

La necesidad de replantear la noción del acto administrativo en un mundo virtual (Una propuesta para la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos)

Cosimina G. Pellegrino Pacera*

Las tecnologías de la información y la comunicación no son ninguna panacea ni fórmula mágica, pero pueden mejorar la vida de todos los habitantes del planeta. Se dispone de herramientas para llegar a los Objetivos de Desarrollo del Milenio, de instrumentos que harán avanzar la causa de la libertad y la democracia y de los medios necesarios para propagar los conocimientos y facilitar la comprensión mutua

Kofi Annan: **Discurso inaugural de la primera fase de la WSIS.**
Ginebra, 2003.

Frente a los avances tecnológicos y la transformación de la sociedad originada por el desarrollo y difusión de las tecnologías de la información y de la comunicación, se propone la necesidad de replantear o redefinir los conceptos de nuestra disciplina jurídica, el Derecho Administrativo, especialmente, la noción de acto administrativo.

Siendo la noción de acto administrativo, una torre de babel, es necesario actualizar su definición en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, e incorporar la aplicación de medios electrónicos como herramienta para la eficacia de los derechos de las personas y de la tutela efectiva de los mismos.

* **Universidad Central de Venezuela**, Abogado, mención *Magna Cum Laude*. Especialista en Derecho Administrativo. Doctora en Ciencias, mención Derecho. Profesora en el Curso de Doctorado en Derecho y de Derecho Administrativo en la Escuela de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas y en la Escuela de Estudios Internacionales de la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales.

En efecto, el acto administrativo es una de las definiciones enigmáticas en el Derecho Administrativo, pues está unida a diversas concepciones, y no es posible utilizar un criterio unitario para definirlo, toda vez que la “heterogeneidad de sus formas y contenido lo demuestra y exige”¹.

Se ha planteado no pocas veces el debate de esta problemática de adoptar una definición de acto administrativo que encierre o combine todas las concepciones, más aún cuando, de acuerdo con las disposiciones de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa², la noción de acto administrativo se ha ampliado por el legislador al prever que los actos administrativos también pueden ser emitidos por “los consejos comunales y otras entidades o manifestaciones populares de planificación, control, ejecución de políticas y servicios públicos, cuando actúen en función administrativa” (artículo 7.5), así como por las “misiones”, figura organizativa contemplada en el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008³, que “nacieron como organismo de ejecución de políticas públicas, con la finalidad de satisfacer las necesidades fundamentales y urgentes de la población” (artículo 15)⁴.

En este punto hay que recordar también a los denominados “actos de autoridad”, es decir, los actos administrativos emanados de cualquier sujeto de derecho privado (entidad privada) que actúe en función administrativa, *verbigracia*: las universidades privadas, los partidos políticos o las organizaciones con

¹ Brewer-Carías, Allan R.: “El problema de la definición del acto administrativo”. En: **Libro homenaje al doctor Eloy Lares Martínez**. Universidad Central de Venezuela. Caracas, 1984, p. 39.

² Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 39.45 de fecha 22 de junio de 2010.

³ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 5.890 Extraordinario de fecha 31 de julio de 2008.

⁴ *Vid.* León Álvarez, María Elena: “Estudios acerca de la Ley Orgánica de la Administración Pública de 2008: El concepto de acto administrativo y su aplicación a las misiones”. En: **100 años de la enseñanza del Derecho Administrativo en Venezuela 1909-2009**. Tomo II. Fundación de Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA). Caracas, 2011, pp. 813-823.

finés políticos, y las bolsas de valores (artículo 7.6 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso Administrativa).

Se impone, por tanto, la obligación de ampliar la definición de acto administrativo contemplada en el artículo 7 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos pues su alcance es restringido y deja fuera los actos proferidos por otros sujetos del Estado, además de los denominados actos de autoridad.

Ahora bien, un aspecto estrechamente relacionado con la producción de actos administrativos es lo referente al uso de los medios electrónicos. Creemos que resulta viable y procedente la regulación legal de la incorporación de las tecnologías en el desarrollo de la actividad administrativa, y, por consiguiente el replanteamiento de la noción del acto administrativo por estos medios electrónicos, que en términos generales constituyen “cualquier mecanismo, instalación, equipo o sistema que permita producir, almacenar o transmitir documentos, datos o información, incluyendo cualquier red de comunicación abierta o restringida, como la Internet, la telefonía fija, móvil, etc.”⁵.

Debe reconocerse que, después de treinta años, la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos precisa de una reforma o modificación profunda para responder a los cambios trascendentales que exige el mundo virtual que vivimos. Es necesario replantear la regulación del procedimiento administrativo desde el tamiz de las nuevas tecnologías, para que sean más eficaces y eficientes las relaciones entre las administraciones públicas y las personas.

Estos avances generados e impulsados por el uso de los medios tecnológicos han sido reconocidos por el Ejecutivo Nacional. En efecto, mediante Decreto N° 825 de fecha 10 de mayo de 2000, el Presidente de la República declara el acceso y el uso de Internet como política prioritaria para el desarrollo cultural, económico, social y políticos del Estado venezolano⁶.

⁵ Jinesta L., Ernesto: **Administraciones Públicas Electrónica: Retos y desafíos para su regulación en Iberoamérica**. http://www.ernestojinesta.com/Administraciones_Publicas_electronicas.pdf [Consulta: 03 de diciembre de 2013].

⁶ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 36.955 de fecha 22 de mayo de 2000.

Una referencia especial merece el artículo 3 del prenombrado Decreto, que establece que:

... los organismos públicos deberán utilizar preferentemente Internet para el intercambio de información con los particulares, prestando servicios comunitarios a través de Internet, tales como bolsas de trabajo, buzón de denuncias, trámites comunitarios con los centros de salud, educación, información y otros, así como cualquier otro servicio que ofrezca facilidades y soluciones a las necesidades de la población. La utilización de Internet también deberá suscribirse a los fines del funcionamiento operativo de los organismos públicos tanto interna como externamente.

Igualmente destaca el Decreto N° 3.390 de fecha 23 de diciembre de 2004 mediante el cual se dispone que la Administración Pública Nacional empleará prioritariamente Software Libre desarrollado con Estándares Abiertos, en sus Sistemas, Proyectos y Servicios Informáticos⁷.

A propósito de este tema, es interesante resaltar que recientemente la Asamblea Nacional sancionó la Ley de Infogobierno⁸, texto que resulta novedoso en nuestro andamiaje jurídico y que procura regular las relaciones entre el Estado y las personas a través del uso de las tecnologías de la información y la comunicación. De hecho, el artículo 1 prevé:

Esta Ley tiene por objeto establecer los principios, bases y lineamientos que rigen el uso de las tecnologías de información en el Poder Público y el Poder Popular, para mejorar la gestión pública y los servicios que se prestan a las personas; impulsando la transparencia del sector público; la participación y el ejercicio pleno del derecho de soberanía; así como, promover el

⁷ Publicado en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 38.095 de fecha 28 de diciembre de 2004.

⁸ Publicada en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela N° 40.274 de fecha 17 de octubre de 2013, y que entrará en vigencia una vez transcurrido diez meses contados a partir de su publicación en la Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela (Disposición Final Tercera).

desarrollo de las tecnologías de información libres en el Estado; garantizar la independencia tecnológica; la apropiación social del conocimiento; así como la seguridad y defensa de la Nación.

En tal sentido, dicha ley impone la obligatoriedad del uso de las tecnologías de información a los órganos y entes del Estado (artículo 6):

El Poder Público, en el ejercicio de sus competencias, debe utilizar las tecnologías de información en su gestión interna, en las relaciones que mantengan entre los órganos y entes del Estado que lo conforman, en sus relaciones con las personas y con el Poder Popular, de conformidad con esta Ley y demás normativa aplicable.

El Poder Popular debe utilizar las tecnologías de información en los términos y condiciones establecidos en la ley.

Esta obligatoriedad a los organismos del Estado queda enfatizada en los artículos 16, 17, 18 y 20 al consagrar que deben fomentar el conocimiento y la educación de las personas sobre el uso de las tecnologías de la información y de los medios electrónicos, así como el deber de contar con portales de Internet y garantizar la participación de las personas en sus respectivos portales.

Artículo 16.- Fomento del conocimiento de las tecnologías de información. Es deber del Poder Público, en forma corresponsable con el Poder Popular, garantizar a todas las personas, a través del sistema educativo los medios para la formación, socialización, difusión, innovación, investigación y comunicación en materia de tecnologías de información libres, según los lineamientos de los órganos rectores en las materias.

Artículo 17.- Formación. El Poder Público debe proporcionar la formación en materia de tecnologías de información libres de sus respectivos colectivos laborales, para que interactúen con los sistemas y aplicaciones, desempeñando eficientemente sus labores y funciones en la gestión pública. Asimismo debe facilitar la formación de las personas, a fin de garantizar la apropiación social del conocimiento.

Artículo 18.- Portal de Internet. Los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, en el ejercicio de sus competencias, deben contar con un portal de internet bajo su control y administración. La integridad, veracidad y actualización de la información publicada y los servicios públicos que se presten a través de los portales es responsabilidad del titular del portal. La información contenida en los portales de internet tiene el mismo carácter oficial que la información impresa que emitan.

Artículo 20.- Derecho a la participación en la promoción de los servicios y uso de las tecnologías de información. El Poder Público y el Poder Popular están obligados a garantizar en sus portales de internet el ejercicio del derecho de las personas a participar, colaborar y promover el uso de las tecnologías de información libres, creación de nuevos servicios electrónicos o mejoramiento de los ya existentes.

En lo concerniente a los derechos que tienen las personas en sus relaciones jurídicas con los organismos del Estado a través de los medios electrónicos, la Ley contempla (artículo 8):

1. Dirigir peticiones de cualquier tipo haciendo uso de las tecnologías de información, quedando el Poder Público y el Poder Popular obligados a responder y resolver las mismas de igual forma que si se hubiesen realizado por los medios tradicionales, en los términos establecidos en la Constitución de la República y la Ley.
2. Realizar pagos, presentar y liquidar impuestos, cumplir con las obligaciones pecuniarias y cualquier otra clase de obligación de esta naturaleza, haciendo uso de las tecnologías de información.
3. Recibir notificaciones por medios electrónicos en los términos y condiciones establecidos en la ley que rige la materia de mensajes de datos y las normas especiales que la regulan.

4. Acceder a la información pública a través de medios electrónicos, con igual grado de confiabilidad y seguridad que la proporcionada por los medios tradicionales.
5. Acceder electrónicamente a los expedientes que se tramiten en el estado en que éstos se encuentren, así como conocer y presentar los documentos electrónicos emanados de los órganos y entes del Poder Público y el Poder Popular, haciendo uso de las tecnologías de información.
6. Utilizar y presentar ante el Poder Público y demás personas naturales y jurídicas, los documentos electrónicos emitidos por éste, en las mismas condiciones que los producidos por cualquier otro medio, de conformidad con la presente Ley y la normativa aplicable.
7. Obtener copias de los documentos electrónicos que formen parte de procedimientos en los cuales se tenga la condición de interesado o interesada.
8. Disponer de mecanismos que permitan el ejercicio de la contraloría social haciendo uso de las tecnologías de información.
9. Utilizar las tecnologías de información libres como medio de participación y organización del Poder Popular.

En virtud del reconocimiento de los derechos de las personas frente al Estado, la Ley prohíbe que las administraciones u organismos del Estado exijan a las personas, la consignación de documentos en formato físico que contengan datos o información que se intercambien electrónicamente (artículo 76).

En suma, el uso de las nuevas tecnologías de la información y de las comunicaciones ofrecerá a las administraciones públicas una gran oportunidad para mejorar la eficacia y eficiencia en el cumplimiento de sus fines. Sin embargo, esto implicará una labor vertiginosa para superar las vallas o los obstáculos que puedan existir en la población venezolana para incorporarla en el manejo de las herramientas tecnológicas.

Este dantesco avance legislativo exigirá afrontar otros retos, siendo de gran importancia la reforma de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos con el propósito, entre otros, de redimensionar la concepción tradicional del acto y el procedimiento administrativo.

Para este tema, hemos considerado que resulta conveniente revisar la experiencia en el derecho administrativo comparado especialmente el caso del Derecho colombiano, porque encontramos que en enero de 2011, se dictó la Ley 1437 de 2011 contentiva del nuevo “Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, que sustituyó el Código Contencioso Administrativo de 1984, texto legal novedoso que expresamente acentúa la importancia del uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en las actuaciones administrativas.

De hecho, en el Libro Primero del Código colombiano destinado a regular el procedimiento administrativo, contiene un capítulo dedicado a la utilización de los medios electrónicos en el procedimiento administrativo (Título III, Capítulo IV), cuyo artículo 53 dispone que los procedimientos y trámites administrativos podrán realizarse a través de medios electrónicos, para lo cual la autoridad deberá asegurar a las personas los mecanismos suficientes y adecuados de acceso gratuito a los medios electrónicos, o permitir el uso alternativo de otros procedimientos.

Igualmente, es importante destacar el reconocimiento legal del documento presentado en soporte electrónico y su carácter probatorio, así como otras previsiones sobre el empleo de la informática por parte de las personas para entablar relaciones con la Administración Pública:

Artículo 54.- Registro para el uso de medios electrónicos. Toda persona tiene el derecho de actuar ante las autoridades utilizando medios electrónicos, caso en el cual deberá registrar su dirección de correo electrónico en la base de datos dispuesta para tal fin. Sí así lo hace, las autoridades continuarán la actuación por este medio, a menos que el interesado solicite recibir notificaciones o comunicaciones por otro medio diferente.

Las peticiones de información y consulta hechas a través de correo electrónico no requerirán del referido registro y podrán ser atendidas por la misma vía.

Las actuaciones en este caso se entenderán hechas en término siempre que hubiesen sido registrados hasta antes de las doce de la noche y se radicarán el siguiente día hábil.

Artículo 55.- Documento público en medio electrónico. Los documentos públicos autorizados o suscritos por medios electrónicos tienen la validez y fuerza probatoria que le confieren a los mismos las disposiciones del Código de Procedimiento Civil.

Las reproducciones efectuadas a partir de los respectivos archivos electrónicos se reputarán auténticas para todos los efectos legales.

Artículo 56.- Notificación electrónica. Las autoridades podrán notificar sus actos a través de medios electrónicos, siempre que el administrado haya aceptado este medio de notificación.

Sin embargo, durante el desarrollo de la actuación el interesado podrá solicitar a la autoridad que las notificaciones sucesivas no se realicen por medios electrónicos, sino de conformidad con los otros medios previstos en el Capítulo Quinto del presente Título.

La notificación quedará surtida a partir de la fecha y hora en que el administrado acceda al acto administrativo, fecha y hora que deberá certificar la administración.

De igual forma, el Código colombiano reconoce expresamente que las autoridades, en el ejercicio de sus funciones, podrán emitir válidamente “actos administrativos por medios electrónicos” siempre y cuando se asegure su autenticidad, integridad y disponibilidad de acuerdo con la ley (artículo 57).

Es importante señalar que una de las preguntas que en los últimos tiempos se viene planteando en el derecho comparado, es si la Administración puede manifestarse a través de actos administrativos electrónicos. Pregunta que responde afirmativamente el texto legal colombiano. Por ello, a partir de este precepto, en Colombia se permite a las autoridades en el ejercicio de sus funciones dictar válidamente actos administrativos por medios electrónicos.

A propósito de lo antes expuesto, el autor colombiano Rocha Amaris, expone que "... en el momento de que se dé respuesta de fondo a la petición administrativa interpuesta por el ciudadano por medios electrónicos, expresando las motivaciones y razones fundamentos de hecho y de derecho y se notifique por medios electrónicos, estaremos ante lo que constituye los Actos Administrativos Electrónicos"⁹.

Obsérvese que hablar del acto administrativo electrónico es referirse a una nueva forma de la manifestación de la voluntad unilateral productora de consecuencias jurídicas a través de los medios electrónicos. Así las cosas, cabe preguntarse si el acto administrativo expresado en medios tecnológicos debe cumplir con los elementos estructurales del acto administrativo.

Recordemos que los elementos estructurales del acto administrativo son los requisitos o elementos esenciales para la existencia y la validez del acto (subjetivo, objetivo, causal, teleológico y formal). A diferencia de los elementos accidentales o accesorios, que son aquellos que no son necesarios para la existencia del acto, pero que una vez establecidos por el órgano o ente administrativo, se constituyen como condición para la eficacia del acto, y cuyas modalidades son: la condición, el término y el modo.

En nuestra opinión, el acto administrativo electrónico no debe afectar el cumplimiento de los requisitos en cuanto a su formación, ni debe entenderse

⁹ Rocha Amaris, Javier: **Diseño de un procedimiento administrativo electrónico en Colombia**. <http://revista.urepublicana.edu.co/wp-content/uploads/2012/07/Dise%C3%B1o-de-un-procedimiento-administrativo-electronico-en-Colombia.pdf> [Consulta: 03 de diciembre de 2013].

como una oportunidad para flexibilizar el cumplimiento de las formalidades legales. Tampoco debe considerarse como un acto diferente, por el contrario es un acto administrativo expresado en un documento electrónico que constituye: "... mecanismos facilitadores en las comunicaciones de los ciudadanos con la administración pública y entre las diferentes entidades al interior de la administración"¹⁰.

En este sentido, cabe traer a colación la posición expresada por el profesor argentino Gordillo, según la cual los actos administrativos de soporte digital no se diferencian en cuanto a su régimen jurídico de los documentados en soporte papel:

El hecho de tener soporte no papel no les quita el carácter de actos administrativos, ni obsta a la presunción de legitimidad que les es propia. Así como una luz roja es suficiente para transmitir al conductor de un vehículo la prohibición de avanzar, así también un haz de luz o un holograma puede transmitir otro tipo de mensaje, como también lo puede hacer cualquier soporte físico capaz de contener la información digitalizada de que se trate, en tanto sea comprensible por las personas a las cuales va dirigida¹¹.

Tal criterio resulta muy importante porque permite reiterar que el principio de la escritura es el que gobierna a los actos administrativos para su exteriorización. La forma escrita del acto administrativo electrónico no se ve alterada, pues lo que cambia es el soporte sobre el cual descansa el acto. En efecto, se cambia el soporte del acto, se pasa de un soporte de papel a un soporte digital o electrónico, pero sigue revistiendo una forma escrita.

Dentro de este contexto, el profesor venezolano Hernández refiriéndose a la sentencia del Tribunal Supremo de Justicia en Sala Político-Administrativa N° 1801 de 15 de diciembre de 2011, caso MMC Automotriz, sostiene que

¹⁰ Ídem.

¹¹ Gordillo, Agustín: **Tratado de derecho administrativo. El acto administrativo.** Capítulo VII, "Los actos administrativos como instrumentos públicos". <http://www.agustingordillo.net/Pdf/3-6/3-6aVII.pdf> [Consulta: 4 de diciembre de 2013].

“... las decisiones electrónicas de la Administración no pueden sustituir al acto administrativo escrito como forma normal de terminación del procedimiento Administrativo...”¹². De hecho, el prenombrado profesor, afirma que:

La materia de procedimiento administrativo es de la reserva legal, y por ello, las formas establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son preceptivas. En tal sentido, esa Ley parte del principio de escritura, con lo cual la Administración no puede acudir a la forma electrónica para sustituir al acto administrativo escrito. Los medios electrónicos únicamente pueden complementar a la forma escrita del procedimiento y el acto administrativo, pero no pueden sustituir esa forma, en ausencia de una Ley especial que otorgue cobertura a la Administración electrónica¹³.

En todo caso, tal y como lo afirma el jurista colombiano Roberto Laguado Giraldo, la diferencia entre el acto administrativo físico (expresado en papel) y el acto electrónico, reposa en que el acto electrónico podría servir de mayor garantía que el acto clásico de papel, por lo siguiente:

1. Su soporte electrónico permite mayor durabilidad en el tiempo.
2. Su soporte electrónico da mayor seguridad e inalterabilidad que el documento papel.
3. Su soporte electrónico permite insertarlo en la Internet, dotándolo de mucha mayor publicidad que el papel.
4. Su soporte electrónico permite imprimirle una firma electrónica, la cual es más segura que la firma autógrafa.

¹² Hernández, José Ignacio: “El control de la administración electrónica. Comentarios a la sentencia de la Sala Político-Administrativa del 15 de diciembre de 2011”. En: *Revista de Derecho Público*. N° 131. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 2013, p. 223.

¹³ Ídem.

5. Su soporte electrónico permite multicopiarlo tantas veces se quiera a menores costos y;
6. En general, su soporte electrónico no necesita de materialización alguna, pero sigue sirviendo de constancia, soporte y en consecuencia, es consultable, revisable, comunicable, inmodificable, autentificable, etc.¹⁴.

Así las cosas, queda claro que los actos administrativos que revistan la forma electrónica deberán cumplir con los requisitos necesarios para su validez: competencia, base legal, objeto, causa o motivo, finalidad y forma; en resumen, el acto electrónico no puede divorciarse de las previsiones contenidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos.

Finalmente, frente a esta ausencia de previsiones que regulen el acto administrativo electrónico, lo cual genera “incertidumbre jurídica y lesiona, en definitiva, los principios derivados de la buena Administración al servicio de los ciudadanos”¹⁵, debe exigirse la existencia de un marco regulatorio, en acatamiento directo de las normas de la Constitución, que aporte los elementos suficientes para definir los efectos legales y probatorios del acto administrativo electrónico y de un procedimiento administrativo electrónico. Es así como, más allá de estas breves ideas que hemos expuesto, se plantea la urgente reforma de la actual Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos que constituirá sin duda un paso significativo en nuestro Derecho Administrativo.

... la velocidad de las cosas, o mejor, la velocidad de cada cosa y cada ciudadano y sobre todo, la necesidad misma generará el uso del documento electrónico y así como cada vez menos se utilizan las máquinas de escribir, espero que el día que dejemos de lado el papel no sea tan lejano¹⁶.

¹⁴ Laguado Giraldo, Roberto: **Actos administrativos por medios electrónicos**. http://alfa-redi.org/sites/default/files/articles/files/laguado_0.pdf [Consulta: 04 de diciembre de 2013].

¹⁵ Hernández: ob. cit., p. 221.

¹⁶ Laguado Giraldo: ob. cit.

