

ESTADO DE DERECHO Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Prof. Adj. Dra. Mariella Saettone Montero

Introducción

En el presente trabajo nos proponemos reflexionar sobre las características y los cambios actuales en el Estado de Derecho y su proyección en la Administración pública que responde a ese modelo de Estado.

En efecto, distintos factores tales como la globalización, la revolución tecnológica e informática han incidido no sólo en el medio social sino también en el ámbito estatal, especialmente en el desarrollo de las distintas funciones estatales.

Por otra parte ha variado sustancialmente la relación Estado – Sociedad, pudiendo apreciarse en términos generales, una sociedad que cada vez exige más transparencia y rendición de cuentas a la gestión pública.

Y es que, de acuerdo al orden jurídico interno y en especial al desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, el Estado de Derecho se ubica en una posición más garantista en relación a los derechos de la persona humana, lo que define una identidad propia de la Administración pública de este modelo de Estado.

En este sentido, del marco del derecho público nacional e internacional surge la necesidad de un funcionamiento armónico en relación a la naturaleza del Estado de Derecho y el desarrollo de la gestión pública, lo que implica la necesidad de la conformación de una nueva cultura administrativa, flexible a los cambios que necesariamente debe replantearse los procedimientos administrativos clásicos en la medida de compatibilizarlos con los tiempos actuales.

Desde otras disciplinas sociales se ha señalado¹ que es frecuente utilizar el término posmodernidad referido a procesos de cultura o a la evolución de las pautas de la ética y la vida, según reglas morales y de ética pero conjuntamente con esas proyecciones, se deben incluir la política y especialmente la función de gobierno.

Advierte Romeo Perez² que la posmodernidad de la función de gobierno, entre otras situa-

¹ Perez Romeo- “ Eficacia del Gobierno y Relacionamiento” en Estudios Juridicos de la Fac. de Derecho-UCU N° 2 2006 pág 289 y sgtes.

² Perez Romeo- Ob. citada

ciones, se observa cuando se pone en relación la práctica de las secciones dogmáticas de las Constituciones con las prácticas del gobierno en sentido amplio, con las prácticas parlamentarias y ejecutivas, centralizadas y descentralizadas por función y territorialmente.

I) El nacimiento del Estado de Derecho en el siglo XIX se caracterizó fundamentalmente por: el sometimiento del poder al principio de legalidad, el principio de separación de poderes, la responsabilidad del Estado por la actuación de la administración y la expresión de la voluntad colectiva de la población en la elección de órganos representativos, así como por el reconocimiento de los derechos civiles y políticos de la persona humana.

En este mismo sentido Díaz³ señala que el Estado de Derecho que es la institucionalización jurídica política de la democracia, se caracterizó en su origen liberal, por la cultura de la Ilustración, la razón y la libertad, derivando así, en primer término del iusnaturalismo racionalista.

Como se sabe, el Estado Liberal de Derecho del siglo XIX impactado por distintos hechos sociales y los efectos económicos y sociales producto de la terminación de la primera guerra mundial, y por los inclusión de las cláusulas económicas y sociales en las Constituciones, modificó sustancialmente sus cometidos, y surgió un modelo de Estado diferente que se convirtió en el Estado Social de Derecho.

Es así, que en la evolución constitucional del Estado de Derecho se observa que a medida que transcurrió el tiempo y avanzamos en el siglo XX se fueron sumando a los derechos civiles y políticos, derechos de la libertad, los derechos de segunda generación e inclusive en las más modernas normas constitucionales, los derechos de tercera generación que conforman el marco de protección de la persona humana en relación al Estado.

La ley que fue el principal instrumento del Estado Liberal, en aquella nueva etapa modificó su conformación fundamentalmente como destacó Cagnoni⁴, estableciendo principios fundamentales que deberán desarrollarse por otros instrumentos jurídicos, lo que afectó, principalmente la Administración a cargo del Poder Ejecutivo.

En esta nueva etapa, a inicios del Siglo XX, se pasó de la administración ordenadora del Estado Liberal a una administración conformadora que del punto de vista de la organización administrativa, necesariamente debió tender a la descentralización en virtud de la especialización y a una utilización mayor del reglamento de ejecución para efectivizar en la realidad de los hechos las disposiciones legales en tantas materias asumidas, y también del reglamento autónomo⁵.

Se asistió en esta etapa al inicio de un proceso de aumento cuantitativo del ejercicio de la función administrativa del Estado.

Como explicara muy claramente Barbé Pérez⁶, en su clásico trabajo sobre la administración conformadora que surge a partir de estos cambios, ésta es diferente a la administración ordenadora anterior, que consideraba el orden económico y social como una realidad justa en

³ Díaz, Elías. "Estado de Derecho y Legitimidad democrática" en "Estado de Derecho, concepto, fundamentos y democratización en América Latina" Ed. Siglo XXI SA México 2002 pág 61 y sgtes.

⁴ Cagnoni, Jose Aníbal. "El Derecho Constitucional Uruguayo" Ed. Grafínel Montevideo 2006 pág 171 y sgtes.

⁵ Cagnoni, Jose Aníbal. Ob. citada.

⁶ Barbé Pérez, Héctor. "Adecuación de la Administración conformadora del orden económico y social a las exigencias del Estado de Derecho" RDJA T. 65

la cual el Estado no debía intervenir.

Al sumar nuevos cometidos este Estado claramente intervencionista, conlleva necesariamente una nueva administración pública que además de cumplir obviamente con los cometidos esenciales clásicos, adquiere un perfil claramente conformador en el ámbito económico y social, al actuar en el marco de los servicios públicos, servicios sociales, en la intervención del Estado en la actividad privada y también regulando dicha actividad.

Por otra parte, esta nueva administración además de desarrollar la actividad reglada propia del Estado liberal en relación a los cometidos esenciales, entendida en el sentido de que el contenido o elemento decisorio del acto de la Administración viene regulado por la ley sin dejar al administrador margen de elección al respecto, deberá ahora actuar con un margen mayor de discrecionalidad⁷.

En efecto explica Cagnoni⁸ muy claramente que “ El criterio de aplicación de la Administración conformadora, acorde al nuevo rol del Estado pautado por urgencias en sus términos temporales para adoptar una decisión administrativa y, a la vez pautado por el requerimiento de responder con especialización a las cuestiones especiales propias de esta nueva concepción estatal, conlleva a la discrecionalidad; entre dos o más soluciones posibles de un problema que debe ser resuelto, cuando todas las soluciones posibles son jurídicamente regulares o correctas o conformes a legalidad en sentido amplio, la elección de cual de ellas debe ser adoptada responde a criterios de oportunidad y conveniencia”.

Pero además también es importante tener presente, en este contexto, como ha destacado Cagnoni⁹ refiriéndose concretamente al derecho uruguayo, que los valores y garantías consagrados en la Constitución uruguaya expresa o implícitamente en los artículos 7, 24 y 72 de naturaleza y aplicación jurídica como instrumentos jurídicos del Estado de Derecho, son valores de la democracia.

Los factores característicos de la posmodernidad a los cuales nos hemos referido anteriormente y especialmente la globalización han desdibujado muchas de las características del Estado Social de Derecho y si bien como afirma Cagnoni el Estado (neoliberal) de Derecho no se ha desprendido totalmente de las exigencias del Estado Social de Derecho, sólo las considera como expresión de “políticas sociales”, es decir como necesarias por la situación precaria de las condiciones de vida de amplios sectores de la población.

Desde la teoría de la organización, en nuestro país se observa entonces un retroceso de la descentralización, la creación de personas públicas no estatales que en realidad funcionan como unidades ejecutoras del Estado fuera de este, y el abandono de algunos cometidos en forma directa y otros totalmente saliendo del ámbito estatal¹⁰.

Desde una perspectiva actual, Elias Diaz¹¹ estudiando el Estado de Derecho refiere a un paso más en la evolución del Estado Social de Derecho a lo que el denomina Estado democrático de Derecho, que tendría un perfil diferente al Estado Social clásico, y que debería evitar el exceso en un inabarcable intervencionismo cuantitativo, hacia un Estado de intervención mucho más cualitativa y selectiva con importantes revisiones y correcciones dentro de él.

⁷ Cagnoni, José Aníbal - Ob citada

⁸ Cagnoni, José Aníbal - Ob. citada

⁹ Cagnoni, José Aníbal - Ob. citada

¹⁰ Cagnoni, José Aníbal - Ob. Citada pág 175 y sgtes

¹¹ Diaz, Elías - Ob. Citada pág 86 y sgtes

Se trata según este autor, de que “el Estado por querer hacer demasiadas cosas no deje de ninguno modo de hacer bien, aquello de contrastada superior entidad racional que variable en parte, según las condiciones históricas y sociales le corresponde hacer en función de metas, necesidades, intereses generales y particulares, obligaciones éticas y políticas que asimismo los ciudadanos puedan y deban exigir”.

Desde otra perspectiva más funcional, Federici¹² estudiando el tema de la calidad institucional y la eficiencia del gobierno, en la práctica constitucional señala que la expresión calidad institucional hace referencia al adecuado funcionamiento de las instituciones del régimen democrático pero a su vez dicho concepto remite a un fenómeno más amplio y complejo que el del simple funcionamiento.

En efecto advierte el autor argentino¹³ que “las instituciones en una democracia no son fines per se, sino medios para realizar ciertas finalidades valiosas. Es así que por un lado la calidad institucional refiere al funcionamiento de las instituciones y de la capacidad del sistema para articular las diferentes dimensiones, recursos, actores, actitudes, actuaciones, oportunidades y las circunstancias condicionantes del sentido de ese funcionamiento a fin de garantizar la realización de los valores de la democracia.” Por lo tanto concluye este autor hablar de los valores de la democracia en la actualidad equivale a remitirse a los valores del Estado de Derecho constitucional.

Asimismo para el funcionamiento y la calidad institucional de un Estado de Derecho es fundamental, desde un punto de vista práctico, dice el profesor argentino¹⁴, que se den dos condiciones objetivas la estabilidad del régimen político y la eficacia del proceso de decisiones.

II) A partir de 1948 con la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana, comenzó a desarrollarse el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y se consolidó una gran conquista jurídica como fue la aceptación en el ámbito del Derecho Internacional, de la persona humana como un sujeto de Derecho Internacional.

De esta forma comienzan a conformarse e interactuar los dos ámbitos de protección jurídica que tiene todo ser humano, a nivel interno por las normas jurídicas y los principios generales de derecho que conforman el orden jurídico de su país y a nivel internacional por los sistemas jurídicos de protección.

Al Estado de Derecho que ya tenía un marco de actuación a nivel interno consagrado fundamentalmente en la Constitución, se le agrega el cumplimiento de las obligaciones de promoción, respeto y garantía en materia de protección de los derechos de la persona humana, que se derivan de la ratificación de los instrumentos internacionales.

Como dice Nogueira¹⁵, refiriéndose al impacto de la perspectiva de protección de los derechos humanos surgida a partir de la terminación de la segunda guerra mundial; “Dicha perspectiva lleva, asimismo, en la segunda mitad del siglo XX a la estructuración de un sistema político y jurídico mundial y regional de protección de tales derechos ante la actuación arbitraria o el

¹² Federici, Mario - “Calidad Institucional y Eficiencia del Gobierno en la práctica constitucional argentina” en Estudios Jurídicos N° 2 Fac. de Derecho-UCU 2006, pág 215 y sgtes.

¹³ Federici, Mario - Ob. Citada pág 217 y sgtes.

¹⁴ Federici, Mario - Ob. citada

¹⁵ Nogueira Alcalá, Humberto- “Estado de Derecho, buen gobierno, gobernabilidad o gobernanza” en “Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” Edit. Fundación Konrad Adenauer, 2000 pág 36 y sgtes.

abuso de poder de los Estados o sus agentes a través del sistema de Naciones Unidas, en el contexto europeo e interamericano. De esta forma esa perspectiva sustantiva del Estado de Derecho, se complementa con la concepción democrática y el necesario control efectivo de los órganos estatales por la ciudadanía”¹⁶.

Por otra parte, las grandes transformaciones en materia de comunicaciones, la transnacionalización de la economía y la globalización características de esta época postmoderna, como hemos dicho, han impactado en la estructura y funcionalidad clásica del Estado contemporáneo, además por supuesto de la proyección que ellas tienen en el ámbito individual y social. Podríamos afirmar pues, que un torbellino de cambios rápidos producto de las transformaciones señaladas precedentemente, está afectando todas las actividades en los ámbitos individual, social y estatal.

Esta compleja transformación de nuestra civilización implica para el Estado de Derecho nuevos desafíos que en concepción del Prof. Valentín Paniagua¹⁷ serían los siguientes: a) asegurar la subsistencia del Estado-nación y la de su capacidad para articular soberanamente el interés general de la sociedad nacional b) asegurar la existencia y vigencia tanto de un sistema institucional como de procedimientos de formulación, decisión, ejecución y rendición de cuentas que garanticen la representación de la sociedad y su participación a través de los partidos políticos y de las instituciones de la sociedad civil y c) promover ciudadanía inclusivas mediante políticas de desarrollo económico y social.

Especialmente referido al tema de ciudadanía señala el profesor peruano Paniagua, que la ciudadanía nació en el mundo como una relación de pertenencia a un Estado, es decir un status de la persona en un espacio geográfico y político determinado. Sin embargo hoy la globalización que ha creado nuevos poderes y en cierto sentido nuevos derechos, ha debilitado sustancialmente esa relación primaria, concreta de protección con el Estado¹⁸.

Evidentemente el concepto de ciudadanía ha cambiado en el presente con respecto a su origen, pero no creo que se haya debilitado sustancialmente esa relación con el Estado nacional, sino que se ha transformado también por el nuevo contexto social económico y político internacional. Justamente la Carta Democrática Interamericana suscripta por nuestros Estados afirma claramente el principio de que la democracia representativa se refuerza y profundiza con la participación, permanente, ética y responsable de la ciudadanía en un marco de legalidad conforme al orden constitucional.

En definitiva la gobernabilidad democrática necesariamente requiere acercar la gestión pública a la ciudadanía, otorgando al ciudadano un rol más importante en los asuntos públicos.

Ahora bien también es importante señalar, como lo ha hecho Cea Egaña¹⁹ que si bien en el Estado de Derecho, se mantiene la separación de poderes clásica, debe hacerse un nuevo enfoque de dicho principio, no sólo para explicar la articulación interna del Estado, sino con un alcance que posibilite así utilizarlo como criterio matriz para la organización y regulación de los vínculos que suceden dentro de la sociedad civil y en germen también en la reestructuración del orden internacional.

¹⁶ Nogueira, Alcalá Humberto - Ob. citada

¹⁷ Paniagua, Valentín - “Estado de Derecho, Política y Democracia en la sociedad globalizada” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” Edit. Fundación Konrad Adenauer 2005 T.1 pag 111 y sgtes

¹⁸ Panigaua, Valentín - Ob. citada

¹⁹ Cea Egaña, José Luis - “Proyecciones de la separación de poderes en el Estado contemporáneo” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” Ed. Fundación Konrad Adenauer 2007 pág 149 y sgtes

Y es que el constitucionalista chileno, analizando su derecho interno asigna una gran importancia a otros órganos constitucionalmente autónomos, tales como el Ministerio Público, la Contraloría General y el Defensor del Pueblo que refuerzan un sistema de controles horizontales sobre el poder público, sumado a una creciente participación de la sociedad civil.

También en el Estado de Derecho del siglo XXI ha cambiado sustancialmente el rol de los jueces, ya que a ellos se le exige una actuación muy trascendente en la protección efectiva de los derechos de la persona humana y también en la actividad legislativa que en el marco del principio de subsidiariedad y de solidaridad social debe como claramente enseña Cea Egaña²⁰ “abrir y fomentar los cauces y medios que permitan el fortalecimiento de la sociedad civil, su autonomía y compromiso con la solidaridad”.

En este mismo sentido Cajarville²¹ también ha resaltado el rol fundamental de los jueces, en tanto portavoces de la evolución de las concepciones sociales predominantes sobre lo justo y lo debido en un proceso evolutivo continuo.

III) Ahora bien, como dice Hernández Becerra²², definir la estructura de la administración significa en la práctica establecer las instituciones, las competencias y los recursos públicos de que puede disponer un gobierno para cumplir con sus deberes constitucionales y ejecutar su proyecto político.

Enseña Nogueira Alcalá²³ que la acción de gobernanza democrática en el ámbito del Poder Ejecutivo, requiere adecuadas coordinaciones interministeriales, desconcentración y descentralización administrativa para obtener una más adecuada resolución de los problemas ciudadanos y una mayor eficiencia en la utilización de los recursos económicos.

Si efectuamos una mirada muy rápida a la evolución histórica de la organización de la Administración pública, en nuestro país, señalando sólo algunos de los aspectos más importantes; debemos destacar, en primer lugar, que en el proceso constitucional de evolución de una administración pública exclusivamente centralizada prevista en la Constitución de 1830 al esquema actual, es fundamental destacar que como bien señala Martins²⁴, la Constitución de 1918 introdujo importantes reformas en la administración, fundamentalmente al constitucionalizar la tendencia descentralizadora territorial y por servicios que se había desarrollado a través de la ley desde finales del siglo XIX.

Advierte dicho autor en su clásico trabajo ya citado, que se estableció un sistema de gobierno democrático republicano en el cual la soberanía nacional será ejercida en los casos de elección e instituciones de gobierno directo, directamente por los ciudadanos y en los casos que determine la Constitución por los poderes representativos.

Además se agregó a la Constitución, la Sección “Derechos y Garantías”, y comienza un pro-

²⁰ Cea Egaña, José Luis - “Estado Constitucional de Derecho, nuevo paradigma jurídico” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano” Ed Konrad Adenauer 2005 T.1 pág 55 y sgtes

²¹ Cajarville, Juan Pablo - “Sobre Derecho Administrativo” T 1 FCU Montevideo pág 48 y sgtes

²² Hernández Becerra, Augusto - “Facultades presidenciales para la reforma de la Administración en Colombia- La reforma permanente” en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2005 T.1 Edit Fundación Konrad Adenauer pag 175 y sgtes

²³ Nogueira Alcalá, Humberto - Ob. Citada pág 39

²⁴ Martins, Daniel Hugo - “Evolución de la Administración uruguaya durante el siglo XX” en “Constitución y Administración” 1993 pág 101

ceso que consolidara en las distintas reformas constitucionales un modelo de Estado social de Derecho con una gran cantidad de cometidos estatales a cargo de la Administración central y descentralizada.

En la Constitución de 1934, se incorporan a la Sección Derechos y Garantías los derechos de segunda generación, se previó el control de constitucionalidad de las leyes y también de la legalidad de los actos administrativos, creándose el Tribunal de Cuentas. La incorporación de estos controles evidentemente fortaleció el Estado de Derecho conjuntamente con la inclusión del art. 24 de la Constitución que estableció la responsabilidad del Estado por el daño a terceros, en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión o dirección.

La Constitución de 1952 estableció un Consejo Nacional de Gobierno como órgano jerarca del Poder Ejecutivo, constitucionalizó los derechos de los funcionarios de carrera, el régimen de recursos administrativos, las bases del contencioso administrativo de anulación, creó el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, y amplió la acción de inconstitucionalidad a los actos legislativos de las Juntas Departamentales.

En la Constitución de 1967 se abandonó la estructura de órgano colegiado como jerarca del Poder Ejecutivo y se vuelve al esquema del Presidente que actuaría en acuerdo o en Consejo de Ministros según dispone el art. 168 de la Constitución. Además se modificó la estructura presupuestal, se incorpora el presupuesto por programa, se estableció la OPP y se previó la creación de la ONSC, dos órganos que son fundamentales en el funcionamiento de la Administración Pública y para la profesionalización de la carrera administrativa.

La creación de la Oficina de Planeamiento y Presupuesto con la inclusión de la herramienta de la planificación va a constituir un cambio sustantivo en el funcionamiento del Estado, en la distribución de los recursos, en la formulación de los planes y programas de desarrollo y en la planificación de las políticas de descentralización que serán ejecutadas por el Poder Ejecutivo, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales respecto de sus correspondientes cometidos.

También la reforma constitucional de 1997, aportó importantes cambios en la organización administrativa centralizada y en la descentralización. Se fortaleció al Poder Ejecutivo con los arts. 174 y 175, se buscó en el discurso profundizar la descentralización, aunque la redacción del art. 230 en su inciso 5 lit b y el art. 214 de la Constitución en realidad tienen un efecto centralizador. Por otra parte se modificó el régimen electoral, se constitucionalizó el Congreso de Intendentes previniéndose la existencia de órganos locales unipersonales y se estableció la posibilidad de delegación en los órganos locales.

Es relevante destacar que en la ley de Presupuesto anterior ley N° 17930 en los arts. 69 y 70, se estableció expresamente que el Presidente de la República actuando en Consejo de Ministros determinará la política de transformación del Estado con asesoramiento de OPP y la ONSC. Asimismo al derogar los arts. 704, 705 y lit.d 706 de la ley N° 16736 que creaban el CEPRE, se transfirieron sus cometidos referidos a la reforma del Estado a OPP y a la ONSC en coordinación con el Ministerio de Economía y Finanzas, quienes desarrollaran el programa de transformación del Estado.

La nueva ley de Presupuesto, ley N° 18719 en su art. 7 faculta al Poder Ejecutivo a aprobar

las reestructuras organizativas y de puestos de trabajo, previo dictamen favorable de la Oficina Nacional de Servicio Civil, la Oficina de Planeamiento y Presupuesto y la Contaduría General de la Nación. Asimismo se establece en dicha norma que el Poder Ejecutivo remitirá a consideración de la Asamblea General las reestructuras de puestos de trabajo debiendo la misma expedirse en un plazo de 45 días, vencido el cual, sin opinión en contrario se entenderán aprobadas.

Por otra parte, en el art. 83 de dicha norma se previó la creación de hasta seis cargos de coordinador regional, con el cometido de coordinar y articular las políticas públicas nacionales en el territorio del país por áreas regionales con el objetivo de mejorar la eficacia y eficiencia de las mismas respetando las autonomías departamentales y los cometidos de la Comisión Sectorial prevista en el art. 230 lit. b de la Constitución.

En virtud de que la Administración Pública de un Estado de Derecho moderno debe encuadrar su funcionamiento en el marco de las nuevas tecnologías y en el nuevo tipo de sociedad que han conformado especialmente la revolución tecnológica informática y en materia de comunicaciones es que se han dictado nuevas normas sobre el gobierno electrónico y la información pública.

Justamente conectado con las nuevas tecnologías surge el concepto de gobierno electrónico, vinculado a la posibilidad de acceder a la información de la Administración Pública en cualquier momento, todos los días.

En el año 2005, en el artículo 72 de la ley N°17930, Ley de Presupuesto Nacional se creó la Agencia para el Desarrollo del Gobierno Electrónico funcionando en la órbita de la Presidencia de la República. Posteriormente cambió su nombre por el actual AGESIC - Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y del Conocimiento.

En la actual ley de Presupuesto N° 18719, se sustituyó el art. 72 de la ley 17930 con las modificativas pertinentes, por el art. 148 que dispone que se crea como órgano desconcentrado dentro del inciso 02 Presidencia de la República el Programa “Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información” y la Unidad Ejecutora “Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de la Información y del Conocimiento” que actuará con autonomía técnica.

La Agencia está dirigida según dispone la ley N° 18719 por un Consejo Directivo de 5 miembros, integrado por : el Director Ejecutivo de la Agencia para el Desarrollo del Gobierno de Gestión Electrónica y la Sociedad de Información y del Conocimiento, un representante de la Presidencia de la República y tres miembros designados por el Presidente de la República.

Esta Agencia tiene como misión impulsar el avance de la sociedad de la información y del conocimiento promoviendo que las personas, empresas y el Gobierno realicen el mejor uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones. También deberá planificar y coordinar proyectos en el área del gobierno electrónico que tiendan a la transformación y mayor transparencia del Estado.

La implementación de un gobierno electrónico, requiere necesariamente de los medios tecnológicos informáticos, para el flujo permanente de información entre la Administración y el ciudadano. Obviamente que uno de los principales problemas que surge es la inclusión de todas las personas, en el acceso a las herramientas informáticas que le dan vida al mismo.

Con lo cual se vuelve a plantear el sentido profundo de lo que implica ser ciudadano en este siglo; evidentemente para efectivizar una ciudadanía plena, el ser humano tiene que estar en pleno goce de todos sus derechos, no sólo aquellos de la primera generación clásica. Inclusive la ciudadanía de una sociedad de la información y conocimiento requiere poder acceder efectivamente a toda la información disponible.

Asimismo también es pertinente señalar que por el art. 149 de la ley N° 18719 se creó en la AGESIC la Dirección de Seguridad de la Información, que además de incluir al Centro Nacional de Respuesta a Incidentes de Seguridad Informática, tendrá los cometidos de asesorar en la definición de políticas, metodologías, y buenas prácticas

IV) Relevados los cambios sustanciales en la organización administrativa que conforman el perfil organizativo de nuestra administración pública, entendemos pertinentes referirnos al ejercicio de la función pública, lo cual apunta a la Administración pública no en un plano estático sino dinámico y vivo.

Como se sabe, nuestra Constitución establece en los arts. 58 y 59 principios fundamentales y esenciales referidos a la función pública, tales como que los funcionarios públicos están al servicio de la Nación y no de una fracción política y que el funcionario existe para la función y no la función para el funcionario.

Existe un régimen constitucional de estatutos múltiples previsto en los artículos 59, 60 a 63; y otras normas referidas a los funcionarios como los arts. 64, 65 y el art. 66 que consagra el principio del debido proceso en materia administrativa.

A su vez, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo, creado efectivamente en la Constitución de 1952 ejerce un control subjetivo sobre la actividad administrativa, conociendo en las demandas de nulidad de actos administrativos definitivos contrarios a una regla de derecho o con desviación de poder, una vez concluida el agotamiento de la vía administrativa con la interposición de los recursos administrativos pertinentes.

A nivel de nuestro derecho interno además del marco constitucional referido a la función pública, es importante señalar prácticamente a 20 años de su aprobación, el aporte que constituyó el Decreto 500/991 al regular los distintos procedimientos, administrativo, disciplinario y recursivo y al establecer determinadas reglas y principios que hacen a la buena administración.

En este sentido, corresponde mencionar el art. 2 de dicha norma reglamentaria, en el cual se establece expresamente que la Administración Pública debe servir con objetividad los intereses generales con sometimiento pleno al Derecho y debe de actuar de acuerdo con los principios generales que servirán también de criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las reglas de procedimiento.

Los principios mencionados explícitamente en el Decreto N° 500/991 son; imparcialidad, legalidad objetiva, impulsión de oficio, verdad material, economía, celeridad y eficacia, informalismo a favor del administrado, flexibilidad, materialidad y ausencia de ritualismos, delegación material, debido procedimiento, contradicción, buena fê, lealtad, presunción de verdad salvo prueba en contrario, motivación de la decisión y gratuidad.

Como enseña Delpiazzo²⁵ los ejes del Derecho Administrativo son la centralidad del ser humano y la servicialidad de la Administración, conceptos éstos que están explícitamente incorporados en el Decreto 500/991. En este mismo sentido, Durán²⁶ señala además, que en el ejercicio de la función administrativa, el administrador debe aplicar principios generales de derecho “De manera general podemos decir que el administrador no puede desconocer principios de superior valor y fuerza ya sea supraconstitucionales o de valor y fuerza de Constitución, de ley o de reglamento de superior valor y fuerza y ello por emanar de un órgano de superior posición institucional que el que debe aplicar el principio”.

Un aporte muy importante para la promoción de la transparencia del ejercicio de la función administrativa en un sentido amplio, que comprende a todo organismo público sea o no estatal, ha sido la aprobación de la ley N° 18381, que garantiza el derecho de acceso a la información pública de todas las personas sin discriminación.

Esta norma en su art. 8 establece claramente que las excepciones a la información pública serán de interpretación estricta y comprenderán las definidas como secretas por la ley y las que se definen en esta norma legislativa como de carácter reservado y confidencial.

Desde otra perspectiva, también inciden en el desarrollo de la actividad de la Administración Pública la normativa internacional y nacional en materia de anticorrupción.

La corrupción en el ámbito estatal es un uso indebido del poder público o de la función pública para obtener un provecho económico para sí o para otro, produzca o no un daño para el Estado.

Evidentemente es una disfunción grave de la Administración Pública que atenta directamente contra los valores democráticos que informan el Estado de Derecho, y es una problemática que lamentablemente en mayor o menor medida afecta a todos los Estados.

En 1996 se aprobó en Caracas, la Convención Interamericana contra la corrupción, como influencia directa de la aprobación de este instrumento interamericano en nuestro país se aprobó la ley N° 17060 el 23 de Diciembre de 1998, en la cual se establecieron varias medidas anticorrupción y se creó la Junta Asesora en Materia Económica- Financiera del Estado.

Posteriormente, en el año 2003 se aprobó la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción y en nuestro país el Decreto N° 30 que contiene las Normas de Conducta de la Función Pública.

Si bien no es el objeto de este trabajo un análisis detallado de dicha normativa, sí es pertinente señalar los principios rectores de conducta en el ejercicio de la función pública que contiene dicha norma reglamentaria. Y en este sentido destacamos los principios de; preeminencia del interés general (art. 8), interés público (art. 9), buena fe y lealtad (art. 13), imparcialidad de las decisiones adoptadas (art. 16), rectitud en el ejercicio de las funciones (art. 9), idónea administración de los recursos públicos (art. 9), probidad (arts. 11 y 12), legalidad y obediencia (art. 14), respeto (art. 15), transparencia y publicidad, eficacia y eficiencia (art. 19), eficiencia en la contratación, motivación de las decisiones, idoneidad y capacitación (art. 22), buena administración financiera

²⁵ Delpiazzo, Carlos - “Recepción de los Principios Generales de Derecho por el Derecho Positivo Uruguayo” en “Los Principios en el Derecho Uruguayo” Edit. Amalio Fernández 2009 pág 31

²⁶ Durán, Augusto - “Los principios generales en el Derecho administrativo. Aplicación por el legislador, el administrador y el Juez” en “Los Principios en el Derecho Uruguayo” Edit. Amalio Fernández 2009 pág 91 y sgtes

(art. 23) y rotación de funcionarios en tareas financieras (art. 24)²⁷.

Asimismo resulta pertinente señalar que tanto la ley N° 17060 y el Decreto N°30/2003 ampliaron el concepto de funcionario público que existía en el Código Penal incluyendo a aquellas personas que mantienen con la Administración vínculos a término o contratos de función pública o trabajan en personas públicas no estatales.

Durán²⁸ también advierte que la Administración debe administrar con justicia y si hay corrupción administrativa no se administra con justicia, y si no se administra con justicia no hay Estado de Derecho y si no hay Estado de Derecho no es posible, un desarrollo adecuado de los derechos humanos.

V) Sin embargo a pesar de las reformas jurídicas plasmadas en la Administración Pública para potenciar su eficiencia y mejor capacidad de respuesta a las necesidades de la ciudadanía, todavía nos encontramos muy lejos de tener la administración pública responsable profesional y eficiente servidora que se busca en su totalidad.

Como advierte Gordillo²⁹ el funcionamiento normal de la democracia política, no ha garantizado automáticamente una consecuente democratización de la administración, un respeto generalizado de las libertades públicas y derechos individuales, sea por la administración o por los particulares ni la vigencia interna de los tratados suscriptos ante la comunidad internacional. Y afirma expresamente este autor que son tantas las posibilidades de exceso administrativo y privado sobre los derechos de la persona humana que no está en modo alguno logrado un equilibrio aceptable entre libertad y autoridad³⁰.

Desde una perspectiva fáctica, expresa Gordillo el individuo no es visto, por la Administración como el titular real de una red de derechos y garantías que puede ejercer directamente sino sólo como un destinatario receptor de servicios.

Evidentemente aquellas situaciones en las cuales la persona humana no recibe un trato razonable, democrático y eficaz de la Administración pública, constituyen una seria disfunción del funcionamiento del Estado.

Nogueira Alcalá estudiando estos temas expresa en opinión que compartimos plenamente que³¹ "La gobernanza democrática exige de nuevas conductas y actitudes de los actores políticos y sociales que internalicen una cultura cívica democrática basada en la amistad cívica, la observancia de los derechos humanos, el diálogo, la búsqueda de acuerdos, el respeto a las reglas de convivencia jurídicas y políticas pacíficas excluyentes del uso de la fuerza, el insulto y la violencia".

A principios del siglo XXI se suscribieron dos instrumentos internacionales, poco difundidos pero que a nuestro criterio son fundamentales para clarificar esta estrechísima relación entre

²⁷ Carrere, Susana - "Normas de Conducta de la función pública" en "Ética y Función Pública" Manual N° 1 Ed. Junta Asesora en materia económica financiera del Estado

²⁸ Durán, Augusto - "Derechos Humanos y Corrupción Administrativa" en Estudios de Derecho Público, Montevideo 2004, pág 230 y sgtes

²⁹ Gordillo, Agustín - "Derechos Humanos" Edit. Fundación de Derecho Administrativo - Bs. Aires 2005 pág 3 y sgtes

³⁰ Gordillo, Agustín - Ob. citada

³¹ Nogueira Alcalá, Humberto . Ob citada pág 45 y sgtes

el Estado (institución jurídica pública) y la Administración Pública (que estaría constituido en un sentido estricto por el desarrollo de la función pública en el cumplimiento de los cometidos estatales), el primero es la Carta Democrática Americana, suscripta en Lima el 11 de Setiembre de 2001 y el segundo es la Carta Iberoamericana de la Función Pública suscrita en Bolivia en junio de 2003, avalada por la XIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno.

La Carta Democrática Americana afirma expresamente que el ejercicio efectivo de la democracia representativa es la base del Estado de Derecho, teniendo los pueblos de América derecho a la democracia, y sus gobiernos la obligación de promoverla y defenderla.

Este instrumento internacional, suscripto por nuestro país, está estructurado en 6 capítulos que desarrollan las temáticas más importantes: a) la democracia y el sistema interamericano b) la democracia y los derechos humanos c) democracia, desarrollo integral y combate a la pobreza d) fortalecimiento y preservación de la institucionalidad democrática e) la democracia y las misiones de observación electoral y f) promoción de la cultura democrática.

Del análisis de la redacción de los distintos artículos que conforman dicho instrumento, se desprende clara e inequívocamente la relación que existe entre el Estado de Derecho y el sistema democrático, y las consecuencias directas que se infieren de la misma.

En esta oportunidad nos centraremos en el art. 4 de la Carta Democrática Interamericana que expresa: **“Son componentes fundamentales del ejercicio de la democracia la transparencia de las actividades gubernamentales, la probidad, la responsabilidad de los gobiernos en la gestión pública, el respeto por los derechos sociales y la libertad de expresión y de prensa. La subordinación constitucional de todas las instituciones del Estado a la autoridad civil legalmente constituida y el respeto al estado de derecho de todas las entidades y sectores de la sociedad son igualmente fundamentales para la democracia”**.

Surge claramente de la lectura del artículo que los propios Estados redactaron y aprobaron, que la Administración pública de un Estado de Derecho democrático, debe enmarcar su actuación bajo los principios de probidad, responsabilidad y respeto por los derechos de la persona humana.

Sin duda, este marco axiológico que debe informar la función pública, necesariamente debe implementarse a nivel interno a través del dictado de las normas legales y reglamentarias correspondientes para que estos principios adquieran la vigencia efectiva necesaria del punto de vista operativo.

Como advierte Vega Miranda³² si la ética es el puente entre los valores y la acción, en el caso de la función pública, ésta será más exigente porque se cumplen tareas en prosecución del interés general y además el funcionario público es el depositario de la confianza ciudadana en el ejercicio de su accionar. En este sentido, destaca el autor costarricense, que la ética en la función pública exige probidad, responsabilidad, honestidad, integridad, compromiso, compañerismo, solidaridad, participación, reflexión, vocación, creatividad, respeto, racionalidad, y espíritu de servicio.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública aprobada en junio de 2003, constituye una exteriorización muy clara de la convicción de los Jefes de Estado, en especial de nuestra región,

³² Vega Miranda, Hernán - “Ética en la función pública” Exposición del Presidente de la Comisión Nacional de Rescate y Formación de Valores en San José de Costa Rica, Agosto 1998

de que la profesionalización de la función pública es un requisito indispensable para mejorar los niveles de confianza de los ciudadanos en la administración pública, la eficacia gubernamental, la lucha contra la corrupción y el fortalecimiento del sistema democrático.

La Carta Iberoamericana de la Función Pública, establece un marco genérico de principios rectores, políticas y mecanismos de gestión llamados a constituir un lenguaje común sobre la función pública en los países de la comunidad iberoamericana que tiendan a la mejora y modernización de los distintos sistemas nacionales de función pública.

En este proceso evolutivo, en Junio de 2006 en Montevideo, en ocasión de desarrollarse la VIII Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, se suscribió por parte de los Estados iberoamericanos el Código Iberoamericano del Buen Gobierno.

Este Código tiene un ámbito de aplicación específico que comprende a las máximas autoridades de la Administración Pública fundamentalmente en la administración central en la órbita del Poder Ejecutivo quien es identificado como el sujeto obligado en el Código, aunque se mencione también directores de entes públicos o directores generales.

Se establece en dicho instrumento que los principios básicos que guiarán la acción del buen gobierno son: a) el respeto y reconocimiento de la dignidad de la persona humana b) la búsqueda permanente del interés general c) la aceptación explícita del gobierno del pueblo y la igualdad política de todos los ciudadanos y los pueblos y d) el respeto y promoción de las instituciones del Estado de Derecho y la justicia social.

Es así que este Código estableció distintas reglas de conducta, que se pueden articular en tres tipos de reglas vinculadas a: a) la naturaleza democrática del gobierno, b) la ética gubernamental y c) gestión pública.

Especialmente nos interesa señalar de las normas referidas a la gestión pública la explicitación del destinatario de la función pública, las personas humanas, que se hace en este Código y se había omitido completamente en la Carta Iberoamericana de la Función Pública.

En efecto, se establece expresamente que los miembros del Poder Ejecutivo deberán garantizar que la gestión pública tenga un enfoque centrado en el ciudadano, en el que la tarea esencial sea mejorar continuamente la calidad de la información, la atención y los servicios prestados, así como el derecho de los ciudadanos y de los pueblos a la información sobre el funcionamiento de los servicios públicos que tengan encomendados por la ley.

Hoy existe consenso en el ámbito estatal y también en el social, en relación a la importancia que tiene implementar una administración pública profesional y eficaz al servicio del interés general, y esta necesidad no sólo por lo tanto está atada a un objetivo estatal, sino también a un derecho concreto de los ciudadanos y en este escenario va implícita la gobernabilidad democrática que requieren las sociedades contemporáneas.

La participación de la sociedad civil en los asuntos públicos, en modo alguno implica una renuncia de la responsabilidad del Estado frente a la sociedad. Y a su vez también es importante tener presente que cuando nos referimos a un aumento de participación social tampoco es en sustitución

ción de los partidos políticos que tienen un rol bien definido. Como dice Pérez Camos³³ la sociedad civil tiene la función de sujeto de la participación, conjuntamente con- y nunca en sustitución de- los partidos políticos, en tanto sujetos de la representación política.

VI) En conclusión , en esta postmodernidad en la cual vivimos será el Derecho Administrativo, asignatura tan querida para el Prof. Sayagués Laso, la que tiene la responsabilidad fundamental de tornar operativa la ecuación política entre los derechos fundamentales de la persona humana y las competencias públicas plasmadas en la Constitución³⁴. Y en este proceso es fundamental por un lado dimensionar realmente la función pública destacando la responsabilidad que conlleva su ejercicio y el carácter de servicio de la misma, y por el otro lograr una sociedad más participativa en los asuntos públicos, con una mayor responsabilidad social, lo cual sin duda profundizará la democracia.

³³ Pérez Camos, Magali - "Estado Bien Común y Derechos Humanos" en "Participación, Ciudadanía y Derechos Humanos - La Universidad por la vigencia efectiva de los derechos humanos" ED. ACDI-AUSJAL-IIDH- Caracas 2006 pág 28

³⁴ Dromi, Roberto - "El Derecho Público en la Hipermodernidad" Madrid Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 2005.