

La insuficiencia del archivo electrónico para garantizar la existencia del acto administrativo informático [1]

Marcus Vinícius Filgueiras Júnior

Centro Universitário Norte Fluminense (UNIFLU) y
Universidade Estácio de Sá, Campos dos Goytacazes, Brasil

marcus_filgueiras@yahoo.it

Resumen. El estudio tiene como objetivo demostrar que el archivo administrativo electrónico no presenta condiciones para ser la “forma existencial” del acto administrativo informático una vez que se revela insuficiente para, por sí solo, garantizar la exteriorización de su contenido. Diverso del documento de papel, accesible a simple vista, el archivo informático es accesible solamente por medio de la computadora y sus periféricos. El estudio también demuestra que el archivo (texto) y el acto (norma) son entidades distintas, pero interdependientes desde la perspectiva hermenéutica filosófica, una vez que no existe texto sin sentido tampoco sentido sin texto. Teniendo en cuenta esas premisas, el estudio concluye que, ligeramente diversa de la teoría clásica, la forma existencial del acto administrativo informático es el documento electrónico compuesto por: a) el archivo electrónico grabado en la memoria auxiliar de la Administración Pública; b) la computadora (*hardware* y *software*) como herramienta indispensable para conocimiento del contenido; y c) la red telemática, que se traduce en la posibilidad real de acceso remoto.

Abstract. Abstract. The study aims to demonstrate that the electronic administrative file cannot qualify as the "existential form" of the informatic administrative act, since it is insufficient to guarantee, by itself, the externalization of its content. Unlike the paper document, accessible to the naked eye, the computer file is accessible only through the computer and its peripherals. The study also shows that the file (text) and the act (norm) are distinct entities, but interdependent from the philosophical hermeneutic perspective, since there is neither text without meaning nor meaning without text. Based on these premises, the study concludes that, slightly differently from classical theory, the existential form of the informatics administrative act is the electronic document and it is made up of: a) the electronic file recorded in the auxiliary memory of the Public Administration; b) the computer (hardware and software) as an indispensable tool for knowledge of the content; and c) the telematic network, which translates into the real possibility of remote access.

¹ Este ensayo resulta del Proyecto “Processo Administrativo Eletrônico” (Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, Brasil).

Keywords: Public Administration, informatic administrative act, electronic administrative act, e-government, administrative act. Existential form of the act administrative.

1 Introducción

La Administración Pública contemporánea se encuentra inmersa en la sociedad de la información, cuyas nuevas tecnologías invaden las oficinas y cambian las rutinas, expedientes y trámites administrativos. Los procedimientos administrativos siguen soportando cambios en virtud del uso de nuevas tecnologías antes mismo de la consolidación de una teoría orgánica y sistémica de los actos administrativos informáticos.

A partir de esta perspectiva, este estudio plantea la revisión de algunos aspectos de la teoría clásica de la forma de los actos administrativos, como contribución para el desarrollo de una teoría general del acto administrativo informático.

El objetivo más específico es demostrar que la existencia comprobada del archivo electrónico – comparable al documento – en la base de datos de la Administración Pública es insuficiente para la garantizar la existencia del acto administrativo informático en ello registrado, lo que, por lo menos en parte, cambia las proposiciones de la teoría clásica. Para esta, la existencia del documento en papel es suficiente para garantizar su existencia, una vez que los ojos humanos pueden leerlo directamente.

La cuestión planteada presenta relevancia teórica y práctica. Como se sabe, para la sumisión a cualquiera especie de control, un acto debe, primeramente, existir. No es posible verificar la invalidez de algo que siquiera exista.

A los efectos de lograr el objetivo propuesto, se comenzará afrontando el concepto de la forma existencial del acto administrativo. A continuación, la identificación de su soporte físico y su vinculación con el acto en ello representado. Una vez fijadas estas premisas, se buscará transponer de modo crítico tales conceptos para el universo electrónico, para, al final, aportar la consideración conclusiva.

Con referencia a la terminología, cabe aclarar que la doctrina suele valerse de términos como acto o documento digital, magnético, electrónico, informático u óptico como siendo sinónimos. En realidad, representan fenómenos técnicos diversos. La expresión “digital” se reporta a la memorización de informaciones numéricas, los dígitos; “magnético”, a registro de datos digitales binarios sobre superficie ferro-magnética; “electrónico” hace referencia a datos trabajados por medio de equipos electrónicos en sentido amplio; “informático”, en el sentido semejante al término “electrónico”, alcanza la idea de datos trabajados por medio de equipos informáticos; y “óptico”, registro de datos

sobre una superficie que contiene zonas opacas y reflexibles.[2] Teniendo como referencia las dichas diferencias de carácter técnico, adoptaremos como sinónimos solamente las expresiones “informático”, “electrónico” y “digital”. [3]

Por fin, también se aclara que se partirá del siguiente concepto sintético de acto administrativo: es la manifestación del Estado que produce efectos sobre las relaciones de Derecho Administrativo. Es una especie de acto jurídico que concreta la función administrativa.

2 La forma existencial y legal del acto administrativo

Cualquier acto jurídico necesita presentarse de alguna forma en el mundo para existir. Necesita ganar materialidad frente a las personas y “bajo el sol”, sin oscuridad, para que todos puedan conocer su contenido y, así, produzca los efectos de crear, alterar, extinguir o mantener las relaciones jurídicas. Esto es indispensable para la subsistencia de una vida social evolucionada. [4]

Ahora bien, es la forma que será el vehículo de este acto en el mundo, porque, como dijo Emilio Betti, es su “figura exterior” [5], su revestimiento externo. Es la forma [6], por lo tanto, que, actuando como un medio de transporte [7], permitirá la cognición de algún contenido por medio de uno o varios sentidos humanos. Así que se confirma la antigua lección según la cual la voluntad de un sujeto en cuanto se mantiene como puro fenómeno psíquico no presenta relevancia jurídica [8].

² Masucci, Alfonso, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 16, nota de pie de página número 23, en que el autor hace referencia a la doctrina de Finochiaro.

³ Al comentar el artículo 6° de la Ley de Firma Digital argentina, Bibiana Luz Clara entiende que el documento digital o informático es una subespecie del documento electrónico (Luz Clara, Bibiana, *Ley de firma digital comentada*, Rosario, Nova Tesis, 2006, p. 51)

⁴ “La possibilità di poter far riferimento a qualcosa che consente di far conoscere è una condizione indispensabile per una vita associata evoluta.” (Masucci, Alfonso, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 09).

⁵ Betti, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. T. I, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, p.244.

⁶ En un sentido filosófico, la “forma” es el “estado físico bajo el cual se presenta un cuerpo, una substancia” o “la apariencia física de un ser o de una cosa.” (nuestra traducción) (Houaiss Eletrônico, Versão 1.0, 2009, verbete “forma”, significados 2 e 3.). Aún en un sentido filosófico, la forma puede ser vista como “lo que determina la materia.” (nuestra traducción) (Diniz, Maria Helena, *Dicionário Jurídico D-I*, V. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 580.)

⁷ Rota, Alejandra Patricia, *El principio de legalidad y la forma del acto administrativo – la defensa de derechos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009, p. 178.

⁸ “(...) la voluntad, en cuanto se mantiene como puro fenómeno psíquico y no se traduce en actos, no tiene relevancia social y jurídica.” (nuestra traducción desde el portugués) (Betti, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. T. I, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969, p. 244). “La voluntad, como todo lo que no tiene cuerpo, es impalpable, penetra en el pensamiento, desaparece y se modifica en un instante. Para encadenarla, era preciso revestirla de un cuerpo físico; pero ¿cuáles serán estos actos exteriores que darán a los actos

Esta forma que proporciona la existencia del acto jurídico la denominaremos de “forma existencial” para asignar la diferencia de la “forma legal” [9], que es lo específico modo de presentación formal del acto administrativo. La “forma legal” involucra los presupuestos de validez formales requeridos por el Derecho (motivación, fecha, lugar, identificación de la autoridad, etc.).

La distinción entre forma existencial y legal es relevante desde el punto de vista jurídico, porque no permite tratar bajo el mismo rótulo objetos de planes distintos de análisis jurídico (existencia y validez). Con esa postura no se corre el riesgo de adoptar la misma solución para patologías jurídicas distintas. Como se ha anotado al inicio, un acto jurídico solo puede ser considerado ilegal si antes pueda ser reconocido como existente. Un acto inexistente no puede ser revocado, invalidado o retirado por cualquiera otra modalidad de extinción. Es una cuestión de lógica. El análisis de la existencia precede a la de la validez. Todo eso reafirma que la ausencia de la forma significa ausencia de acto y, luego, el silencio de la Administración Pública [10].

Se puede recoger dos ejemplos ilustrativos de la doctrina administrativista italiana de que es fundamental diferenciar con claridad los planes de análisis jurídico. Vincenzo Cerulli Irelli, renombrado administrativista contemporáneo, cuando comenta sobre la forma del acto administrativo, acaba por pasar del plan de la validez al de la existencia, lo que demanda cierta atención del lector para que no se lo confundan.

Su abordaje comienza por el principio de la libertad de las formas, que es, indudablemente, un análisis ubicado en el plan de la validez jurídica. A continuación, aun dentro del tema de la forma, advierte que el problema es diverso cuando se trata de la necesidad de reconocimiento de los elementos mínimos de la forma que sirvan para la identificación del acto como una *fattispecie* jurídica. [11] En esta altura de su exposición reconoce la forma como un elemento indispensable a la existencia del acto y, así,

jurídicos una forma sensible?” (Sarsfield, Velez, *Nota 973, Código Civil de la Nación Argentina*)

⁹ Celso Antônio Bandeira de Mello también hace distinción entre la forma como elemento necesario a la existencia, y la específica forma que la denomina como “formalización” o “presupuesto formalista” que es presupuesto de validez (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2007, p. 393).

¹⁰ Aunque se reconozca la controversia, admitimos la existencia de forma negativa u omisiva del acto administrativo. Esto puede ocurrir cuando el orden jurídico establece efectos para el silencio administrativo. En esos casos, la forma se revelará por la prueba de la omisión administrativa, como, por ejemplo, la demostración de que la petición del administrado fue regularmente presentada junto a la Administración y no fue objeto de contestación.

¹¹ (...) “è proprio su questo punto che esiste nella nostra materia una notevole confusione, dovuta alla mancanza delle norme positive. Mentre in genere se afferma che per gli atti amministrativi vige il principio della libertà di forme (...) a volte la giurisprudenza ritiene viceversa determinate forme (...) come richieste *ad substantiam* e la relativa mancanza come causa de radicale e insanabile nullità” (...) “diverso è il problema, ovviamente, della necessaria sussistenza di quegli elementi minimi di forma che servono per identificazione dell’atto come *fattispecie* giuridica, secondo i criteri fissati in teoria generale. (...) la forma scritta è da ritenere prescritta *ad substantiam*: senza di essa l’atto non esiste.” (Irelli, Vincenzo Cerulli, *Curso de diritto amministrativo*, Torino, Giapichelli Editore, 2001, p. 478-479).

se aleja de la concepción de la forma como solemnidad específica del Derecho, o sea, como presupuesto de validez.

Con la doctrina clásica de Zanobini ha pasado lo mismo, pero in orden inverso. Comienza anotando la forma (*dichiarazione*) como condición de existencia del acto, pero, después, llama la atención para las exigencias legales de una determinada forma de exposición que tocan apenas a aspectos formales conllevando a la comprensión de que no más se trata de elemento existencial, sino de validez. [12]

Por todo eso, la distinción entre la forma existencial y la legal es recomendable incluso a partir de una perspectiva didáctica, de manera a no inducir a equívocos.

3 El documento es la forma existencial del acto administrativo

La forma existencial del acto requiere un soporte. Lo que se exige es que el soporte – que es una porción concreta de la realidad, del mundo de los hechos – sea suficiente para que permita el reconocimiento de la manifestación del Estado como una entidad jurídica. Como no se trata de la forma legal, no se chequea la conformidad de dicha manifestación con los comandos jurídicos, que es una operación mental propia del plan de la validez y no de la existencia. Por tanto, el problema de la existencia jurídica de un acto administrativo recae fundamentalmente sobre la suficiencia del dicho soporte de hecho. [13]

El soporte más común del acto administrativo es el documento administrativo, que es materializado en papel, con registro de texto en vernáculo y habitualmente adjuntado en carpetas conformadoras de procedimientos administrativos. El documento es accedido a simple vista del hombre. [14]

Etimológicamente, la expresión “documento” viene del latín *documentum*, que deriva del verbo *doceo*, que significa “enseñar, instruir, informar.” [15] Como se puede intuir, el documento está vinculado a la idea de algo que detenta la capacidad de informar, de instruir.

Según Vicente Greco Filho, el documento es “todo objeto del cual se extraen hechos en virtud de la existencia de símbolos o señales gráficas, mecánicas, electromagnéticas

¹² Guido Zanobini: “quanto alla dichiarazione, essa è sempre indispensabile all’esistenza dell’atto e perciò costituisce elemento essenziale di esso: però, una forma determinata di dichiarazione è necessaria soltanto per quelli atti che diconsi formale. In conseguenza, deve dirsi che la dichiarazione esterna è sempre elemento essenziale dell’atto amministrativo, ma è di regola indifferente la forma che essa assume.” (*Corso di Diritto Amministrativo*, v. 1, Milano, Giuffrè Editore, 1954, p. 254).

¹³ Miranda, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Rio de Janeiro, Borsoi, 1970, *passim*. Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico (Plano da existência)*, São Paulo, Saraiva, 2000, p. 70-77.

¹⁴ Es oportuno anotar que hay otros soportes que no son duraderos, como la voz humana, los gestos humanos como hacen las policías de tránsito urbano, entre otras posibilidades que también pueden revelarse como actos o hechos administrativos materiales, pero que son excepcionales y tendrán otra forma de verificación de existencia.

¹⁵ Torrinha, Francisco. *Dicionário Latino Português*, Porto, Gráficos Reunidos, 1942, p. 267.

etc.” [16] La definición de Greco es particularmente interesante porque se puede incluir en su concepto no sólo el papel, que es el soporte que acostumbra registrar los escritos, sino la piedra, las superficies magnéticas, la película fotográfica [17] y hasta las superficies ópticas, plásticas, metálicas, de madera entre otras aptas para este intento.

El documento administrativo es, entonces, una cosa (*res*) que funciona como un vehículo que posee la capacidad de demostrar la existencia de determinado hecho o acto administrativo [18]; funciona, en verdad, como una memoria duradera de una realidad intelectual originada del agente público [19].

Por eso, buceado de modo pleno en la facticidad y mediante la comprensión del documento administrativo, el sujeto logrará acceder al contenido de un hecho o un acto dotado de relevancia jurídico-administrativa. [20]

4 El acto administrativo no se confunde con el documento (en los senderos de la hermenéutica de la facticidad)

Frente a las anteriores consideraciones, se puede anotar que el documento no se confunde con el acto. El documento es su memoria aun cuando el orden jurídico considera la forma como esencial al acto (forma *ad substantiam*).

El acto es la entidad inmaterial y el documento es la entidad material, la *res*. [21] Ambos son, en verdad, eventos distintos que pueden ser reconocidos e identificados. Hay neta diferencia ontológica entre el documento (texto) y el acto, que es la norma

¹⁶ Greco Filho, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1996, p. 224.

¹⁷ Clementino, Edilberto Barbosa, *Processo Judicial Eletrônico*, Curitiba, Juruá, 2007, p. 91.

¹⁸ En el sentido contrario, Ricardo Marcondes Martins sostiene que es el propio acto administrativo el vehículo introductor de normas administrativas y no la propia norma introducida. (*Efeitos dos vícios do ato administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 105).

¹⁹ “Il documento giuridico è, invece, l’entità capace di rappresentare in maniera duratura un fatto o un atto giuridico attraverso la percezione di segni o di suoni o di immagini incorporate in esso” (Masucci, Alfonso, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie – Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. 60)

²⁰ “Mediante la comprensione del documento il lettore, inverò, ricostruisce un fatto o un atto ormai avvenuto. Possiamo, perciò, dire che il documento è una *res* che porta con sé la rappresentazione di un fatto o di un atto avente rilevanza giuridica ovvero esso è un’entità materiale suscettibile di rappresentare in maniera duratura un fatto o un atto attraverso la percezione di segni incorporati in essa.” (Masucci, Alfonso, *Il Documento Amministrativo Informatico*, Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 10).

²¹ “Anche nella pratica o addirittura nel linguaggio giuridico a volte si confonde l’atto con il documento, netta è la distinzione fra i due concetti. L’atto (o anche il fatto) giuridico è quell’evento cui la norma ricollega determinati effetti giuridici. Il documento, invece, è la *res*, l’entità materiale capace di rappresentare in maniera duratura un fatto o un atto giuridico attraverso la percezione di segni (o di suoni) incorporati in essa. (...)” (Masucci, Alfonso, *Il Documento Amministrativo Informatico*, Rimini, Maggioli Editore, 2000, p. 10).

jurídica concreta que crea, extingue, altera o mantiene una relación jurídico-administrativa.

Con todo, el hecho de haber tal diferencia ontológica no significa decir que texto y norma sean separables. Por intermedio de la hermenéutica de la facticidad [22] es posible demostrar este entendimiento. Con la inmersión en el “hoy”, es posible atestiguar que el texto del documento administrativo “habla” y, así, se vincula a un significado lleno de facticidad. Es una comprensión resultante del buceo en la realidad, con atención especial al horizonte de la tradición histórica, no en sentido de conservadorismo, sino como instrumento dinámico de depuración de todos los preconceptos y elementos arbitrarios de la primera lectura del intérprete.

Esta experiencia hermenéutica es, en definitiva, un movimiento circular de depuración que presenta siempre la posibilidad de nuevos sentidos del texto para alcanzarse la universalidad libre de la “opinión arbitraria” del intérprete, o sea, es la búsqueda del sentido del texto debidamente corregido de las impresiones personales[23].

En razón de esa vinculación bajo la facticidad, se puede constatar con más claridad que la entidad representada (el acto) no existe sin quien lo represente (texto, en el soporte documento) para que ello comunique al mundo. En otros términos: por un lado, un texto no existe metafísicamente sin su sentido. Por otro, este sentido (el propio acto) no existe sin texto manifestado suficientemente en algún soporte, comprendido por alguien en determinado lugar y tiempo.

Por todo eso, interpretar y aplicar son facetas del fenómeno que encuentra su unidad en la comprensión. [24] Y la comprensión hermenéutica es capaz de explicar satisfactoriamente la relación simbiótica entre texto y norma.

Esto es un punto importante para este estudio. Comprender que son entidades distintas y que, no obstante, existe una interdependencia hermenéutica entre el documento y el acto permitirá poner en claro las condiciones y límites de la relación que involucre las particularidades del documento electrónico.

5 El documento electrónico

5.1 Sus partes integrantes (archivo, computadora y firma digital)

Para comprender el documento electrónico y su vinculación al acto jurídico electrónico, es más apropiado partir de la noción del propio acto jurídico electrónico.

²² Heidegger, Martin, *Ontologia (Hermenêutica da facticidade)*, Trad. Renato Kirchner, Petrópolis, 2012, *passim*.

²³ Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método I - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, 2004, pp. 354-378.

²⁴ Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, São Paulo, Saraiva, 2014, pp. 227-228. “[O] texto não existe em uma espécie de ‘textitude’ metafísica; o texto é inseparável de seu sentido; textos dizem sempre respeito a algo da facticidade; interpretar um texto é aplicá-lo; daí a impossibilidade de cindir interpretação de aplicação. Salta-se do fundamentar para compreender (e, portanto, aplicar).”

El acto jurídico electrónico o digital es aquel acto jurídico cuya forma existencial se presenta como un archivo electrónico y que se encuentre accesible por intermedio de la computadora. [25]

Los archivos electrónicos son un conjunto de informaciones o datos de la misma especie que son almacenados bajo un rótulo común. Estas informaciones son archivadas en una superficie magnética u óptica de una memoria auxiliar de la computadora.

Considerando el concepto de documento comentado anteriormente, el archivo electrónico que contenga los datos del acto es, en ciertos aspectos, un documento en formato electrónico, porque registra sobre un soporte magnético (HD, por ejemplo) u óptico (CD, por ejemplo) datos binarios (dígitos) que pueden ser accedidos y conocidos por el sentido humano como informaciones. El acceso se da por medio de periféricos específicos de un ordenador, como la pantalla electrónica (superficie donde aparecen imágenes) o la impresora.

No deja lugar a dudas que el documento informático o electrónico es un objeto más complejo que el documento de papel. Este es unitario, porque registra la información en la hoja de papel única. No sucede lo mismo con el documento electrónico. Según la doctrina de Macrì y Pontevolpi, el documento electrónico se presenta constituido al menos por tres entidades: a) el soporte en que viene memorizada (CD, HD, memoria USB...); b) unidad de memorización, que es el archivo (*file*) identificado por un nombre, un rótulo; c) el programa informático con capacidad de generar la representación en la pantalla o la impresión en otro soporte físico. [26]

En efecto, el archivo electrónico en sí mismo no puede ser accedido a la simple vista tal como ocurre con el documento de papel. Como se dijo, el acceso es viabilizado solamente por intermedio del periférico de la computadora, que suele ser la pantalla electrónica, de manera que el concepto de documento electrónico es inseparable de los instrumentos informáticos necesarios para que el sentido humano pueda conocerlo.

En Argentina, Quiroga también fue atento a esta particularidad. Según él, el documento electrónico debe ser entendido como “la fijación en un soporte electrónico (u óptico) de información, que queda registrada en la memoria auxiliar de la computadora, incluyendo en este concepto los medios técnicos necesarios para la recuperación de la información (hardware y software).” [27]

Por lo tanto, el concepto de documento electrónico no se reduce al del archivo electrónico. Este apenas forma parte del documento electrónico, que es constituido también por las demás partes de la computadora necesarias a la concretización del acceso. Así

²⁵ No es posible problematizar todo por causa del objetivo del estudio y del espacio, pero cuando se habla en accesibilidad por intermedio de la computadora, se debe presuponer la existencia de red telemática, caso la computadora no permita que el ciudadano-usuario pueda manejar el propio equipo en que está memorizado el archivo electrónico, lo que es algo más que probable. Con eso, solamente de la forma remota el documento sería accesible.

²⁶ Macrì, Indra; Macrì, Ubalda; Pontevolpe, Gianfranco, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale – Le tecnologie informatiche e le norme che ne disciplinano l'uso, aggiornate al D. Lgs. n. 235/2010*, Milanofiori Assago, Grupo Walters Kluwer, 2011, p. 135.

²⁷ Quiroga, Eduardo Molina, “Eficacia probatoria de los medios informáticos en el consentimiento contractual”, en *Comercio electrónico – Estructura operativa y jurídica*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010, p. 437

cuando se habla en “documento electrónico” se está haciendo referencia al archivo electrónico accesible por medio de la computadora.

Por fin, con referencia a los documentos electrónicos que representan los actos administrativos (y no los hechos), se cree que la firma digital de la autoridad también forma parte del concepto de la forma existencial del documento, como una suerte de comprobación de que hay un suscriptor. Se trata tan sólo de un elemento que demuestre la presencia de un acto humano y no de que el agente suscriptor es la persona competente para la edición del acto según el orden jurídico vigente. Eso es importante destacar una vez que el análisis está limitado a la forma existencial que no alcanza el juicio de legalidad. No puede ser considerado documento – que representa un acto – el soporte material sin la firma de un agente. En este punto, coincidimos con Zelaya y Tomás Hutchinson en el sentido de que un acto sin firma en su soporte no existe siquiera materialmente [28].

En el caso del documento electrónico, el entendimiento arriba se confirma incluso por vía del argumento *a fortiori*, pues si un documento en papel no existe sin la firma, un digital será como palabras orales al viento, de altísima volatilidad, mucho más que en la sistemática tradicional. Es mucho más fácil y rápido producir o alterar un archivo electrónico que una hoja de papel impresa. Por eso, no hay posibilidad de un archivo electrónico sin firma digital ser reconocido como un ente (un documento) que representa un acto jurídico.

5.2 El original y la copia

El estudio no tiene el objetivo de afrontar de forma profunda el tema de la copia versus original electrónico, porque exigiría un espacio propio. Con todo, es preciso al menos exponer algunos puntos necesarios para el desarrollo del específico objeto del estudio.

El documento electrónico original tiene particularidades relevantes que lo distinguen del documento original en papel.

En la sistemática tradicional, una copia autenticada de un documento no se vuelve un original, con todo pasa a tener una fuerza probatoria idéntica al del original. Habitualmente se hace tal procedimiento por medio de la aplicación de sellos de órganos oficiales.

El documento electrónico puede tener una copia transmitida por correo electrónico o hasta almacenada como una copia de seguridad en otra base de datos. La cuestión es preguntar si existen diferencias de régimen entre estas reproducciones con relación al original. Para contestar lo planteado, se puede examinar el tratamiento doctrinario y legal de la materia especialmente en Italia, Argentina y Brasil.

²⁸ “Coincidimos con Zelaya es un error haber incluido la firma, y que ésta no es requisito de forma, sino sencillamente lo esencial para la existencia del acto administrativo; mientras no exista la firma, el acto materialmente no existe” (Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2010, p. 94).

En Italia, el *Codice dell'amministrazione digitale* (CAD) [29] ha previsto tres especies de copias que involucran los documentos electrónicos:

a) la copia en papel de documento informático firmado digitalmente. Según el CAD, tal copia digital detenta el mismo valor probatorio del original electrónico si atestada por agente público autorizado (“copia analógica” – artículo 23);

b) la copia por imagen, que es la formación de un archivo electrónico basado en documento de papel. Se puede obtenerlo con la digitalización por medio de *scanner*. Tiene la misma fuerza del original caso venga atestada por un notario (artículo art. 22, párrafos 2 y 3); y

c) documento duplicado (*duplicati informatici*), que es la duplicación del documento electrónico que tiene la misma eficacia probatoria del original (artículo 23-bis).

En Argentina, el artículo 11 de la Ley de Firma Digital (n.º 25.506/2001) discrimina la diferencia entre el original de primera generación y su reproducción. Por supuesto que el de primera generación es el grabado por la primera vez en su base de datos original. Bibiana Luz Clara llama la atención que sería importante el sello del tiempo (*time stamping*) para hacer la diferencia entre los dos. [30]

Pero, el referido artículo 11 declara que las reproducciones del original de primera generación son también consideradas originales, de manera que poseen el mismo régimen jurídico.

En Brasil, no hay un tratamiento específico. El régimen de las reproducciones electrónicas es extraído del artículo 10 de la Medida Provisória n.º 2.200/2001 que establece que poseen valor jurídico todos los documentos que hayan sido emitidos con proceso de certificación digital. Por lo tanto, se puede deducir que no importa si se trata del original de primera generación, sino si fue emitido (o reproducido) con la utilización del sistema de certificación digital.

De lo expuesto, se puede concluir que solamente las copias digitales que contengan todos los elementos del original (las copias duplicadas) pueden ser consideradas también como originales. Las únicas diferencias de dichas copias son el local de almacenamiento y el momento de la grabación. Tales diferencias no tienen capacidad jurídica de cambiar el régimen que recae sobre ellos.

6 La insuficiencia del archivo electrónico y la accesibilidad

Con base en las lecciones de Indra y Ubalda Macrì, Pontevolpi y Quiroga, se puede decir que el archivo electrónico no presenta condiciones físicas para, por sí solo, constituirse en la forma existencial de un acto administrativo electrónico, pues el conjunto binario grabado en una memoria auxiliar de la computadora es insuficiente, en cuanto soporte, para garantizar el conocimiento de la manifestación del Estado.

Por supuesto, como se ha dicho, sólo se conoce el contenido de la manifestación estatal con acceso al archivo electrónico que registra informaciones de un acto administrativo. Para que se logre el acceso se hace necesario la computadora para interpretar

²⁹ Decreto legislativo del 07/03/2005 n. 82.

³⁰ Luz Clara, Bibiana, *Ley de Firma Digital Comentada*, Rosario, Nova Tesis – Editorial Jurídica, 2006, p. 63.

el lenguaje de máquina y traducirlo para el usuario en una pantalla (o impresora). Una vez accesible, se puede decir que el archivo electrónico se volvió un documento electrónico. Por ende, el archivo electrónico no tiene utilidad para el Derecho sin la computadora, porque es la herramienta necesaria para que su contenido pueda ser comprendido por el sentido humano.

Un defecto en el *hardware* o en el *software* de la computadora de la Administración Pública puede impedir el acceso al archivo electrónico. Sin tal acceso, el acto administrativo por ello representado no podrá ser admitido como existente, porque su forma no podrá ser exteriorizada, de manera que el comportamiento del Estado no podrá ser conocido. Y, como se ha reafirmado, un acto sin “forma existencial” es un acto inexistente.

Esta racionalidad parece obvia, pero presenta consecuencias prácticas y teóricas interesantes que no se revelan tan obvias.

Si el defecto de *hardware* no llegue a alcanzar el archivo electrónico y a la superficie donde se encuentra memorizado, el tratamiento jurídico no cambia. Imagínese un defecto en la pantalla de la Administración o en su acceso remoto y no en el archivo digital en sí mismo. La situación es curiosa, desde la perspectiva jurídica. A pesar de poderse afirmar la existencia material del archivo electrónico (la base fundamental del documento electrónico), porque está memorizado en estado perfecto en el soporte magnético u óptico, constante incluso del listado de archivos de una determinada base de datos de la Administración [31], la existencia jurídica del documento se queda comprometida, porque no hay como acceder a su contenido.

Parece incoherente hablar de existencia material del archivo electrónico (reitérese, elemento fundamental para la conformación del documento) y, al mismo tiempo, de la inexistencia jurídica del acto en ello consignado. Sin embargo, la incoherencia es apenas aparente. La existencia de un archivo electrónico grabado en la base de datos del Estado no garantiza la existencia del acto porque, de la misma manera, no garantiza la del documento. Es necesario que el contenido esté accesible local o telemáticamente. Como se ha comentado, la forma existencial de un acto jurídico es aquella capaz de revelar al mundo su contenido.

La inaccesibilidad puede también ser determinada por razones de *software*: un archivo corrompido por acción dañina de un virus electrónico o hasta el hecho de que un archivo electrónico haya sido grabado en tecnología que se encuentre obsoleta. En este último caso, se puede decir que hubo una falla en la interoperabilidad. La consecuencia jurídica será la misma en las dos hipótesis: inexistencia del acto jurídico.

Esta consecuencia jurídica podrá ser invocada en los defectos del sistema por culpa de la Administración, aunque temporario. En estos casos, habrá que se declarar la

³¹ Los discos rígidos (HDs) son donde la mayoría de los actos jurídicos electrónicos es archivada. Os HDs son formados por sectores, siendo que existe un sector donde quedan relacionados todos los nombres de los archivos seguidos de las respectivas direcciones lógicas. Cuando la computadora accede a la relación de los archivos, ella no está accediendo al archivo propiamente dicho, mas simplemente a su nombre y a la indicación de la dirección de donde este se encuentra dentro del otro sector del mismo HD. Puede ocurrir – y eso no es raro – que el sector donde está el archivo este defectuoso o corrompido por la acción de un virus, lo que impedirá el acceso al contenido del archivo.

inexistencia del acto administrativo por la inaccesibilidad del archivo administrativo, o sea, inexistencia de documento.

Pero hay otra hipótesis diversa: aunque el sistema de la Administración Pública se vuelva inoperante (por cualquier razón) no se podrá invocar la inexistencia del acto si hubiere alguna copia del archivo electrónico que venga estar accesible de algún modo, que, por consecuencia, pueda a ser reconocido como documento electrónico.

Esto puede suceder caso haya una copia del archivo electrónico en poder del particular interesado, que le haya sido transmitida; o caso haya alguna copia de seguridad custodiada en otra base de datos de la Administración Pública.

Como se ha visto, las copias de los archivos electrónicos que son garantizados por firma digital (documentos duplicados) tienen el valor de originales, de manera que no sería aceptable la invocación de inexistencia jurídica del acto ante la existencia de una copia con tales características (originalidad y accesibilidad).

En síntesis, se puede decir que, en virtud de la inaccesibilidad, el archivo electrónico grabado en la memoria auxiliar de la computadora, y su copia duplicada, deberán ser tratados como “puro fenómeno psíquico”, como la voluntad no revelada, como acto inexistente.

7 Consideración conclusiva

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, existen elementos seguros a amparar la conclusión de que la forma existencial del acto administrativo informático no se limita al archivo administrativo digital porque este no es capaz de garantizar su externalización en el mundo.

Así, la forma existencial del acto administrativo informático es el documento administrativo electrónico, que es formado por los siguientes elementos:

- a) el archivo electrónico, conteniendo la firma digital comprobadora de la actuación humana directa o indirecta;
- b) la computadora, con sus aspectos de *hardware* y *software*. En definitiva, el ordenador compone la propia materialidad del acto administrativo electrónico porque se presenta como una porción de la realidad por medio de la cual el hombre accede e interpreta el contenido del archivo electrónico;
- c) la red telemática que permita el acceso del usuario al archivo electrónico o, entonces, la posibilidad garantizada del acceso directo al ordenador que permita recuperar, de modo local, al archivo administrativo electrónico, lo que, en este último caso, es más difícil de suceder, pues solo personas autorizadas pueden manejar las computadoras estatales.

Esta concepción de forma existencial no representa, en verdad, la formulación de una teoría totalmente nueva de la forma de los actos administrativos, hasta porque fue desarrollada exactamente para adecuarse a la idea pre-existente de que la forma se presenta como la porción de la realidad necesaria para que un acto tenga materialidad en el mundo.

Lo que se puede constatar es que la concepción de forma existencial propuesta en este estudio es no más que una necesaria readecuación de la doctrina clásica de la forma

del acto administrativo a los cambios resultantes de la utilización de las nuevas tecnologías por la Administración Pública.

Bibliografía

- Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de direito administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2007.
- Betti, Emilio, *Teoria Geral do Negócio Jurídico*. T. I, trad. Fernando de Miranda, Coimbra, Coimbra Editora, 1969.
- Clementino, Edilberto Barbosa, *Processo Judicial Eletrônico*, Curitiba, Juruá, 2007.
- Diniz, Maria Helena, *Dicionário Jurídico D-I*, V. 2, São Paulo, Saraiva, 1998, p. 580.
- Gadamer, Hans-Georg, *Verdade e Método I - traços fundamentais de uma hermenêutica filosófica*, Trad. Flávio Paulo Meurer, Petrópolis, 2004.
- Greco Filho, Vicente, *Direito Processual Civil Brasileiro*, v. 2, São Paulo, Saraiva, 1996.
- Heidegger, Martin, *Ontologia (Hermenêutica da facticidade)*, Trad. Renato Kirchner, Petrópolis, 2012.
- Houaiss Eletrônico, Versão 1.0, 2009, verbete “forma”, significados 2 e 3.
- Hutchinson, Tomás, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 2010.
- Irelli, Vicenzo Cerulli, *Corso de diritto amministrativo*, Torino, Giapichelli Editore, 2001.
- Luz Clara, Bibiana, *Ley de firma digital comentada*, Rosario, Nova Tesis, 2006.
- Macrì, Indra; Macrì, Ubalda; Ponteolge, Gianfranco, *Il nuovo codice dell'amministrazione digitale – Le tecnologie informatiche e le norme che ne disciplinano l'uso, aggiornate al D. Lgs. n. 235/2010*, Milanofiori Assago, Grupo Walters Kluwer, 2011.
- Marcondes Martins, Ricardo, *Efeitos dos vícios do ato administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- Masucci, Alfonso, *Il documento amministrativo informatico*, Rimini, Maggioli Editore, 2000.
- Masucci, Alfonso, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie – Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giapichelli Editore, 2011.
- Mello, Marcos Bernardes de, *Teoria do fato jurídico (Plano da existência)*, São Paulo, Saraiva, 2000.
- Miranda, Pontes de, *Tratado de Direito Privado*, Rio de Janeiro, Borsoi, 1970
- Quiroga, Eduardo Molina, “Eficacia probatoria de los medios informáticos en el consentimiento contractual”, en *Comercio electrónico – Estructura operativa y jurídica*, Buenos Aires, Hammurabi, 2010.
- Rota, Alejandra Patricia, *El principio de legalidad y la forma del acto administrativo – la defensa de derechos*, Buenos Aires, AbeledoPerrot, 2009.
- Sarsfield, Velez, *Nota 973, Código Civil de la Nación Argentina*.
- Streck, Lenio Luiz, *Verdade e Consenso*, São Paulo, Saraiva, 2014.
- Torrinha, Francisco. *Dicionário Latino Português*, Porto, Gráficos Reunidos, 1942.
- Zanobini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 1, Milano, Giuffrè Editore, 1954.