

## RETOS JURÍDICOS DEL ACTO Y EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVOS ELECTRÓNICOS <sup>1</sup>

Por Lic. Hugo Ricardo de la Rosa Guzmán<sup>2</sup>

**SUMARIO:** A) Introducción; B) Marco contextual; C) Planteamiento del problema; D) El acto administrativo; E) La actividad administrativa; F) La atención al ciudadano; G) Medios electrónicos, su enfoque jurídico; H) La intervención de la voluntad del servidor público; I) Errores en la implantación de procedimientos electrónicos, J) Elementos del acto administrativo electrónico; K) Propuestas y conclusiones; L) Bibliografía.

**RESUMEN:** El Derecho Administrativo como disciplina científica enfrenta hoy el reto de profundizar en su objeto de estudio los principios inherentes a la actividad de la administración pública, particularmente sus actos y procedimientos, en el marco de los avances y nuevas alternativas que ofrecen las tecnologías de la información. En un régimen construido bajo el amparo del uso de la tinta y el papel, la comunicación escrita y la acumulación de volúmenes importantes de constancias documentales, los medios electrónicos ofrecen hoy la posibilidad de dar un cambio radical en las relaciones de la administración, sus servidores públicos y los gobernados manteniendo o incluso mejorando el marco de control y responsabilidad que debe distinguir a las acciones de la administración pública. Para ello, es indispensable asegurar que los elementos inherentes al acto y al procedimiento administrativo electrónicos asuman en su formato jurídico condiciones (*ad hoc*).

**PALABRAS CLAVE:** Acto y procedimiento administrativo electrónico.

**ABSTRACT:** The administrative law, as a scientific discipline today, faces the challenge of deepening its object of study, the principles inherent in the activity of public administration, particularly its acts and procedures within the framework of advances and new alternatives offered by information technologies. In a regime built under the protection of the use of ink and paper, written communication and the accumulation of significant volumes of documentary records, electronic media today offers the possibility of a radical change in the relations of the administration, its servants and the governed while maintaining or even improving the framework of control and responsibility that distinction must be made to the actions of the public administration. For this reason, It is essential to ensure electronic elements inherent in the act and the administrative procedure to assume its legal format conditions (*ad hoc*).

**KEY WORDS:** The act and electronic administrative procedure.

<sup>1</sup> Trabajo presentado ante el XV Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, organizado por la Federación Iberoamericana de Asociaciones de Derecho e Informática (F.I.A.D.I), celebrado en la Ciudad de Buenos Aires Argentina del 3 al 8 de octubre de 2011.

<sup>2</sup> Licenciado en Derecho con Mención Honorífica por la Universidad Nacional Autónoma de México, cuya tesis le mereció un reconocimiento especial en el concurso para obtener el premio Felipe Tena Ramírez. Ha realizado estudios de postgrado en materia de Tecnologías de la Información en la Universidad de Barcelona y la Universidad TEC Milenio del Sistema Tecnológico de Monterrey. Entre otros cargos se desempeñó como Director de Legislación y Consulta y Director General del Registro Mercantil y Correduría en la Secretaría de Comercio y Fomento Industrial y Director General de Normatividad Mercantil en la Secretaría de Economía. Fungió como experto independiente sobre registros de garantías mobiliarias designado por el Departamento de Asuntos Jurídicos Internacionales de la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos. Actualmente es el Director General de JUST & SIGN Soluciones Gubernamentales y Corporativas AC.



## A) Introducción

La incorporación del uso de medios electrónicos en el contexto de la administración pública ha enfrentado como en ningún otro sector una resistencia derivada tanto de la formación profesional de algunos funcionarios públicos anclada al uso del papel y los mecanismos escritos asumidos sinónimo de seguridad y confianza, como de normas jurídicas que definen procedimientos apegados a formalidades e incluso aspectos protocolarios o casi sacramentales que impiden acceder con facilidad a las aplicaciones de la tecnología actual (*so pena*) de viciar desde su origen el acto o procedimiento administrativo de que se trate.

Paradójicamente, al incorporar el uso de Tecnologías de la Información (TI) a ciertos servicios tales como el catastro o el registro inmobiliario, las facilidades o bondades que pueden ofrecer los medios electrónicos se han visto limitadas a ser simples herramientas de trabajo para el servidor público que no trascienden a la atención o interacción con el ciudadano e incluso, desde el enfoque interno, se aprecia como una verdadera monserga de carga laboral para los responsables de la atención, pues en algunos casos subsisten los mecanismos tradicionales hasta en tanto el cambio en la regulación hace presencia y verdaderamente se puede acceder a una transformación, que además es generalmente limitada desde el enfoque de gestión de TI.

En el fondo de estas implantaciones tecnológicas de tiempo perdido o fallidas se encuentra la incapacidad de los estudiosos del Derecho de asumir los potenciales exactos de las TI, mismas que terminan adoptando las formas y los usos que determina el personal informático que en contraste no cuenta con el perfil para definir aspectos tales como la validez del acto administrativo y los posibles casos de nulidad o anulabilidad del mismo o de su procedimiento.

El presente trabajo se dirige al análisis de esta problemática y plantea algunas propuestas y reflexiones que pueden permitir a los responsables de la administración pública avanzar en el camino de la incorporación de la TI a los procedimientos administrativos para que estén a la altura de las demandas de una sociedad cada vez más abierta, permeable al cambio constante y vinculada por la interconexión tecnológica que proyecta a su vez seres humanos cada vez más informados y críticos.

## B) Marco contextual

El Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas, mediante su resolución sobre ciencia y tecnología para el desarrollo, reconoce la importancia de la innovación en el mantenimiento de la competitividad de las naciones y en la solución

de los principales problemas que afectan al mundo en la actualidad y recomienda a los gobiernos impulsar la promoción e inversión en tecnología en sus planes nacionales de desarrollo. Como guías principales, el consejo sugiere la formulación e implementación de políticas y programas que aumenten las oportunidades para la educación tecnológica, proveer condiciones ideales para el talento tecnológico, particularmente jóvenes graduados y desarrollar mecanismos que incluyan soluciones innovadoras.

Por su parte, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE en un estudio realizado en el año 2004 sobre la Innovación en la Economía del Conocimiento manifiesta que las mismas “están contemplando la emergencia de nuevos paradigmas para la innovación y el avance del conocimiento en relación con la producción económica.”

Agrega el mismo estudio que el conocimiento o la innovación no constituyen nuevos ingredientes del crecimiento económico, sin embargo, la sociedad actual se encuentra ante “*una rápida aceleración en el desarrollo del conocimiento, una revolución en sus instrumentos y una necesaria redefinición de algunos de sus componentes, los elementos conductores del desarrollo del conocimiento están, asimismo, cambiando de un modo inevitable.*”

Este cambio que refiere el estudio de la OCDE y que demanda innovación, obliga a revalorar a las administraciones públicas sus estrategias para desahogar trámites y servicios para enfrentar tan vertiginosa transformación, pues de no llevarse a cabo, disminuyen sustancialmente las ventajas que se ofrecen como Nación al presentar un escenario gubernamental obscuro, lento, tortuoso e inclusive corrupto.

Las TI han cobrado cada vez mayor relevancia en el entorno de la sociedad mexicana y las decisiones gubernamentales, pues igualmente son medios y objetivos de cumplimiento de las metas establecidas generalmente impregnadas en otros temas igualmente fundamentales para el desarrollo del país. Cada vez es más frecuente que en materias como la salud, la educación o el medio ambiente se incluyan apartados que involucran el uso de las TI para modernizar los procesos administrativos existentes o incorporar nuevas fórmulas que resulten ser verdaderamente innovadoras.

### **C) Planteamiento del problema**

La globalización impulsada por los tratados y acuerdos comerciales internacionales obligan a las naciones a adaptarse a las nuevas condiciones de mercado y a reestructurar las estrategias que utilizan para lograr sus objetivos. La incorporación gradual de la sociedad mexicana y en general de los pueblos latinoamericanos al uso de las TI constituyen un factor de impulso a la transformación de los trámites y servicios gubernamentales, en

particular, a las características que atañen a la naturaleza jurídica del acto administrativo y su procedimiento, ¿Cómo deben prepararse las dependencias y entidades de gobierno para ofrecer sus servicios al ciudadano en este contexto tecnológico? ¿Pueden adaptarse las TI de manera más agresiva para disminuir el tiempo de resolución, evitar el contacto o el desplazamiento a oficinas gubernamentales por parte del ciudadano y a su vez aproximar a la administración pública on line sin vulnerar los elementos jurídicos del acto y el procedimiento administrativos?

#### D) El acto administrativo

El maestro Gabino Fraga considera que la actuación administrativa comprende entre otras medidas aquellas tendientes a regular y fomentar la actividad de los particulares “*por medio de los servicios públicos que otorguen prestaciones para satisfacer las necesidades colectivas*” lo que el Estado realiza a través de la ejecución de actos materiales o de actos que determinan situaciones individuales. A partir de estos elementos dicho autor identifica los aspectos que caracterizan al acto administrativo bien por su naturaleza, por las voluntades que intervienen en su formación, por la relación de los mismos con la ley, por su radio de aplicación o su contenido y efectos jurídicos.

El jurista Andrés Serra Rojas identifica que el acto administrativo se encuentra vinculado a la responsabilidad del Estado de imponer obligaciones y cargas a los particulares y de la aplicación de los medios para cumplirlos, con independencia de ser un generador de derechos en sí mismo. Como Fraga, Serra Rojas identifica que la función administrativa se concreta en actos jurídicos “*consistentes en una declaración de voluntad en ejercicio de una potestad administrativa y hechos y operaciones materiales*”.

El Doctor Luis Humberto Delgadillo, como lo hacen los otros dos autores mexicanos ya comentados, señala que la actuación de la administración pública puede ser jurídica y no jurídica y que la misma puede exteriorizarse a través de hechos y actos de similar naturaleza. Así, como actos no jurídicos se tendrán aquellas declaraciones de voluntad que no producen efectos de este tipo respecto de un sujeto, tal es el caso de las invitaciones, comunicaciones generales, recomendaciones, etc.; en cambio, los actos jurídicos, que sí producen efectos de esta naturaleza serán aquellos que crean, modifican o extinguen derechos y obligaciones identificando en este ámbito con toda claridad a los contratos, reglamentos y el acto administrativo propiamente dicho.

En el terreno de las definiciones, el autor Miguel Acosta Romero considera que el acto administrativo es una manifestación unilateral y externa de voluntad que expresa una decisión de una autoridad administrativa competente, en ejercicio de la potestad pública.

Esta decisión según el autor “*crea, reconoce, modifica, transmite, declara o extingue derechos u obligaciones, es generalmente ejecutivo y se propone satisfacer el interés general*”. Por su parte, Marienhoff, citado por Delgadillo, reflexiona sobre la diferencia entre un acto administrativo y un acto de administración, pues el primero proyecta sus efectos hacia el exterior e incide en el ámbito jurídico del administrado, en tanto el segundo constriñe sus efectos al ámbito de la administración pública agotando en él sus alcances.

Considerando tal reflexión, el propio Delgadillo concluye que el acto administrativo es una declaración unilateral de voluntad, conocimiento o juicio, de un órgano administrativo realizada en ejercicio de la función administrativa, que produce efectos jurídicos concretos en forma directa.

### **E) La actividad administrativa**

Tras considerar los postulados anteriores, es claro que la trascendencia del acto administrativo en el contexto de la función del poder público abarca un importante porcentaje de la materialización de la actividad perceptible por el ciudadano, pero que no constituye el único elemento a través del cual la administración pública impacta la realidad social. André Buttgenbach, profesor Belga, en su libro “*Manuel de droit administratif; principes généraux, organisation et moyens d’action des administrations publiques*”, considera que la actividad de la administración pública se puede agrupar en cuatro grandes rubros: primeramente la reglamentación, la vigilancia y el control de la actividad privada, en segundo término la ayuda a la iniciativa privada y a las empresas particulares de interés colectivo, en tercer lugar la creación y la gestión de los juicios públicos, y en cuarto término lo contencioso administrativo. Como puede observarse la actividad administrativa es por mucho más amplia que el contacto con los gobernados aunque ésta sea la parte sustancial de la razón de ser.

El fin último de la administración, en estricta coherencia con el concepto en sí mismo, implica servir, ofrecer algo, se visualiza como una gran estructura cuyo objeto es alcanzar un propósito, un objetivo, como señala Isaac Guzmán Valdivia “es la dirección eficaz de las actividades y la colaboración de otras personas para obtener determinados resultados”. La administración pública no puede apartarse de este planteamiento esencial, si bien, en el contexto jurídico amplía su alcance en disertaciones sobre la personalidad y su vinculación con el Poder Ejecutivo y fusión con el mismo en tanto que representa para el ciudadano la encarnación del concepto de gobierno, como lo plantea Woodrow Wilson “la administración es la parte más ostensible del gobierno; es el gobierno en acción; es el ejecutivo operante, el más visible aspecto del gobierno”.

Bien sea a través de actos o hechos jurídicos o no, o específicamente de actos administrativos, el aspecto principal desde el enfoque de los particulares es la prestación de servicios públicos y el desahogo de trámites que requieren de la atención del gobierno por conducto de la administración pública y de sus representantes: los funcionarios y servidores públicos. El tema más relevante desde el interés individual con relación a la administración, es que existen un conjunto de dependencias y entidades que ejercen funciones diversas y ejecutan una serie de acciones que solamente por su conducto es factible realizar. El ciudadano es un cliente cautivo, delimitado por la ley para obtener un satisfactor a su necesidad concreta mediante su ocurrencia ante la autoridad administrativa, no tiene opción, nadie más puede otorgarle la solución a su pretensión.

## F) La atención al ciudadano

Un elemento importante a considerar es que aun cuando el particular acuda ante los representantes de la administración pública, responsables del trámite o servicio que aquél requiera, no en todos los casos existe una respuesta. Serra Rojas comenta que el interés de una sociedad exige a la autoridad administrativa que sus actos no queden en la incertidumbre y por tanto conceda o niegue en concreto cuando se originan perjuicios a los particulares pues *“la inactividad de la administración pública resulta perjudicial a los particulares y en general al interés público”*. El silencio de la administración y bajo las nuevas teorías en materia de mejora regulatoria han incorporado al derecho administrativo además de la conocida negativa, a la positiva y afirmativa fictas.

Si transcurre un término previsto por ley y la autoridad no ha dado respuesta sobre aspectos concretos, podrá presumirse que no se ha otorgado lo solicitado y entonces estaremos en presencia de la negativa ficta, en tanto que si la presunción de ley resulta favorable a la pretensión del ciudadano ante la omisión de respuesta, transcurrido el término legal para ello, se estará en presencia de los casos de afirmativa y positiva fictas. Tales figuras cobran relevancia para el ciudadano mexicano que ejerce su derecho de petición el cual se encuentra consagrado en el artículo 8º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prescribe: “Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República”.

Se tiene por tanto que aun cuando el texto constitucional en México obligue a la autoridad administrativa a atender las solicitudes ciudadanas, a nivel legal se han incorporado las figuras fictas ya mencionadas que buscan dar certeza jurídica mediante una ficción de Derecho ante situaciones concretas que no han sido resueltas por la autoridad a fin de evitar las consecuencias de la indefinición. ¿Será posible aplicar este mismo principio a

los casos en que en realidad no se generará variante alguna a un acto administrativo ya existente pero que no ha sido comunicado o no es accesible al ciudadano a través de sus propios medios? ¿Qué sucede si la solicitud se formula por medios electrónicos a través de voz o texto o inclusive imágenes, no existirá por tanto petición ciudadana?.

Es evidente que la mayor parte de la normatividad generada en este y otros temas fue construida a partir del paradigma del uso del papel y la escritura que no dejaban lugar a la posibilidad de la utilización de otros medios que en todo caso causaban incertidumbre al poder cuestionarse la vinculación entre la manifestación de la voluntad y el sujeto respectivo.

### **G) Medios electrónicos, su enfoque jurídico**

A partir de los trabajos realizados por la Organización de las Naciones Unidas a través de UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law) que tuvieron por resultados principales la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico de 1996 y la Ley Modelo sobre Firmas Electrónicas de 2001, el Derecho Mexicano integró a través del Código Civil Federal, el Código de Comercio, el Código Federal de Procedimientos Civiles, y el Código Fiscal de la Federación principalmente, el reconocimiento al uso de medios electrónicos en diferentes ámbitos de la actividad pública y privada. Una de las aportaciones más importantes de esta transformación jurídica fue la incorporación de los medios electrónicos como mecanismo para la manifestación expresa de la voluntad, que quedó plasmada en los dos códigos civil y de comercio mencionados.

Bajo el principio de equivalencia funcional, la legislación federal mexicana estableció la validez de los mensajes de datos (información generada, enviada, recibida o archivada por medios electrónicos ópticos o cualquier otra tecnología) como sucede con los documentos escritos e igualmente respecto de la firma electrónica tal y como acontece con la firma autógrafa. Lamentablemente estos cambios normativos de gran importancia no alcanzaron al ámbito constitucional en donde el derecho de petición, así como los actos de molestia respecto de los particulares siguen requiriendo la forma escrita de manera específica.

El efecto del cambio normativo a nivel Federal tuvo repercusiones importantes en los estados de la República; es importante recordar que México adopta la forma de gobierno Federal que implica a su vez un ámbito de competencia local a cargo de las instituciones de cada uno de los 31 Estados y el Distrito Federal. Así, cada entidad federativa cuenta con su propio Código Civil, un Código de Procedimientos Civiles, y otra serie de ordenamientos de competencia material y territorial local. Surgieron entonces leyes en materia de firma electrónica avanzada, certificada, entre otras definiciones y algunos textos en cuya denominación, al menos, se pretendió atender los medios electrónicos en general impul-

sando con ello su aplicación en el contexto público tanto por el Poder Ejecutivo como por el Legislativo y el Judicial. Tales ordenamientos, tras el análisis de la mayor parte de los textos locales, en honor a la verdad no han trascendido al ciudadano, bien porque las modificaciones fueron timoratas y mantuvieron el (*statu quo*) del uso de documentos escritos y firma autógrafa en los casos que expresamente la ley lo señalara, es decir en todos, o bien, porque a pesar de adoptar la vertiente de uso de medios electrónicos tales leyes establecieron procedimientos complejos que impiden al ciudadano su acceso rápido por lo que opta por desahogar sus trámites en la vía tradicional.

#### H) La intervención de la voluntad del servidor público

Agustín Gordillo, otro tratadista argentino destacado en el derecho administrativo latinoamericano, ha analizado con profundidad y claridad ejemplar algunos aspectos que pueden ser aplicados a esta problemática de implementación del uso de medios electrónicos. El primero de ellos es el referente a la voluntad psíquica del agente, es decir, el emisor del acto administrativo; coincidente con los conceptos de Gabino Fraga y de Andrés Serra Rojas, el maestro Gordillo identifica que el acto administrativo “*no es siempre la expresión de la voluntad psíquica del funcionario actuante: el resultado jurídico se produce cuando se dan las condiciones previstas por la ley y no sólo porque el funcionario lo haya querido*” y agrega “*la validez del acto estatal no se relaciona entonces con la real voluntad psíquica de las personas sino con el derecho objetivo*”. Un ejemplo de lo anterior lo presenta el maestro Serra al analizar las figuras administrativas del permiso y la licencia, en tanto que el primero alude a levantar una prohibición y la segunda no determina el nacimiento de un nuevo derecho para la persona “sino la eliminación de un requisito jurídico para poder ejercitar un derecho concedido por el propio poder”

Agustín Gordillo también refiere que aunque la voluntad del funcionario puede trascender al acto administrativo por error, dolo, violencia, etc., tal vicio presuntamente psicológico debe ser analizado y evaluado al actuar objetivo de la administración y no a la voluntad real del sujeto y señala “*todo acto que puede producirse electrónicamente necesitará la racionalidad del resultado que se produzca... ya hoy en día pueden vislumbrarse algunas declaraciones productoras de efectos jurídicos, en las cuales la voluntad de la administración no está en verdad detrás del acto como voluntad psíquica de una persona, sino como voluntad lato sensu del aparato administrativo*”. Los ejemplos son múltiples, uno que el propio autor menciona es el caso de las señales lumínicas que adquieren una equivalencia similar en su efecto a las instrucciones que puede emitir un agente de tránsito, otros más que podríamos considerar se encuentran vinculados a dispositivos que pueden enviar a una central información sobre el consumo de agua o luz y que tienen una equivalencia con las lecturas que antaño tenía que efectuar directamente un servidor público casa por casa.

El planteamiento es por tanto identificar si el funcionario o el servidor público aportan algo adicional con su intervención a lo que el medio electrónico por sí mismo refiere o produce basado en información proporcionada por algún otro sistema, por procesos seguidos a través de diversas áreas administrativas que alimentan determinada base de datos o simplemente como resultado de la consulta a archivos preestablecidos que definen la información que interesa al ciudadano.

### I) Errores en la implantación de procedimientos electrónicos

En México se han presentado casos que reflejan la incompreensión del uso de TI en el marco de actuación de la administración pública, uno de ellos que refleja la incoherencia de mantener criterios tradicionales mezclados con la aplicación de nuevas tecnologías, se encuentra en el uso de los denominados kioscos electrónicos. Anunciados como acciones de vanguardia y de modernización algunos gobiernos estatales lanzaron la estrategia de acercar a la ciudadanía la facilidad de obtener documentos del registro civil, particularmente actas de nacimiento, matrimonio y defunción, para lo cual el interesado acudía a uno de estos módulos para obtener el servicio. Lo que tenía que hacer el ciudadano era simple: proporcionar el nombre de la persona vinculada al acta en cuestión e ingresar el pago correspondiente.

La idea y el objetivo como tal eran totalmente adecuados al propósito del servicio de la administración, sin embargo, como la legislación establecía que todos los documentos vinculados al estado civil requerían estar certificados por un titular del registro civil, la solución fue alimentar con hojas de seguridad firmadas en blanco la impresora ubicada en el kiosco. Es evidente que el funcionario público que había estampado su firma autógrafa en el documento no había constatado en realidad el contenido del mismo, pues este fue impreso con posterioridad, pero más aun, al percatarse los delincuentes de este error se produjeron actos vandálicos en contra del equipo establecido y la sustracción de los documentos firmados sin contenido. La consecuencia, actas de nacimiento, matrimonio y de defunción apócrifas.

Podrían citarse otros ejemplos similares que giran en el mismo entorno, la resistencia a reconocer que las nuevas tecnologías requieren nuevos contextos jurídicos de aplicación, maneras distintas de reconocer su fuerza legal y los procedimientos para generar actos administrativos por su conducto.

### J) Elementos del acto administrativo electrónico

Luis Humberto Delgadillo afirma que el acto administrativo está constituido por elementos de forma y validez que se identifican bajo los rubros de subjetivos, objetivos, y

formales. El elemento subjetivo atañe al órgano administrativo que emite el acto, para lo cual quien ejerce la función administrativa debe contar con dos elementos importantes la competencia y la voluntad. Cabe mencionar que respecto de la voluntad, esta no necesariamente habrá de manifestarse en el momento en que el ciudadano requiere satisfacer el trámite o servicio solicitado. En el ejemplo anterior, la intervención de la voluntad del funcionario se dio cuando se constató el nacimiento, el matrimonio o el deceso de cierta persona y así se asentó en las bases de datos del registro civil, pero una vez ingresada esta información, determinados los nombres, domicilios y demás elementos que identifican a los participantes en tales actos, no vuelve a producirse un proceso que implique la voluntad del funcionario y la afectación del contenido de tales registros, lo que sucede es que se exterioriza mediante su reproducción la información previamente registrada.

Los elementos objetivos que refiere Delgadillo son: el objeto, que debe contener ciertos requisitos como ser lícito, posible, determinado o determinable; el motivo, constituido por las circunstancias de hecho y de derecho que la autoridad toma en cuenta para emitir el acto, la razón de ser del mismo, y el fin, que es el propósito que se persigue con la emisión del acto. Finalmente el elemento formal del acto atañe a la observancia del procedimiento para su elaboración, su expresión y su comunicación a los interesados.

La expresión y comunicación de un acto de autoridad a los particulares son aspectos que suelen confundirse como puede observarse en el ejemplo y en otros casos vinculados con registro público de la propiedad, el de comercio, catastro, archivo general de notaría, entre otros. Los actos correspondientes surgieron y cumplieron con cada uno de los elementos que se han mencionado, el sujeto fue competente y aplicó su voluntad al intervenir en el procedimiento, existió un objeto, un motivo y un fin lícito y fue plasmado siguiendo las formalidades del caso, el acto existe ya, por tanto, el tema es ¿cómo se puede comunicar el contenido de esta información a cualquier interesado?, ¿realmente se requiere de la intervención de otro funcionario para emitir una constancia sobre registros que fueron previamente ingresados y validados?, ¿dicho funcionario aportará algo al acto de interés mediante su manifestación de voluntad?, de hecho ¿existe tal manifestación de la voluntad?.

UNCITRAL plantea la factibilidad de programar la generación de mensajes de datos y mediante un servidor, un equipo de cómputo programado para ello, efectuar su envío vinculando su contenido a un sujeto, persona física o moral, determinado. En el artículo 13 del texto modelo aplicable a comercio electrónico, establece que la atribución de los mensajes de datos en las relaciones entre el iniciador y el destinatario se entenderán que provienen del primero si ha sido enviado por un sistema de información programado por el iniciador o en su nombre para que opere automáticamente. En efecto, mediante la tecnología actual, en particular a través de los mecanismos criptográficos para gene-

ración de firma electrónica, son perfectamente aplicables también para identificar una determinada fuente de información, sea esta particular u oficial mediante un sistema programado para ello, el cual puede interactuar a través de internet en la concreción de un número indeterminado de trámites simultáneamente con la cantidad de ciudadanos que reciben acuses de recepción, o información explícita según el caso, que es generada por una dependencia o entidad, sin que medie la intervención de funcionario público alguno. Uno de los ejemplos más destacados en México es el Sistema de Administración Tributaria SAT, pues millones de contribuyentes, generalmente en el límite de la fecha máxima para el cumplimiento de obligaciones fiscales, remiten información estadística o de cumplimiento impositivo por medios electrónicos y reciben a cambio mensajes de datos por parte de esa autoridad que rechaza la información remitida, por alguna razón previamente establecida, o bien, acusan su aceptación por haberse atendido determinados parámetros.

El nuevo paradigma de uso de medios electrónicos para la gestión administrativa requiere de un análisis lógico que mantenga la esencia de los elementos constitutivos del acto administrativo en este nuevo ámbito de actuación. El sujeto, como señala Acosta Romero, en todo caso es un órgano de la administración pública que no tiene libertad de escoger respecto al *“tipo jurídico de sus actos, ni los fines de su actividad, ni los antecedentes a los que el acto debe suceder”* pero además en el entorno de las TI actuales, como se ha comentado, ni siquiera se requiere la intervención directa de una persona física para dilucidar la solicitud realizada por el ciudadano. Esto significa que en estricto sentido el órgano de la administración puede actuar a través de un sistema de información programado como plantea UNCITRAL y producir por su conducto los efectos jurídicos de antaño que la doctrina administrativa habría visualizado únicamente bajo la intervención de un funcionario público.

Aun más complejo es que existen servicios o trámites que en atención a las características del objeto social de ciertas empresas podrían a su vez ser gestionados por conducto de un sistema de información, tal es el caso por ejemplo de las empresas de consultoría inmobiliaria que para brindar seguridad a sus clientes acceden a la información contenida en el catastro y los registros inmobiliarios a fin de constatar los antecedentes jurídicos que acrediten la legítima propiedad del titular, las dimensiones del predio respectivo o las colindancias del mismo. Si consideramos este supuesto bajo un sistema tradicional, un agente de la inmobiliaria tendría que trasladarse a las oficinas registral o catastral, llenar una solicitud, efectuar el pago de los derechos correspondientes, presentar tales documentos en ventanilla, y esperar a que los servidores públicos responsables de la atención resuelvan lo conducente: un informe que detalla los datos inherentes al inmueble y a su propietario.

El mismo ejemplo aplicado en un ambiente de medios electrónicos, uso de redes de comunicación y adecuada explotación de bases de datos ni siquiera requiere el llenado de tal solicitud, pues bajo los parámetros que específicamente definiera el área gubernamental, los particulares podrían adecuar sus sistemas para que el procedimiento se realizara de manera automática con el consabido descargo del abono electrónico de los derechos correspondientes. Así, el concepto de sujeto debe mantener la esencia del órgano administrativo en tanto su competencia para resolver en el marco de ciertas atribuciones pero debe asumir la factibilidad de la intervención de los sistemas de información sin la presencia de un servidor público responsable del seguimiento de cada uno de los trámites.

El propio Acosta Romero, a diferencia del planteamiento que efectúa Luis Humberto Delgadillo, considera un elemento adicional del acto administrativo, ligado al aspecto de forma, que es la manifestación externa de voluntad, que identifica como el proceso volitivo del órgano administrativo que está actuando como tal, considerando que debe ser espontánea y libre, dentro de las facultades del órgano, no estar viciada por error, dolo, violencia, y expresarse en los términos establecidos por la ley. Es este último elemento el que suele complicar la operación de los entes públicos que pretenden modernizar los procesos a su cargo, pues si bien se adentran en procesos de actualización tecnológica que suelen ser largos y costosos, al final, las leyes específicas en las materias de competencia, suelen requerir que la manifestación de la voluntad del funcionario responsable adopte la forma escrita y esté vinculada a la firma autógrafa como requisito (*sine qua non*) el acto estaría viciado.

Al respecto, el primer requisito que debe reconocer la normatividad como elemento inherente del acto administrativo electrónico es que el mismo pueda generarse a partir de dichos medios, es decir, que la verdad legal quedará contenida en una base de datos y que la impresión de dicha información no constituye más que una forma de reproducción de tales datos, además de que en lugar de producirse el firmado autógrafa de dicha información, ésta se vinculará al funcionario público que intervenga en su generación o constatación del hecho mediante firma electrónica.

Es necesario considerar que para brindar mayor seguridad tecnológica a las bases de datos gubernamentales conformadas, otros dos elementos que ya se abordan en la legislación ordinaria y adquieren relevancia en el entorno de medios electrónicos, son la identificación exacta del momento en que ha surgido el acto administrativo y la manera en que tal información habrá de conservarse y mantenerse sin cambios para ulteriores consultas.

El estampado de tiempo y la conservación de información digital plantean una estrecha vinculación con los procesos criptográficos que se aplican en la generación de firma electrónica. En el caso del primero, está dirigido a hacer constar el momento exacto de

generación del acto mediante la vinculación con el sistema que establezca la hora oficial en el país que corresponda. En México, el Centro Nacional de Metrología establece los husos horarios en las distintas zonas del país, y a través de la vinculación con su reloj atómico se hace factible emitir los estampados de tiempo necesarios. El segundo elemento, la conservación de información, queda asignada a un tercero confiable que a través de un proceso similar hace constar los elementos principales que integra determinada información asegurando con ello que el contenido se mantenga en los exactos términos de su surgimiento y esto pueda acreditarse aun transcurridos varios años. La legislación debe contemplar los elementos comentados para actos administrativos electrónicos a fin de brindar certeza y parámetros objetivos en casos de procedimientos contenciosos.

En cuanto al elemento de forma, este adquiere mayor relevancia pues su efecto implica que el acto pueda ser apreciado a través de los sentidos para constatar la satisfacción de sus requisitos y considerar sus circunstancias y modalidades. Acosta Romero indica *“que la idea de forma juega un papel esencial en Derecho... la forma escrita siempre constituyó un factor rígido a la vista de los administrados y no existe duda que contribuyó a delimitar considerablemente la actitud de las autoridades subordinadas sobre su materia”*. El uso de medios electrónicos facilita dicha percepción y multiplica las posibilidades de acceso a la información de forma simultánea, más allá de la ubicación de una oficina gubernamental y de horarios limitados a las jornadas laborales.

No hay que confundir la posibilidad de que el acto administrativo electrónico se reproduzca a través de un medio impreso, con la forma electrónica en sí, ya que el mismo documento electrónico podría reproducirse igualmente mediante voz, por ejemplo, a favor de personas invidentes. En estos supuestos el acto administrativo es exactamente el mismo, consta en un dispositivo electrónico, es un conjunto ordenado de bits cuya representación en forma de texto o voz permiten acceder a su contenido.

## **K) Propuestas y conclusiones**

La inserción de las administraciones públicas en el uso de las tecnologías de la información requiere de establecer nuevos parámetros jurídicos que permitan a los ciudadanos lograr una real y eficaz interacción con las dependencias y entidades responsables de los trámites y servicios que motivan la aproximación con el entorno gubernamental. Para lograr dicho objetivo, debe considerarse las características propias y opciones que brindan los medios electrónicos que ofrecen ventajas para la atención ciudadana que no pueden alcanzar su cabal expresión si se siguen manteniendo criterios vinculados al uso de la tinta y el papel.

La normatividad requiere contemplar el procedimiento administrativo electrónico sin apartarse de los principios que el Derecho Administrativo ha desarrollado, pero sí cons-

truyendo y determinando los medios suficientes para que los órganos de la administración actúen con atribuciones y facultades acordes a la dinámica e interacción que permiten las TI. Es indispensable considerar que el uso de medios electrónicos por parte de las administraciones públicas responde al legítimo derecho de los ciudadanos a gozar de los beneficios de los avances científicos y tecnológicos, parte de los llamados derechos humanos de tercera generación, prerrogativa que se acentúa y puede contemplarse con claridad en el caso de personas afectadas en sus capacidades motoras, auditivas o visuales que por tal circunstancia requieren facilidades de interacción que pueden otorgar tales medios.

La utilización de las tecnologías de la información posibilita la construcción de bases de datos y redes de comunicación robustas que pueden simplificar y facilitar la atención al ciudadano con plena seguridad. Asimismo, las fases procedimentales de exteriorización y comunicación del acto administrativo pueden transformarse y simplificarse en la medida que se incorporen sistemas de información que actúen en nombre de la administración pública. El uso de tales mecanismos lleva décadas de utilización en el campo financiero y comercial efectuándose diariamente millones de transacciones de alto valor patrimonial mediante medios electrónicos.

En la incorporación del uso de medios electrónicos para generar actos administrativos, el legislador no debe limitarse a normar la materia de firma electrónica, pues ésta es tan solo una especie en el amplio tema del uso de las tecnologías de la información que, si bien se ocupa de un aspecto medular como lo es atribuir información al sujeto responsable de la misma, es necesario también asegurar condiciones de acceso y conservación de la información generada. Normar la gestión tecnológica aplicada a la conservación de documentos electrónicos apuntará el elemento de exteriorización, debe asegurarse la accesibilidad, considerando incluso trámites y servicios posteriores como aquellos relacionados con sistemas registrales.

La exteriorización de un acto administrativo electrónico no llega al estado idóneo exigible de confiabilidad y seguridad, por el simple hecho de que en su generación se haya utilizado un ordenador, requiere estar vinculado, identificado, resguardado, ser reproducible bajo estrictos estándares de generación y conservación aplicables. Esto debe ser parte del procedimiento administrativo electrónico y de no lograrse debe preverse la nulidad del mismo. El ciudadano requiere ser protegido de la indebida utilización de los medios electrónicos por parte de las autoridades. Ejemplos, son múltiples, anotaciones en registros que en realidad no se produjeron en el momento asentado, notificaciones ficticias, etc., nada nuevo, o al menos nada que no se haya realizado ya en el marco de los archivos y registros en papel. Por ello debe agregarse a las características del acto administrativo y al procedimiento administrativo electrónicos, el constatar el momento de su creación.

Bajo el principio de accesibilidad a la información y a los servicios públicos que tiene cualquier ciudadano, los medios electrónicos ofrecen a las administraciones públicas que han conformado bases de datos que nutren los servicios ofrecidos a la ciudadanía en la expedición de actas, licencias, autorizaciones, etc., una alternativa de cambio en los paradigmas que han vinculado el cumplimiento de una obligación o la adquisición o reconocimiento de un derecho al documento oficial en papel en que se plasma. La confiabilidad de la fuente es primordial, mayor que el mecanismo de reproducción. Si las bases de datos se gestionan siguiendo altos estándares de seguridad, respetando la privacidad del ciudadano y aplicando la protección de datos personales, se generarán importantes ahorros y se disuadirán actos de corrupción.

La transformación de los parámetros normativos que reconozcan las características inherentes al acto y procedimiento administrativos electrónicos significa equilibrio para las partes involucradas. Administración pública y ciudadanos requieren la interoperabilidad que ofrecen las tecnologías de la información. Las oportunidades de aplicación no serán aprovechadas al máximo en tanto nos aferremos a la aplicación de criterios diseñados para una realidad que ya no corresponde a la situación actual.

## L) Bibliografía

ACOSTA ROMERO, Miguel, Teoría General del Derecho Administrativo, novena edición, Porrúa, México, 1990.

CERVANTES ANAYA, Dante, Manual de Derecho Administrativo, tercera edición, Rodhas, Lima, Perú, 2003.

DELGADILLO GUTIÉRREZ, Luis Humberto, Compendio de Derecho Administrativo, quinta edición, Porrúa, México, 2002.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, Derecho Administrativo y Administración Pública, segunda edición, Porrúa, México, 2008.

FORAY DOMINIQUE, LUNDVALL, Bengt-Åke. “The knowledge-based economy: from the economics of knowledge to the learning economy”, en Employment and growth in the knowledge-based economy, OCDE, París, 1996

FRAGA, Gabino, Derecho Administrativo, vigésimo sexta edición, Porrúa, México, 1987.

GALINDO CAMACHO, Miguel, Derecho Administrativo, tercera edición, Porrúa, México, 2000.

GORDILLO, Agustín, Tratado de Derecho Administrativo, Tomo 3, “El Acto Administrativo”, sexta edición, Ara, Lima, Perú, 2003.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, Diccionario Jurídico Mexicano, segunda edición, Porrúa, México, 1987.

Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM (2004) Enciclopedia Jurídica Mexicana, segunda edición, Porrúa, México 2004.

OCDE, Innovation in the Knowledge Economy: Implications for Education and Learning Systems, 2004.

SERRA ROJAS, Andrés, Derecho Administrativo Doctrina, Legislación y Jurisprudencia, decimocuarta edición, Porrúa, México, 1988.

**En la red:**

Asociación Mexicana de la Industria de Tecnologías de Información (2006) Visión México 2020 Políticas públicas en materia de Tecnologías de Información y Comunicaciones para impulsar la competitividad de México, consulta realizada el 3 de agosto de 2011 en <http://www.amiti.org.mx>

Página Web de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, consulta realizada el 04 de agosto de 2011 en <http://www.cofemer.gob.mx/contenido.aspx?contenido=40>

Página Web de la Secretaría de Economía del Gobierno Federal, consulta realizada el 26 de julio de 2011 en <http://www.firmadigital.gob.mx/>

Página Web del Servicio de Administración Tributaria, CONSULTA REALIZADA EL 28 DE JULIO DE 2011 EN [HTTP://WWW.SAT.GOB.MX/SITIO\\_INTERNET/E\\_SAT/OFICINA\\_VIRTUAL/108\\_3462.HTML](http://www.sat.gob.mx/SITIO_INTERNET/E_SAT/OFICINA_VIRTUAL/108_3462.HTML)

BON, JAN VON Y OTROS, FUNDAMENTOS DE LA GESTIÓN DE SERVICIOS DE TI BASADA EN ITIL v3, TERCERA EDICIÓN, TRADUCCIÓN DE QUINT WELLINGTON REDWOOD, VAN HAREN PUBLISHING, ZALTBOMMEL, 2008, CONSULTA REALIZADA EL 22 DE JULIO EN [HTTP://BOOKS.GOOGLE.COM.MX/BOOKS?ID=QHYS9YWDRsQC&PG=PA3&HL=ES&SOURCE=GBS\\_TOC\\_R&CAD=4#V=ONEPAGE&Q&F=FALSE](http://books.google.com.mx/books?id=QHYS9YWDRsQC&pg=PA3&hl=es&source=GBS_TOC_R&cad=4#v=ONEPAGE&q&f=false)