

El carácter involuntario del acto administrativo automático y normativo del acto-programa. [1]

Marcus Vinícius Filgueiras Júnior

Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional.
UENF/UNIFLU/CNPq. Rua Tenente Coronel Cardoso, 349.
Campos dos Goytacazes. Rio de Janeiro. Brasil.

marcus_filgueiras@yahoo.it

Resumem. Este ensayo tiene como objetivo identificar el rol del sujeto y del acto-programa en el acto administrativo electrónico automático. El estudio parte del concepto de acto administrativo teniendo en cuenta el contexto del avance tecnológico y lo investiga desde la perspectiva fenomenológico-hermenéutica. Tal concepto ha resultado en el cambio de la clasificación tradicional del acto administrativo de manera a considerar distintas formas existenciales y de participación del sujeto: tradicional (en papel), informático (soporte electrónico) e inmaterial (atmósfera). A su vez, el acto informático puede ser sincrónico (participación directa del sujeto) o automático (participación indirecta). El acto automático es generado directamente por el acto-programa. La hipótesis de trabajo es que el acto automático es necesariamente involuntario y el acto-programa es un acto administrativo normativo, lo que requiere competencia especial para su creación.

Abstract. This essay has as object the role of the subject and the act-program in the automatic electronic administrative act. The study parts from the concept of the administrative act on the context of technological progress and investigates it from a phenomenological-hermeneutic perspective. It results the changing of the traditional classification of the administrative act to consider different existential forms and participation of the subject: traditional (on paper), computer (electronic support) and immaterial (atmosphere). The informatic act can be synchronous (direct participation of the subject) or automatic (indirect participation). The automatic act is generated directly by the act-program. The working hypothesis of this study is that the automatic act is necessarily involuntary, and the act-

¹ Este ensayo resulta de parte de la investigación desarrollada por nosotros en el curso del doctorado en Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Católica Argentina – UCA (Buenos Aires). Se insiere también en el Proyecto “*Processo Administrativo Eletrônico*” de la Facultad de Derecho del Centro Universitário Fluminense – UNIFLU (Campos dos Goytacazes, Rio de Janeiro, Brasil), que se ha iniciado en 2017 y que está vinculado al Grupo de Pesquisa Interinstitucional de Desenvolvimento Municipal/Regional. UENF/UNIFLU/CNPq.

program is a normative administrative act, which requires special competence for its creation.

Keywords: Electronic Public Administration, automatic administrative act, electronic administrative act, e-government, administrative act, act-program.

1 Introducción

No es novedosa la idea de que el acto administrativo es producto del comportamiento de un agente público, por tanto, de un sujeto que habla en nombre del Estado. Todas las teorías del acto administrativo, por más discrepantes que sean entre sí, consideran el aspecto subjetivo como uno de los puntos a ser estudiado. La mayoría los autores de la teoría clásica nombra como *sujeto*[2] el aspecto subjetivo del acto administrativo, mientras otros lo denominan como *competencia*,[3] *sujeto competente*,[4] *presupuesto subjetivo*,[5] *elemento subjetivo*[6], o, aún, *agente*[7].

El abordaje de los autores suele coincidir con que el sujeto es el factor propulsor del acto, pero, según ellos, se debe enfocar el tema de la competencia dada por el orden jurídico al agente público. En verdad, nunca fue habitual hacer la distinción, con claridad suficiente, entre el sujeto y su competencia, lo que puede inducir a una confusión entre los planos de existencia y validez del acto administrativo.

Considerando el acto administrativo materializado en papel, el sujeto siempre fue uno de los factores imprescindibles para la existencia del acto, mientras la competencia, un presupuesto de validez. El sujeto no ejerce el mismo rol en el acto administrativo

² Algunos ejemplos: Di Pietro, Maria Sylvania Zenella, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2017, p. 244; Justen Filho, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 290-291; Virga, Pietro, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 35; Mattarella, Bernardo G., “Il provvedimento”, en *Corso di Diritto Amministrativo (diretto da Sabino Cassese)*, Milano, Giuffrè, 2015, p. 367; Cerulli Irelli, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, p. 480. Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1952, p. 179. Oliveira, Régis Fernandes, *Ato administrativo*, São Paulo, RT, 1992, p. 68, entre otros.

³ Meirelles, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 1988, p. 111. Dromi, Roberto, *Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2008, p. 57;

⁴ Gasparini, Diogenes, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2010, p. 113; Marcondes Martins, Ricardo, *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 156; Medauar, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2006, p. 136.

⁵ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 408.

⁶ Gamero Casado, Eduardo; Fernández Ramos, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017, p. 527; Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo – Teoría y régimen jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 218.

⁷ Araújo, Edmir Netto de, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2012, p. 476.

automático, una de las especies de acto administrativo informático o electrónico, como se especificará adelante. Eso acaba por cambiar el régimen jurídico.

En este contexto, el presente ensayo buscará estudiar el papel del sujeto y del acto-programa en el acto administrativo automático, de manera a permitir la comprensión más exacta del régimen que incide sobre el propio acto y hasta del concepto de acto administrativo. Las diferentes formas de participación del sujeto en el acto pueden generar tratamientos jurídicos distintos o hasta desconfigurar el acto como tal. Se puede tomar como ejemplo Zeidler, en Alemania (1959)[8], y Caseta, en Italia (1957)[9], que entendían que la simple utilización del aparato tecnológico no podría tener como consecuencia la creación del acto administrativo, porque este exigiría la actividad humana.

Con eso, serán aportados algunos elementos para el desarrollo de una teoría general del acto administrativo informático o electrónico con el propósito de contribuir para la implementación y consolidación de una Administración Pública electrónica. Ésta no debe ser comprendida como un fin en sí mismo, sino como uno de los instrumentos más eficientes, económicos y ecológicos del Estado contemporáneo destinados a garantizar los derechos de los ciudadanos, especialmente en América del Sur donde la grave desigualdad social es emblemática y, por eso, las demandas por la satisfacción de las necesidades más básicas son urgentes.

Para realizar lo planteado, se comenzará por proponer un concepto de acto administrativo compatible con la evolución tecnológica, seguida de su clasificación, en la cual se considerará como criterio las diversas *formas existenciales*. De esta manera, se podrá conocer mejor los contornos jurídicos del acto administrativo automático. Propuestos tales conceptos básicos, se hará la distinción entre el sujeto y la competencia en la teoría del acto administrativo tradicional. A continuación, se afrontará el rol del sujeto y del acto-programa en el acto administrativo automático, comentando el régimen jurídico incidente. Por fin, serán deducidas las consideraciones conclusivas.

2 El concepto de acto administrativo (en el contexto del avance tecnológico)

Se partirá del siguiente concepto sintético de acto administrativo: *es toda manifestación unilateral del Estado, por medio del comportamiento humano sincrónico de su agente, o de la ejecución de un acto-programa (programa informático resultante del comportamiento humano preordenado), en el ejercicio de la función administrativa, que ejecuta o prepara la fiel ejecución del interés público establecido por el orden jurídico.*

Del concepto propuesto, es pertinente comentar la fenomenología de la acción creadora del acto administrativo, para fines de este estudio. Esta observación se hace a partir

⁸ Zeidler, *Ueber die Technisierung der Verwaltung*, Karlsruhe, 1959, *apud* Masucci, Alfonso, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene Editore, 1993, p. 83.vº

⁹ Casetta, *Attività ed atto amministrativo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1957, p. 294.

de la hermenéutica de la facticidad[10], que permite comprender el *ser-ahí-en-el-mundo* (*dasein* heideggeriano) del mecanismo de nacimiento del acto. Se cree, en definitiva, que es la fenomenología hermenéutica el modo más seguro para comprenderse la existencia jurídica de cualquier especie de acto administrativo.

Así, el concepto de acto descripto permite comprender que la manifestación del Estado puede ser el resultado directo de uno de los dos tipos de impulsos físicos materializados en el mundo fenoménico: (1) del sujeto; (2) de la ejecución de un programa informático.

En el primer caso, es un acto humano, que involucra un impulso *físico-psicológico*, en el sentido de la acción material impulsada por una decisión íntima que nace de la psique humana. Se trata de la *voluntad* de practicar un acto independiente de su contenido y fines. La expresión, por lo tanto, no es sinónima de la “voluntad” desarrollada en el Derecho Privado, donde el sujeto realiza una operación material y autónoma a partir de su intención libre y consciente de alcanzar determinados fines.

El segundo caso se refiere al acto de la máquina que ejecuta instrucciones de un programa informático. Se traduce, en verdad, en un impulso *físico-electrónico*, que no cuenta con la participación directa del hombre en el momento de la emisión del acto.

Sin embargo, no se puede negar que el resultado “mecánico” sea una manifestación del Estado. La razón para esta conclusión no está en reconocer la “voluntad” del agente responsable por su programación, sino en el hecho de que el aparato y el sistema son de propiedad del Estado. Como observa Masucci, haciendo referencia a la doctrina germánica de Maurer, la Administración Pública es *señora del procedimiento* (*Herr des Verfabrens*), en la medida en que actúa como *dominus* – y por lo tanto responsable – de toda la actividad administrativa que presenta un acto administrativo informático como producto final.[11]

Por fin, no se puede dejar de consignar que, tanto el acto producido directamente por el hombre cuanto por el aparato informático generan igualmente los efectos predefinidos por el derecho.

3 La clasificación del acto administrativo según las formas existenciales[12]

El concepto de acto administrativo expuesto se refiere a dos mecanismos de su producción, pero permite que se deduzca las tres especies de revestimientos exteriores o

¹⁰ Heidegger, Martin, *Ontología (Hermenéutica da facticidade)*, Trad. Renato Kirchner, Petrópolis, 2012, pp. 21-27.

¹¹ Masucci, Alfonso, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie – Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, p. 96.

¹² “*Es la forma que será el vehículo de este acto en el mundo, porque, como dijo Emilio Betti, es su “figura exterior”, su revestimiento externo. Es la forma, por lo tanto, que, actuando como un medio de transporte, 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. Esta forma que proporciona la existencia del acto jurídico la denominaremos de “forma*”

soportes por medio de los cuales el acto alcanza su existencia. Proponer la clasificación [13] del acto, con referencia al criterio de las *formas existenciales*, acaba también por aclarar esta parte del concepto.

Siendo así, con referencia a la forma existencial, el acto podrá ser clasificado en (1) acto administrativo tradicional; (2) acto administrativo informático (o electrónico); y (3) acto administrativo inmaterial. El acto administrativo informático, a su vez, se subdivide, según el momento de la participación del sujeto, en (2.1) acto administrativo informático sincrónico y (2.2) acto administrativo electrónico automático.

Hay quien sostenga que exista, además de los actos sincrónico y automático, el acto administrativo electrónico mixto, que sería apenas parcialmente automático, en la medida en que la actuación del sujeto sería necesaria para completar su ciclo de formación. Con todo, se cree que este tipo de acto no es una nueva categoría, una vez que se encaja en el concepto del acto informático sincrónico, pues el momento de emisión del acto dependerá, en sentido estricto, de la actuación sincrónica del agente, aunque parte del propio acto pueda ser automática. Ante lo expuesto, se pasa a comentar cada una de las especies.

3.1 El acto administrativo tradicional (acto tradicional)

Es el acto registrado y emitido en papel. Continúa siendo la forma más común de exteriorización de un acto administrativo. Es oportuno destacar que este acto puede ser formulado o redactado por medio del equipo informático, pero es impreso y firmado en papel. En este caso, la computadora es tan sólo un instrumento auxiliar para la formación del acto administrativo.

3.2 El acto administrativo informático (o electrónico)

Es el acto emitido por medio del sistema informático de la Administración Pública y mantenido como original en medio electrónico, en la base de datos oficial. Su existencia jurídica y su validez se dan en el propio soporte digital, de manera que su impresión en papel debe ser reconocida tan sólo como una copia del documento original.

Como fue presentado, este tipo de acto se subdivide, según el momento de la participación del sujeto, en acto administrativo informático sincrónico y acto administrativo electrónico automático.

existencial para asignar la diferencia de la “forma legal”, 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.) (Filgueiras Júnior, Marcus Vinícius, *La insuficiencia del archivo electrónico para garantizar la existencia del acto administrativo informático*, Anales del SID – Simposio de Informática y Derecho (46JAIIO), Córdoba, 2017, p. 50. Accesible en: <http://www.clei2017-46jaiio.sadio.org.ar/sites/default/files/Mem/SID/sid-04.pdf>). (El destaque no consta del original).

¹³ Clasificar es dividir en especies por medio de criterios previamente definidos. La clasificación es tanto más útil en la medida en que permita mejor conocer el objeto de su estudio.

3.2.1 *El acto administrativo informático sincrónico (acto administrativo sincrónico)*

Es aquel acto electrónico en que el agente público actúa en el mismo tiempo de la emisión. Se trata de actuación sincrónica del agente, es decir, en tiempo real.[14] Esto puede suceder cuando el agente público produce un acto directamente en el sistema, siendo creado su documento electrónico (su forma existencial) en el mismo instante en que él [agente público] lo firma digitalmente, lo publica para acceso de los interesados por vía de internet y, en fin, lo hace disponible para la producción de sus efectos jurídicos.

Es oportuno reconocer que hay un programa que conforma el sistema informático, que permite la emisión del acto por medio electrónico. Sin embargo, el sistema no es autónomo para dictarlo, una vez que necesita de la actuación directa e instantánea del agente público para impulsar su edición. En Brasil, esas especies de acto tienen lugar cuando la administración emite decisiones en procedimientos administrativos aduaneros, por ejemplo, para la liberación de mercancías. Así, se puede concluir que los actos sincrónico y tradicional son emitidos por acción directa del agente público.

3.2.2 *El acto administrativo electrónico automático (acto administrativo automático)*

Se trata del acto cuya emisión es ejecutada directamente por el sistema informático, sin la participación humana en exacto momento de su creación. Esta noción coincide con el concepto de *actuación administrativa automatizada*, establecido por la Ley española del Régimen Jurídico del Sector Público (Ley N.º 40/2015), que así dispone en su art. 41: “se entiende por actuación administrativa automatizada, cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en que no haya intervenido de forma directa un empleado público.”[15]

¹⁴ La expresión tiempo “tiempo real” fue utilizada en el artículo 48, párrafo único, inciso II, de la Ley Complementaria brasilera N.º 101/2000, con la redacción que la dio la Ley Complementaria N.º 131/2009 que visaba garantizar la transparencia administrativa a través de la divulgación en internet, en el sitio oficial, de los datos concernientes a los actos de la ejecución presupuestaria en el mismo tiempo de su creación. La reglamentación de la referida Ley Complementaria fue hecha por medio del Decreto N.º 7.185/2010 que estableció que el tiempo real significará hasta el día siguiente al registro contable del acto (art. 2º, § 2º, II). Preferimos la expresión “sincrónico” porque a nosotros nos parece que expresa mejor el fenómeno de simultaneidad entre la actuación humana y la producción del acto.

¹⁵ Gamero y Fernández hacen una crítica puntual sobre el nuevo concepto de administración automatizada en relación con el anterior: *la actuación administrativa producida por un sistema de información adecuadamente programado sin necesidad de intervención de una persona física en cada caso singular*. Según los autores, el concepto del Anexo de la Ley 11/2007 – Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos – es más certera por dos razones básicas: la actuación automatizada no se da siempre en el seno de un procedimiento administrativo y la expresión “personas físicas” es menos sujeta a dudas de interpretación que

Para la existencia de este acto administrativo, el agente público adopta todas las medidas necesarias para el desarrollo de un sistema informático destinado a la emisión del referido acto, en momento posterior, sin la necesidad de su intervención directa. La creación de dicho sistema resulta lo que se denomina de *acto-programa*, que, una vez puesto en ejecución, hace nacer la manifestación del Estado en el mundo.

En este sentido, se puede decir que el acto-programa goza de una especie de autonomía de producción del acto. Ejemplos muy conocidos en Brasil son los certificados sobre la regularidad fiscal emitidos directamente por el sistema a pedido del interesado. Una vez llenado los datos requeridos, el sistema emite el certificado en la pantalla de la computadora sin la necesidad de que algún agente público presione cualquier tecla. Otro ejemplo, también en Brasil, es el acto de la inscripción en el registro de los deudores a la Unión federal. Cuando los débitos son enviados por medio electrónico, la verificación de la legalidad del crédito del Estado, y su correspondiente inscripción, son hechas de modo automático.[16] En Portugal, el Decreto-Ley N.º 04/2015, que dispone sobre el nuevo procedimiento administrativo portugués, implementó la previsión de algunos actos que deberán ser emitidos de modo automatizado por el sistema (“Balcão único eletrônico”), tales como los certificativos, de notificación de requerimientos hechos por medio electrónicos (art. 62) y de los recibos de entrega de documentos (art. 106).

3.3 El acto administrativo inmaterial

Son los actos administrativos emitidos en la atmosfera. Son los casos de los actos creados por medio de comandos verbales o gestuales por parte de los agentes públicos. Este “soporte atmosférico”, donde son lanzados los signos sonoros o visuales, vuelve el acto extremadamente volátil, de manera que los actos de esta especie son excepcionales. Ejemplo más común es el guardia de tránsito que emite los comandos gestuales o sonoros para el control de la circulación de vehículos.

“empleado público.” (Gameró Casado, Eduardo; Fernández Ramos, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017, p. 408).

¹⁶ *Procuradoria Geral da Fazenda Nacional*. Portaria PGFN n.º 33, de 08 fevereiro de 2018. *Art. 4.º. Recebido o débito, a Procuradoria da Fazenda Nacional examinará detidamente os requisitos de liquidez, certeza e exigibilidade e, acaso verificada a inexistência de vícios, formais ou materiais, mandará proceder à inscrição em dívida ativa nos registros próprios, observadas as normas regimentais e as instruções expedidas pelo Procurador-Geral da Fazenda Nacional. Parágrafo único. No caso de débitos encaminhados eletronicamente para inscrição em dívida ativa da União, o controle de legalidade de que trata o caput será realizado de forma automatizada, sem prejuízo de posterior análise, a qualquer tempo, pelo Procurador da Fazenda Nacional.* (destaques nuestros).

4 El sujeto y la competencia

4.1 La competencia como presupuesto de validez

Como fue apuntado inicialmente, la actuación del sujeto es una condición de existencia del acto administrativo tradicional y del sincrónico. La teoría clásica del acto administrativo, especialmente la teoría de inspiración civilista, ha considerado al sujeto como *elemento esencial*, por ser uno de los factores que dan vida al acto[17].

Sin embargo, ninguno de los autores destaca al sujeto como el factor humano exclusivo de propulsión del acto y que tal particularidad lo confina al plano de existencia jurídica. El tema suele ser asociado a la *competencia* o a la *voluntad* que, en verdad, se desarrollan en planos jurídicos distintos.

La competencia es la atribución conferida por la ley al agente público para la válida producción de un determinado acto, que, a bien de la verdad, se presenta como un “complejo de funciones atribuidas a un órgano administrativo”. [18] Sin embargo, para determinar la competencia de un agente, debe ser, necesariamente, presupuesto también lo siguiente: (1) el ente al que pertenezca el agente debe estar autorizado, por el mismo orden jurídico, a responsabilizarse por la emisión de tales categorías de actos. Por ejemplo, un agente de una empresa pública cuya finalidad social es exclusivamente la explotación de actividad económica, típica de los particulares, no podrá practicar actos inherentes a la prestación de servicio público[19]; (2) La inexistencia de óbices jurídicos específicos a la actuación del agente, como el gozo de licencia, de vacaciones, o estar impedido por cuestiones de parentesco o hasta por causa de suspensión temporaria de la competencia por delegación o avocación.[20]

De lo expuesto sobre la competencia, se puede deducir que es un presupuesto de validez. El incumplimiento de las reglas de competencia torna el acto inválido, es decir, la práctica de acto por un agente no autorizado es motivo de ilegalidad que debe conllevar a su retirada, para la corrección del sistema jurídico. Así que no se puede decir

¹⁷ Zanolini, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 1, Milano, Giuffrè Editore, 1954, pp. 246-247; Virga, Pietro, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 35; Marienhoff, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, p. 113, disponible en: < <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-III-A-1.pdf>>. Es oportuno aclarar que este último autor considera como sujeto tanto la Administración Pública cuanto el administrado. Su concepto de sujeto, como se nota, es más amplio.

¹⁸ Cassagne, Juan Carlos, *El acto administrativo – Teoría y régimen jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 219.

¹⁹ Marcondes Martins, Ricardo, *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008, p. 157.

²⁰ “Sobre este tópico – atinente ao sujeito – deve-se estudar a capacidade da pessoa jurídica que o praticou, a quantidade de atribuições do órgão que o produziu, a competência do agente emanador e a existência ou inexistência de óbices à sua atuação no caso concreto.” (Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 408.

que la competencia afecta o compromete cualquier aspecto concerniente a la existencia del acto.

4.2 El sujeto como creador directo y externo de los actos tradicional y sincrónico

Con referencia a la *voluntad* – por lo menos en el sentido que Pietro Virga le da – el tema se acerca más de la idea del sujeto como condición de existencia del acto administrativo. Virga argumentaba que ningún acto puede ser referible a un sujeto que no ha tenido la voluntad de ponerlo en el mundo.[21] Ese entendimiento permite concluir que el acto se convierte en realidad – se torna existente, por lo tanto – cuando una persona, tomada por el impulso físico-psicológico, así lo quiso, como se ha comentado.

En esta perspectiva, se puede decir que el sujeto es condición de existencia del acto administrativo tradicional (o del sincrónico), porque es quien convierte la idea del acto en acción, en un producto concreto. Sin este impulso físico, sin esta operación material, no sería posible concebir el nacimiento del acto. Observado desde la perspectiva fenomenológico-hermenéutica, el sujeto, con su *impulso físico-psicológico* es el causador, o generador, de la *forma existencial* del acto administrativo tradicional o sincrónico. Por eso, se puede afirmar que la participación del sujeto es *directa* en la creación tanto del acto administrativo tradicional cuanto del sincrónico.

El hecho de que el acto administrativo sincrónico alcance su existencia por medios electrónicos no significa decir, reafirmarse, que el sistema tenga condiciones de producir el acto sin actuación sincrónica del hombre. En este caso, no existe autonomía del sistema informático capaz crear un acto de forma independiente.

Otro aspecto importante sobre el sujeto es que él se revela como un factor externo al acto administrativo tradicional, motivo por lo cual es obligatoria la conclusión de que no compone la materia intrínseca del propio acto. El sujeto sólo produce el acto. El productor y el producido son realidades distintas.[22]

La constatación de que el sujeto es el creador directo del acto administrativo tradicional y del sincrónico, y de que funciona como factor humano externo, no tiene, por principio, relevancia jurídica tal como tiene la competencia. Tal hecho, en definitiva, no tiene repercusión en su régimen jurídico. Pero, ello no significa que la comprensión de su noción es destituida de utilidad. Ella será imprescindible para comprender y distinguir el tratamiento jurídico del papel del sujeto en el acto administrativo automático.

5 El carácter involuntario del acto administrativo automático (participación indirecta del sujeto y directa del acto-programa)

El sujeto tiene participación más lejana en el acto administrativo automático, en comparación con los actos administrativos tradicional y sincrónico. El rol del sujeto en

²¹ Virga, Pietro, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2001, p. 36.

²² Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 408.

el proceso de producción del acto auto-emitado por el sistema es apenas preparatorio, más específicamente, de desarrollo del propio sistema.

Como se ha visto en el concepto de acto administrativo automático, el sujeto es el responsable por la elaboración del acto-programa que, una vez en ejecución, será el causador directo de la materialidad del acto y no la acción humana en sí misma. Todo acto jurídico es espaciotemporal. Antes de manifestarse materialmente, no hay acto, de manera que no tiene valor jurídico la intención de crear de un acto administrativo retenida en la mente humana. La fase de la *cogitatio* antecede al acto.

La intención del sujeto traducida y materializada en el acto-programa todavía no ejecutado, tampoco produce acto. Con todo, diferente de la intención retenida en espíritu humano, todas las instrucciones contenidas en el acto-programa tienen relevancia jurídica, como será demostrado más adelante.

Teniendo en cuenta dicho aspecto, se puede reafirmar el entendimiento de que el sujeto no produce directamente el acto administrativo automático. Cuando el acto administrativo es dictado automáticamente por el sistema informático del Estado, hay sólo una actuación indirecta del agente humano para su emisión, donde se puede deducir que el producto automático del aparato tecnológico es involuntario.[23]

Este entendimiento se confirma cuando se constata que el hombre-agente no tiene el control sobre la emisión de cada acto producido automáticamente por el sistema, de manera que no puede prever cuantos serán emitidos, el contenido de cada uno de ellos y ni el momento en que serán generados. Una cosa es programar la creación del acto en el futuro, bajo la lógica formal de las condicionalidades (si concurrir tal situación, el sistema se comportará de tal manera); otra cosa es saber previamente cuándo (fecha y hora), cuantos y cuál será el contenido de cada acto a ser emitido.

Considerando lo expuesto, no se puede negar la existencia de actos administrativos involuntarios. Valiéndose del ejemplo de los semáforos, ya advertía el maestro Bandeira de Mello que los actos administrativos no son necesariamente voluntarios. Si se intenta justificar que la voluntad del agente está presente indirectamente en cada acto administrativo producido por mecanismo automático, porque fue él que hizo la programación del ordenador, tendría que admitir, por coherencia, que la voluntad identificable en el acto administrativo tradicional sería, en verdad, del legislador porque el acto administrativo es también previsto por la ley que fue “programada” por el legislador.[24]

²³ El Prof. Marçal sostiene que, para ser reconocido como acto administrativo, se debe también reconocer la presencia indirecta de la voluntad del agente público en el acto automatizado. En este punto no coincide con el referido profesor, pues no reconocemos la presencia de la voluntad del agente como un requisito del acto administrativo. “(...) a atividade administrativa passa a ser desenvolvida com o auxílio e por intermédio de aparatos automatizados. Produzem-se efeitos jurídicos por meio de equipamentos, sem a intervenção direta de um ser humano. (...) Para considerar la existencia válida de actos administrativos automáticos, el autor adopta una posición en la cual “admite uma manifestação de vontade, ainda que exteriorizada de modo indireto. A manifestação de vontade pode ser traduzida de modo direto ou indireto, por meio da movimentação física do corpo humano ou por instrumentos. (Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 273-274).

²⁴ Bandeira de Mello, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2017, p. 385.

Por todas esas razones, la voluntad no puede ser considerada como requisito del acto administrativo, desde la perspectiva científica, especialmente considerando la evolución tecnológica que permite tornar el tema aún más claro. Incluirla como requisito significaría no considerar el acto automático como acto administrativo, lo que no sería concebible por la simple razón que está previsto por el derecho, produce efectos y es eficaz.

Todas esas consideraciones interfieren también en el concepto de acto administrativo. Él no podrá contener el factor “voluntad” – en cualquier de los sentidos – como imprescindible, motivo por lo cual se prefiere abandonar la fórmula clásica que afirma ser el acto administrativo una “declaración de voluntad”. Lo que es posible afirmar, a partir de la ciencia jurídica, es que la manifestación del Estado puede ser resultante del impulso del hombre o del programa informático.

De todas las formas y aunque el agente no ejerza el control voluntario sobre la emisión de cada acto por sí sólo, se debe considerar que la idea-base plasmada en el acto automático es la del agente público que la ha consignado en las instrucciones normativas genéricas del acto-programa. Teniendo en cuenta esa particularidad y la perspectiva de análisis fenomenológico-hermenéutica, prefiero no considerar el factor humano como *causa* del acto administrativo automático, sino el propio acto-programa.[25]

6 El carácter normativo del acto-programa

El acto-programa es escrito por intermedio de “instrucciones” a partir de las cuales se construye un sistema inteligente apto a generar, por sí sólo, diversos actos futuros. Las instrucciones, que forman parte del acto-programa, funcionan como normas internas[26] que disciplinan la actuación futura del Estado-Administración. Por esa razón,

²⁵ Por las razones anotadas, prefiero no coincidir con Masucci cuando afirma que *causa causae est causa causati*, para asumir la idea de que el hombre es la causa agente o eficiente del acto administrativo. Masucci conclui diciendo que “*la voluntad de la computadora es, en cuanto a su génesis, la voluntad de la autoridad.*” (Masucci, Alfonso, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene Editore, 1993, p. 85). Marçal Justen Filho también se vale del mismo recurso tal como se puede constatar en el tramo descrito en la nota de pie de página nº 23. (Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009, pp. 273-274). Sin embargo, creo que ni en el sentido tomista se puede decir que el hombre es causa agente o eficiente del acto administrativo automático. Para conferir la concepción aristotélico-tomista de acto administrativo, ver Bandeira de Mello, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v.I, São Paulo, Malheiros, 2007, pp. 500-540.

²⁶ Técnicamente, el acto-programa o los actos normativos no son normas jurídicas por sí propios, sino sus fuentes. Eso porque el texto normativo no se confunde con la norma que él genera. Texto y norma son ontológicamente entes distintos, aunque interdependientes, pues no existe un texto sin sentido (norma) y ni norma (sentido) sin vehículo que lo permita existir (texto normativo es el vehículo más común de la norma jurídica). Pero, por simplificación, se suele hacer referencia a un artículo de ley como se fuera la propia norma.

deben poseer un carácter general, indeterminado y abstracto propio de los actos normativos de la Administración Pública.[27] No podría ser de otra forma, pues el acto-programa debe establecer parámetros impersonales y suficientemente abiertos para atender a todas las situaciones que deben provocar el *impulso físico-electrónico* necesario para la creación de los actos individualizados. El sistema autogenerará los actos a partir de la satisfacción de las condiciones predeterminadas.

Ahora bien, asegurado que el acto-programa sea conformado por instrucciones generales, abstractas e impersonales, que serán necesariamente cumplidas (heteronomía) al ser creado el acto administrativo, es posible concluir que el acto-programa es un típico *acto administrativo normativo*, como son los reglamentos.

Resultado de esta constatación jurídica es que sólo pueden emitir los actos-programa las autoridades competentes para emisión de los actos normativos. La Ley de procedimiento administrativo federal de Brasil (Ley n.º 9.784/99), por ejemplo, autoriza a delegar la competencia de creación de acto administrativo siempre que no sean de carácter normativo (art. 13, inc. I). De esta forma, la autoridad que es detentora de la competencia resultante de delegación no podría ser la responsable de la emisión del acto-programa, pues éste nacería acometido del vicio de competencia.

Es oportuno observar que la Ley española N.º 40/2015 ha establecido que, para la actuación automatizada de la Administración Pública, deberá ser previamente determinado el órgano u órganos responsables por la programación a los efectos de eventuales impugnaciones.[28]

Por fin, hay que considerarse que el acto-programa produce efectos normativos internos. Los comandos contenidos en las instrucciones son “cumplidas” dentro de la Administración en el momento de la crítica por el sistema informático de los datos entrantes (*input*). Sin embargo, es relevante observar que en el momento en que el acto administrativo es generado (*output*) podrá producir efectos externos. El destinatario del acto podrá ser directo y objetivamente afectado o podrá serlo indirectamente por medio del órgano judicial en el ejercicio de su control sobre el acto automático. El hecho es que las cláusulas generales acaban por ser plasmadas en el acto individual que pueden ser reconocidas y sentidas por sus destinatarios. En una palabra, el acto administrativo automático contiene en sí, de modo implícito, las normas generales que le sirvieron de parámetro.

7 Consideraciones conclusivas

Teniendo en cuenta todo lo expuesto, se puede extraer las siguientes conclusiones sintéticas.

En el contexto del avance de las nuevas tecnologías es prudente que se adecue el concepto de acto administrativo para alcanzar el hecho de que el mismo puede ser producido sin la participación directa y sincrónica del sujeto. Se puede decir, entonces, que

²⁷ Masucci, Alfonso, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie – Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli Editore, 2011, pp. 87-88.

²⁸ Ley N.º 40/2015, artículo 41.2.

el acto administrativo es *toda manifestación unilateral del Estado, por medio del comportamiento humano sincrónico de su agente, o de la ejecución de un acto-programa (programa informático resultante del comportamiento humano preordenado), en el ejercicio de la función administrativa, que ejecuta o prepara la fiel ejecución del interés público establecido por el orden jurídico.*

También como resultado del avance tecnológico, se concluye que la clasificación del acto administrativo debe contemplar la forma electrónica con emisión automática, sin la intervención directa del agente público. Así que el acto administrativo, con referencia a sus formas existenciales, se clasifica en *acto administrativo tradicional, informático (o electrónico) e inmaterial*. El acto administrativo informático, no tocante al momento de la participación del sujeto en su emisión, se clasifica en *acto administrativo informático sincrónico y acto administrativo electrónico automático*.

El sujeto es el propulsor del acto, garantizando su existencia jurídica, según la teoría clásica del acto administrativo, razón por la cual no se puede confundirlo con la competencia, que es un presupuesto de validez.

A pesar de ser un factor externo, el sujeto tiene participación directa y sincrónica en la emisión de los actos administrativos tradicional e informático sincrónico, una vez que la materialización del acto sólo se da con la ocurrencia del impulso *físico-psicológico*, que es el fenómeno que hace surgir la *forma existencial* del acto, que permite que se constate la existencia de la manifestación concreta del Estado.

Por otra parte, el acto administrativo automático es generado directamente por el acto-programa, que es un conjunto de instrucciones escritas en *bits* en un programa informático y volcadas hacia a la producción autónoma de actos administrativos en el futuro. En una perspectiva fenomenológico-hermenéutica, el surgimiento de la *forma existencial* del acto automático no es hecha por la actuación del sujeto, sino por la ejecución autónoma del acto-programa, por medio de un impulso *físico-electrónico*. El hecho de ser el sujeto el programador del acto-programa no le confiere capacidad de previsión y control sobre la cantidad y contenido de actos que serán generados por el propio sistema, motivo por lo cual el acto automático es necesariamente involuntario.

Sin embargo, es relevante reconocer que la idea-base del agente público es plasmada en el acto administrativo electrónico automático. Esa idea-base es, nada más, que un conjunto de criterios generales que funcionan como perfectas normas internas, o sea, como *actos administrativos normativos internos*. Tal característica presenta efectos jurídicos manifiestos, una vez que requiere de que el agente público, para la emisión de actos-programa, deba detener competencia especial para la edición de actos de naturaleza normativa, como condición de su validez.

Bibliografía

- ARAÚJO, Edmir Netto de, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2012.
BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2017.
BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha, *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, v.I, São Paulo, Malheiros, 2007.

- CASSETTA, *Attività ed atto amministrativo*, in Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1957.
- CASSAGNE, Juan Carlos, *El acto administrativo – Teoría y régimen jurídico*, Buenos Aires, La Ley, 2012.
- CERULLI IRELLI, Vincenzo, *Corso di Diritto Amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zenella, *Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, Forense, 2017.
- DROMI, Roberto, *Acto Administrativo*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2008.
- FILGUEIRAS JÚNIOR, Marcus Vinicius, *La insuficiencia del archivo electrónico para garantizar la existencia del acto administrativo informático*, Anales del SID – Simposio de Informática y Derecho (46JAIIO), Córdoba, 2017, p. 50. Accesible en: <<http://www.clei2017-46jaiio.sadio.org.ar/sites/default/files/Mem/SID/sid-04.pdf>>.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Editorial Porrúa, 1952.
- GAMERO CASADO, Eduardo; FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *Manual Básico de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Tecnos, 2017.
- GASPARINI, Diogenes, *Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2010.
- HEIDEGGER, Martin, *Ontologia (Hermenêutica da facticidade)*, Trad. Renato Kirchner, Petrópolis, 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal, *Curso de Direito Administrativo*, São Paulo, Saraiva, 2009.
- MARCONDES MARTINS, Ricardo, *Efeitos dos Vícios do Ato Administrativo*, São Paulo, Malheiros, 2008.
- MARIENHOFF, Miguel S., *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1974, disponible en: < <http://escuelasuperior.com.ar/instituto/wp-content/uploads/2015/07/Tratado-de-Derecho-Administrativo-Miguel-Marienhoff-Tomo-III-A-1.pdf>>.
- MASUCCI, Alfonso, *L'atto amministrativo informatico. Primi lineamenti di una ricostruzione*, Napoli, Jovene Editore, 1993.
- MASUCCI, Alfonso, *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie – Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*, Torino, Giappichelli Editore, 2011.
- MATTARELLA, Bernardo G., “Il provvedimento”, en *Corso di Diritto Amministrativo (diretto da Sabino Cassese)*, Milano, Giuffrè, 2015.
- MEDAUAR, Odete, *Direito Administrativo Moderno*, São Paulo, RT, 2006.
- MEIRELLES, Hely Lopes, *Direito Administrativo Brasileiro*, São Paulo, RT, 1988.
- OLIVEIRA, Régis Fernandes, *Ato administrativo*, São Paulo, RT, 1992.
- VIRGA, Pietro, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 2, Milano, Giuffrè Editore, 2001.
- ZANOBINI, Guido, *Corso di Diritto Amministrativo*, v. 1, Milano, Giuffrè Editore, 1954.