de semana, cuando el tráfico vehicular es atípico y no refleja las condiciones a que se enfrentarán durante su vida diaria. En contraparte, la situación típica sí es conocida por el desarrollador. Esta falla de

⁷ INFONAVIT. *Reporte anual de vivienda 2019*. Componentes del PIB de la vivienda 2010-2017. 2019. Disponible en: <https://portalmx.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/6a22332f-f9fe-4f17-8d93-9efc959086b2/ReporteAnualVivienda2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mW5tCKM>. Acceso en: 10 abr. 2023. p. 11.

⁸ INFONAVIT; FUNDACIÓN IDEA *¿Qué funciona y qué no funciona en vivienda?: identificación y documentación de buenas y malas prácticas en el desarrollo de vivienda*. Ciudad de México: CIDS, Infonavit, 2018. Disponible en: <https://infonavit.janium.net/janium/Documentos/68473.pdf>. Acceso en: 10 mayo 2023. p. 92.

mercado impacta, en primer lugar, al adquirente y, sobre todo, a las familias de menores ingresos, quienes comprometen una parte cuantiosa de sus ingresos al pago de una vivienda⁹.

En antaño, la desvinculación entre la política habitacional y la política de ordenamiento territorial y de desarrollo urbano derivó en una oferta de vivienda que no alcanza a cubrir las necesidades de una vivienda adecuada, principalmente por una mala ubicación respecto a fuentes de empleo, infraestructura, equipamientos básicos y servicios como el transporte público.

De acuerdo con la encuesta intercensal de 2015 realizada por el INEGI, en México el 12.49% de las viviendas propias habitadas carecen de tenencia segura por falta de escrituras¹⁰.

El programa nacional de vivienda 2019-2024 contiene cinco objetivos prioritarios, en los cuales se desarrollan estrategias prioritarias y acciones, que son las siguientes:

El objetivo prioritario 1 denominado: *Garantizar el ejercicio del derecho a la vivienda adecuada a todas las personas, especialmente a los grupos en mayor condición de discriminación y vulnerabilidad, a través de soluciones financieras, técnicas y sociales de acuerdo con las necesidades específicas de cada grupo de población.*

La primera estrategia prioritaria del objetivo anterior es promover el acceso a la vivienda adecuada, especialmente para grupos en condiciones de vulnerabilidad, enfatizando la disminución del rezago habitacional, la seguridad en la tenencia, la adecuación cultural y la igualdad de género.

Para el objetivo prioritario número uno, las acciones tomadas por el programa nacional de vivienda 2019-2024 son: promover la creación de una “canasta básica de elementos para la construcción de la vivienda”; homologar diferentes sistemas de información y tecnología existentes para ajustar los lineamientos del sector de la vivienda a las características que debe cumplir una vivienda adecuada, así como a las necesidades prioritarias de poblaciones indígenas, jefas de familia, personas con discapacidad, adultos mayores y jóvenes; elaborar y difundir lineamientos técnicos respecto a una vivienda adecuada, con criterios específicos sobre materiales en pisos, techos y muros, esquemas de construcción y acceso a servicios básicos, que reconozcan la condición cultural y espacial de cada región para su aplicación por parte de todos los actores en el sistema de vivienda; realizar estudios sobre el desarrollo de vivienda que se adecúe a los usos y costumbres de diferen-

⁹ INFONAVIT; FUNDACIÓN IDEA *¿Qué funciona y qué no funciona en vivienda?: identificación y documentación de buenas y malas prácticas en el desarrollo de vivienda.* Ciudad de México: CIDS, Infonavit, 2018. Disponible en: <https://infonavit.janium.net/janium/Documentos/68473.pdf>. Acceso en: 10 mayo 2023.

¹⁰ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Encuesta intercensal 2015.* Tabulados pre-definidos, vivienda 2015. México: INEGI, 2015. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/default.html#Tabulados>. Acceso en: 11 mayo 2023.

tes grupos, para informar el desarrollo de pruebas de implementación en los que se evalúe su producción a escala; ofrecer más facilidades de pago para los créditos y financiamientos con los que cuentan las personas; difundir normas oficiales mexicanas para asegurar que el desarrollo de la vivienda se adecúe a las características de las distintas zonas bioclimáticas en el país; impulsar acciones de mejoramiento y ampliación de la vivienda que se focalicen en grupos en condiciones de vulnerabilidad, respetando las condiciones culturales y espaciales de cada región y, en su caso, promoviendo la innovación con modelos constructivos y de diseño que se adapten a las necesidades de las personas y familias; impulsar el uso de ecotecnias, particularmente en sitios de rezago habitacional donde existe una falta de disponibilidad de servicios; impulsar acciones o programas de asistencia jurídica, con la participación de los gobiernos de las entidades federativas y de los municipios que faciliten la escrituración de las viviendas, con especial énfasis en poblaciones vulnerables que no tienen acceso a asesoría legal para su realización; evaluar, actualizar y complementar los lineamientos técnicos del sistema de evaluación de la vivienda verde, de forma que también integren consideraciones respecto a la adecuación cultural.

La segunda estrategia prioritaria es desarrollar programas para fomentar la habitabilidad de las viviendas por medio del mejoramiento, ampliación y sustitución de aquellas en rezago.

Las acciones tomadas por el programa son: apoyar, a través de mecanismos de financiamiento, a las viviendas con mayor rezago; revisar y replantear programas de mejora estructural, de reemplazo de techos, muros y pisos, y de terminación de vivienda, de acuerdo con lineamientos técnicos para una vivienda adecuada; promover asesorías de diseño y construcción de soluciones de ampliación y optimización del espacio en viviendas en situación de hacinamiento; incluyendo apoyo en la instalación de técnicas para el reciclaje de agua de lluvia y el aprovechamiento de fuentes renovables de energía; coordinar un programa de mejoramiento integral en condominios intraurbanos.

La tercera estrategia prioritaria es impulsar el desarrollo e implementación de soluciones alternativas a la compra de vivienda que mejoren la asequibilidad de ésta para todas las personas, con especial enfoque en grupos históricamente discriminados.

Las acciones tomadas por el programa son: desarrollar instrumentos que incentiven el desarrollo de programas y proyectos habitacionales distintas a la adquisición, por ejemplo: cooperativas de vivienda, vivienda en renta, alquiler con opción a compra, lotes con servicios, entre otros; diseñar incentivos que ayuden a formalizar y garantizar condiciones justas para propietarios y arrendatarios, con base en estudios del fenómeno de la informalidad en el mercado de arrendamiento, en asentamientos regulares o irregulares; diseñar soluciones que ayuden a prevenir y, en su caso, brindar condiciones justas, para la población en condiciones de vulnerabilidad en asentamientos irregulares, con base en es-

tudios de dicho fenómeno que permitan la progresividad en autoproducción y urbanización; proveer asistencia técnica integral para la autoproducción, buscando garantizar la participación de las personas en la toma de decisiones para aprovechar óptimamente sus recursos económicos, sociales y en especie; proponer y promover mejoras al marco jurídico de las entidades federativas y de los municipios para que la figura del arrendamiento proteja tanto a inquilinos como a propietarios, incentivando la formalización del mercado; colaborar con estados y municipios para identificar alternativas de vivienda adecuada distintas a la adquisición, que tengan viabilidad económica y social en ciudades o polígonos específicos; colaborar con estados y municipios para apoyar los procesos de autoproducción de vivienda, procurando que se lleven a cabo de forma que aseguren la calidad estructural, constructiva y de diseño.

La cuarta estrategia prioritaria es promover la asequibilidad de la vivienda mediante subsidios que atiendan prioritariamente a las personas que habitan en condiciones de rezago habitacional, que carecen de vivienda o que no tienen acceso a financiamientos para acceder a una vivienda.

Las acciones tomadas por el programa son: diseñar un modelo mixto que mejore la asequibilidad de todo tipo de soluciones de vivienda, siempre y cuando ésta cumpla con los elementos de una vivienda adecuada; otorgar subsidios mediante programas de desarrollo social que contribuyan al otorgamiento de certeza jurídica a la población que se encuentra en condición de rezago social; reorientar los esquemas de subsidios para apoyar a la población no afiliada, obedeciendo a la demanda real a nivel nacional; focalizar la política de subsidios hacia sectores de menores ingresos o en condiciones de rezago; promover, diseñar e implementar acciones e instrumentos específicos que incrementen el acceso a subsidios dirigidos particularmente a mujeres, personas con discapacidad, adultos mayores, jóvenes y otros grupos en condiciones históricamente discriminados; brindar apoyo y capacitación a proveedores locales de materiales, vigilando también que éstos no incurran en prácticas que mermen la asequibilidad de la vivienda.

La quinta estrategia prioritaria es impulsar la asequibilidad de la vivienda a través de soluciones financieras como créditos hipotecarios y de mejoramiento, esquemas de cofinanciamiento, ahorro voluntario, entre otros, que permitan que todas las personas tengan acceso a opciones de vivienda adecuada.

Las acciones tomadas por el programa son: diseñar esquemas financieros y de ahorro para ampliar la cobertura de soluciones de vivienda; instrumentar lineamientos financieros que requieran esquemas de créditos hipotecarios, cofinanciamiento y ahorro previo dirigidos a la población no afiliada y en situación de vulnerabilidad; ampliar el programa responsabilidad compartida y las estrategias de conversión de créditos de veces salarios mínimos a pesos; ampliar la oferta de soluciones financieras dirigidas a grupos de pobla-

ción específicos que por sus características laborales y económicas no cumplen con las condiciones prevalentes para la solicitud de un crédito Infonavit; ofrecer una alternativa de financiamiento y asesoría técnica para autoproducción de vivienda del Infonavit, que represente un financiamiento asequible, accesible y adecuado a las necesidades y posibilidades del derechohabiente; ofrecer productos financieros en conjunto con otros organismos, con el propósito de maximizar su capacidad crediticia para la adquisición de una vivienda nueva o usada de mejor calidad. Otorgar créditos hipotecarios bajo nuevos esquemas crediticios, alineados a las necesidades de los derechohabientes más vulnerables, para adquisición de vivienda nueva o usada, reparación, ampliación o mejoramiento de vivienda, construcción y redención de pasivos; establecer criterios de priorización en el otorgamiento de créditos hipotecarios, para favorecer a viviendas en sectores de menores ingresos o en condiciones de rezago; premiar a derechohabientes que han cumplido puntualmente en el pago de sus créditos; colaborar con la banca de desarrollo y la banca comercial para flexibilizar productos financieros dirigidos a la vivienda; difundir entre los gobiernos estatales y municipales los programas de producción social de vivienda, enfatizando criterios de calidad y sustentabilidad para generar soluciones progresivas y flexibles enfocadas en poblaciones en condiciones de rezago; identificar las viviendas con mayor rezago y focalizar en ellas inversiones en acciones de mejoramiento, ampliación y sustitución; todo ello haciendo uso de materiales locales de buena calidad, así como mejorando su acceso a servicios básicos.

Hasta aquí las estrategias y acciones del objetivo prioritario número 1.

Enseguida el objetivo prioritario 2 denominado: *Garantizar la coordinación entre los organismos nacionales de vivienda y los distintos órdenes de gobierno para el uso eficiente de los recursos públicos.*

La primera estrategia prioritaria de este objetivo es incrementar la eficiencia y productividad de los organismos nacionales de vivienda, para con ello mejorar la asequibilidad de la vivienda y así aumentar el acceso de las personas a una solución adecuada.

Las acciones tomadas por el programa son: realizar convenios de colaboración con los gobiernos estatales y municipales para la aportación de suelo intraurbano, la armonización, agilización en la gestión, autorización y construcción de desarrollos habitacionales, para que, a través de Fideicomisos, se amplíe la cobertura de vivienda adecuada; realizar convenios intersectoriales en coparticipación con el sector público en sus tres niveles de gobierno, para que, a través de Fideicomisos, se genere oferta de vivienda adecuada, con identidad y dinamizando la actuación comunitaria de grupos de ahorro para vivienda o infraestructura; implementar, por medio de convenios, una ventanilla única de servicios que fomente la simplificación administrativa de los trámites y servicios que brindan los organismos nacionales de vivienda; promover la simplificación y armonización del marco jurídico-normativo, entre los diferentes actores nacionales, estatales y municipales en materia de

vivienda y zonas de riesgo; implementar una nueva estrategia de gestión de la cartera y un nuevo modelo de cobranza en el Infonavit; desarrollar soluciones digitales y analíticas que optimicen los procesos y reduzcan los costos de los procedimientos de los organismos nacionales de vivienda requeridos durante el proceso de otorgamiento de créditos; desarrollar nuevas herramientas de medición de aptitud crediticia para evaluar el otorgamiento de financiamiento hipotecario a personas que no tienen historial de crédito; buscar y promover la innovación financiera de los organismos nacionales de vivienda.

La segunda estrategia prioritaria de este objetivo es fomentar la coordinación interinstitucional entre los distintos organismos nacionales de vivienda y las dependencias de la administración pública federal para asegurar la alineación continua de estrategias y programas que atiendan las necesidades de vivienda adecuada.

Las acciones tomadas por el programa son: desarrollar un modelo de cobertura y atención de los organismos nacionales de vivienda y otros participantes del sector de la vivienda que esté enfocado en atender las necesidades de los grupos en condición de vulnerabilidad y de las zonas con mayor grado de marginación y altos índices de violencia; establecer instrumentos de seguimiento y monitoreo, al menos de forma anual, para dar seguimiento a las acciones de vivienda, así como los acuerdos y responsabilidades de los organismos nacionales de vivienda; establecer mecanismos de colaboración entre los organismos nacionales de vivienda para que la política de vivienda contenga el enfoque de derechos humanos; incentivar la coordinación entre las organizaciones estatales de vivienda y los organismos nacionales de vivienda para el desarrollo de vivienda adecuada, a través de un nuevo modelo de mecanismos de crédito que integre pagos de mantenimiento de zonas de uso común, entre otros; promover mejoras al marco normativo y jurídico de las instituciones, de forma que sean adecuadas para cubrir las necesidades de vivienda identificadas; promover, a través de los gobiernos municipales, intervenciones para la regularización de la tenencia de la tierra urbana.

La tercera estrategia prioritaria de este objetivo es promover y coordinar acciones relacionadas a la vivienda adecuada, entre los órdenes de gobierno y los organismos de vivienda, que contribuyan al mejoramiento integral de los asentamientos humanos, con especial atención en aquellos en situaciones de precariedad, así como áreas urbanas y periurbanas que concentran vivienda abandonada, deshabitada y deteriorada.

Las acciones tomadas por el programa son: elaborar un plan de acción que estudie y proponga acciones coordinadas entre los organismos nacionales de vivienda para prevenir el abandono y deterioro de viviendas; elaborar y difundir propuestas para la simplificación del marco normativo local; desarrollar e incluir los planes y programas de desarrollo urbano y sus modificaciones en el sistema de información territorial y desarrollo urbano; implementar un programa de recuperación de la vivienda abandonada, deshabitada y dete-

riorada, que establezca métodos claros para identificar los casos y seleccionar soluciones de intervención según las necesidades; coordinar las acciones y subsidios a la vivienda con las intervenciones de la Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano en barrios que requieren mejoramiento urbano y atender las necesidades de la vivienda en rezago; fomentar la mejora urbana y el acceso de las viviendas a equipamiento por parte de los tres órdenes de gobierno; estudiar, analizar y promover la creación de las reformas necesarias para hacer viable la formación de instituciones financieras de desarrollo comunitario como un modelo que aproveche los recursos canalizados a financiar vivienda asequible.

La cuarta estrategia prioritaria de este objetivo es impulsar la cooperación entre órdenes e instituciones de gobierno para garantizar el acceso ágil y el uso eficiente de los recursos de apoyo a la vivienda adecuada.

Las acciones tomadas por el programa son: instrumentar mecanismos de seguimiento y acompañamiento a municipios para promover la nueva Política de Vivienda a nivel local; implementar mecanismos para dar seguimiento puntual al cumplimiento de las reglas de operación existentes respecto al manejo de los recursos federales ejecutados por los gobiernos municipales; incorporar un registro de los procedimientos y tiempos para el trámite de las licencias de construcción de vivienda de interés social, para transparentar y priorizar recursos en municipios con mejores prácticas; brindar capacitación y asesoría técnica a gobiernos estatales y municipales para que integren los conceptos de vivienda adecuada a sus políticas e instrumentos de planeación; incentivar la colocación de créditos en municipios que tengan instrumentos de planeación y catastro actualizados; generar y difundir incentivos para que los gobiernos locales se unan al programa de modernización de los registros públicos de la propiedad y catastros; apoyar en la elaboración, difusión e implementación de programas de vivienda en los gobiernos estatales y municipales que actualmente carezcan de uno; promover la revisión, el seguimiento técnico y, en su caso, la modificación de los programas de vivienda existentes a nivel local a través de convenios de coordinación, para garantizar que estén alineados a la nueva política de vivienda; promover mejoras administrativas y regulatorias que permitan la simplificación de trámites relacionados con la construcción de vivienda a nivel local, incluyendo el otorgamiento de permisos de construcción; fomentar el fortalecimiento de las acciones de los organismos estatales de vivienda y de los gobiernos municipales, a través de capacitación técnica para las acciones de mejoramiento y producción social de vivienda asistida.

La quinta estrategia prioritaria de este objetivo es fomentar la operación eficiente del sector de la vivienda para ofrecer soluciones flexibles y sencillas que mejoren la habitabilidad y asequibilidad de la vivienda adecuada.

Las acciones tomadas por el programa son: diseñar una mejora regulatoria integral y participativa, a través de acciones de los distintos órdenes de gobierno, que facilite la

gestión de trámites; desarrollar nuevos productos de solución que permitan resolver un mayor número de créditos con adeudo vencido y así disminuir la cartera vencida; expedir una norma oficial mexicana de construcción de la vivienda, la cual introduzca los lineamientos necesarios en materia de diseño estructural, según las características de distintos tipos de terreno, adecuación cultural y diseño vernáculo; expedir una norma oficial mexicana para la vivienda que introduzca los lineamientos necesarios en materia de instalaciones de agua, luz y gas, así como dimensiones mínimas para los elementos de la vivienda, e incorpore las disposiciones de la norma mexicana de edificación sustentable; fortalecer la aplicación del código de edificación de vivienda como marco normativo para acciones de vivienda que reciben créditos o subsidios federales; promover la aplicación de los reglamentos de construcción, mediante el diseño, promoción y promulgación de sanciones federales a todo desarrollador de obras que incurra en una violación de las normas vigentes; coordinar esfuerzos entre los organismos nacionales de vivienda para reducir los costos en los que incurren las personas respecto a los trámites y procedimientos relacionados al otorgamiento de créditos.

Hasta aquí las estrategias y acciones del objetivo prioritario número 2.

El objetivo prioritario 3 denominado: *Fomentar conjuntamente con el sector social y privado, condiciones que propicien el ejercicio del derecho a la vivienda.*

La primera estrategia prioritaria del presente objetivo es incentivar la participación del sector privado y social para mejorar el desarrollo de vivienda adecuada en sus diferentes modalidades.

Las acciones tomadas por el programa son: establecer criterios de operación claros para los programas de estímulo a la vivienda, así como metodologías adecuadas para evaluar el otorgamiento de financiamientos; establecer programas de asistencia e incentivos a productores locales pequeños y medianos, para que al integrarse de forma eficiente a las cadenas de suministro de la vivienda contribuyan a mejorar la asequibilidad y adecuación cultural de ésta; establecer alianzas con las instituciones bancarias y organismos nacionales de vivienda, para promover nuevos mecanismos de financiamiento de créditos con garantía hipotecaria; crear programas integrales, a través de convenios de coparticipación de los tres órdenes de gobierno y el sector privado, para el desarrollo de vivienda asequible y con una mejor ubicación, fortaleciendo el tejido social y el arraigo; diseñar lineamientos para evaluar los modelos de vivienda aprobados e implementados en los municipios, que tomen en cuenta la estructura, localización y accesibilidad; otorgar incentivos para que los sectores privado y social aumenten su participación en la producción de vivienda social asistida y modelos de edificación vinculados a este esquema; trabajar con los sectores privado y social en la identificación de las principales oportunidades para reducir los tiempos de desarrollo de vivienda; fomentar y apoyar la creación de cooperativas de participación

comunitaria que favorezcan el desarrollo de vivienda adecuada para grupos en condición de vulnerabilidad; promover la certificación de cooperativas, empresas sociales y organizaciones de la sociedad civil como Entidades Ejecutoras, de forma que puedan canalizar apoyos para vivienda asequible usando enfoques participativos, solidarios y cooperativos; fomentar iniciativas sociales y empresas especializadas en el mantenimiento de viviendas y conjuntos habitacionales de interés social, apoyando económicamente su actividad para evitar degradación del entorno urbano.

La segunda estrategia prioritaria del presente objetivo es coordinar con el sector privado y social la instrumentación de criterios técnicos para asegurar el acceso a la vivienda adecuada de manera sostenible.

Las acciones tomadas por el programa son: establecer mesas de colaboración con los actores privados y sociales, para que brinden sus perspectivas en la actualización de los lineamientos y criterios técnicos que guiarán el desarrollo y promoción de la vivienda adecuada; establecer un programa de certificación e incentivos del sector privado que permita medir el avance y cumplimiento de los criterios técnicos establecidos; conjuntar a los gobiernos locales y al sector privado en un diagnóstico de procesos respecto a la autorización de proyectos de vivienda, ubicando oportunidades para reducir los costos y tiempos de proyectos de vivienda; promover encuentros regionales y nacionales para el intercambio de experiencias entre los actores del sistema de vivienda, facilitando la difusión de técnicas que agilicen la aplicación de nuevos criterios y lineamientos técnicos; promover la innovación a través de concursos nacionales de vivienda, donde los ejes temáticos se relacionen con los lineamientos técnicos que se busca promover para la provisión de una vivienda adecuada (con enfoque de género, adecuación cultural, diseño vernáculo, entre otros).

La tercera estrategia prioritaria del presente objetivo es generar alianzas estratégicas con el sector privado y social para impulsar el financiamiento de vivienda e infraestructura del país con enfoque en un desarrollo sustentable.

Las acciones tomadas por el programa son: publicar de forma mensual un boletín estadístico que muestre las tasas de interés de hipotecas y otras soluciones financieras para vivienda ofrecidas por cada banco, buscando incrementar la competitividad de los mismos; ampliar la cartera de soluciones y programas regionales, entre otros, enfatizando la construcción de vivienda de interés social; llevar a cabo pruebas de implementación de microcréditos colectivos y fideicomisos de terrenos comunitarios, para evaluar si existen condiciones para su ejecución a escala; diseñar una certificación que se otorgará a aquellos actores privados y sociales que se comprometan a un código de ética y a prácticas transparentes en la gestión y difusión de sus proyectos y que servirá para el otorgamiento de reconocimientos e incentivos; generar incentivos a la banca comercial y a la banca de desarrollo para ampliar la cobertura de financiamientos a grupos en condición de

vulnerabilidad, por ejemplo, a través de tasas preferenciales; promover alianzas estratégicas con organizaciones sociales y comunitarias, incluyendo a instituciones de educación superior, para formar especialistas y realizar investigaciones sobre vivienda y habitabilidad; promover programas de formación y capacitación para asistentes técnicos y para los capacitadores respecto a la producción social de vivienda asistida; colaborar con la banca privada para que brinde financiamiento a la construcción de vivienda para renta; así como generar un diálogo con otros actores del sector privado que contribuyan a evaluar y fomentar la viabilidad de este modelo (por ejemplo, como administradores de propiedades); reforzar el trabajo con la banca comercial y los diferentes fondos, incluyendo el fondo de aportaciones para la infraestructura social.

Hasta aquí las estrategias y acciones del objetivo prioritario número 3.

El objetivo prioritario 4, denominado: *Asegurar el derecho a la información y la rendición de cuentas de todos los actores del sistema de vivienda adecuada.*

La primera estrategia prioritaria de este objetivo es: incentivar procesos que además de eficientes, maximicen la transparencia para con ello reducir los riesgos y costos de la corrupción.

Las acciones tomadas por el programa son: promover la unificación de plataformas existentes de transparencia en la licitación de obras para garantizar imparcialidad y transparencia en el ejercicio presupuestal; realizar convenios con los registros públicos para obtener documentación faltante o deficiente en los créditos en cobranza judicial, de una manera menos onerosa y más eficiente; revisar los casos judiciales en los que existieron irregularidades y con ello evitar desalojos injustificados; coordinar esfuerzos con los organismos nacionales de vivienda para difundir, entre todas las personas, información actualizada y completa sobre las soluciones de vivienda existentes y los apoyos disponibles para acceder a ellas, incluyendo los resultados de la encuesta nacional de vivienda; apoyar a los miembros del sistema de vivienda en la generación de información sobre procesos y trámites de construcción, materiales y políticas de comercialización, de manera que se propongan e impulsen mejoras.

La segunda estrategia prioritaria de este objetivo es: impulsar mecanismos de denuncia ciudadana con el propósito de identificar y prevenir actos de corrupción.

Las acciones tomadas por el programa son: promover la integración de soluciones tecnológicas (por ejemplo, la ventanilla única de Construcción Simplificada de la Comisión Nacional de Mejora Regulatoria) para la denuncia ciudadana, las cuales permitan detectar y evidenciar actos de corrupción de los actores del sistema de vivienda (denuncia anónima, usuario simulado, entre otros); capacitar a gobiernos locales para la implementación de mecanismos que permitan dar seguimiento a las denuncias ciudadanas; coordinar con

la Procuraduría Federal del Consumidor la revisión de los proveedores de materiales de construcción, para asegurar calidad y prevenir abusos en precios (sobre todo en medidas de autoproducción y reconstrucción tras los sismos).

La tercera estrategia prioritaria de este objetivo es fortalecer el marco normativo y garantizar su aplicación para fomentar la transparencia y rendición de cuentas de los organismos involucrados en el ecosistema de vivienda.

Las acciones tomadas por el programa son: desarrollar un registro de proveedores de vivienda en donde exista visibilidad de los propietarios de las empresas, filiales asociadas, entre otros, para inhibir malas prácticas; desarrollar un programa de capacitación –dirigido a personas con una función gubernamental dentro del sector de vivienda– en materia de transparencia y rendición de cuentas, el cual les brinde las herramientas para detectar y denunciar actos de corrupción; colaborar con estados y municipios en un análisis del desarrollo y comercialización de la vivienda para identificar brechas en el cumplimiento del marco normativo y simplificar los procesos; generar esquemas de capacitación y certificación de personas con una función gubernamental en municipales y estatales para hacer un uso eficiente de los recursos de programas con subsidio federal.

Hasta aquí las estrategias y acciones del objetivo prioritario número 4.

El objetivo prioritario 5 denominado: *Establecer un modelo de ordenamiento territorial y gestión del suelo que considere la vivienda adecuada como elemento central de planeación de territorio.*

La primera estrategia prioritaria del presente objetivo es fortalecer las capacidades técnicas y profesionales del Estado para la gestión adecuada del suelo y territorio en los procesos de desarrollo de soluciones de vivienda.

Las acciones tomadas por el programa son: realizar un levantamiento a nivel nacional para caracterizar la problemática de vivienda informal y de vivienda abandonada; complementándolos con estudios que, desde enfoques interdisciplinarios, permitan entender mejor ambas problemáticas y así diseñar soluciones de atención que las mitiguen y prevengan; actualizar el inventario de suelo federal para identificar suelo apropiado para el desarrollo de vivienda, tanto en zonas urbanas como rurales, privilegiando terrenos en zonas consolidadas con acceso a fuentes de empleo y servicios; diseñar y llevar a cabo el registro y medición del número de lotes irregulares de uso habitacional en el país; rediseñar el Registro Nacional de Reservas Territoriales y elaborar nuevos lineamientos para su funcionamiento, analizando estrategias para incrementar y gestionar adecuadamente el uso de reservas territoriales del Estado y las pertenecientes al sector, con el fin de poder ofrecer mayor disponibilidad de vivienda asequible para la población en mayor rezago; fomentar la actualización catastral y registral como mecanismo para la identificación de suelo vacante

o subutilizado y brindar capacitación a municipios sobre herramientas de gestión de suelo que inhiban la especulación; asegurar que, en los procesos de apoyo técnico a los planes de desarrollo urbano municipal, se integren criterios y capacitaciones para promover zonas habitacionales con disponibilidad de servicios y buena ubicación, sensibilizando además respecto a la importancia de usos mixtos y proximidad al transporte público; promover la integración del sistema de información territorial y urbano para que incorpore indicadores de ubicación relativos a: áreas prioritarias de desarrollo, zonas de riesgo, áreas naturales protegidas y zonas de patrimonio histórico, para contribuir a la planificación urbana y territorial de los municipios; coordinar la articulación de los programas de vivienda con los de movilidad y transporte, tomando en cuenta la localización de la vivienda.

La segunda estrategia prioritaria del presente objetivo es priorizar la ubicación como criterio para el desarrollo de vivienda y así fomentar la consolidación de ciudades compactas, conectadas, integradas e incluyentes para prevenir la fragmentación socioespacial.

Las acciones tomadas por el programa son: generar mecanismos e instrumentos normativos que propicien la redensificación habitacional al interior de la ciudad, respetando la capacidad de carga y alineando la política crediticia con el modelo de ciudad, compacta, conectada establecido por cada de ciudad; crear los instrumentos para la incorporación de terrenos intraurbanos baldíos y subutilizados a la oferta de vivienda adecuada sustentable (por ejemplo, mediante la creación de fideicomisos); integrar un formato de diagnóstico que considere la información de los perímetros de contención urbana como apoyo y referente para asegurar una adecuada ubicación de toda vivienda apoyada por subsidios y financiamientos del Estado, perfeccionando el diseño y proceso de aplicación; incentivar la ocupación de terrenos baldíos o predios vacantes en zonas intraurbanas con infraestructura y servicios, combatiendo la especulación; incentivar la colocación de hipotecas en los perímetros de contención urbana 1 y 2 para promover la ocupación y recuperación de centros históricos o zonas centrales, minimizando la probabilidad de abandono y disminuyendo la dependencia en el vehículo particular; impulsar proyectos de desarrollo de uso mixto en suelo federal dirigido a vivienda adecuada, siempre y cuando cumpla con criterios de ubicación y acceso a oportunidades de empleo, infraestructura, servicios y soluciones de movilidad; priorizar el otorgamiento de subsidios, en función de la existencia de planes y proyectos de movilidad sustentable en estados y municipios; favoreciendo la conexión entre el transporte público y la vivienda para la población de menores ingresos; fomentar programas que promuevan acciones de redensificación de la vivienda, bajo un modelo de ciudad compacta, conectada e integrada; promover entre los organismos nacionales de vivienda y sus delegaciones estatales, la incorporación de criterios estrictos en el otorgamiento de créditos, que frenen el desarrollo en zonas en condiciones de marginación y carentes de conexión con el entorno urbano, evitando así inseguridad urbana.

La tercera estrategia prioritaria del presente objetivo es aplicar los mecanismos de gestión del suelo establecidos por Secretaría de Desarrollo Agrario, Territorial y Urbano en el desarrollo de vivienda, para con ello garantizar un desarrollo sustentable del suelo habitacional.

Las acciones tomadas por el programa son: realizar acciones de regularización de asentamientos humanos en propiedad (por ejemplo, en propiedad social) que tengan condiciones para desarrollar vivienda sustentable; generar un diagnóstico a profundidad en el tema de tenencia segura, que explique sus causas y consecuencias; aplicar la política nacional de suelo en el desarrollo de proyectos integrales de vivienda, impulsando con ello el desarrollo de políticas, normas urbanísticas y procedimientos eficaces y eficientes de acceso al suelo; en coordinación con los procesos de actualización catastral, ubicar polígonos donde se impulsarán pruebas de implementación demostrativas de instrumentos de suelo que fortalezcan la asequibilidad, habitabilidad y ubicación de la vivienda (por ejemplo, reagrupamiento parcelario y transferencia de potencialidades); promover los procesos de conformación de inmobiliarias ejidales y sociales, así como convenios que sirvan para incorporar suelo a proyectos urbanos y rurales de manera sustentable; instrumentar un registro nacional de consultores certificados para la elaboración de planes de desarrollo urbano; reconfigurar los perímetros de contención urbana para alinear el instrumento a la nueva política de vivienda y de desarrollo urbano; coordinar con las dependencias de la Administración Pública Federal y los gobiernos locales, acciones para otorgar certeza jurídica sobre la vivienda y así garantizar la situación patrimonial de las personas.

La cuarta estrategia prioritaria del presente objetivo es gestionar integralmente el riesgo en asentamientos humanos ante eventos perturbadores en el desarrollo de soluciones de vivienda para reducir su vulnerabilidad.

Las acciones tomadas por el programa son: generar un programa en coordinación con otras dependencias federales, estatales y municipales para la reubicación de asentamientos humanos en zonas de alto riesgo y de alto valor ecológico; diseñar y ejecutar limitaciones en el otorgamiento de subsidios federales a desarrollos en zonas catalogadas como de conservación o alto riesgo; mejorar la calidad de la asistencia técnica a municipios afectados por desastres por fenómenos naturales (por ejemplo, mediante técnicos mejor capacitados y remunerados) e implementar un sistema de seguimiento puntual a todos los apoyos brindados con este fin; brindar asistencia técnica a estados y municipios para fortalecer la revisión y verificación de sus proyectos de expansión urbana y de desarrollo de vivienda, para asegurar que incluyan un enfoque de manejo integral del riesgo; coordinar con el centro nacional de prevención de desastres la generación de información geoestadística sobre la vulnerabilidad de las viviendas por su ubicación y tipo de construcción ante eventos perturbadores, que esté vinculado a los programas de desarrollo urbano; coordinar con el centro nacional de prevención de desastres la difusión de información a la población vulnerable respecto a eventos perturbadores y posibles riesgos, así como las mejores prác-

ticas de construcción para mitigarlos; promover el uso de atlas de riesgo como herramienta para orientar la ubicación de las acciones de vivienda, mediante su mejora en calidad y nivel de resolución para que sean instrumentos útiles a la toma de decisiones.

Hasta aquí las estrategias y acciones del objetivo prioritario número 5.

3. INICIATIVA DE LAS CIUDADES PRÓSPERAS

ONU-Hábitat¹¹ diseñó una metodología llamada Iniciativa de las Ciudades Prósperas (CPI, por sus siglas en inglés) la cual fue elaborada para entender, analizar, planificar, tomar acción y observar los efectos de las políticas públicas en el bienestar ciudadano. Mediante indicadores obtenidos a partir de información confiable, el CPI es una radiografía de la complejidad urbana, traduce el bienestar en una métrica medible, y mide la eficiencia de la ciudad y el efecto de las políticas públicas en el tiempo.

4. CONCLUSIÓN

A lo largo del presente trabajo pudimos advertir que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado, incluida una vivienda adecuada. A pesar del lugar fundamental que ocupa este derecho en el sistema jurídico mundial, el número de personas que no cuentan con una vivienda adecuada excede holgadamente los mil millones. Además, millones de personas más sufren todos los años desalojos forzosos o son amenazadas con desalojos forzosos de sus hogares.

También logramos percibir que el Programa Nacional de Vivienda 2019-2024 es pionero en el mundo por su alineación a los criterios de vivienda adecuada de la ONU; sus objetivos y estrategias. Así como que el programa considera fundamentalmente tres principios rectores del Plan Nacional de Desarrollo 2019-2024 a través de sus objetivos específicos a saber: Honradez y honestidad, El mercado no sustituye al Estado, No dejar a nadie atrás, no dejar a nadie fuera.

Por último y no por ello menos importante, conseguimos percatar que el objetivo general del programa es garantizar el derecho humano a la vivienda adecuada con la

¹¹ ONU-HABITAT. *Índice de las ciudades prósperas, CPI*. México, 2018. Disponible en: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/indice-de-las-ciudades-prosperas-cpi-mexico-2018>. Acceso en: 1 jun. 2023.

participación de los diferentes actores públicos, privados y sociales, a través del rediseño del marco institucional y el desarrollo de esquemas financieros, cuyo enfoque planeado e integrado al territorio, prioriza la atención al rezago habitacional y a la población históricamente discriminada.

REFERENCIAS

INFONAVIT; FUNDACIÓN IDEA *¿Qué funciona y qué no funciona en vivienda?: identificación y documentación de buenas y malas prácticas en el desarrollo de vivienda*. Ciudad de México: CIDS, Infonavit, 2018. Disponible en: <https://infonavit.janium.net/janium/Documentos/68473.pdf>. Acceso en: 10 mayo 2023.

INFONAVIT. *Reporte anual de vivienda 2019*. Componentes del PIB de la vivienda 2010-2017. 2019. Disponible en: <https://portalmx.infonavit.org.mx/wps/wcm/connect/6a22332f-f9fe-4f17-8d93-9efc959086b2/ReporteAnualVivienda2019.pdf?MOD=AJPERES&CVID=mW5tCKM>. Acceso en: 10 abr. 2023.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA Y GEOGRAFÍA – INEGI. *Encuesta intercensal 2015*. Tabulados predefinidos, vivienda 2015. México: INEGI, 2015. Disponible en: <https://www.inegi.org.mx/programas/intercensal/2015/default.html#Tabulados>. Acceso en: 11 mayo 2023.

MÉXICO. Dirección de Información y Comunicación Social. *10 años de medición de pobreza en México, avances y retos en política social*. Comunicado de prensa n. 10. Ciudad de México, 5 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf. Acceso en: 06 abr. 2023.

MÉXICO. Programa nacional de vivienda (PNV) 2019-2024. *Sociedad Hipotecaria Federal*, 28 nov. 2019. Disponible en: <https://www.gob.mx/shf/documentos/plan-nacional-de-vivienda-pnv-2019-2024>. Acceso en: 26 mar. 2023.

ONU-HÁBITAT. El derecho a una vivienda adecuada. *Folleto informativo*, n. 21, rev. 1, [S.d.]. Disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Publications/FS21_rev_1_Housing_sp.pdf. Acceso en: 25 mar. 2023.

ONU-HABITAT. *Índice de las ciudades prósperas, CPI*. México, 2018. Disponible en: <https://onuhabitat.org.mx/index.php/indice-de-las-ciudades-prosperas-cpi-mexico-2018>. Acceso en: 1 jun. 2023.



POLÍTICAS PÚBLICAS: MANEJO INTEGRADO Y GOBERNANZA DEL RECURSO HÍDRICO

Juan Blas Arriaga Huerta¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Reforma constitucional en materia de agua; **3.** Reto para el derecho administrativo en materia de agua; **4.** Hacia una nueva gobernanza del agua; **5.** Gobernanza del agua y conflictos por el agua; **6.** Gobernanza y capacidad institucional; **7.** Autonomía del derecho al agua; **8.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Ante todo, el agua es un bien común cuya gestión idónea es consecuentemente participativa según principios de solidaridad, cooperación mutua, equidad, acceso colectivo y sostenible. Así caracterizada el agua como bien común resulta incompatible con esquemas de apropiación mercantil que sucede en el marco de las políticas públicas sobre la materia en México favorecido por un endeble mecanismo jurídicos que minan el bienestar colectivo e inequidad respecto a el acceso a este vital recurso.

En tal sentido, se advierte la relevancia de una tutela, aprovechamiento, protección y uso sostenible del agua precisándose una política pública con perspectiva de gestión integral del recurso hídrico fincado en principios de integración, participación ciudadana,

¹ Doctor en derecho UNAM y doctor en ciencias administrativas. Profesor de derecho público en División de Ciencias Jurídicas DA Facultad de Estudios Superiores Acatlán, Universidad Nacional Autónoma de México.

sostenibilidad ambiental y equidad social. Será indispensable reorganizar con transparencia y coherencia la institucionalidad pública y las atribuciones relativas al agua impulsando los procesos implicados desde la planificación hasta la ejecución de la gestión, incorporando en la normativa instrumentos de gestión y participación que signifiquen un aprendizaje por buenas prácticas.

Desde la creación de la Ley de Aguas Nacionales en 1992 la política de la gestión del agua en México ha evolucionado hasta incorporar tíbiamente la participación de los actores sociales en el proceso de toma de decisiones; dicho esquema de gobernanza del agua representa un espacio que oscila en su ejercicio entre la eficiencia de la toma de decisiones y la ineficacia de la participación pública.² Nuestro estudio profundizará en los factores que repercuten en la participación como son ideas y valores relacionados con las posturas de los actores involucrados, los intereses que apoyan esas ideas, valores y posturas, para luego ponderar las interrelaciones de los factores institucionales abordados.

2. REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE AGUA

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos desde febrero de 2012 dispone el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico de manera suficiente, salubre, aceptable y asequible, ordenando al Estado garantizar tal derecho; reconociéndose así un avance para el desarrollo de las poblaciones al mandar conservar la vida del individuo y su derecho al medio ambiente como referente de conservación y crecimiento. Es decir que el acceso a los servicios básicos de agua y saneamiento al concebirse como un derecho fundamental el Estado adquiere el imperativo de dotar dichos servicios a la población de forma general sin discriminación alguna, sin anteponer como justificación restricciones presupuestales. En cuanto al ambiente gobiernos y sociedad actuarán colaborativamente en aras de un uso y aprovechamiento sustentable proyectando un mejoramiento de la calidad de vida sin olvidar alcanzar a futuras generaciones.

La invocada reforma Constitucional instruyó al Congreso mexicano expedir una Ley General de Agua dentro de 360 días. No obstante a la fecha 2023 no se ha legislado por

² ENTREVISTA 1. Integrante del Consejo de Ejidos y Comunidades Opositores a la Presa La Parota (CECOP), abr. 2023.

falta de consenso, incurriendo el poder legislativo en desacato según resoluciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación³.

Desde septiembre de 2012 a la fecha han existido más de una docena de iniciativas para emitir una Ley General de Agua principalmente en la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión. A tal fin, la Comisión de Recursos Hidráulicos, impulsó un cúmulo de foros regionales en la materia. Un primer ejercicio se caracterizó por el compromiso de la participación de todos para un examen analítico y pormenorizado de los retos implicados con el propósito de salvaguardar el derecho legítimo humano al agua establecido en el artículo 4 Constitucional. Para el año 2015 se adoptó un enfoque crítico para la configuración de la Ley trabajando conjuntamente las Comisiones Unidas de Recursos Hidráulicos, de Agua Potable y Saneamiento y de Agricultura y Sistemas de Riego; se destaca el reconocimiento hecho de los enormes problemas del agua en México atinentes al otorgamiento en exceso de concesiones de agua superficial y subterránea; agotamiento de niveles y almacenamiento del agua subterránea; reducción de capacidad de presas; contaminación de cuerpos de agua superficial y subterránea; Salvaguarda de humedales y cuerpos de agua omitidos de Gestión Integrada de Recursos Hidráulicos; impacto del cambio global en alteración del ciclo hidrológico y crecimiento crítico de situaciones de emergencia por desastres; conflictos latentes en cuencas y acuíferos transfronterizos; estadística de población con requerimientos urgentes de agua ; desafío para cumplir con compromisos sobre desarrollo sostenible; uso ineficiente de agua; incapacidades institucionales y personal apto; marco jurídico complejo y no armonizado dificultado para implementar; recursos precarios para concretar una investigación de punta, establecer la participación de la Federación, los estados, el Distrito Federal, los municipios y la ciudadanía para garantizar el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico de manera suficiente, salubre, aceptable y asequible, y la regulación de aguas nacionales. A pesar del rico contenido de la discusión legislativa, respecto del dictamen prevaleció una radical oposición por parte de la sociedad civil, la cual mayoritariamente opinó que el legislador quería favorecer privatizar el sector hídrico y restringir la garantía de acceso a fuentes de agua segura⁴.

³ MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). *Controversias constitucionales 138/2020*. Promovida por el Municipio de Ojinaga; 47/2020, promovida por el Municipio de López; 48/2020, promovida por el Municipio de Coronado; 50/2020, promovida por el Municipio de Santa Bárbara; 60/2020, promovida por el Municipio de San Francisco de Conchos; 149/2020, promovida por el Municipio de Riva Palacio; 154/2020, promovida por el Municipio de Matachí; 77/2020, promovida por el Municipio de Guadalupe y Calvo; 59/2020, promovida por el Municipio de Chinipas; 68/2020, promovida por el Municipio de Maguarichi; y 150/2020, promovida por el Municipio de Ocampo, todos del Estado de Chihuahua, en contra del Congreso de la Unión y otra autoridad. Ciudad de México, 8 sep. 2020. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2020-09-23/MP_ContConst-138-2020.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.

⁴ ENTREVISTA 2. Miembro del Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario, A.C. (IMDEC), abr. 2023.

Una Legislatura posterior, se organizaron Foros Regionales planteando desafíos y propuestas fundamentales regionales, preconizando una Ley General de Aguas construida según los rasgos singulares y geográficos de cada entidad federativa guardando distancia con intereses individuales, sectoriales, políticos y económicos.

La configuración de la nueva Ley debería incluir mecanismos sobre la eficacia de la Ley y sanciones por su incumplimiento⁵; regular para superar el conflicto arrastrado de propiedad del agua con los pueblos originarios; salvaguardar la transversalidad del Derecho Humano al Agua y el saneamiento; fijar la bases del ordenamiento ecológico por cuencas; garantizar un presupuesto suficiente acorde a la realidad del sector hídrico; contemplar un sistema de concesiones pro ambiente y en beneficio de la sociedad; disponer corresponsabilidad para una gestión integral del agua; adoptar una perspectiva de cuencas hidrológicas; revalorar las entidades sociales o comunitarias en su rol de prestadores de servicios de agua, entre otros rubros.

La falta de expedición de una nueva Ley condicionó para que la ciudadanía en febrero de 2020 presentara una iniciativa ciudadana destacando fundamentalmente la mala distribución, la privatización y el cuidado y acceso de este vital líquido, concentrándose 12 principales propuestas: una Agencia Nacional del Agua; Interacción subjetiva ciudadanos y gobiernos sobre planeación y gestión; Planes Rectores de Cuenca insumos de planeación territorial teniendo como eje a los derechos humanos y los diferentes sectores sociales; herramientas de prevención, precaución y protección; planes locales de agua potable, alcantarillado y saneamiento obligatorios; sistemas de información, monitoreo y alerta de cuencas y aguas; reconfiguración del régimen de Derechos sobre aguas nacionales; anteponer la infraestructura hídrica necesaria para garantizar derechos al agua y a la seguridad hídrica articulando políticas impositivas y presupuestarias intergubernamentales; creación de una Contraloría Social del Agua, una Procuraduría del Agua y Ambiente y una Defensoría Pública del Agua y Ambiente; salvaguarda del agua de cualquier tratado o acuerdo de libre comercio, entre otros⁶. Desafortunadamente, este último gran esfuerzo legislativo y ciudadano no ha sido concretado a la fecha.

Sumado a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en enero de 2022 (Controversia constitucional 47/2020) reiteró que el Congreso de la Unión ha incurrido en una omisión legislativa absoluta en atribuciones de ejercicio obligatorio por no haber expedido la Ley General de Aguas mandato contenido en el artículo 4º, párrafo sexto, de la Constitución, en relación con el tercero transitorio del decreto que dio origen a dicha disposición, publicado el 8 de febrero de 2012. De la misma forma, a partir de los efectos de las

⁵ ENTREVISTA 3. Integrante Red Ciudadana del Agua, mayo 2023.

⁶ ENTREVISTA 5. Integrante de la Coordinadora de Trabajadores en Defensa del Carácter Público del Agua, mayo 2023.

controversias donde se impugnó la señalada omisión legislativa, la SCJN conminó una vez más al Congreso de la Unión a expedir la Ley General de Aguas durante el próximo periodo ordinario de sesiones que finalizó el 20 de abril del presente limitándose el legislador a modificar la Ley Nacional de Aguas.

3. RETO PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO EN MATERIA DE AGUA

Pero, ¿por qué es tan relevante renovar la legislación?⁷ La discusión sobre la nueva Ley General de Aguas precisa abordar ciertos temas prioritarios para mejorar la gestión del recurso entre otros, la falta de actualización y armonización de disposiciones para otorgar títulos de concesión y su vigencia que va de 5 a 30 años sin contar con un proceso transparente para transferirla a un tercero cuando el usuario original ya no la necesite, promoviendo indeseables prácticas sobre el uso de un volumen superior al concesionado o modificar el uso sin autorización del concedente por ejemplo, de un uso agrícola autorizado se usa para fines industrial, comercial o servicios, dado que una concesión agrícola no paga derechos por el agua excepto cuando el volumen extraído rebasa el autorizado por la concesión, pero aun así el monto a pagar es muy reducido.

Se precisa de un eficiente monitoreo de los títulos para el aprovechamiento de agua registrados en el Registro Público de Derechos de Agua, pues un alto porcentaje no cuentan con medidor y también la mayoría de los medidores instalados no han sido verificados, motivando un uso desmedido y propiciando tomas clandestinas significando una pérdida relevante de cantidad de agua potable. Se requiere mayor vigilancia ya que han disminuido a casi la mitad las visitas de inspección para fiscalizar el correcto uso del agua⁸.

Es claro entonces, que la gestión del agua es un tema tan importante como cualquiera relativo a los recursos naturales de un país susceptible de debate y divergencia. Un marco legal y regulatorio más actualizado y armonizado no resolverá por sí solo los desafíos de la gestión del agua, siendo una condición indispensable para trazar el rumbo hacia sistemas hídricos más eficientes que garanticen el acceso al agua para todos los ciudadanos.

⁷ ENTREVISTA 4. Miembro de la Red de Género y Medio Ambiente, mayo 2023.

⁸ CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Saneamiento del agua en León, Guanajuato: revisión de los conflictos desde el enfoque de la gobernanza ambiental democrática. In: TORREGROSA, María Luisa (coord.). *El conflicto del agua*. México: FLACSO, 2017. p. 2-14.

Ahora bien, cabe advertir que la reforma a la Ley de aguas nacionales de 1992, publicada el día 8 de mayo de 2023 incumple el mandato constitucional, dado que el artículo transitorio del que emana su creación exige no limitar su alcance a regular únicamente el DHAS, ya que claramente se refiere a crear una Ley General de Aguas, abarcando todas las aguas comprendidas en el territorio nacional, consideración directa con la redacción del párrafo sexto del artículo 4to constitucional que mandata al Estado a definir, por medio de una Ley General, las bases, apoyos y modalidades para el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos sin restringir la disposición a los recursos hídricos utilizados para el uso personal y doméstico fijando la participación de la Federación, entidades federativas y municipios, así como la participación de la ciudadanía para el logro de tales fines. Resultando evidente que la referida reforma a la Ley de Aguas Nacionales no significa avance alguno, ya que la coexistencia de una Ley de Aguas Nacional y la de una Ley General de Aguas -aún no emitida, pero que resolvió la Corte mexicana en consecuencia-, conllevaría conflictos de aplicación de la normativa respecto a su eficacia y operatividad, entre muchos otros renglones debido a sus lineamientos incompatibles pues cada ley incorpora diversos enfoques de gestión del agua favoreciendo continuidad a una dispersión normativa imposibilitando un control efectivo del agua, cuando la expectativa es que una Ley General del Agua herramienta única que interprete y regule de manera holística las disposiciones contenidas en el párrafo sexto del artículo 4º constitucional: el derecho al acceso, disposición y saneamiento de agua para consumo personal y doméstico, así como el acceso y uso equitativo y sustentable de los recursos hídricos.

4. HACIA UNA NUEVA GOBERNANZA DEL AGUA

La iniciativa ciudadana para una Ley General del Agua forja centralmente un rediseño institucional,⁹ considerando que la reforma al Artículo 4º Constitucional de 2012 exige una ley que sitúe a la participación ciudadana juntamente con la de los tres niveles de gobierno. En tal sentido, la superación de las crisis del agua descansa totalmente en la construcción de instancias participativas que consigan el consenso de planes y recomendaciones necesarios para una transición rumbo al acceso equitativo y sustentable al agua respetando los derechos humanos y los derechos de pueblos indígenas; siendo entonces

⁹ MÉXICO. Cámara de Diputados. *Exposición de motivos*. Decreto por el que se expide la ley general de aguas. *Gaceta Parlamentaria*, martes, 14 abr. 2020. Disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/04/asun_4030809_20200414_1586888521.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 7-19.

condición indispensable la democratización de las instancias decisorias sobre el agua para que la política hídrica tenga como referente el bien común¹⁰.

Por consiguiente, una Ley General de Aguas contemplará la construcción, composición y funcionamiento de las instancias consensadas de los planes y recomendaciones para aguas y cuencas y sistemas de agua y saneamiento. Los servidores públicos de los tres niveles de gobierno participarán en la confección de planes y recomendaciones para ejecutarlos según mecanismos de precisa asignación de responsabilidades; una Contraloría Social del Agua vigilante de dicho cumplimiento. Tal contenido normativo e institucional apuntados retoma el aprendizaje de largo plazo construido por la experiencia de Comités y Comisiones de micro y subcuenca, del asesoramiento a Comités Técnicos de Aguas Subterráneas y de la participación en Consejos de Cuenca y en observatorios de sistemas municipales^{11, 12}. Insumos ausentes en la normativa vigente comprenden representaciones amplias y legítimamente construidas, facultades reales de dichos espacios consultivos para enfrentar crisis hídricas regionales, y control efectivo por parte de Organismos de Cuenca sobre las mencionadas instancias, entre otros.

Una nueva Ley deberá contener las bases para la construcción de una institucionalidad enfocada en una planeación consensada multinivel en todo el país orientándose a un manejo integral hídrico.

A dicho tenor, la gobernanza en este análisis comprende un proceso complejo de interacciones y negociaciones de intereses, frecuentemente contrapuestos, entre distintos actores condicionando formas y modalidades específicas para adoptar decisiones y ejercer poder¹³. Es claro que los actores gubernamentales no son los únicos actores, tampoco los protagonistas en el ejercicio del poder al adoptar decisiones.

Así, la visión de gobernanza reconoce que hay múltiples actores parte y participantes de la construcción de una decisión fomentando y en ciertos casos, llegando a formalizar mecanismos de comunicación y diálogo con el propósito de tomar decisiones conjuntamente. Dicho marco también reconoce a cada actor con diferentes recursos; contrastantes perspectivas, con diversidad de recursos técnicos, financieros o de información; sin olvidar

¹⁰ TOLEDO, Víctor M.; GARRIDO, David; BARRERA-BASOLS, Narciso. Conflictos socioambientales, resistencias ciudadanas y violencia neoliberal en México. *Ecología Política*, n. 46, p. 115-124, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548815.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

¹¹ ENTREVISTA 2. Miembro del Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario, A.C. (IMDEC), abr. 2023.

¹² ENTREVISTA 3, Integrante Red Ciudadana del Agua, mayo 2023.

¹³ BECERRA PEREZ, Mariana; SAINZ SANTAMARIA, Jaime; MUÑOZ PINA, Carlos. Los conflictos por agua en México: diagnóstico y análisis. *Gestión y Política Pública*, v. 15, n. 1, p. 111-143, 2006. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1405-10792006000100111&lng=pt&nrm=iso. Acceso en: 16 oct. 2023.

distintos niveles de legitimidad y poder de cada actor en la decisión¹⁴. Asumiendo que el tema del agua es de suyo complejo y multidimensional con variedad de actores, cada uno representando una parte del todo, por ejemplo un solo actor cuenta con información parcial de todo el contexto (Ciudadanos, gobierno, usuarios, autoridades federales, estatales y locales). No obstante, se identifica una variable piedra angular de cualquier decisión adoptada como son los ciclos naturales (ciclos hídricos) condicionados por la racionalidad del funcionamiento de los ecosistemas regidos por leyes naturales de complicada alteración, estos consecuentemente deben ser el eje de las decisiones acorde a una política de gobernanza hídrica integral¹⁵.

En tal dirección, los conflictos socioambientales acerca del agua representan problemas de índole pública resultando indispensable incorporarlos a la agenda de gobierno desde la prevención hasta su resolución o mediación recibiendo en cualquier caso un tratamiento multidimensional sin desconocer su carácter conflictivo del agua como bien común de requerimiento creciente y escaso en la realidad hídrica nacional. Esos conflictos entrañan un espectro grande de actores interesados en los procesos de toma de decisiones respecto al agua, espacio político caracterizado por un desequilibrio sustantivo de poder motivado por condiciones singulares biofísicas y ecológicas contingentes dentro de un escenario acentuado por variabilidad climática precisándose de procesos participativos e incluyentes¹⁶. Entendida así, la gobernanza se erige como pilar de una sostenibilidad que implique el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de las generaciones futuras para satisfacer sus necesidades propias en torno a los ejes de la economía, la sociedad y el ambiente de modo equitativo. De esta manera, se tiene a la gobernanza como un nuevo modo de coordinación social multinivel, cimentado en un sistema de instituciones tanto formales como informales representadas por políticas, leyes, regulaciones y normas sociales y esquemas de organización por medio de mecanismos de negociación y deliberación coordinando la toma de decisiones colectivas en distintos niveles, construidas según referentes de eficiencia, equidad y sostenibilidad en el uso y gestión de los recursos hídricos¹⁷. Durante el proceso es básico una práctica horizontal del

¹⁴ BAKKER, Karen. *Privatizing water: governance failure and the world's urban water crisis*. New York: Cornell University Press, 2010. p. 39-61.

¹⁵ BARKIN, Davis (coord.). *La gestión del agua urbana en México: retos, debates y bienestar*. México: Universidad de Guadalajara, 2006. Disponible en: <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/01/la-gestion-del-agua-urbana-en-mexico.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 22-42.

¹⁶ TORTAJADA, Cecilia. Water governance: some critical issues. *International Journal of Water Resources Development*, v. 26, n. 2, p. 297-307, jun. 2010. Disponible en: <https://thirdworldcentre.org/wp-content/uploads/2015/04/Water-Governance-Some-Critical-Issues.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

¹⁷ TOLEDO, Víctor M.; GARRIDO, David; BARRERA-BASOLS, Narciso. Conflictos socioambientales, resistencias ciudadanas y violencia neoliberal en México. *Ecología Política*, n. 46, p. 115-124, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548815.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

poder articulando a todos los actores involucrados con apoyo en información oportuna y efectivo acceso a recursos, financiamiento, derechos, y sobreponer al bienestar colectivo respecto de intereses particulares.

Aunque la gobernanza importa un proceso a largo plazo, su logro requiere forjar una estrategia de planeación y construcción, igualmente para modificarla o reconfigurarla según objetivos, modalidades de organización de los actores en función de la acción colectiva, los mecanismos legales, efectividad de las instituciones y contexto sociopolítico-cultural¹⁸. En adición, la gobernanza incluye también procesos de generación de acuerdos en el marco de mecanismos de cumplimiento de lo acordado, sanciones, estas con el ánimo de inhibir o disminuir conflictos, o inclusive la resolución de los mismos.

5. GOBERNANZA DEL AGUA Y CONFLICTOS POR EL AGUA

En materia de conflictos relativos al agua, la visión de gobernanza es fundamental ya que permite conocer los esquemas de arreglos institucionales entre actores que en cada caso concreto pueden representar escollos u oportunidades para activar procesos de cooperación y colaboración entre actores no gubernamentales¹⁹. Aquí la gobernanza del agua comprende procesos complejos latentes en arreglos institucionales desenvueltos por actores involucrados en la gestión y toma de decisiones en materia hídrica. Los implicados procesos van desde espacios políticos, económicos y administrativos, ambientales, sociales, culturales alcanzando estrategias, herramientas, acciones y políticas para indicar lineamientos de uso, asignación y manejo del agua, procedimientos jurídicos atinentes a responsabilidades y funciones de los actores participantes en los procesos de gestión del agua. Es decir, la gobernanza del agua se asocia a la creación y diseño de políticas y estrategias socialmente avaladas suponiendo los intereses de todos los actores afectados; así la gobernanza como proceso social sirve como una especie de mediador de conflictos a condición que se cuente con elementos propiciadores de coordinación, cooperación y

¹⁸ WEDEL, Janine R.; HUSSAIN, Nazia; DOLAN, Dana A. *Political rigging. A primer on political capture and influence in the 21st century*. Boston, United States: Oxfam America, 2017. Disponible en: https://s3.amazonaws.com/oxfam-us/www/static/media/files/Oxfam-ResearchBackgrounder-Pol__Rigging_-_Version_3_-_3_April_2017.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.

¹⁹ PACHECO-VEGA, Raúl; DENZIN, Christian; TABOADA, Federico (ed.). *El agua en México. Actores, sectores y paradigmas para una transformación social-ecológica*. Ciudad de México: Friedrich-Ebert-Stiftung, Proyecto Regional Transformación Social-Ecológica, 2017. Disponible en: <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2018/04/El-agua-en-Mexico.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 27-35.

consenso; se habla de la acción colectiva orientada a la sostenibilidad ambiental enfocada en la prevención de la contaminación de los cuerpos hídricos y sobreexplotación y reducción del recurso. La gobernanza del agua es una alternativa de gestión y una posibilidad de superar los temas relacionados técnicos y de financiamiento originados a partir del vigente esquema jerárquico y centralizado de toma de decisiones en el uso y ordenación del agua²⁰.

En dicha línea de pensamiento, al discurrir sobre la crisis del agua se precisa que su origen puede ubicarse justamente en una crisis de la gobernanza, de ahí que los problemas y conflictos que acompañan al recurso parten de aspectos asociados al diseño y desempeño de las instituciones responsables de gestionar los recursos hídricos, lo cual verifica a la gobernanza como idónea alternativa para resolver la problemática existente fomentando y asegurando la participación social en los procesos de gestión del agua tanto de la ciudadanía pero también del sector privado, el cual juega un papel creciente en los procesos de uso y manejo del agua siguiendo una lógica mercantil del recurso, esto potenciando variadas clases de escenarios conflictivos y confrontaciones, además de otros actores eventualmente agregados²¹.

Las realidades imperantes han impuesto ciertos elementos en la idea de gobernanza, ya recuperados, modificados, o incluso incorporados reflejándose principalmente en la visión de una Gestión Integrada de Recursos Hídricos (GIRH), enfoque cimiento del paradigma político de gestión de agua en las últimas décadas en México con el fin de enfrentar problemáticas inherentes a disfunción de dispositivos estatales y la burocracia predominante en el sector agua buscando incorporar actores no estatales, igual mecanismos de mercado incidiendo mayormente una visión contrapuesta a un deseable ejercicio democrático de los intervinientes, abonando de esa manera a una lógica de mercado de la gestión del recurso²².

Cabe destacar dentro del marco de gobernanza del agua el insumo de una distribución equitativa en el uso y gestión del agua, beneficios resultantes justamente de los arreglos institucionales y relaciones de poder horizontales sumado a la efectividad de mecanismos de representación y participación social inclusivos. Se implica de un proceso adaptativo y flexible aparejado a un margen de incertidumbre en las estrategias de gestión

²⁰ TORTAJADA, Cecilia. Water governance: some critical issues. *International Journal of Water Resources Development*, v. 26, n. 2, p. 297-307, jun. 2010. Disponible en: <https://thirdworldcentre.org/wp-content/uploads/2015/04/Water-Governance-Some-Critical-Issues.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

²¹ CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Saneamiento del agua en León, Guanajuato: revisión de los conflictos desde el enfoque de la gobernanza ambiental democrática. In: TORREGROSA, María Luisa (coord.). *El conflicto del agua*. México: FLACSO, 2017. p. 2-14.

²² CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Saneamiento del agua en León, Guanajuato: revisión de los conflictos desde el enfoque de la gobernanza ambiental democrática. In: TORREGROSA, María Luisa (coord.). *El conflicto del agua*. México: FLACSO, 2017. p. 12-19.

y manejo del agua al tratarse de procesos naturalmente complejos e interactivos en una disposición de prueba y error, de aprendizaje continuo pro-esquemas de gobernanza incrementalmente robustos.

No debe soslayarse el renglón de la propiedad de derechos sobre recursos hídricos al fincar jurídicamente la administración y gestión del agua entre todos los participantes por igual ya que desafortunadamente el reparto de beneficios según el parámetro normativo vigente ha sido causa de conflictos irresolutos; asimetría de poder que facilita la captura de derechos desaseando lo que animó la confección del sistema legal²³.

Con frecuencia, los procesos de formalización e interpretación de derechos tocantes al agua minimizan aristas relevantes en la gestión del agua generando conflictos, inclusive, a veces paradójicamente podría advertirse una formalización de dichos derechos innecesaria o inefectiva y entonces contraria a garantizar un acceso equitativo al recurso; siendo la cuestión delinear los mecanismos de transferencia de derechos entre usuarios y poder establecer si es en correspondencia a un interés común o particular.

6. GOBERNANZA Y CAPACIDAD INSTITUCIONAL

¿Existe una capacidad de los órganos públicos y de las personas para articularse a una institucionalidad que haga operativa una gestión integrada del agua?²⁴ Para dar respuesta a tal interrogante se pasa a desarrollar tres factores que impactan en uno u otro sentido el espacio social de la gobernanza como son el factor de no garantía de estado de derecho, factor de configuración neoliberal de la política hídrica y otras relacionadas, y el factor de Desinformación sobre el recurso agua.

En cuanto al renglón de la no garantía de estado de derecho representa una situación general de México caracterizada por una deficiente aplicación de la ley a partir de intereses organizados poco regulados, régimen político, estructura institucional, y un conjunto de procesos sociales que condicionan la concreción de decisiones colectivas; incidiendo en la gobernanza del agua, donde interactúan diversos intereses respecto al agua radicalizando posturas abonando vicios del régimen de ilegalidad de usos del recurso,

²³ ENTREVISTA 5. Integrante de la Coordinadora de Trabajadores en Defensa del Carácter Público del Agua, mayo 2023.

²⁴ MORENO VÁZQUEZ, José Luis. Deterioro y conflictividad del agua en México: una mirada desde el norte. In: GRAIZBORD, Boris; ARROYO ALEJANDRE, Jesús (coord.). *Agua, el futuro ineludible*. México: Universidad de Guadalajara, 2019. p. 18-40.

favoreciendo la corrupción y el populismo, sembrando la semilla de potenciales conflictos por falta de equidad en el acceso al agua en cantidad y calidad aceptable. Esto no es otra cosa que una gestión del agua desarticulada, contradictorias, presentando conflictos constantes, crecientes y redobladamente complejos, caracterizada por una precaria capacidad para aplicar el régimen jurídico vigente, sobre todo por su debilidad institucional como Estado, como autoridad nacional de aguas, organismos como organismos de cuenca, existencia de un régimen que antepone cierto uso del agua y deficiente régimen registral de aguas, dispersión del poder decisorio territorial y sectorial, y, escasa participación social e institucional, aterrizando en una cooptación de la voluntad social y por consiguiente en un incremento de conflictos por el agua e incapacidad para superarlos²⁵.

Ahora bien, en relación con las reformas matizadas con un carácter neoliberal tienen raíces en las reformas de la década de 1980 realizadas a un buen número de leyes y políticas públicas en el país pasando de una economía centralizada y proteccionista a una economía con tintes de descentralizada y con apertura a los mercados internacionales. A pesar de modificaciones orientadas a consolidar una descentralización y una cierta inclusión quedan pendientes incluir aspectos ambientales, persistiendo una dispersión normativa, reducido acceso a información, inexistencia de mecanismos e instancias de participación en los procesos de toma de decisiones y un vacío de abordajes integrales²⁶. Si bien ciertos órganos competentes cuentan con atribuciones de manejo, planificación y política, sin embargo, las potestades de control e implementación efectiva y su instrumentación resultan ineficaces debido a su diseño y alcance.

Respecto a los conflictos sobre el agua las reformas indicadas han entrañado desacuerdos en los enfoques y funciones señalados al estado, la sociedad civil y la inversión privada, aspectos que permiten explicar a los conflictos relacionados con el agua originados por las actividades efectuadas por empresas o corporaciones mercantiles tanto nacionales como extranjeras, o políticas públicas tendentes a privilegiar al sector privado suscitando a su vez que la ciudadanía organizada o comunidades rurales y urbanas se opongan y resistan activamente.

Tocante a los rezagos en información se trata de una situación generalizada no sólo en México sino a lo largo de América Latina, región caracterizada por una crisis de

²⁵ NIÑO CONTRERAS, Lya M. Participación ciudadana, actor social emergente: el movimiento por la defensa del agua en Mexicali. *Vinculos, Sociología, Análisis y Opinión*, n. 14, p. 171-190, ene./jul. 2019. Disponible en: <http://revistavinculos.cucsh.udg.mx/index.php/VSAO/article/view/7489>. Acceso en: 16 oct. 2023.

²⁶ CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Las ideas y el proceso político en las estrategias para hacer frente a la crisis del agua. Dos casos mexicanos. *Revista de El Colegio de San Luis*, v. 2, n. 4, p. 54-99, jul./dic. 2012. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4262/426239577004.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

gobernanza del agua y para atenderla uno de los factores a tener en cuenta es justamente la desinformación de los problemas de gestión del agua, no únicamente por parte de la población sino con frecuencia también del lado de las autoridades respecto de los hechos que afectan a los usuarios, desconocimiento de los derechos y obligaciones de la comunidad, las autoridades y las empresas usuarias del agua en torno a los rubros que las afectan, ignorancia del proceso hidrológico e hídrico, y, por ende, desinformación sobre el proceso operativo desde las leyes, organizaciones, responsabilidades, programas y proyectos en ejecución, efectos en la producción e impacto en los asentamientos humanos localizados en áreas vulnerables²⁷.

Más aun, con apoyo en los 12 principios que en 2015 la OCDE establece como básicos para el logro de una buena gobernanza del agua en México no se observan esos principios en la política hídrica mexicana caracterizada por una inexistente asignación y diferenciación precisa de funciones y responsabilidades, ausencia de coordinación transversal de políticas públicas, carencia de mecanismos para asegurar el rango de capacidad de autoridades involucradas para cumplir con sus obligaciones hídricas, marginal producción, actualización y difusión oportuna de datos e información sólidos, comparables, relevantes y acordes al tópico del agua, con frecuente falta de transparencia en relación a finanzas y otras políticas relativas a instituciones y mecanismos de gobernanza del agua tendentes a una rendición de cuentas y abonar a una confianza creciente en la toma de decisiones, una gestión del agua en detrimento del interés público, presentándose una inclusión inefectiva de la sociedad y otros actores de importancia, y, sobre todo, sin proyección de mecanismos efectivos para prevenir o hacer frente y resolver conflictos de origen hídrico.

En suma, los factores institucionales analizados representan elementos constitutivos clave de una visión amplia de gobernanza para hacer frente a la problemática general de la gestión del agua en México; permitiendo por ejemplo entender mejor el fenómeno de gobernanza clientelar que da cabida a instancias gubernamentales favoreciendo intereses privados, políticos, económicos, entre otros. Otra posibilidad como marco de análisis es su aplicación a la captura regulatoria de la gestión del agua originadas en las asimetrías de poder económico, semillero para la cooptación por parte de ciertas empresas privadas en un contexto de corrupción gubernamental. En fin, en cada situación singular, es claro que la gobernanza del agua posee complejas problemáticas impostergables de atención;

²⁷ BOELENS, Rutgerd.; ARROYO, Aline. El agua fluye en dirección del poder. In: BOELENS, Rutgerd.; ARROYO, Aline (ed.). *Aguas robadas, despojo hídrico y movilización social*. Quito: Justicia Hídrica, IEP y Abya Yala, 2013. (Serie Agua y Sociedad, Sección Justicia Hídrica, v. 19). Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rutgerd-Boelens/publication/267028280_Aguas_Robadas_Despojo_hidrico_y_movilizacion_social/links/5441936c0cf2a6a049a5bd74/Aguas-Robadas-Despojo-hidrico-y-movilizacion-social.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 17-25.

y un modelo de análisis que contemple los tres factores revisados seguramente brindará evidencias para una mejor resolución.

7. AUTONOMÍA DEL DERECHO AL AGUA

El derecho al agua ha sido reconocido como un derecho humano y fundamental en la Constitución mexicana desde 2012²⁸, ello significa que el derecho al agua posee un carácter autónomo, empero existen otros derechos inmersos, ubicando como sustrato de su ineffectividad autónoma los mecanismos actuales para lograr su mayor justiciabilidad respecto a otros derechos; resultando indispensable confeccionar mejores garantías para su accesibilidad.

Si bien, no se desconoce el debate en torno a que el derecho de acceso al agua constituye un derecho accesorio del derecho a la vida y de la salud. Muestra de eso, son diversas resoluciones jurisdiccionales donde se hizo prevalecer la postura de que el derecho al agua procesalmente se le tiene como derivado de otros derechos en materia de resolución de conflictos entre Particulares y con el Estado. A pesar de su índole compleja que impacta en su protección, podemos insistir en la obligación a cargo de los entes particulares y públicos de coordinarse para evitar alteraciones indeseables al equilibrio ecológico e hídrico en sus regiones y la obligación de asegurar la gestión del uso del agua conforme a una soberanía hídrica, garantizando efectivamente la justiciabilidad del derecho de las personas afectadas por no contar con agua potable o con condiciones mínimas de supervivencia en relación con la carencia o escasez del líquido elemental.

La aprobación de un acuerdo de Ley General de Aguas que no abrogue la Ley de Aguas Nacionales desde 2012 en México se traduciría en efectos drásticos e irreversibles ya que ahondaría la situación crítica del agua que afecta al país, a la vez que significaría incumplimiento del mandato constitucional que prescribe fijar las bases para el uso y acceso equitativo y sustentable de los recursos hídricos; ya que de no abrogar la Ley de Aguas Nacionales quebranta la voluntad ciudadana para transformar el sector hídrico y favorecer el desarrollo y bienestar de la población del país;²⁹ es decir, resulta insostenible ya el modelo neoliberal de gestión, uso y aprovechamiento de los recursos hídricos como

²⁸ ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. Casos prácticos en materia fiscal del control de convencionalidad ex officio en el derecho humano al agua. In: CORDERO, Paula M. García Villegas Sánchez (coord.). *El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos*. México: Porrúa, 2014. p. 31-55.

²⁹ LEMUS, J. Jesús. *El agua o la vida: otra guerra ha comenzado*. México: Grijalbo, 2019. p. 18-25.

lo muestra las evidencias estadísticas sobre explotación de acuíferos y precariedad hídrica en que viven importantes sectores de la población rurales, además de la contaminación de cuerpos de Aguas Nacionales y millones de personas usuarios de agua de calidad dudosa potenciadora de un riesgo a su salud. Los datos han denunciado el Instituto Mexicano para la Competitividad A. C. en 2023 evidencian contaminación de agua por arsénico en gran parte del territorio nacional; igualmente contaminación de agua por fluoruros; de igual forma, contaminación de agua por coliformes fecales.

Lo anterior es resultado del frágil régimen de concesiones, monitoreo, inspección y vigilancia de las Aguas Nacionales y de una endeble interacción entre los tres niveles de gobierno y la ciudadanía en la gestión del agua y cuencas, sumado a un diseño fragmentado y atención negligente de plantas de tratamiento de aguas residuales operadas sobre financiamiento público. Por consiguiente, es insoluble la asociación administración del agua y la prestación de los servicios públicos y el cumplimiento efectivo del Derecho Humano al agua y al saneamiento a través del diseño e implementación de políticas públicas sobre el manejo integrado y gobernanza del recurso hídrico.

En consecuencia, los insumos clave para el diseño de políticas públicas comprenderá entre otros: emitir una Ley General de Aguas operativa y eficaz; resolución de la incertidumbre sobre la propiedad del agua de los pueblos originarios; enfoque transversal del DHAS fortaleciendo su interdependencia con otros derechos; disponer un reordenamiento y regulación hídrica según condiciones de cada región; asegurar un presupuesto suficiente para el sector hídrico; un régimen de concesiones en beneficio del ambiente y la sociedad; articular atribuciones, infracciones y sanciones en materia de corresponsabilidad, calidad y equidad en la prestación de servicios agua y saneamiento; Sustentar la gestión del agua con enfoque integral de cuenca hidrológica; configurar un esquema de procuración de justicia hídrica; e incorporar y consolidar la gestión comunitaria hídrica. Los anteriores aspectos gozan de legitimidad consensada como lo muestra la iniciativa ciudadana de Ley General de Aguas, son el referente para las acciones conjuntas de gobierno y ciudadanía para atender la crisis imperante del agua en todo el país al contar eventualmente con una nueva legislación jurídica, como mandata desde 2012 la Constitución mexicana.

En tal sentido, una reconfiguración jurídica administrativa requiere contemplar a las estructuras institucionales revisadas que aluden a elementos que deberían ser considerados factores determinantes en el proceso de lograr soluciones a los diversos conflictos socioambientales desde una visión de gobernanza democrática del agua anteponiendo elementos concernientes al principio precautorio ante la incertidumbre sobre información técnica y científica en relación a un proyecto determinado y del ámbito hídrico y climático; potencial rechazo social a un proyecto específico y sus particulares manifestaciones formales e infor-

males; y una óptica de sostenibilidad a largo plazo según parámetros de acceso justo y equitativo para todos los usuarios de una cuenca, o un territorio o sector determinados.

8. CONCLUSIÓN

Ahora, con base en las consideraciones anteriores se pasa a plantear algunas reflexiones generales de política pública y retos futuros que emergen del análisis realizado. Ante todo, se precisa que los conflictos relativos al agua son un fenómeno social complejo por sí mismo condicionado por sus especificidades y dinámica propias y que colectivamente integra a los múltiples problemas asociados a la gobernanza del agua, donde además de cuestiones relacionales, se suelen sumar dificultades operativas, organizacionales e institucionales, entre otros. Mientras que los conflictos sociales a propósito del agua en México vistos individualmente poseen matizados elementos específicos inherentes a ideas, valores, posturas, intereses y factores institucionales con elementos comunes que trascienden de la dimensión particular a una proyección general respecto a dichos conflictos, favoreciendo así estrategias para su prevención o resolución. Por ende, se puede indicar que en general las ideas y valores incluidos en los conflictos sociales alrededor del agua -derecho humano al agua, cuidado del medio ambiente, agua para desarrollo local, entre otras- se articulan con intereses ambientales, sociales, culturales, políticos y económicos; la concatenación de los tres primeros supone instancias de la sociedad civil frecuentemente en tensión con los últimos dos vinculados con instancias gubernamentales o privadas, incluso ambas. Aunque existen varios factores institucionales que afectan la generación, emergencia e incremento de conflictos sociales nuestro estudio resalta los factores de no garantía de estado de derecho; configuración legal e institucional neoliberal de la política hídrica y otras relacionadas; déficit de información sobre el agua que a su vez incide en la prevención, tratamiento y/o resolución de conflictos sociales respecto al agua.

Esos factores entrañan explicaciones específicas, pero también interrelaciones entre los mismos. Así, parece haber un círculo vicioso entre corrupción y no garantía de estado de derecho, de falta de legitimidad social de autoridades y sustancial desinformación sobre el agua; por ejemplo, la corrupción se desprende del no estado de derecho, que el no estado de derecho incentiva la ilegitimidad de las autoridades, y la desinformación se genera a partir de aquellas limitaciones. En otros momentos, otros factores pueden ser considerados catalizadores de la prevención y manejo de conflictos sociales alrededor del agua. En esa dirección, la confección de corte neoliberal de la política hídrica y otras referentes se relacionan con deficiencias en la administración del agua y la no prevención y atención de conflictos sociales en torno al agua; y así sucesivamente se reproduce el círculo.

Si bien el análisis se centra en facetas institucionales no se reduce a dicha óptica, ya que se han explicado aspectos asociados tanto con la gestión de conflictos en torno al agua como vinculados a la gobernanza del agua en general; por ello, es dable sostener que en el México predomina una crisis de gobernanza del agua, apareciendo en diversas situaciones refiriéndola a veces como una gobernanza clientelar del recurso, otras como cooptación regulatoria de intereses poderosos políticos y económicos repercutiendo en el desenvolvimiento de conflictos en torno al agua.

Ahora bien, proyectando recomendaciones de política pública, la recomendación general es producir mecanismos proclives a asegurar una mejor gobernanza del agua en el país, los hallazgos resultados del presente análisis permiten trazar recomendaciones específicas en torno a los tres factores institucionales examinados en aras de lograr una pertinente gobernanza del agua.

Consolidar y garantizar el estado de derecho en lo general y en particular el régimen jurídico administrativo aplicable a las distintas dimensiones de los recursos hídricos; precisándose de una participación efectiva de la academia y del sector social en el proceso de las decisiones en renglones de definición, decisión e implementación de políticas públicas.

Por consiguiente, es indispensable reorientar el carácter neoliberal de la política hídrica y otras inmersas hacia una visión de mayor participación social efectiva en la gestión hídrica, integralidad de cuestiones desde diversos modelos, la incorporación de instancias legítimas con alcance obligatorio en el monitoreo o defensa de derechos violentados por desvío de poder o de plano por actos arbitrarios o de dudosa discrecionalidad.

Depurar los mecanismos vigentes sobre información en la materia, precisándose de mayor presupuesto destinado a tal fin, igualmente elaboración de protocolos para producirla dimensional y pormenorizada, disponer herramientas y mecanismos eficaces para su mayor acceso, reforzar esquemas de coordinación con distintos ámbitos para su producción y empleo, entre otros asuntos relacionados.

Y desde luego, construir mecanismos y estrategias de política pública dirigidos a prevenir, atender, y resolución de conflictos sociales en materia de agua. Al respecto es relevante acudir al aprendizaje a partir de experiencias en otros países en materia de una política pública alineada al monitoreo, seguimiento y resolución de esta clase de disensión.

Consecuentemente reforzar el estado de derecho, el rediseño del enfoque neoliberal vigente, así como superar las deficiencias en información y administración del agua es prioritario al efecto. Si bien, este estudio implica un avance relativo en el entendimiento de los factores institucionales inherentes a las controversias en materia de agua en México, existe un universo pendiente de comprender a cargo de otras investigaciones y también en materia de políticas públicas.

Con relación al derecho humano al agua, podemos sostener que la garantía de acceso al agua presenta dos caras: la sustantiva y la adjetiva. En la faceta sustantiva, el agua debe ser garantizada por los agentes estatales como una obligación constitucional y de derecho humano universal. En el lado adjetivo el agua debe ser protegida a por medio de mecanismos jurídicos eficaces en el supuesto de vulneración al derecho humano de acceso al agua o peligro de afectación irremediable a los recursos hídricos derivados de determinadas causas pudiendo ser entre otras algunas políticas públicas que auspicien la participación ciudadana, no obstante, la efectividad de los mecanismos de participación se ponen en tela de juicio cuestionando la complejidad de las leyes para el acceso a mecanismos de protección por parte de sectores vulnerables principalmente. En el caso del juicio de amparo mexicano y de los recursos administrativos la dificultad procesal descansa en que no se articulan hechos con pruebas y la omisión de informes justificados a cargo de la autoridad en el supuesto de resolver en materia de contaminación de los recursos hídricos desde una perspectiva de protección del medio ambiente; pues suele esgrimirse falta de legitimación desechándose por tanto las controversias planteadas en la Litis por vulneración a los derechos de naturaleza hídrica referidos al acceso al agua potable aunque como hemos visto en el presente estudio en realidad se trata de derechos humanos. Es decir, Los tribunales nacionales mexicanos se resisten a aplicar las disposiciones internacionales que imponen deberes de proteger el agua y el medio ambiente en una primera instancia, incluso, teniendo la obligación convencional según el derecho interamericano de los derechos humanos, volviendo ardua la justiciabilidad de los derechos humanos al agua y al saneamiento como es el caso de contaminación de los mantos acuíferos, no bastando el reconocimiento de los derechos humanos en instrumentos internacionales faltando voluntad de protegerlos como es el supuesto del derecho de acceso al agua sobre todo cuando los sujetos están en situación de pobreza y marginación.

REFERENCIAS

ALVARADO ESQUIVEL, Miguel de Jesús. Casos prácticos en materia fiscal del control de convencionalidad ex officio en el derecho humano al agua. *In: CORDERO, Paula M. García Villegas Sánchez (coord.). El control de convencionalidad y las cortes nacionales: la perspectiva de los jueces mexicanos.* México: Porrúa, 2014. p. 31-55.

BAKKER, Karen. *Privatizing water: governance failure and the world's urban water crisis.* New York: Cornell University Press, 2010.

BARKIN, Davis (coord.). *La gestión del agua urbana en México: retos, debates y bienestar*. México: Universidad de Guadalajara, 2006. Disponible en: <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2017/01/la-gestion-del-agua-urbana-en-mexico.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

BECERRA PEREZ, Mariana; SAINZ SANTAMARIA, Jaime; MUÑOZ PINA, Carlos. Los conflictos por agua en México: diagnóstico y análisis. *Gestión y Política Pública*, v. 15, n. 1, p. 111-143, 2006. Disponible en: https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_abstract&pid=S1405-10792006000100111&lng=pt&nrm=iso. Acceso en: 16 oct. 2023.

BOELEN, Rutgerd.; ARROYO, Aline. El agua fluye en dirección del poder. In: BOELEN, Rutgerd.; ARROYO, Aline (ed.). *Aguas robadas, despojo hídrico y movilización social*. Quito: Justicia Hídrica, IEP y Abya Yala, 2013. (Serie Agua y Sociedad, Sección Justicia Hídrica, v. 19). Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Rutgerd-Boelens/publication/267028280_Aguas_Robadas_Despojo_hidrico_y_movilizacion_social/links/5441936c0cf2a6a049a5bd74/Aguas-Robadas-Despojo-hidrico-y-movilizacion-social.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.

CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Las ideas y el proceso político en las estrategias para hacer frente a la crisis del agua. Dos casos mexicanos. *Revista de El Colegio de San Luis*, v. 2, n. 4, p. 54-99, jul./dic. 2012. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/4262/426239577004.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

CALDERA ORTEGA, Alex Ricardo. Saneamiento del agua en León, Guanajuato: revisión de los conflictos desde el enfoque de la gobernanza ambiental democrática. In: TORREGROSA, María Luisa (coord.). *El conflicto del agua*. México: FLACSO, 2017.

ENTREVISTA 1. Integrante del Consejo de Ejidos y Comunidades Opositores a la Presa La Parota (CECOP), abr. 2023.

ENTREVISTA 2. Miembro del Instituto Mexicano para el Desarrollo Comunitario, A.C. (IMDEC), abr. 2023.

ENTREVISTA 3. Integrante Red Ciudadana del Agua, mayo 2023.

Entrevista 4. Miembro de la Red de Género y Medio Ambiente, mayo 2023.

ENTREVISTA 5. Integrante de la Coordinadora de Trabajadores en Defensa del Carácter Público del Agua, mayo 2023.

MÉXICO. Cámara de Diputados. *Exposición de motivos*. Decreto por el que se expide la ley general de aguas. Gaceta Parlamentaria, martes, 14 abr. 2020. Disponible en: http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2020/04/asun_4030809_20200414_1586888521.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.

LEMUS, J. Jesús. *El agua o la vida: otra guerra ha comenzado*. México: Grijalbo, 2019.

MÉXICO. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). *Controversias constitucionales 138/2020*. Promovida por el Municipio de Ojinaga; 47/2020, promovida por el Municipio de López; 48/2020, promovida por el Municipio de Coronado; 50/2020, promovida por el Municipio de Santa Bárbara;

60/2020, promovida por el Municipio de San Francisco de Conchos; 149/2020, promovida por el Municipio de Riva Palacio; 154/2020, promovida por el Municipio de Matachí; 77/2020, promovida por el Municipio de Guadalupe y Calvo; 59/2020, promovida por el Municipio de Chínipas; 68/2020, promovida por el Municipio de Maguarichi; y 150/2020, promovida por el Municipio de Ocampo, todos del Estado de Chihuahua, en contra del Congreso de la Unión y otra autoridad. Ciudad de México, 8 sep. 2020. Disponible en: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/acuerdos_controversias_constit/documento/2020-09-23/MP_ContConst-138-2020.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.

MORENO VÁZQUEZ, José Luis. Deterioro y conflictividad del agua en México: una mirada desde el norte. In: GRAIZBORD, Boris; ARROYO ALEJANDRE, Jesús (coord.). *Agua, el futuro ineludible*. México: Universidad de Guadalajara, 2019.

NIÑO CONTRERAS, Lya M. Participación ciudadana, actor social emergente: el movimiento por la defensa del agua en Mexicali. *Vínculos, Sociología, Análisis y Opinión*, n. 14, p. 171-190, ene./jul. 2019. Disponible en: <http://revistavinculos.cucsh.udg.mx/index.php/WSAO/article/view/7489>. Acceso en: 16 oct. 2023.

PACHECO-VEGA, Raúl; DENZIN, Christian; TABOADA, Federico (ed.). *El agua en México*. Actores, sectores y paradigmas para una transformación social-ecológica. Ciudad de México: Friedrich-Ebert-Stiftung, Proyecto Regional Transformación Social-Ecológica, 2017. Disponible en: <https://agua.org.mx/wp-content/uploads/2018/04/El-agua-en-Mexico.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

TOLEDO, Víctor M.; GARRIDO, David; BARRERA-BASOLS, Narciso. Conflictos socioambientales, resistencias ciudadanas y violencia neoliberal en México. *Ecología Política*, n. 46, p. 115-124, 2013. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4548815.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

TORTAJADA, Cecilia. Water governance: some critical issues. *International Journal of Water Resources Development*, v. 26, n. 2, p. 297-307, jun. 2010. Disponible en: <https://thirdworldcentre.org/wp-content/uploads/2015/04/Water-Governance-Some-Critical-Issues.pdf>. Acceso en: 16 oct. 2023.

WEDEL, Janine R.; HUSSAIN, Nazia; DOLAN, Dana A. *Political rigging*. A primer on political capture and influence in the 21st century. Boston, United States: Oxfam America, 2017. Disponible en: https://s3.amazonaws.com/oxfam-us/www/static/media/files/Oxfam-ResearchBackgrounder-Pol_Rigging_-_Version_3_-_3_April_2017.pdf. Acceso en: 16 oct. 2023.



LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL UNA HERRAMIENTA QUE REVOLUCIONA LA COMPRA PÚBLICA

Juan Francisco Diaz Colmachi¹

SUMARIO

1. Introducción; 2. La inteligencia artificial; 3. Aplicación de la inteligencia artificial; 4. La inteligencia artificial en la contratación pública; 5. Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Hay un antes y un después de la administración pública con y sin el uso de la tecnología en su quehacer diario que comenzó hace aproximadamente 25 años. Esto provocó el cambio del correo tradicional por el correo electrónico, papeles por documentos digitales, pasando de firmas manuscritas a firmas electrónicas. Salir de los trámites presenciales para el uso de software, facilitando el trabajo de los servidores; evitando la presencia física de personas en las oficinas, solicitando autorizaciones, permisos o pagando impuestos.

¹ Abogado por la Universidad Central del Ecuador, obtuvo su Maestría en Derecho Administrativo en la Universidad Andina Simón Bolívar y es doctorando en Derecho por la Universidad de Valladolid. Es el Coordinador Nacional del Observatorio de Contratación Pública de Ecuador (ObTCP). Es profesor de Maestría en la Universidad Andina Simón Bolívar y de otras universidades en Latinoamérica. Ha participado como speaker en eventos académicos en: Argentina, Brasil, Ecuador, España, Estados Unidos y México. Es miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo (AIDA) del Instituto de Estudios de Derecho Administrativo y Social (IDEAS) de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA) miembro colaborador del Observatorio de Contratación Pública de España (ObCP) y de la Red Iberoamericana de Contratación Pública Públicas (REDICOP). Tiene varias publicaciones en materia de contratación pública, corrupción y sostenibilidad.

Si hacemos una evaluación hoy, una conclusión anticipada nos permite afirmar que sin tecnología los gobiernos no podrían realizar adecuadamente su trabajo. A pesar de esta evolución, se sigue esperando una Administración más ágil, más inclusiva, menos burocrática, incluso menos corrupta, especialmente en los países latinoamericanos, sin que el rol del ciudadano haya cambiado significativamente.

Es importante evidenciar cuál es el problema en nuestros países latinoamericanos, con respecto a la prestación de los servicios públicos. Por citar un ejemplo en Ecuador, sus ciudadanos han calificado en 2022 con 5,6 puntos sobre 10 servicios públicos del país, la peor calificación desde 2017², entendiendo por servicios públicos seguridad, salud, educación, transporte, trámites, permisos, obtención de documentos, pagando impuestos.

Una solución a estos problemas es la implementación de un verdadero Gobierno Electrónico, entendido como “Las actividades de las administraciones pueden ejecutarse mediante el uso de nuevas tecnologías y medios electrónicos, respetando las leyes, salvaguardando la inalterabilidad e integridad de las actuaciones y garantizando los derechos de las personas”³; dentro del gobierno electrónico definitivamente resalta la ya bastante difundida inteligencia artificial (IA por sus siglas).

Las palabras más usadas en español, según la Real Academia de la Lengua Española en 2022, es “Inteligencia Artificial”⁴ (IA), que se contrasta con la palabra “Metaverso”, que se encuentra entre las 25 palabras más usadas en inglés⁵. Concluyendo que estos nuevos espacios creados por la Tecnología en una especie de mundo paralelo no deben ser ajenos a la administración pública, siendo necesario estudiarlos y debatirlos, para otorgar al ciudadano un nuevo rol.

² CASTILLO, Daniela; OROZCO, Mónica. La calificación de los servicios públicos cae en picada. *Primicias*, 12 oct. 2022. Disponible en: <https://www.primicias.ec/noticias/economia/servicios-publicos-calificacion-baja-ecuatorianos/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

³ DÍAZ, Juan Francisco. La utopía de los trámites administrativos electrónicos. In: BARRERA, Teresita de Jesús Rendon Huerta (coord.). *Construyendo una agenda para el Derecho Administrativo en la pandemia post-Covid*. México: Lito Grapo, 2021. p. 128

⁴ MORALES, Manuel. La palabra del año son dos: inteligencia artificial según la FundéuRAE. *El País*, Madrid, 29 dic. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/cultura/2022-12-29/la-palabra-del-ano-son-dos-inteligencia-artificial-segun-la-fundeu-rae.html>. Acceso en: 16 oct. 2023.

⁵ LINDREA, Brayden. ‘Metaverse’ a top 3 contender for Oxford’s Word of the Year. *Conintelgraph*, 23 nov. 2022. Disponible en: <https://cointelegraph.com/news/metaverse-a-top-3-contender-for-oxford-s-word-of-the-year>. Acceso en: 16 oct. 2023.

2. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Como todos sabemos, la IA se está convirtiendo rápidamente en una de las tecnologías más transformadoras de nuestro tiempo, con el potencial de revolucionar muchos aspectos de nuestras vidas. En el sector público, la IA se aplica para tener gobiernos más eficientes, efectivos y receptivos a las necesidades de los ciudadanos.

¿Qué es la IA? La Inteligencia Artificial (IA) es un campo de estudio y desarrollo de tecnología que busca replicar la capacidad humana de razonamiento, aprendizaje y toma de decisiones en sistemas informáticos.

Por ser tan reciente hay muy poca bibliografía, sin embargo hemos encontrado algunos intentos de definirla como el de “La simulación de procesos de inteligencia humana por parte de máquinas, especialmente sistemas informáticos” conforme el diccionario de Oxford, por otro lado encontramos que es “La capacidad de una máquina para imitar la inteligencia humana y realizar tareas que normalmente requieren de la intervención humana, como el reconocimiento de voz, la toma de decisiones, la comprensión del lenguaje natural y el aprendizaje”. Según John McCarthy, uno de los pioneros en el campo de la IA. Stuart Russell y Peter Norvig autores del libro *Inteligencia Artificial: Un enfoque moderno* lo consideran como “La ciencia y la ingeniería de hacer que las máquinas sean inteligentes, especialmente mediante la programación de algoritmos que les permitan aprender de los datos, razonar, tomar decisiones y resolver problemas”.

Estas definiciones reflejan la idea central de la IA, que es la capacidad de las máquinas para realizar tareas de manera autónoma o asistida, imitando o superando la inteligencia humana en determinados dominios. La IA abarca una amplia gama de enfoques y técnicas, como el aprendizaje automático (*machine learning*), el procesamiento del lenguaje natural (NLP), la visión por computadora y la robótica, que para efectos de la administración pública se puede aprovechar la analítica y estadística para toma de decisión y predicción a fin de tener una administración pública mucho más eficiente.

3. APLICACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Una de las mayores ventajas de la IA en la administración pública es su capacidad para procesar grandes cantidades de datos de forma rápida y precisa. Esto significa que las agencias gubernamentales pueden analizar grandes cantidades de información en tiempo real, lo que les permite tomar decisiones basadas en datos que se basan en pruebas só-

lidas. En el campo del transporte, la IA se puede utilizar para optimizar el flujo de tráfico y mejorar la eficiencia de los sistemas de transporte público.

Un área en la que la IA tiene el potencial de tener un impacto significativo es en el cuidado de la salud. La IA se puede utilizar para analizar los datos de los pacientes y ayudar a los proveedores de atención médica a realizar mejores diagnósticos y decisiones de tratamiento. Por ejemplo, en el campo de la radiología, la IA se puede utilizar para analizar imágenes médicas y ayudar a los radiólogos a identificar problemas potenciales que pueden haberse pasado por alto durante las revisiones manuales.

Otro beneficio de la IA en la administración pública es su capacidad para automatizar tareas rutinarias, lo que libera a los trabajadores del gobierno para que se centren en cuestiones más complejas e importantes. Los chatbots impulsados por IA pueden manejar consultas básicas de servicio al cliente, mientras que los sistemas más avanzados pueden ayudar a procesar el papeleo y hacer predicciones sobre tendencias futuras. Esto puede ayudar a las agencias gubernamentales a operar de manera más eficiente y eficaz, al mismo tiempo que mejora la calidad de los servicios que se brindan a los ciudadanos.

Con relación a esto, en Ecuador anualmente se destinan cerca de diez millones de dólares, equivalentes a casi el 10% del Producto Interno Bruto (PIB), para cubrir salarios de medio millón de funcionarios en un país de 17 millones de habitantes un número importante. Si bien es cierto la IA puede ser una amenaza para los trabajos mecánicos y de asistencia porque reemplazaríamos a los seres humanos con tecnología, el beneficio será directo para los ciudadanos, obligará a los funcionarios a superarse y beneficiará a la economía del país.

El profesor Christopher Pissarides, de la London School of Economics y Premio Nobel de economía en el año 2010, mencionó que podríamos pasar a una semana de cuatro días fácilmente implementando IA⁶, esto de la mano con que un reciente informe de Goldman Sachs que estimó que trescientos millones de personas podría perder sus trabajos y ser reemplazadas por IA⁷. Siendo una amenaza para los trabajos mecánicos y de asistencia porque sustituiríamos al ser humano por tecnología al ser más efectivo y más económico para las empresas

⁶ FERNÁNDEZ, Javier. La semana de cuatro días cuenta ahora con un aliado inesperado, según el Nobel de Economía: ChatGPT. *Xataka*, 15 abr. 2023. Disponible en: <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/palabra-premio-nobel-chatgpt-aliado-inesperado-semana-cuatro-dias>. Acceso en: 16 oct. 2023.

⁷ GOLDMAN Sachs estima que la Inteligencia Artificial afectará a 300 millones de empleos en las economías avanzadas. *Infobae*, 30 mar. 2023. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2023/03/30/goldman-sachs-estima-que-la-inteligencia-artificial-afectara-a-300-millones-de-empleos-en-las-economias-avanzadas/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

Para aprovechar todo el potencial de la IA en la administración pública, es importante que tengamos una fuerza laboral capacitada que sea capaz de desarrollar e implementar estas tecnologías. Esto requerirá una inversión significativa en educación y capacitación, así como asociaciones entre agencias gubernamentales, instituciones académicas y empresas del sector privado.

Otra área en la que se puede utilizar la IA para mejorar la administración pública es en el campo de la respuesta ante desastres. La IA se puede utilizar para analizar datos de múltiples fuentes, incluidas las redes sociales y las imágenes satelitales, para ayudar a los primeros en responder a identificar áreas que pueden estar en alto riesgo durante un desastre. Esto puede ayudar a salvar vidas, prevenir daños a la propiedad y aún más en los países sudamericanos que frecuentemente experimentan terremotos, erupciones e inundaciones, podría ser de gran ayuda.

Sin embargo, también existen desafíos asociados con la incorporación de la IA en la administración pública. Uno de los mayores desafíos es el potencial de la IA para perpetuar las desigualdades y los sesgos existentes, especialmente si los algoritmos que impulsan estas tecnologías se entrenan con datos sesgados.

4. LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

La Inteligencia Artificial (IA) ya es una herramienta poderosa y transformadora en diversos ámbitos de la sociedad. Uno de los campos en los que la IA ha encontrado una aplicación significativa es en la compra pública por parte de los gobiernos. La compra pública se refiere a la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades gubernamentales para satisfacer las necesidades de la sociedad y llevar a cabo sus funciones.

En este artículo, exploraremos cómo la Inteligencia Artificial se podría convertir en una herramienta fundamental en el proceso de compra pública de los gobiernos, y cómo impactar positivamente la eficiencia, la transparencia y la toma de decisiones en este ámbito, intentando mostrar los beneficios y desafíos asociados con su implementación.

Empecemos ¿Cómo mejoramos la eficiencia en la compra pública? La adopción de la Inteligencia Artificial en la compra pública permite la automatización de numerosas tareas y procesos, lo que conlleva una mejora significativa en la eficiencia de estos procedimientos. Los algoritmos de aprendizaje automático pueden analizar grandes volúmenes de datos y automatizar tareas repetitivas, como el procesamiento de solicitudes de las áreas requerentes y la generación de informes que demandan tiempo importante a los funciona-

rios. Esto reduce la carga de trabajo administrativo y permite a los funcionarios de compras dedicar más tiempo a tareas estratégicas.

Además, la IA facilita la optimización de los procesos de adquisición. Los sistemas de IA pueden utilizar técnicas de análisis de datos y algoritmos de optimización para mejorar la planificación de la compra, identificar proveedores potenciales, realizar comparaciones de precios y condiciones, y agilizar el proceso licitatorio. Esto conduce a una mayor eficiencia en la selección de proveedores y en la obtención de los bienes y servicios necesarios para los gobiernos.

Con respecto a la transparencia, este es un principio fundamental en la compra pública, ya que garantiza la igualdad de oportunidades y la justa competencia entre proveedores. La IA puede desempeñar un papel crucial en el aumento de la transparencia en este ámbito. Por un lado, los sistemas de IA pueden rastrear y auditar todas las transacciones y decisiones de compra, proporcionando un seguimiento y una visibilidad más efectiva de todo el proceso. Esto ayuda a prevenir y detectar posibles casos de corrupción, asegurando que las acciones de los funcionarios de compras sean transparentes y estén sujetas a escrutinio público efectivo en tiempo real e incluso pasando de la sanción a la prevención.

Definitivamente la transparencia es la antítesis de la corrupción⁸, sin embargo, conocemos que no es el único antídoto, por lo que de manera complementaria a lo que la IA puede hacer en la contratación pública, es necesario sumar, políticas, leyes y sobre todo una cultura política y social que mantenga alejadas las malas prácticas de los procedimientos de contratación.

Por otro lado, la aplicación de la IA en la evaluación de ofertas puede garantizar que los criterios de selección sean objetivos y se apliquen de manera justa a todos los proveedores. Los algoritmos de IA pueden analizar y comparar las propuestas de los proveedores, asegurando que se realice una evaluación imparcial y transparente. Esto disminuye el riesgo de favoritismos y promueve una compra pública basada en la calidad y la competitividad. Incluir criterios de IA donde ganan las mejores ofertas, limita la discrecionalidad de los servidores públicos, evolucionando a compras inteligentes y para ello será necesario invertir en desarrollo tecnológico.

La IA tiene el potencial de mejorar la toma de decisiones en la compra pública al proporcionar información y análisis basados en datos. Los algoritmos de IA pueden analizar grandes conjuntos de datos y extraer patrones y tendencias, brindando a los funcionarios de compras una visión más clara de las opciones disponibles y las posibles implicaciones de sus decisiones. Al utilizar la IA, los gobiernos pueden tomar decisiones más informadas sobre qué proveedores seleccionar, qué precios y condiciones son más favorables, y qué

⁸ DÍAZ, Juan Francisco. *La corrupción en la compra pública*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

estrategias de adquisición son más eficientes. Además, los sistemas de IA pueden ayudar a predecir y mitigar riesgos en el proceso de compra, permitiendo una gestión más efectiva de posibles problemas y contingencias. A esto se suma el hecho de poder obtener mejores precios, diferentes alternativas, una planificación mucho más real de los objetos de contratación que se requieren para satisfacer adecuadamente las necesidades ciudadanas.

A pesar de los beneficios que la IA ofrece en la compra pública, también plantea desafíos y consideraciones éticas que deben abordarse de manera adecuada. Uno de los desafíos es el sesgo algorítmico. Los algoritmos de IA se basan en datos históricos, y si estos datos contienen sesgos o prejuicios ocultos, los algoritmos pueden perpetuarlos en sus decisiones. Esto podría resultar en una selección desigual de proveedores o en la exclusión de ciertos grupos. Es fundamental abordar este sesgo algorítmico mediante la recopilación de datos imparciales y la implementación de mecanismos de control y supervisión adecuados. También es importante contar con un marco regulatorio adecuado y actualizado, que permita a quien parametrizan las condiciones y la información mantener altos niveles de responsabilidad a fin de evitar discrecionalidad, mantener objetividad y evitar favoritismos en las adjudicaciones.

Otro desafío importante es la seguridad y privacidad de los datos. La implementación de la IA en la compra pública requiere el acceso a grandes cantidades de información sensible, como datos financieros y personales de proveedores. Es crucial establecer protocolos de seguridad y protección de datos para evitar filtraciones o mal uso de la información, caso contrario se convertiría en un riesgo potencial.

Además, es esencial considerar el impacto socioeconómico de la adopción de la IA en la compra pública. Si bien la automatización puede mejorar la eficiencia, también puede tener implicaciones en el empleo y en la relación con los proveedores tradicionales. Los gobiernos deben abordar estas cuestiones y establecer políticas y programas que mitiguen cualquier impacto negativo.

5. CONCLUSIÓN

La Inteligencia Artificial se avizora como una herramienta valiosa en la compra pública de los gobiernos, mejorando la eficiencia, la transparencia y la toma de decisiones informadas. La automatización de tareas, la optimización de procesos y la capacidad de análisis de datos de la IA ofrecen grandes oportunidades para mejorar los procedimientos de compra y lograr un uso más efectivo de los recursos públicos.

Es fundamental abordar los desafíos y consideraciones éticas asociados con la implementación de la IA en la compra pública. La eliminación de sesgos algorítmicos, la protección de datos y la gestión adecuada del impacto socioeconómico son aspectos clave que deben tenerse en cuenta. Con una adopción responsable y una gestión adecuada, la IA puede ser una herramienta poderosa para promover una compra pública eficiente y transparente, beneficiando así a la sociedad en general.

Para abordar estos desafíos, es importante que abordemos el uso de la IA en el gobierno con precaución y tengamos reglas y regulaciones claras para garantizar que estas tecnologías se usen de manera ética y responsable. Esto requerirá una estrecha colaboración entre las agencias gubernamentales, las empresas de tecnología y los ciudadanos, así como un compromiso con la educación y capacitación continuas para los trabajadores del gobierno.

Finalmente, cabe preguntarse si el papel del ciudadano también ha evolucionado con estos cambios. Desde la perspectiva de la administración pública, se ha puesto a disposición del público información accesible a través de la web, lo que nos hace preguntarnos si es suficiente por cuestiones de transparencia pensando en un verdadero gobierno abierto.

La tecnología ha acercado la administración pública a los hogares. Sin embargo, vemos que es necesario no solo estar cerca, sino involucrar a las personas en las decisiones que toman los gobiernos en nombre del “bien común”, no solo el día de las elecciones, sino en la toma de decisiones sobre aspectos que puedan beneficiarlos o afectarlos, tales como nuevas infraestructuras, cambios viales, nuevos trámites, licencias o requisitos y atención de servicios.

REFERENCIAS

CASTILLO, Daniela; OROZCO, Mónica. La calificación de los servicios públicos cae en picada. *Primicias*, 12 oct. 2022. Disponible en: <https://www.primicias.ec/noticias/economia/servicios-publicos-calificacion-baja-ecuatorianos/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

DÍAZ, Juan Francisco. La utopía de los trámites administrativos electrónicos. In: BARRERA, Teresita de Jesús Rendon Huerta (coord.). *Construyendo una agenda para el Derecho Administrativo en la pandemia post-Covid*. México: Lito Grapo, 2021.

DÍAZ, Juan Francisco. *La corrupción en la compra pública*. Pamplona: Aranzadi, 2022.

FERNÁNDEZ, Javier. La semana de cuatro días cuenta ahora con un aliado inesperado, según el Nobel de Economía: ChatGPT. *Xataka*, 15 abr. 2023. Disponible en: <https://www.xataka.com/empresas-y-economia/palabra-premio-nobel-chatgpt-aliado-inesperado-semana-cuatro-dias>. Acceso en: 16 oct. 2023.

GOLDMAN Sachs estima que la Inteligencia Artificial afectará a 300 millones de empleos en las economías avanzadas. *Infobae*, 30 mar. 2023. Disponible en: <https://www.infobae.com/america/mundo/2023/03/30/goldman-sachs-estima-que-la-inteligencia-artificial-afectara-a-300-millones-de-empleos-en-las-economias-avanzadas/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

LINDREA, Brayden. 'Metaverse' a top 3 contender for Oxford's Word of the Year. *Cointelgraph*, 23 nov. 2022. Disponible en: <https://cointelegraph.com/news/metaverse-a-top-3-contender-for-oxford-s-word-of-the-year>. Acceso en: 16 oct. 2023.

MORALES, Manuel. La palabra del año son dos: inteligencia artificial según la FundéuRAE. *El País*, Madrid, 29 dic. 2022. Disponible en: <https://elpais.com/cultura/2022-12-29/la-palabra-del-ano-son-dos-inteligencia-artificial-segun-la-fundeurae.html>. Acceso en: 16 oct. 2023.



POLÍTICA DE SEGURANÇA PÚBLICA E ESTADO DE DIREITO: DESAFIOS A REALIDADE BRASILEIRA

Rogério Gesta Leal¹

SUMÁRIO

1. Introdução; **2.** Que matrizes de políticas públicas marcam nossa história recente?; **3.** Elementos conceituais constitutivos das políticas de segurança pública; **4.** Do Plano Nacional de Segurança Pública ao Sistema Único de Segurança Pública: avanços e recuos; **5.** Relações tensionais à democracia entre polícias e segurança pública: a experiência brasileira; **6.** Conclusão; Referências.

1. INTRODUÇÃO

Pretendemos neste texto tratar do tema da segurança pública a partir da matriz do Estado de Direito contemporâneo, levando em conta os parâmetros – nomeadamente constitucionais – que ele agrega à formatação de políticas gestacionais de demandas tão sensíveis.

Para tanto, o problema que pretendemos indagar é em que medida os elementos normativos (princípios e regras) da Carta Política vigente, que fundam e organizam Estado e governos, vinculam as possibilidades conceituais e operacionais das políticas públicas de segurança.

¹ Doutor em Direito. Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Brasil. Professor titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), nos cursos de graduação, mestrado e doutorado.

Nossa hipótese é de que tais políticas de segurança não podem estar divorciadas daquelas configurações normativas que perfilham o Estado de Direito e indicam objetivos a serem alcançados pelos governantes, em termos procedimentais e finalísticos.

Elegemos desenvolver este texto a partir dos seguintes objetivos específicos:

- (i) identificar as matrizes de políticas públicas conformadoras da república brasileira;
- (ii) demarcar alguns elementos conceituais constitutivos das políticas de segurança pública no Brasil;
- (iii) analisar os avanços e recuos do Plano Nacional de Segurança Pública e do Sistema Único de Segurança Pública brasileiro;
- (iv) refletir sobre as relações tensionais entre polícias e segurança pública à democracia brasileira.

Pretendemos utilizar no texto o método dedutivo, testando nossas hipóteses com os fundamentos gerais a serem declinados. Utilizaremos para tanto técnica de pesquisa com documentação indireta, nomeadamente bibliográfica.

2. QUE MATRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS MARCAM NOSSA HISTÓRIA RECENTE?

Podemos dizer que um primeiro modelo de política pública do Estado brasileiro, desde suas raízes monárquicas, foi o *patrimonialista*, caracterizado pelo poder absoluto do soberano, marcado pela incapacidade ou relutância do príncipe distinguir entre o patrimônio público e seus bens privados; forte aparato administrativo direcionado à arrecadação de impostos; força militar para defesa do território e intimidação e julgamento de opositores do regime instalado, baseado muito em relações de lealdade pessoal². Por certo que já nesses cenários em que há confusos limites entre interesses públicos e privados prevalece a corrupção, o clientelismo e a malversação do patrimônio da coletividade.

² Vejamos historicamente os textos de: (i) BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969; (ii) CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Kg8PPsPjsvMMPg5zBZWsmk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023; (iii) FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977.

No século XIX vamos assistir ao surgimento do chamado modelo *burocrático* de Estado e de políticas, combatendo, de certo modo, as práticas distorcidas do patrimonialismo, principalmente a corrupção e o nepotismo, prevalecendo a estruturação e funcionamento dos órgãos públicos em bases racionais-legais, como bem sinaliza Max Weber³.

A despeito da evolução que esse modelo representa, é certo que também produz algumas disfunções, tais como: apego demasiado a regras de organização e operacionalização dos órgãos estatais, engessando processos, procedimentos e protocolos funcionais; excesso de formalidades institucionais; resistência a mudanças; relações marcadas por níveis extremos de impessoalidade; processos decisórios lentos⁴.

Essas experiências têm formatado ao logo do tempo os perfis de políticas públicas de segurança no Brasil e, infelizmente, com altos índices de déficits sociais perigosos, isso porque, desde o período colonial, os crimes atentavam contra a vontade do soberano e eram considerados faltas morais ou religiosas. As atribuições policiais e judiciais, por sua vez, estavam concentradas em poucos cargos da hierarquia da administração colonial da justiça, havendo considerável dispersão de mecanismos de vigilância e punição, muitos dos quais eram religiosos e/ou privados. A administração colonial contava com ampla participação dos senhores da terra e a justiça era exercida à distância. As práticas de punição eram, em regra, o degredo (para pessoas de maior condição) e o açoite (para os escravos)⁵.

Ao lado disso, os caracteres da República nacional ainda se mantinham vinculados ao paternalismo, personalismo clientelístico; formalismo exacerbado e isolamento burocrático; modernização conservadora; fragilidade da gestão pública em áreas de contato direto com a população, gerando paralisia e inércias decisórias. Ou seja, a Administração Pública historicamente esteve divorciada dos grandes temas sociais e mesmo dos debates envolvendo concepções de Estado que tivemos⁶.

Na ausência de reflexões estratégicas sobre esses temas, contamos com poucos resultados potencialmente positivos advindos das iniciativas/políticas governamentais com maior compromisso comunitário, como os das gestões de Fernando Henrique Cardoso e Luiz Inácio Lula da Silva (janeiro de 1995 a janeiro de 2011), por conta, em muito, dos seguintes fatores:

³ WEBER, Max. *Ensaios de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971. Em especial os capítulos III e VIII.

⁴ Conforme nos indica: CAMPOS, Edmundo. *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978. Também ver o clássico: CROZIER, Michel. *El fenómeno burocrático*. Buenos Aires: Amorrortu, 1971.

⁵ BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada – lei, ordem e corrupção no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

⁶ Tratamos mais amiúde destes temas em nosso: LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

- (i) crise de governabilidade, com perda de legitimidade da política e do político, somado ao descrédito nas instituições públicas;
- (ii) crise no modelo de ação/intervenção do Estado e sua perda de capacidade de coordenar o sistema econômico (aliando desenvolvimento social com crescimento econômico), o que tem gerado grandes ícones da insegurança pública como a inflação, o desemprego e a recessão;
- (iii) crise no próprio modelo de administrar, em face do esgotamento das instâncias burocráticas constituídas, com baixíssimos níveis de desempenho e déficits de qualidades dos serviços públicos em geral⁷.

Por óbvio que tudo isso se reflete na formatação de políticas públicas em geral, concentrando tal mister nos espaços burocráticos e fechados dos governos republicanos, com exceção – voltamos a dizer – dos períodos de 1995 a 2011, em que houve algumas iniciativas de oportunizar a participação da sociedade civil nestes processos⁸.

No caso específico de políticas públicas de segurança, cumpre destacar particularidades que lhes definem sob o ponto de vista inclusive epistêmico, até para não tratarmos de modo frágil campo de demandas tão sensível como este, o que passamos a fazer.

3. ELEMENTOS CONCEITUAIS CONSTITUTIVOS DAS POLÍTICAS DE SEGURANÇA PÚBLICA

Historicamente, os temas relacionados à segurança estão muito presentes no campo do Direito, basta termos em conta que é a própria segurança jurídica que gera possibilidade aos indivíduos de reivindicarem seus direitos em desfavor de outros cidadãos e em desfavor do próprio Estado.

O Estado constitucional contemporâneo tem, por sua vez, se ocupado no sentido de buscar formas de gestão e controle de situações que coloquem em xeque a dignidade e a sustentabilidade da vida humana, o que não tem sido fácil e tampouco efetivo para os fins de evitar, por exemplo, desastres catastróficos operados contra o meio ambiente, as relações de consumo, a exploração predatória de mercados e mesmo a macro e microcriminalidade organizadas.

⁷ Como nos mostra o trabalho de: BERTERO, Carlos Osmar. *O estado brasileiro e a evolução da administração pública*: esboço histórico. Brasília: FUNCEP, 1984.

⁸ Ver o texto de: LIMA JR., Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique. *As origens da crise: estado autoritário e planejamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vértice; IUPERJ, 1987.

Quando falamos de segurança (pública) estamos fazendo referência, pois, tanto aos aspectos materiais que ela implica (segurança das pessoas e da sociedade como um todo e, portanto, ausência/minoração/evitação de violência, crimes, riscos, perigos e danos a bens, direitos e garantias), quanto aos formais (enquanto integridade e estabilidade do sistema jurídico, condição de possibilidade à segurança material).

Mas qual sistema jurídico se adequa mais aos cenários que temos assistido? Certamente, um que tente ao menos reduzir a existência ou potencialidade nociva das ocorrências de insegurança cada vez maiores (protegendo à máxima potência direitos individuais e sociais), já que evitá-los, peremptoriamente, afigura-se impossível dada a complexidade de variáveis e fatores incontroláveis que constituem as relações interpessoais e interinstitucionais que operam no cotidiano.

Daí porque o direito fundamental à segurança da comunidade pode prevalecer, em determinadas circunstâncias e no Estado de Direito concreto, sobre eventuais direitos fundamentais individuais e, nesse sentido, pode-se, de forma fundamentada na lei, restringir certas prerrogativas e interesses de pessoas – físicas e jurídicas.

Tenhamos claro, todavia, que não existe conflito entre o direito à liberdade e o direito à segurança; ambos são direitos fundamentais conquistados pela civilização contemporânea; o que pode ocorrer, isso sim, são eventuais colisões circunstanciais entre eles, e aí teremos de solvê-las a partir de critérios argumentativos e racionais fundados em ponderações vinculadas constitucionalmente e controladas publicamente. Mas como podemos fazer isto em casos concretos?

Sob o ponto de vista da hermenêutica jurídica, o que estamos querendo dizer é que, por mais que os sistemas jurídicos estabeleçam catálogos de direitos e garantias referidos como autoaplicáveis, e disso não se tem dúvidas, o fenômeno de efetivação concretizante desses sempre contará com graus/medidas passíveis de mensuração; e elas, definitivamente, não estão dadas de forma exaustiva pelos próprios sistemas, demandando do intérprete/aplicador atribuição de sentido racional e material as suas reivindicações, caso por caso (que inclusive pode tratar de interesse coletivo, difuso ou individual homogêneo), levando em conta o universo de variáveis que convergem a ele⁹.

O caráter deontológico do sistema normativo (princípios e regras jurídicas) não implica *absolutos*, podendo ser compreendido como constituído, dentre outras coisas, por *mandados de otimização*, utilizando na ponderação e balanceamento dos direitos em face

⁹ Desenvolvemos melhor essa abordagem no texto: LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/6RFGbPMdqjGpp8LqrcKyMKf/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

de casos concretos *relações de precedência condicionada* que vão indicar as condições na presença das quais determinado direito prevalecerá sobre o outro¹⁰.

As ameaças e perigos tangíveis que vivemos cotidianamente, pelo fato de constituírem possibilidades materiais de verificação a qualquer tempo e lugar, fornecem, sem sombra de dúvidas, fontes de justificação racional e controlável à demarcação pragmática de políticas de segurança pública, delimitando em que medida e quando se fazem necessárias possibilidades de aplicação de medidas de *ultima ratio*, ou de restrição de direitos, sem nunca abandonarmos os fundamentos do Estado Democrático de Direito¹¹.

Por óbvio que aqui igualmente se apresentam riscos e perigos de abuso de poder e desvios de finalidades na concepção e, ou, execução de medidas de exceção criadas para lidar com a insegurança pública, corrupção, crime organizado etc., razão pela qual devemos sempre estar atentos para que essas iniciativas sejam acompanhadas de amplos mecanismos de controle público efetivo e de responsabilidades consecutórias.

Por isso, é possível ao Estado contemporâneo criar *âmbitos de exceção* no gerenciamento de direitos e garantias e da segurança pública, justamente para protegê-los de modo efetivo de condições adversas aos pactos sociais instituídos (constitucional e infraconstitucionalmente), o que não implica a suspensão das conquistas civilizatórias da democracia, mas tão somente suas revisões protetivas no tempo e espaço.

Mas que perspectivas podemos ter para uma segurança pública democrática e compromissada socialmente?

Uma delas é a compreensão de que não é mais possível a existência de políticas e agentes de segurança meramente reativos, pautados em modelos tradicionais que priorizem unicamente o incremento de armamentos e efetivos policiais, visto que tais medidas se apresentam historicamente insuficientes para a redução da insegurança, tanto no plano preventivo como repressivo. E isso porque:

- (i) frequentemente as políticas e agentes de segurança operam segundo modelo inercial, reativo e fragmentário, em contextos de atomização institucional;
- (ii) políticas e agentes de segurança, modo geral, não conhecem de forma aprofundada o resultado do que fazem, confundindo relatórios operacionais com avaliação de eficiência institucional e social;

¹⁰ *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/6RFGbPMdqjGpp8LqrcKyMkF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023. p. 142.

¹¹ Lembremos das restrições de locomoção e convivência impostas pelos governos em face da Covid-19.

(iii) políticas e agentes de segurança, muitas vezes, não conhecem de forma exauriente a realidade onde atuam com o rigor necessário, ou não usam sistêmica e racionalmente o conhecimento que possuem¹².

Daí porque a gestão de segurança pública deve contar, permanentemente, com dados e informações qualificadas, diagnósticos rigorosos, planejamento sistemático e avaliação regular, tudo veiculado por rotinas, funções, processos e estruturas ágeis e adequadas ao cumprimento de metas articuladas.

De alguma maneira, notadamente nos anos de 1995 a 2011, o país tentou profissionalizar o trato da segurança pública, em especial a partir da formatação de diretrizes de uma política nacional para a área que contasse, necessariamente, com:

- (i) programas de reforma das instituições de segurança;
- (ii) valorização e formação permanente de profissionais da área;
- (iii) estruturação moderna de logística, recursos orçamentários e de inteligência apropriados;
- (iv) gestão de conhecimentos;
- (v) prevenção e
- (vi) controle externo e participação social¹³.

Ao mesmo tempo, aquelas diretrizes apontavam à necessidade de instituir programas de redução da violência que se mostram pertinentes até os dias atuais, a partir dos seguintes indicadores:

- a) gerenciamento de crises e conflitos de forma mais racional, com metodologias de abordagem e procedimentos eficientes à solução pacífica;
- b) administração legal do uso da força policial;
- c) redução da violência doméstica e de gênero;
- d) redução do racismo, da homofobia e da misoginia;
- e) repressão qualificada por resultados pacificadores;

¹² Ver o texto de: ADORNO, Sérgio. Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades. In: ZAVERUCHA, Jorge (org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

¹³ Ver o interessante balanço destes temas que faz: ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Comemorativa – 1967-2007, Rio de Janeiro, p. 67-86, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/4M-zHG77HTWjV7BPjYL7mcGg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

- f) redução de homicídios e crime organizado;
- g) proteção e apoio as vítimas e testemunhas¹⁴.

A preservação da ordem pública democrática pressupõe a ampliação dos atores sociais responsáveis pela área de segurança pública para além das organizações policiais, o que implica reconhecer, dentre outros, a urgência:

- (i) na constituição de gabinetes de gestão integrados, reunindo os órgãos de segurança pública e outros órgãos governamentais;
- (ii) na abertura dos processos de tomada de decisão à participação da sociedade;
- (iii) na constituição de mecanismos de compartilhamento de sistemas de informação dos órgãos de segurança pública.

Tudo isso envolve mudança de paradigmas, reconhecendo a importância da ampliação do conhecimento dos agentes sobre os fatores relacionados à constituição da segurança pública; a promoção de compreensão da realidade social a partir de perspectiva crítica ampliada; a ampliação da responsabilidade dos agentes para além das questões estritamente criminais; a preocupação com a melhora da qualidade de vida da população (serviços públicos, trabalho, lazer e educação).

Sob o ponto de vista normativo, no plano internacional, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, constituída em França em 1789, em seu art. 12, previu que a garantia dos direitos do homem e do cidadão necessita de uma força pública, que deve ser instituída para fruição por todos, e não para utilidade particular daqueles a quem é confiada. Por sua vez, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, das Nações Unidas, de 1948, em seu art. 3º, prevê que todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal.

Em termos de Brasil, a segurança pública ganha fôlego a partir da Constituição de 1988, em especial quando, em seu art. 6º, disciplina que são direitos sociais a educação, o trabalho, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados. Em seu art. 144, prevê que *a segurança pública é dever do Estado, mas também direito e responsabilidade de todos*, devendo ser exercida para preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos: Polícia Federal; Polícia Rodoviária Federal; Polícia Ferroviária Federal; Polícias Civis; Polícias Militares e Corpos de Bombeiros Militares¹⁵.

¹⁴ Conforme a coletânea intitulada: COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Segurança pública no Brasil – um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010.

¹⁵ Lembremos que esse rol de agentes do art. 144 é *taxativo*, o que implica dizer que os Estados-membros não podem criar órgãos de segurança pública diversos daqueles elencados nele, vez que, neste caso, estariam violando disposições constitucionais (art. 144 e 25), conforme já decidiu o Supremo Tribunal Federal, na ADI n. 2.827, rel. Min. Gilmar Mendes, julgado em 16-9-2010, DJE de 6/4/2011.

Mas o que significa dizer que a segurança pública é um direito social? Significa que configura garantia universalizada a todos os cidadãos sem qualquer tipo de distinção; que não pode ser concebida a partir da lógica de defesa do Estado, mas deve ter foco na segurança e liberdades individuais e da comunidade, a partir de duas dimensões principais:

(i) controle do crime e da violência: o que implica o aprimoramento das agências de segurança pública e justiça criminal;

(ii) prevenção: conhecimento das causas e situações que propiciam dinâmicas criminais e violentas, somadas a capacidade de implantar políticas que integram diferentes áreas (segurança, saúde, educação, infraestrutura urbana, assistência social, entre outras), em ações planejadas e locais para prevenir tais dinâmicas¹⁶.

Vamos avaliar agora, a partir de todo ponderado, como tem se estruturado as políticas públicas de segurança no Brasil, muito especialmente a partir do Plano Nacional de Segurança Pública e do Sistema Único de Segurança Pública.

4. DO PLANO NACIONAL DE SEGURANÇA PÚBLICA AO SISTEMA ÚNICO DE SEGURANÇA PÚBLICA: AVANÇOS E RECUOS

Um dos marcos mais contemporâneos no que se refere às políticas de segurança pública no Brasil foi a criação do Plano Nacional de Segurança Pública (PNSP), no ano de 2000, no governo de Fernando Henrique Cardoso, sendo considerada a primeira política nacional e democrática de segurança focada no estímulo à inovação tecnológica, ao aperfeiçoamento do sistema de segurança através da integração de políticas atinentes a essa área, contando com ações comunitárias, visando constituir novos marcos institucionais a esse grande tema¹⁷.

¹⁶ Como quer: CERETTI, Adolfo; CORNELLI, Roberto. *Oltre la paura*. Affrontare il tema della sicurezza in modo democratico. Milano: Feltrinelli, 2018. No Brasil ver o texto de: SULOCCI, Victoria-Amália de B. C. G. de. *Segurança pública e democracia: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

¹⁷ Ver o texto de: BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas públicas de segurança no Brasil: problemas, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, fev./mar. 2014. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/353>. Acesso em: 16 out. 2023.

O PNSP compreendia 124 ações distribuídas em 15 compromissos que estavam voltados para áreas diversas como o combate ao narcotráfico e ao crime organizado; o desarmamento; a capacitação profissional; o reaparelhamento das polícias, a atualização da legislação sobre segurança pública, a redução da violência urbana e o aperfeiçoamento do sistema penitenciário. O plano, no entanto, não fixava os recursos nem as metas para tais ações. Ao mesmo tempo, tampouco estavam estabelecidos quais seriam os mecanismos de gestão, acompanhamento e avaliação de tais ações.

O problema é que ministros e secretários nacionais daquela quadra histórica repetiram, à exaustão, reuniões com secretários estaduais de segurança e chefes de polícias, no afã de persuadi-los a participar do esforço nacional, por exemplo, de uniformização da linguagem informacional das polícias – requisito indispensável para o estabelecimento de condições mínimas para a cooperação. Mas, infelizmente, e como sempre, arestas inter-pessoais, o atrito entre projetos e as rivalidades políticas combinaram-se para criar um caldo de cultura fomentador de resistências as mais diversas, as quais inviabilizaram o PNSP.¹⁸

De todo modo, o período do presidente Fernando Henrique Cardoso marcou uma virada positiva, democrática e progressista, modernizadora e racionalizadora, na medida em que conferiu à questão da segurança status político superior, reconhecendo sua importância, a gravidade da situação e a necessidade de que o governo federal assumisse responsabilidades nessa matéria; firmou compromisso político com a agenda dos direitos humanos na área da segurança pública, com pauta virtuosa envolvendo prevenção, integração intersetorial e intergovernamental, valorização da experiência local, qualificação policial, estímulo ao policiamento comunitário, apoio ao programa de proteção às testemunhas e à criação de ouvidorias.

Já o Plano Nacional de Segurança Pública do governo Lula – apresentado ainda em 2002 ao Congresso Nacional – assumiu posição eminentemente não partidária, e visava a contribuir para a construção de consensos mínimos nacionais, partindo do pressuposto de que segurança pública é matéria de Estado, não de governo, situando-se, portanto, acima das querelas político-partidárias.

Os propósitos desse plano eram, em apertada síntese, construir consensos com os governadores em torno de seu conteúdo, virtudes, conveniência, oportunidade, viabilidade, demonstrando os benefícios que proporcionaria para o conjunto do país, e para cada Estado, se fossem feitos os esforços necessários, em moldes cooperativos. Os pontos

¹⁸ Conforme o texto de: CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Revista Katálisis*, v. 14, n. 1, p. 59-67, jun. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/bnjfd8BgmpTSXSSSyXQ3qbj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

fundamentais do acordo seriam a normatização do Sistema Único de Segurança Pública (SUSP)¹⁹, e a desconstitucionalização das polícias, sendo que aos governos estaduais e federal caberiam instalar Gabinetes de Gestão Integrada (GGIs) da segurança pública, um em cada Estado, o que funcionaria como braço operacional do SUSP.

Os focos sobre os quais incidiria esse plano, portanto, seriam: recrutamento, formação, capacitação e treinamento; valorização profissional de agentes de segurança; gestão do conhecimento e uniformização nacional das categorias que organizam os dados, para que eles pudessem funcionar com informação confiável; introdução de mecanismos de gestão, alterando funções, rotinas, tecnologia e estrutura organizacional; investimento em perícia; articulação com políticas preventivas; controle externo; qualificação da participação dos municípios via políticas preventivas e guardas municipais, preparando-as para que se transformassem, no futuro próximo, em polícias de ciclo completo, sem repetir os vícios das polícias existentes; investimento em penas alternativas à privação da liberdade e criação das condições necessárias para que a Lei de Execuções Penais (LEP) fosse respeitada no sistema penitenciário.

Nos termos desse modelo, o trabalho policial seria orientado, prioritariamente, para a prevenção e buscaria articular-se com políticas sociais de natureza especificamente preventiva. Em paralelo à aludida institucionalização do SUSP, o plano propunha a desconstitucionalização das polícias, o que significava a transferência aos Estados do poder para definirem, nas respectivas Constituições, o modelo de polícia que desejassem, precisassem e/ou pudessem ter.

Entretanto, o presidente Lula, na época, reviu sua adesão e desistiu de prosseguir no caminho previsto, porque percebeu que fazê-lo implicaria assumir o protagonismo maior da reforma institucional da segurança pública no país, ou seja, assumir a responsabilidade pela segurança perante a opinião pública, e isso o exporia a riscos políticos, pois as responsabilidades pelos problemas em cada esquina, de cada cidade, poderiam lhe ser imputadas²⁰.

De lembrar, por oportuno, que a Presidenta Dilma Rousseff não deu continuidade aos planos de Lula. Em 2012, criou o Programa Brasil Mais Seguro, e, em 2015, o

¹⁹ Em 26 de fevereiro de 2018 foi criado o Ministério da Segurança Pública (MSP), com o objetivo de cuidar nacionalmente dessa área e de promover a integração de todas as forças policiais, sendo que, na sequência, em 11 de junho de 2018, foi aprovada a Lei n. 13.675/18, disciplinando a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, atendendo à previsão do § 7º, do art. 144, da CF/88, e instituindo o Sistema Único de Segurança Pública – SUSP.

²⁰ Ver o texto de: SCHABBACH, Leticia Maria. A agenda da segurança pública no Brasil e suas (novas) políticas. In: MADEIRA, Lígia Mori (org.). *Avaliação de políticas públicas*. Porto Alegre, UFRGS, 2014. p. 216-231. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cegov/files/pub_37.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

Programa Nacional de Redução de Homicídios, os quais não tinham a mesma abrangência e integração propostas pelos Planos de FHC e Lula²¹.

Pelos termos da Lei Federal n. 13.675/2018, em pleno governo de Michel Temer, também se criou a Política Nacional de Segurança Pública e Defesa Social (PNSPDS), instituindo-se (art. 5º) diretrizes nacionais e vinculantes para políticas de segurança pública no país, dentre as quais:

- (i) atuação integrada entre a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios em ações de segurança pública e políticas transversais para a preservação da vida, do meio ambiente e da dignidade da pessoa humana (IV);
- (ii) coordenação, cooperação e colaboração dos órgãos e instituições de segurança pública nas fases de planejamento, execução, monitoramento e avaliação das ações, respeitando-se as respectivas atribuições legais e promovendo-se a racionalização de meios com base nas melhores práticas (V).

O PNSPDS criou oito (08) programas à implementação de suas prioridades:

- 1) superação do déficit de dados e indicadores, e de padronização do registro de eventos;
- 2) reorganização urbana e de garantias dos direitos das pessoas;
- 3) avaliação e reaparelhamento dos órgãos operacionais do SUSP;
- 4) incremento à qualidade de preparação técnica das polícias e dos agentes do SUSP;
- 5) combate às facções e organizações criminosas e medidas voltadas à reorganização do sistema prisional;
- 6) combate à corrupção e às fontes de financiamento da criminalidade e ao fluxo ilícito de capitais;
- 7) combate ao tráfico de armas, munições, drogas e contrabando nas fronteiras, nos portos e aeroportos, assim como na malha viária; e 8) aperfeiçoamento da política penitenciária.

²¹ SÁ E SILVA, Fábio. Barcos contra a corrente: a política nacional de segurança pública de Dilma Rousseff a Michel Temer. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasília: Ipea, n. 11, p. 16-32, jan./jul. 2017. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8069/1/BAPI_n11_Barcos.pdf. Acesso em: 16 out. 2023. Da mesma forma Michel Temer não avançou nesse sentido.

Já pelos termos do Decreto Federal n. 9.489/2018, em seu art. 2º, a política nacional de segurança pública e defesa social seria implementada por estratégias que garantissem integração, coordenação e cooperação federativa; interoperabilidade, liderança situacional, modernização da gestão das instituições de segurança pública; valorização e proteção dos profissionais; complementaridade; dotação de recursos humanos; diagnóstico dos problemas a serem enfrentados; excelência técnica, avaliação continuada dos resultados e garantia da regularidade orçamentária para execução de planos e programas de segurança pública.

Importante ressaltar que essa legislação criou também metas e indicadores às políticas, quando, em seu art. 12, determinou que a aferição anual de metas deveria observar os seguintes parâmetros:

- (i) as atividades de polícia judiciária e de apuração das infrações penais seriam aferidas, entre outros fatores, pelos índices de elucidação dos delitos, a partir dos registros de ocorrências policiais, especialmente os de crimes dolosos com resultado em morte e de roubo, pela identificação, prisão dos autores e cumprimento de mandados de prisão de condenados a crimes com penas de reclusão, e pela recuperação do produto de crime em determinada circunscrição;
- (ii) as atividades periciais seriam aferidas mediante critérios técnicos emitidos por órgão responsável pela coordenação das perícias oficiais, considerando os laudos e o resultado na produção qualificada das provas relevantes à instrução criminal;
- (iii) as atividades de polícia ostensiva e de preservação da ordem pública seriam aferidas, entre outros fatores, pela maior ou menor incidência de infrações penais e administrativas em determinada área, seguindo os parâmetros do SINESP.

E por que tudo isso não contou com implementação plena no país? Fundamentalmente, porque as organizações complexas demandam muito trabalho de gestão, e as políticas desenvolvidas dentro dessas organizações não são facilmente implantadas, pois nosso modelo continuou baseado no princípio *top-down* e *inside-out*: todas as tomadas de decisão ocorrem na parte superior da estrutura e da hierarquia, e de dentro para fora²².

Também não podemos olvidar da cultura de gestão da segurança sob a perspectiva da chamada segurança interna, imposta pela Decreto-Lei n. 317/1967, central para a formação da agenda das políticas de segurança no país. Na inexistência de contrapontos, aquela norma vai sendo reinterpretada e mantida como o *modus operandi* das organiza-

²² Ver o excelente texto de: LOTTA, Gabriela (org.). *Teoria e análises sobre implantação de políticas públicas no Brasil*. Brasília: Enap, 2019.

ções da área, estruturando o tema, seus órgãos e práticas em torno da ideia de defesa dos interesses do Estado mais do que da sociedade, o que tem gerado profundos equívocos e déficits à sociedade.

Nesses cenários, as percepções de segurança pública continuam a ser os proveinentes dos universos jurídico-penal e do combate ao inimigo, priorizando a redução de conflitos sociais a tipos penais, desprezando a natureza complexa e multifacetária destes e suas configurações, que engendram regras e padrões de sociabilidades; constituem e põem em confronto identidades individuais e coletivas. Aqui, segmentos sociais são vistos como intrinsecamente perigosos e objetos constante de vigilância e neutralização (pobres, negros, desempregados). A visão penalizante deslegitima, em decorrência, a participação social e a contribuição de outros profissionais e saberes para a administração de questões que instalam a insegurança individual e coletiva²³.

A ampliação do conceito de segurança no Brasil registra-se, portanto, na prática e principalmente, a partir dos primeiros anos da década de 2000, mas é preciso registrar que o ambiente de debate no plano formal e legislativo da matéria já se encontrava, no início do século XXI, estimulado pelos termos do Programa Social de Intervenção Social para Prevenção a Violência- PISPV, formatado no Projeto de Lei n. 9.672/2018, concebido dentro de enfoque multidisciplinar dos problemas da segurança pública, considerando a violência como fenômeno multifacetado e que exige integração de programas sociais, em perspectiva preventiva que aborde as causas dos problemas, o que deveria envolver a ação integrada de vários ministérios²⁴.

Várias foram as ações incluídas e os fundos destinados nessa quadra histórica, mas a implementação de projetos foi dispersa e não houve avaliação nem continuidade das iniciativas, ao menos sob o ponto de vista da eficácia social. Datam desses períodos os projetos municipais inseridos dentro de concepções integrais de segurança pública. A integração das esferas municipal, estadual e federal, por sua vez, foi limitada.

Em relação à esfera estadual, a manutenção da estrutura de segurança pública brasileira constituída durante o regime autoritário sobrecarrega os governadores, ao deixar em

²³ Como advertem: SIMON, Jonathan; SPARKS, Richard. *Punishment and society*. London: Sage Publications, 2013.

²⁴ Até hoje esse projeto tramita na Câmara dos Deputados, neste momento (outubro/2023), aguardando Parecer do Relator na Comissão de Previdência, Assistência Social, Infância, Adolescência e Família (CPASF), conforme notícia do site: BRASIL. *Projeto de Lei n. 9.762/2018*. Determina a implementação de Programa Social de Intervenção Social para Prevenção à Violência - PISPV, pela União, em parceria com as demais Unidades da Federação, nos territórios que registrarem altos índices de violência ou que sejam objeto de operações de segurança resultantes de intervenção federal ou de operações voltadas para a Garantia de Lei e Ordem. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichade-tramitacao?idProposicao=2169256>. Acesso em: 16 out. 2023.

suas mãos grande parte da responsabilidade com a gestão das polícias militares e civis, com orçamento para investir neste campo praticamente nulo. Recai aqui também a maior responsabilidade sobre o sistema penitenciário.

Criaram-se nesse período históricos critérios quantitativos e qualitativos mais claros e sistemáticos para o repasse dos fundos de segurança, primeiramente aos Estados – entre 2004 e 2005 –, e depois aos municípios, a partir de 2006, bem como índice que teve como base a média ponderada nacional de dados combinados de segurança pública: homicídios dolosos e outros crimes letais e intencionais, efetivo de policiais civis e militares, outros crimes violentos –, urbanos e populacionais – população, área/km², concentração populacional em grandes centros, delitos de trânsito – e um fator de correção socioeconômica – produto interno bruto (PIB), e Índice de Desenvolvimento Humano (IDH). A esse critério quantitativo adicionou-se critério qualitativo: o Estado que não respondesse o questionário de avaliação da política teria 10% dos recursos do fundo cortados. O questionário buscava levantar o cumprimento de 27 ações específicas na área determinada pelo Programa Nacional de Segurança Pública para o Brasil²⁵.

No ano de 2003 foram implantados 27 gabinetes de gestão integrada de segurança pública (GGIs), um em cada Estado e no DF, antecipando, na prática, experiências de articulação interinstitucional e coordenação que a plena instalação do SUSP regulamentaria e institucionalizaria.

O objetivo do SUSP sempre foi o de prevenir a ocorrência de delitos, criar meios para analisar a realidade de cada episódio, planejar estratégias de enfrentamento ao crime, identificar quais os métodos e mecanismos a serem usados. Sistemas de avaliação e monitoramento das ações restaram previstos no SUSP para garantir transparência e controle externo das ações de segurança. Embora tenha sido incluído no PNSP de 2003, o SUSP acabou sendo oficialmente instituído apenas em 2018, com a Lei n. 13.675, de 11 de junho de 2018, que delinea sua composição e funcionamento.

O problema é que, a despeito dessa norma, em seu art. 7º, estabelecer que a política nacional de segurança pública seria implementada por estratégias que garantissem a integração, coordenação e cooperação federativa, e tendo em conta que os atores

²⁵ Ao longo do tempo, o governo federal foi alterando estes critérios geralmente por portarias, para ajustar alguns indicadores às prioridades políticas e partidárias de cada gestão, como faz ver a Portaria n. 275/2021, do Ministério da Justiça e Segurança Pública, publicada em 06/07/2021, destinando 30% dos recursos para a valorização dos profissionais de segurança pública e 70% para o fortalecimento das instituições. Conforme site: BRASIL. Novos critérios para rateio dos recursos do fundo nacional. *Serviços e Informações do Brasil*, 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2021/07/novos-criterios-pa-rra-rateio-dos-recursos-do-fundo-nacional>. Acesso em: 13 fev. 2023.

no nível das estratégias são a União, os estados, o Distrito Federal e os municípios, por intermédio dos respectivos Poderes Executivos, mais os Conselhos de Segurança Pública e Defesa Social dos três entes federados, ela não esclarecia como dar-se-ia objetivamente esta integração? Quem coordenaria materialmente isto? Como dar-se-iam as decisões? Por consenso? E autonomia dos entes federados como ficaria?²⁶

Importa outra referência ao Programa Nacional de Segurança Pública com Cidadania – PRONASCI (instituído pela Lei n. 11.530/2007) –, em face do que estamos argumentando, eis que ele foi composto por dois grandes eixos: medidas de caráter estrutural e programas locais. Dentre os principais projetos estruturais do PRONASCI estavam: a valorização dos profissionais do sistema de segurança pública e justiça criminal; a reestruturação do sistema penitenciário; o combate à corrupção policial e ao crime organizado, e o envolvimento comunitário. Sobre os programas locais, merecem destaque os Territórios de Paz, o Mulheres da Paz, o PROTEJO, e os programas de Justiça Comunitária, tendo como pressuposto a garantia do acesso à justiça e a recuperação dos espaços públicos por meio de medidas de revitalização e urbanização²⁷.

Ocorre que o PRONASCI foi sendo sucateado após o governo Lula e, já no governo Dilma, sofrendo impactantes descontinuidades na implantação dos planos e programas de segurança pública projetados; ou seja, os projetos que vinham dando bons resultados no campo da prevenção à violência não tiveram prosseguimento devido, deixando muitos Estados e Municípios órfãos dessa política pública de segurança e do necessário aporte financeiro que o PRONASCI previa.

Vejamos como temos, no Brasil, vivido retrocessos significativos em termos de políticas de segurança pública e de que maneira isto afeta nossa Democracia.

²⁶ Para além disso, temos de ter presente que os protagonistas destes cenários são: I) Polícia Federal; II) Polícia Rodoviária Federal; III) (vetado); IV) polícias civis; V) polícias militares; VI) corpos de bombeiros militares; VII) guardas municipais; VIII) órgãos do sistema penitenciário; IX) (vetado); X) institutos oficiais de criminalística, medicina legal e identificação; XI) Secretaria Nacional de Segurança Pública (Senasp); XII) secretarias estaduais de segurança pública ou congêneres; XIII) Secretaria Nacional de Proteção e Defesa Civil (Sedec); XIV) Secretaria Nacional de Política sobre Drogas (Senado); XV) agentes de trânsito; XVI) guarda portuária, pergunta-se: *Quem tem competência para tomar decisões?*

²⁷ Conforme o texto de: FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITTO, Ângela (org.). *Segurança e cidadania: memórias do Pronasci*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. (Depoimentos ao Cpdoc/FGV).

5. RELAÇÕES TENSIONAIS À DEMOCRACIA ENTRE POLÍCIAS E SEGURANÇA PÚBLICA: A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

A despeito de todas as tentativas analisadas de criar e gestar – normativa e pragmaticamente – políticas de segurança no Brasil, nossa realidade apresenta, até hoje, por exemplo, altas taxas de mortalidade por homicídio, principalmente cometidos com armas de fogo, mesmo se tratando de um país que não está em guerra, nem tem passado por insurreições recentes a ponto de justificar isso²⁸.

Junto aos dados de mortes violentas, fundamentalmente nas grandes metrópoles, estudos constataam a presença de bandos armados que ocupam territórios e o desenvolvimento de uma sociabilidade que submete populações pobres inteiras à violência²⁹. E ainda temos o grave problema do subregistro de ocorrências policiais envolvendo segurança pública; assim, as estatísticas oficiais representam mal a situação da insegurança, e não constituem base de conhecimento técnico válido para a elaboração de diagnósticos. Daí porque os conselhos comunitários de segurança pública representam formas alternativas para resolver essa falta de legitimidade, promovendo ambientes de discussão entre representantes das polícias e da sociedade.

Como consequência desses cenários, tanto entre as elites como entre o povo, a falta de segurança é identificada como um dos maiores problemas do país. Dessa forma, a legitimidade do Estado é colocada em questão, seja pela ineficácia em manter o controle exclusivo do uso da coerção, por sua incapacidade para garantir os direitos fundamentais dos cidadãos sob sua jurisdição, seja porque, às vezes, é o próprio Estado que está envolvido em atos ilegais e que geram violência³⁰.

A ausência de regras que regulamentem as funções e o relacionamento das polícias federais e estaduais, e mesmo das polícias civis e militares, produz no Brasil um

²⁸ Ver os dados trazidos pelo trabalho publicado pelo Fórum Brasileiro de Segurança Pública: BUENO, Samira; KAHN, Túlio; LINS, Gabriel; CERQUEIRA, Daniel. *Armas de fogo e homicídios no Brasil*. [S.l.]: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/informe-armas-fogo-homicidios-no-brasil.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

²⁹ Ver matéria publicada no site: SOARES, Rafael. Tráfico e milícia disputam favelas no Rio em meio à pandemia de coronavírus. *Extra*, 5 abr. 2020. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-milicia-disputam-favelas-no-rio-em-meio-pandemia-de-coronavirus-24350795.html>. Acesso em: 14 fev. 2023.

³⁰ Como nos mostra a matéria jornalística publicada no site: FACÇÃO criminosa liderada por policial militar é alvo de mandados no Ceará. *G1*: Ceará, 24 nov. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/11/24/facao-criminosa-liderada-por-policial-militar-e-alvo-de-mandados-no-ceara.ghtml>. Acesso em: 14 fev. 2023.

quadro de diversos ordenamentos para a solução de problemas similares de segurança e violência sem, contudo, conseguirmos grandes avanços.

Lembremos que desde o século XIX a função de polícia dividiu-se, sem obedecer a padrão definido, em duas forças paralelas: a polícia civil (PC) e a polícia militar (PM). A polícia civil originou-se da administração local, com pequenas funções judiciárias, ao passo que a polícia militar nasceu do papel militar do patrulhamento uniformizado de rua. Com o tempo, a PC teve suas funções administrativas e judiciais restringidas, enquanto a PM sofria frequentes ataques sob o argumento de inadequada para o policiamento diário, motivando a criação de outras polícias uniformizadas concorrentes, principalmente a Guarda Civil³¹.

Nas primeiras décadas do século XX, temos, num quadro geral, a *força militar*, à qual se recorria em casos de grandes distúrbios coletivos ou insurreições; a *guarda civil*, responsável pelo policiamento nas ruas; e a *PC*, incumbida de coordenar o policiamento da cidade e instruir processos criminais. Na República, cada Estado federado ganhou autonomia para organizar sua segurança pública, por isso esta configuração se difere de um estado para outro³².

É somente em 1969 que ocorre a fusão entre as guardas civis e as forças públicas dos Estados, por meio do Decreto-Lei n. 667, modificado pelo Decreto-Lei n. 1969/1.072, que extingue as guardas civis e institui as PMs estaduais, com competência *exclusiva* para o policiamento ostensivo. Antes dele, existia a PM como polícia aquartelada, utilizada para conter greves de operários, manifestações públicas etc. Esta PM estava isolada da população e era chamada a agir em questões de ordem interna. A partir do Decreto-Lei referido, ela passa a incumbir-se do policiamento ostensivo e torna-se proibida a criação de qualquer outra polícia fardada pelos Estados³³.

³¹ Nesse sentido os estudos de: CRUZ, Heloisa. Mercado e polícia – São Paulo 1890-1915. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 115-130, mar./ago. 1987. Disponível em: https://www.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=3644. Acesso em: 16 out. 2023; SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Paladinos da ordem: polícia e sociedade em São Paulo na virada do século XIX ao XX*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004; SOUZA, Luis Antonio Francisco de. *Lei, cotidiano e cidade. Polícia civil e práticas policiais na São Paulo Republicana (1890-1930)*. São Paulo: IBCCRIM, 2009.

³² Conforme: COTTA, Francis Albert. *Matrizes do sistema policial brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012.

³³ Veja-se que não se considerava a segurança pública como matéria a ser tratada na Constituição Federal até 1988. As PMs eram referidas na Constituição porque a elas se atribuía função de segurança interna (responsabilidade da União). Ver a pesquisa de: LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GC*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/k8CfD9XbDpJ8vzyfJqXP3qN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

O mesmo Decreto-Lei n. 667/1969, que reorganiza as PMs e os Corpos de Bombeiros (CBs), define-os como forças auxiliares, reserva do Exército, e remodela a Inspeção-Geral das Polícias Militares (IGPM), que passa a integrar o Estado-Maior do Exército (EME). Esse Decreto e outros que o seguiram – Decreto-Lei n. 1.072/1969 e Decreto n. 88.777/1983 – regulamentam o papel de controle e de coordenação do Exército sobre as Polícias Militares. Esse papel abrange organização, legislação, efetivos, disciplina, adestramento e material bélico das corporações estaduais, todos assuntos gerenciados pela IGPM³⁴.

Mas é um problema essa subordinação dos policiais militares ao Exército, até em face do duplo comando que é gerado. As PMs respondem ao Estado-Maior do Exército, mas também aos governadores estaduais. O governador nomeia os comandantes e confere patentes; a fazenda estadual remunera os integrantes da corporação, mas eles podem ser chamados a qualquer tempo para compor a força do Exército, que controla uma série de elementos relativos às corporações.

Para além da discussão acerca da necessidade de se constitucionalizar o tema da segurança pública, caracteriza-se como positivo o fato de que ele se insere, na Carta Política de 1988, no Brasil, na defesa do Estado e das instituições *democráticas*. Por outro lado, chama atenção a impropriedade de se colocar sob um mesmo título a segurança pública e as questões de segurança nacional, o que significa a reprodução da confusão entre uma e outra, presente ao longo do regime militar, e mesmo antes dele. Isso contribuiu – como já referimos – para visão inadequada de segurança pública, não como serviço público voltado para o cidadão, mas voltada a garantir a segurança do Estado³⁵.

Ao atribuir ao Estado o dever pela segurança pública, o Texto Político o reconhece como serviço público a ser garantido pela máquina estatal, direito inalienável de todos os cidadãos. Já a definição da segurança também como responsabilidade de todos pode ser interpretada à luz da necessidade de que haja participação social nas políticas públicas relacionadas a esse campo, isso porque ela não pode ser vista apenas como atribuição do Estado, vez que a sociedade tem papel importante não somente na participação e controle

³⁴ Ver a excelente pesquisa de: KROK, Jan Tadeusz. *O vínculo constitucional entre o Exército e as Polícias Militares: reflexos na estrutura organizacional, formação e prática profissional (1934-1988)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/3335/1/Jan-Tadeusz-Krok-2008-trabalho.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

³⁵ Como bem refere: RIQUE, Célia; LIMA, Marcos Costa. *A nova relação entre polícia e sociedade: uma perspectiva emancipatória*. Recife: Bagaço, 2003. Na mesma direção o texto de: ROCHA, Alexandre Pereira da. Polícia, violência e cidadania: o desafio de se construir uma polícia cidadã. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 84-100, fev./mar. 2013. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/206>. Acesso em: 16 out. 2023.

das políticas, como também na socialização dos indivíduos, na perpetuação dos mecanismos informais de controle social e de autocontrole.

6. CONCLUSÃO

Importa termos presente, a partir do que já vimos, que a segurança pública não se reduz à existência nem à inexistência de crimes; não se esgota na presença nem na ausência de fatos visíveis e quantificáveis que parecem lhe dar causa, embora tenha relação com a experiência emocional, física e/ou simbólica da violência intolerável; incorpora a dimensão subjetiva, como o medo, que é sempre intersubjetivo, porque experimentado em sociedade; é indissociável de algumas dimensões políticas fundamentais, como democracia ou ditadura, e da regência de formas locais (ou capilares e domésticas) de poder, tirânicas ou libertárias; diz respeito a toda a coletividade; seu alcance envolve as esferas pública e privada; não pode ser definida por critérios fixos e permanentes, nem mensurada de forma abstrata e artificial; depende de contextos específicos e de histórias singulares – nesse sentido, é social, histórica e culturalmente relativa.

A segurança pública no Brasil, por outro lado, se vê ameaçada diariamente por alguns fatores desde há muito conhecidos, a saber:

- (i) aumento da criminalidade, expansão do mercado de drogas ilícitas e fortalecimento das organizações criminosas, inclusive no interior;
- (ii) fácil acesso e descontrole sobre a circulação de armas de fogo;
- (iii) inexistência de acordos sobre as reformas institucionais necessárias;
- (iv) percepção negativa da política de segurança pública e baixa confiança nos agentes de segurança por parte da sociedade;
- (v) crises na segurança pública (greves, operações tartaruga etc.), oriundas da precarização das instituições de segurança e escassez de recursos financeiros.

Não bastasse isso, ainda temos o poder da mídia em pautar a agenda de segurança pública, associado à governança deficitária das instituições governamentais (ausência de avaliação dos programas, descontinuidade política e financeira de programas e ações, baixa capacidade de execução dos estados e municípios, falta de comprometimento dos atores políticos das diversas esferas de governo etc.).

E quando inexistem mecanismos eficientes de controles institucionais e sociais das políticas e dos agentes de segurança, ganha força o modelo do Estado Policial que criminaliza jovens e pobres, não prioriza políticas sociais, fomentando a ampliação do fosso que existe entre sociedade e os órgãos de segurança, o que se evidencia, dentre outros fatores, pela superpopulação carcerária, perda de controle de estabelecimentos penais para organizações criminosas e inefetividade das políticas de reintegração social³⁶.

É notório que o planejamento e gestão em segurança pública é deficiente em todas as instâncias federativas, à revelia dos avanços normativos que temos tido, pois se revelam insuficientes os diagnósticos e indicadores da insegurança social; falta de integração de ações (políticas, programas e projetos) e unidades, processos de trabalho não padronizados, monitoramento e avaliação insuficientes, o que se complica com a falta de mecanismos de financiamentos de médio e longo prazos para programas prioritários em segurança pública³⁷.

Há profunda deficiência na articulação dos setores de segurança pública federais, estaduais e municipais com pastas da área social, assim como insuficiência de recursos humanos, de qualificação especializada e falta de gestão por competências, o que dificulta muito – quiçá inviabiliza – a fiscalização desses setores, favorecendo o surgimento de milícias e outros grupos armados.

Por conta desses elementos, algumas demandas necessárias para o aprimoramento da segurança pública se fazem imediatas, dentre as quais:

- (i) aumento do desenvolvimento social inclusivo que tenha impacto nos índices de crimes violentos;
- (ii) maior integração operacional entre os agentes de segurança;
- (iii) melhorar a relação dos agentes de segurança com a sociedade;
- (iv) aumentar a efetividade da investigação criminal;
- (v) ampliar a integração operacional entre os entes federados no combate ao crime organizado;
- (vi) melhorar os resultados das políticas e dos agentes de segurança de reintegração social;

³⁶ Como bem adverte: BENJAMIN, Cid. *Estado Policial: como sobreviver*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019. Na mesma direção o texto de: AB'SÁBER, Tales. Ordem e violência no Brasil. In: KUCINSKI, Bernardo *et al.* (org.). *Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015. p. 97-102.

³⁷ Veja-se que inexistente, por exemplo, disposição constitucional que vincule percentuais do orçamento da União e dos Estados para custear a segurança pública.

- (vii) melhorar os resultados produzidos pelas medidas socioeducativas;
- (viii) ampliar a capacidade de intervenção municipal na segurança pública³⁸.

Também para a governança em segurança pública tem surgido propostas de melhorias, dentre as quais coordenar, integrar e focar melhor as medidas de prevenção e repressão, cabendo à União coordenar a política de segurança pública, estimulando mais a inovação e a reforma das polícias e das políticas penais, assim como aportando mais recursos à consolidação de sistema nacional de dados e informações. Nesse espectro, os Estados conduziram a integração das polícias, até mesmo sua integração, formatando o chamado ciclo completo.

Os municípios poderiam assumir a gestão de ações locais de prevenção social à violência, a partir de plano local de prevenção, contanto com a Guarda Municipal, e contribuindo na institucionalização/ampliação dos pactos entre órgãos dos três poderes para coordenar ações que hoje são realizadas isoladamente no sistema de justiça criminal, o que inclusive poderia aperfeiçoar as formas de envolvimento da sociedade na gestão dessa sensível área³⁹.

Os parceiros das políticas públicas locais/municipais devem ter informações para poder tomar posição diante das corresponsabilidades assumidas. Por exemplo, é importante que a Polícia Militar implante policiamento comunitário; é importante que as questões sociais tenham um melhor encaminhamento na cidade, através de programas de transferência de renda e de apoio às faixas da população mais vulneráveis⁴⁰.

Nesse sentido, os municípios estão sendo estimulados a implementar versões locais, com o auxílio da Secretaria de Estado da Justiça e da Defesa da Cidadania, de Centros Integrados de Cidadania (busca de documentos, de emprego, do acesso à justiça e de cursos de formação profissional, sobretudo para jovens).

³⁸ Ver no ponto o texto de: MARIANO, Benedito D. *Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. Também o excelente texto de: AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Elementos para a modernização das polícias no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, Suplemento Especial, p. 8-20, fev./mar. 2016. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/599>. Acesso em: 16 out. 2023.

³⁹ Ver no ponto o trabalho de: RICARDO, Carolina de Mattos; CARUSO, Haydee G. C. Segurança pública: um desafio para os municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 1, 1ª edição, p. 102-119, 2007. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/10>. Acesso em: 16 out. 2023.

⁴⁰ Ver o texto de: SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. *Policiamento comunitário*. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da USP, 2002. Na mesma linha o texto de: TROJANOWICZ, Robert; BUCQUEROUXE, Bonnie. *Policiamento comunitario: como começar*. Rio de Janeiro: Polícia Alerj, 1994.

Para além disso, algumas políticas de segurança municipais têm sido desenhadas e aplicadas, ainda que restritas às dimensões cobertas pelas atribuições locais, observando critérios e prioridades multissetoriais, territorializadas, nas áreas mais vulneráveis, criando condições para a proteção integral à criança, à família e à juventude, sobretudo por meio da articulação em redes locais dos serviços de saúde, educação, cultura, lazer, saneamento, habitação e infraestrutura urbana.

Mas isso tem exigido perfil aprimorado do gestor em segurança pública municipal, no sentido de que tenha:

- (i)** competência política para exercer, naturalmente, liderança política e social;
- (ii)** competência e capacidade técnica, com firmeza de princípios éticos, portando visão ampla e capacidade de desenvolver pensamento complexo, que envolva abordagem sistêmica, pois vai lidar, ao mesmo tempo, com muitos conflitos, interesses concorrentes, contraditórios e complementares;
- (iii)** competência estratégica, para decidir o que fazer com base em diagnóstico rigoroso e sob inspiração de planejamento racional, antes de lançar-se à ação, de forma voluntarista;
- (iv)** disposição para investir na qualidade e na inovação, trabalhando preferencialmente com processos, redes, conexões de relações, e não somente com normas, regras automatizadas ou procedimentos burocratizados;
- (v)** capacidade de aprender com os erros, com os outros, e de facilitar processos contínuos de aprendizagem, reciclagem;
- (vi)** coragem para romper com a improvisação meramente reativa, com o impulso inercial à repetição e com o amadorismo, em áreas que concentram ampla variedade de eventos, situações e conflitos.

Para todos esses atores da segurança pública importa ainda investir sempre em políticas de prevenção:

- (i)** primária ou social, que visam enfrentar os fatores de vulnerabilidade presentes no cotidiano dos cidadãos. Entre as abordagens de prevenção social estão as intervenções voltadas para a infância, a melhoria dos indicadores sociais da população e o fortalecimento de comunidades locais afetadas pela criminalidade e violência;
- (ii)** situacional ou ambiental, tendo como escopo central reduzir as oportunidades para a ocorrência de delitos criminais. Esse tipo de prevenção é definido como conjunto de medidas ligadas especificamente ao desenho do ambiente urbano onde acontecem os delitos; a adoção de medidas sistemáticas e permanentes de

intervenção ambiental; e a realização de pesquisas sobre o perfil das ocorrências e a percepção de risco de vitimização pela população.

Ainda há muito o que debater.

REFERÊNCIAS

AB'SÁBER, Tales. Ordem e violência no Brasil. In: KUCINSKI, Bernardo *et al.* (org.). *Bala perdida: a violência policial no Brasil e os desafios para a sua superação*. São Paulo: Boitempo, 2015.

ABRUCIO, Fernando Luiz. Trajetória recente da gestão pública brasileira: um balanço crítico e a renovação da agenda de reformas. *Revista de Administração Pública*, Edição Comemorativa – 1967-2007, Rio de Janeiro, p. 67-86, 2007. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/4MzHG77HTWjv7BPjYL-7mcGg/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

ADORNO, Sérgio. Consolidação democrática e políticas de segurança pública no Brasil: rupturas e continuidades. In: ZAVERUCHA, Jorge (org.). *Democracia e instituições políticas brasileiras no final do século XX*. Recife: Bagaço, 1998.

AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli de. Elementos para a modernização das polícias no Brasil. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 10, Suplemento Especial, p. 8-20, fev./mar. 2016. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/599>. Acesso em: 16 out. 2023.

BALLESTEROS, Paula Rodriguez. Gestão de políticas públicas de segurança no Brasil: problemas, impasses e desafios. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 8, n. 1, p. 6-22, fev./mar. 2014. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/353>. Acesso em: 16 out. 2023.

BENJAMIN, Cid. *Estado Policial: como sobreviver*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2019.

BERTERO, Carlos Osmar. *O estado brasileiro e a evolução da administração pública: esboço histórico*. Brasília: FUNCEP, 1984.

BRASIL. Novos critérios para rateio dos recursos do fundo nacional. *Serviços e Informações do Brasil*, 31 out. 2022. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/justica-e-seguranca/2021/07/novos-criterios-para-rateio-dos-recursos-do-fundo-nacional>. Acesso em: 13 fev. 2023.

BRASIL. *Projeto de Lei n. 9.762/2018*. Determina a implementação de Programa Social de Intervenção Social para Prevenção à Violência - PISPV, pela União, em parceria com as demais Unidades da Federação, nos territórios que registrarem altos índices de violência ou que sejam objeto de operações de segurança resultantes de intervenção federal ou de operações voltadas para a Garantia de Lei e Ordem. Brasília: Câmara dos Deputados, 2018. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2169256>. Acesso em: 16 out. 2023.

BUARQUE DE HOLANDA, Sergio. *Raízes do Brasil*. Rio de Janeiro: Livraria José Olympio, 1969.

BUENO, Eduardo. *A coroa, a cruz e a espada – lei, ordem e corrupção no Brasil*. Rio de Janeiro: Estação Brasil, 2019.

BUENO, Samira; KAHN, Túlio; LINS, Gabriel; CERQUEIRA, Daniel. *Armas de fogo e homicídios no Brasil*. [S.l.]: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2022. Disponível em: <https://forumseguranca.org.br/wp-content/uploads/2022/09/informe-armas-fogo-homicidios-no-brasil.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

CAMPANTE, Rubens Goyatá. Patrimonialismo em Faoro e Weber e a sociologia brasileira. *Dados Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 46, n. 1, p. 153-193, 2003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/dados/a/Kg8PPsPjsvMMPg5zBZWrmk/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

CAMPOS, Edmundo. *Sociologia da burocracia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

CARVALHO, Vilobaldo Adelídio de; SILVA, Maria do Rosário de Fátima e. Política de segurança pública no Brasil: avanços, limites e desafios. *Revista Katálysis*, v. 14, n. 1, p. 59-67, jun. 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rk/a/bnjfd8BgmptSXSSyXQ3qbj/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

CERETTI, Adolfo; CORNELLI, Roberto. *Oltre la paura*. Affrontare il tema della sicurezza in modo democratico. Milano: Feltrinelli, 2018.

COSTA, Ivone Freire; BALESTRERI, Ricardo Brisolla. *Segurança pública no Brasil – um campo de desafios*. Salvador: Edufba, 2010.

COTTA, Francis Albert. *Matrizes do sistema policial brasileiro*. Belo Horizonte: Crisálida, 2012.

CROZIER, Michel. *El fenómeno burocrático*. Buenos Aires: Amorrortu, 1971.

CRUZ, Heloisa. Mercado e polícia – São Paulo 1890-1915. *Revista Brasileira de História*, São Paulo, v. 7, n. 14, p. 115-130, mar./ago. 1987. Disponível em: https://www.anpuh.org/arquivo/download?ID_ARQUIVO=3644. Acesso em: 16 out. 2023.

FACÇÃO criminosa liderada por policial militar é alvo de mandados no Ceará. *G1*: Ceará, 24 nov. 2022. Disponível em: <https://g1.globo.com/ce/ceara/noticia/2022/11/24/facao-criminosa-liderada-por-policial-militar-e-alvo-de-mandados-no-ceara.html>. Acesso em: 14 fev. 2023.

FAORO, Raymundo. *Os donos do poder: formação do patronato político brasileiro*. Porto Alegre: Globo, 1977.

FERREIRA, Marieta de Moraes; BRITTO, Ângela (org.). *Segurança e cidadania: memórias do Pronasci*. Rio de Janeiro: FGV, 2010. (Depoimentos ao Cpdoc/FGV).

KROK, Jan Tadeusz. *O vínculo constitucional entre o Exército e as Polícias Militares: reflexos na estrutura organizacional, formação e prática profissional (1934-1988)*. Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal do Espírito Santo, Vitória, 2008. Disponível em: <http://repositorio.ufes.br/bitstream/10/3335/1/Jan-Tadeusz-Krok-2008-trabalho.pdf>. Acesso em: 14 fev. 2023.

LEAL, Rogério Gesta. Aspectos constitutivos da teoria da argumentação jurídica: a contribuição de Robert Alexy. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 1, n. 2, p. 131-166, maio/ago. 2014. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rinc/a/6RFGbPMdqjGpp8LqrcKyMKF/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

LEAL, Rogério Gesta. *Estado, Administração Pública e sociedade: novos paradigmas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

LIMA JR., Olavo Brasil de; ABRANCHES, Sérgio Henrique. *As origens da crise: estado autoritário e planejamento no Brasil*. Rio de Janeiro: Vértice; IUPERJ, 1987.

LIMA, Renato Sérgio de; BUENO, Samira; MINGARDI, Guaracy. Estado, polícias e segurança pública no Brasil. *Revista Direito GC*, São Paulo, v. 12, n. 1, p. 49-85, jan./abr. 2016. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rdgv/a/k8Cfd9XbDpJ8vzyfJqXP3qN/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 16 out. 2023.

LOTTA, Gabriela (org.). *Teoria e análises sobre implantação de políticas públicas no Brasil*. Brasília: Enap, 2019.

MARIANO, Benedito D. *Por um novo modelo de polícia no Brasil: a inclusão dos municípios no sistema de segurança pública*. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004.

RICARDO, Carolina de Mattos; CARUSO, Haydee G. C. Segurança pública: um desafio para os municípios brasileiros. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, ano 1, 1ª edição, p. 102-119, 2007. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/10>. Acesso em: 16 out. 2023.

RIQUE, Célia; LIMA, Marcos Costa. *A nova relação entre polícia e sociedade: uma perspectiva emancipatória*. Recife: Bagaço, 2003.

ROCHA, Alexandre Pereira da. Polícia, violência e cidadania: o desafio de se construir uma polícia cidadã. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, v. 7, n. 1, p. 84-100, fev./mar. 2013. Disponível em: <https://revista.forumseguranca.org.br/index.php/rbsp/article/view/206>. Acesso em: 16 out. 2023.

SÁ E SILVA, Fábio. Barcos contra a corrente: a política nacional de segurança pública de Dilma Rousseff a Michel Temer. *Boletim de Análise Político-Institucional*, Brasília: Ipea, n. 11, p. 16-32, jan./jul. 2017. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/8069/1/BAPI_n11_Barcos.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

SANTOS, Marco Antonio Cabral dos. *Paladinos da ordem: polícia e sociedade em São Paulo na virada do século XIX ao XX*. 2004. Tese (Doutorado) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2004.

SCHABBACH, Letícia Maria. A agenda da segurança pública no Brasil e suas (novas) políticas. In: MADEIRA, Lígia Mori (org.). *Avaliação de políticas públicas*. Porto Alegre, UFRGS, 2014. Disponível em: https://www.ufrgs.br/cegov/files/pub_37.pdf. Acesso em: 16 out. 2023.

SIMON, Jonathan; SPARKS, Richard. *Punishment and society*. London: Sage Publications, 2013.

SKOLNICK, Jerome H.; BAYLEY, David H. *Policamento comunitário*. Tradução de Ana Luísa Amêndola Pinheiro. São Paulo: Editora da USP, 2002.

SOARES, Rafael. Tráfico e milícia disputam favelas no Rio em meio à pandemia de coronavírus. *Extra*, 5 abr. 2020. Disponível em: <https://extra.globo.com/casos-de-policia/trafico-milicia-disputam-favelas-no-rio-em-meio-pandemia-de-coronavirus-24350795.html>. Acesso em: 14 fev. 2023.

SOUZA, Luis Antonio Francisco de. *Lei, cotidiano e cidade*. Polícia civil e práticas policiais na São Paulo Republicana (1890-1930). São Paulo: IBCCRIM, 2009.

SULOCKI, Victoria-Amália de B. C. G. de. *Segurança pública e democracia*: aspectos constitucionais das políticas públicas de segurança. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

TROJANOWICZ, Robert; BUCQUEROUXE, Bonnie. *Policamento comunitário*: como começar. Rio de Janeiro: Polícia Alerj, 1994.

WEBER, Max. *Ensaíos de sociologia*. Rio de Janeiro: Zahar, 1971.



NECESIDADES SOCIALES DE ATENCIÓN “EXIGIBLE” QUE GENERAN DERECHOS Y DEBERES ESENCIALMENTE POLÍTICOS¹

Alejandro Pérez Hualde²

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Las respuestas normativas y los tiempos requeridos; **3.** La estructura del poder en crisis; **4.** Los requerimientos de equidad y dignidad; **5.** El mercado y su gran capacidad y velocidad de respuesta; **6.** Las necesidades de atención “exigible” prioritarias y generadoras de un derecho a su satisfacción equitativa y digna; **7.** La nueva riqueza y su puerta de acceso: la educación; **8.** El desafío al derecho administrativo del siglo XXI; **9.** La salida: los principios constitucionales; Referencias.

“Basta quitar uno de los lados para dismantelar el sistema”³.

Nos proponemos efectuar un abordaje crítico que contribuya a colocar en su verdadera dimensión de compromiso real al poder político frente a las acuciantes reclamaciones

¹ Esta ponencia, ahora con bibliografía actualizada, con igual título, fue presentada en el XV Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, celebrado en la Universidad Católica de Santa María, Arequipa, Perú, en septiembre de 2022.

² Profesor de “*Teoría de los Servicios Públicos*” en el MDA en la Universidad Austral (BUE), de “*Bases constitucionales para el Derecho Administrativo*” en el MDA de la Universidad Nacional de Córdoba. Director de Carrera de Doctorado y catedrático de “*Derecho Administrativo 2*” en la Universidad Nacional de Cuyo (Mendoza).

³ BUNGE, Mario. El testimonio lúcido de una época: 10 frases de Mario Bunge. *Clarín*, 25 feb. 2020. Disponible en: https://www.clarin.com/cultura/testimonio-lucido-epoca-10-frases-mario-bunge_0_kPX3Bjsw.html. Acceso en: 24 jun. 2022.

sociales originadas en la marginación y la pobreza, de presencia indudable, que hoy afecta a nuestras sociedades cuyas dirigencias se encuentran inmersas -a su vez- en la vorágine provocada por los altísimos niveles de consumismo, conflictos banales, e indiferencia intolérable a esta altura de las circunstancias.

Por eso no vamos a entrar en análisis de fallos jurisprudenciales ni tendencias judiciales ni en resortes procesales posibles... procuramos interpelar y desafiar a la política y apelar al ejercicio de sus responsabilidades sostenidas en definiciones claras con base jurídico constitucional. Porque, además, entre otras cargas, también son ellos quienes designan a nuestros jueces, aparentes responsables de la falta de respuesta institucional del sistema.

1. INTRODUCCIÓN

Los derechos sociales fundamentales han sido objeto de gran dedicación y preocupación en las últimas décadas debido a una profundización de la visión interdependiente y consecuente de éstos con los que denominamos derechos “*individuales*” ya trabajados desde la Revolución francesa. Fenómeno histórico relevante que es considerado imprescindible como antecedente que brinda explicación y sentido al proceso progresivo de desarrollo orientado hacia el rumbo que todavía hoy perseguimos en búsqueda de la dignidad que adeudamos a grandes grupos con intereses de incidencia colectiva con necesidades de carácter “*exigible*” que interpelan a nuestra comunidad.

Ese tratamiento social, equitativo y digno debió ya iniciarse en ese mismo movimiento histórico debido a su expresa invocación a la “*fraternidad*” por cuanto se trata de un concepto de por sí inconcebible sino es en un ámbito social y -dentro de él- muy estrecho y de compromiso humano directo y personalizado. El reconocimiento carnal del carácter de “*hermano*” en el otro es, quizás, el de más alto rango cualitativo y digno que puede brindarse a otro ser humano. Parece sorprendente que todavía hoy ocupe tanto espacio en investigaciones humanísticas y sociales la percepción adecuada del “*otro*” en nuestro mundo digitalizado.

No obstante, las primeras manifestaciones constitucionales de la preocupación por la dimensión social de los derechos vinieron de la mano de las reclamaciones laborales (según la Escuela de Kiel⁴) esbozadas en un entorno de graves carencias y violencia en la Constitución de Francia de 1848, luego en las de Querétaro en 1917 y de Weimar en

⁴ Ver: HÄBERLE, Peter. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. In: LANDA, César (coord.). *Constitución económica del Perú* (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008. p. 37.

1919⁵. El advenimiento de la Declaración Universal de los DDHH en 1948, la constitución de Bonn de 1949, a la que podríamos sumar la denominada “*justicialista*” argentina del mismo año -de la mano de Arturo Enrique Sampay⁶, profundizan también en la temática de los derechos sociales.

En los orígenes del constitucionalismo argentino Manuel Estrada advertía que

Ningún estatuto inmovilizará una sociedad; ninguna generación puede ufanarse de que sus obras serán perpetuamente respetadas. Y en esta infinita mudanza, es menester, so pena de desorientarse, buscar acogida en las máximas y en los propósitos que constituyen la sustancia de las instituciones, visibles con claridad tan solo cuando se las indaga a través de sus multiformes medios de realización; porque en tanta variedad, hay un principio de humanidad, que la explica y consuela de los extravíos y versatilidades humanas⁷.

La Reforma constitucional argentina de 1994 incorporó conceptos normativos de gran relevancia social como ocurre en los criterios de distribución de la coparticipación federal, la que deberá ser “equitativa, solidaria, y dará prioridad al logro de un grado equivalente de desarrollo, calidad de vida e igualdad de oportunidades” (art. 75 inc. 2 y 8 CN), imponiendo al Congreso el deber de “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social” y de “promover políticas diferenciadas que tiendan a equilibrar el desigual desarrollo relativo de provincias y regiones” (art. 75 inc. 19 CN), como así también “promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato” (art. 75 inc. 23 CN).

En este caso la novedad más importante se manifiesta en el compromiso con la “*acción positiva*” impuesta a los gobiernos para la realización de los derechos contenidos en las convenciones celebradas a nivel internacional, acompañadas de la formal sumisión a la jurisdicción de tribunales internacionales a ese efecto y con el consecuente llamado de atención a la necesidad de marcos normativos e instrumentos idóneos para esa realización; los “*estados parte*” somos los responsables directos de la efectiva existencia de los necesarios instrumentos de organización y de procedimiento que los hacen eficaces.

⁵ Decimos internacionales porque la provincia argentina de Mendoza ya exhibe en su Constitución de 1910 el derecho a la huelga y en 1916 la jornada laboral, el descanso semanal y las condiciones especiales para el trabajo de la mujer.

⁶ SAMPAY, Arturo Enrique. *La reforma constitucional*. La Plata: Laboremus, 1949. p. 37.

⁷ ESTRADA, José Manuel. *Curso de derecho constitucional*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Argentina Anastasio Martínez, 1927. p. 38.

También hay que reconocer el crecimiento de un alto grado de desarrollo en el estudio y en la evolución de respuestas judiciales desde los controles de constitucionalidad y de convencionalidad emanados desde tribunales nacionales e internacionales que han brindado, ante casos concretos individuales, distintas respuestas, algunas de ellas valiosas y señeras para la añorada construcción de una respuesta política general y global que aún se encuentra pendiente.

Pero no sólo resulta insuficiente como respuesta comprensiva, sino que además suele responder a una estrategia de judicialización innecesaria de cuestiones fundamentales que debe solucionar la política y que, ante su impotencia, busca algún tercero que se haga cargo y, de paso, un tercero que carece de instrumentos, de formación y de medios para defenderse en el terreno de una política, que hoy se presenta amañada y coyuntural, y que luego terminará echándole la culpa de cualquiera que sea la solución tribalística aportada. Y esto es así porque la cuestión no es judicial desde el punto de vista estructural del poder constitucional. No hablamos de cuestiones políticas “no justiciables” sino de cuestiones constitucionales que corresponden a otro poder.

2. LAS RESPUESTAS NORMATIVAS Y LOS TIEMPOS REQUERIDOS

No obstante, esa compulsión al reconocimiento constitucional de derechos no fue acompañada por el contexto normativo, según oportunamente lo puso en evidencia Gargarella, que debía construir -precisamente- esos instrumentos que, debemos admitir, son propios del Derecho Administrativo, que está siempre más obligado a responder con eficacia a la coyuntura a la que debe contestar, pero siempre necesitado del soporte filosófico constitucional imprescindible que en estos tiempos requiere reformatear el razonamiento positivista que todavía lo subyuga.

Afirma Hesse que “la concretización del contenido de una norma constitucional, así como su realización, sólo resulta posible incorporando las circunstancias de la realidad que esa norma está llamada a regular”⁸.

El siglo XXI nos encuentra con otro panorama muy distinto caracterizado, en principio, por un retraimiento sensible del positivismo jurídico, quebrado en los juicios de Núremberg y en aquel de “*Los tiradores del muro de Berlín*”, dando inicio así a una nueva

⁸ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 29; los subrayados son del autor.

era del Derecho – según destaca Alfonso Santiago⁹ –, y con ello a un consecuente descenso de la apreciación de la importancia crítica de los cuerpos legislativos a pesar de ser aun esenciales para el sistema democrático liberal.

Como una consecuencia obvia y esperable del descrédito de sus frutos, sobreviene la devaluación de la representación política que no sólo dificulta la construcción de respuestas colectivas y coordinadas, sino que potencia las respuestas individuales, erráticas, cambiantes, coyunturales, sin homogeneidad, espontáneas, poco pensadas, y reducidas a algunas decenas de caracteres, etc.

Señala Gargarella que “Hoy, la imposibilidad de representar y expresar la diversidad social es estructural e irreversible. El sueño de la representación plena se terminó para siempre”¹⁰. Pero el esfuerzo por salvarla de algún modo creativo sigue vigente porque es cierta la afirmación de Riberi: “sin representación, ora por asimilación ora por autorización, no puede haber autoridad, y sin autoridad, en verdad no puede haber Estado, ni orden jurídico, ni constitución, por cierto”¹¹.

Y esta realidad se debe también a que “la democracia representativa requiere tiempo: lo requiere la activación del circuito de responsabilidad entre electores y elegidos, como la deliberación de las leyes”, entre sus programas prometidos y difundidos, y la efectiva promulgación de ellos en el proceso legislativo normal, y ese lapso, es algo que la democracia moderna, denominada “*del público*” por Manin¹², no está dispuesta a soportar, pues requiere respuestas inmediatas y las exige invocando una pretendida pertenencia a grandes organizaciones que ya no son los partidos políticos tradicionales.

“La cuestión de que las políticas necesitan tiempo para ser elegidas y, por lo tanto, evaluadas por los electores se ha dejado de lado” y con ello, como consecuencia necesaria, afirma César Pinelli, “liberados del peso de ser juzgados en función de sus políticas, parlamentarios y dirigentes de partido se concentran en la construcción de una imagen

⁹ SANTIAGO, Alfonso. Una nueva era del derecho, 1945-2017. *Revista El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, tomo 2017. p. 529 y sgs. El autor cita a Perelman: “los juicios de Núremberg significaron la muerte del positivismo jurídico como paradigma predominante para la explicación y operación del derecho”.

¹⁰ GARGARELLA, Roberto. La “conversación entre iguales”. *Clarín*, 24 jun. 2021. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/conversacion-iguales-_0_NR06SRbNr.html. Acceso en: 19 oct. 2023.

¹¹ RIBERI, Pablo. *Teoría de la representación política*. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014. p. 173.

¹² MANIN, Bernard. *Principi del governo rappresentativo*. Bologna: Il Mulino, 2007; destaca que “Alla democrazia dei partiti” subentra così la democrazia del pubblico, il confronto fra individui rimpiazza quello fra grandi ideologie interpretate da grandi organizzazioni” (el subrayado es del autor).

de éxito. Obsesionados por los sondeos diarios, se preocupan de reflejar las preferencias actuales de los electores más que de representar sus opiniones e intereses”¹³.

Pues resulta que desde la filosofía se nos advierte que “las prácticas que requieren un tiempo considerable están en trance de desaparecer. También la verdad requiere mucho tiempo... La confianza, las promesas y la responsabilidad son prácticas que requieren tiempo”¹⁴. Sobre todo, resulta particularmente trágica esa súbita desaparición de la responsabilidad política, esa misma que constituye un pilar soporte fundamental del sistema republicano y del estado de derecho.

Y mientras esto ocurre en el terreno institucional, quien está siempre atento y dispuesto a emplear los medios que estén a su alcance, sin importar si su uso está habilitado o no por la Constitución y si se siguen los requerimientos que ella contempla para su adecuada instrumentación, es el sector del poder político encarnado protagónicamente por el Ejecutivo. Señala Hesse que “las normas jurídicas son incapaces de dominar efectivamente la distribución del poder político. Las fuerzas políticas reales se mueven según sus propias leyes, que actúan con independencia de cualesquiera formas jurídicas”¹⁵.

Y así lo enseñaba el maestro Alberto Antonio Spota: “todo poder responde a dos leyes. La primera ley es ser más poder y poder más tiempo. Y la segunda ley, terrible como la primera, se anuncia diciendo que todo poder por propia dinámica se convierte a poco andar en tiránico, si es que no se lo enfrenta. Esto es, toda concentración de poder es por su propia esencia y por su naturaleza, malo”¹⁶.

Invocando la emergencia y la urgencia en modo desordenado, el Presidente pega manotazos a decretos unilaterales sólo sostenidos formalmente en una ley de emergencia y de delegación ya vencida (Ley n. 27.345), usando esa misma emergencia así declarada -y caduca- para fundar decretos de necesidad y urgencia haciendo caso omiso al requisito constitucional (art. 75 inc. 3 CN) y a la jurisprudencia de la Corte Suprema (caso “San Luis” de 2002) que exige para validar su dictado -además de la urgencia- la imposibilidad de uso del procedimiento ordinario de elaboración y sanción de las leyes.

¹³ PINELLI, Cesare; PRESNO, Miguel. *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

¹⁴ HAN, Byung-Chul. *No-cosas*. Quiebres del mundo de hoy. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2022. p. 19.

¹⁵ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 62; el autor cita a Georg Jellinek (“Verfassungsänderung und verfassungswandlung” de 1906).

¹⁶ SPOTA, Alberto Antonio. La división de poderes en emergencia. *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1992-A. p. 692.

Se confunde la emergencia, declarada por el Congreso, con las urgencias, determinadas por el presidente en acuerdo general de ministros¹⁷; se produce lo anticipado por Spota: “el estado puede llegar a situación de emergencia, como consecuencia de emergencia sobre la sociedad, emergencia de los que mandan, y emergencia propia del estado o de estado”¹⁸. Tal vez hoy experimentamos todas ellas al mismo tiempo.

La pandemia ha puesto en evidencia este uso infrecuente por su desprolijidad y también ha exhibido, lo que es aún más grave, la falta de interés institucional en contestar desde otros poderes, ni siquiera con un mínimo de eficiencia, en el plano político, a semejante desorden y caos normativo¹⁹. El Congreso de la Nación no logra controlar porque ya no sabe si representa²⁰.

Más evidente aún es su impotencia cuando lo ponemos frente al nuevo constitucionalismo que se caracteriza más por propiciar y garantizar la vigencia efectiva de los derechos que por imponer controles y frenos a los poderes de la estructura institucional. Así como sus controles carecen de eficacia, tampoco sus declaraciones y normas programáticas pueden pasar de ser sólo eso... No logra establecer los instrumentos de organización efectivos para darles realización; ejemplos evidentes de ello son las leyes declarativas sobre economía popular, servicios públicos irrealizables como el acceso a la televisión por cable, etc.

La orfandad de principios elementales y antiguos, ya dados por supuestos -aunque siempre en proceso de construcción efectiva- como aquellos de “legalidad” y de “razonabilidad”, que buscamos cultivar jurisprudencialmente desde el caso “*Ercolano c/ Lanteri de Rainshaw*”²¹ en el caso argentino, no ayuda en nada a la tarea de elaboración de las respuestas políticas que las necesidades de nuestra sociedad exigen en esta hora.

¹⁷ PÉREZ HUALDE, Alejandro. La urgencia en el marco de las emergencias. *IJ Editores*, Argentina, 1 mayo 2020. Disponible en: <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c5970fa0c827015217cebc538da6d>. Acceso en: 28 jun. 2022.

¹⁸ SPOTA, Alberto Antonio. La división de poderes en emergencia. *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1992-A. p. 708.

¹⁹ Tal vez en alguno de sus fallos aislados, como “*CABA c/ Estado Nacional*”, la Corte suprema ha intentado algún esbozo de resistencia a ese desorden generalizado, pero con mucha prudencia y mesura, operando sobre dos o tres artículos de un Decreto de Necesidad y Urgencia jurídicamente descalificable “*in totum*”.

²⁰ Demostración palmaria de esta afirmación fue la “acción declarativa de certeza” intentada ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJ 353/2020/CS1) por la Presidente del Senado a fin de verificar la constitucionalidad o no de sesionar a través de medios informáticos en plena pandemia, como las plataformas en uso en las universidades para sus clases, por poderes judiciales de todo el país y por el Senado de la provincia de Mendoza. ¿Era posible una manifestación de la Corte Suprema en el sentido de prohibir o de indicar al Senado cómo y cuándo puede o debe deliberar?

²¹ Fallos de la Corte Suprema de la Nación Argentina, t. 112, p. 384 del año 1922.

3. LA ESTRUCTURA DEL PODER EN CRISIS

Esta falta de paciencia y de voluntad de espera frente a los mecanismos propios del orden institucional, impide el abordaje sólido basado en la homogeneización y conciliación de los requerimientos y dificulta la necesidad de analizar los fenómenos en toda su dimensión y complejidad y la necesaria construcción de consensos; allí donde se impone la respuesta interdisciplinaria se obliga a la respuesta simple, a la consigna, al slogan, tan apreciados por nuestra politiquería actual; a pesar de que se insiste desde la filosofía: “todo lo que estabiliza la vida humana requiere tiempo” ... “lo que cuenta es el efecto a corto plazo. La eficacia sustituye a la verdad”²².

Nos hemos acostumbrado a un sistema de prueba y error y de rectificaciones y retrocesos carentes de explicación en todos los terrenos; al sometimiento de distintas realidades provinciales a las mismas órdenes y precisiones -hasta de detalle- elaboradas pensando únicamente en los centros de extrema concentración poblacional, impidiendo de ese modo la adecuación racional, adaptada y proporcional a cada una de las situaciones tan diversas como las atravesadas por nuestras veinticuatro realidades provinciales.

Y no ayuda en este panorama el señalado²³ divorcio que se le presenta al político entre sus propuestas, sus proyectos y -en definitiva- entre sus posibilidades de realizarlos efectivamente y los medios económicos para plasmarlos en el terreno de los hechos. Pues sus promesas quedan dentro de la realidad política territorial mientras que esos medios para ejecutarlas están afuera, porque han huido hacia esa “*tierra de nadie*” que Bauman denomina el “*espacio de flujos*”, en manos extrañas con quienes deberá negociar y “*transar*” los términos de su concreción, provocando así un debilitamiento general de la política y un desplazamiento de sus facultades tradicionales hacia los mercados globalizados ahora también “*desregulados*” sustraídos de control, de responsabilidad y de supervisión políticas.

Las dudas sobre la genuinidad de la representación política, más el sometimiento a las presiones intempestivas, sumadas al señalado divorcio con las posibilidades efectivas de realización de las promesas, con la consiguiente desaparición de la responsabilidad política, coloca a nuestras instituciones en situación de extrema debilidad ante quienes atropellan con sus demandas urgentes sostenidas en diagnósticos acertados de la crisis y en slogans efectistas y demagógicos.

A mayor abundamiento, se sostiene desde hace tres décadas una progresiva expansión muy pronunciada de la corrupción en todos los órdenes de la Administración que

²² HAN, Byung-Chul. *No-cosas*. Quiebres del mundo de hoy. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2022. p. 18 y 19; el subrayado es del autor.

²³ BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós, 2016. p. 34.

lleva a los dirigentes, aun a los más progresistas, a trabajar con un “freno a mano” debido a la necesidad de mantener un equilibrio entre los intereses sociales y esa estructura corrupta que lo sostiene y lo hace crecer más allá de sus efectos perniciosos de deterioro en el campo político²⁴.

Y no nos referimos sólo a las coimas y sobornos hoy en boga sino a las desviaciones de poder sustancial, al empleo de las competencias públicas para la persecución de fines y objetivos distintos a aquellos que justificaron y legitiman su atribución, sean que fueren de grupo o individuales, partidarios o de organizaciones sociales o comerciales, es lo mismo, pues producen un vaciamiento de objetivos de las funciones estatales propias.

Para complementar lo dramático del cuadro, nos enfrentamos a una globalización extraordinaria de los problemas que no son enfrentados en igual modo y sintonía; se pretende contestar a la globalización desde respuestas individuales, desde el chauvinismo, el encierro mezquino, el cierre de fronteras; sin percibir que esa globalización exige respuestas con horizontes igualmente globales desde ordenamientos también globales y organizaciones de igual carácter²⁵.

“Los grandes desafíos de nuestro tiempo son todos globales. Por eso, es preocupante constatar que, frente a una mayor interconexión de los problemas, vaya creciendo una mayor fragmentación de las soluciones”²⁶.

4. LOS REQUERIMIENTOS DE EQUIDAD Y DIGNIDAD

Todo lo expuesto nos encuentra con una atención especialmente dirigida hacia el derecho al trato equitativo, adjetivo necesario de esa igualdad intentada sin la fraternidad de la Revolución francesa, y a la dignidad como soportes imprescindibles del desarrollo humano en un ámbito de justicia.

²⁴ Señala con acierto: GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 2004. p. 208) que “el problema práctico con el que se ve enfrentado el corrupto es el de cómo conciliar la existencia simultánea del sistema normativo relevante y del subsistema de corrupción, que tan provechoso le resulta”.

²⁵ Dejó expresamente constancia el Acuerdo del G-20 de abril de 2009 en Londres que: “las grandes fallas en el sector financiero y en la regulación y la supervisión financieras fueron causas fundamentales de la crisis [...] el único cimiento sólido para una globalización sostenible y una prosperidad creciente es una economía basada en los principios de mercado, en una regulación eficaz y en instituciones globales fuertes”.

²⁶ FRANCISCO I, Papa. Discurso del santo padre Francisco a los miembros del cuerpo diplomático acreditado ante la santa sede. *Aula de las Bendiciones*, Ciudad del Vaticano, 10 ene. 2022. Disponible en: <https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2022/january/documents/20220110-corpo-diplomatico.html>. Acceso en: 16 oct. 2023.

Lo que ocurre es que a la hora de la elaboración del complejo entramado que asegure un derecho social fundamental es que se impone la presencia de “las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática” (art. 32.2 CADH) que se traducen necesariamente en deberes concretos de la comunidad y de cada uno de sus habitantes para con el conjunto social.

Afirma Ernesto Garzón Valdés que

un sistema político posee legitimidad si y sólo si respeta el principio de igualdad esencial de todos sus miembros y procura superar y/o compensar las desigualdades accidentales a través de la imposición de deberes negativos y positivos sancionados mediante un procedimiento democrático pluralista, de acuerdo con la disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad²⁷.

Esos deberes positivos exigen un alto nivel de ponderación porque exceden a los meramente impositivos, aunque respecto de ellos constituyen su único y sólido fundamento y justificación²⁸, y que, por ello, van más allá e imponen contribuciones y esfuerzos que no son sólo económicos sino culturales y humanísticos vinculados al “cómo” se arriba a las respuestas sociales necesarias²⁹. El compromiso implica nuestra inmersión en el modelo de derecho social constitucional y en el compromiso efectivo de su realización: “la satisfacción de las necesidades de quienes están en una situación de mayor vulnerabilidad requiere del esfuerzo conjunto de todos – en especial de quienes están en mejor posición –”³⁰.

La imposición de deberes para atender las justas demandas sociales lleva a la obligación imperiosa de una tarea de ponderación para justificar y determinar cuál es el

²⁷ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Consenso, legitimidad y democracia*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2011. México: Fontamara, 2013. p. 26. En igual sentido: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Madrid; Sevilla: Global Law Press, INAP, 2015. p. 279: “el estado social se realiza en la medida en que desaparecen las desigualdades materiales entre las personas fruto de la acción de los diferentes poderes públicos”.

²⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Madrid; Sevilla: Global Law Press, INAP, 2015. p. 272.

²⁹ Hemos abordado antes el tema en: PÉREZ HUALDE, Alejandro. La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales. *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, Buenos Aires, n. 486, p. 7-18, 2019; El trato equitativo y digno. *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, Buenos Aires, n. 510-511, p. 24-51, 2021; Los servicios públicos en emergencia y “nueva normalidad” (¿normalidad nueva en emergencia vieja?). *Revista El Derecho Administrativo EDA*, Buenos Aires: Universitas, n. 1-2, feb. 2012. p. 1.

³⁰ COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. *El umbral de la ciudadanía*. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006. p. 28.

nivel de necesidades a atender y asegurar y cuál el grado de esfuerzo que la sociedad debe realizar para sostenerlos “de acuerdo con la disponibilidad de recursos de la respectiva sociedad” conforme se ha señalado³¹. Pareciera clave la determinación de cuáles de esas necesidades son las que generan derecho invulnerable a su satisfacción y quién es aquél llamado a decidirlo y convertirlas en exigibles hacia la política y – de ser necesario – a la justicia, en el caso concreto. La formulación de base positiva está presente en convenciones internacionales de derechos humanos, incorporadas a la Constitución argentina (art. 75 inc. 22) que llaman expresamente a garantizar y proteger un “*nivel adecuado de vida*”³².

Los recursos deben alcanzar y ser los suficientes para el establecimiento de bases comunes para satisfacer esas necesidades de atención “*exigible*” que se hacen imprescindibles, y efectuar las distinciones ineludibles, para que una vida pueda ser llamada “*digna*”³³, constituidas por un mínimo al que es acreedor toda persona por el sólo hecho de serlo, un nivel que las convenciones de derechos humanos denominan “*nivel adecuado de vida*”; en las cuáles nos hemos obligado formalmente desde nuestro Estado a empeñar hasta el “*máximo de los recursos de que disponga*”³⁴.

Como señala Victoria de Dios Viéitez³⁵, la referencia a “*recursos*” no puede ser entendida únicamente como a los de orden económico porque implicaría un reduccionismo y una simplificación del problema. Sería cuestión de ser “*primero ricos, para después ser*

³¹ GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Consenso, legitimidad y democracia*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2011. México: Fontamara, 2013. p. 26.

³² Son los siguientes tratados: 1. *Declaración Universal de los Derechos Humanos* (art. 25 inc. 12); *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* (art. 113); *Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre* (art. XI); 4. *Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial* (art. 5 inc. f); 5. *Convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer* (art. 14 inc h); y 6. *Convención sobre los derechos del niño* (art. 27).

³³ El art. 2 del Tratado de la Unión Europea dice: “la Unión se fundamenta en los valores de respeto a la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto a los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías”. Ver: CASSETTI, Luisa. Il diritto di ‘vivere con dignità’ nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani. *Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 23, 15 dic. 2010. Disponible en: www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17237. Acceso en: 3 feb. 2021.

³⁴ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, Parte II, art. 2°, inc. 1.

³⁵ DIOS VIÉITEZ, María Victoria. Derecho Administrativo y administraciones públicas en la realización de los derechos sociales en el marco Europeo. In: SEMINARIO DE DERECHOS SOCIALES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; ENCUENTRO DE DOCTORES DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA, 1. , 2 jun. 2023, Neuquén, Argentina. *Conferencia pronunciada [...]*. Neuquén, Argentina: Universidad de La Coruña, 2023.

justos” como lo señalaba el maestro Frías³⁶. Se trata de todos los recursos, los humanos, los técnicos, los culturales, los jurídicos etc., todo lo que configura la riqueza de una sociedad moderna.

Se ha comprobado que

Entre los remedios ensayados sin éxito se encuentra el sistema actual del derecho público presupuestario, incapaz de atender a la real realidad manifestada en la fragilidad y vulnerabilidad de millones de seres humanos; anclado en técnicas pretéritas, debe adecuarse a la realidad y buscar la manera de que el contenido de los presupuestos públicos, sobre todo en las áreas sociales, pueda atender efectivamente, con indicadores susceptibles de medición científica, apremiantes necesidades colectivas que hoy en día lesionan la dignidad de millones de personas en todo el globo. La dimensión cuantitativa de la solidaridad, en crecimiento exponencial a través de subvenciones, ayudas y auxilios a los vulnerables, no ha incidido favorablemente, desde una perspectiva cualitativa, en una mejora real de las condiciones de vida de los ciudadanos³⁷.

Consideramos que, no obstante tratarse de placebos y parches precarios, y a pesar de su desorden y descontrol -sobre todo de los actores políticos y sociales que intervienen en su distribución demagógica-, debemos admitir que esas ayudas directas han tenido la virtud de sostener, precaria y provisoriamente, los niveles mínimos de indigencia dentro de un margen insuficiente de satisfacción, pero de “*gran utilidad*” política coyuntural para evitar, o -al menos- postergar, estallidos sociales. Es una respuesta fruto de la velocidad impuesta por la crisis.

Se trata sin duda de una ecuación que únicamente puede ser resuelta en un ámbito político de consensos y de conversación, con métodos de composición de intereses, de prevención de conflictos, con instrumentos de conciliación y transacción de posiciones contrapuestas que sólo una moderna concepción integral, plural y complementaria de la regulación económica, desde un nuevo Derecho Administrativo, puede abordar con alguna posibilidad de éxito.

³⁶ FRÍAS, Pedro José. *Cuestiones del poder*. Salta: Virtudes Editorial Universitaria, 2005. (Colección en defensa de la Constitución). p. 22.

³⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales. *Revista Jurídica Austral*, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, v. 3, n. 1, p. 183-213, jul. 2022. Disponible en: <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/download/792/1017/>. Acceso en: 16 oct. 2023. p. 186 y sgs.

Decimos “*alguna*” porque es un espacio de acción que se encuentra en plena construcción sobre la mesa de las decisiones fundamentales del sistema político actual. Pues no se trata de una iluminada respuesta reglamentaria... eso ya tuvo su vigencia y hoy es incapaz por sí sola de enfrentar la nueva realidad, ya fracasó. También ha demostrado ser insuficiente la respuesta exclusivamente judicial.

Proponemos una construcción política colectiva que debe ser muy bien orientada por la autoridad y por las instituciones -viejas y nuevas-, quienes deberán revisar y renovar sus cuadros dirigentes y operativos para poder asumir la responsabilidad que se les reclama en estos tiempos; pues no se trata de un escenario de asamblea anárquica, estudiantil, seguramente estéril, sino de la responsabilidad en la conducción del procedimiento consensuado, renovado y adecuado; esa misma que contempla el art. 42 CN cuando le reclama a la legislación establecer “procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos” en el campo de los servicios públicos.

En este contexto es que podemos afirmar, sujetos a esta actitud necesaria, que son los poderes protagonistas de la política, ejecutiva y legislativa, en todo caso “*gubernativa*” -en la docencia de Julio Oyhanarte-, quienes tienen la responsabilidad de brindar los marcos necesarios, construidos desde el constitucionalismo “*conversado*”³⁸ con los otros actores interesados participantes, para el desarrollo de los canales de construcción de las respuestas exigidas por nuestra sociedad iluminados por los principios contenidos en nuestra Carta magna.

Para colmar el desafío, señala Milanovic que “como sucede con cualquier acontecimiento extremo, las epidemias (n. de r.: hoy pandemia) echan repentinamente luz sobre ciertos fenómenos sociales de los que sabemos poco, pero que a menudo tendemos a ignorar o en los que preferimos no pensar”³⁹.

En este nuevo contexto la primera tarea es la de determinar cuáles son esas necesidades, y con qué nivel y grado de atención, son “*exigibles*” y corresponde satisfacer con prioridad y prevalencia sobre los otros requerimientos y urgencias de la política en general; todo ello porque sostenemos su exigibilidad en el hecho de que son -precisamente- las que generan “*derecho*” a su reclamo ante la organización estatal comprometida.

³⁸ Preferimos el término “conversación” por cuanto lo percibimos más comprensivo de la actitud abierta que requiere esta relación con el otro en clima de no ad-versión, ni contra-versión, ni re-versión.

³⁹ MILANOVIC, Branko. El coronavirus igualador. *Revista Nueva Sociedad*, mar. 2020. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/un-gran-igualador/>. Acceso en: 28 jun. 2022.

5. EL MERCADO Y SU GRAN CAPACIDAD Y VELOCIDAD DE RESPUESTA

Se afirma con acierto que “La política, que fija el fin de la organización social humana, aparece como la disciplina de máxima jerarquía en el orden de las ciencias del hombre y es ciencia subordinante del Derecho y de la Economía”⁴⁰; se trata de evitar “la supremacía de la Economía sobre el Derecho [...] la supremacía de la eficiencia y la eficacia sobre la justicia y la solidaridad”⁴¹.

No es desde el mercado, con su indiscutible eficiencia para la construcción de respuestas económicas y comerciales, de quien debemos esperar las respuestas sociales justas para las cuales no está preparado para recibirlas sino -por el contrario- para resistirlas con toda su fuerza en tanto y en cuanto le resultan distorsivas y constituyen “*externalidades*” que interfieren y estorban la libre interacción de oferta y demanda que lo sostienen en su esencia estructural y que está obligado a defender. Aunque sin olvidar que “Las libertades económicas son, en el fondo, en primera y última instancia, libertades culturales”⁴².

Donde el mercado sí tiene suficiente entrenamiento y máxima eficacia es en la rápida respuesta al impulso, sobre todo al espontáneo e irracional, porque más de una vez él mismo lo planifica, gestiona y provoca, porque es la esencia de ese consumismo el que se ha transformado en su gran campo de acción y de explosiva expansión. Pues, como el mercado no atiende “*necesidades*” sino “*demandas*”, cuando éstas son súbitas, disruptivas, intempestivas, voraces, se convierte en el mejor resorte para atenderlas y aprovecharlas al máximo mientras la cultura y la política, mucho después, evalúan sus efectos sociales, perniciosos o beneficiosos, de esa imposición de “*corto plazo*”⁴³ valorando equitativamente sus consecuencias culturales.

Y esa valoración importa porque, insistimos, nuestros mercados constituyen un espacio humano y, por ello, cultural y es entonces que cabe presumir que es consciente de las realidades ya constatadas acerca de la necesidad de construir respuestas que se hagan

⁴⁰ GHIRARDI, Olsen A. Política, derecho y economía. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. *Derecho, política y economía*. Equilibrios y desequilibrios. XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003. p. 29.

⁴¹ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Madrid; Sevilla: Global Law Press, INAP, 2015. p. 279.

⁴² HÄBERLE, Peter. Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. In: LANDA, César (coord.). *Constitución económica del Perú* (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.p. 104; los subrayados son del autor.

⁴³ HAN, Byung-Chul. *No-cosas*. Quiebres del mundo de hoy. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2022. p. 18.

cargo de la falsedad de la presunción de la igualdad teórica, inexistente en el campo objetivo, y de la generalmente imposible la supuestamente corrección y acierto en cada decisión individual económica racional y positiva de cada uno de sus agentes operativos. Agravadas hoy por la inmensa dinámica y volatilidad de los humores del “consumo” cambiante en todos los terrenos, desde el cultural, político, religioso, de la moda, de costumbres y de orientación sexual.

Por ello los mercados, como la política, están constreñidos a encontrar instrumentos eficaces que colaboren a sostener la esencia última de su existencia que es la atención de todos los requerimientos – demandas en el caso mercantil – lo más rápido posible, sosteniendo y protegiendo el máximo de libertad personal en ese marco de igualdad y de fraternidad. Porque es en esa misma libertad bien concebida donde se juega la existencia del mercado en términos culturales, apartados de la ley del más fuerte y sin reglas, es decir, de “*bellum omnium contra omnes*”⁴⁴ donde el libre mercado es imposible pero sí obliga a generar espacio para la “*economía de mercado socialmente responsable*” de Küng⁴⁵.

Pero debemos contar también con el aditamento que se presenta hoy – que no ayuda y sí complica –, que es la importante falta de certezas que caracteriza nuestro horizonte cultural y de psicología social y que tiene fuertes consecuencias en el plano jurídico y, sobre todo, de la planificación en todos sus espacios, culturales, políticos, jurídicos y – sobre todo – económicos.

Herbert Simon⁴⁶ – Nobel de Economía 1978 – sostuvo y demostró la imposibilidad de la total racionalidad en las organizaciones basado en su impotencia para determinar, ante la opción de un comportamiento posible, todas las alternativas, todas sus consecuencias lógicas y llevar a cabo su comparación valorativa. Años más tarde, Oliver Hart⁴⁷ – Nobel de Economía 2016 junto a Bengt Holmström – con John Moore precisaron cómo es imposible el cálculo y medición de todas las consecuencias y avatares, esperables o no, de una relación contractual, concluyendo en que todos firmamos contratos “*incompletos*”.

⁴⁴ HÄBERLE, Peter. Incursum. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. In: LANDA, César (coord.). *Constitución económica del Perú* (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.p. 105; el subrayado es del autor.

⁴⁵ KÜNG, Hans. *Una economía decente en la era de la globalización*. Madrid: Trotta, 2019. p. 29.

⁴⁶ SIMON, Herbert A. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. 4. ed. New York: The Free Press, 1997.

⁴⁷ HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. *Working Paper Department of Economics*, Massachusetts Institute of Technology, n. 367, jan. 1985. Disponible en: <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart>. Acceso en: 27 jun. 2022.

Ya en nuestros días, Richard Thaler⁴⁸ – Nobel de Economía 2017 – pone en evidencia que tampoco es claramente racional el proceso de elección de los demandantes en un ámbito de mercado, pues no siempre eligen lo más conveniente para sus finanzas y para el futuro de sus familias ni se encuentran libres de condicionamientos.

Los cuatro premios Nobel de economía ponen en evidencia las incertezas naturales y obvias, porque no hacen más que confirmar la existencia real de las desigualdades en capacidades, inteligencias, emotividades, culturas, educación, niveles de información, familias de origen⁴⁹ y demás factores que caracterizan a lo humano en todos sus planos. Rompen así con las ilusas pretensiones positivistas de generalización teórica y simplificación de las respuestas en el campo social y político, destruyen la posibilidad de esquematizar la realidad y contestar con sólo slogans o consignas que puedan durar más de un par de semanas.

Debilitan también así el pensamiento meramente deductivo normativo y fortalecen la necesidad del análisis inductivo partiendo desde la observación de las realidades palpables hacia la formulación de respuestas razonables y la construcción de principios de acción que iluminen las distintas circunstancias sobre las que recae la decisión de las autoridades bien orientadas. Principios que serán los guías en la necesaria y previa ponderación para la determinación consensuada de las acciones. Enseña Hesse que “la Constitución no debe construirse sobre estructuras unilaterales”⁵⁰.

Pero, como hemos adelantado, toda esa tarea, necesariamente más compleja e intrincada, lleva un tiempo que hoy resulta inaceptable para los demandantes de respuestas desde sus necesidades de atención “*exigible*” que, además de requerir satisfacciones adecuadas piden responsabilidades de quienes guían su diseño y ejecución y que también reclaman participación en su construcción.

Podríamos afirmar, figuradamente, que nuestro GPS, fabricado hace dos décadas, ha quedado desactualizado porque cambió drásticamente el terreno; se ha hecho necesario reconfigurarlo y adaptarlo a la nueva topografía por la que necesitamos transitar. Y para eso tenemos que descender de nuestro vehículo “*todo terreno*” y pisar la nueva “*geografía*” para abordarla con alguna posibilidad de éxito; pero, mientras tanto, corre un reloj rápidamente acelerado que obliga a trabajar brindando permanentes señales de movimiento transparente y positivo hacia metas concretas y precisas, consensuadas y participativas,

⁴⁸ THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New York: Penguin Books, 2009.

⁴⁹ RAWLLS, John. *Teoría de la justicia*. 1. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997. p. 79.

⁵⁰ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 73.

susceptibles de ser chequeadas y verificadas con precisión en su avance y con rectificaciones de rumbo que sin duda será necesario introducir.

Prioridad absoluta es la de tener precisión, claridad y exposición abierta y transparente sobre el punto hacia el que nos dirigimos. Pues “nadie está más lejos de llegar que aquél que no sabe a dónde va”, Séneca dixit.

6. LAS NECESIDADES DE ATENCIÓN “EXIGIBLE” PRIORITARIAS Y GENERADORAS DE UN DERECHO A SU SATISFACCIÓN EQUITATIVA Y DIGNA⁵¹

El proceso de crecimiento desmedido de las diferencias entre los grupos humanos de mayores ingresos respecto de los que están en el mínimo es generalizado a nivel global y ha causado preocupación y sensación de indignidad en todo el planeta; sensación de injusticia que se ha expandido sin tener en cuenta cuán mínimo es, objetivamente, el nivel más bajo relativo en esa situación de postergación; que -en algunos casos- es lisa y llanamente hambre y exclusión y en otros está lejos y por encima de eso, pero en todos los casos la experiencia de injusticia y la convicción de inequidad social se ha instalado como base universal del reclamo de “*dignidad*”.

Podríamos afirmar que las necesidades de atención “*exigible*” se conforman de acuerdo con, y en referencia a, los niveles en que se desenvuelve la satisfacción de los requerimientos medios de la comunidad de que se trate. Hay privaciones que son indignas en algunas comunidades y que no lo son en otras donde las carencias son compartidas de un modo relativamente equitativo. En nuestro mundo “*fashion*” de alta exhibición de riquezas, lujos, placeres y ámbitos inalcanzables, no parece fácil convencer a la comunidad acerca de la real carencia de recursos para alcanzar el “*máximo disponible*” al que nos hemos obligado.

El Tribunal Constitucional de España había llamado la atención sobre el punto afirmando que

⁵¹ PÉREZ HUALDE, Alejandro. Distribución equitativa en emergencia permanente frente a la “nueva” normalidad. *Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 8, 14 mar. 2022. Disponible en: https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46883&content=Distribuci%C3%B3n%2Bequitativa%2Ben%2Bemergencia%2Bpermanente%2Bfrente%2Ba%2Bla%2B%27nueva%27%2Bnormalidad&content_author=%3Cb%3EAlejandro%2BP%C3%A9rez%2BHualde%3C%2Fb%3E. Acceso en: 24 jun. 2022.

la dignidad humana representa el fundamento del orden político y la paz social. Su configuración jurídica se eleva a piedra miliar del ordenamiento constitucional necesaria para cimentar el orden político y la paz social. El concepto constitucional de dignidad humana expresa el reconocimiento jurídico de la igualdad y de la libertad de todos los seres humanos por el hecho de serlo, plasmados en aquellos valores del ordenamiento jurídico sancionados en el art. 1.1 de la Constitución y que se materializan en los derechos fundamentales del Título I⁵².

Ya nos encontrábamos bajo este panorama preocupante, puesto en evidencia por algunos estallidos en otros países, como el de nuestros hermanos ecuatorianos, peruanos y chilenos, donde todo aparentaba estar bien si atendiéramos únicamente a ese índice tan poco revelador de la realidad social como es el PBI o el ingreso per cápita, cuando sobrevino la pandemia que nos ha paralizado a nivel global en estos últimos años. La doctrina ha llamado la atención sobre este punto⁵³.

La pandemia dejó al desnudo no sólo nuestras limitaciones y fracasos sino también nuestra incapacidad de visualizar la nueva realidad y lo que ahora se nos ofrece como “*nueva normalidad*” hacia la que nos estaríamos dirigiendo para salir de la grave crisis, pero que nos encuentra sin haber solucionado las anteriores. Lo que podría ser una ventaja, si nos pusiera en un punto de partida equitativo a todos, no es así. En nuestro continente arrancamos desde atrás con tareas pendientes dejadas de lado y que hoy no sólo se presentan de modo más crudo, sino que contamos con menos medios y peor entrenamiento para enfrentarlas juntamente con las nuevas que nos impone la postpandemia en todos los campos.

De lo que no cabe duda es de que esas necesidades de atención “*exigible*” forman parte e integran el concepto convencional de “*las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática*” que impone expresamente el art. 32.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos como límite objetivo a los derechos de “*cada persona*”. Por eso deben ser precisamente determinadas por las instituciones de esa “*sociedad democrática*” y con procedimientos de igual carácter.

Nos recuerdan que no debemos olvidar que

⁵² STC, 86/1985.

⁵³ Importantes autores centraron en estas últimas décadas su atención sobre el tema de la igualdad, la equidad y la dignidad, como Fix-Zamudio, Valadés, García y López Ayllón en México, Rivero Ysern, Canosa Usera y Rodríguez-Arana Muñoz en España, Gordillo, Santiago, Abramovich, Courtis, Gargarella, Ghersi, Recalde y González Moras entre nosotros en Argentina, Pinker, Milanovic, Bauman y Bordonni, Todorov, y dejando expresa constancia de que, como todo listado, seguramente adolece de grandes e injustas omisiones.

una sociedad justa aspira no sólo a optimizar el nivel total de prosperidad, sino también a conseguir una distribución equitativa de la renta y la riqueza”, y también que “la élite que estaba al mando durante la globalización no solo no abordó la desigualdad generada por ésta, sino que tampoco supo percibir su efecto corrosivo en la dignidad del trabajo⁵⁴.

La complejidad de los problemas y el conjunto de intereses confluyentes sobre los puntos que claman por soluciones urgentes han excedido los márgenes de actuación habitual de los instrumentos de organización y de procedimiento que el Derecho Administrativo y sus administraciones ejecutantes tienen a su alcance y que sí se encuentran en las metodologías de abordaje de la ciencia política y de la economía sobre los temas que se ven urgidas a abordar con mirada multidisciplinaria y a intentar soluciones efectivas, eficaces y razonables.

7. LA NUEVA RIQUEZA Y SU PUERTA DE ACCESO: LA EDUCACIÓN

También estos tiempos de cambio de era han puesto en evidencia la nueva composición de la riqueza a nivel global (excluida la siempre exitosa fabricación de armas), los laboratorios medicinales y bioquímicos, las TIC, sus monedas encriptadas, el reino de las redes sociales y de sus aplicaciones, la necesidad de acceso a ese nuevo mundo (también ya hay “*universos virtuales*”) bajo amenaza de exclusión total del sistema universal, de lo que los italianos denominan la “*infosfera*”⁵⁵.

Tal como afirmaba también Pedro J. Frías, la riqueza es la que se está construyendo ahora, no la que ya existe y que fue mal distribuida; hoy se están creando inmensas fortunas en el mundo de la TIC, como el “*metaverso*”, donde sólo se puede acceder a ellas a través de las tecnologías más complicadas y sofisticadas y del conocimiento preciso de sus complejidades y secretos e implicancias⁵⁶; y a todos ellos, sólo a través de la Educación.

⁵⁴ SANDEL, Michael J. *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Traducción de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Penguin Random House, 2023. p. 265 y 267.

⁵⁵ También denominada antes por Han: “*infosfera*” (HAN, Byung-Chul. *No-cosas*. Quiebres del mundo de hoy. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2022).

⁵⁶ El necesario conocimiento de las “*implicancias*” supone el saber con precisión qué es lo que está expresado en los instrumentos de acceso, y por qué, qué es lo que no está y debería estar (y por qué no está), qué es aquello que -pudiendo no estar – sí está (y por qué), y qué norma rige en todos los casos en que no está lo que

Se hace realidad patente la afirmación de Harari: “Las minas de oro, los campos de trigo y los pozos petroleros fueron las fuentes de riqueza del pasado. Ahora, en cambio, es el conocimiento, que no se puede adquirir por la fuerza, por lo cual ‘la rentabilidad de la conquista ha declinado’”⁵⁷.

Es evidente que los nuevos cursos de crecimiento económico global están en la construcción de respuestas tecnológicas complejas como “Facebook”, como “Google”, también entre nosotros como “Belatrix”, “Mercado libre”, “Despegar”, “Uber”, etc. todas plataformas en la nube que hoy se traducen en la “infosfera”, o en el nuevo “metaverso”, y que generan y trafican riquezas y que están en condiciones de incorporar (también de excluir) mano de obra más o menos capacitada y de distribuir mucho más y mejor que las instalaciones empresarias industriales y agropecuarias.

La pandemia también ha puesto en evidencia la postergación y el atraso generalizado en los alcances y niveles de la educación a nivel global debido a la supresión de dictado de clases, de accesos limitados a los establecimientos educativos (donde los hay), de irracionales dificultades en la disponibilidad de los medios tecnológicos para acceder a los conocimientos más elementales como los de nuestras escuelas primarias.

Las postergaciones y exclusiones en el sistema educativo auguran una permanencia sostenida de la crisis que se proyectará a las generaciones próximas que ya carecen hoy, y carecerán mañana, de instrumentos para acceder a las riquezas que hoy genera el mundo, sobre todo, insistimos, en el campo de las ciencias vinculadas a la inteligencia artificial desde las tecnologías de la información y el conocimiento (TICs).

La historia de nuestro país muestra cómo la inversión en educación, impulsada por Domingo Faustino Sarmiento con políticas eficaces transformó y colocó hace un siglo y medio a nuestra Patria en el más alto nivel de desarrollo de América. Conocemos la receta. La hemos experimentado con gran éxito. La distribución de escuelas en todo el territorio argentino; hasta en los rincones más escondidos y alejados de los centros urbanos, con maestras contratadas en los Estados Unidos de Norteamérica, penetró en modo irreversible en la realidad que había que atacar para alfabetizar a todo un pueblo sumido en la ignorancia que lo esclavizaba.

debería o podría estar, es decir, lo supletorio -que se aplica en ausencia de- y, finalmente, lo que podría haber estado (y no está) para mejorar la comprensión y la transparencia del vínculo que se formaliza o expresa.

⁵⁷ HARARI, Yuval. El gurú futurista Yuval Harari, Ucrania y un viejo debate muy actual: gastar en armas o invertir en nuevas energías, educación y salud. *Infobae*, 19 feb. 2022. Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2022/02/19/el-guru-futurista-yuval-harari-y-un-viejo-debate-muy-actual-gastar-en-armas-o-invertir-en-nuevas-energias-educacion-y-salud/>. Acceso en: 16 out. 2023.

En estos tiempos es nuevamente la educación la que está llamada a tomar la delantera y el protagonismo en la brega por los derechos sociales fundamentales. Dice el DESC⁵⁸:

Los Estados Parte en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la educación. Conviene en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Conviene asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar efectivamente en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz.

Otra vez, como sostenía Domingo Faustino Sarmiento, “*hay que educar al soberano*”... porque ésa es la puerta efectiva hacia la riqueza que tendremos disponible para su posible distribución justa, equitativa, participativa, y ya sabemos que posee esa única vía principal de acceso: la Educación. Y otra vez, como entonces, hay que bajarla a la realidad palpable, material, pedestre, y no es posible hacerlo eficazmente desde la “*nube*” hoy inaccesible para inmensas poblaciones; tampoco con la sola distribución generosa de artefactos “*tablets*” y de “*lap tops*” entre los estudiantes, sin el acompañamiento del entorno y de los medios de capacitación, formación, vinculación y acceso a las redes.

Es por eso que Sarmiento no se limitó a la importación de papel y de lápices y carpetas... trajo la metodología educativa encarnada en cerca de un centenar de maestras que desde su idioma británico, tan distinto al nuestro, aportaron su “*know how*” imprescindible para la empresa que se lanzaba; trajeron el “*cómo*” enseñar.

Por ello la educación no puede ser ésta de hoy claramente distanciada en calidad entre las escuelas públicas y privadas, entre urbanas y rurales, donde las estatales han sido cooptadas por los gremios de “*trabajadores de la educación*” en la que se están negociando, con mayor o menor grado de justicia -pero con presiones directas con privación de la enseñanza-, horas, remuneraciones, con más o menos mezquindad, en detalles para condicionar la presencialidad, y hasta los contenidos pedagógicos.

La pandemia muestra otra opción que se está practicando hoy, en todo el mundo, en las casas de familia, en grupos barriales, en uniones vecinales, a través de plataformas y aplicaciones que construyen equipos críticos, de intercambio, sistemas de colaboración y de acceso a la información. Protagonizada por maestros, formadores, guías y por las

⁵⁸ Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (DESC) art. 13.

propias familias en su ámbito, en algunos casos orientadas desde políticas provinciales con mayor grado de acierto que otras⁵⁹.

Los programas educativos “*on line*” que hoy están copando la franja de capacitación en la educación universitaria de grado y de posgrado en las ciencias humanísticas, y con mayor penetración en la formación de recursos humanos informáticos “*exportables*”, seguirán su curso irrefrenable hacia los niveles inferiores facilitados por los medios globalizados de acceso y vaciarán de contenido a quiénes sólo podrán retener como rehenes a los más humildes y postergados de nuestros conciudadanos.

Por ahora, y por poco tiempo, la posibilidad de acceso por vía informática hoy sólo llega, lamentablemente, a una ínfima parte de la población que cuenta con medios físicos soporte públicos, como antenas satelitales, fibras ópticas, señales de cable, wifi, y privados como los “*smart phones*” – pues no basta un celular –, además de conocimientos imprescindibles de acceso a, y manejo de, alta tecnología.

También se encuentra pendiente la reformulación de las técnicas y metodologías de estudio y formación de los estudiantes desde otras ópticas de análisis y abordaje apropiados conforme a las nuevas vías y tecnologías disponibles, muchas de ellas globalizadas. No es posible usar las mismas metodologías propias de la presencialidad encausadas por las vías tecnológicas actuales; también necesitan su adecuación urgente.

Asimismo, la apertura hacia la globalización, que viene exigida por la naturaleza de los problemas de ese carácter que nos toca enfrentar ya cotidianamente, pues no admiten otras respuestas que no sean del mismo tono global, imponen la necesidad de colocar en el horizonte educativo también ese enfoque universal que nos puede permitir jugar “*en toda la cancha*” con posibilidades de alcanzar las dimensiones que son imposibles fuera de ese ámbito al que podemos acceder por vía de la educación amplia.

El rol protagónico de la educación es crucial cuando se estudia la inequidad a nivel mundial, y se coloca el acento en ella procurando el aseguramiento de la mayor igualdad posible en la libertad de elección de dónde estudiar⁶⁰. Michael Porter⁶¹, líder en estrategias

⁵⁹ Ver, por ejemplo: MANNINO, Pablo. La eficaz estrategia con la que Mendoza logró revertir el principal problema educativo. *La Nación*, 20 jun. 2022. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-eficaz-estrategia-con-la-que-mendoza-logro-revertir-el-principal-problema-educativo-nid20062022/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

⁶⁰ MILANOVIC, Branko. *Global inequality: a new approach for the age of globalization*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 2016. p. 217-222.

⁶¹ PORTER, Michael. Why Social Progress Matters. *Project Syndicate*, 9 apr. 2015. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/economic-development-social-progress-index-by-michael-porter-2015-04>. Acceso en: 16 oct. 2023. En el mismo sentido se expresa Antonio Abril Abadín, presidente de la Conferencia de Consejos Sociales de la Universidades Españolas: “La tecnología se ha convertido en un área transversal en todos los sectores de actividad de nuestra sociedad. Los datos lo avalan. Con la tecnología

empresarias, manifiesta haber comprometido esfuerzos en la elaboración de índices de progreso social y de desarrollo humano como componente de las planificaciones comerciales evitando la ponderación exclusiva de índices económicos y coloca su foco de atención, que considera insuficiente, en el rol de la escuela.

La educación orientada al desenvolvimiento en el marco de la TIC es hoy imprescindible para ejercer los derechos más elementales (información pública, participación en proyectos de reglamentos, votar, pedir remedios, turnos médicos, de vacunación, de viajes, de información personal, de planes sociales, de jubilaciones y pensiones...) y también lo es para acceder a ella misma.

Es más, se suma otro factor de presión inevitable y es que

cuando surgen las nuevas tecnologías o los nuevos métodos de negocio, un resultado común de ello es la declinación o incluso la desaparición de las tecnologías y métodos anteriores. Si estos últimos tuviesen un derecho constitucional para prevenir la entrada de los nuevos en sus mercados, el progreso económico podría detenerse. En lugar de taxis podríamos tener caballos y carruajes; en vez de teléfonos, el telégrafo; en vez de las computadoras, reglas de cálculo. Obsolescencia sería equivalente a privilegio⁶².

Es consecuente con nuestro análisis la necesidad de multiplicar en forma decisiva el apoyo público a esta tarea de la Educación mediante el único instrumento eficaz que posee el estado democrático para demostrar la dimensión real de su interés verdadero: el presupuesto educativo!

Acudimos a la conocida afirmación de Mahatma Gandhi: “*somos demasiado pobres como para ahorrar en educación*”.

como motor, la velocidad de cambio de la vida, del mundo, es realmente sideral. Hay que decir sí a la tecnología, pero con humanismo. Al capitalismo hay que inyectarle en vena compromiso social y ponerle alma y corazón” (ABADIN, Antonio Abril. *La tecnología se ha convertido en un área transversal* [...]. 2022. LinkedIn: Antonio Abril Abadín Disponible en: https://www.linkedin.com/posts/antonio-abril-abadin_humanismo-empresa-universidad-activity-6950352701780078592-lmGb?utm_source=share&utm_medium=member_desktop. Acceso en: 6 jul. 2022).

⁶² Voto del juez Richard Posner en la Cámara de Apelaciones del 7º Circuito de los Estados Unidos. UNITED STATES COURT OF APPEALS. Seventh Circuit. *Illinois Transportation Trade Association, et al., Plaintiffs-Appellants, v. City of Chicago, Defendant-Appellee, and Dan Burgess, et al., Intervening Defendants-Appellees*. n. 16-2009. Decided: October 07, 2016. Publicada en español en Revista La Ley, US/JUR/3/2016.

8. EL DESAFÍO AL DERECHO ADMINISTRATIVO DEL SIGLO XXI

Se hace imprescindible acudir a una nueva visión de los temas que vinculan al Derecho Administrativo, y a su estrecho compromiso con la regulación para la construcción de los canales de acceso a los derechos fundamentales ejercidos en libertad solidaria.

Para ello debemos recurrir a las corrientes actuales en el pensamiento constitucional

que apela a una civilizada y respetuosa resolución de conflictos, en momentos marcados por los antagonismos políticos [ya que las] soluciones dialógicas, en tal sentido, eluden las críticas a la ‘última palabra’ judicial; y pueden ayudar a que la política vuelva a ocupar un lugar prominente – antes que relegado- en el proceso de toma decisiones⁶³.

Pero todo esto sin perder de vista y sostenido en -coherente con- la tradicional convicción de que “la norma constitucional intenta a su vez ordenar y conformar la realidad política y social. Condicionada y a la vez condicionante de ésta, no cabe reducirla a un solo principio, ni a lo puramente normativo ni a la simple normalidad o a circunstancias políticas, sociales o económicas”⁶⁴; y ello es así

porque la vida de la política es sumamente espontánea, y el derecho tiende a ser estático [...] No obstante su imperfección, el derecho Constitucional tiene un lugar destacado dentro del campo de las disciplinas jurídicas, pues corona el sistema normativo de cada estado. Pero paradójicamente, pese a ser superior, es en muchos casos impotente⁶⁵.

Ante el panorama trazado por los constitucionalistas, el Derecho Administrativo pide, clama, no ya al Derecho Constitucional, sino a la Filosofía, a la cultura y, sobre todo, a la Política, la construcción de nuevos cimientos que soporten su arquitectura imprescindible para construir en consenso y libertad solidaria las respuestas concretas que debe aportar en cumplimiento de su rol esencial. Pues “hay muchas normas que no están precisamente

⁶³ GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. 2014. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acceso en: 27 jun. 2022. p. 5.

⁶⁴ HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983. p. 67.

⁶⁵ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Constitución y política*. 2. ed. Lima: Eddiii, 1991. p. 22.

en la Constitución, y sin embargo regulan jurídicamente los actos políticos; están contenidas en las leyes, decretos, reglamentos, de muy diversa naturaleza y jerarquía”⁶⁶.

Si bien había anticipado hace casi 70 años, Forsthoff, que

la Administración ha ganado en importancia a costa de la Constitución, sus funciones se han extendido a numerosas zonas sociales entregadas hasta ahora a la economía privada [...] La falta de correspondencia entre la situación de Derecho constitucional y la realidad administrativa es evidente, y representa uno de los hechos más importantes que salen al paso a la ciencia del derecho⁶⁷.

Hoy podemos afirmar que la referida Administración tampoco logra realizar sus cometidos sobre esa realidad. Es hora de reprogramar, de reconstruir, aquel vínculo para reiniciar la tarea.

Y, cabe insistir, no se trata de encomendarle al Derecho Administrativo sólo la realización de construcciones normativas generales, reglamentarias, elaboradas en laboratorios de alta calificación erudita sino de una inversión en los canales de abordaje que significa partir del contacto estrecho y directo con las realidades vivenciales a las que corresponde prestar atención, comprenderlas, tocarlas, involucrarse, y desde ahí construir en un procedimiento inductivo los consensos necesarios para poner rumbo hacia las respuestas que se imponen. Las urgencias de este tiempo, que no espera, que son acordes con lo impostergablemente objetivo de muchas situaciones sociales acuciantes, no nos dejan perder tiempo y nos obligan a trabajar a destajo.

La respuesta sustancial sigue pendiente, al menos, el trazado de su línea conductora y su meta concreta, próxima, realizable, verificable en su trayectoria y – por ello – controlable.

9. LA SALIDA: LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Lejos de proponer un apartamiento a nuestros rumbos y guías constitucionales lo que nos orienta es una meta de recuperación de conceptos elementales vinculados al núcleo de nuestra Constitución Nacional que supo formular expresamente, cien años antes

⁶⁶ GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Constitución y política*. 2. ed. Lima: Eddili, 1991. p. 22.

⁶⁷ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 5 (prólogo).

que los alemanes, su compromiso estrecho con los “principios [...] reconocidos” en su art. 28 CN.

Es ahí donde hay que volver para rediseñar caminos nuevos. No han cambiado esos principios. Sólo nos exigen nuestra revisión para verificar cómo nos hemos desviado de ellos y cómo nos pueden guiar en el porvenir y cómo “*atterizarlos*” al plano de las realizaciones concretas y perceptibles. Necesitamos ser más conscientes de que la decisión final pierde la centralidad y el protagonismo en el procedimiento; pues hay procesos decisorios y no decisorios; importa ante todo el camino y sus características propias de participación efectiva y amplia, de debate, de apertura. Hoy importa mucho el “*cómo*” y no tanto el “*qué*”⁶⁸.

Recurriendo una vez más a Forsthoff observamos que,

no la técnica de ciertas formas jurídicas, sino sólo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar hoy la medida necesaria de libertad individual unida a la justicia social, y legitimar el Estado como Estado de Derecho [...] El esfuerzo por lograr una vinculación más intensa del obrar administrativo a principios jurídicos materiales, sólo parcialmente encuentra apoyo en las constituciones modernas⁶⁹.

Afirma con acierto Seidman que “La Constitución de los Estados Unidos era un documento laico, no un contrato de abogados”, y también sostiene que “todos podríamos abrazar la constitución si la leyéramos como una obra de arte, diseñada para evocar un estado de ánimo más que como un documento legal conteniendo mandatos específicos”⁷⁰. Corresponde, entonces, buscar en sus principios y no en sus reglas específicas, y coyunturales muchas de ellas, las bases para la construcción de una nueva percepción que guíe nuestro abordaje constitucional en el siglo XXI.

Es, tal vez, una tarea difícil para quienes nos hemos formado en el siglo pasado tan inmerso en el mundo de las elaboraciones normativas y reglamentarias, de las prerro-

⁶⁸ BARNES, Javier. Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado. Procedimientos de tercera generación. In: BARNES, Javier (ed.). *Innovación y reforma del derecho administrativo*. 2. ed. Sevilla: INAP; Global Law Press, 2012. p. 359 y sgs.

⁶⁹ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958. p. 7 (prólogo).

⁷⁰ SEIDMAN, Louis Michael. *On constitutional disobedience*. New York: Oxford University Press, 2012. p. 9; y agrega el autor una cita del discurso de Franklin Roosevelt pronunciado con motivo del aniversario de la Constitución de los Estados Unidos: “The Constitution of the United States was a layman’s document, not a lawyer’s contract. That cannot be stressed too often. Madison, most responsible for it, was not a lawyer; nor was Washington or Franklin, whose sense of the give-and-take of life had kept the Convention together. This great layman’s document was a charter of general principles”.

gativas, de las exorbitancias públicas injustificadas, de las presunciones arbitrarias, en la autotutela, en las que confiamos que pudieran modificar las realidades desde su sabiduría teórica descendente; pues hoy, ante los nuevos requerimientos, podríamos considerar fracasado ese emprendimiento y proponernos recomenzar, pero al revés. Como solía señalar un influyente comunicador televisivo argentino, “cuando tuvimos las respuestas, inos cambiaron las preguntas!”⁷¹.

Nos recuerda Sabino Cassesse⁷² que existe una interpretación de la “*constitución económica*” basada no sólo en el análisis de las normas constitucionales y de las legales, más bien, corresponde un análisis de las mutaciones de las opiniones públicas como modo de encuentro del derecho “*viviente*”. Y para esta meta, reiteramos, es imprescindible tomar conciencia y estar atentos y abiertos a atender la dinámica y complejidad de la realidad que enfrentamos, con gran apoyo multidisciplinario.

Ya tenemos los requerimientos y necesidades, y dentro de ellas las de atención “*exigible*”, todos urgentes, con expectativas impacientes, sin ánimo para esperar los tiempos requeridos para su planteo, su análisis, la construcción de volátiles y dinámicos consensos, y tampoco para esperar la realización de propuestas que – para colmo – son rumbos trazados y no puntos de llegada.

Y se impone también la necesidad de cambiar los métodos, de agilizarlos, pero es fundamental, esencial, “volver a poner en marcha el motor apagado de la responsabilidad política”⁷³ porque sin ella no hay república ni estado de derecho y sólo se abren senderos hacia la decadencia autoritaria. Sin responsabilidad, sin ese mecanismo básico elemental, nada es posible; si todo es lo mismo, entonces será lo peor.

Cerramos, como iniciamos, con la reflexión de Mario Bunge⁷⁴:

Mi esquema de sociedad ideal consta de dos triángulos unidos por sus cúspides. El inferior está formado por el trabajo, la salud y la educación; el triángulo superior, montado sobre el precedente, tiene por lados la igualdad, la solidaridad y la libertad.

⁷¹ Nos referimos a Bernardo Neustadt, quien desde su programa “*Tiempo Nuevo*”, ejerció una fuerte influencia en más de dos décadas en la política argentina.

⁷² CASSESSE, Sabino. Introducción. In: CASSESSE, Sabino (dir.). *La nuova costituzione economica*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012. p. 4.

⁷³ PINELLI, Cesare; PRESNO, Miguel. *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014. p. 52.

⁷⁴ BUNGE, Mario. El testimonio lúcido de una época: 10 frases de Mario Bunge. *Clarín*, 25 feb. 2020. Disponible en: https://www.clarin.com/cultura/testimonio-lucido-epoca-10-frases-mario-bunge_0_kPX3Bjsw.html. Acceso en: 24 jun. 2022.

Basta quitar uno de los lados para desmantelar el sistema. Creo que la vida plena se consigue haciendo lo que a uno le gusta y ayudando a otros a vivir y servir mejor.

Chacras de Coria, 12 de julio de 2023.

REFERENCIAS

ABADIN, Antonio Abril. *La tecnología se ha convertido en un área transversal [...]*. 2022. LinkedIn: Antonio Abril Abadín Disponible en: https://www.linkedin.com/posts/antonio-abril-abadin_humanismo-empresa-universidad-activity-6950352701780078592-lmGb?utm_source=share&utm_medium=member_desktop. Acceso en: 6 jul. 2022

BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós, 2016.

BARNES, Javier. Algunas respuestas del derecho administrativo contemporáneo ante las nuevas formas de regulación: fuentes, alianzas con el derecho privado. Procedimientos de tercera generación. *In: BARNES, Javier (ed.). Innovación y reforma del derecho administrativo*. 2. ed. Sevilla: INAP; Global Law Press, 2012.

BUNGE, Mario. El testimonio lúcido de una época: 10 frases de Mario Bunge. *Clarín*, 25 feb. 2020. Disponible en: https://www.clarin.com/cultura/testimonio-lucido-epoca-10-frases-mario-bunge_0_kPX3Bjsw.html. Acceso en: 24 jun. 2022.

CASSESE, Sabino. Introduzione. *In: CASSESE, Sabino (dir.). La nuova costituzione economica*. 5. ed. Roma-Bari: Laterza, 2012.

CASSETTI, Luisa. Il diritto di 'vivere con dignità' nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei Diritti Umani. *Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 23, 15 dic. 2010. Disponible en: www.federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?artid=17237. Acceso en: 3 feb. 2021.

COURTIS, Christian; ABRAMOVICH, Víctor. *El umbral de la ciudadanía*. El significado de los derechos sociales en el Estado social constitucional. Buenos Aires: Ediciones del Puerto, 2006.

DIOS VIÉITEZ, María Victoria. Derecho Administrativo y administraciones públicas en la realización de los derechos sociales en el marco Europeo. *In: SEMINARIO DE DERECHOS SOCIALES Y ADMINISTRACIONES PÚBLICAS; ENCUENTRO DE DOCTORES DEL PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO ADMINISTRATIVO IBEROAMERICANO DE LA UNIVERSIDAD DE LA CORUÑA*, 1. , 2 jun. 2023, Neuquén, Argentina. *Conferencia pronunciada [...]*. Neuquén, Argentina: Universidad de La Coruña, 2023.

ESTRADA, José Manuel. *Curso de derecho constitucional*. 2. ed. Tomo I. Buenos Aires: Argentina Anastasio Martínez, 1927.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de derecho administrativo*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FRANCISCO I, Papa. Discurso del santo padre Francisco a los miembros del cuerpo diplomático acreditado ante la santa sede. *Aula de las Bendiciones*, Ciudad del Vaticano, 10 ene. 2022. Disponible en: <https://www.vatican.va/content/francesco/es/speeches/2022/january/documents/20220110-corporo-diplomatico.html>. Acceso en: 16 oct. 2023.

FRÍAS, Pedro José. *Cuestiones del poder*. Salta: Virtudes Editorial Universitaria, 2005. (Colección en defensa de la Constitución).

GARCÍA BELAÚNDE, Domingo. *Constitución y política*. 2. ed. Lima: Eddili, 1991.

GARGARELLA, Roberto. *El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos*. 2014. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/academica/posgrados/2014-roberto-gargarella.pdf>. Acceso en: 27 jun. 2022.

GARGARELLA, Roberto. La “conversación entre iguales”. *Clarín*, 24 jun. 2021. Disponible en: https://www.clarin.com/opinion/conversacion-iguales-_0_NR06SRbNr.html. Acceso en: 19 oct. 2023.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Calamidades*. Barcelona: Gedisa, 2004.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. *Consenso, legitimidad y democracia*. Cátedra Ernesto Garzón Valdés 2011. México: Fontamara, 2013.

GHIRARDI, Olsen A. Política, derecho y economía. In: ACADEMIA NACIONAL DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES DE CÓRDOBA. *Derecho, política y economía*. Equilibrios y desequilibrios. XV Reunión Conjunta de las Academias Nacionales de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y Córdoba. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2003.

HÄBERLE, Peter. Incursus. Perspectiva de una doctrina constitucional del mercado: siete tesis de trabajo. In: LANDA, César (coord.). *Constitución económica del Perú* (Foro Económico Asia-Pacífico APEC). Lima: Palestra, 2008.

HAN, Byung-Chul *No-cosas*. Quiebres del mundo de hoy. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Taurus, 2022.

HARARI, Yuval. El gurú futurista Yuval Harari, Ucrania y un viejo debate muy actual: gastar en armas o invertir en nuevas energías, educación y salud. *Infobae*, 19 feb. 2022. Disponible en: <https://www.infobae.com/economia/2022/02/19/el-guru-futurista-yuval-harari-y-un-viejo-debate-muy-actual-gastar-en-armas-o-invertir-en-nuevas-energias-educacion-y-salud/>. Acceso en: 16 out. 2023.

HART, Oliver; MOORE, John. Incomplete contracts and renegotiation. *Working Paper Department of Economics*, Massachusetts Institute of Technology, n. 367, jan. 1985. Disponible en: <http://www.archive.org/details/incompletecontra00hart>. Acceso en: 27 jun. 2022.

HESSE, Konrad. *Escritos de derecho constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1983.

KÜNG, Hans. *Una economía decente en la era de la globalización*. Madrid: Trotta, 2019.

MANIN, Bernard. *Principi del governo rappresentativo*. Bologna: Il Mulino, 2007.

MANNINO, Pablo. La eficaz estrategia con la que Mendoza logró revertir el principal problema educativo. *La Nación*, 20 jun. 2022. Disponible en: <https://www.lanacion.com.ar/sociedad/la-eficaz-estrategia-con-la-que-mendoza-logro-revertir-el-principal-problema-educativo-nid20062022/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

MILANOVIC, Branko. El coronavirus igualador. *Revista Nueva Sociedad*, mar. 2020. Disponible en: <https://nuso.org/articulo/un-gran-igualador/>. Acceso en: 28 jun. 2022.

MILANOVIC, Branko. *Global inequality: a new approach for the age of globalization*. Cambridge, Massachusetts: The Belknap Press of Harvard University, 2016.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Los servicios públicos en emergencia y “nueva normalidad” (¿normalidad nueva en emergencia vieja?). *Revista El Derecho Administrativo EDA*, Buenos Aires: Universitas, n. 1-2, feb. 2012.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. La necesaria determinación de la desigualdad para el tratamiento equitativo de los derechos fundamentales. *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, Buenos Aires, n. 486, p. 7-18, 2019.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. La urgencia en el marco de las emergencias. *IJ Editores*, Argentina, 1 mayo 2020. Disponible en: <https://latam.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=075c-5970fa0c827015217cebc538da6d>. Acceso en: 28 jun. 2022

PÉREZ HUALDE, Alejandro. El trato equitativo y digno. *RAP Revista Argentina del Régimen de Administración Pública*, Buenos Aires, n. 510-511, p. 24-51, 2021.

PÉREZ HUALDE, Alejandro. Distribución equitativa en emergencia permanente frente a la “nueva” normalidad. *Federalismi.it Rivista di Diritto Pubblico Italiano, Comparato, Europeo*, n. 8, 14 mar. 2022. Disponible en: https://federalismi.it/nv14/articolo-documento.cfm?Artid=46883&content=Distribuci%C3%B3n%2Bequitativa%2Ben%2Bemergencia%2Bpermanente%2Bfrente%2Ba%2Bla%2B%-27nueva%27%2Bnormalidad&content_author=%3Cb%3EAlejandro%2BP%C3%A9rez%2BHualde%3C%2Fb%3E. Acceso en: 24 jun. 2022.

PINELLI, Cesare; PRESNO, Miguel. *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2014.

PORTER, Michael. Why Social Progress Matters. *Project Syndicate*, 9 apr. 2015. Disponible en: <https://www.project-syndicate.org/commentary/economic-development-social-progress-index-by-michael-porter-2015-04>. Acceso en: 16 oct. 2023.

RAWLLS, John. *Teoría de la justicia*. 1. reimp. México: Fondo de Cultura Económica, 1997.

RIBERI, Pablo. *Teoría de la representación política*. Crisis y desafíos del Estado contemporáneo. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *Derecho administrativo y derechos sociales fundamentales*. Madrid; Sevilla: Global Law Press, INAP, 2015.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. Derecho administrativo, dignidad humana y derechos sociales fundamentales. *Revista Jurídica Austral*, Facultad de Derecho de la Universidad Austral, v. 3, n. 1, p. 183-213, jul. 2022. Disponible en: <https://ojs.austral.edu.ar/index.php/juridicaaustral/article/download/792/1017/>. Acceso en: 16 oct. 2023.

SAMPAY, Arturo Enrique. *La reforma constitucional*. La Plata: Laboremus, 1949.

SANDEL, Michael J. *La tiranía del mérito. ¿Qué ha sido del bien común?* Traducción de Albino Santos Mosquera. Barcelona: Penguin Random House, 2023.

SANTIAGO, Alfonso. Una nueva era del derecho, 1945-2017. *Revista El Derecho*, Suplemento de Derecho Constitucional, tomo 2017.

SEIDMAN, Louis Michael. *On constitutional disobedience*. New York: Oxford University Press, 2012.

SIMON, Herbert A. *Administrative behavior: a study of decision-making processes in administrative organizations*. 4. ed. New York: The Free Press, 1997.

SPOTA, Alberto Antonio. La división de poderes en emergencia. *Revista La Ley*, Buenos Aires, 1992-A.

THALER, Richard H.; SUNSTEIN, Cass R. *Nudge: improving decisions about health, wealth and happiness*. New York: Penguin Books, 2009.

UNITED STATES COURT OF APPEALS. Seventh Circuit. *Illinois Transportation Trade Association, et al., Plaintiffs-Appellants, v. City of Chicago, Defendant-Appellee, and Dan Burgess, et al., Intervening Defendants-Appellees*. n. 16-2009. Decided: October 07, 2016.



EL ANHELO DE UNA BUENA ADMINISTRACIÓN Y LOS DERECHOS EN ESPERA

Isaac Augusto Damsky¹

SUMARIO

1. Breve excursus sobre la aspiración universal a la buena administración; 2. El entorno tecnológico de la buena administración; 3. De la mal administración a la buena administración; 4. La participación pendiente; 5. De vuelta sobre la crisis de la representación; 6. Erigiendo una babel participativa; 6.1. Gobierno abierto; 6.2. Tecnología, big data y open data; 7. Desde Habermas. Razones para una irrupción participativa. Fortalezas, manipulación y riesgos en la red de redes; 8. Los derechos en espera; 9. El derecho a tener derechos; Referencias.

1. BREVE EXCURSUS SOBRE LA ASPIRACIÓN UNIVERSAL A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El extendido consenso actual dominante sobre el campo jurídico iberoamericano confluye en sostener como una novedad, un nuevo derecho, a la buena administración.

¹ Profesor regular adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad de Buenos Aires. Miembro del European Group of Public Law de la European Public Law Organization. Miembro fundador y titular de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo, de la Asociación Internacional de Derecho Municipal y de la Asociación de Derecho Público del Mercosur. Miembro honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo y de la Asociación Mexicana de Magistrados en lo Contencioso Administrativo. Consejero editorial extranjero de Revistas Jurídicas de Derecho Público en México y Colombia y Profesor de posgrado en Universidades Públicas de América Latina y Europa.

Conceptualmente, propone una definición de objetivos y finalidades del espacio público bajo un enfoque propositivo y holístico, en el que las personas, los efectores de la sociedad civil, el sector privado y público, lo nacional, lo internacional y lo global se encuentran integrados.

Buena administración será entonces tanto una renovada finalidad de la cosa pública, una declaración de principios, un reordenamiento de contenidos junto a una reordenación de potestades, cuanto un derecho legitimador de otros tantos. Y todo ello resultará afincado en la renovada afirmación de la dignidad de la persona humana que también se la tematiza como un derecho que congloba deberes.

Se parte de la premisa de que la atención de las necesidades colectivas, la buena gobernanza y la realización de las aspiraciones humanas es tarea de todos y que, consecuentemente, sin el compromiso de todos, el progreso, la realización del buen vivir, el bien común o las necesidades humanas, no son posibles.

Principia por el reconocimiento del derecho de todos a la gestión eficiente pero, al mismo tiempo, del compromiso y el deber que todos los sectores adeudan para su realización. Implica, ciertamente, un sinceramiento. Entender que ya no es más posible descargar en un estamento gubernamental la total responsabilidad por la realización de lo que nos compete a todos y a cada uno.

Postula superar los personalismos del poder y, en cambio, propone concientizar y comprometer a todos en el trabajo cotidiano de la redención humana diaria y concreta. Contiene implícita la idea de derecho y deber.

Conlleva ciertamente la propuesta inherente de construcción de un nuevo republicanismo humano, más allá de los estados, las fronteras y las divisiones políticas pero con la convicción que los grandes problemas de la humanidad y sus logros solo serán asequibles mediante el esfuerzo mancomunado. Horizontal. O al menos mediante la atenuación de los verticalismos.

Se trata de una proposición universal calificada como “nueva” porque acaso, silenciosamente, procura marcar de hecho una línea divisoria respecto a la anterior teorización del “estado subsidiario”, encarnado en el ideario del “estado mínimo”, en boga en las décadas de 1980 y 1990, que sirvió de justificación a la implantación extendida y en bloque de las políticas públicas privatizadoras con su anclaje al patrón dólar y su sometimiento a las – por entonces, incipientes – racionalidades del “*international bussiness transactions law*” encarnadas en la sistemática convencional-arbitral de las inversiones extranjeras – que comenzaban, también por entonces, a integrarse al derecho de la contratación pública.

Ínsitamente conectada a esa inspiración, el anterior modelo fundante de los movimientos de reforma del estado o reforma de la administración pública -desarrollado a partir de la interpretación de contexto del siempre vigente principio de subsidiariedad-

postularía nuevas ratios de organización administrativa fundados en los llamados principios básicos de la Nueva Gestión Pública o New Public Management. Pivoteaban en torno al – por ese entonces, nuevo – principio de eficiencia que se erigía en la unidad de medida de esta nueva gestión pública.

En aquel modelo se propiciaba que las reformas administrativas racionalizaran y reorganizaran al aparato estatal bajo principios tales como: gestión, estándares de desempeño, controles de resultados y descentralización, principalmente.

Se proponía una verdadera privatización de los clásicos principios y reglas de organización administrativa con supuesto achicamiento de un aparato estatal que en realidad creció elefantiásicamente. Máxime, porque la desafortunada implementación de las técnicas de descentralización desembocó en una inacabada espiral de crecimiento centrípeto y retroalimentado de entes descentralizados que actualmente continúan en expansión.

Y si en materia de control público propiciaban la instauración de “ambientes o entornos de control” a partir de los cuales simplificar la organización de contralor y posibilitar un eficaz desempeño de los nuevos modelos de “auditoría gubernamental”, desafortunadamente, desembocaron en una superproducción de cargos y estructuras relativos al control de gestión, las auditorías internas y externas, los enlaces y oficinas anticorrupción, junto a una considerable cantidad de estructuras gubernamentales superpuestas y sobredimensionadas.

Paradójicamente, ese verdadero culto a las virtudes del sector privado y financiero y a la necesidad de un estado mínimo, ese fragor por el achicamiento estatal al son eufórico de la modernización y cambio cultural de lo público a partir de la entronización de ponderadas ratios de eficiencia de la empresa privada y las corporaciones transnacionales, esa efervescencia por la reforma del estado y optimización de sus vetustos procesos, todo ello se hizo trizas a través de las distintas crisis financieras gravísimas que – de diversa manera, forma y tiempo – azotaron nuestro continente desde 2001 en adelante y cristalizaron en la consabida crisis financiera internacional de 2007-2008. Acaso la crisis más grave sufrida desde la gran depresión de 1929. Crisis que, como es sabido, fue causada por la asunción de riesgos excesivos por parte de las instituciones financieras líderes estadounidenses y que golpeó muy duramente sobre los mercados mundiales.

No es ocioso decir que se operó un parteaguas, acaso, irreversible. Una deslegitimación de aquel anterior marco conceptual. Una abrupta pérdida de credibilidad de un sector privado que ahora debía ser rescatado de urgencia por las formas públicas clásicas. Cayó un telón.

Sin embargo, la complejidad propia de la historia humana arropada en la opacidad de sus manifestaciones determinó la pervivencia de los atributos fragmentarios del sistema

administrativo que el anterior modelo logró instaurar en los parciales procesos de reforma administrativa y normativa que alcanzó a establecer.

Se necesitaba por entonces de una nueva cosmovisión inspiradora dentro de la cuál intentar cobijar por igual tanto a las viejas formas clásicas de la organización administrativa propias de la concepción tradicional del estado sobrevivientes a la recientemente estallada burbuja del estado mínimo pero que al mismo tiempo lograra contener y justificar a sus apuntadas reformas y nuevas técnicas de actuación que a esa altura – y a pesar del estallido de la burbuja – se encontraban en progresiva consolidación.

La buena administración será, entonces, esa doctrina universal que, a modo de credo unificador y uniformador, se destinará a contener, reordenar y relanzar en toda su dimensión jurídica al universo del quehacer público.

La buena administración – como idea – buscará instaurar un nuevo fundamento de legitimidad del derecho público y de la disposición de los poderes en la arena pública en su doble clave global, nacional y local.

El marco conceptual de la buena administración irrumpirá para reordenar los contenidos tradicionalmente abarcados por el derecho administrativo pero en su dimensión global a partir de la consolidación de la fenomenología de la internacionalización de los ordenamientos – sobre la cual largamente hemos venido tratando en doctrina durante las últimas décadas – en su apertura a formas no clásicas – o hasta ahora ajenas a las consabidas técnicas de actuación pública – como el *soft law* y las redes para estatales y transnacionales de intercambio y disposición de los poderes formales y reales en la arena pública.

La buena administración trazará, así, la división. Consecuentemente, supera aquella visión sistémica interna de la organización administrativa y cerrada sobre el efector estatal e innova respecto de los primeros ensayos de técnicas aperturistas que progresivamente fueron tomando espacios desde finales de los noventa – como la carta compromiso con el ciudadano – y los tempranos años del milenio – desde las primeras prácticas de gobierno electrónico, en adelante. Las incorpora, integra y proyecta dentro de este *unicismo* conceptual.

De allí que el derecho a la participación de las personas y la sociedad civil – entendido también como un principio jurídico de la nueva disposición de los poderes en la arena pública – resulte un componente ínsito, toral, de este nuevo derecho a la buena administración que a su vez permite la visualización de su valor fundante – la dignidad de la persona humana – también como un derecho fundamental.

Este renovado intento de revalorización humanista conectará también con la importancia de permitir a los derechos de participación ciudadana y pública de las personas ocupar una centralidad proponiendo una nueva disposición y jerarquización de los valores

(i) dignidad de la persona, (ii) participación y (iii) buena administración, ahora convertidos en derechos de carácter complejo.

Ello también supone el ideal de que el valor y el derecho a la buena administración ostente un tinte dialógico. Es decir, el método debiera reconocer en mayor intensidad al diálogo horizontal y en menor grado la prerrogativa vertical unidireccional. Dialógica y no confrontativa, menos aún adversarial.

En mi opinión, debiera verse a la buena administración como una aspiración universal, como un nuevo intento de reedición contemporánea y de contexto, para éste nuestro tiempo, de valores públicos fundantes de los grandes principios en base a los cuales se erigió nuestra triplemente milenaria civilización occidental.

Apetencia eternal, es un valor compartido que la buena administración luce como un anhelo de *sindéresis* pública, conecta con los principales hitos de construcción del derecho público y se la aprecia como tributaria del recorrido evolutivo de formulaciones torales como el principio de legalidad de la administración pública y la dignidad de la persona – como fundante del *standard* trato equitativo y digno –, cuyas raíces y primeras manifestaciones se remontan a la antigüedad misma y mucho antes de la obra de los grandes teóricos del estado moderno.

Por caso, es interesante considerar a modo indicativo que es posible encontrar los trazos de una formulación histórica del principio de legalidad y de los valores de la buena administración en el código de leyes judías que, como sabemos, se extraen de las distintas porciones de la Torá Judía. Así, en la porción denominada “Shoftim” o Libro de los Jueces –expresión multívoca destinada a designar a los líderes gobernantes o administradores dentro de las tribus de Israel- contenido en el Deuteronomio – o “Devarim”–, se infiere la preminencia del valor justicia en general, de la ley – Halajá – en particular y de la conformación de un sistema judicial y administrativo adecuado por sobre la obligación estatuida por la misma ley judía a su pueblo de designar un gobernante – rey – y también la ley ordenaba designar funcionarios encargados de administrar la organización de la ciudad. Los Shoterim. Acaso una raíz de lo que hoy conocemos como la policía administrativa y el poder de policía. Pero, principalmente, la estructura de ésta porción permite inferir que el valor justicia precede a la organización del gobierno. La ley es antes que el Gobernante quien se encuentra sometido a ella: el gobernante tenía que actuar de acuerdo a las normativas de la Torá. Los poderes del Gobernante se encuentran sometidos a restricciones impuestas por la ley que manda a elegirlo y que lo regula. Se traza el consecuente mandamiento de la ley judía de designar un gobernante, el subsecuente mandamiento legal de someter al

gobernante a la ley y se sientan las directrices fundamentales para su buen desempeño en una suerte de decálogo fundante de lo que hoy conocemos como ética pública².

En manera similar, en la porción denominada “Mishpatim” o “de las leyes y reglamentos” contenida en el Éxodo – o Shemot –, se encuentran trazadas las primeras normas de lo que hoy se conoce como el trato equitativo y digno como tributario de la dignidad de la persona humana. Ciertamente, entre numerosas otras previsiones positivas de la ley religiosa judía o Halajá que se extraen de los cinco libros sagrados y que conformaban – ya desde su tiempo – un plexo de derecho positivo organizador de la comunidad y de la vida dentro de la comunidad.

Entiendo pertinente arrimar entonces – y más aún exhortar a abrir líneas de investigación científica – la idea de que aquello que hoy tratamos como el anhelo de buena administración como noción sostenida sobre sus dos pilares fundamentales de legalidad administrativa y dignidad de la persona humana, formaba ya parte de aquél sistema jurídico originario, efectivo y aún vigente tras 3300 años, aunque insuficientemente explorado y aún no adecuadamente reivindicado e integrado dentro de los fundamentos de nuestro derecho público occidental.

2. EL ENTORNO TECNOLÓGICO DE LA BUENA ADMINISTRACIÓN

El derecho a la buena administración es fruto de su tiempo. Se inscribe dentro de una corriente totalizadora o generalizadora de derechos que guarda estrecha afinidad con los desarrollos universalizadores de las nuevas técnicas y saberes “*tecnológico-centristas*” o “*tecno-centristas*” o “*digito-centristas*” que bien puede dar lugar a pensar en una reedición o un nuevo enciclopedismo. La buena administración se inscribe – o es tributaria de – el enciclopedismo digital.

Guarda notables simetrías de arquitecturas y contenidos con otras proposiciones *unicistas* recientes como el de las *ciudades inteligentes*, o la *ciudad de los quince minutos*, o el nuevo *derecho a la ciudad*, la *desburocratización y simplificación administrativa*, el *gobierno abierto* y las perspectivas que nos ofrecen –de cara al futuro inminente- la

² Ver: Maimónides, “Mishné Torá”, T. 14 – “Sefer Shoftim” (El Libro de los Jueces) y “Sefer Mishpatim” (El Libro de los Juicios), T. 13, Ed. Moaj, BA, 2015; “Torat-Emet- La Torá con las lecturas complementarias de los Profetas”, ps. 510 en adelante, Ed. Keter Torá, B.A. 2018; Ver James Kugel, “Persiguiendo lo difícil de atrapar” y “Reyes, piénsenlo dos veces!”. KUGEL, James. Kings, Think Twice! *Weekly Torah Reading*, Shofetim, 14 aug. 2021. Disponible en: <https://www.jameskugel.com/weekly-torah-reading-shofetim>. Acceso en: 16 oct. 2023.

inteligencia artificial, el *derecho digital*, el *blockchain*, los mercados digitales y las nuevas finanzas digitales —con la revolución de las *criptomonedas* y todo el nuevo universo que de allí se desarrolla, inscripto todo ello dentro del inminente — así anunciado por muchas voces resonantes de éste tiempo — *metaverso*. La lista es interminable e igualmente ilustrativa del proceso inverso al acontecido durante los años noventa.

Más de veinticinco años atrás asistíamos extasiados a aquel proceso que Norberto Bobbio denominó de “especificación de los derechos fundamentales”. Nuestros constitucionalismos y ordenamientos particulares de entonces resultaban pródigos en especificar y hacer surgir cartas específicas de derechos, catálogos y hasta códigos, que propendían inscribirse dentro de los sistemas y subsistemas de entonces.

A modo de arquetípico ejemplo coincidimos en decir que en ese entonces se afianzaron los derechos de los usuarios y consumidores. Brasil dictó el código del consumo en 1990 y mi país, tiempo después, en 1994 especificó un catálogo preliminar de derechos en su reformado artículo 42 constitucional dentro del — también nuevo — capítulo constitucional de “nuevos derechos y garantías”.

Esos años de revolución especificadora de derechos dio lugar también al afianzamiento de numerosas especialidades jurídicas. La sustantividad de numerosos saberes — que hoy son verdaderas ramas del derecho — se afianzaron en ese entonces. Nuevamente, el Derecho de los Consumidores o Derecho del Consumo sirve de claro ejemplo por su afianzamiento durante los noventa. Situación similar experimentaron numerosos saberes, hoy indiscutidos, como el Derecho del Medioambiente. O incluso el Derecho Informático que, hoy, luce como una suerte de marco teórico antecedente y fundante de la génesis de la actual fenomenología del poder digital.

Si entonces la tendencia era a especificar derechos puntales derivados de formulaciones generales, hoy, el proceso pareciera ser inverso al conglobar numerosas concepciones antes especificadas, ahora, dentro de un nuevo denominador común que las contiene.

Tal es el caso del derecho a la buena administración en el que se contienen numerosas formulaciones otrora especificadas. Esta tendencia inversa, esta corriente universalizadora implica un paso adelante en el cambio de era que se avistaba veinte años atrás. Da cuenta de un cambio en la forma de concebir el derecho. Un cambio también en la forma de pensar el derecho. Nos presenta nuevas formas y técnicas para operarlo. Se encuentra profundamente atravesado por la digitalización y uniformado por y a través de la tecnología. Ha comenzado a ser cada vez más multipolar y difuso en la manifestación del poder y, ciertamente, cada vez menos bipolar.

Consecuentemente, resulta tributario de una nueva disposición de la ciudadanía y de las personas generándoles nuevas centralidades o nuevas formas de centralidad. Y es

que la era digital al permitir y alentar la desterritorialización plena posibilita romper, prescindir y sustituir tanto los antiguos criterios clásicos de representación y ciudadanía, cuanto el orden de disposición de los poderes y su enraizamiento en los criterios de soberanía y territorio en punto a su definición de jurisdicción y competencia.

La tecnología hoy permite compulsar al instante la voluntad de la ciudadanía “cyber-organizada” y así derribar aquel brocardo decimonónico que postulaba que el pueblo no deliberaba ni gobernaba sino por medio de sus representantes.

Ya no se necesita más del territorio para ejercer potestad. Menos aún para gobernar. Y ni que hablar para participar.

Ha surgido una nueva y más refinada forma de poder: El Poder Digital. Es refinada porque no impone, convence. Persuade. Tampoco somete. Es más sutil. Es mediadora o intermediadora.

Dentro del Poder Digital, en especial dentro de sus capacidades de mediación e intermediación, convergen dialógica o confrontativas las múltiples formas en que se encarnan las dinámicas de los intereses de la humanidad. Dentro de él interactúan, se relacionan, comercian, negocian, celebran transacciones, cobran y transfieren, generan riqueza, disputan y guerrear (el cyber ataque y el cyber terrorismo es ya una forma de guerra y destrucción), pero también solucionas sus diferencias y negocian sus derechos e intereses, las personas, los sectores, los estados y las organizaciones de estados, los entes híbridos público privados del derecho global y toda otra forma de actuación con entidad para provocar la alteridad del derecho.

Si décadas atrás se hablaba del imperio de la Banca Transnacional, si más acá en el tiempo se denostaba a los actores intangibles de los capitales y mercados internacionales denominándolos peyorativamente como “soberanos privados transnacionales difusos” que, más cerca todavía se encarnan en las espectrales y volátiles formas de los fondos de inversión, ahora el fenómeno se torna – sino contrario, distinto: hoy, ese poder – que hasta no hace mucho resultaba invisible o difícilmente visible- se personaliza. Se identifica. Se concentra.

Insisto en que ha surgido un nuevo orden.

El nuevo poder tangible y sólido le pertenece a unos pocos “Unicornios”. Porque el poder que otrora residía en la monarquía – casi siempre aliada o legitimada por el Credo Religioso imperante en el territorio o por el Clero, que luego paso a las burguesías ascendentes que consolidaron una clase política fundante de los estados que conocimos y se aseguraron en nuestras repúblicas y constituciones – al fragor de las noveladas sociedades secretas, que luego fueron desafiados y trastocados por “la banca” y ésta derrocada por los sombríos actores financieros, ahora aparece cada vez más claramente detentada

por los nuevos señores dueños de los medios de producción de poder. Los nuevos Zares Tecnológicos. Totalizadores.

Desde la industria, los negocios agropecuarios, la explotación de recursos naturales, los mercados etc., el señorío de la tecnología ha agrupado bajo su comando a las fuentes de producción, generación y distribución de riqueza negocios, de los mercados. Es una nueva forma de poder tradicional – y, remarco, distinta del poder difuso que alumbró los últimos treinta años – porque es personal, tangible y soberana. Se concentra en muy pocos actores identificados e identificables con facilidad que, asimismo, exhiben una fenomenal capacidad de imposición y una – nunca antes vista – capacidad de generación y multiplicación de riqueza. Hay un resurgir del poder personal. Del señorío personal. Y esta unificación y personalización del nuevo poder tecnológico es producto de esa universalización y unificación en la tecnología como el nuevo vector de la humanidad.

La tecnología no es solo un medio de producción de riqueza y de concentración de poder. Es mucho más que eso. Es un lenguaje común. Es una técnica única dentro de la cual se unifican todas las otras técnicas, todos los saberes, todas las ciencias.

Si antes todos los caminos conducían a Roma hoy todo converge en la tecnología. No hay campo humano que pueda prescindir de ella. Si tiempo atrás compartíamos en aquello de que la humanidad puede vivir sin ordenadores pero no sin libros, hoy ya no estoy tan seguro.

Entonces, esta fenomenología de agrupamiento y concentración de poder en pocos efectores de carácter tangible y personificados, de índole universalista y totalizador, exhibe una estructura de notable afinidad con éstas también nuevas formulaciones y formas de derecho que convergen en el factor y el vector tecnológico y digital para su vehiculización, percepción y operatividad plena.

Somos muchos – o todos – los que visibilizamos que, hoy, sin tecnología no es posible la gobernanza, ni tan siquiera imaginar la buena administración.

En oposición, podría incluso afirmarse sin hesitar que desde los velocísimos avances de la tecnología el derecho a la buena administración – que hasta no hace mucho aparecía como una quimera o un piadoso catálogo de buenas intenciones – reviste ahora potencialidades para resultar perfectamente mensurable, trazable, previsible y ejecutable bajo las mismas ratios de regularidad en su prestación, uniformidad en su satisfacción y universalidad de alcance en su cobertura.

De allí quizás uno de los motivos por el cual éste nuevo derecho conformador de nuestros horizontes tecnológico – jurídicos del futuro cercano haya concitado el tratamiento de la legión de juristas modernos y la atención de la más granada platea jurídica contemporánea.

3. DE LA MAL ADMINISTRACIÓN A LA BUENA ADMINISTRACIÓN

Al fragor del auge esperanzador que en la década de 1990 había cobrado la figura del Defensor del Pueblo en nuestro ámbito jurídico institucional de habla hispana, se introdujo la doctrina de la “mala administración”, acaso, como justificante de las funciones mediadoras que los modelos imperantes le atribuían al Defensor del Pueblo o entonces, aun así conocido en su acepción originaria, Ombudsman. Ciertamente con mayor o menor resonancia según las latitudes. Esta noción se tomó del sistema legal del Reino Unido, en la que se congloba bajo este rótulo a un conjunto de malas prácticas que fungen de disparador de la actuación del Defensor del Pueblo quien tras ejecutar una investigación descalificará una omisión lesiva o una acción dañosa administrativa como mal administración.

Dentro de ésta doctrina se proponía que la razón de ser del Ombudsman residía en ocuparse de aquellas actuaciones administrativas que escapan al control tradicional, mediante la indagación de quejas elevadas a su despacho, constituyéndose en un control de humanidad, por lo cual se le atribuía una “función promocional del cambio”.

Esta función reconocía su centro en remarcar los errores de la administración. Como fue receptado en la legislación de mi país: “prestar especial atención a aquellos comportamientos que denoten una falla sistemática y general de la administración pública procurando prever los mecanismos que permitan eliminar o disminuir dicho carácter” para de esta manera “proponer la modificación de los criterios utilizados”. Es decir, el núcleo de su actuación se afirmaba en su contribución persuasiva para lograr cambios estructurales orientados a superar malas prácticas configurativas de “mala-administración”, mediante advertencias y recomendaciones.

Campeaba la idea de que aún sin medios coactivos para imponer sus recomendaciones y resoluciones igualmente su función promocional del cambio revestía efectividad debido a que los regímenes democráticos son ante todo “regímenes de opinión”. Se entendía que éstas intervenciones contribuían a un diálogo más inmediato y fluido entre todos los interlocutores; a una resolución más rápida y genuina de entuertos y a una evolución perfecta de las normas vigentes. La mala administración conectaba así como disparador de la discutida función del Defensor del Pueblo denominada “Función Promocional del Cambio”.

La mala administración es entonces una acción u omisión concreta, tangible y disvaliosa. Es un punto de partida que es objeto de atención. Una situación disfuncional a reparar. En cambio, la buena administración es un punto de llegada. Un objetivo. Acaso, un ideal. Y por ello resulta criticable por su carácter difuso.

Si el abordaje de las situaciones configurativas de mala administración nos enfrenta a la complejidad multinivel propia de la realidad cotidiana y tangible, si nos desafía a implementar acciones concretas para atender las grandes y diarias desigualdades e injusticias, en cambio, el derecho a la buena administración, en su cariz finalista, luce un tanto utópico.

En cierta medida su carácter propositivo y finalista propio de su enfoque holístico, acaso, nos hace perder de vista la reflexión concreta, circunstanciada y contextualizada sobre los múltiples pliegues y complejidades de la realidad y del derecho, nos releva de la carga de ahondar en las profundidades de las causas y raíces de las injusticias, para eximirnos del doloroso compromiso de palpar el dolor humano y la banalidad del mal y sustituirlo por el reconocimiento en abstracto de un catálogo de derechos subsumidos, acaso, en una única formulación totalizadora, acaso, desconectada del contexto sobre el cual debe operar. Y es que en un punto corresponde prestar atención a la argumentación mediante la cual se cuestiona al núcleo estrictamente finalista del derecho a la buena administración por enrostrársele una suerte de separación respecto a los saberes y técnicas jurídicas útiles con las cuales operar una realidad dolorosa y concreta. Es que la buena administración en su propuesta totalizadora logra una abstracción con riesgo de tornar materialmente imposible el logro de sus cometidos. Posee aptitud para generar el espejismo de un supuesto fortalecimiento del aparato de actuación del derecho que en realidad exhibe el riesgo de dar como resultado un recorte considerable del poder en desprotección jurídica del desposeído y vulnerado.

Es que al carecer las proposiciones de buena administración de condiciones de operatividad directa, al mantenerse incólume el ordenamiento particular y sus técnicas de legitimación del poder y de obstrucción del desarrollo de resortes de control efectivo – por caso, la legitimación procesal cerrada, la incolumidad de la potestad, la vigencia del dogma revisor y las relaciones de sujeción – se sigue que en realidad éste nuevo derecho – al propiciárselo siempre modulado a través de la reducida operatividad que los ordenamientos internos le permitan al ciudadano de a pie – poco le puede aportar en concreto al derecho real de las personas comunes que seguirán encontrándose sometidas a los mismos valedos de siempre.

Aquí es donde la buena administración corre el riesgo de desvanecerse y dar lugar a las críticas centradas en el señalamiento de que estas proposiciones solo serían funcionales al refinamiento de las técnicas de la concentración del poder y a la consecuente ampliación de los ámbitos de las libertades de circulación de los apuntados nuevos efectores de poder. Aquí es donde la buena administración ciertamente resulta legitimante del nuevo orden.

Es que acaso se aumenta el estado de perplejidad de las personas porque la buena administración viene para hacerle creer que finalmente el sistema los protegerá mientras que en los hechos los hace permanecer sujetos a la misma potestad.

Ese estado de confusión y creencia liberadora de las personas se acentúa porque la buena administración robustece su predicamento al poner su foco en la solidez de su operación mediante la tecnología, el derecho digital, la participación efectiva y real en tiempo útil. Sin embargo se corre el riesgo de reducir aún más el campo de los saberes jurídicos. Si la operatividad del derecho se condicionaba a su dimensión procesal, centrándolo en la supuesta utilidad del procurador judicial, ahora se propone reducirlo aún más a la operatividad tecnológica – informática propia del operador de sistemas. Se corre el riesgo de una peligrosa simplificación. Entonces, dentro de la buena administración que discurre por los lenguajes digitales amigables y los algoritmos de la inteligencia artificial no resultaría extraño que comience a dejarse de lado la laboriosa tarea analítica, crítica y reflexiva de la ciencia jurídica destinada a la comprensión del problema y los abordajes resolutivos del conflicto. Dentro de todo el contexto descrito lo que antes era el complejo e interrelacionado sistema jurídico y judicial, de normas de fondo y de forma, ahora discurrirá dentro de una simplificación de formas, a través de mecanismos tecnológicos operativos que serán los reales efectores del sistema en paralelo a un sistema normativo que por su vetustez ni siquiera será necesario derogar. Acaso la buena administración exhiba el riesgo de una manipulación destinada a operar reduccionismos simplistas destinados a la legitimación de unos en desmedro del resto.

Y es aquí, en este punto, donde cobra su lugar las corrientes doctrinarias que cuestionan la efectividad concreta de ésta formulación esperanzadora de la buena administración, del mismo modo que lo hicieron con su antecesora doctrina de la mal administración.

A juzgar por la progresiva desatención en la que imperceptible pero certeramente fue cayendo la figura del defensor del pueblo y sus justificantes enraizados en mal administración y promoción del cambio -, no es ocioso hacer un llamado de advertencia sobre ésta nueva formulación totalizante.

Es que es imposible no advertir que vuelve a repetirse el contexto de efervescencia, euforia y consecuente interés por la novedad. Si en los tardíos ochentas y los tempranos noventas novedades como mal administración y función promocional del cambio del defensor del pueblo captaron una importante porción de la escena doctrinaria e institucional, reflejada en numerosos y muy costosos desarrollos de instituciones y trabajos de consultoría que luego fueron progresivamente apagándose, algo muy similar – sino idéntico – acontece con el actual extendido interés concitado por la buena administración. He aquí “un sombrero para pensar”.

4. LA PARTICIPACIÓN PENDIENTE

A pesar de que el derecho a la buena administración reconoce al derecho a participar como un “derecho componente” y lo erige como una práctica legitimadora, sin embargo nos encontramos lejos de un desarrollo aceptable. Y es que más allá de los numerosos esfuerzos institucionales que se realizan para concientizar sobre las bondades de la participación ciudadana en sus distintas formas, en general sigue en nuestras latitudes sin satisfacer en plenitud toda la expectativa depositada.

La participación continua aun bregando por alcanzar aceptables niveles de efectividad y tampoco termina de concitar un entusiasmo suficiente ni en las personas individualmente consideradas ni en los principales efectores de la sociedad civil, perdiendo predicamento y resultando parcialmente eclipsadas por técnicas como las denominadas “gobierno electrónico”, primero, y “gobierno abierto”, en la actualidad, las cuales, a su vez, también generan dudas en torno a su efectividad, ya que, paradójicamente, lejos de complementar y amplificar a las plasmaciones positivas del derecho a participar y el principio participativo, la sustituyen.

Las ensombrecen porque los desarrollos informáticos oficiales afianzan la percepción en la subjetividad de sus destinatarios de que la única participación posible es la virtual. La provista por los portales y enlaces de los sitios informáticos gubernamentales que, a su vez, presentada bajo un diseño informático de apariencia amigable, genera la creencia de un acercamiento del gobernante al gobernado mediante una herramienta informal, de tinte a lo sumo estadístico y comunicativo. La simple visualización de los sitios informáticos usuales en los que se emplean éstas herramientas permite corroborar lo expuesto: la desvinculación del dispositivo y del mecanismo de todo atributo jurídico adjetivo de los procedimientos administrativos. La participación, así en la web, es reducida conceptualmente a un mero dispositivo comunicacional simple erosionándose en los hechos de todos sus atributos jurídicos sustantivos y adjetivos.

Nótese que todos estos mecanismos participativos tienen en común que surgen más por una promoción de parte de actores externos, de los efectores del poder formal – que invitan a la ciudadanía a comunicar sus opiniones – que, por una iniciativa propia de los actores, individual u organizadamente considerados, redundando en una baja – o nula – espontaneidad e iniciativa de los ciudadanos³. Es decir, hoy, la participación ciudadana opera

³ Ver: HERNÁNDEZ BONILLA, Manuel. Participación ciudadana y el rescate de la ciudad. *Revista INVI*, v. 22, n. 59, p. 13-34, mayo 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/258/25805902.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. Con cita a: HOLMGREN, Steen; SVENSSON, Ole. Urban architecture in urban renewal - in dialogue between professionals and residents. *Urban Design International*, n. 6, p. 2-14, 2001.

como un resorte o mecanismo potestativo exclusivamente mediante el cual la Administración dispone cuándo involucrarse –siempre, esporádicamente– con la ciudadanía para consultarla, en la creencia de que se trata de un resorte del que puede disponerse libremente como algo que podía ser utilizado o no, en función del modelo de política que el equipo de gobierno quisiera utilizar. Ello es así a pesar de su reconocimiento general como principio general y como un derecho, si bien aún carente de garantías instrumentales suficientes.

Además, es una tendencia actual – acaso irreversible – de las ciencias de la administración y gestión de las políticas públicas que la Administración, hoy, discurre por técnicas de gestión por metas, objetivos y resultados mensurables en hitos progresivos, estructurados en breves plazos, computados en tableros de control dentro de los cuales toda instancia que no resulte estrictamente indispensable, directamente conducente, y pueda omitirse, se recorta. Y en esas descalificaciones frecuentemente cae la participación. La gestión pública no dimensiona su utilidad, sino que por el contrario la visualiza como un innecesariamente peligroso instrumento distractivo. Una instancia ralentizadora. Un enemigo de las muy ajustadas agendas e hitos estructurados dentro de los breves tiempos de gestión. Menos aún la comprende como un derecho que pueda resultar exigible y escasamente comprende sus beneficios. A contrapartida, numerosa producción doctrinaria se viene verificando a la par de los desarrollos operados por los organismos internacionales que llevan adelante incesante actividad de fortalecimiento de éstas técnicas formulando interesantes observaciones que concurren a nutrir un nuevo plexo de fundamentos a partir de los cuales abrir a una discusión de contexto.

Las experiencias institucionales usuales revelan que se propone a la participación como una herramienta gubernamental inclusiva no vinculante. Como una manifestación del ejercicio de la potestad pública. A partir del principio participativo. Desde la prerrogativa y no desde los derechos, mediante la cual el sistema de poder arbitra a discreción la apertura de un espacio de contención de las tensiones de las personas y los efectores sensibles de la sociedad civil concediéndoles cauces de expresión, en un caso informales o en otros semi formales, pero que en ningún caso traducen –insisto– un aceptable resorte jurídico de especificación sustantiva y adjetiva de cauces procedimentales administrativos formales, operativos, de carácter estable y disponibles por los particulares.

5. DE VUELTA SOBRE LA CRISIS DE LA REPRESENTACIÓN

Es un dato de la realidad que las últimas décadas nos exhibe un generalizado rechazo a las formas tradicionales de actuación de la democracia representativa “cerrada” por operarse largamente una desconexión entre sociedad civil y clase política. Este fenómeno a su vez se acentúa en un contexto propio de cambio de época en el cual – como se presentó al inicio – la vía digital va consolidando un tecnocentrismo acaso superador del anterior mercadocentrismo que inspiró a los procesos de consolidación del derecho global.

El pasado reciente de la región ha re actualizado éste cuestionamiento al verificar que muchas veces nuestras democracias son más formales que reales con prescindencia del signo gobernante. Sin duda éste contexto actualiza las demandas de espacios de participación pública – y no solo política – en pos de la real atención de las acuciantes necesidades de los distintos sectores de la población⁴.

Personas, ciudadanos, sectores sociales y sociedad civil, si bien no son lo mismo y cada colectivo revela necesidades especiales, muchas veces se identifican en el dato común de su exclusión en los procesos de decisión estatal, en la definición de una prioridad, en la gestación de una política pública o hasta de medidas singulares que revistan significativo impacto sobre sus destinatarios. Éstos – cada vez más – objeto y – cada vez menos – sujetos de la decisión de los poderes formales, hoy, se asemejan más a aquella noción de “administrados”. Paradójicamente, se diferencian de su anhelado carácter de “particulares” entendidos como sujetos de una relación especial de derecho público, cualificada por una especial situación jurídica subjetiva o por su pertenencia a un colectivo supuestamente protegido por ley, muchas veces jerarquizado constitucionalmente y usualmente tutelados por los tratados y convenciones internacionales.

Fácil es comprender la racionalidad de los reclamos por espacios que traduzcan un mínimo protagonismo de la sociedad civil a través de la puesta en práctica de mecanismos concretos de actuación útil en tiempo real – que además posibiliten un mínimo de

⁴ Ver los conceptos desarrollados en: GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADII, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. Y la remisión efectuada en el trabajo citado a: CABRERO MENDOZA, Enrique (coord.). *Políticas públicas municipales: una agenda en construcción*. México: CIDE; Miguel Ángel Porrúa, 2003.

accountability pública —, mediante los cuales se posibilite fortalecer al modelo democrático representativo y evitar plantear su sustitución⁵.

Se verifica en gran medida aquella prospectiva que — desde y para un contexto anterior — enseñaba el Profesor Frank Moderné quien, siguiendo al pensamiento de René Capitant, observaba que las técnicas participativas en América latina constituían un “último apoyo” de las democracias representativas, se verifican de manera “prudente y residual” y han obtenido muy rápidamente los favores del constituyente latinoamericano porque responden a la preocupación de racionalizar y de mejorar el funcionamiento del sistema representativo. Además, agrega que aún desde una concepción universalista en el antiguo debate ideológico entre la democracia representativa y la democracia directa, los argumentos no han sufrido el paso del tiempo: la democracia semidirecta o «participativa» no pretende ofrecer un modelo alternativo a la democracia representativa. Se propone, al contrario, consolidarla asociando más o menos estrechamente el ciudadano a la toma de decisiones políticas o a la emanación de normas que quedarán oficialmente asumidas bajo la égida de gobiernos democrático-representativos⁶. Ésta concepción goza de extendida aceptación. No obstante, corresponde decir que desde otra perspectiva se sostiene que en realidad lo que se verifica es que el fenómeno de la participación y su jerarquización constitucional en Latinoamérica verifica la evolución de un modelo cerrado a otro abierto. Ello aún más acentuado por el contexto explicitado al inicio de este trabajo y la nueva fenomenología *tecnocentrista*. Acaso la puesta en crisis y transformación de los clásicos postulados de la democracia representativa en tránsito hacia fórmulas de democracia participativa, en serio⁷.

Como quiera que fuere, la situación descripta no es para menos dado que la praxis institucional frecuentemente evidencia que los ciudadanos quedan de facto despojados de la efectividad que debiera proveerles la representación en tanto derecho de expresar su voluntad política.

Las frecuentes pujas del poder formal que se verifican — en la praxis institucional de América Latina — entre los poderes legislativos y los poderes ejecutivos de nuestro continente que frecuentemente se resuelven mediante los aparentes ejercicios de autoridad personalista frente cuestiones de máxima sensibilidad, no solo autoriza a renovar

⁵ MODERNÉ, Frank. El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, p. 339-359, 2002. p. 340, con cita a AGUIAR DE LUQUE, Luis. Democracia directa e instituciones de democracia directa en el ordenamiento constitucional español. *In*: TRUJILLO, Gumersindo; LÓPEZ GUERRA, Luis María; SÁNCHEZ, Pedro José González-Trevijano (coord.). La experiencia constitucional. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2000. p. 67.

⁶ Autor y trabajo citado.

⁷ PNUD. *Participación ciudadana y gobernanza ambiental*. Proyecto 89477. 2018. Disponible en: <https://www.undp.org/es/mexico/projects/participaci%C3%B3n-ciudadana-y-gobernanza-ambiental>. Acceso en: 17 oct. 2023.

el reproche al hiperpresidencialismo de nuestro continente, no solo permite cuestionar la efectividad y validez actual de los resortes clásicos de la decisión de las mayorías en el marco de una democracia representativa y bicameral cerrada, sino que principalmente nos muestra cómo se margina a los reales destinatarios y afectados del proceso de decisión en donde, además, la ineffectividad actual de las técnicas de participación queda una vez más al descubierto. Y lo que es más grave, revela la distancia cada vez más acentuada entre los poderes nacionales formales y los verdaderos nuevos actores del poder dentro del escenario global. Por ello corresponde exhortar nuevamente, como en el punto de inicio de éste trabajo, que es con todos o no es con nadie.

Se insiste en un aspecto fundamental. La sociedad civil, los actores sociales y las personas pierden una y otra vez su carácter de sujetos constitucionalmente legitimados y empoderados dentro del marco de una relación jurídico institucional sustancial y en cambio son reducidas a meros objetos del núcleo de decisiones que les atañen y sobre las cuales inexplicablemente la impersonal letra de la norma al tiempo que los jerarquiza y declama para ello al principio participativo, preserva incólume los cánones de la clásica democracia representativa de puertas cerradas y excluyente de los reales afectados quienes, por tal motivo, debieran erigirse al carácter de reales efectores del diseño, implementación y control de las políticas públicas.

El problema no se reduce solo a la crisis de la democracia representativa cerrada y su reflejo en los tradicionales mecanismos de actuación administrativa que –inscriptos en tal concepción– se manifiestan en normas de tinte procedimental administrativa afinadas en las tradicionales categorías de legitimación procesal propias del cuño clásico que en gran medida excluye la participación vinculante de personas y efectores de sociedad civil. El problema reviste la complejidad propia de una novedad que – paradójicamente – lleva ya varias décadas.

Precisamente porque si bien desde los planos de análisis superior se discute y se advierte respecto de los múltiples componentes de que nutren a la crisis de la representación y sus intentos de abordaje mediante los ensayos de evolución de una democracia representativa cerrada a otra más abierta o la adopción de resortes de las formas participativas y deliberativas, lo cierto es que tales abordajes interdisciplinarios – quizás más propios de las ciencias Sociales –, sus consecuentes ensayos en los distintos mecanismos de participación que han ido sucediéndose, junto con sus evaluaciones de desempeño institucional, aún no permean suficientemente la discusión jurídica de derecho administrativo y –acaso consecuentemente– no logra una concreción, especificación y sistematización normativa adecuada de sustancia procedimental administrativo.

Todo este conjunto de cuestiones jurídicas concretas que precisan abordaje revisten complejidad porque en la necesidad de operar una apropiada visualización positiva de la

participación se involucran múltiples interrogantes, tales como: ¿Qué implica, qué significa y qué alcances realmente tiene la participación?; ¿Cómo participar?; ¿Cuál mecanismo participativo adoptar?; ¿Cómo se conecta la participación con los mecanismos concretos y cotidianos de actuación administrativa?

6. ERIGIENDO UNA BABEL PARTICIPATIVA

Existe consenso en reconocer que – en una acepción general – participar implica distintas formas de verificar “la intervención de la sociedad civil en la esfera de los público” y que el término participación es utilizado para explicar la incidencia de los distintos colectivos sociales o sectoriales, de personas individualmente consideradas y de grupos sociales, en las diferentes etapas en las que se resuelven asuntos de interés público, es decir, en la consulta, discusiones, planteo de propuestas, y todo tipo de actividades que en las cuales interrelacionan el Estado y los ciudadanos para el progreso de la comunidad⁸.

Ahora bien, el simple relevamiento de las técnicas existentes, sus distintas denominaciones y acepciones, unido al frecuente carácter disímil que ostentan, nos muestra un panorama de singular desorden debido a la existencia inconexa de numerosos mecanismos y subsecuentes categorizaciones conceptuales de participación ciudadana, cívica, pública, comunitaria o social, participación electrónica⁹, con más iniciativas de sociedad civil que en otras latitudes de origen asumen formas de *citizen participation* o *citizen engagement*¹⁰ y cuya estructuración reviste algunas afinidades y sutiles distinciones – acaso, no del todo predicables en nuestro contexto – sobre las que brevemente conviene pasar revista a modo introductorio.

Ambos conceptos pueden resultar similares pero se diferencian por la distinta visualización del rol de los ciudadanos, en el cual el *engagement* resulta más inclusivo en orden a remarcar que en tales procesos el ciudadano se integra en un proceso de largo plazo.

⁸ Cf.: GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADII, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. Siguiendo a: CUNILL, Nuria. *Participación ciudadana: dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Caracas: CLAD, 1991.

⁹ Ver: ONU. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Instituciones Públicas y Gobierno Digital. *Involucramiento ciudadano*. [S.d.]. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/es/eparticipation>. Acceso en: 17 oct. 2023.

¹⁰ Ver: GARRIGUES, Julie. *What is the difference between citizen engagement and participation?* [S.l.], 11 fev. 2017. LinkedIn: Julie Garrigues. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/what-difference-between-citizen-engagement-julie-garrigues/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

En cambio en el *participation* el ciudadano no se integra. Se lo escucha y se atiende su posición sin estructurar un vínculo mediante el cual la ciudadanía efective su influencia en los procesos¹¹.

Se sostiene que la clave en la distinción radica en que en el *citizen engagement* se exige de los ciudadanos un dialogo activo entre ellos y los decisores públicos que traducido en intercambios, mientras que la participación puede solo sustentarse en intervenciones unilaterales de los particulares sin sesgo dialógico. No están iniciados por los mismos actores. El *citizen engagement* se traduce en una relación vertical entre el poder y la ciudadanía instada por un cuerpo gubernamental que alienta a los ciudadanos a discutir, evaluar políticas públicas o contribuir al diseño de proyectos. Reviste, por consiguiente, sustancia formal afincada en técnicas por las que la ciudadanía se involucra en el proceso decisor.

En contraste, el *citizen participation* se genera a iniciativa de la ciudadanía, propiciando una relación inversa en la que se reconoce a las bases de la sociedad su aptitud para promover iniciativas y acciones públicas al poder. Evidencia una naturaleza informal sin reglas de actuación pre establecidas, útiles para propiciar iniciativas locales pero insuficientes para conglobar a la ciudadanía en la definición de políticas públicas (en contextos institucionales, de distinta estructura jurídica, donde es requerida). Sus principales desafíos centran la utilidad del *engagement* para determinar qué es importante para los ciudadanos, persuadirlos a involucrarse activamente y suministrarles información suficiente para adoptar decisiones fundadas. En cambio, el principal desafío del *participation* es la movilización de suficiente apoyatura ciudadana orientada a implementar nuevas políticas públicas que requieran mayores niveles de legitimidad y concientización ciudadana (ciertamente, válido en contextos que requieren cimentadas justificaciones de toda propuesta de expansión de ejercicio de potestades estatales singulares o reglamentarias por las que, de alguna manera, se modulen el ejercicios de derechos de primer generación). Ejemplos frecuentes de *citizen engagement* se encuentran en los procedimientos prestablecidos como el presupuesto participativo. En cambio, la participación se basa en espontaneas iniciativas y peticiones de ciudadanos y vecinos de mayor utilidad en el nivel local pero de menor efectividad institucional en niveles superiores.

Cierto es que las variadas formas de participación desarrolladas – y acaso sustituidas unas por otras bajo la fugacidad de la vigencia de los dictados de la moda – se verifican en la actualidad a través de modalidades como ser el gobierno electrónico, el gobierno

¹¹ Ver: GARRIGUES, Julie. *What is the difference between citizen engagement and participation?* [S.l.], 11 fev. 2017. LinkedIn: Julie Garrigues. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/what-difference-between-citizen-engagement-julie-garrigues/>. Acceso en: 17 oct. 2023. Además, ver: RYAN, Caitlin. *Defining community engagement, public participation, civic engagement and more.* *Socialpinpoint*, 29 may 2023. Disponible en: <https://www.socialpinpoint.com/community-engagement-public-participation-civic-engagement-lets-define-these-terms/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

abierto¹², llegando a la fórmula de estado abierto dentro de las que convergen técnicas de parlamento abierto y justicia abierta¹³. A lo dicho cabe agregar la afinidad conceptual existente entre todos éstos mecanismos¹⁴ que queda expuesta en la estructura y justificación del modelo de Gobierno Abierto, acaso una de las técnicas más exitosas y recientes. Propongo abordarla seguidamente.

6.1. Gobierno abierto

Ésta noción cobró fuerza a partir de la labor que la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) realiza sobre gobernanza pública desde 2005 y que se ve reflejada en una extensa serie de documentos, informes generales y estudios sectoriales por región y país¹⁵. Define el gobierno abierto como “una cultura de gobierno centrada en el ciudadano, que utiliza herramientas, políticas y prácticas innovadoras y sostenibles para promover la transparencia, la capacidad de respuesta y la rendición de cuentas del gobierno para fomentar la participación de las partes interesadas en apoyo de la democracia y el crecimiento inclusivo”¹⁶. Se trata de una anhelada práctica asentada en la “transparencia en las acciones del gobierno, el acceso a la información y la receptividad gubernamental a las ideas, demandas y necesidades que plantean los gobernados” y se dice que “surge como un nuevo paradigma y modelo de relación entre los gobernantes, las administraciones y la sociedad: transparente, multidireccional, colaborativo y orientado a la participación de los ciudadanos tanto en el seguimiento como en la toma de decisiones públicas, a partir

¹² Ver: BIBLIOGUIAS-BIBLIOTECA DE LA CEPAL. Estado Abierto en América Latina y el Caribe. *¿Qué significa Estado Abierto?* [S.d.]. Disponible en: <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/acerca-del-estado-abierto>. Acceso en: 17 oct. 2023.

¹³ Ver: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁴ Ver: LLINARES, Javier. Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government. In: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián (coord.). *Gobierno abierto*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010. p. 51.

¹⁵ Ver: OECD. *Gobierno abierto en América Latina*. Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública. Paris: OECD Publishing, 2015. OECD. *Estudio de gobernanza pública de la OCDE Chile*. Informe: La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

¹⁶ Ver informe citado: OECD. *Estudio de gobernanza pública de la OCDE Chile*. Informe: La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente. Paris: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. p. 4.

de cuya plataforma o espacio de acción es posible catalizar, articular y crear valor público desde y más allá de las fronteras de la burocracias estatales”¹⁷.

Es decir, el gobierno abierto es “aquel que entabla una constante conversación con los ciudadanos con el fin de escuchar lo que ellos dicen y solicitan, que toma decisiones basadas en sus necesidades y teniendo en cuenta sus preferencias, que facilita la colaboración de los ciudadanos y funcionarios en el desarrollo de los servicios que presta, y que comunica todo lo que decide y hace de forma abierta y transparente”¹⁸.

Se parte de la premisa de que estamos en un momento en que la *intermediación*, que es lo que caracteriza a la democracia representativa, está desapareciendo y siendo sustituida por la *integración*, mediante la figura del *integrador* en el que la Administración ejercería la función de facilitador de procesos que debieran siendo progresivamente cumplidos por efectores ciudadanos en la medida en que la ciudadanía esté preparada para conseguir mejoras factibles y realizables sin necesitar la tutela del estado protector¹⁹.

Se elogia esta modalidad diciendo que “el Gobierno Abierto es una nueva forma de gestión pública”²⁰ y que presenta ante nosotros como un nuevo marco que debe impregnar todos los aspectos públicos. Se elogia al Gobierno Abierto ensalzándola como la matriz que articula todo el proceso de gestión pública. La planificación, el presupuesto, la ejecución, y el seguimiento y evaluación de políticas públicas deben estar basados en este nuevo paradigma²¹.

En todas estas prácticas los fundamentos que las sustentan reconducen al tantas veces declamado ideal de “un Estado transparente, que proporciona información sobre sus acciones, que pone a disposición sus fuentes y bases de datos y que publica sus planes y estrategias de desarrollo da contenido real a sus responsabilidades frente a la sociedad”

¹⁷ Ver: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

¹⁸ Ampliar en: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián (coord.). *Gobierno abierto*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

¹⁹ Cf.: LLINARES, Javier. Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government. In: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián (coord.). *Gobierno abierto*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

²⁰ Es así que el paradigma de gobierno abierto constituye un eje fundamental para cumplir con los Objetivos de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, cuyo objetivo consiste en configurar un nuevo marco de gobernanza pública y una renovada arquitectura estatal que permitan promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, facilitar el acceso a la justicia para todos y construir a todos los niveles instituciones eficaces, responsables e inclusivas que rindan cuentas”.

²¹ Cf.: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

unido a la aspiración de fomentar y promover “la rendición de cuentas ante la ciudadanía, una permanente vigilancia por parte de la sociedad y una mayor corresponsabilidad”²².

Resulta de interés que la visión dominante postule el desarrollo de este modelo a partir de cuatro principios fundamentales de largo asentamiento en nuestra cultura jurídica y administrativa, a saber:

- 1°) transparencia, en la que se contiene el acceso a la información,
- 2°) rendición de cuentas,
- 3°) colaboración y
- 4°) participación²³.

Ello se comprende debido a que una adecuada interrelación de estos principios dentro de un marco que les brinde efectividad es que puede permitirse el anhelado intercambio permanente entre gobierno y ciudadanía que postula éste modelo de inserción de las personas y sociedad civil en la gestión pública.

6.2. Tecnología, big data y open data

Es un dato de la realidad que el enorme poder de intercambio y transferencia en tiempo real que posibilita Internet y las TIC hacen que éstos modelos sean no solo posibles sino indispensables técnicas centrales de gestión, desarrollo y atención de necesidades colectivas. No es osado decir que la centralidad que durante el siglo pasado exhibió el servicio público hoy la titularice la tecnología. El poder tecnológico. Fenomenología respecto a la cual se formularon inferencias y aproximaciones al inicio de este trabajo, lo cierto es que resulta atinado detenerse a considerarla seriamente y más aún a las puertas de la verificación de un verdadero – y no menos duradero – tecnocentrismo. Se insistirá hasta el cansancio en que éste dato es central y nos pone de cara a un cambio de era y de reglas de juego.

²² Cf.: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. En simetría, ver: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián (coord.). *Gobierno abierto*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

²³ Ver: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 40.

Múltiples elementos verifican lo expuesto y solo a modo meramente enunciativo y como simple aproximación se formularan breves consideraciones. Así, en este punto es importante remarcar la importancia de la fenomenología del Big Data y el Open Data sobre la generación, selectividad, sistematización y análisis de los datos e información pública comprensiva de la actuación de los clásicos tres poderes formales. Es un componente insoslayable en todo desarrollo de mecanismos participativos, tanto en sus nuevos horizontes y también en los nuevos riesgos que se plantean. Una nueva centralidad.

Mediante la expresión ‘Big Data’ se busca aludir al fenómeno de generación de un gran cantidad de datos que no pueden ser procesados y administrados por los sistemas habituales. Propone un consecuente cambio de prácticas selectivas de datos e información, en donde se hace posible extraer información que no es evidente ni a simple vista ni con la información estructurada²⁴. Por esto es que se explica al Big Data como el conjunto de activos de información que se caracteriza por su alto volumen, velocidad y variedad, y que demandan soluciones innovadoras y eficientes de procesado para la mejora del conocimiento, la accesibilidad y la toma de decisiones²⁵. Y por Open Data se entiende una “estrategia de datos abiertos” que se considera “clave de éxito” de los Estados para poder identificar las principales demandas del ciudadano en un mundo cada vez más interconectado²⁶.

El Open Data se explica entonces como una de las formas de conectar el Big Data con la Administración: datos que pueden ser utilizados, procesados y distribuidos por cualquier persona de forma libre²⁷. La centralidad tecnológica la erige un sólido efector de poder.

Más allá de las ideas centrales que se han presentado desde el inicio de éste trabajo, entiendo de importancia analizar la irrupción que éstas técnicas y nociones producen

²⁴ Cf.: SÁNCHEZ BOCANEGRA, Carlos Luis; PÉREZ COSTA, Luis; GARCÍA MORENO, Carmen. ¿Big Data en la Administración Pública? *Enred@ 2.0* – Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía, [s.d.]. Disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

²⁵ Cf.: DOUGLAS, Laney. 3D data management: controlling data volume, velocity and variety. Citado por: AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina; COSTALES FERRER, Dévorah. Big data: una herramienta para la administración pública. *Ciencias de la Información*, n. 47, sep./dic. 2016. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181452084001>. Acceso en: 17 oct. 2023.

²⁶ Cf.: AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina; COSTALES FERRER, Dévorah. Big data: una herramienta para la administración pública. *Ciencias de la Información*, n. 47, sep./dic. 2016. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181452084001>. Acceso en: 17 oct. 2023.

²⁷ Cf.: SÁNCHEZ BOCANEGRA, Carlos Luis; PÉREZ COSTA, Luis; GARCÍA MORENO, Carmen. ¿Big Data en la Administración Pública? *Enred@ 2.0* – Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía, [s.d.]. Disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

sobre la gestión de la información pública y la participación porque las TICS están también poniendo en crisis la tradicional selección y suministro vertical de información pública considerada trascendente a partir de la argumentación de autoridad y porque el vehículo digital y tecnológico le confieren preminencia. Está posibilitando un abordaje más horizontal a partir de la democratización del proceso de detección, procesamiento y análisis de datos e información pública²⁸.

Puede señalarse que serán criterios de índole cualitativa y cuantitativa en su procesamiento por sus destinatarios – personas y efectores de la sociedad – los que permitirán progresivamente que sea la ciudadanía quien por propia decisión -o por inducción de los nuevos zares tecnológicos- se incorpore de forma activa mediante²⁹ en la definición de cuál producción, decisión o información pública – incluida la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales – revista trascendencia, cuál revista fuerza de convicción o de formación de precedente, o cuál criterio decisorio sea jerarquizado para alcanzar el tutelaje de los postulados de la confianza legítima³⁰.

No obstante, una idea general – sobre la que deseo insistir con énfasis – atraviesa toda esta temática, tal como advierte la citada doctrina especializada.

²⁸ Ampliar en: AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina; COSTALES FERRER, Dévorah. Big data: una herramienta para la administración pública. *Ciencias de la Información*, n. 47, sep./dic. 2016. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181452084001>. Acceso en: 17 oct. 2023.

²⁹ Ampliar en el citado trabajo de: SÁNCHEZ BOCANEGRA, Carlos Luis; PÉREZ COSTA, Luis; GARCÍA MORENO, Carmen. ¿Big Data en la Administración Pública? *Enred@ 2.0* – Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía, [s.d.]. Disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

³⁰ No obstante, para los citados autores Amoroso y Costales, la decisión y acción gubernamental sigue siendo decisiva. En el trabajo citado, señalan: “Ahora bien, el éxito de todos estos factores depende de dos elementos muy importantes: el acceso y publicación de la información como unto número uno, y de la presentación de los datos a los usuarios finales, es decir, los ciudadanos” (SÁNCHEZ BOCANEGRA, Carlos Luis; PÉREZ COSTA, Luis; GARCÍA MORENO, Carmen. ¿Big Data en la Administración Pública? *Enred@ 2.0* – Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía, [s.d.]. Disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>. Acceso en: 17 oct. 2023).

7. DESDE HABERMAS. RAZONES PARA UNA IRRUPCIÓN PARTICIPATIVA. FORTALEZAS, MANIPULACIÓN Y RIESGOS EN LA RED DE REDES

Podríamos observar, citando pasajes de una celebrada entrevista a Jürgen Habermas³¹ contrastada con la crítica contemporánea a su teorización³², que las de por

³¹ Cf.: HERMOSO, Borja. Jürgen Habermas: “¡Por Dios, nada de gobernantes filósofos!”. *El País*, 10 mayo 2018. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html. Acceso en: 17 oct. 2023. Uno de los aportes sustantivos realizados a las ciencias sociales por Jürgen Habermas ha sido comprender cómo los individuos procesan su experiencia social y política en la sociedad a partir de la acción comunicativa. En ese marco, se ha puesto en crisis el uso que hace de las categorías “esfera pública” y “política deliberativa”, las que le permitieron anclar políticamente la acción comunicativa y darle un contenido más sustantivo y público a la noción de consenso normativo. Ampliar en: Jaramillo Marín, Jefferson, El espacio de lo político en Habermas. Alcances y límites de las nociones de esfera pública y política deliberativa”, *jurid. Manizales (Colombia)*, 7(1): 55 - 73, enero-junio 2010. Explica: “A lo largo de su extensa obra, Jürgen Habermas ha intentado colocar los fundamentos normativos de una teoría social de gran alcance, que por un lado reformule y profundice una de las nociones centrales de la ciencia social como es la de racionalidad, y por otro avance en la consolidación de una teoría de la praxis comunicativa que sirva para explicar fenómenos como la integración social y sistémica [...] En su diagnóstico, la crisis de las sociedades actuales se explica por una hipertrofia en la complejidad funcional de los sistemas, en este caso la producida por los subsistemas económico y político, así como por sus imperativos sistémicos (el dinero y el poder), que terminan penetrando e instrumentalizando los contenidos del mundo de la vida, es decir, aquellos ámbitos de la sociedad que son dependientes constitutivamente de procesos y prácticas de entendimiento comunicativo; por ejemplo, la cultura y la educación. A ese complejo proceso, Habermas lo nombra mediante las metáforas de desacoplamiento entre sistema y mundo de la vida y colonización del mundo de la vida por el sistema [...] Habermas nos introduce en la discusión más interesante a nuestro juicio sobre el tema de la esfera pública y es que ésta representa hoy en las sociedad contemporáneas, una “red extraordinariamente compleja que se ramifica espacialmente en una pluralidad de espacios internacionales, nacionales, regionales, municipales y subculturales que se solapan unos con otros” [...] Su contribución radica, a mi juicio, en intentar trascender lo instrumental de la política liberal y lo dialógico-ético de la política republicana, acercándonos a un modelo que se apoya en “condiciones comunicativas”, bajo las cuales el proceso político tiene la “presunción de producir resultados racionales” [...]. el acento de lo político en Habermas está puesto en la noción de una democracia que se sustenta sobre acciones comunicativas deliberativas. Esto lo lleva a afirmar que la democracia es el marco procedimental para garantizar el desarrollo y expansión de la esfera pública, bien como espacio formal, bien como espacio informal. En la óptica de Habermas los movimientos sociales serían una expresión de esta red de esferas públicas, que desarrollarían su acción movilizadora dentro de marcos democráticos, aunque confronten la democracia misma. Aunque no lo hemos anotado aquí, los movimientos sociales para Habermas serían una expresión de la reacción de la sociedad ante el proceso creciente de colonización del mundo de la vida y, por ende, serían una forma también de mostrar hasta dónde las democracias, en tanto marcos deliberativos, favorecen la expansión, movilización, reacción de los públicos más avasallados por la historia”.

³² Ampliar en los trabajos recomendados por el Profesor Victor Castrelo: SALAS GONZALEZ, Daniel; CORCHO HERNÁNDEZ, David. Críticas a la teoría de la esfera pública de Jürgen Habermas. *Extraprensa*; Keane, John, Transformaciones estructurales de la esfera pública. *Estudios Sociológicos*, v. XV, n. 43, 1997; KOSELLEK, Reinhart. *Futuro pasado. Para una semántica de los tiempos históricos*. Barcelona: Paidós, 1993; SERVAIS, Christine. *Enunciación periodística y espacio público. ¿Una hegemonía plena de voces? Communication*, v.

sí frágiles estructuras de aquello que denomina “la esfera pública” están experimentando ahora un acelerado proceso de deterioro y transformación³³ y no tan solo su genial obra. Entre sus múltiples causas, en lo que nos interesa, señalamos el efecto fragmentador de internet que ha desplazado el papel de los medios de comunicación tradicionales y por ende el nuevo poder tecnológico ha sustituido al anterior así llamado “cuarto poder”.

La red, las redes han contribuido notablemente a diluir las métricas tradicionales que inspiraban los procesos de formación de opinión a partir del anterior núcleo integrado por formadores, medios y lectores formados o en proceso de formación interesados. Pero aún antes de que entrasen en juego estas tendencias centrífugas y atomizadoras de los nuevos medios, la desintegración de la esfera ciudadana ya había empezado con la mercantilización de la atención pública. Hoy en día ésta estructura ya no está intacta. Con ello cruje también la configuración clásica de la esfera pública que alumbró buena parte del reinado del paradigma habermasiano³⁴. Sin embargo, internet también ha posibilitado un medio efectivo y eficaz para construir un nuevo paradigma comunicacional público. Se puede acceder a información en tiempo real, se puede auscultar la opinión pública en segundos y, del mismo modo, abrir a la participación y deliberación instantánea sin fronteras a toda la población mundial – y solo a esos privilegiados – vinculada a la red. Se superaron las barreras fácticas que impedían la apertura pública y la participación del público.

32, n. 2, 2013; LÓPEZ, Matías David. Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural. *Encuentros*, Universidad Autónoma del Caribe, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, v. 14, n. 2, p. 141-157, jul./dic. 2016. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>. Acceso en: 17 oct. 2023.

³³ Ver: CASTRELO, Victor. La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales. *Inmediaciones de la Comunicación*, v. 13, n. 1, p. 71-87, 2018. Disponible en: <https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>. Acceso en: 17 oct. 2023. El autor aborda el impacto de internet y las redes sobre el requisito habermasiano espacial-dialógico constitutivo de su noción de esfera pública, debido a que muchas de las interacciones y participaciones en lo público se desarrollan en las redes virtuales. En lo que nos interesa, explica: “El concepto de esfera pública es controvertido y se encuentra en discusión permanente en el ámbito de la comunicación y de las ciencias sociales, sobre todo a partir de la aparición de las nuevas tecnologías digitales, las cuales dan por tierra con muchos de los límites –fundamentalmente los físicos– que la han definido [...] si algo caracteriza a la interacción en las nuevas plataformas digitales es la multiplicación de los intercambios y, con ello, la profundización de dinámicas no consensuales. Como nunca antes las redes sociales pusieron en la palestra un modo de intercambio asentado en las variadas formas de lo polémico: desde el cruce de opiniones hasta el agravio y la descalificación del interlocutor. Es por eso que seguir pensando en términos consensuales y situados, a la manera de Habermas, es un enorme obstáculo para dar cuenta del nuevo espacio público que se forjó a partir de la proliferación de las nuevas tecnologías”.

³⁴ Ver trabajo y autor citado. Explica: “gracias al vínculo entre redes virtuales y espacio público, terminan por reforzarse las propiedades de lo público: lo visible, lo común y lo abierto (Rabotnikoff, 2012). Esto deja la puerta abierta a miradas más optimistas respecto de los usos de las nuevas tecnologías. Lo anterior es algo que ya venía siendo señalado hace varios años en trabajos como el de Thompson (1998), en tiempos en que Internet recién estaba volviéndose masiva pero no ejercía el grado de influencia que ostenta en la actualidad”.

Personas, sociedad civil, “El Pueblo” – así nominado por nuestras constituciones originarias bajo el soplo del Romanticismo – ahora sí puede – aunque acaso muchas veces manipulado por influenciadores y empresas de contenidos integrantes de la constelación corporativa de los zares tecnológicos- materialmente deliberar y gobernar en tiempo real, bajo la mediación y la influencia condicionante de las tecnologías, en las redes sociales, allende los sesgos dialógicos, prescindente de métricas deliberativas y más allá de los clásicos ámbitos físicos y espaciales³⁵. El espacio de encuentro ya no es tanto físico sino preponderantemente virtual. Han desaparecido muchos de los limitantes territoriales y temporales y con ellos también se trastocan fuertemente los fundamentos de legitimidad de los principios de autoridad y jerarquía de los poderes tradicionales en tanto mediadores de la acción de gobierno y deliberativa situada. A las claras tenemos que aquel limitante prescripto –por caso- en el artículo 22 constitucional argentino – sintetizado en el *broccardo*: “el pueblo no delibera ni gobierna sino por medio de sus representantes – es hoy un anacronismo. Ha quedado fáctica, social, mediática y tecnológicamente superado³⁶.

Internet ya ha abierto millones de nichos culturales y subculturales útiles – e inútiles, pero todos ellos prestos a manipular conciencias – en los que es posible intercambiar información fiable y falsa – y no solo datos aislados o de dudosa génesis – junto con opiniones fundadas e infundadas. Internet nos convierte a todos en potenciales autores y nos sume a todos en el riesgo siempre vigente de la manipulación y el condicionamiento de opinión. Brinda un canal instantáneo de nuevas formas de ejercicio de las libertades de pensamiento y expresión, pero con su contracara de – las también – nuevas formas de, insisto, manipulación de opinión y conciencia³⁷.

Tal como se planteó al inicio de este trabajo, desde las ciencias sociales está largamente reconocido que la escena contemporánea está marcada por el trastocamiento integral de tecnología sobre las relaciones personales, sociales, económicas y políticas, operando una “ampliación del espacio público, generando nuevas formas de acción colectiva, desarrollando nuevas formas y espacios de enunciación pública”. “Una nueva esfera pública contemporánea, ampliada, ensanchada, robustecida y que prolifera en las redes virtuales, entendida además como el ámbito privilegiado de lo público-visible-común-po-

³⁵ Trabajo y autor citado. Explica: “Pensar la esfera pública ampliada –cuya producción y modos de habitarla están cada vez más ligados a redes sociales y plataformas digitales– como si todavía estuviéramos en los tiempos de los salones de café, la plaza pública o, incluso, en un espacio mediado exclusivamente por la prensa tradicional es un sinsentido”.

³⁶ Ver: DURÁN BARBA, Jaime; NIETO, Santiago. *La política en el Siglo XXI, arte, mito o ciencia*. Buenos Aires: Debate, 2017. p. 135 a 147.

³⁷ Ver: BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. La opinión pública en Habermas. *Análisis – Cuadernos de Comunicación y Cultura*, Barcelona, Universidad de Barcelona, n. 26, 2001. p. 68-69.

lítico-colectivo”. Se señala que “las redes virtuales confluyen como un nuevo espacio de intervención pública articuladas con – y dentro – del espacio urbano y la ciudad. De este modo, ambos espacios en sus cruces sirven para comprender el desarrollo contemporáneo de nuevas esferas públicas”³⁸.

Se trata, sin duda, de grandes beneficios de la comunicación con sus consiguientes desafíos y problemas acaso, principalmente, afincados en el hecho de que a pesar de la enorme potencialidad transformadora de internet sobre la representación y participación pública y política, verificamos que se trata de la primera revolución de los medios en la historia de la humanidad que sirve ante todo a fines económicos y no culturales porque sus numerosos actores parecieran centrados en la explotación económica del perfil privado de los usuarios y en la manipulación cultural, social y política de sus preferencias. Se roban los datos de las personas para manipularlos mejor comercial y cívicamente. Ahora, en lo que nos interesa, se verifica un fenómeno capital importancia para dimensionar los cauces y potencialidad de la participación en la actualidad y de cara al futuro cercano y, acaso también, con especial incidencia para derogar los cánones representativos tradicionales.

Asistimos a una nueva forma, más sutil, más “líquida” – parafraseando a Bauman – de construcción y demolición rápida e informal de colectivos en las redes que reviste enorme impacto, donde la otrora *acción colectiva* es sustituida por la *acción conectiva*³⁹.

³⁸ Cf.: LÓPEZ, Matías David. Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural. *Encuentros*, Universidad Autónoma del Caribe, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, v. 14, n. 2, p. 141-157, jul./dic. 2016. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>. Acceso en: 17 oct. 2023.

³⁹ Ver, CASTRELO, Victor. La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales. *Inmediaciones de la Comunicación*, v. 13, n. 1, p. 71-87, 2018. Disponible en: <https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>. Acceso en: 17 oct. 2023. p. 81. Explica: “La acción colectiva, a la par que la esfera pública, también ha mutado en cuanto a sus repertorios y sus modalidades de organización [...] En ese sentido, un fenómeno resultante de la proliferación de lo virtual en detrimento de lo personal-situado tiene que ver con la mayor flexibilidad de los lazos grupales que se construyen. Diversos movimientos de protesta se forjaron al calor de las nuevas tecnologías [...] Todos estos grupos o movimientos tienen en común que basaron su estrategia organizacional en los recursos que provee el mundo digital. De allí el peso actual de las plataformas, al punto que algunos autores, como Bennett (2012), proponen dejar de caracterizar a estas movilizaciones como formas de acción colectiva para pasar a etiquetarlas como tipos de acción conectiva. La lógica bajo la que opera la acción conectiva supone que la gente todavía puede unirse a las acciones en gran número, pero la referencia de identidad no se deriva a través de grupos comunes o identificación ideológica, por lo cual los lazos que se forjan tienen un carácter más flexible y volátil, mientras que los requisitos para formar parte de ellos son menos estrictos en términos identitarios y de afiliación. Sin embargo, la acción colectiva convencional exige que las personas tomen decisiones más difíciles y adopten identidades sociales más estables, las acciones digitales en red basadas sobre marcos de acción personal organizados alrededor de las tecnologías sociales son más laxas, por lo tanto, permiten una mayor amplitud de su base social. La propagación de las identidades colectivas requiere más educación, presión o socialización; que a su vez exige

Este fenómeno se refuerza mediante la inducción sutil de opinión mediante la construcción de *influenciadores* que operan sobre cada uno de los perfiles homogeneizando respuestas – no, producto del pensamiento sino de la manipulación – y condicionando las elecciones y toma de decisiones masivas de personas mediante nuevas formas de construcción – y concentración – del poder de la información y ocupación – o colonización – del espacio virtual y físico⁴⁰.

Hoy, la formación de opinión se centra, además y principalmente, en la difusión de extractos de contenidos de captación instantánea. Ya no discurre tanto en la prensa y los medios masivos y menos aún en medios intelectualizados⁴¹.

mayores exigencias de organización y recursos, obstáculos todos estos de los que están exentos las movilizaciones de acción conectiva, cuyos rasgos distintivos son la autoorganización, la prescindencia de centros y liderazgos claros, la horizontalidad y, obviamente, la utilización de tecnologías como eje organizacional clave”.

⁴⁰ Ver: LÓPEZ, Matías David. Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural. *Encuentros*, Universidad Autónoma del Caribe, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, v. 14, n. 2, p. 141-157, jul./dic. 2016. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>. Acceso en: 17 oct. 2023: Una configuración de lo público-urbano-virtual que abre un potencial para la constitución de un nuevo tipo de esfera pública. Pero implica además desplazarse críticamente de las visiones “heroicas” de finales del siglo XX que plantean con entusiasmo la ampliación de la libertad por los usos de la web; ya que actualmente podemos corroborar que no se ha producido una distribución equitativa -aquella “capacidad para distribuir el poder de la información por todos los ámbitos de la actividad humana” que planteaba Castells (2001, p.15)- sino que se ha fortalecido su reverso (...).De este modo, como forma tendencial y observando también el refuerzo de dinámicas de concentración en internet, consideramos que una nueva esfera pública se estaría gestando a partir de la confluencia entre los actuales dispositivos digital-tecnológicos y las formas contemporáneas de habitar el espacio público (tanto urbano como virtual), que contribuyen a generar procesos de subjetivación ligados a otros modos de producción y circulación cultural, que potencialmente pueden generar acciones políticas transformadoras”.

⁴¹ Ver: DURÁN BARBA, Jaime; NIETO, Santiago. *La política en el Siglo XXI, arte, mito o ciencia*. Buenos Aires: Debate, 2017. Exquisito en inferencias, resultan de interés sus abordajes, si bien con sus comprensibles autoimpuestas limitaciones de alcances en sus análisis –que razonablemente les impide un abordaje de mayor profundidad de ésta fenomenología- dadas las circunstancias públicas y notorias de su desempeño profesional en el máximo nivel de la comunicación pública y política de estos años. Prescriben los autores: “Con la evolución de la tecnología se hizo inútil romper impresas y se hizo más difícil controlar la opinión pública, porque al aparecer las radiodifusoras y los canales de televisión se multiplicó la cantidad de emisores de los mensajes. En la última década, con los medios electrónicos, los emisores se multiplicaron al infinito. Prácticamente todas las personas reciben y emiten mensajes. Se provocó un torbellino de intercambios y la opinión pública se convirtió en algo que nadie puede controlar, ni manipular, ni destruir. Pertenece a millones de personas que ni siquiera se conocen entre sí, no tienen ni quieren tener ningún plan conspirativo y difunden contenidos que se transmiten sin censura. Las radios, los periódicos y la televisión producen cierta información que, mezclada con las visiones individuales y las experiencias cotidianas de millones de personas, se comunica a través de un número infinito de mensajes, fotos, frases, conversaciones personales y herramientas de todo tipo” (p. 135).

8. LOS DERECHOS EN ESPERA

Insisto en que el problema común que atraviesa a todas éstas técnicas en especial y a la participación en general es su ineffectividad producto de no resultar ni tratadas ni especificadas como derechos operativos. Se los declama como una gran formulación, como un derecho en general, componente del derecho a la buena administración. Pero sin embargo, a la hora de la operatividad y del derecho cotidiano, resulta que, paradójicamente, no revisten sustantividad y operatividad plena. Además, no son pensadas éstas técnicas desde los derechos. Siguen sin ser suficientemente percibidas como derechos y solo parecieran formularse como principios programáticos condicionados por la voluntad del legislador para especificarlos en normas positivas y del administrador para definir cuándo utilizarlas en concreto.

La discusión debiera reorientarse a discutir estas modalidades dentro de una visión clara del contexto actual en el que se inscriben. Por caso, la del gobierno abierto, desde el sistema de los derechos – con las limitantes actuales dentro del actual contexto *tecnocentrista* – para así definir si estamos o no en presencia de nuevos derechos o de derechos emergentes, definir sus contenidos, estructura, atributos, alcances y niveles de operatividad. Luego, traducir tales aspiraciones en especificación de un concreto cuadro sistemático que conecte a estos derechos a los apuntados principios, vinculándolos asimismo entre sí, los interrelacionen a las concretas técnicas e instancias de los procedimientos administrativos generales y particulares, abran a una eficaz significancia de su valía en tanto derechos y los tornen exigibles y demandables frente al caso concreto.

Vemos que una inabarcable cantidad de técnicas participativas y consecuentes categorizaciones conceptuales se plantean y se formulan desde distintas concepciones –unos, reafirmando la democracia representativa y otros postulando su abdicación por fórmulas deliberativas o participativas, ciertamente, inscriptas dentro de las métricas tradicionales de organización y funcionamiento estatal, desde el estadocentrismo. A lo sumo, desde el mercadocentrismo que imperó desde finales de los ochenta hasta principios de éste siglo. En casi ningún caso se piensa dentro de la nueva realidad actual.

Ahora bien, aún bajo éstos reparos corresponde decir que las fórmulas deliberativas y participativas son las que, en mi opinión, revisten mayor trascendencia jurídica. Al permitirse teorizar la participación a partir de la crisis de la representatividad⁴², como un paso de la democracia representativa cerrada hacia una abierta o incluso participativa y

⁴² Ampliar en obra y autores citados: GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADII, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. p. 183 y ss.

dentro de un contexto digital, cómo un derecho y desde el sistema de derechos, se profundizan y se expanden sus fundamentos de legitimidad con posibilidad de plantear un mayor y mejor desarrollo de sus técnicas de actuación y de las consecuentes garantías procesales que permitan efectivizarla. Pero no obstante todo ello tenemos que en todos los casos se discute desde el contexto anterior en el que nos movíamos y desde el que pensábamos éstas novedades. En muy pocos – o casi en ningún caso – se piensa desde el actual contexto, insisto, de sustancia *tecnocentrista*.

No obstante, se converge en la idea de que un Estado transparente, que proporciona información sobre sus acciones, que pone a disposición sus fuentes y bases de datos, que publica sus planes y estrategias de desarrollo, que aúna a los distintos sectores junto con las personas y los efectores sociales y de la sociedad civil dentro de un vehículo tecnológico de participación real mediante la sustancia “presencial-digital” – da contenido real a sus responsabilidades frente a la sociedad y apunta a enderezarse de cara a un intento de buena administración. Además, ello fomenta y promueve la rendición de cuentas ante la ciudadanía, una permanente vigilancia por parte de la sociedad y una mayor corresponsabilidad⁴³, todo lo cual se corresponde con el señalado enfoque holístico al que propende la formulación totalizadora del derecho a la buena administración.

Esto es de importancia porque sin tales atributos, la participación no es posible en la concepción actual. Porque se la concibe como una condición habilitante. Precisamente, porque campea la ideación de que un gobierno participativo promueve el derecho de la ciudadanía, de las personas y de los distintos estamentos, a ser parte central en la formulación e implementación de las políticas y a facilitar el camino para que la administración pública o quien la sustituya en la real atención de las necesidades colectivas se beneficie del conocimiento, las ideas y la experiencia de los ciudadanos. Y que ello se realiza mediante la optimización de los espacios presenciales- digitales de encuentro y diálogo que favorezcan el protagonismo, el involucramiento y la deliberación de los ciudadanos en los asuntos públicos⁴⁴.

⁴³ Ampliar en obra citada: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 21.

⁴⁴ Ver: obra y autores citados: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 22.

La concepción dominante explica y fundamenta al gobierno abierto y la participación de forma entrelazada pero como una iniciativa estatal modulada y estructurada por quienes ejercen y titularizan al *poder tecnológico*. Como un espacio que concede el poder real⁴⁵.

Esta observación atañe a un aspecto central que se critica largamente para proponer un paso adelante en la operatividad de los derechos de participación, en serio y como derechos componentes del derecho a la buena administración. Porque, tal como sostiene otra corriente, participar no es solo colaborar, ni opinar sobre una determinada actuación. Participar supone una determinada actuación. Participar supone un plus de voluntad de intervención, un sentimiento de pertenencia colectivo, a una ciudad⁴⁶.

Es decir, la participación ciudadana como instrumento de promoción del cambio mediante la *irrupción* por propia decisión de las personas y la sociedad civil – llámese de los ciudadanos descontentos – dentro del sistema de poder – y no a partir de la *inclusión* que el sistema de poder les conceda – en busca de ampliar su esfera democrática, a partir de las potencialidades que les otorgan los derechos de participación reconocidos en el plano convencional y constitucional.

Como señala un sector de la doctrina, en las sociedades complejas la participación persigue hacer que los habitantes de un lugar sean, cada vez más sujetos sociales con

⁴⁵ Obra y autores citados: NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023. p. 22. Enfatizan que “se trata entonces de una nueva forma de gobernar para, con y a través de los ciudadanos, que fortalece precisamente esa nueva ecuación entre el Estado, el mercado y la sociedad”.

⁴⁶ Cf.: GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADII, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. p. 186 y ss. Señalan los autores: “la participación ciudadana nos indica la “temperatura” democrática de una sociedad en una situación concreta. La participación ciudadana es la relación de los vecinos/ciudadanos con los poderes públicos, relación que les permite controlar el ejercicio del poder por sus representantes, con el fin de impedir, o al menos limitar, los posibles errores, excesos y arbitrariedades que éstos o sus delegados cometan en ese ejercicio, promover el ajuste del ejercicio del poder a sus intereses y hacer llegar sus demandas y reivindicaciones al poder poniendo los medios a su alcance para que sean satisfechas [...] Es por ello que pese al impacto de los canales diseñados por los poderes públicos, no puede olvidar la importancia de la vida asociativa en las ciudades y sus posibilidades, que pueden ir más allá de una participación limitada a la emisión de opiniones al respecto a las actuaciones administrativas”. Con cita a: SANCHEZ TORRADO, Santiago. *Ciudadanía sin fronteras*. Madrid: Desclee De Brouwer, 1993; ALBERICH NISTAL, Tomás; ESPADAS ALCÁZAR, María Angeles. Democracia, participación ciudadana y funciones del trabajo social. Trabajo Social Global. *Revista de Investigaciones en Intervención Social*, v. 4, n. 6, p. 3-30, 2014.

capacidad para transformar el medio en que viven y con capacidad de control sobre los órganos políticos y administrativos⁴⁷.

Por eso es que unido a tales atributos es que encontramos a los mecanismos participativos como herramienta central de concreción de tales finalidades. Erigida como un fenómeno sociopolítico encarnado en los diversos efectores sociales que reclaman un espacio de intervención en la esfera pública con un propósito democratizador para la gestión de los asuntos públicos. Cuestión que se complejiza notablemente con la expansión de la participación determinada por la multiplicación de actores sociales que progresivamente han reclamado su espacio de intervención en el espacio público⁴⁸.

9. EL DERECHO A TENER DERECHOS

Bajo el hábito de la clásica formulación de Hannah Arendt, mi posición entonces es que no alcanza con el solo reconocimiento de la participación como un principio cardinal humanitario, constitucional o legal de ordenación de las estructuras o de los procedimientos. Tampoco alcanza con jerarquizar el derecho de participación al sitial de derechos fundamentales mediante una formulación abstracta y totalizadora o como un derecho componente al derecho a la buena administración.

La efectividad de la participación depende de que ésta resulte especificada como principio y como derecho pero principalmente proyectado en la centralidad de las técnicas de actuación administrativa efectivas, producidas en tiempo real. Requiere, en concreto y para la cotidianeidad de la administración ordinaria y diaria, que los institutos cardinales del procedimiento administrativo y de la teoría del acto administrativo se vean realmente

⁴⁷ Ampliar en obra y autores citados: GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADII, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023. Señalan que “la participación ciudadana existe cuando hay sociedades inteligentes, cuando hay ciudadanía fortalecida, cuando se generan conflictos que efectivamente la ciudadanía logra o gana la posibilidad efectiva de participar. La participación ciudadana, surge como una respuesta a la ineficiencia de las administraciones para resolver los problemas que se plantean desde el ámbito social (Bolos, 2001). Según Correa (1998), la participación ciudadana se levanta como un factor estratégico que puede afianzar la gobernabilidad y la democracia”.

⁴⁸ Ampliar en: PNUD. *Participación ciudadana y gobernanza ambiental*. Proyecto 89477. 2018. Disponible en: <https://www.undp.org/es/mexico/projects/participacion-ciudadana-y-gobernanza-ambiental>. Acceso en: 17 oct. 2023.

transformados en concreto por la aplicación específica de la participación en cada una de sus fases y elementos esenciales.

De allí que en tanto el derecho positivo no especifique a la participación como un elemento del acto administrativo integrándola a sus formas esenciales, en tanto no se la inscriba como un inexcusable debido procedimiento previo, en tanto no opere la apertura de las estrechas categorías de legitimación procedimental administrativa posibilitando la tutela administrativa efectiva de los derechos e intereses colectivos que la participación exige dirimir en sede administrativa y en tanto no se permita la evolución de la tradicional estructura procesal bilateral clásica hacia un procedimiento administrativo de sustancia plurilateral – en tanto ello nada ocurra – la participación seguirá quedando relegada a un genérico e incomprensible catálogo de piadosas intenciones. Y lo propio acontece con nuestro derecho a la buena administración. En tanto no revista operatividad directa y no se lo interconecte a nuestros atributos operacionales tecnológicos y a nuestras normas procedimentales administrativas ciertas y concretas, seguirá siendo una formulación abstracta y totalizadora. El enfoque holístico morirá en las alturas de las proposiciones teóricas.

Recordemos que, tal como he tratado en otra oportunidad, tiene dicho el Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos en su informe anual del año 2014 que “el derecho a participar es un derecho humano fundamental por sí mismo y un derecho que permite el pleno ejercicio de muchos otros derechos humanos y que el concepto de participación en la vida pública y política evoluciona abarcando en la actualidad el derecho a ser consultado y a tener las mismas oportunidades efectivas de participar en los procesos de toma de decisiones sobre todas las cuestiones de interés público”, reconociendo que la denegación del derecho a participar “debe poder recurrirse judicialmente y se debe disponer de recursos apropiados si se ha violado ese derecho. La adopción de un marco jurídico que incluya el derecho explícito de las personas y los grupos a participar en la elaboración, aplicación y evaluación de las políticas, los programas y las estrategias que afectan a sus derechos es la forma más propicia de lograr la plena efectividad”. Y que finalmente “La participación aumenta y el sistema se fortalece cuando las decisiones importantes se pueden debatir”.

Todo lo dicho, en mi opinión verifica que los principales núcleos de transformación concreta que debieran operarse para lograr la plena efectividad de las condiciones que posibiliten un derecho a la buena administración y una participación cierta y concreta como derecho componente, deben poner su acento en la transformación del procedimiento administrativo en la comprensión del nuevo contexto digital en el que se exterioriza el nuevo orden tecnocentrista.

Siendo así, debemos todos comprender que, además, éste nuevo contexto aperturista en el que se presentan los nuevos efectores del poder de cara a la sociedad civil, requiere el esfuerzo y la mediación de todos. Requiere una mayor inmediación en tiempo real. Más aún si visualizamos que el exponencial desarrollo de las tecnologías de la información han removido todo obstáculo a la compulsión efectiva en tiempo real de los sectores involucrados en las decisiones. Han abierto el camino a un nuevo orden y han consolidado un nuevo modelo de poder. La tecnología hoy posibilita concretar una participación real, cierta, instantánea, cuantificable que, además y principalmente, dejan en el pasado a los tradicionales instrumentos de intercambio epistolar escrito y hacen posible actualmente éstos nuevos desarrollos.

Como dije en otra oportunidad, el cariz finalista de la participación proyectada a un nuevo procedimiento administrativo digital e innovador posibilita la superación de la deslegitimada percepción del procedimiento administrativo como *ritualismo inútil* y su reconfiguración en *instancia efectiva* que posibilite superar la estructura bilateral tradicional, de concepción “adversarial” del conflicto sustituyéndolo por una “concepción dialógica” de gestión de los intereses públicos – de sesgo negocial – en la que la participación junto a los mecanismos alternativos de gestión de controversias tales como la negociación y la conciliación administrativa están llamados a ocupar su lugar en el nuevo modelo de gestión de las decisiones y de estructuración del poder. Insisto en que la proyección del principio participativo sobre el procedimiento administrativo – como único medio de lograr la efectividad real del derecho a la buena administración – debe permitir superar su tradicional estructura bilateral de cuño procesal privatista asentado sobre la dicotómica relación adjetiva actor-demandado tributaria de la relación jurídica sustancial privada acreedor-deudor⁴⁹.

La participación nos propone avanzar hacia una concepción negocial – dialógica, facilitadora de instancias de real acercamiento entre Poder Real, Poder Formal, Sociedad Civil y Sectores sociales, desarrollando cauces procesales que posibiliten una gestión plurilateral de los intereses públicos a partir de una gestión deliberativa. Sin ello, no hay posibilidad cierta de operativizar al derecho a la buena administración. Además, porque permite también superar los clásicos parámetros democrático-representativos, exteriorizados en los criterios de mayorías y minorías, propiciando atender en su medida y por igual a todas las partes interesadas.

Porque de lo que se trata es de construir procedimientos más abiertos y amigables, más democráticos y principalmente inclusivos, porque se parte de una premisa dentro del

⁴⁹ Nótese que el procedimiento administrativo, en su sustancia, resultó estructurado bajo las mismas técnicas de defensa y contradicción propias del proceso judicial – las que adoptó casi sin cortapisas sin prever atributos de acercamiento, conjugación o articulación de intereses.

nuevo orden digital: la regla de la mayoría no garantiza más, necesariamente, la imparcialidad de la decisión. Porque transformarlo a la altura de las justas exigencias de una sociedad democrática presupone, en mi opinión, propiciar que dejemos de pensar los derechos desde el poder y, en cambio, podamos seguir pensando al poder desde los derechos. Mediante espacios abiertos a la democratización de las decisiones. Ese es mi anhelo. Mi utopía. Que así sea.

REFERENCIAS

ALBERICH NISTAL, Tomás; ESPADAS ALCÁZAR, María Angeles. Democracia, participación ciudadana y funciones del trabajo social. Trabajo Social Global. *Revista de Investigaciones en Intervención Social*, v. 4, n. 6, p. 3-30, 2014.

AMOROSO FERNÁNDEZ, Yarina; COSTALES FERRER, Déborah. Big data: una herramienta para la administración pública. *Ciencias de la Información*, n. 47, sep./dic. 2016. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=181452084001>. Acceso en: 17 oct. 2023.

BIBLIOGUIAS-BIBLIOTECA DE LA CEPAL. Estado Abierto en América Latina y el Caribe. *¿Qué significa Estado Abierto?* [S.d.]. Disponible en: <https://biblioguias.cepal.org/EstadoAbierto/acerca-del-estado-abierto>. Acceso en: 17 oct. 2023.

BOLADERAS CUCURELLA, Margarita. La opinión pública en Habermas. *Análisis – Cuadernos de Comunicación y Cultura*, Barcelona, Universidad de Barcelona, n. 26, 2001.

CABRERO MENDOZA, Enrique (coord.). *Políticas públicas municipales: una agenda en construcción*. México: CIDE; Miguel Ángel Porrúa, 2003.

CASTRELO, Victor. La esfera pública habermasiana. Su obsolescencia en tiempos de nuevas plataformas digitales. *Inmediaciones de la Comunicación*, v. 13, n. 1, p. 71-87, 2018. Disponible en: <https://revistas.ort.edu.uy/inmediaciones-de-la-comunicacion>. Acceso en: 17 oct. 2023.

CUNILL, Nuria. *Participación ciudadana: dilemas y perspectivas para la democratización de los Estados Latinoamericanos*. Caracas: CLAD, 1991.

DURÁN BARBA, Jaime; NIETO, Santiago. *La política en el Siglo XXI, arte, mito o ciencia*. Buenos Aires: Debate, 2017.

GARRIGUES, Julie. *What is the difference between citizen engagement and participation?* [S.I.], 11 feb. 2017. LinkedIn: Julie Garrigues. Disponible en: <https://www.linkedin.com/pulse/what-difference-between-citizen-engagement-julie-garrigues/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

GUILLEN, Amalia; SÁENZ, Karla; BADIL, Mohammad; CASTILLO, Jorge. Origen, espacio y niveles de participación ciudadana. *Daena: International Journal of Good Conscience*, v. 4, n. 1, p. 179-193, mar. 2009. Disponible en: <https://www.spentamexico.org/v4-n1/4%281%29%20179-193.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

HERMOSO, Borja. Jürgen Habermas: “¡Por Dios, nada de gobernantes filósofos!”. *El País*, 10 mayo 2018. Disponible en: https://elpais.com/elpais/2018/04/25/eps/1524679056_056165.html. Acceso en: 17 oct. 2023.

HERNÁNDEZ BONILLA, Manuel. Participación ciudadana y el rescate de la ciudad. *Revista INVI*, v. 22, n. 59, p. 13-34, mayo 2007. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/258/25805902.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

KOSELLEK, Reinhart. *Futuro pasado*. Para una semántica de los tiempos históricos. Barcelona: Paidós, 1993.

KUGEL, James. Kings, Think Twice! *Weekly Torah Reading*, Shofetim, 14 aug. 2021. Disponible en: <https://www.jameskugel.com/weekly-torah-reading-shofetim>. Acceso en: 16 oct. 2023.

LLINARES, Javier. Las 10 claves para entender la colaboración en el Modelo Open Government. In: CALDERÓN, César; LORENZO, Sebastián (coord.). *Gobierno abierto*. Buenos Aires: Capital Intelectual, 2010.

LÓPEZ, Matías David. Aproximación a la esfera pública contemporánea: habilitaciones desde la producción cultural. *Encuentros*, Universidad Autónoma del Caribe, Facultad de Ciencias Sociales y Humanas, v. 14, n. 2, p. 141-157, jul./dic. 2016. Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/55023>. Acceso en: 17 oct. 2023.

MODERNÉ, Frank. El resurgimiento de los procedimientos de democracia semidirecta en los regímenes presidencialistas de América Latina. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, n. 6, p. 339-359, 2002.

NASER, Alejandra; RAMÍREZ-ALUJAS, Álvaro; ROSALES, Daniela (ed.). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: CEPAL, 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/44769-gobierno-abierto-al-estado-abierto-america-latina-caribe>. Acceso en: 15 oct. 2023.

OECD. *Gobierno abierto en América Latina*. Estudios de la OCDE sobre gobernanza pública. París: OECD Publishing, 2015.

OECD. *Estudio de gobernanza pública de la OCDE Chile*. Informe: La Participación Ciudadana en el Proceso Constituyente. París: OECD Publishing, 2017. Disponible en: <https://www.oecd.org/gov/Chile-PG-Scan-SPA.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

ONU. Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. Instituciones Públicas y Gobierno Digital. *Involucramiento ciudadano*. [S.d.]. Disponible en: <https://publicadministration.un.org/es/eparticipation>. Acceso en: 17 oct. 2023.

PNUD. *Participación ciudadana y gobernanza ambiental*. Proyecto 89477. 2018. Disponible en: <https://www.undp.org/es/mexico/projects/participaci%C3%B3n-ciudadana-y-gobernanza-ambiental>. Acceso en: 17 oct. 2023.

RYAN, Caitlin. Defining community engagement, public participation, civic engagement and more. *Socialpinpoint*, 29 may 2023. Disponible en: <https://www.socialpinpoint.com/community-engagement-public-participation-civic-engagement-lets-define-these-terms/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

SALAS GONZALEZ, Daniel; CORCHO HERNÁNDEZ, David. Críticas a la teoría de la esfera pública de Jürgen Habermas. *Extraprensa*; Keane, John, Transformaciones estructurales de la esfera pública. *Estudios Sociológicos*, v. XV, n. 43, 1997.

SÁNCHEZ BOCANEGRA, Carlos Luis; PÉREZ COSTA, Luis; GARCÍA MORENO, Carmen. ¿Big Data en la Administración Pública? *Enred@ 2.0* – Revista digital por y para empleados de la junta de Andalucía, [s.d.]. Disponible en: <https://ws168.juntadeandalucia.es/iaap/revista/2018/10/21/big-data-en-la-administracion-publica/>. Acceso en: 17 oct. 2023.

SANCHEZ TORRADO, Santiago. *Ciudadanía sin fronteras*. Madrid: Desclee De Brouwer, 1993.

SERVAIS, Christine. Enunciación periodística y espacio público. ¿Una hegemonía plena de voces? *Communication*, v. 32, n. 2, 2013.



O PODER LEGISLATIVO CONTRA OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E O PAPEL DA ADMINISTRAÇÃO ELEITORAL NA GARANTIA DE UMA DEMOCRACIA INCLUSIVA: UM ESTUDO SOBRE A PEC 9/2023

Eneida Desiree Salgado¹

SUMÁRIO

1. Os fundamentos constitucionais e a leitura adequada do princípio da igualdade;
2. A Proposta de Emenda à Constituição n. 9, de 2023; 3. A Emenda Constitucional n. 117/2022; 4. As evidentes falhas da Proposta de Emenda à Constituição n. 9, de 2023;
5. Por uma leitura constitucionalmente adequada das regras eleitorais e o papel da autoridade eleitoral; Referências.

1. OS FUNDAMENTOS CONSTITUCIONAIS E A LEITURA ADEQUADA DO PRINCÍPIO DA IGUALDADE

Uma democracia exige a participação de todas as pessoas na elaboração, na adjudicação e na aplicação do Direito². Trata-se de uma demanda derivada de uma con-

¹ Doutora em Direito do Estado. Professora de Direito Constitucional e Direito Eleitoral da Universidade Federal do Paraná. Pesquisadora líder do Núcleo de Investigações Constitucionais. Coordenadora do Política Por/De/Para Mulheres.

² BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do poder do “povo”. *Revista Interesse Público* – IP, ano 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019.

cepção democrática para além da perspectiva liberal, que incorpora elementos de inclusividade, de consideração de diferentes visões de mundo na construção do ordenamento jurídico.

Essa é a exigência da Constituição, projeto edificado em 1988, que impõe a reversão das desigualdades históricas vivenciadas no Brasil para que seja possível experienciar uma democracia justa, igualitária e solidária. Uma promessa que se faz realidade por meio de ações afirmativas e na força normativa do texto constitucional sob uma hermenêutica inclusiva.

São medidas reparadoras, como a definição de cotas de gênero de candidaturas dos partidos políticos nas eleições e na divisão dos recursos públicos de fomento à atividade política, que permitem a transição de uma igualdade meramente formal para uma igualdade material e substantiva, sob a crença de que esse parâmetro filosófico-jurídico deve se amoldar ao respeito da diferença em um projeto democrático³.

Esse giro de reconhecimento de sujeitos subalternos implica na própria transformação do ponto de vista do Direito, para o olhar desse sujeito, o que implica observar o Direito como uma ferramenta de transformação social sob uma consciência múltipla⁴. Uma visão que não mais invisibiliza as relações de gênero, raça, classe, idade e outras que demarcam a diferença daquelas pessoas que são os destinatários do pensamento e normas jurídicas, mas apenas raramente as protagonistas de sua fabricação⁵.

No entanto, o cenário eleitoral brasileiro se encontra frequentemente imerso em propostas legislativas que avançam rumo ao retrocesso, buscando esvaziar os comandos constitucionais em nome da defesa de uma leitura ultrapassada e retrospectiva do princípio da igualdade e da democracia. Um exemplo disso é a Proposta de Emenda à Constituição n. 9, de 2023.

³ PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 55-43, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2023. p. 49.

⁴ MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: Ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 393-421, set./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 17 out. 2023.

⁵ LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 239-249.

2. A PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 9, DE 2023

A Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 9, de 2023⁶, apresentada pelo deputado Paulo Magalhães (PSD-BA), busca modificar a Emenda Constitucional (EC) n. 117, de 5 de abril de 2022, “quanto à aplicação de sanções aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições, bem como nas prestações de contas anuais e eleitorais”.

A proposta traz como justificativa “esclarece[r] eventual entendimento divergente que potencialmente pode surgir a partir do texto original”. Para o autor, haveria dúvida quanto ao marco inicial da imposição de medida sancionatória em face do não cumprimento do imposto pela Emenda Constitucional n. 117/2022, considerando o art. 16 da Constituição, que impõe o princípio da anterioridade eleitoral. Afirma o deputado que:

muitos dos entes partidários tiveram dificuldade em se ajustar ao novo comando constitucional, em decorrência da inexistência de outra regra que apresentasse as balizas ou uma maior elucidação sobre a matéria pertinente à distribuição das referidas cotas. Não se sabia ao certo, em meio ao processo eleitoral, se a contagem da regra teria sua abrangência federal ou se deveria ser cumprida pelos partidos em âmbito nacional. Muitos partidos, agindo de boa-fé e com o maior esforço para que as regras fossem cumpridas, se viram inadequados após o período eleitoral, em virtude de muitas alterações de registro de candidatura em todo o país.

Ainda, a proposta pretende autorizar os partidos políticos a arrecadarem recursos de pessoas jurídicas “para quitar dívidas com fornecedores contraídas ou assumidas até agosto de 2015”, data do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4650 pelo Supremo Tribunal Federal (STF).

⁶ Art. 1º A Emenda Constitucional n. 117, de 5 de abril de 2022 passa a vigorar com as seguintes alterações: “Art. 3º Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução e recolhimento de valores, multa ou suspensão do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça nas eleições de 2022 e anteriores”. (NR)
“Art. 4º Não incidirão sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução e recolhimento de valores, multa ou suspensão do Fundo Partidário e do Fundo Especial de Financiamento de Campanha, nas prestações de contas de exercício financeiro e eleitorais dos partidos políticos que se derem anteriormente a promulgação desta alteração de Emenda Constitucional”. (NR)
“Art. 5º Fica permitida a arrecadação de recursos de pessoas jurídicas por partido político, em qualquer instância, para quitar dívidas com fornecedores contraídas ou assumidas até agosto de 2015”.

A proposta de emenda obteve o apoio de parlamentares em número suficiente para tramitar, reunindo 184 assinaturas. Apresentada no dia 21 de março de 2023, é sucedida por 16 requerimentos de retirada de assinaturas, indicando erro material. Há registro de indeferimento pela Mesa Diretora de 15 dos pedidos, conforme determina o parágrafo 4º, do artigo 102, do Regimento Interno da Câmara⁷.

Recebida pela Comissão de Constituição, Justiça e de Cidadania (CCJ) em 29 de março de 2023, teve o relator designado – Deputado Diego Coronel (PSD-BA) – em 12 de abril de 2023. No parecer, apresentado dois dias depois, o relator informa que não há ofensa às cláusulas pétreas, nem aos limites circunstanciais. A proposta, segundo o parecer, “reforça núcleo essencial do processo eleitoral brasileiro: a anualidade eleitoral tipificada no art. 16 da Constituição Federal de 1988”.

Em reunião deliberativa extraordinária da CCJ, em 02 de maio de 2023, há requerimento de retirada de pauta e, também, requerimento de desmembramento da proposta. Ambos os pedidos analisados e rejeitados são de autoria de Sâmia Bomfim (PSOL-SP), Chico Alencar (PSOL-RJ) e Tarcísio Motta (PSOL-RJ). Nessa reunião, é lido o parecer do relator e há vista conjunta aos deputados Gilson Marques (NOVO-SC), Kim Kataguirí (UNIÃO-SP) e Tarcísio Motta.

No dia 08 de maio, Sâmia Bomfim e Tarcísio Motta apresentam um longo voto em separado, afirmando a manifesta inconstitucionalidade da proposta:

o conteúdo da proposição sob exame ultraja cabalmente os limites materiais ao poder de emenda à constituição (i.e., ofende cláusulas pétreas), na medida em que visa amesquinhar o núcleo essencial de direitos e garantias individuais, notadamente (i) da isonomia política de gênero e racial, em sua dimensão material e como direito ao reconhecimento, prevista no art. 5º, caput e inciso I e no art. 14, caput, bem como o art. 3º, incisos I, III e IV, todos da Lei Fundamental de 1988; (ii) da segurança jurídica, em sua dimensão da proteção da confiança e da expectativa legítima de seus destinatários; e (iii) a ausência de violação ao princípio da anterioridade eleitoral, (CRFB/88, art. 16) por parte dos pronunciamentos do STF e do TSE questionados na justificação da PEC n. 9, 2023.

O voto em separado apresenta o contexto fático da sub-representação de mulheres e de pessoas negras nos Parlamentos no Brasil, com dados da *Inter-Parliamentary Union*, do Censo/IBGE/2022 e da Comissão Gestora de Política de Gênero do Tribunal Superior

⁷ Art. 102. A proposição de iniciativa de Deputado poderá ser apresentada individual ou coletivamente.

§ 4º Nos casos em que as assinaturas de uma proposição sejam necessárias ao seu trâmite, não poderão ser retiradas ou acrescentadas depois da apresentação à Mesa.

Eleitoral (TSE). Afirma-se que “esse *déficit quantitativo* acarreta necessariamente uma indesejada sub-representação *qualitativa*”.

Em seguida, discorre as premissas teóricas do posicionamento, partindo da dimensão material do princípio da igualdade e do direito ao reconhecimento. E aduz: “as ações afirmativas no âmbito político-eleitoral, notadamente as que visam à inclusão de mulheres e negros, possuem fundamento jurídico-constitucional no princípio da igualdade, em sua dimensão material (ou substantiva) e como direito ao reconhecimento”.

Para apoiar seus argumentos, Sâmia Bomfim e Tarcísio Motta trazem decisões do TSE (Consulta n. 06000306-47.2019.6.00.0000 e Consulta n. 06000252-18.2018.6.00.0000) e do STF (ADC n. 41, ADI n. 5617 e ADPF n. 738).

Ainda sobre as premissas teóricas, dedicam-se brevemente à dimensão subjetiva da segurança jurídica e ao conteúdo jurídico da anterioridade eleitoral, usando da construção do STF na ADI n. 3741 para determinar seu alcance:

o conteúdo do art. 16 da Lei Fundamental somente é violado nas hipóteses de: (i) rompimento da igualdade de participação dos partidos políticos ou candidatos no processo eleitoral; (ii) deformação que afete a normalidade das eleições; (iii) introdução de elemento perturbador do pleito; ou (iv) mudança motivada por propósito casuístico.

Afirmam também: “o conteúdo jurídico do art. 16 da Constituição não autoriza a sua incidência, a fim de impedir a aplicação da norma no ano das eleições, sempre que a modificação normativa revelar-se mais benéfica à situação jurídica dos players da competição eleitoral”.

Passa então o voto a demonstrar “a interpretação constitucionalmente adequada” da proteção dos direitos e garantias como cláusula pétrea. Afirmam Sâmia Bomfim e Tarcísio Motta que o princípio da igualdade é direito fundamental de natureza individual e, assim, protegido das alterações constitucionais que afetam seu núcleo essencial. Sublinham, ainda, a relação da igualdade com a dignidade e sua feição coletiva.

Para justificar a inconstitucionalidade da PEC n. 9/2023, o voto em separado afirma a ofensa ao direito ao reconhecimento e aos princípios da igualdade material, da moralidade, da impessoalidade, republicano e segurança jurídica (em sua dimensão de proteção de confiança, de expectativa legítima e da boa-fé objetiva). Aduzem que não há surpresa nas regras colocadas pela EC n. 117/2022, pois o TSE, “dentro de seu legítimo poder regulamentar, aperfeiçoou os mecanismos legais, a fim de dar concretude (eficácia social) ao cânone da igualdade política de grupos minorizados (mulheres e pessoas negras), maximizando os instrumentos de sua inclusão nos espaços político-majoritários”.

Em reunião deliberativa extraordinária realizada em 09 de maio de 2023, a proposta foi retirada de pauta em virtude da ausência do relator. A votação se dá no dia 16 de maio e o parecer é aprovado com 45 votos sim e 10 votos não.

Uma Comissão Especial foi criada por ato da Presidência da Câmara em 12 de junho de 2023 para analisar a proposta.

3. A EMENDA CONSTITUCIONAL N. 117/2022

A Proposta de Emenda n. 9 visa modificar a Emenda Constitucional n. 117, integrada à Constituição em abril de 2022. Apresentada no Senado Federal como Proposta de Emenda à Constituição n. 18⁸, em 01^o de julho de 2021, e capitaneada pelo senador Carlos Fávaro (PSD-MT), buscava alterar o texto constitucional para acrescentar parágrafos ao artigo 17 e artigos ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias sobre destinação de recursos em campanhas eleitorais.

⁸ Texto original:

Art. 1^o A Constituição Federal passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 17.

§ 6^o O partido político deve aplicar até 5% do Fundo Partidário na criação, manutenção e outras despesas para implementar programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.

§ 7^o A critério das agremiações partidárias, os recursos a que se refere o parágrafo anterior poderão ser acumulados em diferentes exercícios financeiros, podendo ser utilizados futuramente em campanhas eleitorais de candidatas do partido.

§ 8^o Nas eleições, cada partido deverá reservar o mínimo de 30% (trinta por cento) e o máximo de 70% (setenta por cento) para candidaturas proporcionais de cada sexo, sendo que as vagas remanescentes não poderão ser preenchidas com o outro gênero.

§ 9^o Os partidos políticos devem destinar recursos do Fundo Partidário, se houver, e Fundo Especial de Financiamento de Campanha conforme critérios *interna corporis*, considerada a autonomia e o interesse político partidários, devendo ser aplicado nas candidaturas proporcionais femininas o mínimo de 30% do valor destinado para às campanhas proporcionais, não sendo exigida a destinação proporcional caso houver maior número de candidatas.

Art. 2^o O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com as seguintes alterações:

"Art. 6^o-A. Fica assegurado aos partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres e/ou os valores destinados que não foram reconhecidos pela Justiça Eleitoral como gastos com os programas de incentivo à participação política das mulheres, a utilizar esses valores nas eleições subsequentes, sem qualquer condenação perante a Justiça Eleitoral nos processos de prestações de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não transitaram em julgado.

Art. 6^o-B. Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do Fundo Partidário aos partidos que não preencheram a cota mínima de gênero e/ou raça, ou que não destinaram os valores mínimos correspondentes a estas finalidades, em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional".

Na justificativa, apresenta-se a preocupação com as candidaturas fictícias e com o efetivo financiamento das candidaturas de mulheres pelos partidos políticos, com a constitucionalização da aplicação de 5% dos recursos do fundo partidário em incentivos à participação política de mulheres e na reserva de 30% do Fundo Especial de Financiamento de Campanha (FEFC) para cada gênero. Não há menção aos artigos a serem incluídos no ADCT.

O senador Nelsinho Trad (PSD-MS) é designado relator. Nenhuma emenda com o número necessário de assinaturas é apresentada em plenário. O relator apresenta um substantivo ao projeto; ao considerar que colocar um teto de 5% do fundo partidário para a promoção da participação feminina pode reduzir o valor efetivamente aplicado a quase nada, propondo que seja exigido um mínimo de 5%, porém com possibilidade de acúmulo dos recursos para aplicação em campanhas de mulheres. Sugere a exclusão da reserva das candidaturas, por se tratar de matéria legal e a imposição de aplicação da porcentagem dos recursos equivalente ao número das candidaturas, com um mínimo de 30%, mas sem restrição de destinação a candidaturas proporcionais. O substitutivo mantém os dispositivos referentes à possibilidade de utilização dos recursos em eleições futuras e a anistia em relação a pleitos anteriores, porém como artigos autônomos da PEC, sem incorporação no ADCT.

O substitutivo vai à votação em sessão remota no dia 14 de julho. O primeiro turno de votação aconteceu das 19h09 às 19h35, com 69 votos favoráveis e 4 votos contrários. O segundo turno ocorreu no mesmo dia, entre 19h36 e 20h02, com 62 votos favoráveis e 6 votos contrários. Em 10 de agosto, a proposta é encaminhada à Câmara e lá é recebida.

Em 05 de outubro de 2021, a Mesa da Câmara encaminha a proposta para a Comissão de Constituição e Justiça. O relator, deputado Darci Matos (PSD-SC), manifestou-se pela admissibilidade da proposta, sem adentrar ao mérito. Levado à votação, o parecer é retirado de pauta por pedido de deputadas nas reuniões deliberativas extraordinárias dos dias 19 de outubro e 24 de novembro. Na reunião do dia 30 de novembro, novo pedido de retirada de pauta é apresentado, mas dessa vez é rejeitado. Não há votação por vista conjunta de Caroline de Toni (PL-SC), Danilo Forte (UNIÃO-CE), Fernanda Melchionna (PSOL-RS), Gilson Marques e Júlio Delgado (PV-MG).

As deputadas Fernanda Melchionna e Sâmia Bomfim e o deputado Ivan Valente (PSOL-SP) apresentaram voto em separado, defendendo a inconstitucionalidade da proposta em face de ofensa à cláusula pétrea e retrocesso social consubstanciado na previsão de apenas 30% de recursos para as campanhas de mulheres: “Além de absolutamente cristalina a inconstitucionalidade de tal previsão, nos parece também imoral a defesa da utilização de recursos públicos destinados ao aperfeiçoamento da democracia de modo a perenizar a desigualdade de gênero”. No voto, afirma-se que a verdadeira intenção da proposta é anistiar os partidos políticos. No dia 7 de dezembro, novo requerimento de

retirada de pauta é retirado, procede-se à votação e o parecer é aprovado, sem indicação do número de votos favoráveis no site da Câmara.

A Comissão Especial é instalada em 15 de dezembro de 2021, com a designação da relatora, deputada Margarete Coelho (PP-PI), em 09 de fevereiro de 2022. Lídice da Mata (PSB-BA) apresenta uma emenda, limitando a acumulação dos recursos a serem aplicados na participação política das mulheres a dois exercícios financeiros, impondo a destinação de recursos “na exata proporção do número de candidatas”, modificando o art. 2º da emenda e com a supressão do art. 3º. A emenda não reúne as assinaturas necessárias.

Em 14 de março é apresentado o parecer da relatora. Além da defesa da constitucionalidade formal e material da proposta, a relatora analisa o mérito, propondo a imposição do montante de recursos às candidaturas de mulheres de maneira proporcional à sua participação na chapa e a proibição de acumulação de recursos referentes à aplicação do mínimo do fundo partidário na participação de mulheres. No dia seguinte, em reunião deliberativa extraordinária virtual, é lido o parecer e dada vista aos membros da Comissão.

Na reunião de 17 de março, a deputada Fernanda Melchionna apresentou requerimento de retirada de pauta, que foi rejeitado. Em 22 de março o parecer é votado, com voto em separado e com destaques. O parecer foi aprovado com 19 votos favoráveis e dois contrários, ressalvados os destaques. As deputadas Fernanda Melchionna e Taliria Petrone (PSOL-RJ) apresentaram voto em separado, similar ao apresentado na CCJ. Os destaques são votados no dia seguinte e fica mantido o texto apresentado pela relatora.

Levado a plenário, há apresentação de requerimento para quebra de interstício e inclusão na ordem do dia. A matéria vai à discussão na sessão deliberativa extraordinária virtual do dia 30 de março de 2022. O PSOL solicita a retirada de pauta, mas o requerimento é rejeitado. Depois de discutida a proposta em primeiro turno, a mesma agremiação solicita o adiamento da votação por cinco sessões, mas o requerimento é rejeitado. A proposta é aprovada, ressalvados os destaques, por 402 votos favoráveis, 44 votos contrários e uma abstenção. Na votação dos destaques, a proposta apresentada é mantida.

A PEC é enviada ao Senado em 31 de março e se transforma na Emenda Constitucional n. 117, de 5 de abril de 2022⁹.

⁹ As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 17 da Constituição Federal passa a vigorar acrescido dos seguintes §§ 7º e 8º:

“Art. 17.

§ 7º Os partidos políticos devem aplicar no mínimo 5% (cinco por cento) dos recursos do fundo partidário na criação e na manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, de acordo com os interesses intrapartidários.

4. AS EVIDENTES FALHAS DA PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO N. 9, DE 2023

O Estado brasileiro se estabelece em 1988 como um Estado democrático que tem o pluralismo como fundamento. Os objetivos dos poderes públicos – qualquer que seja a força política que esteja ocupando o Poder Executivo ou o Poder Legislativo – e da sociedade são: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todas as pessoas, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Esses pilares da Constituição de 1988 não estão ao alcance de nenhuma maioria política de ocasião: são decisões que não podem ser modificadas sob a Constituição vigente. E, como núcleo que constitui a identidade do ordenamento jurídico, serve como parâmetro de avaliação da conformidade de propostas legislativas, atos normativos e políticas públicas. A validade de qualquer projeto, proposta ou proposição está vinculada à observância desses preceitos constitucionais, que conferem a natureza jurídica e axiológica do Estado brasileiro.

Por força do princípio da unidade da Constituição, elemento estruturante da compreensão do Estado constitucional, é preciso entender as normativas constitucionais como um todo, impondo uma interpretação sistemática de seu texto. Dessa lição elementar se extrai que os objetivos da República, inseridos no artigo 3º, logo na abertura do texto constitucional, devem ser incorporados na interpretação que se dá ao conteúdo da igualdade, presente em vários dispositivos constitucionais, e, do mesmo modo, à extensão da autonomia dos partidos políticos, disposta no artigo 17 da Constituição.

§ 8º O montante do Fundo Especial de Financiamento de Campanha e da parcela do fundo partidário destinada a campanhas eleitorais, bem como o tempo de propaganda gratuita no rádio e na televisão a ser distribuído pelos partidos às respectivas candidatas, deverão ser de no mínimo 30% (trinta por cento), proporcional ao número de candidatas, e a distribuição deverá ser realizada conforme critérios definidos pelos respectivos órgãos de direção e pelas normas estatutárias, considerados a autonomia e o interesse partidário” (NR).

Art. 2º Aos partidos políticos que não tenham utilizado os recursos destinados aos programas de promoção e difusão da participação política das mulheres ou cujos valores destinados a essa finalidade não tenham sido reconhecidos pela Justiça Eleitoral é assegurada a utilização desses valores nas eleições subsequentes, vedada a condenação pela Justiça Eleitoral nos processos de prestação de contas de exercícios financeiros anteriores que ainda não tenham transitado em julgado até a data de promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 3º Não serão aplicadas sanções de qualquer natureza, inclusive de devolução de valores, multa ou suspensão do fundo partidário, aos partidos que não preencheram a cota mínima de recursos ou que não destinaram os valores mínimos em razão de sexo e raça em eleições ocorridas antes da promulgação desta Emenda Constitucional.

Art. 4º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

A igualdade presente no texto constitucional está para além de uma igualdade puramente formal, que já não serve mais como corolário da interpretação das normas jurídicas¹⁰. Há muito assim se compreende não apenas na doutrina constitucionalista, mas também em algumas decisões do Poder Judiciário, em proposições legislativas e em políticas públicas elaboradas pelo Poder Executivo. No campo eleitoral e partidário, a imposição de igualdade substancial, por meio da aplicação imediata das premissas constitucionais no ramo específico¹¹, é ainda mais enfática e necessária, pois é a partir dos parlamentos e de sua pluralidade mais ou menos acentuada que se dá a elaboração do ordenamento jurídico¹².

Vale ressaltar que uma das premissas da sociedade contemporânea é a legitimação do exercício do poder político e da elaboração do ordenamento jurídico pelo consentimento, dado pela representação. Quando os espaços de poder e de tomada de decisão são ocupados totalmente ou em imensa maioria por apenas uma parcela da sociedade, as normas jurídicas e as políticas públicas acabam por incorporar apenas algumas visões de mundo, alguns temas são excluídos da agenda política, e há super-representação de uma parte da sociedade e a sub-representação de muitos grupos sociais¹³.

A ausência de mulheres, de pessoas negras, de indígenas e de representantes LGBTI+, apenas para nomear algumas exclusões, faz com o que o Direito e a política pública produzidos não sejam produtos de um debate público robusto, dividindo o universo jurídico entre uma zona do que é “sujeito soberano” e do não ser, aquela pessoa desprovida de direitos¹⁴. E, no caso brasileiro, essa ausência historicamente persistente da pluralidade do corpo social no corpo político é frontalmente contrária à Constituição.

A onda de alterações normativas realizadas a partir de 1995 sob o fundamento de proporcionar diversidade de gênero na representação política não foi sincera¹⁵. Seja pelo

¹⁰ MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020. cap. 2.

¹¹ SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2010. p. 247 e ss.

¹² D'ÁVILA LOPES, Ana Maria. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 20, n. 38, p. 67-81, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/fSCcYc75jd7jw8pwLC8wZLQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2023. p. 79.

¹³ RIBEIRO, Flávia. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. *Anais do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 14-58, 1990. p. 16.

¹⁴ PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos: limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023. p. 66-67.

¹⁵ LÔBO, Edilene. Processo eleitoral democrático e as ondas de direitos políticos das mulheres. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 95-114, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/4476/pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

aumento do número de candidaturas a serem apresentadas pelos partidos nas eleições proporcionais – o que deixava as vagas reservadas a mulheres para fora da nominata real –, seja pela ausência de destinação de recursos financeiros e de visibilidade na propaganda eleitoral no rádio e na televisão, as ações apresentadas como instrumentos de discriminação positiva, elaboradas por quem dominava o campo político com as regras então vigentes, não se traduziram em aumento da representação de mulheres, muito em razão da ausência de sanções efetivas para o desrespeito das normativas¹⁶.

Enquanto algumas campanhas escolhidas pelas agremiações são construídas com apoio material e subjetivo, as candidaturas femininas tendem a ser excluídas do acesso aos recursos financeiros e tempo de propaganda oficial, de maneira que são evitadas também das possibilidades de se tornarem competitivas para que venham a pleitear tal posição de destaque¹⁷. Assim, mostra-se necessário ir além das políticas inefetivas e garantir uma divisão paritária de recursos financeiros, um combate intensivo contra a violência política de gênero e abrir os debates sobre as possibilidades de cotas legislativas¹⁸.

Com o avanço das decisões judiciais que verificaram candidaturas fictícias de mulheres e impuseram consequências drásticas, com a invalidação do registro de toda a chapa, e também estabeleceram a destinação vinculada de recursos públicos diretos e indiretos para as mulheres candidatas¹⁹, o Poder Legislativo resolve incorporar essas alterações, porém acompanhadas de anistia aos partidos políticos em relação ao descumprimento da legislação até então.

Foi isso o que aconteceu com a Emenda Constitucional n. 117/2022. A constitucionalização das medidas promovidas pelo Poder Judiciário quando do reconhecimento de princípios constitucionais e de uma igualdade substantiva que condicionam a distribuição dos recursos públicos atribuídos aos partidos para as campanhas eleitorais, no entanto, se deu juntamente com o perdão das penalidades aos partidos.

¹⁶ ARAÚJO, Clara Maria de Oliveira. Cotas femininas e financiamento de campanha. *Cadernos Adenauer*, ano XIV, n. 3, p. 11-30, 2013. Disponível em: https://www.kas.de/documents/265553/265602/7_file_storage_file_11292_5.pdf/dcc0e6b3-7c25-c440-2646-6589703e3e02. Acesso em: 17 out. 2023.

¹⁷ ARAÚJO, Clara Maria de Oliveira. Potencialidades e limites das políticas de cotas no Brasil. *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 231-252, 2001.

¹⁸ LÔBO, Edilene; MENDIETA, David; AGUIAR, Daiane Moura de. Gender political violence and the unfulfilled promise of substantial democracy: a look at Brazil and Colombia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 21, n. 3, p. 185-208, set./dez. 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1826>. Acesso em: 17 out. 2023.

¹⁹ GORTARI, Amanda dos Santos Neves. A podridão da candidatura laranja: ponderações acerca da participação feminina nas eleições brasileiras. *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 187-204, 2019. Disponível em: <https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/download/39/35>. Acesso em: 17 out. 2023.

Com a Proposta de Emenda à Constituição n. 9/2023 só a anistia se coloca. Não há nenhum avanço acompanhado de retrocesso, ou aparente avanço em face do perdão ao não cumprimento das normas eleitorais: no caso da PEC n. 9, há apenas atraso, há apenas desrespeito às regras de utilização de recursos públicos e desprezo ao princípio da igualdade.

Intenta-se pela proposta que o uso indevido, contrário às normas legais, de dinheiro público destinado às campanhas eleitorais, não seja punido. Ou seja, que a não aplicação de parcela de recursos públicos conforme a determinação de dispositivo constitucional não tenha nenhuma consequência, que seja desconsiderada a ofensa à Constituição.

A justificativa da proposta de emenda inicia por afirmar a existência de “eventual entendimento divergente que potencialmente pode surgir a partir do texto original”. O uso do adjetivo “eventual” e do advérbio “potencialmente” desde logo demonstram que não há, efetivamente, espaço para dúvidas na interpretação das obrigações partidárias estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 117.

O parágrafo 7º incluído no art. 17 determina a destinação de valores para a criação e manutenção de programas de promoção e difusão da participação política das mulheres, estabelecendo o montante em porcentagem definida (mínimo de 5%), a base a ser considerada (recursos do fundo partidário) e a finalidade.

Além disso, isso está previsto na Lei dos Partidos Políticos (Lei n. 9.095/1995, art. 44, V) desde a reforma eleitoral de 2009, com a mesma porcentagem sobre a mesma base e com finalidade análoga. Ou seja, não há inovação realizada pela Emenda Constitucional n. 117: ela apenas insere no texto constitucional obrigação partidária em vigor há 14 anos.

A exigência de reserva de 30% dos recursos públicos destinados a campanhas eleitorais para candidatas mulheres foi evidenciada em 2018, pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 5617. Em 15 de março de 2018, a Corte por maioria decidiu “dar interpretação conforme à Constituição ao art. 9º da Lei n. 13.165/2015 de modo a

a) equiparar o patamar legal mínimo de candidaturas femininas (hoje o do art. 10, § 3º, da Lei n. 9.504/1997, isto é, ao menos 30% de cidadãs), ao mínimo de recursos do Fundo Partidário a lhes serem destinados, que deve ser interpretado como também de 30% do montante do Fundo alocado a cada partido, para as eleições majoritárias e proporcionais, e

b) fixar que, havendo percentual mais elevado de candidaturas femininas, o mínimo de recursos globais do partido destinados a campanhas lhe seja alocado na mesma proporção”.

Da ementa do julgado se extrai a defesa dos princípios da igualdade e da não-discriminação²⁰. O ponto 2 dispõe sobre a função das ações afirmativas na concretização da igualdade material e enfatiza a vedação de tratamento discriminatório para aprofundar a desigualdade. Ainda vale ressaltar o ponto 3 da ementa: “A autonomia partidária não consagra regra que exima o partido do respeito incondicional aos direitos fundamentais, pois é precisamente na artificiosa segmentação entre o público e o privado que reside a principal forma de discriminação das mulheres”.

Em seu voto, o relator, ministro Edson Fachin, destaca a base constitucional da decisão:

o direito à dignidade (art. 1º, III, da CRFB), o pluralismo político (art. 1º, V, da CRFB), o objetivo de se construir uma sociedade livre, justa e solidária, o direito à igualdade (art. 5º, caput, da CRFB) e a autonomia partidária (art. 17, § 1º, da CRFB); e base convencional (art. 5º, § 2º, da CRFB): o direito à igualdade sem discriminações (art. 2º, 3º, 5º e 7º da Convenção para Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher).

A compreensão das normas eleitorais de financiamento de campanhas e destinação proporcional dos fundos públicos às candidaturas de mulheres, portanto, foi colocada pela leitura vinculante do STF desde então. Além disso, a Proposta de Emenda à Constituição n. 18/2021 que se tornou a Emenda Constitucional n. 117/2022 tramitou durante nove meses nas duas casas parlamentares, com discussões nas comissões e nos plenários. A inserção da regra no texto constitucional em abril de 2022, portanto, não representou surpresa para os partidos.

As alegações de previsão da sanção sem observância do princípio da anualidade eleitoral tampouco merecem prosperar. A Emenda Constitucional n. 177 não estabelece sanções, não traz nenhuma consequência nova para o descumprimento das normas de financiamento de campanhas. Ou seja, não trouxe nenhuma novidade em relação às obrigações dos partidos políticos nem em relação às penalidades. A aplicação dos seus comandos nas eleições de 2022 não ofende o art. 16 e não provoca dúvidas a respeito de sua interpretação.

Na justificativa da Proposta de Emenda à Constituição n. 9 também se apresenta a questão de uma alegada dúvida em relação à distribuição dos recursos reservados dentro

²⁰ VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito à igualdade e não-discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 22, n. 2, p. 85-114, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1915>. Acesso em: 17 out. 2023.

dos partidos: “Não se sabia ao certo, em meio ao processo eleitoral, se a contagem da regra teria sua abrangência federal ou se deveria ser cumprida pelos partidos em âmbito nacional”.

Como afirma a Constituição de 1988 e como tem sido no Brasil desde 1945, os partidos se organizam necessariamente em âmbito nacional. Os recursos públicos dos fundos são enviados para os diretórios nacionais que determinam – muitas vezes com critérios pouco claros e objetivos – sua distribuição. E os partidos, em sua grande maioria, não cumpriram a destinação constitucionalmente determinada dos recursos.

A contumaz aprovação de anistias de sanções eleitorais a candidaturas e a partidos é um problema por si só. No entanto, quando se trata de punições derivadas do uso inadequado de recursos públicos, essa prática corrói a confiança da cidadania no sistema democrático, o princípio republicano e os fundamentos da gestão da coisa pública.

Não há transparência na atuação dos partidos, não há prestação pública de contas do uso dos recursos públicos²¹. Para além disso, propõe-se, uma vez mais, o perdão para o desrespeito às regras – estabelecidas pela representação política, com forte atuação dos partidos – de distribuição dos recursos.

5. POR UMA LEITURA CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DAS REGRAS ELEITORAIS E O PAPEL DA AUTORIDADE ELEITORAL

A Proposta de Emenda à Constituição n. 9/2023 ofende a Constituição e atinge de maneira fatal as premissas de um Estado republicano e democrático de Direito, ao autorizar o desrespeito às normas constitucionais por parte dos partidos políticos e o uso indevido de recursos públicos.

Além disso, contradiz frontalmente o artigo 3º da Constituição. Não busca promover uma sociedade livre, justa e solidária. Ao contrário, acentua a injustiça e impulsiona a defesa de interesses privados, pessoais, de uma parcela da sociedade (e dos partidos políticos) que sempre esteve em uma posição privilegiada. A proposta não garante o desenvolvimento, não erradica a marginalização, não reduz as desigualdades sociais e não promove o bem de todas as pessoas: atrasa o desenvolvimento, aprofunda a marginalização das mulheres dentro dos partidos e também na representação política, acentua as desigualda-

²¹ SANTANO, Ana Claudia; ISSA, Marcelo. Partidos políticos: a necessidade de transparência e democracia interna e a importância do combate à corrupção intrapartidária. In: SANTANO, Ana Claudia; PEREIRA, Rodolfo Viana; SILVEIRA, Marilda de Paula; COSTA, Tailaine Cristina (org.). *Proposições para o Congresso Nacional: reforma política*. 1. ed. Brasília: Transparencia Eleitoral Brasil, 2020. v. 1. p. 283-294.

des e, uma vez mais, exclui uma grande parcela da população da disputa competitiva pelo acesso a cargos públicos.

A igualdade e o pluralismo, fundamentos constitucionais e balizas do regime democrático, não são valores vazios e nem puramente formais. Há muito a compreensão da igualdade demanda um efeito concreto, uma visão substantiva, que impõe a adoção de medidas e ações para a superação de exclusões.

A participação de mulheres nos partidos políticos e nos espaços de poder não é apenas uma demanda social. É um comando constitucional, que deve informar a atuação dos poderes públicos e dos partidos políticos. A leitura constitucionalmente adequada da autonomia partidária não permite que em nome dela se ignore os valores, direitos e garantias constitucionais.

Caso a proposta, que ultraja os princípios constitucionais estruturantes do direito eleitoral, ataca o princípio da máxima igualdade na disputa e o princípio da necessária participação dos grupos minorizados nas instituições e do debate público, seja aprovada pelo Congresso Nacional, a autoridade eleitoral deve, reconhecendo sua inconstitucionalidade, seu antirrepublicaníssimo e seu caráter antidemocrático, deixar de aplicá-la, impondo as penalidades estabelecidas pela Emenda Constitucional n. 117 aos partidos que desrespeitaram as regras de destinação dos recursos públicos nas eleições de 2022.

REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Clara Maria de Oliveira. Cotas femininas e financiamento de campanha, *Cadernos Adenauer*, ano XIV, n. 3, p. 11-30, 2013. Disponível em: https://www.kas.de/documents/265553/265602/7_file_storage_file_11292_5.pdf/dcc0e6b3-7c25-c440-2646-6589703e3e02. Acesso em: 17 out. 2023.

ARAÚJO, Clara Maria de Oliveira. Potencialidades e limites das políticas de cotas no Brasil, *Revista Estudos Feministas*, Florianópolis, v. 9, n. 1, p. 231-252, 2001.

BITENCOURT, Caroline Müller; RECK, Janriê Rodrigues. O controle social na construção da legitimidade democrática: os ventos da mudança e a retórica do poder do “povo”. *Revista Interesse Público – IP*, a. 21, n. 118, p. 109-134, nov./dez. 2019.

D’ÁVILA LOPES, Ana Maria. Da coexistência à convivência com o outro: entre o multiculturalismo e a interculturalidade. *Revista Interdisciplinar da Mobilidade Humana*, v. 20, n. 38, p. 67-81, jan./jun. 2012. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/remhu/a/fSCcYc75jd7jw8pwLC8wZLQ/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2023.

GORTARI, Amanda dos Santos Neves. A podridão da candidatura laranja: ponderações acerca da participação feminina nas eleições brasileiras. *Resenha Eleitoral*, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 187-

204, 2019. Disponível em: <https://revistaresenha.emnuvens.com.br/revista/article/download/39/35>. Acesso em: 17 out. 2023.

LÔBO, Edilene; MENDIETA, David; AGUIAR, Daiane Moura de. Gender political violence and the unfulfilled promise of substantial democracy: a look at Brazil and Colombia. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 21, n. 3, p. 185-208, set./dez. 2020. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1826>. Acesso em: 17 out. 2023.

LÔBO, Edilene. Processo eleitoral democrático e as ondas de direitos políticos das mulheres. *Revista de Teorias da Democracia e Direitos Políticos*, Salvador, v. 4, n. 1, p. 95-114, jan./jun. 2018. Disponível em: <https://indexlaw.org/index.php/revistateoriasdemocracia/article/view/4476/pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

LORDE, Audre. Idade, raça, classe e gênero: mulheres redefinindo a diferença. In: HOLLANDA, Heloisa Buarque de (org.). *Pensamento feminista: conceitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019. p. 239-249.

MOREIRA, Adilson José. Pensando como um negro: Ensaio de hermenêutica jurídica. *Revista de Direito Brasileira*, São Paulo, v. 18, n. 7, p. 421-393, set./dez. 2017. Disponível em: <https://www.indexlaw.org/index.php/rdb/article/view/3182/2837>. Acesso em: 17 out. 2023.

MOREIRA, Adilson José. *Tratado de direito antidiscriminatório*. São Paulo: Contracorrente, 2020.

PIOVESAN, Flávia. As ações afirmativas da perspectiva dos direitos humanos. *Cadernos de Pesquisa*, São Paulo, Fundação Carlos Chagas, n. 124, p. 55-43, jan./abr. 2005. Disponível em: <https://www.scielo.br/fj/cp/a/3bz9Ddq8YpxP87fXnhMZcJS/abstract/?lang=pt>. Acesso em: 17 out. 2023.

PIRES, Thula. Racializando o debate sobre direitos humanos: Limites e possibilidades da criminalização do racismo no Brasil. *SUR Revista Internacional de Direitos Humanos*, v. 15, n. 28, p. 65-75, 2018. Disponível em: <https://sur.conectas.org/wp-content/uploads/2019/05/sur-28-portugues-thula-pires.pdf>. Acesso em: 17 out. 2023.

RIBEIRO, Flávia. Pressupostos constitucionais do direito eleitoral brasileiro no caminho da sociedade participativa. *Anais do I Seminário Brasileiro de Direito Eleitoral*, Tribunal Regional Eleitoral do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, p. 14-58, 1990.

SALGADO, Eneida Desiree. *Princípios constitucionais eleitorais*. Belo Horizonte, MG: Fórum, 2010.

SANTANO, Ana Claudia; ISSA, Marcelo. Partidos políticos: a necessidade de transparência e democracia interna e a importância do combate à corrupção intrapartidária. In: SANTANO, Ana Claudia; PEREIRA, Rodolfo Viana; SILVEIRA, Marilda de Paula; COSTA, Tailaine Cristina (org.). *Proposições para o Congresso Nacional: reforma política*. 1. ed. Brasília: Transparência Eleitoral Brasil, 2020. v. 1. p. 283-294.

VARGAS, Eliziane Fardin de; LEAL, Mônia Clarissa Hennig. O direito à igualdade e não discriminação das mulheres na política: a decisão da ADI 5617/DF e a doutrina das categorias suspeitas. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, v. 22, n. 2, p. 85-114, maio/ago. 2021. Disponível em: <https://sisbib.emnuvens.com.br/direitosegarantias/article/view/1915>. Acesso em: 17 out. 2023.



POLÍTICAS PÚBLICAS, GOBERNANZA DIGITAL EN EL METAVERSO: CONSIDERACIONES ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Nancy Nelly González Sanmiguel¹

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Gobernanza digital en el espacio tridimensional; **3.** Políticas públicas en base a la interoperabilidad en los espacios tridimensionales; **4.** Valor público como fuente de captación de recursos económicos; **5.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

Los temas llevan a la reflexión sobre las políticas públicas en contemplación de la administración pública y su punto de vista en referencia a una gobernanza digital. La comprensión de la postura actual de las necesidades de los particulares y del desarrollo que impera en la actividad económica atañe el desenvolviendo que debe atraer al Estado en la

¹ Catedrática de la Universidad Autónoma de Nuevo León, en la Facultad de Derecho y Criminología. Realizo sus estudios de Doctorado en Dicha Universidad, así como realizo estudios Post Doctorales en la Universidad de Jaén, en Jaén España y en la Universidad Autónoma de Chiapas. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores, líder del cuerpo Académico Administración Pública y Derecho Financiero UANL-CA-450, miembro del comité de edición de varias revistas internacionales de prestigio, cuenta con perfil prodep, líder de la Red de Cuerpos Académicos denominada "Red Mexicana de Cuerpos Académicos en Administración y Derecho: para estudios sobre justicia, políticas públicas y gobernabilidad y líder de la Red de Derecho Administrativo Contemporáneo (REDAC).

función de la gestión de la administración pública, por tal razón se deben buscar los medios idóneos para la comprensión del enfoque en esta vía digital.

Se abarcan los temas de gobernanza en el espacio tridimensional, definiendo el problema que acarrea la falta de pericia del Estado por la parte de la innovación y la sujeción de este a tercero para la presencial actual en esta vía. Se marca la posición del factor relevante de la interoperabilidad como un medio para generar este acceso y la interacción con la obtención de la información proporcionada, es la parte fundamental para injerir como Estado soberano y coercitivo en el contexto del paradigma de un Estado Digital Flexión, tocando el punto del valor público como esta vía de acceso de la información que se tiene y requiere para seguir en el análisis de la función de la organización del Estado como el ente capaz de mantener el orden y la paz pública.

El objetivo específico consiste en demostrar que una adecuada acentuación de la función de la administración pública, en los espacios tridimensionales, sirve para fortalecer la aplicación de las políticas públicas para evitar situaciones adversas y lograr la protección efectiva del Estado con los particulares.

2. GOBERNANZA DIGITAL EN EL ESPACIO TRIDIMENSIONAL

La gobernanza digital es la versión acerca de las necesidades actuales de la sociedad en el contexto de la operatividad con el uso de las herramientas tecnológicas, por lo tanto, se deben analizar las políticas públicas para que vayan acorde al valor público que se le asigna, en los temas del interés con referencia a los espacios tridimensionales.

Al extender esta postura en la administración pública y generar el enfoque referente a la introducción de las herramientas tecnológicas en la misión y visión en la función propia del Estado, se analiza y observa cual es la condición del siguiente paso para dar apertura tanto a los procesos con el uso de la tecnología como hacia la globalización; la integración de los factores van acorde a los señalamientos planteados por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), siendo México parte de esta organización, se concientiza acerca de la postura a seguir para entender que esto es una adaptación de los elementos para la construcción de dicho concepto.

Ahora bien, no solo basta la transformación sino que se deben mirar los objetivos, señalar las medidas y encuadrar las normas jurídicas que siguen hacia la tendencia del cambio de un Estado Social Democrático, denotado la democracia con la influencia de la Revolución francesa como “un gobierno que, al institucionalizar las prerrogativas elementa-

les que reclamaban las corrientes de pensamiento revolucionario, descentran definitivamente el lugar del poder de referencias arbitrarias², a lo que se ha matizado en este siglo, esto nos coloca frente a un Estado Digital Flexión, que permite esta modificación en las facultades, deberes, derechos y responsabilidades en la construcción de la función de la administración pública con las determinaciones que se van a soslayar las necesidades colectivas.

Un punto interesante en esta postura que nos toca vivir en la era de la revolución industrial en este siglo es basado en la apertura del uso de la tecnología, los parámetros cómo la concientización de la fácil transmisión de mensajes y la manera de una comunicación ágil expresa, simultánea y de rápida propagación por esta vía.

Con respecto a lo anterior, al momento de caer en un error en la información que se muestre en medios digitales, por cualquier tipo que sea transmitido, se produce un daño eminente debido a la propagación inmediata de dicha información, por tal razón las comunicaciones externadas a través de esta vía o el acceso de estas en las plataformas del Estado debe ser congruente con lo permitido o requerido por ellos, para no causar un daño por estas vías de comunicación a los particulares.

Se considera que la administración pública tenga una visión hacia un sistema dinámico, efectivo, transparente, pero que a su vez deba brindar certeza y seguridad jurídica con dicha información y en referencia hacia la protección de los datos que son proporcionados por los usuarios, es una contemplación de como jactar la gobernanza con la tendencia de la incorporación de la tecnología.

En la gobernanza digital, en referencia a este término, se denotan las diferentes técnicas que se basan para llegar a una edificación de un Estado acorde a los cambios de las sociedades que se manifiestan en los años, es decir, no se puede ejercer una postura que no sea legitimada por la sociedad, la cual se debe ofrecer la solución a los problemas actuales y aquellos que se puedan prevenir para evitar una crisis por no adaptar las necesidades.

Se hace en referencia a una eficientización cambiar o modificar el paradigma del sector público a la digitalización, se observa que no se encuentra preparado al día de hoy para soportar una carga externa de presión, ya que no ha tomado el rumbo y está a expensas de sujetos externos a la misma administración pública por lo que se debe evitar una crisis económica, mediante un factor que determine una fractura o un efecto que provoque daño a los particulares, es por tanto que se debe ver hacia la cuestión de la seguridad de la

² POLOP, Santiago José. Sobre el concepto de soberanía popular. In: POLOP, Santiago José. *Soberanía popular y derecho: ontologías del consenso y del conflicto en la construcción de la norma*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba, 2015. p. 17-46. DOI: 10.2307/j.ctv31vqpsz.4. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv31vqpsz.4?seq=3>. Acceso em: 17 oct. 2023.

información, no solo de la gestión en la administración pública sino la regularización de esta vía en acción del Estado como ente capaz de someter las irregularidades.

Al hablar desde un aspecto de gobernanza influida en el fenómeno de la digitalización se abarcan temas que van más allá de las condiciones que implican la forma tradicional de entender cuál es la postura del Estado, ya que como se ha externando, el Estado dejó a lado la política de la innovación, por lo tanto el sector privado fue el que ha ido evolucionando en este fenómeno y es el competente para dar los parámetros de las condiciones de cómo se han de tornar las medidas para el ingreso a esta era de la digitalización.

Sin perder de vista que el Estado es quien se avoca para determinar la posición de la coacción aún sobre los hechos que se manifiesten en los medios digitales, en este momento es un sujeto deficiente, por la razón de no poder contener cuales son las vías o medios para permitir la vía directa sin intermediarios para ingresar al medio digital, es una de las condiciones en los elementos de la gobernanza digital que tiene que sopesar, ya que si debe conducir los objetivos de la planificación y el rumbo del desarrollo del país, se debe someter a la condición de aquellos quienes son capaces para generar esta posibilidad de ingresar a través de los medios digitales.

La operatividad esta compartida por aquellos quienes tienen el dominio correspondiente para el Estado, así como de quienes son los creadores de los softwares, ya que estos son los que ejercen las funciones que son competentes para la administración pública en la vía digital; el analizar ahora no tan solo el fenómeno de la digitalización sino la capacidad de ir avanzando hacia la injerencia de la digitalización, en un campo inexplorado como lo es lo referente al metaverso, es la manera de como se le debe brindar agilidad al uso de las herramientas digitales en pro del servicio de los particulares en la función de la administración pública como la vía idónea para ejercer el control de las actividades económicas.

Al referirnos al punto anterior es un tema de gran relevancia, ya que se toca el tema de la seguridad en la información que se proporciona por los usuarios a través de los medios digitales, considerar la postura de la facilidad de manejar la información que se proporciona a gran escala y de tener a la mano la que se requiera, es un recurso que da una gran facilidad para contener datos de todo tipo de información y la manifestación que debemos considerar hacia la protección de datos es algo fundamental en esta situación de los medios digitales. Se externa como una cuestión que entró en lucha en la determinación de la gobernanza en pro de mirar estos matices que se deben contemplar, para proporcionar seguridad y certeza no solo jurídica, sino social, económica y sobre todo que denota la capacidad de no externar hacia una información que sea errónea.

El tocar la posición de una gobernanza no solo es bajo la expectativa de organización y de sistematizar los procesos, sino que va más de estas necesidad, ya que se deben manifestar cuales son las necesidades en el contexto de lo virtual acerca de la posición de

un cumplimiento cabal en la digitalización, es decir, no sólo pensar en los trámites, gestiones que se ejercen de manera presencial o que está contenida en la norma del proceso tradicional y esto trasladarlo a lo digital, ya que esto se debe modificar con el uso de la tecnología y la impericia es hacia la verdadera gestión que implica en esta vía, es una transformación con la capacidad de generar relaciones, situaciones, medidas, o regímenes que a través de los diferentes procesos, accesos o plataformas, brinda una creación del avance en las herramientas de la tecnología que se vayan a utilizar para mirar estas posibilidad de gestión e incentivar la postura actual del Estado.

Al considerar un Estado no solo por mencionar la digitalización implica que se entiende los parámetros de la capacidad de injerencia que se somete, es decir no solo se denota que se va preocuparse por hacer actividades a través de los medios digitales sino va hacia el actuar, transmitir, pensar, controlar, mitigar las relaciones, situaciones, supuestos jurídicos a la conducción de los factores, elementos, normas que sean aplicables a estos cambios que se transforman por la capacidad de la modificación de la información, obtención, manejo, captura, transmisión, entrega, cooperación para proporcionarla a quien lo solicite esto es la manera actual de observar hacia la eficientización de la gestión de la gobernanza del Estado por esta técnica con la relación del derecho, el uso de la herramienta y tecnología.

Son fenómenos que son competente en esta era de la revolución industrial, atrae medidas que se deben someter para mejorar las condiciones, primero en las actividades que el Estado es competente para satisfacer las necesidades colectivas de los particulares, segundo la manera de ejercer la competencia económica de los particulares, en México se ha ponderado una divergencia no solamente de mantener las áreas exclusivas que son denominadas como estratégicas para el Estado, ya que por falta de una cultura de mejora que se analizara en los siguientes puntos, se concientiza que ha quedado rezagado en el proceso de la transformación.

Los cambios son fundamentales como parte activa de las posturas de las modificaciones de los patrones que se viven en las sociedades pero aunado a esto estamos en una época que va un dinamismo que provoca la tecnología, misma que ha impacto en este siglo, debido a la capacidad del reajuste se torna en una comunicación ágil para proporcionar la modificación, transmisión de estas, por lo tanto es una época con facilidad de obtener datos de una manera rápida pero debe estar con la conciencia de la implicación de dicha fluidez para las diferentes acciones de esta, ya que al no tener un control efectivo se puede inferir con problemas que se presentan por esta falta de la impericia, negligencia, seguridad en los procesos de captación, transmisión, resguardo o proporción de dicha información.

3. POLÍTICAS PÚBLICAS EN BASE A LA INTEROPERABILIDAD EN LOS ESPACIOS TRIDIMENSIONALES

La manera de generar información a través de la vía de comunicación digital o electrónica es a lo que se le ha denominado interoperabilidad, ya que para acceder a la conexión de esta comunicación es los datos que se proporcionan en los diversos sistemas con las herramientas tecnológicas; estos procesos han hecho una integración de la gobernanza digital, se maquina la arquitectura sólida para obtener los factores de la interacción de las funciones del Estado para sopesar el cambio de los procesos en la digitalización de estos.

Se externalizan los alcances que se deben considerar en la administración pública con el contexto de la organización desde la perspectiva de los límites, capacidades, gestiones y facultades que abarca esta capacidad para ejercer una comunicación con datos ciertos veraces y que estén contenidos dentro de un sistema de plataforma o red de los poderes del Estado o de los órganos constitucionales autónomos en México, es una manera de obtener una comunicación efectiva y real así como la oportunidad de ejercer el cambio de la digitalización a la administración pública, este paso nos sirve para recordar que la transformación se hace con principios que abarcan estándares, guías, instrumentos que determinen el comienzo, desarrollo, transformación y resolución de la información que se obtienen, así como de la conexión de las diferentes dependencias para tener acceso a la misma.

Las políticas públicas se contemplan para ejercer en relación al concepto de la interoperabilidad, con el objetivo de planificar hacia las consideraciones actuales de los espacios virtuales que se han desarrollado; en la actualidad ni el Estado a través de la administración pública, tiene presencia en estos, por lo tanto se puede entender que se refiere a las medidas para la regulación de las actividades sociales en el contexto jurídico y la dirección por parte del Estado con referencia al metaverso. En un principio se ha desarrollado el desenvolvimiento del gobierno electrónico al digital, pero ¿qué sucede con los diversos cambios que se han gestado en esta década? Se deben establecer normas para determinar el alcance de la función organizacional del Estado para enfatizar en factores que atañen al espacio digital.

Es por tanto, la importancia en referencia a la interoperabilidad que se entiende “Características técnicas de las redes públicas, sistemas y equipos de telecomunicaciones integrados a éstas que permiten la interconexión efectiva, por medio de las cuales se asegura la provisión de un servicio de telecomunicaciones específico de una manera con-

sistente y predecible, en términos de la entrega funcional de servicios entre redes”³ como parte fundamental para gestionar este medio de integración como una medida de transformación de obtención de los datos, pero se vislumbra a un espacio tridimensional que opera no solo con datos de información, sino abarca imágenes, formas que se congregan en este medio, provoca situaciones de medida que se deben analizar para evitar problemas que se presenta para este proceso de aplicación de este procedimiento para llegar a la construcción de la configuración de acceso a este por medio de la interoperabilidad.

La estandarización es fundamental para el ejercicio de una buena administración. Con una postura basada en la efectividad de los elementos que constituyen el valor de la información que se requiere, con una hegemonía que no sea perjudicial, ni limitativa, sino que vaya en razón a la funcionalidad de un marco de puente para la conectividad de los datos esenciales, para ejercer la actividad administrativa, en la función de la administración pública con la interrelación en los demás poderes, como una vía de acceso para una gestión adecuada a los pasos de los diferentes espacios digitales que debe tener injerencia el Estado, en particular en las políticas que se deben matizar en la administración pública; es por tanto un parámetro del comienzo de este vía para la acceso entre los diferentes poderes que obtienen información de los particulares.

Es un cambio de estructura y medios en donde se analizan los diferentes aspectos de la funcionalidad de la obtención de esta información proporcionada de manera directa por los particulares, que en el contexto de ésta, se pueda disponer de diferentes canales, medios o espacios digitales que ayuden a generar diferentes sistemas; se marca una infraestructura adecuada para jactarse de esta posibilidad y no tener un atraso tan abismal en la administración pública en este contexto del campo de la digitalización, en particular del metaverso.

Son visiones que determinan el impacto de esta revolución, determinar la posición de los diferentes medios con los que se cuentan para unificación de estándares no tan solo a nivel estatal o nacional sino una visión holística hacia a la globalización en pro de un avance congruente con la competencia de las herramientas tecnológicas que sean competentes para esta dirección de las políticas con tendencia hacia cubrir las necesidades que se produce a causa de la tecnología en los diversos medios que se generan, por lo tanto se necesita una conexión y no solamente establecer un medio para ver el progreso, sino va más allá hacia el contexto de la dinámica de la tecnología y el comportamiento de la

³ MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. *Diario Oficial de la Federación*, 14 jul. 2014. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021, artículo 3 fracción XXXIII. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

sociedad digitalizada para indicar los cánones de estos en el derecho de un marco jurídico que permita a la administración pública ejercer las medidas necesarias en estos espacios.

Determinar un plan para dar las políticas de gestión de la función de la administración pública en donde se manifieste cual es la necesidad del espacio digital “desarrollando prácticas e instrumentos para la participación de la sociedad que alteren las estructuras del Estado, hacia una política y una administración más abiertas”⁴ para que pueda establecer de manera adecuada los lineamientos de la interrelación en él, así como también una organización que cuide los aspectos sociales, culturales, ideológicos y jurídicos que atañen a tal cambio generacional y posicionar al Estado a través de la administración pública como el medio eficiente para conducir los requisitos, gestiones, trámites y medios de acción que los recursos que se han integrado para dar esta obtención de transformación de un gobierno digital puedan tomar en referencia hacia la alineación de la buena gobernanza digital.

Se puede avanzar en el proceso de la obtención de las medidas para captar una mayor apertura o velocidad de la interoperabilidad, pero la funcionalidad es abarcar los diferentes espacios digitales que acarrear lineamientos efectivos para este traspaso de medios que ayuden no solo a un canal o plataforma, sino que sean transversales los datos de los particulares, para obtener una infraestructura en base de estos que sea fructífera con formas prudentes para la confrontación de la protección de datos, que fomenten a dar una seguridad para los usuarios, los intermediarios y todos aquellos que cuenten con dicha información para utilizar de manera eficaz, eficiente y de acuerdo a las necesidades que se vayan externado en este campo de la digitalización.

Las políticas públicas son formas que se deben externar en la gobernanza digital en el contexto de los diferentes espacios digitales tales como la intervención del metaverso y los distintos medios que se van a generar por la introducción de la visión digital, es tan importante producir la confiabilidad en estos, además de poder utilizar la información de datos que los particulares de manera propia generan en determinación de una veracidad de la identidad y no proporcionar esta información en varios medios de obtención de captación de estos, así como las características de los usuarios, estos son medidas que se deben planear para tener una buena gestión pública y una determinación de enfatizar en la utilización adecuada de los datos proporcionados en una sola.

En el contexto actual, la realidad de implementar tecnología en las actividades del acontecer diario de la sociedad se ha tornado hacia la digitalización y los parámetros de las condiciones, actos, hechos y formas de cómo se ejerce por esta vía de estrategia con la

⁴ CAMARGO PENTEADO, Claudio de; TAVARES, Wellington. Democracia en sociedades digitales. In: BRUGÉ TORRUELLA, Joaquín; MARTINS, Simone; PINEDA NEBOT, Carmen (coord.). *¿Una nueva democracia para el siglo XXI?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2020. p. 53-74. DOI: 10.2307/j.ctv1gm01b0.7. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm01b0.7?seq=1>. Acceso en: 17 oct. 2023.

organización que permita no solo una mejora, sino una integración adecuada de los datos de los usuarios y que se puedan visualizar en los diferentes ejercicios de los medios que deben estar presente en la administración pública, dependencia u órganos del poder del Estado, esto da una viabilidad que se debe externar como un objetivo en los planes del desarrollo que se contemplan.

Es decir, ya no se puede abarcar solamente en e-gob, gobierno digital, sino que se requiere la composición de una sociedad estandarizada por actividades en medios digitales que ayudan a formalizar actos, hechos que provocan situaciones jurídicas, por tal razonamiento se deben enfocar en estos objetivos y no ir apagando situaciones que ya deberían estar regularizadas, la meta debería ser ir a la par de la tecnología con reglas, normas competentes para la obtención de faces que sean enfocadas hacia la obtención de una buena administración en los diferentes niveles que ejercen la comunicación a través de la interoperabilidad, que deje esta accesibilidad para transmitir los diversos contenidos de datos que se gestionan a través de ella.

Es de gran relevancia la composición de la contextura de la manera de cómo se va compartir dicha información en los diversos espacios digitales que se construyen, la manera de programar la implementación en la gobernanza digital y considerar este punto como algo relevante para la estructura de la validación de este para continuar con una eficientización y entablar las rutas adecuadas como los medios para ejercer políticas públicas congruentes con el desarrollo, control, manejo, distribución, características fundamentales para la entrega, recepción, transformación, manejo, modificación, consulta, transparencia de los datos que son proporcionados en las diferentes vías que se conectan en las gestiones pertinentes que hacemos como particulares para acceder a las funciones de la administración pública.

La concepción de una temática de la digitalización en las actividades propias de la función pública tiene la tarea de observar y estudiar el factor cambiante dentro de estas formas de ejercer la comunicación que es por medio de la interoperabilidad; este ayuda a entender el desarrollo del intercambio de la información, de la comunicación, de la captación de los datos necesarios para realizar las gestiones y trámites correspondientes, así como también ejerce las medidas de los estándares de protección a los datos que nos ayuda a dar pauta para ejercer esta vía de comunicación.

Para lograr obtener un correcto funcionamiento en la actualidad a través de la interoperabilidad y en referencia del almacenamiento de la información de los datos, son diversas bases datos que se requieren para esta fase, es “replantear la calidad, la cantidad y la calidez del Estado para no solamente ampliar su cobertura, sino democratizar el acceso el

uso, el beneficio ciudadano”⁵, se confirma que no puede con la injerencia de contar con un modelo que contenga la infraestructura tecnológica para dirimir todos las actividades, por tal razón al día de hoy este desafío es por medio de alternativas que ayudan a dar este paso de cómo utilizar clúster y grids es la forma de como ejecuta para dirigir la dimensión de la contemplación del soporte del diseño para las diversas áreas de conectividad y componentes para dirigir la operatividad de la infraestructura digital que ayude a la gestión tanto de la Administración como de las diferentes áreas que deben interactuar con los particulares en sus diversas formas que adquiere por esa comunicación con el Estado.

La tendencia es potenciar el uso de las herramientas de la tecnología con una visión de ofrecer la disponibilidad de la seguridad de la protección de los datos e intimidad de aquellos que acceden a ella; aquellos servicios que se manejan por parte del Estado deber ir acorde a la par de la innovación, pero contenido en los lineamientos de la normatividad en referencia para brindar estándares acorde a una globalización que vaya con definiciones no solamente del uso, sino en referencia a la responsabilidad, derecho del olvido, almacenamiento de datos, protección de datos con directrices sólidas a un funcionamiento de objetivos a planes estratégicos para determinar las formas de la posición del Estado, en particular de la administración pública en contexto de los espacios digitales que se convergen en la actualidad, tales como el metaverso.

La operatividad en el marco que señale las medidas necesarias para una coordinación global en el aspecto que delimite las pautas de las reglas para esclarecer las metas para la configuración de una transformación en la administración pública digitalizada, no tan solo el converger con el uso de la tecnología o tener presencia dentro de los parámetros de una página, redes, chatboot o espacio digital, sino en un contexto hacia una visión multidisciplinaria que contenga los lineamientos para considerar una buena administración al expresar las acciones oportunas para dar este cambio hacia conductos que ayuden a dar proximidad a la administración pública así como a los demás poderes y órganos del Estado.

El fundamento principal de las políticas públicas en torno a la administración pública y su injerencia en la digitalización de los espacios tridimensionales, es el contexto de un diseño de políticas que vayan dirigidas hacia registros, almacén, servicios, lenguaje, software, hardware que sean competentes para un solidificación de una arquitectura que ayude a generar este gobierno abierto con una tecnología apta para los diferentes escenarios que se presentan en la gestión de la función administrativa.

⁵ GALARZA, Ramón; TORRES, Pablo Gentili; ARATA, Nicolás. El buen gobierno y la revolución de la democracia. In: GALARZA, Ramón; TORRES, Pablo Gentili; ARATA, Nicolás. *El sentido de lo común: pensamiento latinoamericano*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2018. p. 165-174. DOI: 10.2307/j.ctvn96ffs.13. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvn96ffs.13>. Acceso en: 17 oct. 2023.

Esta revolución industrial ha cambiado la manera de trazar la gobernanza a contemplar los elementos de la digitalización, además de configurar los diversos espacios digitales que se provocan por el contexto de la evolución de la tecnología, con política hacia una tendencia a la globalización que en estos se vayan a resolver de manera estandarizada, ordenada y legitimada, que permita ejercer un control efectivo, eficiente y determinante para la regulación.

4. VALOR PÚBLICO COMO FUENTE DE CAPTACIÓN DE RECURSOS ECONÓMICOS

La tendencia de las políticas públicas se acuñan en el aprendizaje de los cambios sociales que externalan el comportamiento; en este siglo el Estado ha girado a no tener una forma de autoritarismo, sino en la visión de la transformación que incurren al uso de la tecnología en los procesos de la construcción de los parámetros de la función pública transparente como una forma de “participación y el control social se vuelven un medio para que la sociedad civil construya una democracia efectiva, representando los interés del colectivo y convirtiéndose en un espacio de diálogo, tolerancia y reconocimiento”⁶ es decir, con procesos de participación ciudadana.

Lo anterior se visualiza al momento que se produce en la gestión, trámites, procedimientos, requerimientos, avisos, actividades que se proporcionan para efectuar el cumplimiento del interés colectivo, que va con el principio de ejercer de manera clara, precisa los razonamientos de los fundamentos de las actuaciones de los servidores públicos que dan acceso a los procesos de las actuaciones como medidas del cambio en la utilización de las herramientas tecnológicas.

En este cambio de modelos de sociedad se le da un valor a la obtención de los datos y a la transparencia de las actuaciones de los servidores públicos que se entablan en la estructura del marco en la normatividad, circulares, reglas, manuales en referencia a la actuación de la gestión para denotar cuales son los objetivos y los medios que se deben ejercer para la obtención de los recursos que son necesarios para lograr la satisfacción del interés común; se constituye el postulado en la tendencia de un enfoque eficaz, transparente, eficiente, con la utilización de los recursos económicos, financieros, humanos, que sean

⁶ GONZAGA MARTIN, Débora; MARQUES FERREIRA, Marco Aurélio. Democracia participativa y control social en las políticas públicas. In: BRUGUÉ TORRUELLA, Joaquín; MARTINS, Simone; PINEDA NEBOT, Carmen (coord.). *¿Una nueva democracia para el siglo XXI?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2020. p. 157-170. DOI: 10.2307/j.ctv1gm01b0.13. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm01b0.13>. Acceso em: 17 oct. 2023.

congruentes con lo efectuado. Se ha formulado la teoría de la racionalidad y educación de la buena administración que brinda este cambio en la contemplación de la teoría del valor.

El valor público ejerce una condición predominante en referencia con los datos que son proporcionados por los particulares, ya que a solicitud de la actuación frente a la función de la administración pública, de aquella información que es obtenida a través de las plataformas o través de los medios de la utilización de las herramientas tecnológicas, con fines que se derivan de la capacidad del desarrollo de la actividad del Estado, la confrontación de la satisfacción de los particulares con el Estado para sostener los principios actuales que se guían para la gestión con las vicisitudes actuales del comportamiento en el contexto digital y las referencias de la protección de datos con la seguridad de estos, son los retos actuales de las políticas públicas en el tema de la relevancia de los espacios tridimensionales.

La organización y estructura de la administración pública es una modificación por factores que se externalan en las diferentes posiciones, es decir, se caracteriza por cuestiones de límites de acciones que se denominaban como discrecionales, al dejar la métrica de las mediciones para tomar este tipo de libertad al momento de una toma de decisión; ahora se marcan los límites y las condiciones para no vulnerar los derechos de los particulares y se ha logrado el avance a una administración eficaz y con transparencia que se enfatiza a través de las normas, reglamentos, leyes, lineamientos que convergen a las acciones de esta en la función administrativa.

La fase del desarrollo hacia el cuestionamiento de las acciones del porqué de la actuación del Estado o solicitar esa medición de la decisión efectuada, ha sido como se ha logrado la efectividad en la función administrativa, a través del parámetro al ejercicio de la inclusión del principio de transparencia y del gobierno abierto, que nace en la etapa del desarrollo de la tecnología con ayuda de observar los medios, formas y estrategias que culminen para efectuar dicha actividad.

Es así como el valor público que “constituye una obligación para quienes están a cargo de gestión pública, porque los mismos laboran con fondos públicos, los cuales les pertenecen a la población y por ende deben estar orientados hacia ella en general y específicamente a los sectores más deprimidos y no a otros fines, menos aún, cuando los referidos “otros fines”, postergan y desnaturalizan la finalidad que abraza la función pública”⁷ toma relevancia como punto de partida en las situaciones, problemas, líneas, parámetros que se deben considerar en las directrices a seguir dentro de las políticas públicas, que estas sean competentes para ejercer los resultados que atiendan a las vicisitudes actuales

⁷ TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Nueva manera de generación de valor público en las contrataciones con el estado. *El Terno*, Perú, 2016. Disponible en: <https://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/valor-publico-en-las-contrataciones-con-el-estado.html>. Acceso en: 17 oct. 2023.

en la relación con las interrelaciones de la actividad tradicional y digital que conllevan al campo de la función del Estado y a la consideración de los objetivos de esta.

El valor público empieza en la búsqueda del sentido de la implicación de las herramientas tecnológicas en la función de la administración pública y a considerar a éste parte fundamental de la obtención de los datos que se consigan en estos como cadenas de bloque de información que se almacenan en las plataformas utilizadas para ejercer la gestión correspondiente, dando cambios en la estructura digital de un gobierno electrónico hacia lo digital; se tienen variantes en el ejercicio del control de estos sistemas con diversos servicios de softwares que se van diseñando acorde a los avances de la tecnología; la posición del Estado en el contexto digital en referencia a los factores para la determinación de la configuración de este son variables que se deben organizar y estructurar para señalar una gobernanza acorde a la situación actual de la sociedad.

El valor público se asume dentro de las cadenas de bloques que aplican en las plataformas, redes, medios digitales o el uso de estas, consistente para las asignaciones de las diversas gestiones de la administración pública; es por tanto que dicho modelo de captura de información es un punto sobresaliente y que dicha confiabilidad y resguardo de esa información funge como medio de práctica de posicionar la estrategia para generar el consentimiento, no solamente por normatividad, sino con la confianza de los usuarios (particulares) de estos para dar este paso del registro de la información y esta será de gran valor para determinar las necesidades del interés colectivo, que sea confiable y determinante para capturar, almacenar, gestionar, permitir, trasladar esa información sin sobrepasar alguna situación adversaria como robo, trasquilar, modificar u omitir datos de los proporcionados que acarrearán situaciones que pueden variar los registros, las solicitudes o cambiar los parámetros del uso de estas gestiones.

Esto permite analizar la protección de los datos y la viabilidad de la administración pública para generar la seguridad y transparencia de la trazabilidad de estos hacia la intervención en los diferentes procesos de la gestión pública; con el elemento de la interoperabilidad que causa esta conectividad con las demás áreas, se puede visualizar no tan sólo en el área local sino hacia una globalización que con lleva una unificación de criterios, estándares; el valor de estos datos es importante como la postura de la información que contiene hacia la función de la administración pública y la implicación de la responsabilidad en caso de ser vulnerables y las alternativas de estas para su defensa.

La tendencia de la captación de la información es un punto relevante en esta época siendo un factor la construcción de segmentos que se obtienen de estos a través de la aplicación de los sistemas para el desarrollo de un gobierno digital y que ayudan las acciones hacia la transparencia pero con las limitaciones de la seguridad de la información obtenida, en la transformación de los datos que son proporcionados por las cadenas de valor, así como la transmisión de la información consiste en una de la limitación de converger en

las políticas públicas las situaciones adversas a que los sujetos que intervienen caigan en ellos, siendo principal el estudio para evitarla.

En estos momentos las políticas públicas van dirigidas a este valor que se enfatiza en la información de ocupar no solamente la razón de la seguridad y confiabilidad de los softwares que se implementan en la virtualidad del metaverso o del gobierno digital, sino debe versar hacia aquellas medidas de consideración de los sucesos a denotar irregularidades o transformación de manera incorrecta de la información, ya sean por factores externos, o por situaciones que modifican los algoritmos raíz de las plataformas o páginas que crean la identidad de los sujetos dentro del metaverso, es una de las problemáticas actuales de aquellas situaciones que debe ser orientadas al uso de las herramientas tecnológicas, al manifestar supuestos jurídicos que contengan las causas de estos competente en estos espacios tridimensionales.

Una de las pautas que maneja esta transformación de señalar el gobierno digital a pasar a la transformación del metaverso son impulsos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) para medir las injerencias del cambio de las actividades económicas desde la perspectiva actual hacia la digitalización; es un proceso de sucesos hacia la construcción de la era del sometimiento de la inteligencia artificial, de las medidas de la utilización de la tecnología, del cambio del valor de los datos como una monetización económica por la información que arrojan estos, así como considerar los principios de transparencia, gestión dinámica, eficiencia, eficacia y control en el medio digital.

A partir de estos principios y mirar hacia las gestiones prudentes para solidificar a un Estado digital, es lo que permea esta visión de las políticas públicas que deben contener el impulso no solamente hacia la competitividad del sector económico o de estrategias para desarrollar los softwares acordes a la necesidad de ejercer el espacio tridimensional, sino contemplar por medio de encuestas, indicadores, mediciones que son las situaciones adversas a que se someten, o que aparece en este. Se debe establecer una forma sostenible al uso de las herramientas tecnológicas que observa la administración pública, la cual en su visión y objetivos expresa como se externa el avance de la revolución digital, por lo tanto, este conjunto de necesidades, van hacia los puntos de interés que se deben normar para una igualdad, seguridad, convicción, gestión adecuada del uso del derecho digital en la función de la administración pública.

Es así como la situación que se debe examinar no solo son los cuestiones de un país, sino que versa hacia una globalización, que comprende los comportamientos de la difusión de los derechos, obligaciones, deberes, responsabilidades, derrame económico, distribución de la riqueza y todo aquello que atañe a una buena administración; las políticas públicas deben ir acorde hacia una gobernanza digital que organice y contenga los principios de la planeación y desarrollo del valor público contenido en los datos que se otorgan,

así como la estructura de la identificación de los sujetos para acceder al espacio digital denominado metaverso, para enfatizar una capacidad acorde a esta necesidad.

En la actualidad el gobierno no solo debe manejar políticas hacia una estrategia digital sino debe mirar cual es la manera de comprometerse con el desarrollo y los cambios constantes en este parámetro digital, así como marcar los valores, principios, retos y sobre todo generar la cultura de la educación y desarrollo digital; en efecto la revolución industrial de este siglo está aparejando en la transformación de los cánones digitales y atañe aquellos comportamientos que conciben tales capacidades pero para mantener un liderazgo en la figura de un Estado digital “no es que se pretenda que las máquinas gobiernen al mundo sino de lo que se trata es de comprender y ver la influencia de ellas en la vida estatal como un instrumento que simplifican al hombre sus labores”⁸ debe versar hacia una organización que maquine las condiciones actuales que conlleve a una distribución capaz de este ente en la organización de la sociedad.

Se va a posicionar hacia una consolidación de lo digital como medio de operar las gestiones y administraciones del Estado, por lo tanto se debe buscar lo idóneo para un buen gobierno que “se convierte en un elemento esencial para la legitimización del autonomía pública”⁹, acerca de las consecuencias en esta vía de acción o enfoque que se determinen las situaciones jurídicas que se transforman en cadena de valores que son proporcionadas por los usuarios y la tecnología en la nueva política y de manera tajante para desarrollar la visión en la integración de valores digitales en la concepción del derecho digital y del Estado digital como un conjunto de preceptos a establecer para marcar el paradigma de acción.

Al arbitro de esta forma en las políticas públicas no se puede ahondar en la estructura actual de la organización del Estado, es decir, en México se contempla una distribución de la administración pública centralizada y paraestatal, no encaja esta vía en la proliferación del derecho digital y más sin contemplar una visión globalizada, es por tanto que tampoco se ajustaría dentro de los órganos constitucionales autónomos que es una diversa distribución del poder; tenemos que pensar en “modelos de organización menos jerárquicos y centralizados, más horizontales y participativos”¹⁰. Se contempla la forma de como el derecho construye un Estado Digital que tenga esa flexión para los cambios tajantes en esta materia.

⁸ MEZA SALAZAR, Martha Alicia. *Estado telemático (ciberestado) y teoría del Estado*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021. p. 195.

⁹ MATUTE GONZÁLEZ, Carlos Fernando. *El estado de las autonomías y el buen gobierno*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018. p. 116.

¹⁰ SIERRA CABALLERO, Francisco. Un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina. El retorno a Atenas: democracia participativa y cultural digital. In: GUAMÁN, Adoración; PRONER, Carol; RICOBOM Gisele. *Lex mercatoria, derechos humanos y democracia: un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2021. p. 339-374. DOI: 10.2307/j.ctv2v88fhh.21. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv2v88fhh.21>. Acceso en: 17 oct. 2023.

Para fomentar el desarrollo y parámetro al conceder en la visión del metaverso como en los diferentes espacios digitales que se crean, la administración digital deberá enfatizar su competencia para dirimir las diferentes versiones y se logrará con la creación de una institución que contemple las directrices de manera global para el desarrollo del uso de las herramientas tecnológicas.

Por tanto, las políticas públicas deben señalar una nueva versión de las áreas de la administración pública que soporte el cambio de esta revolución tecnológica con jurisdicciones competentes para tomar las medidas, competencias y planes que vayan acorde a la necesidad precisa del momento; es una conmutación de la conjetura del desarrollo de la gestión, función, parámetro de la función de la administración pública, pero se debe fortalecer el área competente para tomar dichas consideraciones en las otras dependencias, administraciones que no están directamente en las políticas de la transformación del sector público, con el paradigma de una gobernanza digital.

Es decir, esta vía de cambio de gestión en la implicación de la transformación de la administración pública no tan solo es la digitalización, sino la conceptualización de un espacio más allá de lo observado y girar en las métricas que se deben contemplar en el metaverso como situaciones a profundizar en el diagnóstico de la productividad de éste y el desarrollo competitivo del Estado.

La gobernanza digital es la manera de liderar este medio de acción de la administración pública en concordia con la política pública que se genera para que no solo obren en la capacidad económica sino también vaya girado hacia la productividad del Estado en beneficio del interés común, así como gestionar las funciones en dicho espacio y en aquellos que se contemplan para la interacción del concepto del Estado Digital.

En la construcción de una regulación de la función de la administración pública aplicada a las políticas públicas deberá ser coherente, capaz, dinámica, emergente, eficaz de aquellos proyectos que surgen de las agendas que se planean estas acciones como una manera de modelos, formulación, proyectos y visión hacia el futuro de la gestión y construcción de una administración pública digital.

La particularidad de las políticas públicas de la administración pública en la gestión de la transformación digital toma como una medida en la gobernanza digital, en el espacio tridimensional de la construcción del metaverso, pero ¿cuáles serán los beneficios que contenga esta metamorfosis? No tan solo se piensa en la parte de la utilización de la tecnología sino además de aquellas convicciones en la potencialidad de la capacidad jurídica de las personas hacia la manera de intervenir en este medio digital; es importante señalar la competencia para su interacción en componentes de un avatar para acceder a este. Estas medidas de acción y la posición de la administración pública para concebir estos cambios son las guías que se deben someter las políticas públicas, son los retos actuales de la ad-

ministración pública para concebir los espacios y los cambios que se requieren para tener un Estado que se ajuste a las necesidades actuales.

Es algo que no es tangible, no se percibe a simple vista la manera de la interacción del metaverso, pero a través de la tecnología esta concepción se realiza, ya que se produce con la aprobación de la identidad del sujeto por medio del avatar correspondiente y es la implicación del consentimiento de la voluntad para producir consecuencia; falta la norma competente para la categoría de jurídica, esta percepción es la que se debe estampar en la normatividad correspondiente para disminuir riesgos no solamente de ciberseguridad, hackeo o cambio de identidad, sino mirar hacia la concepción de estos supuestos jurídicos que sean acorde al acceso de esta vía, pero con la confianza de resguardo de los hechos, acciones, actos, responsabilidades, obligaciones, derechos y facultades que se pueden engendrar de esta vía.

Los estándares para una composición efectiva en el enfoque del Estado con la gestión de la función de la administración pública, ha quedado rezagada y para lograr este cambio del posicionamiento de la producción de hechos generadores en tal espacio, así como especificar las condiciones para la utilización de este medio, se necesitan las normas y la legitimización de este.

Estos retos que se presentan con la revolución industrial en el uso eficiente de las herramientas de la tecnología, el cambio de visión hacia los espacios no tangibles pero existentes por la digitalización, son las directrices del accionar del desarrollo, no tan sólo económicos, sino que además abarca el ámbito de la competencia social, cultural, política, normativa y la función operante del Estado por medio de la gestión de la función de la administración pública; estas medidas son la atención que se deben concebir al momento de construir una relación de los factores con las políticas públicas que incumbe converger en el plan nacional de desarrollo para dar una probabilidad eficiente a este cambio.

Los objetivos, misiones, visiones se van a delimitar con las fronteras de las condiciones de la implicación de la tecnología acorde con el alcance de la evolución de esta en referencia a la capacidad de engendrar situaciones que no se perciben a simple vista, pero se constituyen en la virtualidad; por esto un gobierno digital es la templanza actual de la capitalización del sector digital en la función de la administración pública como medio de acción del Estado Digital.

Es así como se deben fortalecer las demandas en la tendencia de igualdad de oportunidades en la vía de la gestión de la administración pública y no se orienta en un estado de transparencia de la información de los datos; se sigue el pensamiento de Weber al externar que en efecto la progresividad del comportamiento de la sociedad es la manera de sustituir

acciones que permiten el desarrollo económico y tecnológico de acuerdo al raciocinio¹¹, con esto provocarla implica todas las acciones que se puedan generar para innovar esta mutación de la interacción del derecho y los demás factores que influyen por la composición del uso de la tecnología en estos servicios, trámites, gestiones, necesidades, políticas públicas, tendencia, lineamientos, condiciones, principios, valores que se deben enfatizar para dar pauta a la apertura de la transformación al Estado Digital.

Masificar la sustentabilidad de la acción de este cambio de paradigmas, políticas públicas, líneas de acción del Estado Digital que cooperan con los factores de la transformación, ya no tan solo en la vía que se contiene una normatividad que no causa efecto en los particulares, es decir se requiere la convicción de estos para ejercer estos lineamientos que se otorgan por parte del Estado y dar la confiabilidad de la ejecución y la soberanía para ejercer las condiciones oportunas de mirar hacia el bien común, son uno de los pilares de la construcción de esta recorrido de no perder de vista la manera de la edificación de esta persona jurídica denominada Estado, para gestionar las coacciones que sean prudentes para dirimir las controversias que se susciten en torno a las relaciones que impliquen en los espacios digitales.

La evolución atañe los cambios que surgen de las acciones que se implican en el espacio virtual; se deben considerar los elementos como la fase de la observación para una construcción digna del Estado Digital en la posición actual de las políticas públicas con los indicadores fehacientes del desempeño de los sujetos que interactúan en este, así como destacar los cambios, diferencias, vicisitudes de aquellas situaciones adversas que se presentan para delimitar las inconsistencias y mantener el orden público en la digitalización en los espacios que se crean a través de la virtualidad, este desempeño capaz de generar la confiabilidad en los usuarios y la capacidad del Estado para entender el campo de acción de este en la vía digital.

Las bases para la construcción de un Estado Digital en los espacios digitales es una prioridad en mirar los diseños, las medidas, los usos, la información que contiene para la sistematización de una gestión pública de manera global y analizar los programas acordes a este espacio gubernamental con la evolución de la tecnología y de la información que se puede generar, brindar, proporcionar, tomar y resguardar para la evaluación de los programas que se deben ejercer para una buena administración.

Con estas contribuciones se ejercen los componentes no solo tecnológicos, normativos o de funciones de la administración pública, sino que va más allá hacia una adecuación de la función del Estado para la interacción con las políticas públicas en la ejecución de los espacios digitales que se abren por el desarrollo de la tecnología.

¹¹ BAKER, Chris. *Cultura studies: theory and practice*. 5. ed. London: Sage, 2016. p. 136.

La manera de transmitir las obligaciones, responsabilidades, facultades y deberes los sujetos se atañen no solo aquellos que intervienen en la construcción de dichos espacios o en la participación en esta vía, sino va más allá en las reglas, normas, principios, acciones que el Estado debe concebir para su actuación frente este grupo con una finalidad concisa, que es el resguardo de la seguridad de las relaciones que se presenten para no vulnerar los derechos de quienes interactúan en este.

El Estado no solamente tener un cambio de un gobierno abierto o transparente, sino debe tener una presencia de soberanía con las herramientas necesarias para inmiscuirse en la protección de los derechos de los sujetos que se encuentran en los espacios digitales, con instrumentos idóneos que pueda introducir en la regulación correcta de estas relaciones y poder transformar este espacio en la visión de una construcción de los procesos por medio de normas competentes para regular la actividad del Estado con el objetivo de una transformación que vaya acorde con el fin común, que no hay que perder de vista esta finalidad para una convivencia pacífica en este espacio digital.

El cambio no es ahora un gobierno abierto que representa la transparencia de la gestión de la función de la administración pública, sino en el desarrollo de la tecnología se deben analizar los fenómenos de los espacios digitales que van implicado una mutación de regulación de los efectos, consecuencias, causas, desarrollo de este en el espacio digital; esto es una capacidad de gerencia que el Estado debe asumir para cumplir con su finalidad en la postura de la unión de los particulares(pueblo) en constituirse en un Estado que sea soberano para someter a las vicisitudes a las reglas capaces de generar un control en las actividades del desarrollo que se presenta en la comunidad, para proporcionar una paz social, económica, cultural, política con los derechos acorde a tal situación.

Es importante destacar las capacidades actuales que el Estado tiene para el control de los cambios, movimientos, gestiones en la digitalización son precarias y con apoyo de terceras personas, por eso la importancia de erradicar esta situación con las estrategias correctas para inferir en la postura de la concepción de la soberanía y mantener el orden público a raíz de las políticas públicas acorde a la transformación de las herramientas digitales, su uso, constante evolución y correcta aplicación de los servicios que se requieren para la administración de la función pública.

No se trata de un cambio de normatividad sino en conciencia a la vicisitud actual de garantizar un desarrollo en las actividades de la sociedad por medio de los espacios digitales que son funciones acordes a dictaminar para engendrar los lineamientos, principios de estos en la norma que se aplica para su interacción, con el objetivo de marcar los límites, condiciones, consecuencias, beneficios que se perciben en estos, con la idea que el Estado es quien se debe capacitar para requerir las actualizaciones de estos medios y así tener un espacio funcional.

Una constitución especial en este espacio digital va a ser el liderazgo que se incuba por parte de la administración pública en la introducción de la figura que resida en el centro de la posición al Estado con la tendencia hacia la sostenibilidad de los factores acorde para el crecimiento la eficacia de la sociedad digital; con la consolidación de la implicación de esto y los movimientos necesarios para llegar a alcanzar esta capacidad gerencial en las políticas públicas como la disposición a las consideraciones de la gobernanza digital en los espacios digitales entre ellos el metaverso que es la modernización de la manera tridimensional que se gestionan acciones competentes para la administración pública a regularizar.

El sector público tiene que movilizar su capacidad de gestión de impulso coherente con la regulación del estudio de estándar para generar políticas públicas competentes para la movilidad, formulación, coordinación, identidad, transformación, operatividad, gestión, diseños, planes, evaluaciones, seguridad, recursos humanos, políticos, económicos, así como el avance de estos factores que influyen en el desenvolvimiento de la actividad de las sociedades actuales, en la postura de la intervención de los factores tecnológicos en las relaciones jurídicas.

La función de la administración pública debe ir acorde a una unificación en las bases para la construcción de políticas públicas con una visión global, sujeta a las recomendaciones que se efectúan en los diferentes espacios que se congregan; dicho temas se desarrollan en congresos, convenciones, reuniones para enfatizar agendas globales y se generan medidas que trasciendan en una medición en los procesos que se requieren para la adaptación de los espacios digitales.

Los esquemas, arquitectura y diseño de esta vía de acción de los espacios digitales, es la planeación coherente de la necesidad como medio de efectividad del control del Estado con el objetivo de fomentar el interés colectivo hacia el bien común, como la transición de un modelo tradicional hacia la vía de una gestión a la digitalización, que las relaciones que se deben someter sean operantes y determinen un desarrollo fructífero para quienes participan en estos espacios digitales.

Estos procesos de adaptación a raíz de la revolución digital es lo que se señala como un desafío en la gobernanza digital en el metaverso; el análisis de una postura de sostenibilidad de la administración pública en sus funciones, siendo este el rol que se debe asumir en un marco normativo con efecto y que reúna todas las características para su efectividad legal. Pero lo más importantes es la aceptación de la sociedad para efectuar lo contenido en este y la trascendencia radica en la consideración oportuna para su transcripción en los preceptos legales operantes para una vía de acceso ágil, fácil, contundente para su realización y manifestación acorde a las relaciones jurídicas que se emprende en este espacio digital.

5. CONCLUSIÓN

Las políticas públicas, en referencia a la gobernanza digital en la contemplación de los espacios tridimensionales como parte estratégica de la administración pública, son razones para determinar el accionar de esta vía para comprender la adaptación de la misma.

Se puede observar el cambio de los factores que atañen en la revolución industrial a la función de la administración pública, no se necesita un cambio de lo tradicional o traspasar hacia las diferentes vías de accesos o interacción en lo digital, sino converge en pensar y actuar con los nuevos escenarios para llegar a manifestar los supuestos jurídicos correspondientes.

Es tanto así, que las actividades que se externalizan como apoyo para efectuar el plan de desarrollo del país deben ir aparejadas hacia no tan solo la competitividad económica, sino versar en la era digital y esclarecer con reglas prudentes las vías de acción de esta postura para la transformación del Estado y no simplemente en la utilización de las herramientas tecnológicas o espacios digitales como terceras personas.

Es importante destacar que la configuración del pueblo (usuarios digitales) al momento de concebir la esfera de los derechos, se subrogaron a la figura del Estado para su resguardo en situaciones adversas, adjudicando la soberanía y el poder de la coacción en situaciones de irregularidad o funciones que no competen en su hacer o no hacer.

Por lo tanto, estas políticas públicas deben ir acorde al modelo de un Estado Digital Flexión, que contengan los cambios estructurales y de organización del Estado para soportar las diversas actividades que se gestionan dentro del espacio digital.

REFERENCIAS

BAKER, Chris. *Cultura studies: theory and practice*. 5. ed. London: Sage, 2016.

CAMARGO PENTEADO, Claudio de; TAVARES, Wellington. Democracia en sociedades digitales. *In: BRUGUÉ TORRUELLA, Joaquín; MARTINS, Simone; PINEDA NEBOT, Carmen (coord.). ¿Una nueva democracia para el siglo XXI? Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2020. p. 53-74. DOI: 10.2307/j.ctv1gm01b0.7. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm01b0.7?seq=1>. Acceso en: 17 oct. 2023.*

GALARZA, Ramón; TORRES, Pablo Gentili; ARATA, Nicolás. El buen gobierno y la revolución de la democracia. *In: GALARZA, Ramón; TORRES, Pablo Gentili; ARATA, Nicolás. El sentido de lo común: pensamiento latinoamericano. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2018. p. 165-174. DOI:*

10.2307/j.ctvn96ffs.13. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctvn96ffs.13>. Acceso em: 17 oct. 2023.

GONZAGA MARTIN, Débora; MARQUES FERREIRA, Marco Aurélio. Democracia participativa y control social en las políticas públicas. In: BRUGUÉ TORRUELLA, Joaquín; MARTINS, Simone; PINEDA NEBOT, Carmen (coord.). *¿Una nueva democracia para el siglo XXI?* Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2020. p. 157-170. DOI: 10.2307/j.ctv1gm01b0.13. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv1gm01b0.13>. Acceso em: 17 oct. 2023.

MATUTE GONZÁLEZ, Carlos Fernando. *El estado de las autonomías y el buen gobierno*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2018.

MÉXICO. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión. Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión. *Diario Oficial de la Federación*, 14 jul. 2014. Última reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 2021, artículo 3 fracción XXXIII. Disponible en: <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LFTR.pdf>. Acceso en: 17 oct. 2023.

MEZA SALAZAR, Martha Alicia. *Estado telemático (ciberestado) y teoría del Estado*. Ciudad de México: Tirant lo Blanch, 2021.

POLOP, Santiago José. Sobre el concepto de soberanía popular. In: POLOP, Santiago José. *Soberanía popular y derecho: ontologías del consenso y del conflicto en la construcción de la norma*. Córdoba: Centro de Estudios Avanzados de la Universidad Nacional de Córdoba, 2015. p. 17-46. DOI: 10.2307/j.ctv31vqpsz.4. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv31vqpsz.4?seq=3>. Acceso em: 17 oct. 2023.

SIERRA CABALLERO, Francisco. Un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina. El retorno a Atenas: democracia participativa y cultural digital. In: GUAMÁN, Adoración; PRONER, Carol; RICOBOM Gisele. *Lex mercatoria, derechos humanos y democracia: un estudio del neoliberalismo autoritario y las resistencias en América Latina*. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Clacso, 2021. p. 339-374. DOI: 10.2307/j.ctv2v88fhh.21. Disponible em: <https://www.jstor.org/stable/j.ctv2v88fhh.21>. Acceso em: 17 oct. 2023.

TORRES MANRIQUE, Jorge Isaac. Nueva manera de generación de valor público en las contrataciones con el estado. *El Terno*, Perú, 2016, Véase en: <https://www.el-terno.com/colaboradores/Jorge-Isaac/valor-publico-en-las-contrataciones-con-el-estado.html>. Acceso en: 17 oct. 2023.



REGULACIÓN EFICIENTE DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DIGITAL

Vivian Cristina Lima López Valle¹

José Sérgio da Silva Cristóvam²

SUMARIO

1. Situaciones disruptivas y capacidades regulatorias de la Administración en el ambiente digital; **2.** La cuarta revolución industrial, los peligros de la inteligencia artificial no regulada y la necesidad de la resustancialización de la función ordenadora estatal; **3.** Regulación digital eficiente y servicio público adecuado; **4.** Una necesaria conclusión; Referencias.

¹ Profesora titular de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica de Paraná (PUC/PR). Doctora y magister en Derecho del Estado por la Universidad Federal de Paraná (UFPR). Especialista en Contratación Pública por la Universidad de Coimbra en Portugal. Especialista en Derecho Administrativo por el Instituto Brasileiro de Estudos Jurídicos (IBEJ). Coordinadora del Curso de Especialización en Licitaciones y Contratos de la Pontificia Universidad Católica de Paraná. Miembro del Instituto Paranaense de Derecho Administrativo y del Instituto de Derecho Romeu Felipe Bacellar. Miembro de la Comisión de Gestión Pública de la Orden de Abogados de Brasil, sección Paraná. Abogada especializada en derecho público.

² Profesor adjunto de Derecho Administrativo de la Universidad Federal de Santa Catarina (UFSC). Doctorado en Derecho Administrativo por la UFSC (2014), con Doctorado Sándwich en la Universidad de Lisboa, Portugal (2012). Maestría en Derecho Constitucional por la UFSC (2005). Profesor invitado de docencia del Departamento de la Universidad de Buenos Aires (UBA/Argentina). Profesor invitado de docencia del Departamento de la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL/México). Miembro fundador y director académico del Instituto de Derecho Administrativo de Santa Catarina (IDASC). Miembro efectivo de la Asociación de Derecho Administrativo Internacional (AIDA). Miembro honorario de la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo (AMDA). Miembro fundador y director de la Red de Derecho Administrativo Contemporáneo (REDAC).

1. SITUACIONES DISRUPTIVAS Y CAPACIDADES REGULATORIAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN EL AMBIENTE DIGITAL

La Administración Pública Digital exige la identificación de una nueva racionalidad jurídica para la regulación de las innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial, capaz de mantener rígidas las garantías al interés público y al mismo tiempo resustancializar la relación jurídica administrativa para viabilizar el progreso y la satisfacción de los derechos sociales realizados a través de la prestación de los servicios públicos.

Esa resustancialización exige un cambio paradigmático³, en cuanto forma, estilo y contenido, que debe llevar en consideración las relaciones de internalidad y externalidad en el derecho administrativo en la era digital, especialmente considerando las relaciones entre Derecho, Tecnología, Economía, Política y Regulación.

El derecho administrativo organizado según matrices del siglo XX ignora realidades que siquiera tenían consideradas en su existencia hasta mediados del siglo XXI. Las situaciones disruptivas a exigir regulación estatal siguiendo nuevos paradigmas están por todos los lados, fruto de la emergencia tecnológica del siglo XXI. Algunas de ellas apenas como ejemplo:

- a) transporte individual de pasajeros por aplicativos y su encuadramiento jurídico;
- b) utilización de la inteligencia artificial para asistencia de la toma de decisiones públicas a partir de bases de datos virtuales,
- c) Regulación de *fake news*, especialmente relacionadas al procesamiento de imágenes adulteradas y su utilización para influencia en la toma de decisión pública;

³ El concepto de paradigma, oriundo de la historia de la ciencia, puede ser aplicado a la transformación de orientación en el Derecho Administrativo en general y en la función ordenadora y regulatoria en especial. Thomas Kuhn, al construir el concepto de paradigma, lo utiliza en dos sentidos: (i) constelación de creencias, valores, técnicas, etc., compartidas por los miembros de una comunidad determinada; (ii) un tipo de elemento de esa constelación: las soluciones concretas de rompecabezas de ciencia normal. En ese sentido la ciencia se desarrolla en dos fases: a) ciencia normal: ocurre cuando el paradigma es aceptado por la amplia mayoría de la comunidad científica. Los científicos siguen las reglas básicas establecidas por el padrón científico de la comunidad. Esas bases no están sujetas a críticas y cuestionamientos radicales. b) ciencia revolucionaria: cuando no se consigue resolver más los problemas dados a partir de los parámetros del paradigma dominante, se inicia un proceso de crisis. La exigencia de la solución de problemas acumulados permite que se elabore un nuevo paradigma. Ese tipo de ciencia se procesa en el momento del cambio paradigmático. El desarrollo de la ciencia no ocurre gradual y continuamente: su transformación ocurre paradigmáticamente. El nuevo paradigma es delineado a partir de principios diversos del paradigma decadente, de nuevas formulaciones teóricas. Cada paradigma produce sus propias condiciones de científicidad. El concepto de paradigma consiste en un modelo de racionalidad, en un padrón teórico, hegemónico en determinados momentos de la historia y aceptado por la comunidad que lo utiliza como fundamento del saber en la búsqueda de comprensiones y soluciones (KUHN, Thomas. *A estruturação das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003).

- d)** Automación de vehículos (y la necesidad de implementación de seguridad y de revisión de las categorías de responsabilidad civil);
- e)** Direccionamiento de contenidos y de la formación de opinión pública y de grupos específicos a través del análisis algorítmico de perfiles y subjetividades de los ciudadanos obtenidas en las diferentes bases de datos disponibles en el espacio de las redes sociales virtuales;
- f)** Utilización por los Tribunales de Cuentas de robots en el análisis de los procesos de contratación pública;
- g)** Utilización por los tribunales de softwares para la toma de la decisión judicial.

Estos temas exigen nuevas interacciones en la relación entre Estado y Sociedad y nuevas matrices administrativas, con una reconstrucción de varias categorías del derecho público que simplemente no consiguen regular de forma satisfactoria y suficiente las relaciones disruptivas innovadoras, contemporáneas y cada vez más presentes e intensas en el cotidiano de la Administración Pública en el siglo XXI.

En ese ambiente, la protección de datos sensibles y la definición de patrones para la toma de decisión orientados a los parámetros de desarrollo sostenible y del adecuado servicio público establecidos en la Constitución, precisan estar en el centro de la resignificación de la función ordenadora estatal en la Administración Pública Digital⁴. La Ley General de Protección de Datos propicia una importante discusión regulatoria, especialmente en lo relacionado con la exigencia de motivación suficiente del proceso de toma de decisión algorítmica y de la protección de los datos sensibles. Juarez Freitas señala en ese punto, que las atenciones deben estar orientadas para fornecer respuestas a dos situaciones determi-

⁴ Maurizio Fioravanti afirma que la regulación a partir de dimensiones de lo público y privado y apunta que no son otra cosa sino dos dimensiones fundamentales de la democracia y cuestiona si existe un modelo constitucional sobre el cual es posible orientar un correcto relacionamiento entre lo Público y Privado: “las dos dimensiones fundamentales de la democracia, ambas necesarias para la propia vida de la democracia. Por un lado, la libertad de los privados y el principio de la libre autodeterminación de los individuos, por otro, la fuerza y la autoridad de la cosa pública. Ninguna democracia es inimaginable sin esas dos dimensiones. No es por acaso que una de las principales tareas de las constituciones democráticas es aquella que establece el espacio y la profundidad de uno y de otro, de lo Público y de lo Privado, y, por tanto, de establecer también los límites de cada uno, el punto para más allá del cual el Público tiene a exorbitar y a violar arbitrariamente las esferas de los individuos, y el punto para más allá del cual, en la dimensión inversa, la extensión de los poderes de los privados tiende a amenazar la integridad de la cosa pública”. Para el autor, si eso no fuere claro y común, la crisis se instala en las democracias y en el espacio público y en el espacio privado tiene a excederse y a amenazarse recíprocamente, entrelazándose de modo disfuncional, con prejuicio para ambos y para la sociedad civil (FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da Constituição democrática. Revista da Faculdade de Direito UFPR, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013. Disponible em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34862>. Acceso em: 19 oct. 2023.

nantes en el siglo XXI: “La regulación proporcional de las innovaciones y las transiciones efectivas para la sostenibilidad, en sus múltiples dimensiones”⁵.

La construcción de una doctrina de interés público que no se fije en la dicotomía público-privada es indispensable para la construcción de nuevos paradigmas en el derecho administrativo. Rótulos muy estancados segmentan y fraccionan las complejas realidades del ambiente de la inteligencia artificial e imposibilitan una vista más allá del Derecho, sustancializando y resustancializando por la interpenetración de las externalidades de la Política, de la Economía, del Mercado, de la Tecnología y de la propia sociedad civil.

2. LA CUARTA REVOLUCIÓN INDUSTRIAL, LOS PELIGROS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL NO REGULADA Y LA NECESIDAD DE LA RESUSTANCIALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN ORDENADORA ESTATAL

La Cuarta Revolución Industrial posibilita la fusión del ambiente físico, digital y biológico, abriendo espacios para relaciones jurídicas e interacciones inimaginables en el siglo XX. La velocidad, la amplitud y la profundidad de esta revolución exige un repensar del apoyo de la regulación estatal y de la protección jurídica de los individuos. Para Klaus Schwab la Cuarta Revolución Industrial es responsable por el control y la oportunidad de nuevas formas de colaboración y gobernabilidad. Pero alerta por la necesidad de aceptación de una responsabilidad colectiva para la creación de un futuro en que la innovación y la tecnología sirven a las personas⁶.

El ambiente de la inteligencia artificial es el ambiente de una silenciosa y desestructurante revolución del derecho administrativo del siglo XX de base decimonónica, enfocado en el sujeto de derecho “de carne y hueso” y en las relaciones jurídicas absolutamente más simples, directas y no autónomas. La inteligencia artificial puede corromper con la lógica de la pureza de la decisión pública a partir de reales percepciones de la realidad. Abre espacio para la manipulación a partir de preconceptos, sugestionamiento de sesgos inconscientes y tergiversando la voluntad a partir de imágenes preconcebidas de personas, cosas o situaciones, definiendo y limitando personas o un grupo de personas en la sociedad a través de estereotipos. Ese ambiente necesita de otra regulación estatal y otra

⁵ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

⁶ SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

actuación ordenadora, invita a una “osada relectura de la sustancia, el estilo y el método de la regulación estatal, a la vista del fenómeno de las decisiones artificiales autónomas”⁷.

La regulación de la utilización de la inteligencia artificial en la prestación de los servicios públicos, en la formulación de políticas públicas y en la toma de decisión para su implementación es pauta de las más relevantes. Al mismo tiempo, navegar sobre el asunto resulta preciso. El miedo de la utilización indebida de la inteligencia artificial y de la tergiversación de la toma de decisión pública no puede sobreponerse al inexorable progreso tecnológico y a la digitalización del mundo contemporáneo y de las relaciones jurídico-administrativas en el siglo XXI.

Si navegar es preciso, el camino hacia el desarrollo pasa por la investigación de las posibilidades de la regulación estatal en el ambiente de la Administración Pública contemporánea, impactada por la revolución 4.0 y por las innovaciones disruptivas en el ambiente de prestación de servicios públicos digitales. Este es un tema que debe ser urgentemente enfrentado para combatir el abuso de poder, la utilización indebida de datos, la asimetría de la información, y las demás posibilidades tergiversadas de la manifestación y los desdoblamientos de la inteligencia artificial.

Carolina Henrique da Costa Braga apunta que hay cada vez más un uso de algoritmos por la sociedad, analizando el posicionamiento de Jack Balkin sobre la existencia de una Sociedad Algorítmica⁸. Jack Balkin analiza que en la sociedad contemporánea la toma de decisión social y económica ya está siendo realizada por la inteligencia artificial y construye la noción de Sociedad Algorítmica⁹. La regulación de ese ambiente de sociedad basada en algoritmos es tarea del derecho administrativo y debe ser construida siguiendo parámetros de inclusión, no manipulación, dignidad, desarrollo sostenible y derecho al futuro. Una resustancialización de la propia función ordenadora y regulatoria estatal orientada a la atención real y efectiva de los conflictos en el ambiente de servicios públicos digitales, a la preservación de la verdad real en la justificación de la formulación de políticas públicas y de la exención en el campo de la escogencia pública en sus más variadas posibilidades.

⁷ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

⁸ BRAGA, Carolina Henrique da Costa. *Decisões automatizadas e discriminação: pesquisa de propostas éticas e regulatórias no policiamento preditivo*. 2019. 131f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Princípios Fundamentais e Novos Direitos, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019. Disponible en: <http://portal.estacio.br/media/4679621/carolina-henrique-da-costa-braga.pdf>. Acceso en: 15 out. 2019.

⁹ “Indeed, we are rapidly moving from the age of the Internet to the Algorithmic Society. We will soon look back on the digital age as the precursor to the Algorithmic Society. What do I mean by the Algorithmic Society? I mean a society organized around social and economic decision making by algorithms, robots, and AI agents, who not only make the decisions but also, in some cases, carry them out” (BALKIN, Jack M. The three laws of robotics in the age of big data. *Ohio State Law Journal*, Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper n. 592. v. 78, aug. 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2890965>. Acceso en: 5 out. 2019).

Esa revolución 4.0 no exige apenas un nuevo modelo regulatorio de prestación de servicios públicos. Exige una reestructuración de los pilares de la función de la regulación administrativa. Un abandono de conceptos tradicionales creados para atender las realidades que ya no existen más. En jaque, está la presunción de legitimidad y de veracidad de los actos administrativos, la motivación y el deber de fundamentación de la toma de decisión, la publicidad del camino lógico de la decisión algorítmica, la noción de servicio público adecuado, la proporcionalidad en la regulación, la propia noción de la función ordenadora, los contornos de la responsabilidad civil extracontractual, más allá de los nuevos desafíos de impersonalidad, buena fe, seguridad jurídica, eficiencia, juzgamiento objetivo y moralidad.

La efectividad de la toma de decisión pública delante de decisiones algorítmicas es igualmente objeto de cuestionamiento y análisis delante de las inmensas posibilidades descontroladas por la inteligencia artificial¹⁰. Cass Sunstein apunta para esas preocupaciones en el ámbito regulatorio y defiende que la actuación del gobierno debe corresponder con la generación de automatismos enfocados hacia la simplicidad, donde servicios públicos deben ser identificados de modo natural e intuitivo por los ciudadanos¹¹.

Diversos son los espacios de utilización de la inteligencia artificial internalizados en el cotidiano de la Administración Pública que necesitan de un análisis. Un buen ejemplo es la utilización por el Tribunal de Cuentas de la Unión de tres robots: Alice¹², Sofia¹³, y

¹⁰ Juarez Freitas indica una interesante lectura sobre los hallazgos que permiten el empleo responsable de los algoritmos: HILBERT, Martin; AHMED, Saifuddin; CHO, Jaeho; LIU, Billy; LUU, Jonathan. Communicating with algorithms: a transfer entropy analysis of emotions-based escapes from online echo chambers. *Communication Methods and Measures*, v. 12, n. 4, p. 260-275, 2018 *apud* FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. También es relevante apuntar los análisis de Cass Sunstein, que igualmente apuntan para esas preocupaciones. SUNSTEIN, Cass. *Going to extremes*. New York: Oxford University Press, 2009.

¹¹ SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. Nova York: Simon & Schuster, 2013. p. 222.

¹² Alice está activa desde febrero de 2017 y “é um acrónimo para Análise de Licitações e Editais. O robozinho lê editais de licitações e atas de registro de preços publicados pela administração federal, além de alguns órgãos públicos estaduais e estaduais. Para isso, coleta informações do Diário Oficial e do Comprasnet, o sistema que registra as compras governamentais. A partir daí, ela elabora uma prévia do documento e aponta aos auditores se há indícios de desvios. Verifica, por exemplo: se um edital exige dos participantes certidões que o TCU não considera pré-requisitos, como documentos de regularidade junto ao CREA; se a licitação está prestes a entregar uma contratação para alguma empresa impedida de contratar junto à administração pública; se as empresas concorrentes têm sócios em comum” (SIMÕES, Helton. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *G1*, Economia, 118 mar. 2028. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acceso en: 15 out. 2019).

¹³ Sofia es un robot de edición de textos: “A Sofia é um robozinho que vai no texto do auditor e tenta achar algo que pode ser alguma coisinha que ele deixou passar ou alguma informação que ele devia saber”, comenta el director sobre el trabajo del robot, cuyo nombre es una abreviación para Sistema de Orientación sobre hechos e indicios para el auditor. Por ejemplo: en un texto que propone punición a una empresa, ella puede indicar si hay sanciones contra la compañía o si ella consta en procesos en el tribunal. O todavía apuntar si la empresa

Monica¹⁴, que auxilian la tarea de fiscalizar la existencia de fraudes en licitaciones, ayudan a los auditores en la redacción de textos y monitorean las contrataciones públicas. Otro ejemplo es el Sapiens, donde la Abogacía General de la Unión (AGU) ha utilizado inteligencia artificial y procedimientos automatizados para agilizar el trabajo jurídico de procuradores¹⁵. También es relevante indicar el programa Victor en el Supremo Tribunal Federal, que pretende traer mayor eficiencia en el análisis de procesos, con economía de tiempo y de recursos humanos¹⁶.

La necesidad de rediscusión de los pilares del derecho administrativo para una mejor atención de la solución óptima y de la ventajosidad en la relación jurídica administrativa exige racionalidad diversa de aquella establecida para la Administración Pública de los siglos XIX y XX. La inteligencia artificial produce demandas relacionadas con la mutabilidad innovadora que le es peculiar, imposibles de ser solucionadas en el modelo regulatorio actual.

posee otros contratos con la Administración Pública. Alice, Sofia y Mónica son interfaces de un sistema mayor, llamado Laboratorio de Informaciones de Control (LabContas). El funciona como el “cerebro” de los robots y es de donde ellas sacan las informaciones en que basan sus sugerencias y opiniones, el reúne 77 bases de datos como: Registro de cuentas gubernamentales, Lista de Políticas públicas, composición societaria de empresas, contrataciones que poseen recursos públicos; servidores públicos procesados por instancias de control. “No Labconta, essas informações estão colocadas em um local único e de forma integrada. Isso nos permite ver em perspectiva o impacto de uma coisa sobre a outra”, explica Silva. Más allá de eso, el sistema posee tecnologías que permiten el cruzamiento de información de una base con los datos de otra (SIMÕES, Helton. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *G1*, Economía, 118 mar. 2028. Disponible en: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acceso en: 15 out. 2019).

¹⁴ “**Monica**, que é a abreviação de Monitoramento Integrado para Controle de Aquisições. Ela traz informações sobre as compras públicas na esfera Federal, incluindo os poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, além do Ministério Público. O robô faz um trabalho mensal de obtenção de dados, com exceção das informações sobre pregões que são atualizadas semanalmente. Além disso, a tecnologia permite que sejam feitas buscas rápidas por palavras-chave no objeto das aquisições. Além dos três robôs, fazem parte das ferramentas de trabalho do tribunal de contas 77 diferentes bancos de dados. Eles incluem os registros de contas governamentais, a composição secretária das empresas pelo CNPJ, contratações que tenham recursos públicos e as informações sobre os servidores públicos processados por instâncias de controle” (ALICE, Sofia e Monica: três robôs auxiliam o trabalho do Tribunal de Contas da União. *Revista Consultor Jurídico*, 2 jun. 2019. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/tres-robos-auxiliam-trabalho-tribunal-contas-uniao>. Acceso en: 5 out. 2019).

¹⁵ KAMAYURÁ, Uyara. AGU aposta em inteligência artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos. *JusBrasil*, 2012. Disponible en: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100362832/agu-aposta-em-inteligencia-artificial-e-automacao-de-processos-para-agilizar-trabalhos-juridicos>. Acceso en: 5 out. 2019.

¹⁶ BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*. 2021. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acceso en: 5 out. 2019.

3. REGULACIÓN DIGITAL EFICIENTE Y SERVICIO PÚBLICO ADECUADO

El derecho administrativo contemporáneo es un Derecho en cierta medida en conflicto con su tiempo y ese hecho fue reconocido como premisa del presente análisis, así como la necesidad de construcción de un instrumento teórico suficiente y adecuado para disciplinar sus actuales desafíos¹⁷. En estos términos, frente a los dos aspectos explicitados, surge la necesidad de crearse nuevos aportes en la dogmática del Derecho Constitucional y del derecho administrativo que ofrezcan soluciones para la regulación suficiente y efectiva de la inteligencia artificial, de los e-servicios, de las interacciones digitales que impactan la relación jurídico-administrativa.

Lo que se busca es el desarrollo como una de las premisas de esa nueva realidad administrativa, la cual necesariamente influenciará la prestación de servicios públicos en Brasil¹⁸. En último análisis, esa concepción es elemento de extremo significado, pues garantiza la promoción del bienestar social a través de la consecución del servicio público digital y permite, al menos, el direccionamiento en la conducción de las actividades necesarias a la colectividad, especialmente cuando se sitúan tales actividades en el contexto de un espacio público no estatal.

La Ley Brasileira de Protección de Datos Personales (Ley n. 13.709/2018) está delineando algunos caminos, especialmente en lo relativo al control de la motivación y de la explicación del camino de la toma de decisión lógica de la decisión tomada con base en

¹⁷ MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública IV*. Coimbra: Coimbra, 2012.

¹⁸ Se debe apuntar que la premisa tradicional afirmada por Celso Antônio Bandeira de Mello de que servicio público es una comodidad material considerada de interés público, que otorga bienestar y dignidad en sociedad, que es enteramente condicionada a un régimen jurídico de derecho público, indeclinable en la satisfacción de los derechos de los ciudadanos, acaba por no ser más sustentable en un ambiente de complejidad e innovación tecnológica. El autor defiende que la noción de servicio público solo existe en cuanto concepto jurídico en la medida en que ofrece un punto de referencia de normas aplicables a determinadas situaciones, refutando la propuesta de servicio de interés económico general. Se acredita ser el servicio público la prestación que el Estado coleccionó por su relevancia y que considero que no podía ser ejercida solamente por el mercado. En su exposición defiende que no existe crisis del servicio público y que esa continuidad imprescindible en la realidad brasileira (BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Serviço público no direito brasileiro: a falsa crise*. In: CONGRESSO IBERO AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 23 jun. 2003, Curitiba. *Anais [...]*. Curitiba: IPDA, 2003). Esa premisa, de un régimen exclusivamente de derecho público, que inadmite prácticas consensuales en que se pretende demostrar que no encuentra más espacio en el ambiente de la complejidad de los contratos de larga duración en el ordenamiento jurídico brasileiro.

inteligencia artificial¹⁹. De hecho, en el art. 20 hay un claro y expreso reconocimiento de que el titular de los datos tiene derecho a solicitar la revisión de decisiones tomadas únicamente con base en el tratamiento automatizado de datos personales que afecten sus intereses, incluidas las decisiones destinadas a definir su perfil personal, profesional, de consumo y de crédito o los aspectos de su personalidad, siendo que el controlador de los datos deberá suministrar, siempre que solicitada, informaciones claras y adecuadas respecto de los criterios y de los procedimientos utilizados para la decisión automatizada.

La LGPD establece como fundamentos de acción estatal en la protección de datos el respeto a la privacidad, la autodeterminación informativa, la libertad de expresión, de información, de comunicación y de opinión, la inviolabilidad de la intimidad, de la honra y de la imagen, el desarrollo económico y tecnológico, la innovación, la libre iniciativa, la libre concurrencia, la defensa del consumidor y la promoción de los derechos humanos, el libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y el ejercicio de la ciudadanía por parte de las personas naturales²⁰.

También disciplina que las actividades de tratamiento de datos personales deberán observar la buena fe y los principios de finalidad, adecuación, necesidad, libre acceso, cualidad de los datos, transparencia, seguridad, prevención, no discriminación, responsabilidad y prestación de cuentas²¹. Igualmente, la Ley de Defensa de los Usuarios de Servicios Públicos, Ley n. 13460/17, trata de la regulación de servicios públicos en el ambiente digital, disciplinando específicamente derechos de los usuarios y estableciendo la buena fe del particular. Se trata de una presunción enteramente compatible con el derecho fundamental a la buena Administración Pública²².

Y cuando se analiza el capítulo específico de los derechos de los usuarios hay una clara orientación para la actividad regulatoria estatal, definiendo el derecho de obtención y utilización de los servicios con libertad de escogencia entre los medios ofrecidos y sin

¹⁹ Sobre todo, en la redacción del Artículo 20. Sobre el asunto Juarez Freitas expone que “o direito à explicação, consagrado no art. 20 da, assegura o acesso à intimidade dos passos lógicos que conformam a decisão artificial inteligente. Em face disso, na seara administrativa, impõe-se dilatar o espectro eficaz da publicidade e da motivação. Quer dizer, o descumprimento da obrigação de revelar os passos lógicos norteadores da decisão artificial provoca a inversão do ônus da prova do nexo de causalidade, a favor do atingido. Nas relações de administração, ao Poder Público incumbe provar que os algoritmos eleitos não acarretam efeitos juridicamente lesivos, hostis aos fundamentos congruentes de fato e de direito. E cabe fazê-lo de maneira explícita, como determina a Lei de Processo Administrativo” (FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019. p. 18).

²⁰ Art. 2º, Ley n. 13709/18.

²¹ Art. 6º, Ley n. 13709/18.

²² “Art. 5º, II –presunção de boa-fé do usuário; XIII - aplicação de soluções tecnológicas que visem a simplificar processos e procedimentos de atendimento ao usuário e a propiciar melhores condições para o compartilhamento das informações.”

discriminación, el acceso y obtención de informaciones relativas a su persona constantes de registros o bancos de datos y la protección de su información personal²³.

La cuarta revolución industrial, especialmente en el ámbito de la utilización de la inteligencia artificial, exige una fuerte y adecuada regulación para apartar las vicisitudes que la utilización malintencionada, indebida, discriminatoria, direccionadora y estereotipada de algoritmos puede causar en el proceso de decisión pública y en la prestación de servicios públicos. Al mismo tiempo, tan necesario en cuanto cohibir usos indebidos de la inteligencia artificial es no restringir las innovaciones disruptivas y su potencial transformador, significativamente en los aspectos de desburocratización de servicios públicos, con la digitalización de los servicios y la ampliación del acceso a estos, la reducción de distancias y desigualdades, con la ampliación de oferta y de calidad en espacios como el transporte individual de pasajeros a través de aplicativos, por tratar algunos ejemplos.

La regulación estatal eficiente y adecuada en la Administración Pública precisa aplicar proporcionalidad en el ejercicio de la función ordenadora para no impedir el progreso y el acceso al futuro digital y a todas sus potencialidades. Y en ese punto las capacidades regulatorias de la Administración Pública contemporánea están en colapso porque fueron pensadas para una relación jurídico administrativa presencial, física, analógica, no digital y precisan ser reinventadas. Los frentes de reinvención son significativos y pasan igualmente por la regulación de los derechos de la persona digital²⁴.

Egon Bockmann Moreira apunta la necesidad de construcción de derechos fundamentales para humanos digitales. Es más, ya existe una minuta de Carta de los Derechos Digitales de la Unión Europea, ampliando la percepción de derechos fundamentales para el mundo digital²⁵. El autor versa sobre la persona digital una nueva dimensión existencial (relacionada a la dimensión de datos, informaciones digitalizadas y perfiles que el individuo analógico asume en el ambiente virtual) y la interacción de la Inteligencia Artificial algorítmica esta nueva dimensión. ¿Esa nueva configuración de la raza humana, digital, que en su mayor percepción desconoce esa condición, necesita de protección diferenciada y de derechos fundamentales? ¿Merece la persona digital consideración y protección, autónoma en la condición de derecho fundamental del ser humano digitalizado? Estas son preguntas

²³ Art. 6º, Ley n. 13460/17.

²⁴ MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos fundamentais para humanos digitais. *Gazeta do Povo*, 19 ago. 2019. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acceso en: 5 out. 2019.

²⁵ MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos fundamentais para humanos digitais. *Gazeta do Povo*, 19 ago. 2019. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acceso en: 5 out. 2019.

pertinentes. Moreira se posiciona en el sentido de que la “persona digital tiene autonomía diferenciada y merece ser protegida de métricas que desconoce”²⁶.

La regulación eficiente del ambiente digital, aquí simplemente denominada “regulación digital”, pasa a ser vector de orientación de ese proceso de reinención del derecho administrativo y de la propia democracia. La preocupación con la distorsión antidemocrática de las exigencias públicas y privadas es una pauta prioritaria en el siglo XXI. La insuficiencia del espectro normativo analógico de la función ordenadora para dar respuestas a los problemas ahora referenciadas exige una construcción teórica robusta e intensa sobre la regulación digital, con la definición de un régimen jurídico propio, instrumentos de cautela y prevención contra el uso indebido, ilegítimo y antidemocrático de datos, plataformas y máquinas robots para el direccionamiento de la escogencia pública y privada. Sobre todo, la llamada intimidad del proceso decisorio algorítmico²⁷, que influencia la decisión pública, es de urgente regulación, pues está en el centro de diferentes innovaciones disruptivas. En el ambiente del régimen jurídico administrativo digital, la inteligencia artificial impone la construcción de una nueva dogmática, ampliada frente a la persona digital y de la necesidad de la construcción de un espectro de derechos dentro del ambiente digital.

Se hace importante en la contemporaneidad la investigación de la regulación digital de servicios públicos y la reconstrucción del concepto de servicio adecuado, con reformulación del concepto de adecuación del servicio público, especialmente considerando sus aspectos relacionados en la actualidad, mutabilidad del régimen jurídico administrativo, universalidad y la necesidad de conformación de un régimen de prestación virtual, como e-servicios, por ejemplo. Por la regulación digital debe establecer transparencia, motivación, publicidad, deber de fundamentación de la toma de decisión y acceso al proceso de formación y programación algorítmica. También es deseable la fijación de parámetros que

²⁶ “A nossa persona digital é oferecida àqueles que pretendem nos transformar ainda mais, que definem o que queremos comprar, votar, como ser felizes e com quem conversar. Existe previsão, monitoramento e controle dos seres humanos digitais – que, sublinhe-se, são distintos dos reais. A provocação que desejo fazer é a seguinte: tais conjuntos de dados e métricas merecem conhecimento e proteção pautada em si mesmos? Possuem dignidade existencial? Os dados em que nos transformamos instalam novos direitos fundamentais, a protegê-los e blindá-los? Enfim, eu defendo que minha persona digital tem autonomia diferenciada e merece ser protegida de métricas que desconhece. Ela não pode ser apresentada aos outros – mesmo sem nome – sem saber quem é e quais são seus interlocutores. Sua personalidade digital não pode ser construída por terceiros anônimos. A persona digital é a titular da nova dimensão de direitos fundamentais: o ser humano, quando se digitaliza, merece proteção nessa condição. Hoje, o caminho é inverso. Os seres humanos foram transformados em personas digitais, com material orgânico semelhante ao contido na mente dos replicantes. Precisam clamar, nessa condição virtual, pelos correspondentes direitos fundamentais para humanos digitais” (MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos fundamentais para humanos digitais. *Gazeta do Povo*, 19 ago. 2019. Disponible en: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acceso en: 5 out. 2019).

²⁷ La expresión es de Juárez Freitas. FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

impidan selectividad, direccionamiento indebido de opinión, contaminación de escogencias democráticas, con resignificación de la impersonalidad y la prohibición de estereotipos en la discriminación utilizados por la inteligencia artificial, en proceso decisorios judiciales y administrativos.

La actualidad del tema envuelve múltiples dimensiones y posibilidades de investigación²⁸:

- a)** Control de la prestación de servicios públicos a la distancia, servicios públicos digitales, con implicaciones en la accesibilidad y desburocratización y con reducción de las distancias en los servicios públicos de salud y educación a través de funcionalidades de la inteligencia artificial;
- b)** Concepción de gobierno como plataforma, con utilización del espacio virtual para ampliación del acceso a la participación popular y a la ciudadanía digital;²⁹
- c)** Control del empleo de la inteligencia artificial y regulación de la programación de algoritmos y de su utilización en la toma de decisión pública;
- d)** Creación de una nueva teoría de los actos y hechos administrativos, relacionada con el ser digital y sus interacciones con la Administración Pública digital;
- e)** Regulación de la constitución de “*smart cities*”, en formulación de la planeación urbanística;
- f)** Control del proceso de reclutamiento de personal en concursos públicos a partir del análisis algorítmico del perfil, con la necesaria explicitación de los parámetros de la escogencia algorítmica;
- g)** Control de la utilización de robots en los procesos de contratación pública, con afectación de la eficiencia, ventajosidad y competencia;
- h)** Utilización del “blockchain” como plataforma descentralizada y distribuida en bloques, viabilizadora de la desburocratización de gestión administrativa.

La inteligencia artificial aplicable a las contrataciones públicas y a los procesos de selección legal de proponentes resignifica las ideas de ventajosidad, meritocracia y de

²⁸ FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019.

²⁹ “o governo como plataforma, que utiliza a IA como centro da estratégia de prestigiar a cidadania digital, participativa e continuada, coenunciadora e cofiscalizadora de opções públicas. Nessa perspectiva, Comissão de Juristas, integrada por esse autor, designada pela Câmara de Deputados, sugeriu, em 2018, anteprojeto de lei que disciplina a prestação de serviços públicos digitais, prevendo avaliação continuada de políticas públicas, via aplicativos e expressa prioridade do autosserviço digital” (FREITAS, Juarez. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, p. 15-29, mar./abr. 2019).

solución adecuada. La regulación digital en ese aspecto viabilizará un juzgamiento objetivo de variables y de subjetividades que pueden alterar la escogencia pública con ventajas indebidas, las cuales en una última *ratio* podrían inclusive ser encuadradas en los moldes de la improbidad administrativa.

El ambiente de la responsabilidad extracontractual del Estado es profundamente impactado en el ambiente de la Administración Pública Digital, y nuevas posibilidades de nexo causal delante de la acción u omisión hacen concebir nuevas e inéditas dimensiones de responsabilidad estatal, y sobre todo en la toma de decisión algorítmica que afecta la esfera jurídica individual e impone una obligación desproporcional, anormal y excesiva.

La noción de eficiencia en el servicio público, relacionada en el ambiente analógico a la racionalidad de costos, relación costo-beneficio y patrones de calidad pueden ser profundamente afectados por la escogencia algorítmica.

En el ambiente de la contratación administrativa la utilización de robots en las contrataciones públicas requiere ser calibrada para no reducir competición y direccionar concursos. Sin embargo, en este punto la necesidad de una nueva regulación digital, situación que asume contornos más graves en la medida en que la Administración Pública contemporánea atraviesa una intensa contractualización de sus actividades y a través de contratos administrativos de larga duración se estabilizan políticas públicas, muchas de ellas hasta por 35 años. La escogencia algorítmica que lleva al contrato requiere ser pensada especialmente con relación al régimen concesionario.

Importante destacar que en el ambiente de la contratación pública europea esa discusión gana espacio e importancia, especialmente para el desarrollo de tramitación electrónica de procedimientos, como observa Josep Ramon Fuentes i Gasó: “La nueva legislación supone un cambio de gran calado en la concepción de la contratación pública en el conjunto del Estado Español, debido a su orientación estratégica y su apuesta por la simplificación de trámites, al avanzar en la tramitación electrónica de procedimientos y en la garantía de la efectividad y la eficiencia”³⁰.

La ética, la moralidad y la buena fe en la programación algorítmica impondrá a la regulación digital, el desafío de establecer en el ordenamiento mecanismos efectivos para

³⁰ Y el autor todavía destaca que “Falta, en general, apostar por la publicidad de la información asociada a las contrataciones y plantear los procedimientos de contratación no ya como una cuestión burocrática, sino como una herramienta estratégica de cuyo adecuado desarrollo va a depender la garantía de los principios de transparencia e integridad pública y, por lo general, el avance hacia una gestión contractual innovadora y moderna orientada a la transformación digital de las administraciones públicas” (FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; VIDAL GASÓ, Carme Juncosa. La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. *Revista de Direito Económico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 64-124, jan./abr. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23466. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6511239>. Acceso em: 19 oct. 2023).

evitar y cohibir la manipulación de datos y de decisiones a partir de preconceptos, estereotipos, de sesgos subliminares y deturpación de la formación de la voluntad.

La presunción de legitimidad de la acción administrativa en ese ambiente digital a partir de la Ley General de Protección de Datos es profundamente revisitada, especialmente por la inversión de la obligación de la prueba a favor del ciudadano, habiendo abertura positiva para la construcción de un modelo de presunción de legitimidad basado en la buena fe del usuario del servicio público, lo que es absolutamente subversivo a lo instituido en el régimen jurídico administrativo para la Administración analógica y en lo mínimo impone una flexibilidad de raciocinio todavía no debidamente explorada.

La toma de decisión artificial impacta los parámetros tradicionales de seguridad jurídica, exigiendo un repensar del tratamiento de invalidez por error administrativo. Pero, de hecho, de todas estas posibilidades de investigación, la proporcionalidad en la regulación digital se presenta como el gran desafío de la dogmática a ser construida.

El futuro es impresionantemente imprevisible, impactante e inmediato, con posibilidades significativas de reducción de desigualdades, acceso universal a los servicios públicos y al desarrollo. Sin embargo, la sustentabilidad desde el punto de vista de la legitimidad democrática de las escogencias públicas y privadas requiere ser asegurada por la regulación digital³¹. Esta regulación requiere ser proporcional, calibrada para no ser opresora y limitadora del progreso y, al mismo tiempo, para no ser omisa e incapaz de impedir la utilización de la inteligencia artificial que destruye la escogencia legítima democrática, viola los derechos fundamentales e impone selectividad en la prestación de servicios públicos. El derecho al no retroceso histórico en derechos fundamentales intrínsecos a los servicios públicos debe orientar toda la construcción de la regulación digital, con una orientación para el desarrollo sostenible en todas sus dimensiones³².

³¹ “Mas está em declínio o modelo de desenvolvimento que reservou ao Estado a iniciativa e o protagonismo da ação pública. A vida é complexa demais, os desafios são grandes demais, as mudanças tão rápidas, tanto os recursos necessários, os conhecimentos tão caros de reunir, tão impressionante o número de envolvidos a articular, que, em todas as áreas, o direito vem sendo reformado em busca de modelos institucionais novos, que rompam a separação do estatal com o mundo não estatal” (SUNDFELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 36-43.

³² “O tema do desenvolvimento e dos direitos fundamentais econômicos e sociais deve, portanto, integrar a agenda do Direito Administrativo social hodierno, impactando sobre os tópicos essenciais desse ramo jurídico, tais como a organização administrativa, os serviços públicos, as políticas públicas e a intervenção do Estado na atividade econômica. Somente assim será possível transformar efetivamente as estruturas socioeconômicas da realidade brasileira, propiciando uma atuação estatal que não se limite a assegurar um mínimo necessário para o exercício das liberdades” (HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento

4. UNA NECESARIA CONCLUSIÓN

El ambiente disruptivo de la Administración Digital en la prestación de servicios públicos exige la definición de un concepto útil de Administración Pública Digital, que viabilice una nueva racionalidad jurídica para la regulación de las innovaciones tecnológicas y de la inteligencia artificial.

El desafío es definir un régimen jurídico específico para la regulación eficiente de la Administración Pública Digital, que posibilite control de la utilización de la inteligencia artificial para asistencia de la toma de decisión pública, la protección de datos sensibles y la definición de patrones de la toma de decisión, orientados a los parámetros de desarrollo sostenible y de un servicio público adecuado establecido en la Constitución, permitiendo, todavía, el desarrollo de las potencialidades disruptivas en el ambiente de los e-servicios públicos.

REFERENCIAS

ALICE, Sofia e Monica: três robôs auxiliam o trabalho do Tribunal de Contas da União. *Revista Consultor Jurídico*, 2 jun. 2019. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/2019-jun-02/tres-robos-auxiliam-trabalho-tribunal-contas-uniao>. Acceso en: 5 out. 2019.

BALKIN, Jack M. The three laws of robotics in the age of big data. *Ohio State Law Journal*, Forthcoming; Yale Law School, Public Law Research Paper n. 592. v. 78, aug. 2017. Disponible en: <https://ssrn.com/abstract=2890965>. Acceso en: 5 out. 2019

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Serviço público no direito brasileiro: a falsa crise. In: CONGRESSO IBERO AMERICANO DE DIREITO ADMINISTRATIVO, 23 jun. 2003, Curitiba. *Anais [...]*. Curitiba: IPDA, 2003.

BRAGA, Carolina Henrique da Costa. *Decisões automatizadas e discriminação: pesquisa de propostas éticas e regulatórias no policiamento preditivo*. 2019. 131f. Dissertação (Mestrado) – Pós-Graduação em Princípios Fundamentais e Novos Direitos, Universidade Estácio de Sá, Rio de Janeiro, 2019. Disponible en: <http://portal.estacio.br/media/4679621/carolina-henrique-da-costa-braga.pdf>. Acceso en: 15 out. 2019.

BRASIL. Superior Tribunal Federal. *Projeto Victor avança em pesquisa e desenvolvimento para identificação dos temas de repercussão geral*. 2021. Disponible en: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=471331&ori=1>. Acceso en: 5 out. 2019.

para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do direito público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. Disponible em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/126>. Acceso em: 19 oct. 2023. p. 64).

FIORAVANTI, Maurizio. Público e privado: os princípios fundamentais da Constituição Democrática. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, n. 58, p. 7-24, 2013. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/34862>. Acesso em: 19 oct. 2023.

FREITAS, JUAREZ. Direito administrativo e inteligência artificial. *Revista Interesse Público*, Belo Horizonte, ano 21, n. 114, mar./abr. 2019.

FUENTES I GASÓ, Josep Ramon; VIDAL GASÓ, Carme Juncosa. La armonización europea de la contratación administrativa en el Estado Español: la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público. *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, Curitiba, v. 9, n. 1, p. 64-124, jan./abr. 2018. DOI: 10.7213/rev.dir.econ.soc.v9i1.23466. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6511239>. Acesso em: 19 oct. 2023.

GONÇALVES, Pedro Costa. *Reflexões sobre o estado regulador e o estado contratante*. Coimbra: Coimbra, 2013.

HACHEM, Daniel Wunder. A noção constitucional de desenvolvimento para além do viés econômico: reflexos sobre algumas tendências do Direito Público brasileiro. *A&C Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 13, n. 53, p. 133-168, jul./set. 2013. Disponível em: <http://www.revistaaec.com/index.php/revistaaec/article/view/126>. Acesso em: 19 oct. 2023.

KAMAYURÁ, Uyara. AGU aposta em inteligência artificial e automação de processos para agilizar trabalhos jurídicos. *JusBrasil*, 2012. Disponível em: <https://agu.jusbrasil.com.br/noticias/100362832/agu-aposta-em-inteligencia-artificial-e-automacao-de-processos-para-agilizar-trabalhos-juridicos>. Acesso em: 5 out. 2019.

KUHN, Thomas. *A estrutura das revoluções científicas*. 7. ed. São Paulo: Perspectiva, 2003.

MOREIRA, Egon Bockmann. O contrato administrativo como instrumento de governo. In: GONÇALVES, Pedro Costa (org.). *Estudos de contratação pública IV*. Coimbra: Coimbra, 2012.

MOREIRA, Egon Bockmann. Direitos fundamentais para humanos digitais. *Gazeta do Povo*, 19 ago. 2019. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/vozes/egon-bockmann-moreira/direitos-fundamentais-para-humanos-digitais/>. Acesso em: 5 out. 2019.

SCHWAB, Klaus. *A quarta revolução industrial*. São Paulo: Edipro, 2016.

SIMÕES, Helton. Como as robôs Alice, Sofia e Monica ajudam o TCU a caçar irregularidades em licitações. *G1*, Economia, 118 mar. 2028. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/tecnologia/noticia/como-as-robos-alice-sofia-e-monica-ajudam-o-tcu-a-cacar-irregularidades-em-licitacoes.ghtml>. Acesso em: 15 out. 2019.

SUNDFELD, Carlos Ari. Público e privado no desenvolvimento de empreendimentos estatais. In: PONTES FILHO, Valmir; MOTTA, Fabricio; GABARDO, Emerson (coord.). *Administração Pública: desafios para a transparência, probidade e desenvolvimento*. XXIX Congresso Brasileiro de Direito Administrativo. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

SUNSTEIN, Cass. *Going to extremes*. New York: Oxford University Press, 2009.

SUNSTEIN, Cass R. *Simpler: the future of government*. Nova York: Simon & Schuster, 2013.



LA CULTURA DE LA PAZ COMO POLÍTICA PÚBLICA PARA LA GOBERNANZA

Marina del Pilar Olmeda García¹

Fernando Manuel Castro Figueroa²

Alina del Carmen Nettel Barrera³

SUMARIO

1. Introducción; **2.** Caracterización e importancia de la Cultura de la Paz; **3.** Pilares fundamentales para la Cultura de la Paz y la gobernanza; **4.** Cultura de la Paz como política global: la ONU y otras organizaciones; **4.1.** Iniciativas de la ONU: Agenda 2030; **4.2.** El papel de la diplomacia y la mediación en la construcción de una Cultura de Paz a

¹ Profesora - Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, México; Doctora en Educación por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha; Integrante del Sistema Nacional de Investigadores SNI-II, del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, de las Asociaciones Mexicana, Interamericana e Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho.

² Profesor – Investigador de la Facultad de Derecho campus Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California (UABC); Doctor en Estudios Sociales por el Instituto de Investigaciones Sociales de la UABC y candidato a Doctor en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Doctor Honoris Causa por el Claustro Nacional de Doctores Honoris Causa A.C. Presidente del Colegio de Abogados de Mexicali, A.C. Consejero Honorífico del Instituto de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Protección de Datos Personales de Baja California. Perfil Perfil PRODEP.

³ Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona con mención "*Doctor europeus*"; Máster en Docencia Universitaria para el profesorado Novel de la Universidad de Barcelona, Máster en Derecho Administrativo y Tributario de la Universidad Complutense de Madrid y Máster en Estudios Jurídicos Iberoamericanos de la Universidad de Navarra. Investigadora Nacional, nivel I, en el Sistema Nacional de Investigadores y Coordinadora del Doctorado en Ciencias Jurídicas (SNP) de la Facultad de Derecho, UAQ. Miembro del Cuerpo Académico Consolidado CA-UAQ-128 "Derechos humanos y globalización".

nivel internacional; **5.** Cultura de la Paz como política pública local; **6.** Importancia de la Educación para la Cultura de la Paz; **7.** Desafíos de las políticas de la Cultura de la Paz; **8.** Conclusión; Referencias.

1. INTRODUCCIÓN

En las comunidades del mundo contemporáneo se han incrementado los conflictos, la violencia y los índices delictivos. Se reconoce a su vez el también incremento en las desigualdades por razón de origen étnico, pobreza, oportunidades educativas, acceso a la cultura y el empleo, entre otros lo que exige la búsqueda de la paz como una prioridad para la mejor convivencia humana, la contención de la violencia y la prevención del delito. Con esta visión y en el camino de búsqueda se ha gestado una creciente conciencia acerca de la importancia de la Cultura de la Paz que se plantea como una política pública para la gobernanza.

El objetivo central de esta investigación es analizar la Cultura de la Paz como una política pública para la gobernanza en la construcción de sociedades sostenibles y resilientes. Así, la investigación que da origen a este trabajo como un producto particular, explora a profundidad el concepto de la Cultura de la Paz, destaca su relevancia como política pública y explica cómo se puede incidir en la gobernanza de los estados en los ámbitos local, nacional e incluso internacional. Fue necesario incluir en el estudio las implicaciones prácticas y los desafíos que enfrenta la aplicación e implementación de esta estrategia.

Como objetivos particulares se plantea, explicar el concepto y la evaluación de la Cultura de la Paz; analizar los fundamentos de la Cultura de la Paz y su aplicación en el contexto de la gobernanza global y local; así como identificar la Cultura de la Paz como estrategia educativa para la promoción de los derechos humanos; y proponer la Cultura de la Paz global como política pública. En este sentido, se explora a profundidad el concepto de la Cultura de la Paz, su relevancia como política pública y cómo puede moldear la gobernanza en los diferentes ámbitos, ya sea local, nacional e internacional.

El marco teórico incluyó la revisión exhaustiva de la literatura académica, informes de organizaciones internacionales y documentos gubernamentales relacionados con la Cultura de la Paz y la gobernanza. Se analizaron teorías de la paz y resolución de conflictos, teorías sobre política pública, teorías sobre gobernanza con enfoques interculturales y multiculturales para comprender la complejidad del tema.

Se describe la metodológica aplicada para este estudio, aunque expuesta brevemente en el resumen. Se decidió aplicar una metodología mixta, combinando enfoques cualitativos y cuantitativos, a partir del análisis doctrinal y normativo, así como la revisión de insumos estadísticos. En el análisis doctrinal después de haber realizado una revisión y

sistematizado por enfoques, se integraron las visiones y aportes más significativos de las corrientes doctrinales en torno a este tema. Para la interpretación normativa se seleccionaron particularmente los métodos exegéticos, históricos-sociológicos y funcional.

El desarrollo del contenido del estudio se estructuró en los siguientes ejes temáticos: En una primera fase de la investigación se presenta la conceptualización, caracterización e importancia de la Cultura de la Paz; en un segundo eje temático se analizó la Cultura de la Paz como política global, en el que se destaca la participación de la Organización de las Naciones Unidas, ONU, a la par de explicar algunos esfuerzos de la comunidad internacional por alcanzar la paz; en un tercer momento de la investigación se continuó con la revisión de la Cultura de la Paz desde la perspectiva de una política pública desde ámbito local; en un cuarto apartado se analiza la importancia de la educación para la Cultura de la Paz, para finalizar, en un quinto eje temático se reflexionó sobre los desafíos de las políticas de la Cultura de la Paz.

2. CARACTERIZACIÓN E IMPORTANCIA DE LA CULTURA DE LA PAZ

En un mundo de conflictos, violencia y desigualdades, la búsqueda de la paz se ha convertido en una prioridad para la humanidad. En esta búsqueda se ha gestado una creciente conciencia acerca de la importancia de la Cultura de la Paz como una política pública para la gobernanza. Este enfoque no se limita a la ausencia de guerras, sino que abarca una amplia gama de aspectos sociales, políticos y económicos que contribuyen al bienestar de las sociedades. Se trata de sino “una construcción activa que implica la promoción de valores, actitudes y comportamientos que fomenten la coexistencia pacífica, la igualdad, la justicia social y el respeto por los derechos humanos”⁴.

La relevancia de la Cultura de la Paz como política pública radica en su capacidad para establecer bases sólidas para la convivencia armoniosa y la resolución pacífica de disputas. La gobernabilidad es el objetivo superlativo de la gestión pública; sin embargo, esta sería imposible sin la convivencia armoniosa, que se encuentra estrechamente vinculada a la gestión de habilidades blandas inculcadas desde el hogar, la que debe ser debidamente reforzada en el niño durante todo su período escolar, porque constituyen la génesis del respeto, la tolerancia y la integridad humana; requisitos fundamentales para la conviven-

⁴ GONZÁLEZ, Pablo G. La cultura como condición de paz y la paz como condición de cultura en el pensamiento latinoamericano. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 24, n. 1, p. 43-66, 2019. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/24277>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 50.

cia⁵. Ahora bien, la implementación de la Cultura de la Paz no está exenta de desafíos. La resistencia a cambiar estructuras arraigadas, la falta de voluntad política y la dificultad para medir los resultados tangibles pueden dificultar su adopción y seguimiento. Además, la diversidad cultural puede generar interpretaciones diversas de los valores de la paz, lo que requiere un enfoque adaptable y sensible a las particularidades de cada contexto.

La Cultura de la Paz es un concepto que ha evolucionado a lo largo del tiempo, como reflejo de las cambiantes perspectivas y necesidades de la sociedad en busca de un mundo más armonioso y justo. Pensar que solo fomentando una Cultura de Paz se puede lograr una convivencia pacífica entre los pueblos constituye una expresión de ingenuidad política, porque la causa de las guerras no radica simplemente en las ideas de los encargados de promoverlas⁶. En un entorno global marcado por la interconexión y la diversidad, la Cultura de la Paz surge como una respuesta vital para contrarrestar los efectos devastadores de la violencia y los conflictos.

Con el paso del tiempo, el movimiento pacifista y desde la investigación para la paz se han propuesto otras visiones más amplias, centradas en una concepción de paz positiva. Se afirma que “Si quieres la paz, trabaja por la paz” o bien “Si vis pacem, para verbum” (Si quieres la paz, dialoga, habla...). La paz positiva se expresa como un ideal deseado, que requiere de la presencia de los elementos, condiciones y dinámicas que permiten el desarrollo integral de la persona y la resolución pacífica de los conflictos, a partir del diálogo y la concertación⁷.

La Cultura de la Paz se fundamenta en una serie de principios y valores que buscan promover el respeto a los derechos humanos, la justicia social, la igualdad de género, el desarrollo sostenible, la no violencia y la tolerancia. Se trata de una concepción holística que abarca aspectos culturales, políticos, sociales y económicos con el objetivo de fomentar una convivencia pacífica y armónica entre individuos, comunidades y naciones. En el centro de la Cultura de la Paz se encuentran el diálogo, la cooperación, la resolución

⁵ CAJAS RODRÍGUEZ, Nohelia Silvana; CAMARENA GONZALES, Lizbeth Marly. Relación de las habilidades blandas y el rendimiento académico en niños con problemas de aprendizaje. 2023. 21f. Trabajo de Investigación (Bachiller en Psicología) – Escuela Académico Profesional de Psicología, Facultad de Humanidades, Universidad Continental, Huancayo, 2023. Disponible en: https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/12749/2/IV_FHU_501_TI_Cajas_Camarena_2023.pdf. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 16.

⁶ GONZÁLEZ, Pablo G. La cultura como condición de paz y la paz como condición de cultura en el pensamiento latinoamericano. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 24, n. 1, p. 43-66, 2019. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/24277>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 50.

⁷ MESA, Marta. El reto de imaginar un futuro de paz en un mundo en crisis: el papel de la educación para la ciudadanía global. *Sinergias – diálogos educativos para a transformação social*, Prefacio, n. 15, p. 5-17, jul. 2023. Disponible em: https://sinergiased.org/wp-content/uploads/2023/07/Sinergias_15VF_julho-2023.pdf. Acceso em: 18 oct. 2023. p. 6.

pacífica de conflictos y la educación para la paz. Estos elementos actúan como cimientos para la construcción de sociedades más justas y equitativas, donde los derechos de todos los ciudadanos sean respetados y protegidos.

3. PILARES FUNDAMENTALES PARA LA CULTURA DE LA PAZ Y LA GOBERNANZA

Los pilares fundamentales de la Cultura de la Paz se entrelazan de manera esencial con la noción de gobernanza, para el establecimiento de una base sólida en la construcción y el mantenimiento de sociedades equitativas y armoniosas. Estos pilares, a su vez, reflejan valores y principios que promueven la cooperación, la justicia social y la resolución pacífica de conflictos, elementos clave para el desarrollo sostenible y el bienestar colectivo. El desarrollo sostenible resulta del cúmulo de decisiones, de ensayos y errores, que se han llevado a cabo para lograr alcanzar el bienestar intergeneracional. En este proceso, es fundamental el entendimiento y la capacidad de negociar dentro del contexto, gestionando metas sociales, económicas y ambientales, evitando los conflictos de intereses⁸.

La promoción de los derechos humanos es igualmente esencial para la Cultura de la Paz y su relación con la gobernanza. Los derechos humanos constituyen los cimientos sobre los cuales se construyen sociedades justas y equitativas. Cuando los derechos de cada individuo son respetados y protegidos, se crea un entorno en el que la confianza en las instituciones gubernamentales aumenta y se fomenta la cooperación entre las diversas partes de la sociedad. Una gobernanza que se adhiere a los principios de los derechos humanos garantiza que las políticas y decisiones tomadas busquen el beneficio de todos los ciudadanos, evitando así la marginación y la exclusión. Ciertamente, la construcción de la paz desde el punto de vista de la gobernanza representa un camino nuevo, con infinidad de rutas, pero que requiere, por, sobre todo, salirse del esquema que comprende a la paz como un símil de la ausencia de conflicto⁹. La prevención y resolución de conflictos, también está intrínsecamente vinculado a la gobernanza efectiva y la cultura de la paz. La promoción de

⁸ RENGIFO MEDINA, Caroline N.; SÁNCHEZ SEGURA, Steysy M.; PERALTA, Ena Cecilia O. Responsabilidad social empresarial y desarrollo sostenible: reflexiones desde la ética aplicada. *Revista de Filosofía*, v. 39, n. 100, p. 409-420, 2022. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/filosofia/article/view/37645/41337>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 8.

⁹ CISNEROS-CISNEROS, María A.; PEMBERTHY-GALLO, Luz S.; CHAGUENDO-MUÑOZ, Margye K. Gestión del conocimiento: una apuesta desde la gobernanza para la educación en salud en el Cauca. *Revista Opera*, n. 27, p. 63-89, jul./dic. 2020. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/6598>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 65.

métodos pacíficos para abordar diferencias y disputas reduce la posibilidad de escalada violenta y contribuye a la estabilidad social. En este sentido, la gobernanza que integra enfoques de resolución de conflictos ayuda a mantener un entorno en el que las voces de todos los ciudadanos se escuchan y se consideran, evitando la consolidación de tensiones latentes que podrían amenazar la paz.

4. CULTURA DE LA PAZ COMO POLÍTICA GLOBAL: LA ONU Y OTRAS ORGANIZACIONES

La Cultura de la Paz como política pública global se ha convertido en una aspiración fundamental para las naciones y organizaciones internacionales en un mundo marcado por la complejidad de los desafíos globales. En un sentido amplio, la Cultura de la Paz se refiere a la promoción de valores, actitudes y prácticas que fomentan la resolución pacífica de conflictos, la cooperación internacional y el desarrollo sostenible. Esta perspectiva reconoce que la paz no es simplemente la ausencia de conflictos armados, sino un estado en el que los individuos y las comunidades pueden prosperar en un entorno seguro y armonioso.

Para respaldar la Cultura de la Paz como política pública global, es crucial abordar diversas áreas interrelacionadas. En primer lugar, la educación juega un papel fundamental en la construcción de una Cultura de la Paz. Los sistemas educativos pueden incorporar currículos que promuevan la tolerancia, el diálogo intercultural y la resolución de conflictos desde una edad temprana. Esto no solo moldea la mentalidad de las futuras generaciones, sino que también ayuda a contrarrestar los prejuicios y estereotipos que a menudo conducen a la violencia. Así la escuela puede constituirse en un espacio de protección frente a la adversidad del entorno y de la violencia que pueden rodear los escenarios escolares. Sin embargo, la diversidad de factores hostiles presentes en el contexto escolar crea un incremento en la presencia de conflictos entre diferentes actores de la comunidad educativa¹⁰, creando así inquietudes respecto a las causas del repunte de la violencia y de las dificultades en la implementación de las leyes y políticas de convivencia en las instituciones educativas¹¹.

¹⁰ BUSTAMANTE, Nicolás. Los cinco males que atentan contra la convivencia escolar: expertos piden estar alerta frente casos de acoso, discriminación, microtráfico, entre otros. *El Tiempo*, Bogotá, sep. 18, 2014. *Apud* CARDOZO RUSINQUE, Aura Alicia; MORALES CUADRO, Aldair Ricardo; MARTÍNEZ SANDE, Paola Andrea. Construcción de paz y ciudadanía en la Educación Secundaria y Media en Colombia. *Educação e Pesquisa*, v. 46, e214753, p. 1-21, 2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29863344019>. Acceso en: 18 oct. 2023.

¹¹ CARDOZO RUSINQUE, Aura Alicia; MORALES CUADRO, Aldair Ricardo; MARTÍNEZ SANDE, Paola Andrea. Construcción de paz y ciudadanía en la Educación Secundaria y Media en Colombia. *Educação e Pesquisa*, v. 46, e214753, p. 1-21, 2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29863344019>. Acceso en: 18 oct. 2023.

Además, la promoción de los derechos humanos y la justicia social es esencial para una cultura de paz sólida. Las políticas públicas deben abordar las desigualdades económicas y sociales, ya que la exclusión y la marginalización pueden ser fuentes de tensiones y conflictos. La inversión en programas que mejoren el acceso a la educación, la atención médica y el empleo para todos los ciudadanos puede contribuir significativamente a la prevención de la violencia y la creación de una sociedad más cohesionada.

La diplomacia y la cooperación internacional son pilares clave de la Cultura de la Paz. Las naciones deben trabajar juntas en la resolución de disputas y la prevención de conflictos a través del diálogo y la negociación en lugar de recurrir a la confrontación armada. La promoción del desarme, el control de armas y la eliminación de las armas de destrucción masiva son pasos cruciales en esta dirección, ya que reducen las amenazas a la seguridad global y fomentan la confianza entre las naciones.

4.1. Iniciativas de la ONU: Agenda 2030

La Cultura de la Paz ocupa un lugar fundamental en la Agenda 2030, ya que su vínculo con los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) es esencial para la construcción de un mundo más justo, equitativo y armonioso. Esta relación se sustenta en la idea de que la paz no es simplemente la ausencia de conflictos armados, sino un estado en el cual se promueven la justicia social, la igualdad, el respeto por los derechos humanos y la convivencia pacífica entre individuos y comunidades. Dado que los ODS buscan reducir todas las formas de violencia y encontrar soluciones duraderas a los conflictos y su Objetivo 16 se centra en impulsar sociedades pacíficas para el desarrollo sostenible y garantizar a todos el acceso a la tutela judicial es esencial educar en el conflicto para lograr así una mejor justicia y, con ello, una sociedad mejor y más pacífica¹².

Dentro de los ODS, la Cultura de la Paz se entrelaza de manera directa con varios objetivos clave. El ODS 16, por ejemplo, busca promover sociedades pacíficas, justas e inclusivas, fomentando el acceso a la justicia para todos y construyendo instituciones efectivas y responsables. La Cultura de la Paz contribuye a este objetivo al promover la resolución pacífica de conflictos, la participación ciudadana y la construcción de sistemas judiciales transparentes y equitativos.

Asimismo, el ODS 4, que se enfoca en una educación de calidad, guarda una estrecha relación con la Cultura de la Paz. La educación es un pilar fundamental para inculcar

¹² GONZALO-QUIROGA, Marta. Mediación y cultura de paz en los objetivos de desarrollo sostenible 2030. *Polo del Conocimiento*, v. 6, n. 7, p. 89-110, 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8017033>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 92.

valores de tolerancia, respeto, empatía y entendimiento mutuo en las nuevas generaciones. La UNESCO (2012) puso el énfasis en el rol de una educación crítica para implicar a la ciudadanía en la implementación del desarrollo sostenible, entendido en sus facetas social, económica y medioambiental, así como cultural, por el papel determinante de las personas que lo tenemos que comprender, apoyar y llevar a cabo¹³. Al fomentar una educación que promueva la diversidad cultural, el diálogo intercultural y la resolución no violenta de conflictos, se sientan las bases para un futuro en el que las diferencias sean celebradas en lugar de ser motivo de división.

La Cultura de la Paz también está intrínsecamente vinculada al ODS 10, que busca reducir las desigualdades dentro y entre los países. La promoción de la paz implica abordar las raíces de las desigualdades y trabajar hacia la equidad en el acceso a recursos, oportunidades y derechos. Una sociedad pacífica es aquella en la que las disparidades económicas y sociales son minimizadas, lo que a su vez contribuye a la estabilidad y el bienestar de todos los individuos.

Para fortalecer la relación entre la Cultura de la Paz y los ODS en la Agenda 2030, es esencial que los gobiernos, las organizaciones internacionales, la sociedad civil y el sector privado colaboren de manera activa. Se deben diseñar políticas y programas que promuevan la educación en valores de paz, la mediación y la resolución de conflictos, así como la inclusión de grupos marginados y vulnerables en los procesos de toma de decisiones.

4.2. El papel de la diplomacia y la mediación en la construcción de una Cultura de Paz a nivel internacional

La construcción de una Cultura de Paz a nivel internacional es un desafío complejo y fundamental en un mundo marcado por tensiones políticas, conflictos armados y diferencias culturales. En este contexto, el papel de la diplomacia y la mediación se erige como una herramienta esencial para fomentar la cooperación, el entendimiento mutuo y la resolución pacífica de disputas entre naciones. La diplomacia, como el arte de negociar y mantener relaciones internacionales, se basa en la comunicación efectiva entre estados y actores internacionales. Esta comunicación puede ser utilizada para prevenir conflictos a través del diálogo, la negociación y la búsqueda de soluciones mutuamente beneficiosas. Además, la diplomacia contribuye a la creación de canales de comunicación que permiten

¹³ NOS ALDÁS, Eloísa; FARNÉ, Alessandra; TRUJILLO, Tamer Al-Najjar. Justicia social, culturas de paz y competencias digitales: comunicación para una ciudadanía crítica global en la educación superior. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 8, n. 1, p. 43-62, mayo 2019. Disponible en: <https://revistas.uam.es/riejs/article/view/riejs2019.8.1.003>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 44.

abordar cuestiones globales, como el cambio climático, el terrorismo y la proliferación de armas nucleares, promoviendo un enfoque cooperativo para resolver estos problemas que trasciende las fronteras nacionales.

Por otro lado, la mediación juega un papel crucial en la resolución de conflictos internacionales al proporcionar un espacio neutral en el cual las partes en conflicto pueden expresar sus preocupaciones y aspiraciones. La mediación educativa tiene relación directa con el pilar de aprender a vivir juntos porque se correlaciona con el pluralismo, la comprensión, la cooperación, la gestión efectiva de conflictos, la diversidad y la sana convivencia para alcanzar la paz, pero para poder concretizar dicho pilar, es decir, llevarlo de la teoría a la práctica se necesita transitar de la cultura del litigio a la Cultura de Paz y la universidad debe jugar un rol activo ante dicho panorama¹⁴. Los mediadores imparciales pueden ayudar a identificar áreas de acuerdo, mitigar malentendidos y trabajar hacia soluciones que satisfagan a todas las partes involucradas. La mediación no solo se limita a resolver conflictos armados, sino que también puede aplicarse a disputas económicas, políticas o culturales.

Es importante destacar que tanto la diplomacia como la mediación requieren de un enfoque multidimensional que considera aspectos culturales, sociales y políticos. La construcción de una cultura de paz implica el fomento del respeto mutuo y la tolerancia, así como la promoción de valores universales como los derechos humanos y la justicia. La diplomacia cultural, por ejemplo, puede desempeñar un papel en la promoción del entendimiento intercultural al facilitar el intercambio de ideas, arte y tradiciones entre naciones. El papel de la diplomacia y la mediación en la construcción de una Cultura de Paz a nivel internacional radica en su capacidad para transformar conflictos destructivos en oportunidades constructivas para el diálogo y la cooperación. A través de la diplomacia y la mediación, es posible abordar las causas subyacentes de los conflictos, construir puentes entre culturas y naciones, y sentar las bases para un mundo más pacífico y colaborativo.

¹⁴ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Erick Javier. *Prospectiva sobre la eficacia de la mediación educativa en la Universidad de Panamá como promotora de la cultura de paz*. 2021. 425f. Tesis (Doctorado) – Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México, 2021. Disponible en: <https://eprints.uanl.mx/22151/1/1080315204.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 14-15.

5. CULTURA DE LA PAZ COMO POLÍTICA PÚBLICA LOCAL

La Cultura de la Paz como política pública local representa un enfoque integral que busca fomentar valores, actitudes y comportamientos que promuevan la convivencia armónica, la resolución no violenta de conflictos y la construcción de sociedades más justas y equitativas. Esta perspectiva se fundamenta en diversos principios y argumentos que respaldan su relevancia y efectividad.

En primer lugar, la promoción de la Cultura de la Paz a nivel local reconoce que la paz no es simplemente la ausencia de conflictos armados, sino un estado de bienestar en el que se garantizan los derechos humanos, se fomenta la igualdad de género, se impulsan oportunidades económicas y se fortalecen los lazos comunitarios. La paz es un derecho fundamental de todas las personas y comunidades, y abordarla desde una perspectiva local permite abordar problemáticas específicas y responder a las necesidades de la población de manera más eficiente y sensible. La Cultura de Paz, la educación para la paz, se oponen, por definición, a la cultura de la violencia y a la educación que potencie los valores que emanan de los ejércitos y las guerras. Esta Cultura de Paz se tiene que implantar a través de potenciar la educación para la paz, la no-violencia y los derechos humanos, a través de la promoción de la investigación para la paz, a través de la eliminación de la intolerancia, a través de la promoción del diálogo y de la no-violencia como práctica a generalizar en la gestión y transformación de los conflictos¹⁵.

Otro fundamento crucial es la evidencia acumulada a lo largo de los años que demuestra que la inversión en la promoción de la paz y la resolución no violenta de conflictos genera beneficios tangibles para la sociedad. Las comunidades pacíficas tienden a experimentar un mayor crecimiento económico, una mayor participación ciudadana y una mayor calidad de vida en general. Además, la prevención de la violencia y los conflictos contribuye a reducir los costos asociados con la atención médica, la rehabilitación y la reconstrucción posterior a los conflictos.

La implementación de la Cultura de la Paz a nivel local se fundamenta en la idea de que la construcción de paz es un proceso participativo y colaborativo. La inclusión de múltiples actores, como gobiernos locales, organizaciones de la sociedad civil, instituciones educativas y el sector privado, es esencial para crear estrategias efectivas y sostenibles. Al empoderar a las comunidades locales para que sean protagonistas de su propio desarrollo

¹⁵ MUÑOZ, Francisco A.; FLORES, Joaquín Herrera; RUEDA, Beatriz Molina; FERNÁNDEZ, Sebastián Sánchez. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Granada: Universidad de Granada, 2005. Disponible en: <https://www.ugr.es/~fmunoz/documentos/pazddhand.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 207.

pacífico, se genera un sentido de propiedad y responsabilidad que fortalece la implementación de las políticas y programas.

Asimismo, es importante destacar que la Cultura de la Paz como política pública local también se basa en la noción de que la educación desempeña un papel fundamental en la transformación de actitudes y mentalidades. La promoción de valores como la tolerancia, la empatía, el diálogo y el respeto desde edades tempranas puede tener un impacto duradero en la forma en que las personas se relacionan entre sí y abordan los desafíos en sus comunidades. Además, la educación en equidad de género puede ayudar a prevenir la violencia de género y la discriminación, fomentando el respeto, la tolerancia y la empatía hacia todas las personas, independientemente de su género. Esto puede tener un impacto positivo no solo en la vida de los niños y niñas, sino también en la sociedad en general, contribuyendo a una Cultura de Paz, igualdad y respeto¹⁶.

Por otra parte, la sociedad civil y la participación ciudadana desempeñan un papel fundamental en la promoción de la Cultura de la Paz a nivel local. Esta colaboración activa y comprometida entre los ciudadanos y las organizaciones de la sociedad civil puede generar un impacto significativo en la construcción de entornos pacíficos y armoniosos.

En primer lugar, la sociedad civil actúa como un contrapeso esencial al poder político y económico, asegurando que los intereses de la comunidad sean escuchados y considerados en las decisiones que afectan a la paz y la estabilidad local. A través de la participación en reuniones comunitarias, foros de discusión y procesos de toma de decisiones, los ciudadanos pueden influir en las políticas y programas que contribuyen al bienestar general. Esta influencia ciudadana puede ayudar a prevenir conflictos y a abordar desafíos antes de que escalen a niveles más graves.

La sociedad civil tiene la capacidad de fomentar el diálogo intercultural y la tolerancia en la comunidad. La diversidad cultural y étnica es una característica inherente de muchas sociedades locales, y la promoción de la paz requiere un entendimiento mutuo y el respeto por las diferencias. Las organizaciones de la sociedad civil pueden organizar actividades educativas, eventos culturales y programas de intercambio que faciliten la interacción entre diferentes grupos, reduciendo así las tensiones y los prejuicios que pueden llevar a conflictos. En otras palabras, la construcción de una Cultura de Paz es un proceso que supone cambios de mentalidad individual y colectiva donde la educación tiene un papel importante este incide desde las aulas en la formación de los contenidos básicos (cono-

¹⁶ LASSO SANTOS, July Andrea; BARBOSA NARVÁEZ, Lina Maria; HERRERA SALAZA, Steven David. *Afianzar la equidad de género en niños y niñas de 6 a 12 años, enfocado en el análisis del entorno y prevención de violencia*. 2023. 81f. Proyecto de Investigación (Especialización) – Escuela de Artes y Ciencias de la Comunicación, Corporación Universitaria UNITEC, Bogotá, 2023. Disponible en: <https://repositorio.unitec.edu.co/handle/20.500.12962/2542>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 44.

cimientos teóricos, prácticos, valores y actitudes) necesarios para que los seres humanos puedan sobrevivir, desarrollarse plenamente, vivir y trabajar con dignidad, mejorar la calidad de vida tomar decisiones valores en los futuros ciudadanos, fomentando una evolución del pensamiento social¹⁷.

La participación ciudadana también empodera a los individuos al hacerlos sentir parte activa de su comunidad. Cuando las personas tienen la oportunidad de involucrarse en la toma de decisiones y contribuir a soluciones concretas, desarrollan un sentido de pertenencia y responsabilidad hacia su entorno. Este sentido de pertenencia está estrechamente ligado a la voluntad de mantener la paz, ya que las personas tienen un interés personal en preservar la armonía en su propio vecindario. Las organizaciones de la sociedad civil a menudo trabajan en proyectos de base que abordan las causas subyacentes de los conflictos, como la falta de acceso a la educación, la pobreza y la exclusión social. Estos proyectos no solo brindan soluciones tangibles a los problemas locales, sino que también fortalecen la resiliencia de la comunidad en su conjunto, lo que puede prevenir futuras situaciones conflictivas.

Asimismo, la medición del impacto de estas políticas en la convivencia y la calidad de vida de la población es un aspecto crucial para evaluar la eficacia y la pertinencia de las decisiones gubernamentales. Para llevar a cabo esta tarea, es esencial recopilar datos concretos y relevantes que reflejen tanto los aspectos positivos como los negativos de las políticas implementadas. Uno de los fundamentos clave para medir el impacto es la definición clara de indicadores específicos que aborden los diferentes aspectos de la convivencia y la calidad de vida. En Latinoamérica, los gobiernos de los diversos países implementan políticas públicas y disponen del uso de recursos, ya sea financieros o materiales, para reducir la gran brecha de pobreza que existe en la población y generar impactos positivos en la lucha contra la pobreza. De ser favorables, la calidad de vida de las personas menos favorecidas tomará un giro, reflejado en sus necesidades levemente satisfechas. Sin embargo, a pesar de las diversas gestiones y denodados esfuerzos, los resultados no son los esperados, ya que aún existen sectores que todavía padecen carencias en la calidad de vida; el mejor ejemplo de ello es el adulto mayor¹⁸.

Estos indicadores pueden incluir variables como la tasa de criminalidad, la percepción de seguridad ciudadana, la accesibilidad a servicios básicos como salud y educación,

¹⁷ MOLERO, Milagros Villasmil; VILLASMIL, Francisco Romero; GONZÁLEZ, Cecilia Socorro. Estrategias éticas-pedagógicas para una cultura de paz como referente epistémico en universidades privadas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. 11, p. 316-332, 2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/279/27964922022/html/>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 317.

¹⁸ NUÑEZ LIRA, Luis Alberto *et al.* Impacto de las políticas sociales en la calidad de vida del adulto mayor. *Revista Gestión I+D*, v. 5, n. 1, p. 121-143, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7468015>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 123.

el nivel de desempleo, la igualdad de oportunidades, el acceso a la vivienda, entre otros. Al establecer estos indicadores, se brinda una base objetiva para evaluar el progreso y los resultados de las políticas. Además, es importante llevar a cabo estudios comparativos que analicen la situación antes y después de la implementación de las políticas. Esto permitirá identificar cambios significativos y evaluar si las medidas adoptadas han tenido un impacto positivo en la convivencia y la calidad de vida de la población. Estos estudios pueden involucrar encuestas a los ciudadanos, análisis de datos estadísticos y estudios cualitativos que capturen las opiniones y experiencias individuales.

En la medición del impacto es considerar posibles efectos secundarios o no deseados de las políticas. A veces, una medida que busca mejorar un aspecto específico puede tener repercusiones negativas en otros ámbitos. Por lo tanto, es esencial analizar cuidadosamente los resultados y evaluar si los beneficios superan los posibles inconvenientes. En última instancia, la transparencia en la recopilación y el análisis de datos es crucial para que la sociedad en su conjunto pueda evaluar la efectividad de las políticas implementadas. Los informes periódicos y accesibles al público ayudan a mantener a los responsables políticos responsables y permiten que los ciudadanos participen en el proceso de toma de decisiones al comprender mejor los impactos de las políticas en su vida diaria.

6. IMPORTANCIA DE LA EDUCACIÓN PARA LA CULTURA DE LA PAZ

La educación desempeña un papel crucial en la transformación de las mentalidades y en la promoción de la comprensión mutua entre las personas y las culturas. Al integrar en los sistemas educativos la enseñanza de la tolerancia, el diálogo intercultural y la resolución pacífica de conflictos, se sientan las bases para la construcción de una sociedad más inclusiva y armoniosa. Además, la educación proporciona a las personas las herramientas necesarias para participar activamente en la toma de decisiones informadas y en la promoción de cambios positivos en sus comunidades. Es así como la UNESCO manifiesta que hay cuatro ejes fundamentales en la educación de la paz o educación para la paz, los cuales son:

- 1) Aprender a conocer, esto es, adquirir los instrumentos de la comprensión;
- 2) Aprender a hacer, para poder actuar sobre el entorno;

3) Aprender a vivir juntos, para participar y cooperar con los demás en todas las actividades humanas 4. Aprender a ser, progresión esencial que participa de los tres aprendizajes anteriores¹⁹.

La Cultura de la Paz también está estrechamente relacionada con el fortalecimiento de los derechos humanos. Reconocer y respetar los derechos fundamentales de todas las personas es esencial para prevenir la discriminación, la violencia y los conflictos. Cuando se promueve la igualdad de género, se lucha contra la pobreza y se garantiza el acceso equitativo a los recursos, se contribuye significativamente a la construcción de una cultura de la paz. Además, el fomento de la justicia social y la rendición de cuentas también son componentes clave para asegurar que las desigualdades sean abordadas de manera efectiva y pacífica. La educación para la paz ha de ser también una educación para el encuentro, el diálogo, la cooperación, la cesión de confianza y un ligar para desarrollar nuestras potencialidades²⁰. Dentro de la Cultura de la Paz existe la promoción del diálogo y la resolución no violenta de conflictos, esto implica desarrollar habilidades de comunicación efectiva, empatía y negociación, para poder abordar las diferencias y los desacuerdos de manera constructiva. La mediación y la diplomacia juegan un papel crucial en la prevención y resolución de conflictos, permitiendo que las partes involucradas trabajen juntas hacia soluciones que beneficien a todos.

La educación desempeña un papel crucial en la promoción de la Cultura de la Paz y su relación con la gobernanza. Comenzar a preocuparse y ocuparse de la convivencia escolar es creer y confiar que niños, niñas y adolescentes pueden ser protagonistas y participantes de grandes cambios en su vida y en su escuela, es ayudarlos a transitar un camino cultural, social y ético que jamás olvidarán porque no sólo serán ellos quienes aprenden y viven los valores, sino que lo hacen de la mano de los adultos referentes más importantes en esta etapa de formación: familia y docentes²¹. Una educación inclusiva y orientada hacia la paz fomenta la comprensión intercultural, la empatía y la tolerancia, contribuyendo a la creación de sociedades donde la diversidad se ve como un activo en lugar de una fuente

¹⁹ FISAS, Vicenç. *Educar para una cultura de paz*. Quasers de Construcció de Pau n. 20. Barcelona: Escola de Cultura de Pau, 2011. p. 5 *apud* HERNÁNDEZ ARTEAGA, Isabel; LUNA HERNÁNDEZ, José Alberto; CADENA CHALA, Martha Cecilia. Cultura de paz: una construcción desde la educación. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 19, n. 28, p. 149-172, ene./jun. 2017. Disponible en: https://repositorio.uptc.edu.co/bitstream/handle/001/1834/PP_-570_Cultura_paz.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 70.

²⁰ LABRADOR, Carmen. Educación para la paz y cultura de paz en documentos internacionales. *Contextos Educativos Revista de Educación*, n. 3, p. 45-68, 2000. Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/contextos/article/view/463>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 47.

²¹ ORELLANA, Vanessa. *Gobiernos educativos y planeamiento*. Acuerdos escolares de convivencia (AEC). 2021. 29f. Plan de Intervención. Tesis (Licenciatura) – Universidad Siglo 21, Córdoba, 2021. Disponible en: <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/21386>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 27.

de división. La educación también empodera a los ciudadanos al proporcionarles las herramientas necesarias para participar de manera informada en el proceso democrático, lo que a su vez fortalece la gobernanza participativa y la toma de decisiones colectivas.

La importancia de la educación para la paz y la promoción de los derechos humanos en la Cultura de la Paz radica en su capacidad para transformar sociedades, generar cambios sostenibles y fomentar la convivencia armónica entre individuos y comunidades. A medida que el mundo enfrenta desafíos cada vez más complejos y diversos, la educación emerge como un recurso fundamental para abordar conflictos, prevenir la violencia y construir un entorno donde los derechos fundamentales sean respetados y protegidos. La comunidad escolar, miras a hacer de la escuela una célula de la organización y que busque formar líderes capaces de transformar y mejorar la vida en su comunidad, mediante la Cultura de la Paz, de la sustentabilidad y de la consolidación del derecho a una educación de calidad²².

En primer lugar, la educación para la paz contribuye a la formación de ciudadanos informados y conscientes de la importancia de la coexistencia pacífica. Al brindar a los estudiantes la oportunidad de explorar temas relacionados con la paz, la justicia, la tolerancia y la igualdad, se les empodera para desarrollar pensamiento crítico y habilidades de resolución de conflictos. Esto, a su vez, establece las bases para una sociedad en la que se valoren las diferencias y se busquen soluciones pacíficas ante desacuerdos. La educación en derechos humanos es esencial para empoderar a las personas con el conocimiento de sus propios derechos y responsabilidades, así como los derechos de los demás. Al comprender la importancia de la dignidad humana, la igualdad y la libertad, los individuos están mejor preparados para resistir la discriminación, la opresión y la violencia. La educación en derechos humanos también fomenta la empatía y la comprensión mutua, ya que permite a las personas ponerse en el lugar de los demás y apreciar las diversas perspectivas que coexisten en una sociedad plural.

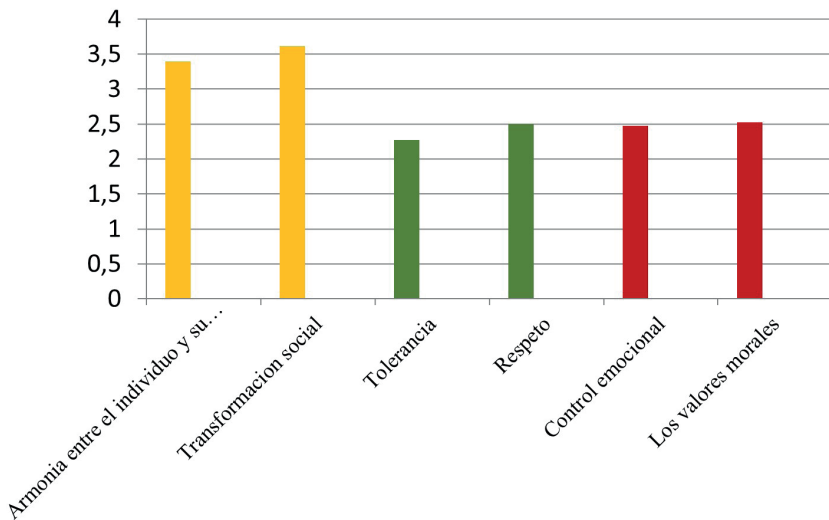
En la Cultura de la Paz, la educación no se limita a la adquisición de conocimientos académicos, sino que abarca la educación emocional y social. Los programas educativos que promueven habilidades como la comunicación efectiva, la gestión de emociones y la empatía, contribuyen en gran medida a la prevención y resolución de conflictos. Estas competencias sociales son esenciales para construir relaciones saludables y colaborativas, tanto a nivel local como global.




La educación desempeña un papel crucial en la formación de las futuras generaciones y en la consolidación de valores que abogan por la tolerancia, el respeto mutuo y

²² RAMOS, Roberto Carlos; FERNANDES, y Wanderson F. Impactos en la calidad educacional de una escuela asociada a la UNESCO (PEA) en Brasil. *Journal of the Academy*, Lima, n. 7, p. 187-198, jul./dic. 2022. Disponible en: <https://journalacademy.net/index.php/revista/article/view/124>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 189.

la resolución pacífica de conflictos. Los currículos escolares pueden diseñarse de manera que fomenten la comprensión intercultural, la empatía y la resiliencia emocional, habilidades esenciales para construir relaciones pacíficas y evitar la propagación de la violencia. Además, los docentes tienen la responsabilidad de transmitir no solo conocimientos académicos, sino también valores éticos que promuevan la convivencia armoniosa. La educación inclusiva y equitativa, que valora y respeta la diversidad, es un pilar fundamental en la construcción de una cultura de paz sólida.

Figura 1: Dimensiones e indicadores de la variable educación para la paz²³



Dimensión Objetivos de la educación para la paz	
Dimensión Principios de la educación para la paz	
Dimensión Fundamento de la educación para la paz	

El gráfico 1 muestra los resultados con la intención de establecer el principios y objetivos de la educación para la paz, observándose que el mayor número de los indicado-

²³ FANEITE, Savier Fernando A.; MERCADO, Ana María V. Educación para la paz como mecanismo de convivencia ciudadana. *Revista Honoris Causa*, v. 14, n. 2, p. 7-27, jul./dic. 2022. Disponible em: <https://revista.uny.edu.ve/ojs/index.php/honoris-causa/article/view/156>. Acceso em: 18 oct. 2023. p. 18.

res que conforman la variable (educación para la paz), en cuanto a la primera dimensión (fundamento de la educación para la paz) se evidenció que las tendencias de las respuestas obtenidas ubican a sus dos indicadores: valores morales con una media aritmética de 2.52. El indicador control emocional con una media de 2.47, ambos indicadores con tendencias aritméticas que van en un rango de 2,01 a 3,00 categorizándola de mediano predominio, seguidamente respecto a la segunda dimensión (principios de la educación para la paz), se observó que el indicador respeto se ubicó en una media aritmética de 2.50 y el indicador tolerancia con 2.27, posicionándose en un rango que va 2,01 a 3,00, lo que la categoriza de mediano predominio. Continuando con el análisis de la dimensión objetivos de la educación para la paz, se observó que tanto el indicador transformación social (3.61) y armonía entre el individuo y su entorno (3.39) se ubicaron en un rango que va dentro de un intervalo de 3.01 a 4.00 lo que la cataloga con una alto predominio. Desde una perspectiva general se observó que la mayoría de los indicadores asignados para el estudio de esta variable presentan medias que van dentro de un rango de 2.27 a 2.52 a excepción los indicadores que componen la dimensión objetivos de la educación para la paz, cuyo rango se ubicó de 3.01 a 4.00 categorizándola como alto predominio²⁴.

Por su parte, los medios de comunicación tienen un alcance global y un poder innegable para influir en las percepciones de las personas sobre los conflictos y la paz. La forma en que los medios presentan noticias, historias y narrativas puede moldear las opiniones públicas y afectar las actitudes hacia diferentes culturas y grupos. Y adentrándonos en la temática, han existido dos posiciones, que además se han mostrado irreconciliables: una, la violencia en los medios de comunicación es la causa directa de la violencia en la sociedad, causando graves perjuicios en los espectadores, especialmente en los niños y los adolescentes que les lleva a la realización de conductas violentas; y otra, los medios de comunicación lo único que hacen es reflejar la violencia de la sociedad²⁵. Los medios pueden contribuir a la Cultura de Paz al promover la resolución de conflictos a través del diálogo y la negociación, en lugar de la confrontación violenta. También pueden destacar historias inspiradoras de reconciliación y cooperación entre grupos que han estado en conflicto, lo que puede cambiar las percepciones y demostrar que la paz es posible. La responsabilidad de los medios de comunicación es delicada, ya que también pueden ser utilizados para propagar discursos de odio, polarización y desinformación, lo que puede socavar los esfuerzos hacia la paz. Es crucial que los medios sean conscientes de su poder y actúen con ética y responsabilidad al informar y abordar temas sensibles. La autorregulación y la

²⁴ FANEITE, Savier Fernando A.; MERCADO, Ana María V. Educación para la paz como mecanismo de convivencia ciudadana. *Revista Honoris Causa*, v. 14, n. 2, p. 7-27, jul./dic. 2022. Disponible en: <https://revista.uny.edu.ve/ojs/index.php/honoris-causa/article/view/156>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 18.

²⁵ CABERO, Julio; ROMERO, Rosalia. Violencia, juventud y medios de comunicación. *Comunicar*, n. 17, p. 126-132, oct. 2001. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15801719.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 128.

promoción de la diversidad de perspectivas en los medios son aspectos esenciales para evitar la amplificación de discursos violentos o divisivos.

7. DESAFÍOS DE LAS POLÍTICAS DE LA CULTURA DE LA PAZ

La implementación de políticas de Cultura de Paz se enfrenta desafíos que pueden obstaculizar su efectividad y éxito a largo plazo. Estos desafíos surgen de una variedad de fuentes y requieren enfoques estratégicos y holísticos para abordarlos de manera efectiva. Trabajar la Cultura de Paz supone, necesariamente, avanzar en un mundo más justo y sostenible y, para ello, se necesita hacer un gran esfuerzo de investigación y teorización sobre la paz, y llevar a cabo políticas decididas para que sus contenidos sean cotidianos en las prácticas educativas y sociales²⁶.

La diversidad cultural y las diferencias en valores y creencias pueden presentar un desafío importante en la implementación de políticas de cultura de paz. Cada sociedad tiene su propia historia, tradiciones y perspectivas únicas, lo que puede dificultar la creación de enfoques universalmente aplicables. Es fundamental encontrar un equilibrio entre el respeto a la diversidad cultural y la promoción de valores fundamentales de paz y tolerancia. Otro desafío crucial radica en la educación y la concienciación. La construcción de una cultura de paz requiere un esfuerzo continuo en educación para inculcar valores de resolución pacífica de conflictos, empatía y cooperación desde edades tempranas. Sin embargo, la falta de recursos educativos adecuados y la resistencia a cambiar las estructuras educativas existentes pueden dificultar la integración de estos principios en los sistemas educativos. La falta de participación y empoderamiento de la sociedad civil también representa un desafío significativo. La implementación exitosa de políticas de cultura de paz requiere la colaboración activa de la sociedad civil, las organizaciones comunitarias y los individuos. Cuando estos actores no se sienten involucrados en la planificación y ejecución de las políticas, las medidas adoptadas pueden carecer de legitimidad y aceptación, lo que limita su impacto.

Asimismo, la complejidad de los conflictos modernos y la presencia de factores socioeconómicos subyacentes pueden dificultar la promoción de una Cultura de Paz. En

²⁶ MARTÍNEZ-LÓPEZ, C.; SÁNCHEZ-FERNÁNDEZ, S. (ed.). *Escuela, espacio de Paz*. Experiencias desde Andalucía. Granada. España: Editorial Universidad de Granada, 2013. p. 314 *apud* GARCÍA RAGA, Laura; ALGUACIL DE NICOLÁS, Montserrat; BOQUÉ TORREMORELL, Maria Carme. La educación para la paz en las políticas educativas. Un balance histórico y desafíos de futuro. *Social and Education History*, v. 8, n. 3, p. 298-323, oct. 2019. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7126194>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 310.

muchos casos, los conflictos están vinculados a desigualdades económicas, políticas y sociales profundamente arraigadas. Abordar estos problemas estructurales requiere un enfoque integral que combine medidas de desarrollo sostenible, justicia social y participación ciudadana. La falta de liderazgo político y compromiso gubernamental también puede ser un obstáculo. Sin el apoyo y la voluntad política adecuados, las políticas de cultura de paz pueden quedar relegadas a un segundo plano en la agenda gubernamental. Es esencial que los líderes políticos reconozcan la importancia de fomentar la paz y la cooperación, y se comprometan activamente en la implementación de medidas concretas.

Por otra parte, la evaluación de la efectividad y sostenibilidad de las políticas de Cultura de Paz a largo plazo es un aspecto crucial para determinar el impacto real y duradero de estas iniciativas en una sociedad. Para llevar a cabo una evaluación exhaustiva, es esencial considerar una serie de fundamentos que aborden tanto los resultados tangibles como los aspectos más sutiles y subyacentes de la Cultura de Paz. En primer lugar, es vital establecer indicadores concretos que puedan medir los cambios observables en la sociedad a lo largo del tiempo. Estos indicadores podrían incluir reducciones en la violencia interpersonal, la disminución de la discriminación y el aumento en la participación ciudadana en actividades de construcción de paz. La mediación puede ser considerada una política social que fortalece y promueve bienestar social, a través del arreglo pacífico de los conflictos, y posibilita que todas las personas a todos los niveles desarrollen aptitudes para el diálogo, la negociación y la formación de consenso. Así mismo, promueve la democracia, el desarrollo de los derechos humanos y las libertades fundamentales, y el respeto y cumplimiento universales de éstos; fortalece las instituciones democráticas y la garantía de la participación plena en el proceso del desarrollo y la promoción del desarrollo económico y social sostenible²⁷. Además, la recopilación y el análisis de datos cuantitativos y cualitativos pueden proporcionar una visión más completa de cómo las políticas de Cultura de Paz están influyendo en la mentalidad de las personas, sus actitudes y comportamientos.

No se puede medir el éxito de las políticas de Cultura de Paz únicamente en función de los resultados inmediatos. Es fundamental adoptar un enfoque a largo plazo que reconozca que la transformación cultural y social lleva tiempo. Las políticas de Cultura de Paz no solo buscan reducir la violencia de manera momentánea, sino también cultivar valores y prácticas que prevengan la recurrencia de conflictos en el futuro. Por lo tanto, la sostenibilidad de estas políticas debe considerar su capacidad para arraigar estos valores en las generaciones futuras. En la evaluación de la efectividad de las políticas de Cultura de Paz es el involucramiento de la comunidad y las partes interesadas. Las políticas deben ser diseñadas y ejecutadas en colaboración con la sociedad civil, los líderes comunitarios,

²⁷ CABELLO-TIJERINA, Paris A.; VÁZQUEZ-GUTIÉRREZ, Reyna L. (coord.). *Paz y Justicia para el desarrollo sostenible*. México: Tirant lo Blanch, 2020. p. 30.

las instituciones educativas y otros actores clave. Esta colaboración no solo aumenta la legitimidad de las políticas, sino que también fomenta la apropiación y la continuidad de los esfuerzos de construcción de paz a lo largo del tiempo.

Además, la evaluación debe considerar los desafíos y obstáculos que podrían surgir en el camino hacia una Cultura de Paz duradera. Las resistencias al cambio, las tensiones étnicas o sociales arraigadas y las limitaciones de recursos son solo algunos de los factores que podrían afectar la implementación y la sostenibilidad de las políticas. Identificar estos obstáculos y desarrollar estrategias para abordarlos es esencial para garantizar que las políticas de Cultura de Paz sean efectivas en el largo plazo.

Convertir la Cultura de la Paz en una política pública implica integrar sus principios y prácticas en las estructuras gubernamentales y en la toma de decisiones políticas. Es una responsabilidad conjunta de los gobiernos, la sociedad civil y el sector privado. La creación de marcos legislativos, programas educativos y estrategias de sensibilización son algunas de las herramientas necesarias para promover esta cultura.

En la esfera local, los gobiernos pueden implementar políticas que fomenten la participación ciudadana, la resolución pacífica de conflictos y la inclusión social. Se pueden crear programas comunitarios que aborden las raíces de la violencia y la desigualdad, y se pueden establecer mecanismos de diálogo entre diferentes grupos para encontrar soluciones consensuadas.

A nivel nacional, los Estados deben enfocarse en la promoción de la educación para la paz en las escuelas, la protección de los derechos humanos, la justicia social y el acceso igualitario a oportunidades para todos los ciudadanos. También es crucial invertir en políticas de desarrollo sostenible que aborden las desigualdades económicas y medioambientales.

En el ámbito internacional, la cultura de la paz juega un papel relevante en la diplomacia y en la cooperación entre naciones. La promoción del diálogo y la resolución pacífica de conflictos son esenciales para prevenir y mitigar tensiones internacionales. Aunque la Cultura de la Paz ofrece un enfoque prometedor para abordar los conflictos y promover la armonía social, su implementación enfrenta diversos desafíos:

Resistencia cultural: En algunos contextos, los valores de la violencia y la exclusión han sido arraigados en la cultura, lo que dificulta la adopción de prácticas pacíficas. Superar estas resistencias implica un esfuerzo sostenido de educación y sensibilización.

Recursos limitados: La implementación de políticas públicas para la Cultura de la Paz requiere inversión financiera y de recursos humanos. Muchos gobiernos pueden enfrentar limitaciones presupuestarias que obstaculizan su desarrollo.

Conflictos de intereses: En algunos casos, los intereses particulares de grupos poderosos pueden obstaculizar la promoción de la paz y la justicia social. La política partidista y la corrupción también pueden afectar negativamente la adopción de medidas para la cultura de la paz.

Coordinación internacional: Para enfrentar desafíos globales, se necesita una cooperación internacional sólida. Sin embargo, las diferencias políticas y económicas entre naciones pueden dificultar la creación de alianzas efectivas.

Estadísticas sobre delincuencia juvenil en Brasil:- El artículo 103 del ECA describe así el “ato infraccional” (*Infraccion*): “Considera-se ato infraccional a conduta descrita como crime ou contravenção penal” (*Se considera infracción la conducta descrita como delito o falta*). Los niños y adolescentes no cometen crimen, cometen acto infraccional. Jurídicamente, “ato infraccional” no es lo mismo que delito. Es una conducta conflictiva con la ley, pero no es un crimen. El instituto jurídico penal del crimen es un instituto que está fuera del Derecho de los Niños y Adolescentes de Brasil¹¹. La base fáctica del delito es la que se utiliza en la estructura del “ato infraccional”, pero los demás elementos constitutivos del delito no alcanzan el “ato infraccional”. Por ejemplo, tomando el análisis del concepto analítico de delito¹², tenemos que delito es la ‘conducta’ ‘típica’ ‘ilícita’ y ‘culpable’²⁸.

En un intento por descubrir las raíces de la delincuencia juvenil, los científicos sociales abandonaron hace ya tiempo la búsqueda de “demonios en la mente” o de “estigmas en el cuerpo”. En la actualidad, se cree que el comportamiento delictivo, como casi todo comportamiento social, es una conducta que se aprende en el proceso de interacción social. Las dificultades de considerar al comportamiento delictivo como el fruto de un conjunto de valores y normas desviadas (en otras palabras, como el resultado de una situación en la que el delincuente define el delito que cometió como “justo”) son de carácter empírico y teórico. En primer lugar, si de hecho existiera una subcultura delictiva en función de la cual el delincuente considerara su comportamiento ilegal como moralmente correcto, podríamos suponer que el delincuente no manifestaría sentimientos ni de culpa ni de vergüenza en su detención o encierro; por el contrario, la principal reacción se manifestaría como indignación o un sentimiento de martirio²⁹.

En Brasil, los delitos cometidos por jóvenes, especialmente los delitos violentos, generan mucha preocupación y crean una reacción social muy negativa (Sales, 2007). El

²⁸ LEAL, Jovanka P. I. Justicia especial de menores y responsabilidad criminal: elementos del sistema brasileño. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, n. 8, p. 83-96, dic. 2015. Disponible en: <https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41509/43024>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 90.

²⁹ SYKES, Gresham M’Cready; MATZA, David. Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 52, p. 163-170, jan./abr. 2008. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/crch/a/hnMBX-PPHJZgK5RYxbT4dN3n/?format=pdf&lang=es>. Acceso en: 18 oct. 2023.

número de sentencias para este grupo ha aumentado sustancialmente, llegando a un 443% desde la década de 1990 hasta la actualidad. Esto no indica necesariamente que los jóvenes están cometiendo más delitos, sino que este incremento se ha dado en un contexto de expansión de la criminalización de las conductas antisociales cometidas por los adolescentes, produciendo un efecto de incremento de las sentencias y condenas a los adolescentes. Asimismo, las tasas de reincidencia de los adolescentes infractores en Brasil son muy altas, alrededor de 60%-70%³⁰, por lo cual se aprecia que dicha estrategia no es efectiva³¹.

En relación con estudios precedentes, el porcentaje de 53,6% de adolescentes que informó ya haber cometido algún delito a lo largo de la vida es inferior al 77% obtenido en el estudio de Komatsu y Bazon³². Sin embargo, el porcentaje de 24,1% que informó ya haber cometido algún delito violento a lo largo de la vida es mayor que el 19,4% encontrado en el estudio de Peres *et al.*³³. Estas divergencias pueden ser debidas al procedimiento de muestreo de las investigaciones o a cuestiones metodológicas. Por ejemplo, un reto es contabilizar adecuadamente las peleas como delitos violentos. Muchos estudios suelen contabilizar peleas propias de la infancia y adolescencia, sin gravedad, lo que crea sesgos en los resultados. En la presente investigación, las peleas solo fueron contabilizadas en casos en los cuales el adolescente informó que la víctima había necesitado cuidados médicos. Este estudio ha analizado, con una muestra de 467 adolescentes varones de Brasil, la relación entre aspectos de personalidad socialización y el cometimiento de delitos auto informado. Por todo lo anterior, se considera que los objetivos del estudio fueron alcanzados³⁴.

³⁰ RODRIGUES, C. D.; OLIVEIRA, V. C.; ROCHA, R. L. S. Brazil. In: DECKER, S. H.; MARTEACHE, N. International Handbook of Juvenile Justice. [S.l.]: Springer, 2017. Apud WENGER AMENGUAL, Lorena; COSTA, Rafaelle C. S.; KOMATSU, André V.; BAZON, Maria R.; ANDRES-PUEYO, Antonio. Diferencias de personalidad entre adolescentes infractores en Brasil y España evaluadas con el Jesness Inventory Revised. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, v. 9, n. 2, p. 9-15, mayo 2022. Disponible en: https://www.revistapcna.com/sites/default/files/2027_0.pdf. Acceso em: 18 oct. 2023.

³¹ WENGER AMENGUAL, Lorena; COSTA, Rafaelle C. S.; KOMATSU, André V.; BAZON, Maria R.; ANDRES-PUEYO, Antonio. Diferencias de personalidad entre adolescentes infractores en Brasil y España evaluadas con el Jesness Inventory Revised. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, v. 9, n. 2, p. 9-15, mayo 2022. Disponible en: https://www.revistapcna.com/sites/default/files/2027_0.pdf. Acceso em: 18 oct. 2023. p. 10.

³² KOMATSU, A. V.; BAZON, M. R. Personal differences among brazilian adolescents with distinct levels of engagement in delinquency. *International Journal of Criminology and Sociology*, n. 6, p. 65-74, 2017. Apud WENGER AMENGUAL, Lorena; COSTA, Rafaelle C. S.; KOMATSU, André V.; BAZON, Maria R.; ANDRES-PUEYO, Antonio. Diferencias de personalidad entre adolescentes infractores en Brasil y España evaluadas con el Jesness Inventory Revised. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, v. 9, n. 2, p. 9-15, mayo 2022. Disponible en: https://www.revistapcna.com/sites/default/files/2027_0.pdf. Acceso em: 18 oct. 2023.

³³ 2018

³⁴ COSTA, Rafaelle C.; BAZON, Marina R.; BAUZA, Antônia R.; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Patrones de conductas delictivas y socialización en adolescentes escolares en Brasil. *Boletín criminológico*, v. 26, n. 197, p. 1-26, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7701818>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 17 y 19.

Pobreza entra en el ámbito de la desigualdad y también representa uno de los detonantes de las actividades delictivas en general, ya que una persona se encuentra en situación de pobreza cuando tiene al menos una carencia social (en los seis indicadores de rezago educativo, acceso a servicios de salud, acceso a la seguridad social, calidad y espacios de la vivienda, servicios básicos en la vivienda y acceso a la alimentación) y su ingreso es insuficiente para adquirir los bienes y servicios que requiere para satisfacer sus necesidades alimentarias y no alimentarias³⁵.

En la tabla siguiente se presentan los resultados de delincuencia de la muestra total (N=467). Focalizando el total de 13 delitos abordados – violentos y no violentos –, se percibe que un 37% de la muestra informó haber cometido al menos un delito en los últimos 12 meses, mientras 53,6% ha informado haber cometido al menos un delito a lo largo de la vida. Con respecto a los delitos violentos (lesión corporal, lesión corporal con instrumento, participación en luchas de grupos y robo), se observa que un 8,1% ha informado haber cometido al menos un delito violento en los últimos 12 meses y un 24,1%, ha informado haber cometido al menos un delito violento a lo largo de la vida³⁶.

Tabla 1: Resultados descriptivos de las conductas delictivas de la muestra total³⁷

Conductas delictivas	Ninguna ocurrencia	Al menos una ocurrencia
Delitos cometidos		
Últimos 12 meses	63%	37%
A lo largo de la vida	46,4%	53,6%
Delitos violentos		
Últimos 12 meses	91,9%	8,1%
A lo largo de la vida	75,9%	24,1%

³⁵ CONEVAL. *Medición de la pobreza*. Glosario. [S.d.]. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/paginas/glosario.aspx>. Acceso en: 18 oct. 2023.

³⁶ COSTA, Rafaelle C.; BAZON, Marina R.; BAUZA, Antônia R.; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Patrones de conductas delictivas y socialización en adolescentes escolares en Brasil. *Boletín criminológico*, v. 26, n. 197, p. 1-26, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7701818>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 12.

³⁷ COSTA, Rafaelle C.; BAZON, Marina R.; BAUZA, Antônia R.; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Patrones de conductas delictivas y socialización en adolescentes escolares en Brasil. *Boletín criminológico*, v. 26, n. 197, p. 1-26, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7701818>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 12.

8. CONCLUSIÓN

La Cultura de la Paz como política pública para la gobernanza es un concepto fundamental que busca establecer los cimientos de una sociedad justa, pacífica e igualitaria. Su promoción requiere la colaboración y el compromiso de diversos actores, desde los gobiernos hasta la sociedad civil y el sector privado. Aunque su implementación enfrenta desafíos significativos, los beneficios de la paz y la convivencia armoniosa son incalculables.

Es esencial seguir trabajando en la construcción de una Cultura de la Paz en todos los niveles de la sociedad y a nivel internacional. La promoción de la educación para la paz, la resolución pacífica de conflictos y la protección de los derechos humanos son pilares fundamentales para lograr un mundo más justo y sostenible. Solo a través de una acción coordinada y persistente podremos alcanzar el anhelado objetivo de una Cultura de la Paz arraigada en todas las esferas de la vida.

REFERENCIAS

CABELLO-TIJERINA, Paris A.; VÁZQUEZ-GUTIÉRREZ, Reyna L. (coord.). *Paz y Justicia para el desarrollo sostenible*. México: Tirant lo Blanch, 2020.

CABERO, Julio; ROMERO, Rosalia. Violencia, juventud y medios de comunicación. *Comunicar*, n. 17, p. 126-132, oct. 2001. Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/158/15801719.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023.

CAJAS RODRÍGUEZ, Nohelia Silvana; CAMARENA GONZALES, Lizbeth Marly. *Relación de las habilidades blandas y el rendimiento académico en niños con problemas de aprendizaje*. 2023. 21f. Trabajo de Investigación (Bachiller en Psicología) – Escuela Académico Profesional de Psicología, Facultad de Humanidades, Universidad Continental, Huancayo, 2023. Disponible en: https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/12749/2/IV_FHU_501_TI_Cajas_Camarena_2023.pdf. Acceso en: 18 oct. 2023.

CARDOZO RUSINQUE, Aura Alicia; MORALES CUADRO, Aldair Ricardo; MARTÍNEZ SANDE, Paola Andrea. Construcción de paz y ciudadanía en la Educación Secundaria y Media en Colombia. *Educação e Pesquisa*, v. 46, e214753, p. 1-21, 2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=29863344019>. Acceso en: 18 oct. 2023.

CISNEROS-CISNEROS, María A.; PEMBERTHY-GALLO, Luz S.; CHAGUENDO-MUÑOZ, Margye K. Gestión del conocimiento: una apuesta desde la gobernanza para la educación en salud en el Cauca. *Revista Opera*, n. 27, p. 63-89, jul./dic. 2020. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/opera/article/view/6598>. Acceso en: 18 oct. 2023.

CONEVAL. *Medición de la pobreza*. Glosario. [S.d.]. Disponible en: <https://www.coneval.org.mx/Medicion/paginas/glosario.aspx>. Acceso en: 18 oct. 2023.

COSTA, Rafaelle C.; BAZON, Marina R.; BAUZA, Antônia R.; ANDRÉS-PUEYO, Antonio. Patrones de conductas delictivas y socialización en adolescentes escolares en Brasil. *Boletín criminológico*, v. 26, n. 197, p. 1-26, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7701818>. Acceso en: 18 oct. 2023.

FANEITE, Savier Fernando A.; MERCADO, Ana María V. Educación para la paz como mecanismo de convivencia ciudadana. *Revista Honoris Causa*, v. 14, n. 2, p. 7-27, jul./dic. 2022. Disponible en: <https://revista.uny.edu.ve/ojs/index.php/honoris-causa/article/view/156>. Acceso en: 18 oct. 2023.

GARCÍA RAGA, Laura; ALGUACIL DE NICOLÁS, Montserrat; BOQUÉ TORREMORELL, Maria Carme. La educación para la paz en las políticas educativas. Un balance histórico y desafíos de futuro. *Social and Education History*, v. 8, n. 3, p. 298-323, oct. 2019. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7126194>. Acceso en: 18 oct. 2023.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, Erick Javier. *Prospectiva sobre la eficacia de la mediación educativa en la Universidad de Panamá como promotora de la cultura de paz*. 2021. 425f. Tesis (Doctorado) – Facultad de Derecho y Criminología, Universidad Autónoma de Nuevo León, Ciudad Universitaria, San Nicolás de los Garza, Nuevo León, México, 2021. Disponible en: <https://eprints.uanl.mx/22151/1/1080315204.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023.

GONZÁLEZ, Pablo G. La cultura como condición de paz y la paz como condición de cultura en el pensamiento latinoamericano. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 24, n. 1, p. 43-66, 2019. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/utopia/article/view/24277>. Acceso en: 18 oct. 2023.

GONZALO-QUIROGA, Marta. Mediación y cultura de paz en los objetivos de desarrollo sostenible 2030. *Polo del Conocimiento*, v. 6, n. 7, p. 89-110, 2021. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8017033>. Acceso en: 18 oct. 2023.

HERNÁNDEZ ARTEAGA, Isabel; LUNA HERNÁNDEZ, José Alberto; CADENA CHALA, Martha Cecilia. Cultura de paz: una construcción desde la educación. *Revista Historia de la Educación Latinoamericana*, v. 19, n. 28, p. 149-172, ene./jun. 2017. Disponible en: https://repositorio.uptc.edu.co/bitstream/handle/001/1834/PP_-570_Cultura_paz.pdf?sequence=1&isAllowed=y. Acceso en: 18 oct. 2023.

LABRADOR, Carmen. Educación para la paz y cultura de paz en documentos internacionales. *Contextos Educativos Revista de Educación*, n. 3, p. 45-68, 2000. Disponible en: <https://publicaciones.unirioja.es/ojs/index.php/contextos/article/view/463>. Acceso en: 18 oct. 2023.

LASSO SANTOS, July Andrea; BARBOSA NARVÁEZ, Lina María; HERRERA SALAZA, Steven David. *Afianzar la equidad de género en niños y niñas de 6 a 12 años, enfocado en el análisis del entorno y prevención de violencia*. 2023. 81f. Proyecto de Investigación (Especialización) – Escuela de Artes y Ciencias de la Comunicación, Corporación Universitaria UNITEC, Bogotá, 2023. Disponible en: <https://repositorio.unitec.edu.co/handle/20.500.12962/2542>. Acceso en: 18 oct. 2023.

LEAL, Jovanka P. I. Justicia especial de menores y responsabilidad criminal: elementos del sistema brasileño. *Revista de Derecho*. Escuela de Postgrado, n. 8, p. 83-96, dic. 2015. Disponible en: <https://revistaderecho.uchile.cl/index.php/RDEP/article/view/41509/43024>. Acceso en: 18 oct. 2023.

MESA, Marta. El reto de imaginar un futuro de paz en un mundo en crisis: el papel de la educación para la ciudadanía global. *Sinergias – diálogos educativos para a transformação social*, Prefacio, n. 15, p. 17-5, jul. 2023. Disponible en: https://sinergiased.org/wp-content/uploads/07/2023/Sinergias_15VF_julho-2023.pdf. Acceso en: 18 oct. 2023.

MOLERO, Milagros Villasmil; VILLASMIL, Francisco Romero; GONZÁLEZ, Cecilia Socorro. Estrategias éticas-pedagógicas para una cultura de paz como referente epistémico en universidades privadas. *Utopía y Praxis Latinoamericana*, v. 25, n. 11, p. 316-332, 2020. Disponible en: <https://www.redalyc.org/journal/279/27964922022/html/>. Acceso en: 18 oct. 2023.

MUÑOZ, Francisco A.; FLORES, Joaquín Herrera; RUEDA, Beatriz Molina; FERNÁNDEZ, Sebastián Sánchez. *Investigación de la paz y los derechos humanos desde Andalucía*. Granada: Universidad de Granada, 2005. Disponible en: <https://www.ugr.es/~fmunoz/documentos/pazddhand.pdf>. Acceso en: 18 oct. 2023. p. 207.

NOS ALDÁS, Eloisa; FARNÉ, Alessandra; TRUJILLO, Tamer Al-Najjar. Justicia social, culturas de paz y competencias digitales: comunicación para una ciudadanía crítica global en la educación superior. *Revista Internacional de Educación para la Justicia Social*, v. 8, n. 1, p. 43-62, mayo 2019. Disponible en: <https://revistas.uam.es/riejs/article/view/riejs2019.8.1.003>. Acceso en: 18 oct. 2023.

NUÑEZ LIRA, Luis Alberto et al. Impacto de las políticas sociales en la calidad de vida del adulto mayor. *Revista Gestión I+D*, v. 5, n. 1, p. 121-143, 2020. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7468015>. Acceso en: 18 oct. 2023.

ORELLANA, Vanessa. *Gobiernos educativos y planeamiento*. Acuerdos escolares de convivencia (AEC). 2021. 29f. Plan de Intervención. Tesis (Licenciatura) – Universidad Siglo 21, Córdoba, 2021. Disponible en: <https://repositorio.21.edu.ar/handle/ues21/21386>. Acceso en: 18 oct. 2023.

RAMOS, Roberto Carlos; FERNANDES, y Wanderson F. Impactos en la calidad educacional de una escuela asociada a la UNESCO (PEA) en Brasil. *Journal of the Academy*, Lima, n. 7, p. 187-198, jul./dic. 2022. Disponible en: <https://journalacademy.net/index.php/revista/article/view/124>. Acceso en: 18 oct. 2023.

RENGIFO MEDINA, Caroline N.; SÁNCHEZ SEGURA, Steysy M.; PERALTA, Ena Cecilia O. Responsabilidad social empresarial y desarrollo sostenible: reflexiones desde la ética aplicada. *Revista de Filosofía*, v. 39, n. 100, p. 409-420, 2022. Disponible en: <https://produccioncientificaluz.org/index.php/filosofia/article/view/37645/41337>. Acceso en: 18 oct. 2023.

SYKES, Gresham M'Cready; MATZA, David. Técnicas de neutralización: una teoría de la delincuencia. *Caderno CRH*, Salvador, v. 21, n. 52, p. 163-170, jan./abr. 2008. Disponible en: <https://www.scielo.br/j/ccrh/a/hnMBxPPHJZgK5RYXbT4dN3n/?format=pdf&lang=es>. Acceso en: 18 oct. 2023.

WENGER AMENGUAL, Lorena; COSTA, Rafaelle C. S.; KOMATSU, André V.; BAZON, Maria R.; ANDRES-PUEYO, Antonio. Diferencias de personalidad entre adolescentes infractores en Brasil y España evaluadas con el Jesness Inventory Revised. *Revista de Psicología Clínica con Niños y Adolescentes*, v. 9, n. 2, p. 9-15, mayo 2022. Disponible en: https://www.revistapcna.com/sites/default/files/2027_0.pdf. Acceso en: 18 oct. 2023.

CAROLINE MÜLLER BITENCOURT

Pós-doutorado pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Doutora e Mestre em Direito e Especialista em Direito Público. Atualmente, é professora da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC), vinculada ao Programa de Pós-Graduação (PPGD) em Direito, Mestrado e Doutorado, da UNISC. Chefe do Departamento de Direito da Universidade de Santa Cruz do Sul. Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA). Presidente da Comissão de Democracia e Cidadania do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo (IBDA). Presidente do Comitê de Direitos Humanos da UNISC. Autora de diversas obras na área do direito público. Advogada.

EMERSON GABARDO

Pós-doutorado em Direito Público Comparado pela Fordham University School of Law (EUA). Doutor em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (UFPR), com estágio de doutoramento na Universidade Clássica de Lisboa. Mestre em Direito do Estado também pela UFPR. Professor Titular de Direito Administrativo na Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR) vinculado ao mestrado e doutorado em Direito. Professor Associado de Direito Administrativo na UFPR, também vinculado ao mestrado e doutorado em Direito. Visiting Scholar na University of California – UCI (EUA). Membro da Rede Docente Eurolatinoamericana de Direito Administrativo. Membro da Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA).

TERESITA RENDÓN HUERTA BARRERA

Doctora en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Es autora de diversas obras y de más de cien artículos sobre temas jurídicos. Magistrada fundadora del Tribunal de lo Contencioso Administrativo del estado de Guanajuato del cual fue presidenta en tres periodos y titular de la Primera Sala durante 16 años. Es miembro del Sistema Nacional de Investigadores nivel II del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología. Actualmente presidenta de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y Rectora del Campus Guanajuato de la Universidad de Guanajuato en un segundo periodo.

Esta obra é fruto das reflexões de grande parte dos integrantes da Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA) e representa um importante passo na discussão sobre a interseção entre as novas tecnologias e a administração pública, com foco na proteção dos direitos fundamentais, a promoção da participação e o desenvolvimento de políticas públicas. Sua importância não pode ser subestimada, já que aborda questões cruciais a partir da experiência vivenciada em diferentes sistemas jurídicos, mas tendo como pano de fundo uma administração pública que em seu centro gravitacional seja a proteção da dignidade da pessoa humana. Esta publicação é um valioso recurso para todos aqueles que se preocupam com a melhoria dessas áreas em nossa sociedade.

O presente livro é composto por artigos científicos de pesquisadores de vários países que participaram do **XII Congresso Associação Internacional de Direito Administrativo (AIDA)** e conta com o financiamento de órgãos de fomento público no Brasil. Ela oferece uma visão abrangente das questões abordadas no decorrer dos capítulos e serve como um guia para a construção de um governo mais eficiente, participativo e responsável, capaz de atender às necessidades de todos os cidadãos. A administração pública deve encontrar o equilíbrio certo entre lidar com os desafios e explorar as oportunidades para uma governança mais eficaz e inclusiva do local para o global.

