

CAPÍTULO VII

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS

SUMARIO

| | |
|--|--------|
| 1. La presunción de legitimidad y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos..... | VII-1 |
| 2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas..... | VII-2 |
| 3. Los actos administrativos como instrumentos públicos..... | VII-3 |
| 3.1. Acto jurídico e instrumento del acto jurídico | VII-3 |
| 3.2. Acto jurídico e instrumento público..... | VII-3 |
| 3.3. Acto administrativo e instrumento público..... | VII-4 |
| 4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo | VII-5 |
| 5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público | VII-6 |
| 5.1. La constatación del agente público..... | VII-6 |
| 5.2. Los casos de voluntario acatamiento | VII-8 |
| 5.3. La cuestión penal..... | VII-9 |
| 5.4. La constatación con otros medios de prueba | VII-10 |
| 6. Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial..... | VII-10 |
| 7. ¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa | VII-11 |
| 8. El art. 979 del Código Civil no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas..... | VII-13 |
| 9. Los instrumentos públicos en la era digital | VII-14 |
| 10. Conclusiones..... | VII-17 |

Capítulo VII
**LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS
COMO INSTRUMENTOS PÚBLICOS**

*1. La presunción de legitimidad
y el carácter de instrumentos públicos de los actos administrativos¹*

Tema de frecuentes dudas en la jurisprudencia es el de si los actos administrativos o las actuaciones administrativas o incluso actas de comprobación² revisten el carácter de instrumentos públicos, alcanzados por la norma del art. 979 del Código Civil y qué consecuencias a su vez tendría el estar o no incluidos en esa disposición. Ese tema recibe renovado interés a partir de la ley 25.506, que tratamos *infra*, § 9, “Los instrumentos públicos en la era digital.” Volviendo al Código Civil, dado que el art. 994 confiere plena fe a los instrumentos públicos, la vinculación del problema con la presunción de legitimidad del acto administrativo es evidente. Incluso muchos fallos tratan en cierto modo indistintamente el punto, confundiendo presunción de legitimidad del acto administrativo con el supuesto carácter de instrumento público que al mismo tiempo le acordarían.³

¹ Ver D'ARGENIO, INÉS A., “Valor probatorio del expediente administrativo,” *JA*, 1994-III, 100; HUTCHINSON, TOMÁS, “La documentación electrónica administrativa y su consideración como instrumento público,” *ED*, 128: 943 y sus referencias de la nota 3; BIELSA, RAFAEL, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *JA*, 1949-II, p. 3, sección doctrina, pp. 5-6; FIORINI, BARTOLOMÉ A., “Acto administrativo e instrumento público. El método constitucional,” *LL*, 146: 1017. Ver también SCJBA, 11-VII-2001, *Venturino*, *JA*, 2002-II, 710, con nota de OROZ, MIGUEL H. E., “Nulidad de la notificación en el procedimiento administrativo,” *JA*, 2002-II, 714, esp. § VII y VIII, pp. 718-20.

² *Infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas” y VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión.”

³ O, a la inversa, negando el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, pero reconociendo el carácter de actos administrativos (*p. ej.* con presunción de legitimidad), de los actos (*negotia jurídica*) allí contenidos. Ver CNFed. CA, Sala IV, *Romeva*, 21-IX-93, causa 29.042, en que a dicha circunstancia se agregó la absoluta falta de actividad probatoria de la parte, que se contentó con un desconocimiento genérico; actitud frecuente que siempre los tribunales condenan. Ver *supra*, t. 2, cap. I y t. 1, cap. I; *infra*, t. 4, caps. VI, “Apertura a prueba. Medios de prueba” y VII, “Producción y valoración de la prueba.”

Dado que a nuestro entender y según se verá en lo que sigue, no existe ninguna relación entre la presunción de legitimidad y el posible carácter de instrumentos públicos que pudiera asignárseles a los actos administrativos, hemos decidido dedicarle a este problema un cap. aparte, en lugar de tratarlo conjuntamente con la presunción de legitimidad o analizarlo *in extenso* en el tema de la prueba, que ya hemos tratado⁴ y sobre el cual volvemos luego.⁵

También es desde luego posible tratarlo en el desarrollo del derecho procesal administrativo.⁶

2. Actuaciones judiciales y actuaciones administrativas

Puesto que la norma citada da el carácter de instrumentos públicos a las actuaciones judiciales, allí debe efectuarse la primera comparación.

Supongamos preliminarmente que aceptamos la hipótesis de conceder el carácter de instrumentos públicos a todas las actuaciones administrativas. Llevemos esa hipótesis a su máxima y más extrema expresión y afirmemos por un momento que dicho carácter es igual al que se asigna a las actuaciones judiciales.

Pues bien, ni aún en tal extremo, fuerza es reconocer que ninguna Cámara de apelaciones se siente obligada a mantener como valor de verdad el *contenido* y la *decisión* de la sentencia apelada, ni su *apreciación de los hechos*, ni su invocación de hechos o circunstancias. La Cámara libremente vuelve a apreciar los hechos invocados, los fundamentos de la sentencia, toda ella en suma, sin sentirse atada en lo más mínimo por el criterio o las afirmaciones del juez de primera instancia.⁷

Si eso es lo que ocurre cuando una Cámara *ad quem* revisa sin resistencias ni temores o falsos respetos una sentencia judicial del tribunal *a quo*, resulta casi irrisorio suponer que ninguno de ellos habrá de dar mayor credibilidad al órgano que ambos, *a quo* y *ad quem*, controlan.

Resulta por ello insostenible que por predicar el carácter de instrumentos públicos tanto de las actuaciones judiciales como de las administrativas, resulte que un tribunal superior de más crédito a la administración que a un tribunal judicial. Allí se vislumbra algo de la confusión al respecto producida: Pensar que las actuaciones administrativas puedan ser instrumentos públicos nunca puede llevar a otorgarles mayor valor de verdad, ni plena fe que a las actuaciones judiciales en iguales circunstancias; por lo tanto, no obligando estas últimas a los jueces superiores sobre las afirmaciones, las constataciones, los criterios ni las

⁴ Ver *supra*, t. 2, cap. I, "La prueba de los derechos."

⁵ Ver *infra*, t. 4, cap. VI, "Apertura a prueba. Medios de prueba" y VII, "Producción y valoración de la prueba."

⁶ En tal sentido MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. II, Buenos Aires, Depalma, 1984, pp. 703-4.

⁷ Puede también, por razones prácticas, atenerse principalmente a la visión de los hechos del *a quo*; pero no por restricciones teóricas.

decisiones del juez de que se trate, tampoco puede pretenderse que las actuaciones administrativas obliguen con tal alcance a jueces ni demás administradores.

3. *Los actos administrativos como instrumentos públicos*

3.1. *Acto jurídico e instrumento del acto jurídico*

Por la naturaleza del tema que abordaremos, es conveniente hacer una breve referencia inicial a un difundido error de derecho entre las personas carentes de formación jurídica, que a veces trasciende incluso a quienes cuentan con tal formación. Se trata de la distinción entre el acto jurídico y el instrumento que lo constata o acredita. Es frecuente oír a un inquilino decir: “Yo no tengo contrato,” queriendo decir con ello que no tiene un contrato documentado por escrito, pues sin duda, ocupando el inmueble en condición de inquilino y pagando un alquiler al propietario, *tiene un contrato*, sólo que no tiene el *instrumento* de ese contrato.⁸

3.2. *Acto jurídico e instrumento público*

Lo mismo ocurre cuando el acto, en lugar de documentarse por un instrumento privado, se documenta por un instrumento público. Siempre se hace necesario distinguir entre el instrumento (p. ej., escritura pública) y el acto que ese instrumento constata o certifica (p. ej., una compraventa). Y es evidente que cada uno se rige por sus principios propios. Como ya lo señalaron AUBRY ET RAU, pues, “es necesario cuidarse de no confundir los actos (*instrumentos*) destinados a constatar convenciones y disposiciones, con esas mismas convenciones” y “disposiciones, que constituyen actos jurídicos (*negotia juridica*). Es para evitar toda confusión a este respecto, que de ordinario hemos calificado a los primeros como actos instrumentales.”⁹ El instrumento público, pues, no es sino un acto instrumental, destinado a constatar —al igual que un instrumento privado— cierto acto jurídico. A su vez, “lo que confiere a un instrumento la calidad de *público* es su *autenticidad*: a diferencia de los privados prueban *per se* la verdad de su *otorgamiento*.”¹⁰ Es decir, tanto los instrumentos privados como los públicos son instrumentales —valga la redundancia— al efecto de documentar un acto jurídico. En un caso, la documentación es de relativo valor probatorio, en el segundo, tiene fuerza probatoria mucho mayor. Queda claro que en ambos casos su valor es ese, probatorio de la existencia del acto jurídico, no de su sinceridad o la de los comparecientes.¹¹

⁸ El ejemplo pertenece a BIELSA.

⁹ AUBRY ET RAU, *Cours de droit civil français*, t. XII, París, 1922, 5ª ed., p. 155, nota 2. Conf. DALLOZ, *Nouveau repertoire de droit*, París, 1947, p. 55: “el acto instrumental designa al escrito labrado (*dressé*) para conservar la prueba de un acto jurídico” distinguiendo así claramente.

¹⁰ GOLDSTEIN, MATEO y OSSORIO y FLORIT, MANUEL, *Código Civil y leyes complementarias*, t. I, Buenos Aires, 1963, p. 391. La bastardilla difiere del original.

¹¹ CNCiv., Sala I, *Maffia*, JA, 2000-I, 11; LL, 2000-D, 150, año 1999.

3.3. *Acto administrativo e instrumento público*

Nada puede variar cuando en lugar de tratarse de un acto jurídico de derecho privado, se trata de un acto administrativo. En este caso, su documentación a través de un instrumento público no hace sino a un aspecto *probatorio*: Es la prueba fehaciente de que el acto es auténtico,¹² que realmente fue dictado, que lo fue efectivamente en la fecha y lugar que indica, que la firma es verdadera y ha sido puesta por la persona de que se trata. Es que la presunción de legitimidad del acto administrativo “en nada puede asimilarse al valor probatorio del instrumento que lo documenta.”¹³ Esto es así tanto si el acto administrativo consta en un instrumento público levantado por un escribano público, o sea, una escritura pública, como si consta en un documento público levantado por un funcionario público, de acuerdo al inc. 2° del art. 979 del Código Civil. Como dice BIELSA: “Se trata siempre [...] de un *genus* [...] él comprende también a las escrituras públicas;” “El instrumento público es una «especie» de documento público;” “La escritura pública, a su vez, es una especie de instrumento público [...] pues además de fehaciente y auténtica debe ser acto de notario público pasado en su protocolo.”¹⁴

Si lo más, que es la autenticación del acto administrativo por escritura pública, no constituye otra cosa que una prueba instrumental de la verdad de su existencia, seguramente que lo menos, o sea su autenticación por documento administrativo, no podrá tener efecto superior. Como mucho, la autenticación del acto administrativo tendría el efecto de probar también, como la escritura pública, que el acto realmente se dictó, que fue otorgado en la fecha y lugar que expresa y por el funcionario que señala, quien además lo firmó. Pero nada más, como ninguna otra cosa certificaría su autenticación por escritura pública.

En igual sentido ha dicho la SCJBA que “ha mantenido la diferencia que existe entre el acto administrativo en sí y el instrumento que lo documenta y ha cuidado de precisar la naturaleza jurídica de ese instrumento sin asignarle, sin más, la calidad de instrumento público por la sola circunstancia de que documenta un acto que goza de presunción de legitimidad,¹⁵ siguiendo de tal modo la correcta doctrina [...] y superando el equívoco de otros autores que [...] consideran que el acto administrativo otorgado por escrito tiene todas las notas que caracterizan al instrumento público cuando es «otorgado por el agente o funcionario administrativo con competencia» confundiendo la competencia para emanar el acto con la del oficial público que lo registra.”¹⁶

¹² Ver BREWER CARIAS, ALLAN R., *Las instituciones fundamentales del derecho administrativo y la jurisprudencia venezolana*, Caracas, UCV, 1964, p. 131, nota.

¹³ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 16, quien también señala, *op. cit.*, p. 15, la “imperdonable confusión” de los precedentes jurisprudenciales y legislativos contrarios, como La Pampa y Mendoza.

¹⁴ BIELSA, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁵ *DJBA*, 120-85; 121-245; conc. 119-809.

¹⁶ SCJBA, *Ibarra, JA*, 1994-III, 99, con nota de D' ARGENIO, *op. loc. cit.*

4. La “plena fe” del instrumento público y el acto administrativo

Algunos autores han confundido el aspecto probatorio de la autenticidad del acto, cualidad ésta que confiere el ser instrumento público, con el acto mismo cuya autenticidad se certifica y han pensado que el carácter de instrumento público implicaba también la verdad y la legitimidad del contenido mismo del acto.¹⁷ Punto de partida para la confusión pudo haber sido el art. 993 del Código Civil, cuando expresa que: “El instrumento público hace plena fe hasta que sea argüido de falso, por acción civil o criminal, de la existencia material de los hechos, que el oficial público hubiese anunciado como cumplidos por él mismo, o que han pasado en su presencia.”

En esto se debe prestar atención: La plena fe a que el art. hace referencia, de los hechos que el oficial ha cumplido o ha presenciado, se refiere a la *instrumentalidad de un acto jurídico*; no a los hechos que puedan haber servido de base al acto jurídico. Estos deben *probarse* y si la administración no lo hace, su aseveración resulta arbitraria.

Ha dicho así la CSJN que estando “la afirmación respectiva privada de respaldo en pruebas obrantes en la causa,” “no pasaba de ser una mera declaración insuficiente para acordar legitimidad al acto administrativo.”¹⁸ El funcionario público que dicta un acto administrativo actúa entonces en una doble faz: Como órgano emisor del acto y como órgano de la fe pública que certifica que el acto ha sido verdaderamente dictado por él en esa fecha y lugar.¹⁹ Y es claro a nuestro entender que la fe pública del instrumento público se refiere al *dictado* del acto por él, no al contenido del acto *ni a los hechos o circunstancias que él tuvo en cuenta para dictarlo*. Comparemos con un ejemplo del derecho civil. Si yo acudo a un notario y declaro que revoco una donación, por causa de ingratitud, el escribano certificará que hice esta manifestación, pero no que la causa haya existido. El donatario no tiene que redargüir de falsedad la escritura pública si considera que no hubo causal de ingratitud, pues a ese respecto la escritura no hace plena fe: Es el contenido del acto, no su celebración y por tanto nada tiene que ver con ello el art. 993 del Código

¹⁷ SPOTA, ALBERTO G., “Carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas,” *JA*, 1955-I, 119, anotando un fallo que sienta la tesis opuesta; “Naturaleza jurídica de las cuentas de afirmados extraídas de los libros municipales,” *JA*, 55: 499; su ponencia en INSTITUTO ARGENTINO DE ESTUDIOS LEGISLATIVOS, *Proyecto de Reforma del Código Civil*, libro I, Buenos Aires, 1940, p. 278; rebatida por LAFAILLE y rechazada en la votación, p. 279.

¹⁸ CSJN, *Cabrera, Fallos*, 305: 1937, año 1983, cons. 6°. En algunos casos y en función de normas especiales como las aduaneras, puede ocurrir que las pruebas admisibles para desvirtuar la aseveración del oficial público estén predeterminadas: CNFed. CA, Sala II, *Fernández Vega, ED*, 92: 839, año 1980, cons. 3°. Resulta de ello que el instrumento público no da fe, en el caso, sino que es una prueba susceptible de ser controvertida con otras. Es lo que hacen los conductores de automóviles cuando consideran que el acta fotográfica de una infracción de tránsito o estacionamiento no refleja adecuadamente los hechos: sacan otras, obtienen testimonios, piden inspección ocular o reconocimiento judicial, etc.

¹⁹ Conf. DROMI, JOSÉ R., “Presunción de legitimidad,” en DIEZ, MANUEL MARÍA y otros, *Acto y procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1975, p. 83.

Civil.²⁰ Exactamente igual es la situación en el caso del acto administrativo: La instrumentalidad pública tan sólo certifica su celebración, su firma, su fecha, etc., pero no certifica —ni puede certificar con el alcance del art. 993— su contenido, sus motivos de hecho o de derecho, ni su validez. En igual sentido expresa ORTIZ²¹ que “mientras el Notario se expide como tal y para dar valor de plena prueba al documento que extiende, el servidor público actúa con otro fin y como autor del acto en calidad de parte, no como tercero encargado de función documental. Esto significa que mientras el Notario es creíble —y para eso se tituló como tal— en cuanto a todo lo que dice haber pasado en su presencia o hecho él mismo, el servidor público no lo es y lo único que su palabra puede probar fue que la dijo, no la existencia de los hechos que narra. Luego, el acto administrativo escrito es plena prueba de su autenticidad en cuanto a fecha, firmas, otorgamiento, pero no de su contenido, ni de los hechos afirmados en su texto por los funcionarios, incluso si son relatados como de su directa visión.”²²

Concluye en igual sentido HUTCHINSON que “La mayoría de la doctrina administrativa no está de acuerdo en que la mera presencia de un funcionario en ejercicio de su autoridad, presuponga la creación de los instrumentos públicos”²³ y que “El agente administrativo no es un oficial público y menos aún un notario público;” “Las actuaciones administrativas de cualquier clase que fueren, mientras no sean notariales, son pruebas escritas que pueden ser destruidas con cualquier clase de medio probatorio.”²⁴

5. Los efectos probatorios frente a terceros del acto administrativo-instrumento público

5.1. La constatación del agente público

De acuerdo a lo que estamos viendo, *la circunstancia de que un acto administrativo conste en instrumento público no le confiere otro efecto que el de su autenticidad*²⁵ (y, reiterémoslo una vez más: No se cometa el error vulgar de creer que

²⁰ En sentido similar ALSINA, HUGO, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, t. III, Buenos Aires, 1958.

²¹ ORTIZ, EDUARDO, *Los privilegios de la Administración Pública*, San José, 1973, pp. 92-3.

²² ORTIZ, *op. cit.*, p. 102.

²³ HUTCHINSON, “La documentación electrónica...,” *op. cit.*, pp. 944-5; conf. COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. I, § 18, pp. 27-8.

²⁴ HUTCHINSON, “La documentación electrónica...,” *op. loc. cit.*; MAIRAL, *Control...*, t. II, *op. cit.*, p. 706, § 400, aclara que “no se les extiende la presunción de legitimidad” a “los hechos a los cuales el actos e refiere o invoca;” y lo funda, *op. cit.*, p. 707: “ello porque no es posible que mediante el simple dictado de un acto la Administración quede liberada de la obligación de probar los hechos cuya existencia es condición de su validez.”

²⁵ Comp. en sentido similar, aunque no muy terminante BIELSA, “Instrumento público emanado de funcionario u órgano del Estado,” *op. cit.*, p. 5, segunda columna y p. 10, primera columna, *in fine*. Por su parte SOLER expresa: “El instrumento es público en la medida en que su autenticidad y genuinidad están garantizadas por el Estado, aseguradas por un órgano prepuesto.” *Derecho penal argentino*, t. V, Buenos Aires, TEA, 1953, p. 366.

el instrumento, documento o papel en que el acto consta se confunde con el acto administrativo mismo. El acto administrativo, como declaración de voluntad, puede o no constar por escrito; cuando conste por escrito, podrá interpretarse que el *documento* que lo atestigua reviste la calidad de instrumento público, no así el acto por él autenticado).

Esto es fundamental a fin de determinar si los efectos que el acto produce sobre los terceros se ven o no afectados por la circunstancia de estar documentado en un instrumento público. El art. 994 del Código Civil determina que “los instrumentos públicos hacen plena fe, no sólo entre las partes, sino contra terceros, en cuanto al hecho de haberse ejecutado el acto, de las convenciones, disposiciones, pagos, reconocimientos, etc., contenidos en ellos.”

Si se recuerda a su vez, como lo tiene aclarado la doctrina, que el oficial público certifica los hechos pasados en su presencia: un pago, un reconocimiento, una afirmación, haberse ejecutado un acto; pero no certifica “la exactitud o sinceridad de tales manifestaciones,”²⁶ se comprende entonces que la instrumentalidad pública no hace prueba frente a terceros de *lo que* el funcionario expresa en el acto administrativo, *sino sólo de que así lo expresa*.²⁷

Veamos un ejemplo: Si un inspector hace un acta por infracción a determinadas disposiciones, en la que consta que “el día [...], siendo las [...] hs., me constituí en [...] y pude constatar que [...] Fdo.: Fulano de Tal,” la naturaleza de instrumento público de esta acta, de la que hará plena fe, se refiere a que efectivamente Fulano de Tal levantó esa acta, expresando realmente lo que allí consta; pero ese instrumento público no hace fe “de la exactitud y sinceridad de tales manifestaciones,” en la expresión de ALSINA. A nivel local la jurisprudencia de faltas distingue lo que denomina recaudos esenciales y no esenciales del acta de comprobación hecha en virtud del art. 6° del decreto-ley 19.690/72, cuya emisión determina sin más la desestimación de la denuncia.²⁸ También hay fallos que consignan que la omisión administrativa de tomar recaudos de resguardo de la prueba de cargo que la administración debió aportar, adicionalmente al acta (elementos secuestrados), si se une al ofrecimiento de prueba del inculpado, que se le denegó, quita fuerza de convicción al acta y determina la absolución.²⁹ En suma y como también lo señala COUTURE,³⁰ “el instrumento público hace plena

²⁶ ALSINA, *op. cit.*, p. 406.

²⁷ Juzg. Fed. n° 1, Tucumán, 22-XII-99, *FA-MA y MS. Producciones S.R.L. c. AFIP, LL NOA*, 2000-1087: el acta no contiene certeza de lo afirmado, sino sólo de los dichos de los actuantes; no hace prueba en sí misma y puede ser desvirtuada por otros medios de prueba. A su vez, la carga de la prueba, tratándose de una pretendida infracción tributaria, incumbe a la acusación y por ende la falta de prueba (el acta *no lo es*) conduce a desestimar los cargos.

²⁸ Ver BAGNARDI, HORACIO y DONATO, PEDRO ERNESTO, *Código de procedimientos en materia de faltas municipales. Comentado y anotado*, Buenos Aires, Astrea, 1987, pp. 16-21. Los jueces consideran el acta como *denuncia*, no como constatación fehaciente de una infracción.

²⁹ CNCiv., Sala D, *Leonetti c/Municipalidad de Buenos Aires*, 1990, *LL*, 1991-A, 362, cons. V.

³⁰ COUTURE, EDUARDO J., *Estudios de derecho procesal civil*, t. II, Buenos Aires, E.J.E.A., 1949, p. 97 y ss.

fe, aun frente a los terceros, en cuanto al hecho de haberse otorgado y a su fecha. Nadie, ni las partes, ni los sucesores, pueden desconocer la realidad del otorgamiento³¹ y la fecha del instrumento público, salvo prueba de falsedad;” en otras palabras, que el instrumento público, hace plena fe respecto de terceros sólo en lo que hace a su fecha y otorgamiento y que en cuanto a su contenido dispositivo o enunciativo, hace plena fe para las partes y sus sucesores a título singular, *pero no para los terceros*.³²

Por supuesto, el concepto de tercero es unívoco: Es aquél que ni por sí ni por otro “ha intervenido en la confección material del documento;”³³ en el caso del acto administrativo, esto no significa sino notificarlo del dictado del acto, pero no implica asentimiento al acto ni menos aún participación en él. Sólo en los contratos administrativos podría hablarse de que el particular sea una *parte* en el instrumento y lo alcance la plena fe del documento también en cuanto a su contenido;³⁴ pero en materia de actos administrativos *unilaterales* (sanciones de cualquier tipo, p. ej.), su misma definición está señalando la falta de participación del particular en la emisión del acto y por lo tanto su indiscutible posición de *tercero* en relación a él.

5.2. Los casos de voluntario acatamiento

El mismo criterio será aplicable también en situaciones en que el particular aparezca consintiendo expresamente la ejecución del acto, p. ej. en los casos en que se le hace firmar (so pena de no cumplirse el acto si así no lo hace) con expresiones tales como “Recibí conforme,” etc. Se trata generalmente de actos que reconocen un derecho al individuo, pero lo hacen en forma incompleta: Una orden de pago, sea en la función pública o con respecto a cualquier otro contrato administrativo, es un ejemplo clásico de ello; otro ejemplo conocido es el de la entrega por los funcionarios municipales o policiales de los vehículos retirados de la vía pública: El vehículo no suele ser entregado si el propietario no firma una declaración de que lo recibe en buen estado.

En todas estas hipótesis nos parece claro que la firma y el posible asentimiento al acto, *no lo transforma en bilateral*, por lo que se mantiene la situación anterior: Es un acto administrativo unilateral, a cuya ejecución asiente o no el interesado, pero sin ser parte en la emisión del instrumento público. No se puede ignorar, en efecto, que muchas veces no existe libertad para proceder de otro modo que firmando el acto.³⁵

³¹ COUTURE, *op. cit.*, p. 98.

³² COUTURE, *op. loc. cit.* y también p. 100.

³³ BAYLEY, citado por COUTURE, *op. cit.*, p. 97, nota 127.

³⁴ Supuesto que conforme al Código Civil fuera un instrumento público, lo que de cualquier manera no compartimos en ese aspecto.

³⁵ CNApel. Civ. y Com., Sala 2, *Bauen S.A.C.I.C. c/ Banco Nacional de Desarrollo s/ cumplimiento operación crediticia*, 3-IV-97, causa n° 8641/IV: “para evitar las penalidades no le quedaba otro camino que someterse, sí o sí, a las exigencias del BANADE,” cons. XXII, 5° párrafo.

En el caso de los pagos, que usualmente se efectúan sin liquidación de los intereses correspondientes, es necesario efectuar como lo prescribe el art. 624 del Código Civil la reserva de los intereses, en el mismo acto; pero esto frecuentemente tratan de impedirlo los funcionarios que efectúan el pago. Ello ha dado lugar a soluciones risueñas: Llevar un sello expresando: “Hago reserva del pago de los intereses” y en el momento de firmar el recibo de pago, aplicarlo.

Sin embargo, reconociéndose el hecho material de la dificultad de expresar la voluntad, se ha admitido que aunque no se haga la reserva en el mismo acto, ella es admisible si se la manifiesta en un plazo razonablemente breve. (Hasta 3 días, en algún caso.) Es decir, entonces, que no hace falta —y sería absurdo que lo hiciera— redargüir de falso por acción civil o criminal a dicho acto, para poder probar que la sanción no procede, que la infracción no fue cometida, o que la administración no ha pagado todo lo que adeudaba al particular. Por el contrario, tratándose de un tercero al acto, *le serán admitidos todos los medios de prueba, incluso las presunciones.* (Art. 1191, Código Civil.)³⁶

5.3. La cuestión penal

Por lo demás, la jurisprudencia penal ha sido una de las más restrictivas para considerar que un documento administrativo puede ser considerado instrumento público.³⁷

Si se reconociera carácter de instrumento público a todo acto administrativo en cuanto a su contenido, ello implicaría probablemente una pesada carga sobre los funcionarios o empleados públicos, que estarían en constante riesgo de incurrir en el delito de falsedad ideológica, tipificado por el Código Penal como “el que insertare o hiciere insertar en un instrumento público declaraciones falsas concernientes a un hecho que el documento debe probar, de modo que pueda resultar perjuicio.” Con este criterio, sería criminalmente punible todo funcionario que dictara actos basados en pruebas inexistentes o que invocara hechos que no son ciertos, etc., lo que sería demasiado severo. La solución, entonces, es caracterizar al instrumento público (emanado de un funcionario administrativo) como tal, sólo en cuanto se refiere a la autenticidad (fecha, firma, lugar, etc.) del acto, *no en cuanto a su contenido.*

Ya que el derecho tiende a desmitificar al funcionario, p. ej. con la eliminación del delito de desacato,³⁸ desarmemos orgánicamente un aparataje medieval. Es necesario terminar con los mitos y presunciones para nuestros funcionarios públicos: No imaginemos un *jus divinum, ad usum* de ellos.

³⁶ En igual sentido ALSINA, *op. cit.*, p. 407.

³⁷ SOLER, SEBASTIÁN, *op. cit.*, t. V, p. 358 y ss., especialmente nota 20, p. 360.

³⁸ Ello fue consecuencia de la transacción internacional ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos *in re Verbitsky c. Belluscio* (*supra*, t. 1, cap. VI, § 2.5, “Otras fuentes” y nota 2.23), causa 11.012, en que el país se obligó a derogar la figura del desacato: ver VERBITSKY, HORACIO, *Un mundo sin periodistas*, Buenos Aires, Planeta, 1997, pp. 232-41.

5.4. *La constatación con otros medios de prueba*

Es interesante destacar una evolución hacia mecanismos un poco más actualizados de comprobación de hechos, como p. ej. la fotografía y firma digitalizada a nivel local en cuestiones de tránsito. Ello ocurre en la Ciudad de Buenos Aires, a texto legal expreso,³⁹ en materia de algunas infracciones de tránsito (luz roja, estacionamiento indebido, exceso de velocidad). En muchas de ellas la fotografía adquiere un carácter probatorio virtualmente irrefutable: violación de luz roja, de senda peatonal, exceso de velocidad,⁴⁰ estacionamiento sobre la mano izquierda, en doble fila, frente a garaje, en esquina, etc.⁴¹ En otras, en cambio, su fuerza de convicción decae. La cuestión central es qué demuestra realmente la fotografía. No se discute su autenticidad, sino la percepción de lo que muestra.

Tanto en los actuales como tradicionales instrumentos públicos, el particular puede desvirtuar con cualquier medio de prueba las constancias de los expedientes administrativos,⁴² pero cabe destacar que la mera negativa no suele ser suficiente si no aporta pruebas, aunque sea indiciarias. Él *debe* realizar un claro esfuerzo probatorio si desconoce o cuestiona la veracidad o exactitud de lo que afirman. Su negativa genérica es insuficiente.⁴³

6. *Los actos administrativos-instrumentos públicos no tienen fuerza ejecutiva en sede judicial*

Se sigue de lo anterior, como ya lo indicó LAFAILLE “que constituyen dos problemas distintos, el carácter público de un instrumento y su fuerza ejecutiva”⁴⁴ por lo que de la posible naturaleza de instrumento público del documento que constata el dictado de un acto administrativo no surge en absoluto que el mismo tenga fuerza ejecutiva, para que en el ámbito judicial pueda la administración demandar su cumplimiento por juicio ejecutivo en lugar de juicio ordinario. Así lo ha entendido también la jurisprudencia, que a pesar de haber reconocido a

³⁹ La norma legislativa local autoriza además, *ex ante*, “cualquier otro medio idóneo que surja del desarrollo tecnológico;” “Dése a los medios enunciados en el artículo precedente el carácter de instrumento público, constituyendo así, plena prueba del hecho punible que se comprueba. Para ello, deberán cumplir con los requisitos que exija el sistema que oportunamente se establezca.” Ver también *infra*, t. 4, cap. VI, § 29, “La fotografía y firma digitalizadas,” pp. 39-40 y cap. VII, § 21, “Los actos administrativos no son instrumentos públicos. Remisión,” pp. 30-1. Ver también, t. 3, cap. III, § 10, “Algo más acerca de carteles, silbatos, barreras, etc.”

⁴⁰ Existen tecnologías, verificadas por el INTI, para constatar técnicamente estas circunstancias.

⁴¹ La fotografía debe ser indubitada y mostrar claramente aquello que pretende probar.

⁴² CSJN, *Nación Argentina v. Florentino Ghigliano*, Fallos, 246: 194, año 1960; *Bravo*, 253: 406, año 1962; *Transporte de Buenos Aires v. Unión Tranviarios Automotor*, 262: 130, año 1965. Ver D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 14.

⁴³ Cuestión ésta que los abogados no siempre parecen aprehender y que los tribunales siempre señalan. Nos remitimos al t. 2, cap. I y al t. 1, cap. I; *El método en derecho*, Madrid, Civitas, 1988, cuarta reimpresión, 2001.

⁴⁴ LAFAILLE, opinión vertida como miembro del Instituto Argentino de Estudios Legislativos, en el libro *Proyecto de Reforma del Código Civil*, Libro I, Buenos Aires, 1940, p. 279.

las actuaciones administrativas, en algunos casos, el carácter de instrumentos públicos,⁴⁵ en cambio frecuentemente ha negado, correctamente, la procedencia de la vía ejecutiva para la ejecución de las disposiciones en ellas contenidas.⁴⁶ En igual sentido se ha manifestado la Procuración del Tesoro de la Nación en las últimas décadas,⁴⁷ aunque antiguamente había expresado una opinión más terminante, similar a la que acabamos de criticar;⁴⁸ la evolución jurisprudencial es análoga.⁴⁹

Señalando la distinción ha dicho también la Corte Suprema: “Que si bien el decreto de fs. [...] es uno de los instrumentos públicos que enumera el art. 979 del Código Civil, lo es en cuanto a sus antecedentes de autenticidad como documento público, pero no tiene el alcance de autorizar la vía ejecutiva.”⁵⁰

7. *¿Los documentos administrativos, son instrumentos públicos? Necesidad de norma legal expresa*

Hemos dejado intencionalmente para el final la pregunta que debiera haber sido fundamental, a saber, si las actuaciones administrativas están comprendidas en el art. 979 del Código Civil y son por lo tanto instrumentos públicos.

Procedimos de esta manera porque nos ha parecido que todo el tratamiento de la cuestión se ha visto oscurecido por la confusión acerca del carácter en que obraría el funcionario público que dicta el acto y simultáneamente lo autentica; aclarado que si hay instrumento público ello es en la segunda parte y que ésta nada tiene que ver con el contenido del acto, ni le da plena fe ni efectos frente a terceros, ni vía ejecutiva, podemos referirnos ahora a la cuestión más elemental. La jurisprudencia ha dudado, en distintas oportunidades, de la extensión que deba tener la inclusión de las actuaciones administrativas dentro del art. 979 y ha dicho, p. ej., que su enumeración es limitativa y que un documento administrativo tendrá carácter de instrumento público sólo cuando *una ley expresamente y para el caso particular* lo determine.⁵¹

A su vez, hay autores que han negado el carácter de instrumentos públicos a las actuaciones administrativas, señalando que la interpretación del art. 979 debe

⁴⁵ CSJN, *Fallos*, 138: 348, *Spósito*, año 1922; 139: 373, *Zaburlín*, 1923 y otros; CNFed., Sala CA, *Paz*, año 1991, *LL*, 105: 492.

⁴⁶ CSJN, *Fallos*, 127: 133, *Estrella*, año 1918; *Fisco Nacional*, año 1917, *Fallos*, 129: 212; Cámara Nacional Especial, *Gobierno Nacional*, año 1957, *LL*, 91: 410; CFApel de Paraná, *Kranse*, año 1958, *JA*, 1958-IV, 285; CFCap., *JA*, 28: 1000; *Gurruchaga de Pessagno*, año 1975, *JA*, 29: 123, en los que no sólo se negó que un decreto del Poder Ejecutivo fuera suficiente título ejecutivo, sino además que fuera instrumento público. También ha negado carácter de instrumento público a las actuaciones administrativas la Cámara Federal de la Capital, *Renaud*, año 1966, *JA*, 1967-I, 205. Existen casos, en cambio, en los que se autoriza la vía ejecutiva: *Díaz Navarro*, 1974, *JA*, 26: 470, nota 2.

⁴⁷ PTN, *Dictámenes*, 96: 508; 69: 154, en sentido similar.

⁴⁸ PTN, *Dictámenes*, 66: 154 y otros.

⁴⁹ D'ARGENIO, *op. cit.*, p. 14.

⁵⁰ CSJN, *Fallos*, 127: 133, 135, *Estrella*, 1918.

⁵¹ CNApel, *JA*, 1955-I, 119, con nota contraria de SPOTA, citada *supra*, nota 4.1.

llevar a esa conclusión;⁵² otros han replicado que aunque el art. 979 no lo disponga, de todos modos deben ser considerados como tales.⁵³ Esta última tesitura muestra la debilidad de la posición sostenida ya que se admite tácitamente que el Código Civil no comprende como instrumentos públicos a todas las actuaciones administrativas y se pretende en cambio que éstas “por su naturaleza” deban reputarse tales.⁵⁴ En ocasiones, más que un desarrollo teórico, esta es una manera en la cual la jurisprudencia se desembaraza de pretensiones que no logran tener fuerza de convicción suficiente para desvirtuar la del expediente administrativo. Resulta cómodo entonces asignar a éste conceptualmente el carácter de instrumento público para soslayar, en definitiva, la fundamentación razonable y suficiente sobre el mérito de la prueba producida. Salvo esos casos en que se advierte más que un razonamiento legal una forma de simplificación de la sentencia, cabe advertir que no es razonable ni lógico pretender que aunque el Código Civil no los instituya como instrumentos públicos, igualmente quepa asignarles tal carácter porque tuvieren tal “naturaleza.” Es que el derecho administrativo no admite ya posiciones de ese carácter y el derecho procesal tampoco; no puede ignorarse que “las normas que dicen que el instrumento público hace plena fe, es un resabio actual del sistema de las pruebas legales; porque el legislador le está diciendo al juez [...] que acate, como prueba suficiente, ese medio de comprobación.”⁵⁵

Tratándose de una “prueba legal,” que sigue el camino poco menos que ridículo de las leyes antiguas (dos testigos hábiles y contestes, hacen plena fe; si se trata de instrumentos privados y se discute su falsedad, hacen falta dos testigos; si eran instrumentos públicos, cuatro; si se discutía la cláusula de un testamento, siete; si lo había otorgado un ciego, ocho; el dicho del hidalgo prevalece sobre el del testigo villano; el del rico sobre el del pobre, etc.)⁵⁶ parece indiscutible que el juez sólo está *obligado* a valorar la prueba del modo que se indica si una norma

⁵² JOFRÉ, TOMÁS, *Manual de procedimiento (civil y penal)*, t. III, Bs. As., 1942, 5ª ed., p. 331.

⁵³ SOLER, *op. cit.*, t. V, p. 361; SPOTA, “Carácter de instrumentos...,” *op. loc. cit.*

⁵⁴ Uno de los vicios clásicos del derecho administrativo argentino ha sido precisamente el querer instituir doctrinas y principios no sustentados por ninguna norma positiva o incluso contrarios a normas positivas. Pero ya se está adelantando en este tema y se señala así que no hay bienes del dominio público “por su naturaleza, o por derecho natural” (MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado del dominio público*, Buenos Aires, TEA, 1960, p. 119 y ss.); que los actos administrativos no son “ejecutorios,” por su sola condición de tales (*supra*, t. 3, cap. V); que el “poder de policía” no implica una autorización al Estado para limitar los derechos de los individuos sin ley que lo establezca (t. 2, caps. V y VII); que “lo contencioso administrativo” no es un libre apartamiento de las normas procesales que rigen los juicios contra la Nación (*supra*, t. 2, caps. XIII y ss.); que no puede negarse la revisión judicial de los actos estatales invocando razones de “gobierno” (*supra*, t. 2, cap. VIII), atento el principio de la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18 de la Constitución: *supra*, t. 2, cap. IX, § 10), etc. Ver también la “Introducción” al t. 3. MARIENHOFF no sigue el criterio expuesto en 1960 en materia de dominio público, cuando en 1964 trata de los servicios públicos, a los cuales equipara —criticando a quienes como nosotros, siguiendo su tesis de 1960, pensaban y piensan lo contrario— “por su naturaleza” a la venta de pan, carne, leche, etc.: *Tratado de derecho administrativo*, t. II, 1964 y 1993, 4ª ed., pp. 24-5, nota 14 *in fine*.

⁵⁵ EISNER, ISIDORO, *La prueba en el proceso civil*, Buenos Aires, 1964, p. 84.

⁵⁶ EISNER, *op. cit.*, pp. 83-4.

legal expresamente se lo impone y siempre que ella no merezca la tacha de irrazonabilidad que la torna inconstitucional.

Los ejemplos del pasado, que expusimos, son pruebas de irrazonabilidad y por eso precisamente no existen en el derecho moderno. No inventemos ni creemos otras que las sustituyan; no imaginemos con que, al estilo antiguo, la palabra del funcionario (“hidalgo,” a veces “rico”) prevalece sobre la del ciudadano y contribuyente (“villano,” a veces “pobre”): Atengámonos a las pruebas, no las presuamamos *ex inventione*. Recordemos, alguna vez, que es el usuario o contribuyente el soberano,⁵⁷ no el funcionario, proposición francamente ridícula si las hay.

No existiendo esa norma en nuestro caso, no siendo aplicable el art. 979 del Código Civil a las actuaciones administrativas, la única conclusión lógica y jurídica es que el juez las apreciará de acuerdo a las reglas de la sana crítica,⁵⁸ siendo por ello insostenible la aplicación de una “prueba legal” sin ley que la establezca en forma sensata y no intentando inventar privilegios, creencias o mitos medievales. Como también lo dice COUTURE,⁵⁹ no existe un supuesto “poder certificante” del Estado, sino que los instrumentos emanados del Estado tendrán tal o cual valor probatorio de acuerdo a las normas legales que así lo establezcan. En ausencia de tales normas parece infundado pretender que ellos igualmente tengan un valor tan absoluto como el que otorga el Código Civil a las escrituras e instrumentos similares.

8. *El art. 979 del Código Civil*

no incluye a los actos ni a las actuaciones administrativas

A su vez, si se analiza detenidamente el art. 979, se encuentra mucho más fundamento a la tesis negativa que a la afirmativa del carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas. En efecto, la norma dispone que “son instrumentos públicos respecto de los actos jurídicos [...] 2°) Cualquier otro instrumento que extendieran los escribanos o funcionarios públicos *en la forma que las leyes hubieren determinado*,” lo que da a entender que son estas últimas, las leyes que especialmente se dictan al efecto, las que podrán servir de fundamento para otorgarle carácter de instrumento público a uno extendido por funcionario administrativo.

Además, comparando este inciso segundo con el primero se advierte rápidamente que en ambos se hace referencia *simultánea e indistinta* a los “escribanos o funcionarios públicos,” diferenciándose en que el primer inciso trata de las

⁵⁷ ARENA, GREGORIO, “L’ «utente-sovrano»,” en UNIVERSIDAD DE VENEZIA, *Studi in onore di Feliciano Benvenuti*, t. I, Módena, Mucchi Editore, 1996, *op. cit.*, p. 147 y ss.; ELIA, LEOPOLDO, “La nuova cittadinanza,” *op. ult. cit.*, t. II, p. 723 y ss.; GHETTI, GIULIO, “Alcune considerazioni su il nuovo cittadino,” *op. cit.*, p. 835 y ss.; ETTORE ROTELLI, “Il nuovo cittadino di Feliciano Benvenuti,” *op. cit.*, t. IV, p. 1527 y ss., quienes desarrollan a BENVENUTI, FELICIANO, *Il nuovo cittadino. Tra garanzia e libertà attiva*, Venezia, Marsilio, 1994, p. 60 y ss.

⁵⁸ Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, art. 386.

⁵⁹ COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, *op. cit.*, t. II, pp. 64-8.

“escrituras públicas [...] y las copias” y el segundo inciso de “cualquier otro instrumento.” Dice así el inc. 1º): “Las escrituras públicas hechas por escribanos públicos en sus libros de protocolo, o por otros funcionarios con las mismas atribuciones y las copias de esos libros sacadas en la forma que prescribe la ley.” De allí se desprende el error de querer interpretar al primer inciso como refiriéndose exclusivamente a los escribanos públicos y el segundo a los funcionarios públicos, que aparecerían así supuestamente facultados para emitir instrumentos públicos.

Por el contrario, ambos incisos se refieren tanto a escribanos como a funcionarios *facultados por las leyes*, unos u otros o ambos, para dar fe de los actos jurídicos; el primer inciso se aplica a las escrituras públicas y sus copias y el segundo a otro tipo de instrumentos públicos que las leyes contemplan.

Prestando atención, además, a que el inc. 1º habla de “otros funcionarios con las mismas atribuciones” —de los escribanos— y el inc. 2º de los escribanos “o funcionarios públicos en la forma que las leyes hubieren determinado,” se concluye con toda claridad que el Código Civil está tratando en primer lugar, en ambos incisos, de los escribanos públicos y que sólo contempla en segundo lugar, *en sustitución de los escribanos*, a otros funcionarios que las leyes determinen al efecto.

En ausencia de tales leyes que den razonable y expresamente a ciertos funcionarios las facultades propias en primer lugar de los escribanos, mal pueden fundarse en el Código Civil esas supuestas atribuciones.

La solución indicada se refuerza atendiendo a que los demás incisos del art. 979 contemplan en forma especial varios casos de instrumentos públicos emanados del gobierno, a los que expresamente se da el carácter de instrumentos públicos: Los billetes o títulos de crédito emitidos por el tesoro público, las cuentas sacadas de los libros fiscales (inc. 5º), las inscripciones de la deuda pública (inc. 7º), los billetes emitidos por los bancos autorizados (inc. 9º), los asientos y las copias en los registros civiles, inc. 10º. El que el Código Civil se haya ocupado en estos incisos de reconocer carácter de instrumento público a una serie de documentos administrativos concretos, es la mejor prueba posible de que el sentido del inc. 2º no es darle a todos los documentos administrativos tal carácter ya que de haber sido así, resultaría una injustificable repetición lo expresado a continuación en el mismo artículo.

9. *Los instrumentos públicos en la era digital*

La pretensión de certeza del instrumento público en general y de las escrituras públicas en particular tiene ante sí un desafío tecnológico cuando se produce la migración a otro medio de soporte que los tradicionalmente conocidos. El tema se halla en constante evolución y cabe en ella destacar la ley 25.506,⁶⁰ que define la firma digital como el “resultado de aplicar a un documento digital un

⁶⁰ Reglamentado por decretos 2628/02,724/06 y 1028/03; y decisión administrativa 6/07.

procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose ésta bajo su absoluto control.”⁶¹ Más allá de la complejidad de la redacción de la norma, parece claro que se trata del uso de un código o clave, generalmente alfanumérico en su mayor parte (puede también incluir otros símbolos o signos), que permite identificar un documento en forma individual. Lo de llamarlo “matemático” proviene del uso del sistema binario de “unos” y “ceros” que utiliza la computadora para trasladar a su propio lenguaje las letras, números y símbolos de que se trate en el lenguaje ordinario.

La norma agrega que la firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, de modo tal que dicha verificación permita tanto identificar al firmante como al documento firmado y por ende poder detectar eventualmente cualquier alteración del documento digital que pueda aparecer posteriormente a su confección y “firma.” La ley define al documento digital como la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo; estableciendo que el documento digital también satisface el requerimiento de escritura: o sea, es un documento equiparable a instrumento “escrito,” cualquiera sea el soporte material que tenga y cualquiera sea la simbología con la cual se lo registra, a condición claro está de que sea comprensible por el destinatario. La norma no presenta problemas de interpretación: cualquier soporte material apto para tener un registro digital es válido al efecto de esta ley. Podrá ser tanto el papel (o cartulina, cartón, madera, metal, etc.) como, exagerando un poco la nota, un holograma o un haz de luz. Al final de cuentas la ley admite el documento digital “con independencia del soporte utilizado para su fijación.” A ello cabe agregar la clásica forma verbal en los mismos casos que de antiguo es admisible; nada varía respecto de ella el régimen de los actos digitales. Tampoco cambia en nada el régimen de los actos administrativos tácitos o implícitos, ni de los actos presuntos: En materia de instrumentos digitales estamos en presencia de un acto expreso y en lenguaje comprensible y registrable.

Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma; es decir, al titular del código alfanumérico o sistema matemático de encriptación de que se trate: en otras palabras, que la firma digital corresponde a su verdadero titular. Expresa la ley que a fin de que la así llamada “firma”⁶² (que de firma en el sentido tradicional del vocablo puede ya no tener nada) sea válida, deberá ser

⁶¹ La llamada firma digital posibilita la suscripción de cualquier tipo de información: texto, imagen o sonido. Ver ROCA, SANTIAGO, “El acto administrativo digital en el marco del nuevo procedimiento administrativo” *www.revista.rap.com.ar*, *Circular Letter* n° 40.

⁶² Los arts. 2° y 5° distinguen firma digital y electrónica. Mientras que no se otorguen licencias a los certificadores sólo habría firma electrónica, pues la digital identifica y valida los datos pertenecientes al remitente —firmante— de un documento digital a través de Internet. Conviene recordar que se trata de meras estipulaciones semánticas, no de “esencias” diversas: *supra*, t. 1, cap. I, § 6 y 7.

creada durante el período de vigencia del certificado digital (a su vez válido) del firmante: Como es obvio, si el titular cambia su código, el viejo ya deja de identificar a un documento como propio de él. Quizás la mejor forma de representar mentalmente el proceso tecnológico involucrado en el documento y la firma digital sea comparándolo a una transacción personal en un cajero automático o *teller machine*. Con el *pin* o código personal vigente, uno realiza operaciones civiles o comerciales en tiempo real que lo obligan igual que un documento con soporte papel y firma autógrafa. Lo mismo en materia administrativa y tributaria, en que ya diversas transacciones se hacen con la Administración Federal de Ingresos Públicos utilizando esta metodología: La autorización a un imprentero para emitir facturas fiscales a un contribuyente, etc.

Asimismo, la llamada firma digital debe ser debidamente controlada por la referencia a los datos de verificación pertinentes, indicados en dicho certificado según el procedimiento de certificación utilizado. Se requiere que dicho certificado haya sido emitido o reconocido por un certificador licenciado.⁶³ En esta última categoría se comprende toda persona jurídica que expida certificados y cuente con licencia para ello, otorgada por el ente licenciante, que puede ser público o privado (por ejemplo, un escribano público, un banco) en los documentos en general, pero presumiblemente será solamente público en el caso del instrumento que contenga un acto administrativo.

El titular del certificado digital (o sea, del código de acceso que permite la fijación de su “firma” a un documento) posee diversas obligaciones: Mantener el control exclusivo de sus datos de creación de firma digital, impedir su divulgación; utilizar un dispositivo de creación de firma técnicamente confiable; solicitar la revocación de su certificado al certificador licenciado ante cualquier circunstancia que pueda haber comprometido la privacidad de sus datos de creación de firma e informar al certificador licenciado del cambio de alguno de sus datos contenidos en el certificado digital que hubiera sido objeto de verificación.

El certificador licenciado es responsable de los daños y perjuicios que ocasionen los errores u omisiones que presenten los certificados que expida, como así también por no revocarlos en legal tiempo y forma cuando así correspondiere, y por las consecuencias imputables a la inobservancia de procedimientos de certificación exigibles. Corresponde pues al prestador de servicios demostrar que actuó en la forma diligente. Ello vale tanto para una como otra parte de la transacción. La analogía con la operación bancaria por cajero automático o cualquier otra operación por internet es quizás la más apropiada para comprender el procedimiento.

⁶³La decisión administrativa 6/07 de la Jefatura de Ministros establece el marco normativo para el otorgamiento y revocación de las licencias de los certificadores, completando el sistema que consta de tres actores: La Oficina Nacional de Tecnología de la Información (ONTI), los Certificadores Licenciados y los usuarios.

La ley 25.506 señala el avance del derecho y su proyección hacia la tecnología actual y futura; sin embargo, esta ley no es por ahora aplicable a las disposiciones por causa de muerte, a los actos jurídicos del derecho de familia, a los actos personalísimos en general y a los actos que deban ser instrumentados bajo exigencias incompatibles con la utilización de la firma digital, ya sea como consecuencias de disposiciones legales o acuerdo de partes, o las circunstancias del caso. Nos encontramos ante los albores de una nueva era digital en materia administrativa, pero esta era digital no vendrá rápido a ser realidad. Otras normas habían autorizado anticipadamente⁶⁴ el uso de los nuevos medios probatorios que la tecnología va desarrollando. Sólo cabe abrigar la esperanza de que la súbita cerrazón a que queda sometido un país muy emergente por falta de generalizado acceso pleno a la tecnología, no sea un impedimento para materializar eficazmente la aplicación de estos progresos conceptuales luego del avance tecnológico en curso de constante evolución. Parece pues una tendencia correcta, con las salvedades que efectuamos en este capítulo.

10. Conclusiones

10.1. Es muy discutible que los documentos emanados de cualquier funcionario tengan el carácter de instrumentos públicos; la jurisprudencia lo ha negado en reiteradas oportunidades. En nuestro concepto, ese carácter no surge del Código Civil, ni puede tampoco extraerse de principios teóricos subjetivamente postulados, sin fundamento normativo alguno.

10.2. 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 dirigida.

10.3. Aún admitiendo el carácter de instrumentos públicos de las actuaciones administrativas, el efecto de tal naturaleza no es otro que el de hacer plena fe del otorgamiento y la fecha del instrumento, no de su contenido dispositivo o enunciativo (COUTURE), ni de los hechos a los cuales se refiere (MAIRAL).

10.4. Son terceros al instrumento las personas que resulten alcanzadas por él, incluso aunque lo hayan firmado, si el acto administrativo es *unilateral* (p. ej., sanciones). Si el acto es contractual, entonces el contratante es parte en el instrumento.

⁶⁴ Ver *supra*, nota 39 y sus remisiones.

10.5. El contenido del instrumento hace plena fe para las partes y ellas sólo pueden probar su falsedad por acción civil o criminal; el contenido del instrumento, en cambio, no hace plena fe para los terceros, los que pueden utilizar todos los medios de prueba, incluso las presunciones, para desvirtuarlo (ALSINA).