

LEGALTECH Y ACTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRONICOS

Por

Rubén Flores Dapkevicius¹

¹ Post Doctor. Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Abogado por la Universidad Mayor de la República.

Profesor de Derecho Público de la Universidad Mayor de la República

Integrante fundador de la Asociación Mundial de Justicia Constitucional

Integrante fundador de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional

Integrante fundador de la Asociación Uruguaya de Derecho Procesal Constitucional

Integrante del Anuario de Derecho Administrativo Uruguayo

Integrante fundador del Centro de Estudios de Derecho Público

Autor de varios libros, entre los que se observan su “Manual de Derecho Público”, dos tomos, Constitucional y Administrativo; “Manual Teórico Práctico de Contratación Administrativa, incluye el TOCAF anotado y Concordado”; “Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data” 3ra edición; “El Procedimiento Disciplinario” 5ta Edición; “Procedimiento Expropiatorio”, 4ta edición; “La Acción de Nulidad y Responsabilidad del Estado” 3ra edición; “Decreto 500/91”, 7ma. Edición, TOCAF, anotado y concordado. Incluye índice temático y jurisprudencia, 5ta. Edición;

También : Legaltech y Derechos Digital así, como Prevención de lavado de activos y financiamiento del terrorismo Leyes N° 19574 y N° 19749 publicados en la República Argentina.

Otros libros de sus autoría son “Funcionarios Públicos”, “Habeas Data y Acceso a la Información Pública”; Estatuto del Funcionario, etc. material publicado en Uruguay, Argentina, Colombia, Perú, Brasil y España

Por último se destacan su “Tratado de Derecho Constitucional”, dos tomos, publicado en Editorial “La Ley”, Buenos Aires-

Montevideo y, “Tratado de Derecho Administrativo”, dos tomos, publicado en Editorial “La Ley”, Buenos Aires-Montevideo, 2da. Edición 2021

Actualizó junto al Prof. Daniel Hugo Martins la tesis profesoral del Prof. Enrique Sayagués Laso titulada “La Licitación Pública”, libro publicado en la República Argentina.

Autor de más de tres centenares de trabajos sobre temas de su especialidad, publicados en el país y en el exterior. Corresponsal redactor de varios diarios y revistas, en formato papel y electrónico en Argentina, España, México, Perú, etc..

Integrante de diversos Consejos Editoriales de Revistas en el extranjero.

Corredactor del TOFUP (funcionarios públicos), Decreto 200/97 y de los Decretos modificativos del Decreto 500/91 (procedimiento común, disciplinario y recursivo), en su calidad de funcionario público

Ex Asesor de la Presidencia de la República y Asesor Letrado en el Poder Legislativo

Asesor Letrado del Servicio Civil de la Presidencia de la República

Jefe de la Asesoría Letrada de las Obras Sanitarias del Estado.

Jefe de la División Sumarios de dicha Persona Pública estatal.

Expositor Nacional e Internacional

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN

II. ACTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRONICOS o ALGORITMICOS

III. CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA SUMARIA

I. INTRODUCCIÓN

Evidentemente, Uds. saben, soy un superespecialista en el tema de los actos administrativos, en general, en mi condición de profesor de Derecho Administrativo, ex Asesor de la Presidencia de la República, del Parlamento Nacional, Jefe de la Asesoría Letrada de las Obras Sanitarias del Estado, Jefe de su División Sumarios, etc. En ese sentido he escrito diversos libros ² .

Sin embargo, tratándose, éste, de un estudio de Legaltech y Derecho Administrativo no corresponde, bajo ningún concepto el estudio en detalle de los mismos desde el punto de vista de fondo ³ .

Así detenernos, largamente, en la definición de actos administrativos, principios, elementos, determinadas clasificaciones , posible saneamiento de algunos viciados, extinción, etc. de los mismos, salvo en lo que sea necesario. Si actuáramos diversamente elaboraríamos un libro sustancial.

En ese sentido sí corresponde comenzar distinguiendo hechos de actos administrativos comunes. “Los hechos jurídicamente relevantes pueden distinguirse según que dependan o no de la actividad de un sujeto de derecho. Los hechos jurídicamente relevantes que no procedan de la voluntad humana son los hechos jurídicos; los que procedan de la actividad del hombre son los actos jurídicos.” (...)

(Hecho administrativo) “Es el comportamiento material, operaciones que representan actividad física de los órganos de la Administración por medio de los cuales el Estado u otro sujeto de derecho público, realiza actividad administrativa. ⁴

Los acontecimientos no humanos son los hechos administrativos objetivos. Los que sí se desarrollan con la intervención del hombre se denominan hechos administrativo subjetivos

² Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

³ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

⁴ Diez Manuel. El Acto Administrativo, 2ª edición. Pág. 88. y 97. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1961.

Para el autor de este trabajo acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Implica un proceso intelectual, una expresión de voluntad del emisor ⁵.

Lo expuesto merece el siguiente análisis.

En primer lugar el acto administrativo es una declaración de voluntad. Es la exteriorización de una idea del emisor.

Esa manifestación produce determinados efectos jurídicos. Los efectos jurídicos podrán ser resolutivos, conclusivos, de asesoramiento, de mero trámite, etc., si ampliamente se interpreta la expresión ⁶. Volveremos sobre el tema cuando observemos las diversas clasificaciones de actos administrativos infra en este estudio.

En segundo lugar la idea debe provenir de la Administración.

Esto es toda autoridad estatal actuando en ejercicio de función administrativa, art. 149 y excepciones expresas o implícitas de la Constitución, ley y lógica jurídica⁷. Es decir, los actos administrativos nacen del ejercicio poder étático función administrativa.

Por lo expuesto, en el derecho uruguayo, los actos de las denominadas personas públicas no estatales, no son actos administrativos.

La definición propuesta no refiere, con intencionalidad, a si el acto debe ser bilateral o unilateral. Por tal motivo en el concepto de acto administrativo incluimos a los contratos administrativos. Hecho generalmente admitido en nuestra doctrina

Para nosotros la existencia de un régimen jurídico relativamente especial para los actos y los contratos administrativos no invalida que estos pertenezcan al género acto administrativo ⁸.

Es decir, existe el género acto administrativo y las especies acto administrativo en sentido estricto y contratos administrativos.

Los referidos actos se reglan por soluciones de fondo y procedimentales parcialmente diversos en virtud de la unilateralidad o bilateralidad de la expresión de voluntad. Sin embargo, la actuación pura de la Administración es, de principio, extremadamente similar en ambos casos.

Asimismo, la definición propuesta tampoco distingue si el acto es de carácter subjetivo, resolución, u objetivo, reglamento. Por tal motivo la definición es amplia e incluye a los reglamentos. Hecho también admitido no solamente por la doctrina, sino específicamente, por el derecho vigente

⁵ Flores Dapkevicus, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo I y II La Ley Thomson Reuters, Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

⁶ García de Enterría, Tomás y Fernández, Ramón: Curso de Derecho Administrativo I, pag. 505, Civitas, Madrid 1983

⁷ La función administrativa, en Uruguay, sólo compete a los órganos estatales.

⁸ Dromi, Roberto: Derecho Administrativo, pag. 221, Ediciones ciudad de Buenos Aires, Bs. As. 1997. El autor se expresa en forma contraria a lo que se viene diciendo

En este momento analizaremos el acto administrativo unilateral, ya sea subjetivo u objetivo. Ello sin perjuicio del estudio realizado , especialmente, del reglamento y de las consecuencias necesarias que se trasladen al estudio de los actos administrativos bilaterales ⁹.

El tema de los elementos de los actos administrativos es de singular importancia porque, de acuerdo a los vicios que los puedan afectar, dependerá su legitimidad y validez .

Nuestra legislación no expresa lisa y llanamente cuáles son los elementos de los actos administrativos. Por tanto actuaremos según criterios estrictamente doctrinales

La situación es diversa a lo que acontece en el derecho argentino . El art. 7 de la ley 19549 enunció, oportunamente, los elementos del acto diciendo que los mismos son la competencia, la causa, los procedimientos, el objeto, la motivación y la finalidad.

Ingresando en el tema propuesto debemos decir que los elementos de los actos Administrativos son los siguientes: el sujeto, la voluntad, el objeto, la causa, el fin y las formalidades y la forma ¹⁰ .

La doctrina italiana es acorde con lo que venimos diciendo. Así se entiende que los actos administrativos tienen los siguientes elementos esenciales: “il soggetto, l’oggetto, la volontà, la causa, el contenido, la forma” ¹¹ .

Respecto del sujeto, los actos administrativos es que los dicta la Administración, entendiendo el concepto como toda autoridad estatal actuando en el ejercicio de función Administrativa, como reiteradamente se expresa.

Entonces deberá observarse la competencia del órgano emisor, tema analizado, oportunamente, en la teoría del órgano

El objeto es lo que el acto decide, por ejemplo la destitución del funcionario, en el supuesto desarrollado cuando analizamos en el literal inmediato siguiente, la causa o motivo del acto.

El contenido del acto, debe ser cierto, determinado y lícito . Esto es que debe ajustarse a lo que dispone la Constitución de la República, principios generales de derecho, ley y reglamentos, aplicándose el principio de jerarquía formal de las fuentes.

El contenido del acto puede ser esencial, implícito y eventual.

⁹ Flores Dapkevicus, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

¹⁰ Flores Dapkevicus, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, IJ editores, Buenos Aires 2021, 7ma edición. El decreto 500/91 regula el Procedimiento Administrativo Común, el Disciplinario (en lo pertinente) y parcialmente el recursivo

¹¹ Landi, Guido y Potenza, Giuseppe: Manuale di Diritto Amministrativo, pag. 198, Giuffrè editore, Milano, 1978

Esencial es el que define la especie de acto de que se trata. Por ejemplo la destitución o designación de un funcionario público.

El contenido implícito es el que integra el acto aunque no se hubiese mencionado expresamente. Surge del derecho vigente. Por ejemplo el período de prueba en el supuesto de designación de un funcionario público. Si esa estipulación no se hubiere efectuado, de todas maneras, debe entenderse formando parte de la designación materializada en el acto administrativo de que se trata.

El contenido eventual es el que puede existir pero que dependerá de la voluntad de la Administración. Así un plazo o condición determinada

La causa constituye el por qué del acto administrativo y en sede jus publicista es el denominado supuesto de hecho del acto o, más claramente, motivo.

La motivación es la exteriorización del motivo. La misma forma parte del acto y se observa en la forma que desarrolla su juicio el administrador que concluye, por ella, en una decisión.

En virtud de la misma, el administrado, sabrá por qué se adoptó la decisión que fuere. De esta forma podrá ejercer su derecho de defensa ¹².

La motivación debe ser, por lo menos, suficiente, y se materializa, generalmente, en los "resultandos" y en los "considerandos" del acto administrativo.

Se acepta, de excepción, la remisión expresa y concreta a los antecedentes en el supuesto del art. 124 del Decreto 500/91 que nos determina la forma de los actos

No procede, por tanto y como regla, la motivación anterior, que surja del propio expediente y, menos, aún, la motivación ex post acto.

Pueden los actos administrativos electrónicos motivar correctamente; evidentemente dependerá de la programación de algoritmo y si se trata de la decisión de actos preparatorios, simples (un pase), más complejos (por ejemplo dictámenes), o actos principales.

El fin es el para qué del acto. El mismo puede estar expresamente determinado. Si así no aconteciera siempre será actuar conforme al interés público.

Las formalidades son los requisitos necesarios para la dictación del acto.

La actuación administrativa se desarrolla mediante procedimientos administrativos, ya sea el común o especiales como el expropiatorio, disciplinario, etc.

La forma es una formalidad más y es el modo como se documenta la decisión. Es, en definitiva, el modo como se documenta y da a conocer la voluntad administrativa.

¹² Flores Dapkevicius, Rubén : Derecho Penal Administrativo, El procedimiento disciplinario, II editores, 6ta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2022

Es, de principio, escrita ¹³, aunque se imponga la forma electrónica, circunstancia observada en el desarrollo del expediente electrónico y, en nuestros desarrollos, extensos a nivel de tratado, oportunamente ¹⁴ .

Los vicios en lo accesorio (forma accesorio, por ejemplo) pueden ser separables absolutamente del objeto principal. En ese supuesto la ineficacia de esta parte de un acto no se extiende a lo principal.

Lo expuesto surge de la aplicación del principio de idoneidad de la forma, art. 7 del Decreto 500/91. Este tema es analizado en nuestras obras generales citadas a pie ¹⁵.

La voluntad es lo definitorio en el acto administrativo. Es lo que se decide

Los elementos accidentales o eventuales son los que pueden integrar el acto, pero que no son necesarios para su validez, eficacia y perfeccionamiento . Entre ellos encontramos, entre otros, plazos, condiciones¹⁶, modos, reservas etc..

Los elementos meritorios hacen relación, esencialmente, a la zona del acto que se basa en la discrecionalidad o el mérito, aunque el concepto es controvertido.

No podemos avanzar más directamente al tema de las decisiones automatizadas sin presentar los principios del acto administrativo ya que, obviamente, serán nuestro punto de partida básico.

Sin embargo, debemos tener presente otros principios que surgen de los procedimientos administrativos comunes, disciplinario, recursivo, etc., como veremos al final de tratar el tema respecto a los actos administrativos

Como decimos cada vez que analizamos los principios, estos son el cimiento fundamental del tema al que corresponden .

Nos aportan reglas de interpretación cuando los preceptos son oscuros. Toda excepción a un principio general debe ser interpretado en sentido estricto y sin posibilidades de formular extensiones analógicas. Por otra parte la existencia de un principio general limita la actuación de los agentes públicos que deben actuar de conformidad con el mismo. La dificultad puede acontecer si existen dos principios parcialmente contradictorios por proteger bienes jurídicos diversos. Esa circunstancia también sucede, obviamente, cuando existen dos derechos en pugna. En esos casos, de no existir texto expreso que prefiera uno de ellos, debe aplicarse la razonabilidad. En otros supuestos, ante la duda, debe protegerse al ser humano

¹³ Que da lugar a la formación de un expediente escrito.

¹⁴ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

¹⁵ Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

¹⁶ Landi, Guido y Potenza, Giuseppe: Manuale di Diritto Amministrativo, pag. 200, Giuffrè editore, Milano, 1978

Puede decirse, sin error, que los actos administrativos se impregnan de los principios que sustentan todo el orden jurídico. Como por ejemplo el principio de igualdad. También les resulta aplicables los principios propios del procedimiento administrativo, necesario para su dictación, ya que los mismos deben trasladarse, necesariamente, más o menos según el caso concreto, a la expresión final de voluntad que emana de la secuencia administrativa. En ese sentido, por ejemplo, el principio de legalidad objetiva ¹⁷ .

Los principios generales de los actos administrativos, gozan de las características señaladas, y pueden enumerarse los siguientes, especialmente : tutela administrativa efectiva, presunción de legitimidad, irretroactividad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad, impugnabilidad y suspensión de la ejecución del mismo .

Observémoslos en una simple presentación

Los actos administrativos se presumen legítimos, conformes con el orden jurídico y la legalidad ¹⁸. La presunción es relativa . Admite prueba en contrario que la destruya. Es decir que el impugnante debe probar la ilegitimidad del acto y revertir la presunción indicada . De no hacerlo, éste, se considerado legítimo ¹⁹. El Tribunal de lo Contencioso Administrativo, que acepta el principio, hace un tiempo relativamente breve, cambió su jurisprudencia

La referida presunción se fundamenta , en forma similar a la presunción de legitimidad de la ley. Esto es en las garantías y los principios que orientan la actuación de la Administración; como la legalidad objetiva, el derecho de defensa, la necesaria motivación de los actos, el desarrollo de una actividad dirigida al bien común, los diversos controles de otros órganos (cómo el del TCA y el Poder Judicial) , poderes estatales y el pueblo, etc..

Debemos recordar que el principal soporte de la Administración Estatal, es elegido, directamente, en representación del pueblo. Esto le otorga un carácter de plena fe, relativa equilibrada por el principio de suspensión de ejecución del acto, especialmente, en sede jurisdiccional, como se analizará a continuación .

En Argentina el principio tiene sanción legal en la ley nacional de procedimiento administrativo N° 19549.

En Uruguay el principio deriva de la forma república representativa de gobierno ²⁰.

Los actos administrativos se dictan para producir efectos permanentes, salvo aquellos que, necesariamente, producen efectos instantáneos.

¹⁷ Flores Dapkevicus, Rubén: Decreto 500/91, actualizado, anotado y concordado, IJ editores, Buenos Aires 2021, 7ma edición. El decreto 500/91 regula el Procedimiento Administrativo Común, el Disciplinario (en lo pertinente) y parcialmente el recursivo

¹⁸ Landi, Guido y Potenza, Giuseppe: Manuale di Diritto Amministrativo, pag. 247 , Giuffrè editore, Milano, 1978

¹⁹ Es entonces un principio con consecuencias procesales

²⁰ Flores Dapkevicus, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

Las resoluciones, actos particulares y concretos, también gozan de estabilidad cuando crean derechos adquiridos de los sujetos a los que alcanzan²¹ .

Lo expuesto nos conduce a la revocación de los actos administrativos, por razones de legalidad, o mérito, tema que excede este estudio.

El acto principal, perfecto, tiene la eficacia de producir inmediatamente los efectos que correspondan por su contenido en virtud de su obligatoriedad. Es decir, que habiendo nacido a la vida jurídica, el acto debe ser cumplido por la Administración²² , llevado a los hechos y ejecutado sin suspensión alguna²³ , excepción hecha de lo que se dirá.

El cumplimiento del acto es obligatorio, exigible, para la propia Administración como para el administrado desde su notificación.

Es decir, entonces, que para nosotros el acto administrativo tiene la vocación de ser ejecutado desde su dictación perfecta notificada y firme.

Ello emana, de la presunción de legitimidad, de la satisfacción del interés común que el acto persigue e, inclusive, del efecto no suspensivo en sede administrativa, salvo texto expreso de interpretación estricta, de los recursos administrativos.

Ejecutoriedad, como principio, significa la posibilidad de la Administración de ejecutar sus propios actos, aun si existe resistencia del ejecutado, luego de correcta notificación, pudiendo ocurrir a la coerción. Resulta un elemento imprescindible del ejercicio del poder étático, único y soberano.

La ejecutividad y la ejecutoriedad reflejan dos momentos de contenido distinto . La ejecutoriedad refiere al contenido operativo del acto, independiente del procedimiento de ejecución, para realizarse directamente, tema que se discute, o por medio de los órganos estatales en ejercicio de función jurisdiccional .

Los actos administrativos deben dictarse, entenderse y aplicarse tutelando al administrado, especialmente, en el supuesto de duda o de texto expreso. Ello se observa en las diversas garantías que prevalecen respecto de las prerrogativas si existe incertidumbre . Estamos hablando del principio de tutela administrativa efectiva, complementada, oportunamente de ser necesaria, por la judicial efectiva.

Uno de estos principios es el de la no retroactividad de los actos administrativos. Ello porque si los órganos administrativos dieran un carácter retroactivo a sus decisiones, los administrados

²¹ Flores Dapkevicius, Rubén y Ordoqui Castilla, Gustavo : Responsabilidad del Estado y La acción de nulidad de los actos administrativos, La Ley, Montevideo- Buenos Aires 2022. Incluye la ley 20010

²² Esa es su competencia. El Poder Judicial, por ejemplo, tiene otra competencia. Esta es acertar el derecho cuando existe conflicto intersubjetivo de intereses. Por ello, su visión, en diversas oportunidades, es diversa

²³ Marienhoff, Miguel S.: Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II, pag. 374 , Abeledo Perrot, Bs. As. 1965

tendrían un sentimiento de inseguridad permanente y no sabrían jamás cuál es la reglamentación en vigencia.”²⁴

En nuestro orden jurídico el principio de irretroactividad se encuentra consagrado, expresamente, en el Código Civil, art. 7 ²⁵.

La impugnabilidad es un principio fundamental respecto de los actos administrativos , en sede administrativa, mediante los recursos administrativos que establece la Constitución Nacional, art. 309 y 317. Ello sin perjuicio de su posible instancia jurisdiccional

La ejecutividad y ejecutoriedad del acto tienen su contrapeso en la posible suspensión de la ejecución del mismo . Es decir, que ante una especie de prerrogativa general del poder público, no sólo administrativo, se contraponen esta garantía. Ello es así de conformidad con nuestro orden jurídico que consagra un Estado de Derecho democrático personalista.

Como señaláramos supra existen principios fundamentales, en un estudio de las decisiones automáticas, que surgen de todos los procedimientos administrativos; por ejemplo expropiatorio ²⁶.

Así buena fe, duración razonable del procedimiento, non bis in idem, non reformatio y pejus, debida procedimiento y defensa, etc. .

Y es en este momento que nos interrogamos, los algoritmos pueden decidir, adecuadamente, respecto de la aplicación del principio de informalismo en favor del administrado ?

A continuación observaremos, a los efectos de este estudio²⁷, las principales clasificaciones de los actos administrativos.

Una clasificación fundamental para este estudio de Legaltech es la que distingue actos administrativos principales de los de mero trámite, o preparatorios y/o ejecución.

El acto principal , final u originario es el que decide el fondo del asunto de que se trata en el procedimiento administrativo correspondiente, produciendo generalmente efectos jurídicos .

Por ejemplo el que decide el ascenso de una persona designándolo para ejercer determinado cargo, o lo traslada, etc. .

Los actos preparatorios son los actos de trámite, los que forman el procedimiento administrativo correspondiente, desarrollado para dictar el acto principal u originario. Por ejemplo una vista, un dictamen, la apertura a prueba, etc..

²⁴ Diez Manuel. El Acto Administrativo, 2ª edición. Pág. 493. Tipográfica Editora Argentina S.A. Buenos Aires, 1961.

²⁵ Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

²⁶ Flores Dapkevicius, Rubén: La acción expropiación , FCU, Mdeo 2023

²⁷ Por tanto no nos detendremos en el análisis de los actos administrativos comunes, de gobierno y/o políticos

Los actos de ejecución son los que se dictan para ejecutar el acto principal final . Por ejemplo el acto que ordena la devolución de las garantías de mantenimiento de oferta luego de dictado el acto adjudicatorio.

Actos definitivos son los que expresa la última voluntad de la Administración luego de haberse agotado la vía administrativa mediante la interposición de los recursos administrativos contra el acto principal u originario, art. 24 del Decreto Ley 15524.

El interesado debe obtener el acto definitivo para ocurrir a la vía contencioso anulatoria y, para parte de la doctrina y jurisprudencia, en este caso mayoritaria, presentar la acción reparatoria patrimonial, arts. 309 y 312 de la Constitución.

Acto firme es aquel que no puede ser impugnado por medio administrativo alguno en virtud de haber sido consentido, no recurrido en plazo, o confirmado por la Administración luego de la impugnación recursiva presentada en tiempo y de acuerdo a todos los requisitos que surjan de la posición institucional de la autoridad de emisión .

Los dictámenes son pronunciamientos, técnicos , de acuerdo a una especialidad, que expide un funcionario respecto de una consulta referida a su especialidad.

La autonomía técnica del subordinado es absolutamente necesaria a los efectos del juicio pronunciado ²⁸. La situación es diversa, por ejemplo, de los órganos extra poder que actúan con la más absoluta independencia técnica.

El acto es simple cuando la voluntad administrativa surge de un solo órgano .

Por ejemplo el acto de un ministro, la decisión del Directorio de una Persona descentralizada por servicios.

Por su parte el acto administrativo es complejo cuando requiere para su nacimiento la participación de más de un órgano. Es decir la voluntad administrativa, en este tipo de actos, necesita la intervención, conjunta o sucesiva, de dos o más órganos. Esas voluntades forman la única que da lugar al acto complejo ²⁹.

El ejemplo de un acto complejo lo encontramos en el acto de aprobación.

Es de preguntarse si es conveniente, en estos supuestos, en cada caso, decidir mediante actos administrativos automáticos.

Otra clasificación fundamental para este estudio de Legaltech es la que distingue los actos reglados de los más o menos discrecionales.

²⁸ Ver, en esta obra, las modalidades de la centralización en el capítulo donde se analizó los sistemas orgánicos

²⁹ Flores Dapkevicus, Rubén: Tratado de Derecho Constitucional , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

La actuación administrativa es reglada o discrecional o, más o menos reglada y más o menos discrecional. Ello es así, porque, en Derecho Administrativo, no existe la actuación discrecional o reglada absoluta o pura .

La norma reglada establece una única solución para un supuesto de hecho:

“Dado “A” debe ser “B””.

La actividad reglada encuentra, entonces, el límite que le impone la Constitución de la República, la ley o el reglamento.

En este caso, la posibilidad de un acto administrativo automático podría ser precisamente decidido ya que se encuentra determinado

En la imposibilidad práctica de que el legislador pueda prever todos los casos que suceden en el desarrollo del Derecho, surge la actividad discrecional ³⁰.

Las normas con cierta, reiteramos , cierta discrecionalidad permiten más de una solución.

Como siempre hemos señalado puede darse si existe una norma o, también, si no existe regulación expresa. En este último caso sus límites serán sola, y especialmente, los principios generales. En la norma que a continuación proponemos existe otro límite, legalmente impuesto

En forma muy esquemática:

Dado “A” puede ser “B” , “C” o “D”, pero no “K” para “F”.

La norma discrecional permite más de una solución para el motivo “A”, respetando el fin “F”. Sin embargo no se puede resolver “k” por no estar autorizado.

La discrecionalidad puede observarse en determinados elementos del acto. Sin embargo no existe discrecionalidad en el supuesto de hecho o motivo. Este es uno sólo y, se produce, o no se produce en la realidad

Respecto del contenido es donde existe , mayormente, la discrecionalidad. Es allí donde el decisor, presentado un motivo, podrá decidir entre varios contenidos autorizados por el Derecho, si la norma se lo permite por no ser estrictamente reglada. En el ejemplo propuesto como norma base, entiéndase “B”, “C” o “D”.

En estos supuestos podemos programar y, permitir, que los algoritmos decidan³¹ ?

Existe otra clasificación que diferencia a los actos en de autorización, que se dan a priori, de los de aprobación que suceden a a posteriori de otro acto ³². La aprobación, entonces, consiste en una aceptación del mismo, en virtud de considerarse el acto administrativo propuesto legítimo y conveniente y, por ella, deviene perfecto.

³⁰ En ese sentido debió adecuarse, por flexibilización, el principio de legalidad. Ello aconteció, especialmente, en el Estado de Derecho Social

³¹ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech, FCU Editores, Mdeo. 2023

³² Habíamos observado que la autorización también procede sobre hechos

Esto es el acto principal surge después de operada la aprobación.

Con lo expuesto se descarta la idea de que el acto propuesta y el de aprobación son dos actos independientes, con todas sus consecuencias y elucubraciones.

Nuestra posición ratifica la idea de que el acto de aprobación es un acto complejo. Por lo expuesto sus efectos son ex nunc. Es decir, la producción de efectos se verifica desde el momento en que se produce la aprobación. Esta, obviamente, es facultativa del órgano competente que puede pertenecer al mismo sistema orgánico o a otro diverso.

Otras clasificación refieren a los actos de concesión, dispensa, renuncia, sanciones.

También existen, con efectos jurídicos de principio, diversos los actos tácitos o implícitos, presuntos, de directiva

Respecto de los actos administrativos irregulares debe observarse que no existen normas de carácter general que regulen el tema de que se trata .

Se produce inexistencia del acto administrativo en el supuesto de irregularidades gravísimas.

Por ejemplo, cuando un órgano absolutamente incompetente dicta el acto. El mismo, exteriormente, se observa como existente, pero, en realidad es un no acto.

Existe acto inválido cuando no existe una irregularidad gravísima o extremadamente leve.

Estos actos producen, respecto de la Administración y de principio, la necesaria revocación de los mismos. Ello porque la misma debe actuar de conformidad con el Derecho. Sin embargo debe observarse la posible convalidación del mismo.

Frente a los administrados, el principio de juridicidad, provoca la necesaria invalidación. Sin embargo, como en el supuesto anterior, pueden existir causas, en la casuística que hagan conveniente mantener el acto. Así sucede si el interesado no recurre el acto irregular ³³.

La convalidación del acto es posible si se encuentra afectado por una invalidez relativa. Se subsana el defecto, de acuerdo con el mismo, por un acto administrativo posterior.

Ello ocurre a los efectos de la conservación del acto, y de los efectos correspondientes, lo que permite cierta certeza y seguridad al funcionamiento administrativo³⁴.

Existen diversas especies de llevar a cabo la convalidación. Ente ellas, la confirmación, ratificación y conversión, temas que exceden este estudio por su objeto; el Legaltech

La doctrina habla de diversos tipos de vicios. Estos, inclusive, producen diferentes consecuencias

Se entiende en general que existen vicios muy graves, graves, leves y muy leves. Estos vicios tendrían las siguientes sanciones desarrolladas en el mismo orden: inexistencia, nulidad, anulabilidad, validez .

³³ Por otra parte solo el interesado, con legitimación activa suficiente, es el que puede impugnar el acto

³⁴ Escola, Héctor Jorge: Compendio de Derecho Administrativo, Vol. II, pag. 541 , Depalma, Bs As. 1984

Los mismos, elementalmente, refieren a los elementos de los actos administrativos; competencia, objeto, formalidades, motivo, fin, y poco más .

El tema fue presentado, en forma suficiente, en los actos administrativos irregulares.

La interpretación de los actos administrativos debe realizarse desde la consideración de los principios de tutela administrativa y judicial efectiva ³⁵.

II. ACTOS ADMINISTRATIVOS ELECTRONICOS o ALGORITMICOS

El tema de la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas a través de, algoritmos, ha sido objeto de una atención considerable por parte de la doctrina jurídica, y la jurisprudencia administrativa, especialmente, en Italia, inicialmente .

El uso de la Inteligencia Artificial, los algoritmos con sus posibles sesgos, ha dividido a la doctrina, a los gobernantes y a las personas.

Las decisiones automatizadas o semiautomatizadas, llamada también, actos administrativos electrónicos o, automáticos, son una realidad.

La clasificación en automatizadas y semiautomatizadas o, híbridas parte del hecho de la decisión tomada, puramente, por un algoritmo o, híbrida , esto es mixta, por un humano y un algoritmo, en sus múltiples variantes³⁶

La posibilidad de decidir, por parte de los algoritmos, debe permitirse respecto a los actos preparatorios, o de mero trámite y/o también, de decisión y/o ejecución

Es notoriamente diversa la posibilidad de abrir electrónicamente una licitación pública, a decidirla

Ello es así porque la consecuencia de la apertura formal es, precisa y únicamente ésa, porque, es luego, que se tratará la aceptación de las ofertas o, su no aceptación

Evidentemente, si es más importante la aceptación de las ofertas respecto de su apertura formal, qué decir, respecto a la decisión del fondo del asunto

³⁵ Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo I y II La Ley Thomson Reuters , Buenos Aires- Montevideo, 2021, 2da edición

³⁶ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

Reiteramos, en general; una situación es decidir el fondo y, otra con variantes como acabamos de observar, la posible resolución algorítmica mediante esos instrumentos .

El Código de la Administración digital (Decreto legislativo número 82, de 2005, y sus modificaciones de Italia), determina la tendencia hacia el gobierno electrónico³⁷.

Lo hace efectivamente, más allá de los nombres, barrocos y exagerados, que se dan a determinados organismos y planes que, en muchas oportunidades, sólo quedan en las carpetas por falta de dinero, decisiones políticas, etc.

Lo expuesto , sin embargo, es en el marco de una visión conservadora, que muchos administradores y doctrinos todavía sostienen. Ellos sostienen que la toma de decisiones corresponde, únicamente, a los humanos. Para ellos se trataría de una zona de reserva “humana”.

Nos preguntamos: se aplicarán los algoritmos , en principio en actos de valor relativo o definitivo, esto es, de decisión final del asunto tratado en procedimiento administrativo de que se trate en el caso concreto?

Las decisiones automáticas, por algoritmos deben limitarse, únicamente, a los actos de mero trámite, (procedimiento) o deben extenderse a los actos principales que deciden el tema planteado en el expediente correspondiente?

Son los algoritmos fuente de derecho formal o, material.

Estas interrogantes se encuentran sobre la mesa de quienes desarrollamos la Ciencia de la Administración, el Derecho Administrativo y, los que por un tiempo determinado, ejercen las funciones de gobierno

Recordamos que, en todo caso, las decisiones automatizadas son actos administrativos con todos sus elementos y basados en todos sus principios con alguna posible, adaptación al medio empleado.

Evidentemente, debe considerarse que, de recurrirse el acto electrónico, se impondría la decisión de una persona humana; circunstancia que el autodenominado Reino Unido parece descartar, en ciertas hipótesis

Debemos destacar que corresponde diferenciar:

- Los expedientes electrónicos, dónde se tramitan los procedimientos, por ejemplo un procedimiento disciplinario ³⁸

³⁷ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech, FCU Editores, Montevideo 2023

³⁸ Flores Dapkevicius, Rubén : Derecho Penal Administrativo, El procedimiento disciplinario, IJ editores, 6ta edición actualizada y ampliada, Buenos Aires 2022

- De los actos administrativos electrónicos que pueden ser, de puro procedimiento (notificación de la tasación por ejemplo en una expropiación³⁹), o decisión definitiva, actos administrativos principales, por ejemplo, disponer una sanción administrativa

Es elemental que, como profesores de derecho administrativo deseamos extendernos más en el tema pero, en estos momentos, excederíamos lo concreto que refiere al Legaltech y a la Administración Digital 5.0.

Es claro que, hemos analizado, la herramienta más desarrollada, ampliamente que las decisiones automatizadas en base a algoritmos.

En ese sentido el estándar de transparencia algorítmica, que se intenta desarrollar en el autodenominado Reino Unido ayudaría a las organizaciones del sector público a proporcionar información, clara, sobre las herramientas algorítmicas que utilizan y por qué las utilizan.

En noviembre-diciembre de 2021 el gobierno del Reino Unido publicó un estándar de transparencia que requiere que, los ministros y las entidades públicas, revelen la arquitectura subyacente de los algoritmos que utilizan para la toma de decisiones.

También se les solicita que expliquen dónde se utilizaron los algoritmos, el motivo de su uso y si tuvieron éxito.

La transparencia algorítmica determina ser abierto sobre cómo los algoritmos determinan las decisiones. Esto comprende conceder una información sobre los mismos, en formato completo, abierto y comprensible a todas las personas.

A esas características debe agregarse que la apertura determina que el acceso a la información sea fácil y gratuito⁴⁰.

Ello intenta evitar las diversas cajas negras, y encebollado (organización de los algoritmos en capas cada vez más profundas y, en su momento, inaccesibles para los ciudadanos

En ese sentido los ingleses van en un camino que se comparte.

La solución, en nuestro país es muy simple; se puede solicitar el acceso a la información pública, correspondiente, mediante lo sancionado por la ley 18331.

Las formas de decidir de los algoritmos que se nos llegaran, o podrían llegar a aplicar, son información pública donde, inclusive, poseemos una legitimación activa indubitable, según lo expuesto esta oración.

En este estado corresponde recordar, por ejemplo la determinación y eliminación de los sesgos, o prejuicios y, especialmente, la responsabilidad por las decisiones algorítmicas.

En este último caso, corresponde sólo a la Administración Estatal, o, de haber adquirido a un tercero el programa es, éste, el que debe responder?.

³⁹ Flores Dapkevicius, Rubén: La acción expropiación, FCU editores, 5a edición, Buenos Aires, 2023

⁴⁰ <https://www.gov.uk/government/collections/algorithmic-transparency-standard>

No tengo duda que la acción de responsabilidad, por todos los perjuicios causados, que deben ser cubiertos en un Estado de Derecho Material, corresponde iniciarse contra la Administración Estatal, por exceso e imprecisión podría también demandarse al proveedor.

Lo técnicamente correcto es, demandar al Estado y, éste, sabrá si corresponde la citación en garantía del autor del algoritmo, sea un particular o un funcionario de su plantel funcional.

III. CONCLUSIONES

1. Tratándose, éste, de un estudio de Legaltech aplicable, especialmente, al Derecho Público, no corresponde, bajo ningún concepto el estudio en detalle de los actos administrativos, desde el punto de vista de fondo.

2. Para el autor de este trabajo acto administrativo es toda manifestación de voluntad de la Administración que produce efectos jurídicos. Implica un proceso intelectual, una expresión de voluntad del emisor.

3. El tema de los elementos de los actos administrativos es de singular importancia porque, de acuerdo a los vicios que los puedan afectar, dependerá su legitimidad y validez.

4. Entonces deberá observarse la competencia del órgano emisor, tema analizado, oportunamente, en la teoría del órgano .

5. No podemos avanzar más directamente al tema de los actos administrativos electrónicos sin, presentar, los principios del acto administrativo ya que, obviamente, serán nuestro punto de partida básico.

6. Existen principios fundamentales, de los actos administrativos, en un estudio de las decisiones automáticas, que surgen de sí mismos y de todos los procedimientos administrativos.

7. Los principios generales de los actos administrativos, específicos, sin perjuicio de los que surgen de los procedimientos para su dictado son los siguientes, especialmente : tutela administrativa efectiva, presunción de legitimidad, irretroactividad, ejecutividad, ejecutoriedad, estabilidad, impugnabilidad y suspensión de la ejecución del mismo.

8. Lo expuesto, no olvida, por ejemplo, el non bis in idem, non reformatio in pejus, presunción de inocencia, idoneidad de la forma, buena fe, plazo razonable para dictar el acto que decide el fondo del asunto, etc ⁴¹ .
9. Los algoritmos pueden decidir, adecuadamente, respecto de la aplicación del principio de informalismo en favor del administrado⁴² ?.
10. Una clasificación fundamental para este estudio de Legaltech es la que distingue actos administrativos principales de los de mero trámite, o preparatorios y/o ejecución.
11. Otra clasificación fundamental para este estudio de Legaltech es la que distingue los actos reglados de los más o menos discrecionales.
12. Los actos administrativos electrónicos, algorítmicos, o automáticos, son una realidad ya antigua.
13. El problema de la legitimidad de las decisiones administrativas adoptadas a través de, algoritmos, debe ser objeto de una atención considerable por parte de la doctrina jurídica, y la jurisprudencia administrativa, así como, eventualmente, por el legislador propiamente dicho, o de la Administración estatal.
14. El uso de la Inteligencia Artificial, los algoritmos con sus posibles sesgos, ha dividido a la doctrina, a los gobernantes y a las personas.
15. La posibilidad de decidir, por parte de los algoritmos, debe permitirse respecto a los actos preparatorios, o de mero trámite y/o también, de decisión y/o ejecución?
16. Es notoriamente diversa la posibilidad de abrir electrónicamente una licitación pública, a aceptar sustancialmente las ofertas a, elementalmente, decidirla
17. Ello es así porque la consecuencia de la apertura formal es, precisa y únicamente ésa, porque, es luego, que se tratará la aceptación de las ofertas o, su no aceptación
18. Evidentemente, si es más importante la aceptación de las ofertas respecto de su apertura formal, qué decir, respecto a la decisión del fondo del asunto.

⁴¹ Flores Dapkevicius, Rubén: Amparo, Habeas Corpus, Habeas Data y Acceso a la Información Pública, F.C.U., Montevideo, 2021, 4ta edición actualizada y ampliada

⁴² Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

19 . Las decisiones automáticas, por algoritmos deben limitarse, únicamente, a los actos de mero trámite, (procedimiento) o deben extenderse a los actos principales que deciden el tema planteado en el expediente correspondiente?

20. Son los algoritmos fuente de derecho formal o, material?.

21. Recordamos que, en todo caso, las decisiones automatizadas son actos administrativos con todos sus elementos y basados en todos sus principios con, alguna posible, adaptación al medio empleado.

22. En noviembre-diciembre de 2021 el gobierno del Reino Unido publicó un estándar de transparencia que requiere que, los ministros y las entidades públicas, revelen la arquitectura subyacente de los algoritmos que utilizan para la toma de decisiones.

23. También se les solicita que expliquen dónde se utilizaron los algoritmos, el motivo de su uso y si tuvieron éxito.

24. La transparencia algorítmica determina ser abierto sobre cómo los algoritmos determinan las decisiones. Esto comprende conceder una información sobre los mismos, en formato completo, abierto y comprensible a todas las personas.

25, Ello intenta evitar las diversas cajas negras, y encebollado (organización de los algoritmos en capas cada vez más profundas y, en su momento, inaccesibles para los ciudadanos

26. La solución, en nuestro país es muy simple; se puede solicitar el acceso a la información pública, correspondiente, mediante lo sancionado por la ley 18381.

27. Ello evitará sorpresas y podrá acceder a las creaciones algorítmicas con cajas negras⁴³ .

28. No tengo duda que la acción de responsabilidad, por todos los perjuicios causados, que deben ser cubiertos en un Estado de Derecho Material, corresponde iniciarse contra la Administración Estatal, directamente que usa algoritmos sesgados y, por extensión también demandarse al proveedor.

⁴³ Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

BIBLIOGRAFÍA SUMARIA

Abad Hernando, Jesús Luis: Estudios de Derecho Administrativo, Ed Ciudad De Bs. As., 1999

Abreu Dallari Adilson: Aspectos jurídicos da licitação, Saravia, São Paulo 1997

Ackel Filho Diomar: Writs Constitucionais, Saravia, São Paulo 1988

Aguirre Lagarreta Alberto: Funcionamiento del Congreso: Buenos Aires, 1957.

Alberdi Juan B. Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina. La Cultura Argentina. Bs. As. 1923.

Alessi , Renato: Instituciones de derecho administrativo. Bosch. Barcelona, 1970.

Appleton, Jean: Traité élémentaire du contentieux administratif , Dalloz, París 1927

Cepeda Ulloa Fernand: La Corrupción en Colombia. Tercer Mundo Editores, Universidad de los Andes, 1997.

Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Constitucional, tomo II, La Ley, Mdeo. 2021. 2da edición

Flores Dapkevicius, Rubén: Tratado de Derecho Administrativo , Tomo II, La ley, Mdeo. 2021, 2da edición

Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, BdF editor, Buenos Aires, 2024, Tomo I

Flores Dapkevicius, Rubén: Funcionarios Públicos, La Ley, Mdeo.- Buenos Aires 2023, 3ra edición

Flores Dapkevicius, Rubén:El procedimiento disciplinario (incluye la responsabilidad por la no prevención del Lavado de Activos y Criptoactivos), IJ editores , Buenos Aires 2022 , 6ta edición actualizada y ampliada

Flores Dapkevicius, Rubén: Decreto 500/91 (regula el procedimiento administrativo común , el disciplinario y el recursivo en la Administración Central), anotado y concordado, incluye jurisprudencia, IJ editores, Buenos Aires 2021 , séptima edición actualizada y ampliada

Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech y Derecho Digital, Tomo II, B de F Editores, Buenos Aires 2024

Flores Dapkevicius, Rubén: Amparo, Hábeas Corpus y Hábeas Data, B de F, Buenos Aires, 3ra edición actualizada y ampliada

Flores Dapkevicius, Rubén: La expropiación, FCU, Mdeo 2023, 5ta edición

Flores Dapkevicius, Rubén: La acción de nulidad de los actos administrativos, La Ley, Montevideo- Buenos Aires 20224. Incluye las reformas de las leyes 20010 y 20212

Flores Dapkevicius, Rubén: Legaltech , FCU, Mdeo 2023

García, Eduardo y Fernández, Tomás, Curso de Derecho Administrativo, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

García Trevijano José: Tratado de Derecho Administrativo, Edit. Revista de Derecho Privado, Madrid. 1974.

Garrido Falla, Fernando: Tratado de Derecho Administrativo, Tecnos, España 2002.

Gomes Canotilho. Direito Constitucional. Coimbra, 1993.

Gómez Iniesta, Diego: El delito de blanqueo de capitales en el Derecho español, España, 1997.

Hernández Quintero, Hernando: El lavado de activos, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Colombia, 1997.

Mejía Quintana Oscar y Tickner Arlene. Cultura y democracia en América Latina. M & T editores, Bogotá 1992.

Miranda Jorge A.: Manual de Direito Constitucional, Coimbra, 1993.

Morell Ocaña, Luis: Curso de Derecho Administrativo, Aranzadi, Pamplona, España 1999.

Morgenthau, Hans. Escritos sobre política internacional. Editorial Tecnos, Madrid, 1990.

Nando Lefort, Víctor: El lavado de dinero, Editorial Trillas, México, 1997.

Nino, Carlos: Fundamentos de Derecho Constitucional, Astrea, Bs. As. 1992.

Otto Ignacio: Derecho Constitucional. Sistema de fuentes, Ariel, Barcelona 1999.

Rivero Jean Cours constitutionnelles et droits fondamentaux. Economica, Paris 1982.

Rivero Ortega, Ricardo: Introducción al Derecho Administrativo Económico, Ratio Legis, España 2005.

Sánchez Manuel: Derecho Administrativo, Sustantivo y Procesal, Colex, Madrid 2000.

Sánchez Viamonte Carlos: Derecho Político, Buenos Aires, 1925.

Sánchez Viamonte Carlos: Manual de Derecho Constitucional. Kapelusz, Buenos Aires 1946.

Santamaría de Paredes, Vicente: Curso de Derecho Administrativo, Edit. Tipográfico de Ricardo Fe, Madrid, 1888.

Sayagués Laso, Enrique: La Licitación Pública, obra actualizada por los Profs. Rubén Flores Dapkevicius y Daniel Hugo Martins, B de F. Buenos Aires 2005.

Téllez Aguilera, Abel: La protección de los datos en la Unión Europea, Edisofer, España 2002.

Tena Ramírez Felipe: Derecho constitucional mexicano, Porrúa. México, 1995.

Tobar y Borja Ramiro: Derecho Constitucional Ecuatoriano, Corporación de Estudios y Publicaciones, Quito 1989.

Vásquez Juárez, Nelson: El Problema de la Criminalización del Lavado de Dinero proveniente del Tráfico de Drogas. Lima, 1992.

Vega, Juan Carlos y Graham, Marisa: Jerarquía de los tratados internacionales, Astrea, Buenos Aires 1996.

Vidal Perdomo Jaime: Derecho Administrativo: Temis, Colombia, 1985.

<https://www.youtube.com/channel/UC3J-rmk1bYurwACUwUlrnjg>.

Correos del autor: rflores@montevideo.com.uy

floresdapkevicius@hotmail.com.uy.

Punta del Este, mayo de 2024

