

SABERES

Revista de estudios jurídicos, económicos y sociales

VOLUMEN 1 ~ AÑO 2003

Separata



EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA ERA DIGITAL: LA NECESIDAD DE ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN

Emilio Suñé Llinás



UNIVERSIDAD ALFONSO X EL SABIO
Facultad de Estudios Sociales
Villanueva de la Cañada

© Emilio Suñé Llinás

© Universidad Alfonso X el Sabio
Avda. de la Universidad,1
28691 Villanueva de la Cañada (Madrid, España)

Saberes, vol. 1, 2003

ISSN: 1695-6311

No está permitida la reproducción total o parcial de este artículo ni su almacenamiento o transmisión, ya sea electrónico, químico, mecánico, por fotocopia u otros métodos, sin permiso previo por escrito de los titulares de los derechos.

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN LA ERA DIGITAL: LA NECESIDAD DE ENTIDADES DE CERTIFICACIÓN*

Emilio Suñé Llinás**

RESUMEN: Partiendo de la legislación vigente sobre procedimiento administrativo, se estudian las posibilidades de los particulares de comunicarse telemáticamente con la Administración cuando los escritos están sujetos a formalidades procedimentales, con especial atención al papel que juegan las Entidades de Certificación y a los requerimientos de seguridad que debe reunir la transmisión.

PALABRAS CLAVE: procedimiento administrativo, entidades de certificación, comunicación telemática, documento informático.

SUMARIO: 1. Introducción.– **2. La informática y el procedimiento administrativo en la legislación española.**– 2.1. Precisiones preliminares.– 2.2. Garantías frente a las decisiones individuales automatizadas.– 2.3. Aprobación administrativa de programas informáticos.– 2.4. El documento electrónico administrativo y sus copias.– **3. Los registros de documentos.**– **4. Soluciones para una adecuada comunicación electrónica entre los particulares y la Administración.**– 4.1. Prestación de servicios de seguridad para la comunicación electrónica, en el ámbito de la Administración Pública.– 4.2. Procedimiento de comunicación telemática, Autoridades de Certificación de la Administraciones Públicas y otras Entidades de Certificación.– 4.2.1. Confidencialidad.– 4.2.2. Integridad.– 4.2.3. Autenticidad.– 4.2.4. No rechazo.– 4.2.5. Desarrollo del procedimiento.

1. Introducción

A estas alturas se puede afirmar que lo habitual es ya que la mayor parte de la tramitación del Procedimiento Administrativo, conste en algún tipo de soporte de información digital. Afortunadamente los ordenadores, por su capacidad, entre muchas otras, de proceso de textos, han desterrado la máquina de escribir de la mayoría de las dependencias administrativas, lo que implica que aun cuando el papel no haya dejado de ser una parte esencial de la denominada cultura administrativa, la información que aquél contiene, parte de un previo soporte digital. Por esta causa, si existiese una organización de la información más razonable, en el seno de las

* Publicado inicialmente en <http://www.uax.es/iurisuax> año 1999.

** Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid. Director del Master en Informática y Derecho.

Administraciones Públicas, nada impediría que se profundizase en la informatización más o menos integral de los procedimientos que se llevan a cabo en su seno, con el consiguiente ahorro de tiempo y, por lo tanto, de dinero y la no menos importante mejora en la eficacia de los servicios públicos, a la que debiera tener derecho el ciudadano, que no en vano de una u otra forma los paga.

La Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (usualmente nombrada con el acrónimo LRJAP-PAC), demostró un inocente apunte de buena voluntad a este respecto, y digo inocente, porque toda medida administrativa cuya implementación se supedita a la lógica burocrática es, casi siempre, un fracaso. Esto es algo así como si en los estatutos de una sociedad anónima se estableciera que la consecución de determinados objetivos de la empresa mercantil, queda bajo la exclusiva responsabilidad de los trabajadores. Lo que la Dirección de cualquier organización, en ningún caso debe hacer, es abdicar de sus funciones y aplazar *sine die* la puesta en práctica de decisiones que se consideran beneficiosas para la dinámica organizacional. Algo así, que en la empresa privada es casi impensable, resulta sin embargo frecuente en la Administración Pública.

El artículo 45.1 de la LRJAP-PAC dice:

Las Administraciones Públicas impulsarán el empleo y aplicación de las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos, para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias, con las limitaciones que a la utilización de estos medios establecen la Constitución y las Leyes.

El artículo 38.3 de la misma Ley, parece tener carácter imperativo cuando precisa:

Los registros generales, así como todos los registros que las Administraciones Públicas establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático...

Pero la subrepticia Disposición Adicional 2ª de la propia LRJAP-PAC, se ocupa de desvanecer cualquier apresurada ilusión, al establecer:

La incorporación a soporte informático de los registros a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, será efectiva en la forma y plazos que determinen el Gobierno, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, en función del grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan.

Es literalmente inconcebible, hoy y en 1992, que algo que puede hacerse con un sencillo ordenador personal o PC, incluso en el Ayuntamiento con las mayores penurias económicas de toda España, se demore *sine die*, con una indebida apelación al grado de desarrollo de los medios técnicos. Pese a todo, es mejor una Ley que abra explícitamente las puertas a la Informática, en el Procedimiento Administrativo, que otra que ni siquiera se refiera al tema, por el riesgo de que esto se interpretase como prohibición. Puesto que, conforme acabamos de ver, en España existe un Derecho que se refiere mal que bien a la materia tratada, me atenderé inicialmente a él, para enfocar los dos epígrafes que siguen en la exposición, incluso en los bloques de temas a tratar, el primero de ellos relativo al Procedimiento Administrativo en general -ya que no general- y el siguiente a la específica cuestión de los registros de documentos.

Antes de entrar en tales materias, quiero terminar la presente Introducción con una observación más: La Ley, para regular los modernos documentos cuyo soporte no es el papel, alude con un criterio de lo más razonable al documento electrónico, informático y telemático (EIT). En el fondo hubiera bastado con una alusión genérica al documento electrónico que engloba a los otros dos, los cuales, a su vez y en la práctica son sinónimos, pues todo lo que es informático puede ser telecomunicado y, en consecuencia, es telemático. No discuto el criterio del Legislador, que incluso no deja de ser correcto; pero razones de orden práctico me impulsan a ceñir este comentario al documento informático o telemático, que es lo mismo, puesto que tomar en consideración, con carácter general al documento electrónico, me obligaría a hacer referencia a sistemas tan obsoletos como el telefax analógico de los años 70, cuya problemática de seguridad e integridad documental, no puede resolverse con los mismos parámetros que en el caso del documento informático. En consecuencia, sin discutir en absoluto la referencia genérica del Legislador al documento electrónico, personalmente aludiré con exclusividad al documento informático, también denominado documento digital -pues no en vano en lo digital se halla el fundamento de la informática comercial-, que es el auténticamente importante al día de hoy y cuya problemática no es al cien por cien idéntica a la que plantean otras clases de documentos electrónicos, sobre todo cuando no están soportados por tecnologías de informática digital.

2. La informática y el procedimiento administrativo en la legislación española

2.1. Precisiones preliminares

Ya se ha dicho que el artículo 45 de la LRJAP-PAC es el que se refiere, con carácter general, a esta cuestión, si bien de una manera tímida. De lo que se trata es de impulsar, no se sabe cuándo ni cuánto, y sin olvidar las sempiternas prevenciones hacia la tecnología, al referirse *in genere* a limitaciones constitucionales y legales, cuando nada hubiera costado no mencionar un tema que por otra parte es obvio, o referirse específicamente a la protección de la intimidad y demás derechos regulados en el artículo 18 de la Constitución, que es aquello en lo que, sin duda, estaba pensando el Legislador -como en el fondo reconoce el Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, por el que se regula la utilización de técnicas electrónicas, informáticas y telemáticas, por la Administración General del Estado-, cuyo artículo 2.1, dice: En especial, se garantizará el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos ajustándose, a tal efecto, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, y en las demás Leyes específicas que regulan el tratamiento de la información así como en sus correspondientes normas de desarrollo.

La demora *sine die* de la posibilidad que aparentemente se le otorga al ciudadano, de relacionarse informáticamente con la Administración, queda patente en el artículo 45.2 LRJAP-PAC, al precisar: Cuando sea compatible con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas, los ciudadanos podrán relacionarse con ellas para ejercer sus derechos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos o telemáticos con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento. La Ley tiene muy buen criterio a la hora de establecer la relación telemática del ciudadano con la Administración, como potestativa de aquél, lo cual impide que la Administración pueda imponerle este mismo procedimiento en las comunicaciones y, sobre todo, notificaciones, que ella misma dirija a los ciudadanos; pero de nuevo resulta inconcebible que la comunicación se condicione a la compatibilidad con los medios técnicos de que dispongan las Administraciones Públicas. Reitero que tanto hoy como en 1992, no existe una Administración territorial tan misérrima que no pueda disponer de un sencillo PC, dotado de módem/fax, con el software correspondiente; y una vez que Internet es ya un fenómeno de masas, ni siquiera se requiere la

disponibilidad de un dominio propio que haría aconsejable tener un ordenador permanentemente conectado a la red. Basta con establecer un nada oneroso contrato con un proveedor de servicios, al igual que lo hemos hecho millones de ciudadanos, o que ejerzan esta función entes como las Diputaciones Provinciales que, en teoría, están precisamente para dar este tipo de apoyo a los Municipios.

Resulta chocante que un precepto legal que habilita al ciudadano a relacionarse telemáticamente, siempre de forma potestativa, con la Administración, una vez se cumplan determinadas condiciones organizativas, es transformado por el el Real Decreto 263/1996, en una disposición de mucho mayor alcance, en su artículo 7, hasta el punto que bien podría decirse que se trata, en este extremo, de un auténtico reglamento independiente, en una materia, como el Procedimiento Administrativo Común, reservada constitucionalmente a la Ley (art. 149.1.18? CE). Su propio rótulo es inequívoco, al referirse, en general, a comunicaciones en soportes o a través de medios o aplicaciones informáticos, electrónicos o telemáticos. El tema es especialmente grave, habida cuenta de que, a la postre, no establece un cómo y un cuándo concretos, para la tan cacareada relación electrónica entre el ciudadano y la Administración. Es decir, deja sin resolver el problema de fondo, que es precisamente la implementación del sistema.

En otras palabras, el Reglamento regula incluso -y de forma tan rígida como inadecuada- las comunicaciones telemáticas entre órganos administrativos, en lugar de hacer lo que debe, que es aplicar la Ley y posibilitar, en consecuencia, la comunicación telemática, con plena eficacia jurídica, entre los ciudadanos y la Administración.

Dice el referido artículo 7 del Real Decreto 263/1996, en sus tres primeros apartados:

1. La transmisión o recepción de comunicaciones entre órganos o entidades del ámbito de la Administración General del Estado o entre estos y cualquier persona física o jurídica podrá realizarse a través de soportes, medios y aplicaciones informáticos, electrónicos y telemáticos, siempre que cumplan los siguientes requisitos:

a) La garantía de su disponibilidad y acceso en las condiciones que en cada caso se establezcan.

b) La existencia de compatibilidad entre los utilizados por el emisor y el destinatario que permita técnicamente las comunicaciones entre ambos, incluyendo la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por la Administración General del Estado.

c) La existencia de medidas de seguridad tendentes a evitar la interceptación y alteración de las comunicaciones, así como los accesos no autorizados.

2. Las comunicaciones y notificaciones efectuadas en los soportes o a través de los medios y aplicaciones referidos en el apartado anterior serán válidas siempre que:

a) Exista constancia de la transmisión y recepción, de sus fechas y del contenido íntegro de las comunicaciones.

b) Se identifique fidedignamente al remitente y al destinatario de la comunicación.

c) En los supuestos de comunicaciones y notificaciones dirigidas a particulares, que éstos hayan señalado el soporte, medio o aplicación como preferente para sus comunicaciones con la Administración General del Estado en cualquier momento de la iniciación o tramitación del procedimiento o del desarrollo de la actuación administrativa.

3. En las actuaciones o procedimientos que se desarrollen íntegramente en soportes electrónicos, informáticos y telemáticos, en los que se produzcan comunicaciones caracterizadas por su regularidad, número y volumen entre órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado y determinadas personas físicas o jurídicas, éstas comunicarán la forma y código de accesos a sus sistemas de comunicación. Dichos sistemas se entenderán señalados con carácter general como preferentes para la recepción y transmisión de comunicaciones y notificaciones en las actuaciones a que se refiere este apartado.

De nuevo resulta inconcebible que en plena era Internet el Real Decreto esté repleto de inútiles burocratismos, tales como el condicionamiento, con carácter general, de la comunicación electrónica a la utilización de códigos y formatos o diseños de registro establecidos por la Administración General del Estado.

La realidad de este precepto, es que:

- 1) La garantía de su disponibilidad -de los sistemas de la Administración, se entiende- y acceso en las condiciones que en cada caso se establezcan, aplaza el problema *sine die*, y lo deja a la discrecionalidad más absoluta de todos y cada uno de los Entes Administrativos. Esto, en un Estado que pretende ser del primer mundo, no es de recibo.
- 2) De la compatibilidad, formatos y demás, ya se ha dicho todo lo que había que decir.
- 3) Las medidas de seguridad, se refieren a interceptación de las comunicaciones, alteración de las mismas y accesos indebidos; pero curiosamente no a su origen, lo que depende de cómo se interprete puede dar pie a que un procedimiento se inicie, si lo consiente o promueve determinado Ente Público, con documentos que no irían

propia y debidamente firmados, lo que en condiciones normales sería una causa -tenida por insubsanable, además- de nulidad de la instancia. Personalmente he visto cómo en un Órgano Constitucional del Estado, se admitían instancias presentadas por fax, lo cual es incompatible con una consideración mínimamente seria del requisito de firma. En procedimientos susceptibles de libre -y gratuito- desistimiento o renuncia, no tengo nada en contra de tal admisibilidad, a condición de que se admita igualmente, por los canales usuales, un escrito sin firma.

Resulta por enésima vez chocante, que al extenderse *praeter legem* el Real Decreto 263/1996, incluso a las comunicaciones entre las Administraciones y organismos públicos, aparece una burocrática exigencia sistemática de medidas de seguridad, que puede afectar a cuestiones de escasa importancia que no las requieran inexcusablemente.

El Real Decreto 263/1996, emanado pocos días antes de unas Elecciones Generales, no resuelve, desde luego, ningún problema. Lo grave es que además los crea; hasta el punto de que para zanjar la cuestión de la comunicación electrónica -y especialmente telemática- con la Administración, la solución pasa por derogar completamente el referido Decreto 263/1996, sustituirlo por otro que se dirija a resolver el problema real, que es la implementación efectiva de un sistema sencillo y seguro, que hoy por hoy pasa por la creación de una -o varias- Autoridades de Certificación de la Administración Pública, que permitan garantizar la seguridad, en el amplio sentido que más adelante se describirá, de todas las comunicaciones con o de las Administraciones Públicas que así lo precisen y en el grado requerido por las mismas.

Nada impediría habilitar a terceros confiables o Autoridades de Certificación privadas -aunque dado lo equívoco del término Autoridad cuando no se refiere a un Ente Público, en lo sucesivo hablaré de Entidades de Certificación-, para extender su actividad a las instancias y demás escritos con requerimientos de constancia, que se produzcan entre los particulares y las Administraciones Públicas. Todo ello a condición de que las referidas Entidades de Certificación -reitero que no me gusta la usual expresión Autoridades de Certificación- cumplan los requisitos específicos que, para el desarrollo de la actividad certificadora que afecte a las Administraciones Públicas, se establezcan en la futura legislación

sobre Firma Electrónica. Esta cuestión va a requerir de regulación a corto plazo, pues no en vano datos procedentes de la Unión Europea apuntan inequívocamente en este sentido. He tenido ocasión de estudiar una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de fecha 13 de mayo de 1998, por la que se establece un marco común para la firma electrónica -COM (1998) 297 final- que establece un sistema de libre acceso al mercado de los proveedores de servicios de certificación. Es muy significativo que el artículo 3.4 de esta Propuesta, diga literalmente:

Los Estados miembros podrán supeditar el uso de la firma electrónica en el sector público a prescripciones adicionales. Estas prescripciones serán objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, y sólo harán referencia a las características específicas de la aplicación de que se trate.

Hay que añadir que la Propuesta de Directiva prevé un plazo de transposición que se agotaría el 31 de diciembre del tan inmediato año 2000, plazo que habría que alargar si se retrasa más de lo previsto su aprobación; pero no parece que en ningún caso esta cuestión vaya a demorarse mucho más allá de la fecha inicialmente prevista, por lo que la Administración debiera estar muy atenta, a fin de disponer de borradores para una pronta y acertada elaboración del correspondiente Proyecto de Ley.

- 4) Sin esta Autoridad de Certificación de la Administración Pública, o las Entidades de Certificación privadas a las que se acaba de aludir, resulta muy difícil cumplir el artículo 7.2, letras a) y b), del Real Decreto 263/1996, en relación con los requisitos que se piden a comunicaciones y notificaciones.
- 5) La letra c) del mismo precepto, tiene un contenido acertado, al permitir las comunicaciones de la Administración con los ciudadanos por procedimientos electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que hayan sido señalados como preferentes por los propios ciudadanos, o se trate -párrafo 3- de procedimientos que se desarrollen íntegramente por tales medios; pero extender este criterio a las notificaciones es demasiado arriesgado, si antes no se han implementado sistemas seguros en esta comunicación, que de nuevo giran en torno de las Autoridades de Certificación de las Administraciones Públicas, o de Entidades privadas de Certificación

especialmente habilitadas, y se siguen procedimientos como los que en el último capítulo de este trabajo se expondrán.

2.2. Garantías frente a las decisiones individuales automatizadas

El artículo 45.3 de la LRJAP-PAC, precisa literalmente: Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce. A mi entender, un precepto de estas características adquiere pleno sentido si se le pone en relación con el artículo 12 de la Ley Orgánica reguladora del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal (LORTAD), que bajo el rótulo impugnación de valoraciones basadas exclusivamente en datos automatizados, dice: El afectado podrá impugnar los actos administrativos o decisiones privadas que impliquen una valoración de su comportamiento cuyo único fundamento sea un tratamiento automatizado de datos de carácter personal que ofrezca una definición de sus características o personalidad.

Actualmente, los sistemas expertos, que son sistemas informáticos con capacidad de inferencia lógica, pueden llevar a cabo un proceso decisional en casi todos los campos, incluido el del Derecho. Lo suyo es que se empleen como herramientas muy sofisticadas de apoyo lógico a la decisión humana; pero puesto que en si mismos tienen capacidad decisional -aunque con evidentes limitaciones y riesgos-, es razonable que el Legislador tome precauciones encaminadas a evitar decisiones por ordenador. La LORTAD - que regula esta cuestión de forma semejante a la Directiva 95/46- intenta impedir que se puedan adoptar decisiones sobre las personas en base a un perfil de las mismas hecho por ordenador, lo que es de todo punto inmoral, al tratar a las personas como cosas, o todavía peor, como simples números. Incluso se podría afirmar que el precepto de la LORTAD es tibio en su redacción, o quizás mejor impreciso, puesto que la capacidad del afectado de impugnar actos o negocios jurídicos que le afecten, es más que evidente. Sería más adecuado que la disposición hubiera declarado directamente la nulidad radical de tales actos y negocios jurídicos, que es, muy probablemente, lo que el Legislador en el fondo perseguía y no acertó a expresar.

En idéntico sentido, el artículo 45.3 LRJAP-PAC, exige garantías de que el ejercicio de competencias administrativas se efectúe, en última instancia, por un operador humano. También adolece esta Ley de falta de precisión, en lo que se refiere a las consecuencias jurídicas de la infracción

de dicho precepto, cuya sanción habría de ser, razonablemente, la anulabilidad del acto, a tenor del artículo 63 LRJAP-PAC, sin que pueda descartarse de plano la nulidad de pleno Derecho, en función de cómo se interpreten los requisitos de competencia y procedimiento, de las letras b) y e) del artículo 62.1 de la misma Ley.

2.3. Aprobación administrativa de programas informáticos

Con un criterio especialmente desafortunado, el artículo 45.4 de la LRJAP-PAC, señala que los programas y aplicaciones electrónicos, informáticos y telemáticos que vayan a ser utilizados por las Administraciones Públicas para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente, quien deberá difundir públicamente sus características. De nuevo aparecen los burocratismos extremos que, en una interpretación literal del precepto afectarían a programas de uso tan extendido en la Administración como Microsoft Word o Excel. Afortunadamente, en este caso el desarrollo del precepto por el Real Decreto 263/1996, ha optado por la vía de reducir en alguna medida el extremo desacierto de una norma que nunca debió incluirse en la LRJAP-PAC, si bien los criterios y procedimientos del Real Decreto, tampoco aciertan a ser los más razonables.

Probablemente el desarrollo más sensato de este desafortunado precepto sería someter a aprobación los programas encargados por la Administración a medida de sus específicas necesidades y eximir de la misma a programas destinados a la difusión en el mercado, mediante licencia de uso de la correspondiente copia. En general habría que evitar, en lo posible, los excesivos rigores burocráticos de la aprobación. Frente a ello se ha optado por someter a aprobación los programas utilizados, con carácter no instrumental, para el ejercicio de potestades y exigir, incluso, que el acto de aprobación se publique en el Boletín Oficial del Estado. La regulación detallada de esta materia se efectúa por dos artículos del Real Decreto, que son el 5 y el 9, que acto seguido se expondrán y comentarán brevemente:

Artículo 5. Aplicaciones sometidas a aprobación.

1. Los programas y aplicaciones que efectúen tratamientos de información cuyo resultado sea utilizado para el ejercicio por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado de las potestades que tienen atribuidas deberán ser objeto de aprobación y difusión pública en los términos regulados en el presente Real Decreto.

2. No será precisa la aprobación y difusión pública de los programas y aplicaciones cuya utilización para el ejercicio de potestades sea de carácter meramente instrumental, entendiéndose por tales aquellos que efectúen tratamientos de información auxiliares o preparatorios de las decisiones administrativas sin determinar directamente el contenido de éstas.

La verdad es que la frontera entre los programas sometidos a aprobación y los que no, es tan difusa, y por lo tanto propensa a la inseguridad jurídica, que se llega a distinta conclusión, en función de cuál de los dos párrafos del artículo 5 del Real Decreto se lea. El primero de ellos somete a aprobación a programas cuyo resultado sea utilizado para el ejercicio de potestades, lo que, así dicho, en ocasiones podría alcanzar a programas de uso tan común como Wordperfect o Microsoft Word. El segundo, en cambio, destaca que la no necesidad de aprobación se refiere a programas de carácter meramente instrumental, lo que deja claro que se exime a WordPerfect, Word y software de análogo propósito; pero acto seguido, al entender que los no instrumentales son los que determinan directamente el contenido de las resoluciones administrativas, parece que sólo estarían sujetos a aprobación los sistemas expertos y programas de prestaciones similares. Es más, comoquiera que, conforme hemos visto, la determinación directa de resoluciones administrativas está expresamente prohibida por la Ley 30/1992 (artículo 45.3), al exigir que se garantice el ejercicio de la competencia por el titular del correspondiente órgano administrativo, lo que es lógicamente incompatible con la determinación informática de la decisión, resulta que ningún programa de uso legal estaría realmente sujeto a aprobación.

Personalmente me incomoda tener que comentar -porque no en vano esta es mi especialidad- unos preceptos hechos con un grado tan notorio de desconocimiento de la materia regulada. En la sociedad de la información, una buena regulación del Procedimiento Administrativo informatizado es un dato de extrema importancia para el fomento del desarrollo de la comunicación telemática, a todos los niveles, que a su vez resulta indispensable para los países con voluntad de tener posiciones estratégicas en la sociedad postcontemporánea. La desgraciada realidad de nuestra regulación de la materia, es que se produce justamente el efecto contrario.

El fondo práctico del asunto es que sólo se van a someter a aprobación aquellos programas en los que aleatoriamente se tome esta decisión, puesto que, por demás, la incidencia de la no aprobación de los programas, no pasaría de ser una mera irregularidad, que no incidiría sobre la validez de la

resolución que finalmente se adopte. Por otra parte, con lo oscuro de la normativa aplicable, no se adivina en qué tipo de responsabilidad, por omisión, podría incurrir el titular del órgano administrativo correspondiente.

De vuelta ya al texto del Real Decreto 263/1996, se reproducirá ahora su artículo 9, que reza como sigue:

Artículo 9. Aprobación y publicación de aplicaciones.

1. Las aplicaciones a que se refiere el artículo 5 de este Real Decreto que vayan a ser utilizadas en el ejercicio de las competencias de un Departamento ministerial o entidad de derecho público vinculada o dependiente de la Administración General del Estado deberán ser aprobadas mediante resolución del órgano administrativo que tenga atribuida la competencia para resolver el procedimiento, debiéndose solicitar previamente la emisión de los informes técnicos que se estimen convenientes.

En el supuesto de que las aplicaciones vayan a ser utilizadas en el ejercicio de competencias compartidas por varias entidades de derecho público de la Administración General del Estado vinculadas o dependientes del mismo departamento ministerial, deberán ser aprobadas mediante Orden del Ministerio correspondiente, debiéndose solicitar previamente la emisión de los informes técnicos que se estimen convenientes.

2. Las aplicaciones a que se refiere el artículo 5 de este Real Decreto que vayan a ser utilizadas en el ejercicio de competencias compartidas por varios Departamentos o entidades de derecho público de la Administración General del Estado vinculadas o dependientes de Departamentos diferentes deberán ser aprobadas mediante Orden del Ministerio de la Presidencia, a propuesta de los titulares de los Departamentos afectados, debiéndose solicitar previamente la emisión de los informes técnicos que se estimen convenientes.

3. Los informes técnicos a los que se hace referencia en los apartados anteriores se pronunciarán sobre los siguientes aspectos:

a) Legalidad de la aplicación: adecuación del funcionamiento de la aplicación a los requisitos y trámites del procedimiento.

b) Seguridad de aplicación: preservación de la disponibilidad, confidencialidad e integridad de los datos tratados por la aplicación.

c) Normalización de los medios de acceso: especificaciones técnicas sobre los medios, códigos y formatos de acceso.

d) Conservación de los soportes utilizados: proporción entre la durabilidad de los soportes y el tiempo en que deben mantenerse los datos en ellos incluidos.

4. Las Ordenes ministeriales y Resoluciones de aprobación se publicarán en el Boletín Oficial del Estado y tendrán el siguiente contenido mínimo:

a) Denominación y descripción de los objetivos de la aplicación.

b) Determinación de las resoluciones para cuya adopción va a ser utilizada la aplicación, señalando las normas que las regulan.

c) Identificación del órgano competente para la adopción de las resoluciones, indicando la norma que atribuye la competencia, y de los potenciales usuarios de la aplicación.

d) En su caso, régimen y medios de acceso a la aplicación.

En la difusión de las características de las aplicaciones se atenderá a la protección de los derechos de propiedad industrial e intelectual.

5. No será precisa la aprobación ni publicación de las nuevas versiones o modificaciones que se efectúen de los programas y aplicaciones que ya hubieran sido aprobados, siempre que no se hayan producido alteraciones que puedan afectar sustancialmente a los resultados de los tratamientos de información que efectúen.

Por todo comentario, decir que los dos primeros párrafos del artículo son prácticamente superfluos, al aplicar criterios generales de ejercicio jerárquico de la competencia, en el seno de la Administración del Estado y no resolver cuestiones que, sin embargo, podrían plantearse, como la relativa al ejercicio de la competencia de aprobación de los programas, cuando la competencia resolutoria del correspondiente procedimiento se halle desconcentrada o delegada.

Por lo que se refiere a los informes técnicos previos a la aprobación del programa, y habida cuenta de que tal como está redactado el artículo 9.1, 2º párrafo, son potestativos, estoy por afirmar que ello convierte en irrelevante el contenido del artículo 9.3. El tema es tan kafkiano que un informe técnico que se producirá o no por consideraciones de oportunidad tiene, sin embargo, un contenido reglado.

Por lo que se refiere al número 4, solamente reseñar el extremo burocratismo que supone obligar a publicar resoluciones tan irrelevantes como las de aprobación de los programas, en el Boletín Oficial del Estado, si bien en este caso el burocratismo está inducido por la Ley 30/1992 que - recordémoslo- impone difundir públicamente las características de los programas aprobados. El número 5 del artículo 9 del Real Decreto, al menos tiene el mérito de evitar una escalada de aprobaciones y correlativas publicaciones, para sucesivas versiones del mismo programa.

2.4. El documento electrónico administrativo y sus copias

A esta reflexión obliga el artículo 45.5 LRJAP-PAC, que de manera semejante a otros párrafos del mismo, pone de manifiesto las lagunas de pericia de quienes asesoraron al Legislador, en materias que requieren más buen hacer que simple buena voluntad. Transcrito en su literalidad, este es el precepto:

Los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas, o los que éstas emitan como copias de originales almacenados por estos mismos medios, gozarán de la

validez y eficacia de documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación y, en su caso, la recepción por el interesado, así como el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos por ésta u otras Leyes.

La distinción entre original y copia, en los documentos informáticos, es de una candidez tan entrañable que llega al alma de cualquiera que se vea obligado a leerla, convertida en Ley. El Derecho de la Informática impone tales cambios en la mentalidad y cultura del jurista, que en el caso del documento informático o digital, si bien sigue teniendo sentido el concepto de copia, otra cosa sucede con la tradicional idea de original. Para muestra un botón extraído de un exhaustivo libro de Carlos Barriuso, sobre la contratación electrónica, en el que la adherencia mental a estos conceptos conduce a unas disquisiciones, que si el propio autor las relejera, probablemente no las volvería a escribir, en el que sin duda es libro que merece la pena leer. Dice Barriuso:

En cuanto al carácter de «original» del documento electrónico aunque no está resuelto podemos determinar, ateniéndonos a un criterio puramente cronológico, que sería en principio el que se produce en la memoria RAM como soporte de los lenguajes binarios y codificados que usa el sistema. Pero como la memoria RAM en ausencia de energía eléctrica se borra, esta volatilidad y desmaterialización del documento obliga obviamente a que se grave en otro soporte indeleble. Así tendríamos distintas formas de guardar ese documento en los distintos tipos de almacenamiento (ver capítulo soportes) existentes o reconocidos por el sistema con las letras a,b,c,d, etc... o hacer una teletransmisión con grabación externa. Lo normal es grabarlo, en primer lugar, en el disco duro del sistema, pero como no es operativo desplazar el ordenador y su disco duro al Juzgado, hay que pasarlo definitivamente a otro soporte removible, normalmente el disquete, pero como tiene problemas de borrado y reescritura, lo aconsejable sería un CD grabado directamente de la memoria RAM, o del disco duro, con expresión del software y hardware usado en su confección.

El solo hecho de plantearse grabar un CD directamente desde memoria RAM, demuestra hasta qué punto el anclaje en el concepto tradicional de original, puede conducir a proponer soluciones asombrosas, pues no en vano responden a problemas artificiales. Informáticamente lo que se necesita es un documento de referencia, que asumiría el rol de documento primario, tradicionalmente asignado al original, en los soportes de papel. Para este documento de referencia, que es a lo que habría que asimilar, en el caso del documento electrónico, el tradicional concepto de original, habría que

garantizar, como muy bien dice la Ley, su autenticidad, integridad y conservación. Requisitos que la norma parece hacer extensivos a las correspondientes copias, si bien la conservación tiene mucha mayor relevancia -que la Ley no distingue- para el documento de referencia, que para las copias del mismo. La Ley, ahora con criterio muy correcto, exige que se garantice, en su caso, la recepción del documento por el interesado.

Por lo que se refiere al Reglamento (R.D. 263/1996), regula esta materia en los artículos 6 y 8, que reproduzco y comento acto seguido:

Artículo 6. Emisión de documentos y copias.

1. Los documentos emitidos por los órganos y entidades del ámbito de la Administración General del Estado y por los particulares en sus relaciones con aquéllos, que hayan sido producidos por medios electrónicos, informáticos y telemáticos en soportes de cualquier naturaleza serán válidos siempre que quede acreditada su integridad, conservación y la identidad del autor, así como la autenticidad de su voluntad, mediante la constancia de códigos u otros sistemas de identificación.

En los producidos por los órganos de la Administración General del Estado o por sus entidades vinculadas o dependientes, dichos códigos o sistemas estarán protegidos de forma que únicamente puedan ser utilizados por las personas autorizadas por razón de sus competencias o funciones.

2. Las copias de documentos originales almacenados por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos, expedidas por los órganos de la Administración General del Estado o por sus entidades vinculadas o dependientes, tendrán la misma validez y eficacia del documento original siempre que quede garantizada su autenticidad, integridad y conservación.

Artículo 8. Almacenamiento de documentos.

1. Podrán almacenarse por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos todos los documentos utilizados en las actuaciones administrativas.

2. Los documentos de la Administración General del Estado y de sus entidades de derecho público vinculadas o dependientes que contengan actos administrativos que afecten a derechos o intereses de los particulares y hayan sido producidos mediante técnicas electrónicas, informáticas o telemáticas podrán conservarse en soportes de esta naturaleza, en el mismo formato a partir del que se originó el documento o en otro cualquiera que asegure la identidad e integridad de la información necesaria para reproducirlo.

3. El acceso a los documentos almacenados por medios o en soportes electrónicos, informáticos o telemáticos se regirá por lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y, en su caso, por la Ley Orgánica 5/1992, de Regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal, así como en sus correspondientes normas de desarrollo.

4. Los medios o soportes en que se almacenen documentos deberán contar con medidas de seguridad que garanticen la integridad, autenticidad, calidad, protección y

conservación de los documentos almacenados. En particular, asegurarán la identificación de los usuarios y el control de accesos.

Lo único que deja claro el artículo 6, es que la autenticidad e integridad documental, deberá preservarse mediante claves -códigos o sistemas- que conocerán exclusivamente personas autorizadas. Lo cierto es que para este viaje no hacía falta ninguna alforja, al resultar el Real Decreto 263/1996 tan carente de eficacia como la propia Ley, pues hasta que otra disposición administrativa regule en concreto tales códigos y sistemas, el entero grupo normativo es inaplicable en esta materia.

El artículo 8, por su parte, se refiere al almacenamiento del documento informático en cualesquiera soportes, lo que es tanto como gastar palabras en abstenerse de regular la materia. También es superfluo que el derecho de acceso se someta a la normativa general relativa a Archivos y Registros (art. 37 LRJAP-PAC), o que se declare la obvia aplicabilidad de la LORTAD a esta materia. Por lo demás el precepto detalla, en grado mínimo, medidas de seguridad que, en el fondo ya vienen exigidas por la Ley. Palabras huecas.

Muy a mi pesar, no tengo más remedio que darle la razón a mi viejo amigo -y compañero de tribulaciones conjuntas- Andrés Elhazaz, uno de los mayores expertos que tiene la Administración española en esta materia, cuando en el texto escrito de una Conferencia Magistral, pronunciada en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, en el marco del IIIer Master en Informática y Derecho, dice:

El Real Decreto no ha aclarado precisamente la Ley sino que la ha embrollado más aún y ha iniciado el camino profetizado del exceso de reglamentarismo, y eso que apenas se ha comenzado a desarrollar. Son previsibles nubes de normas que reglamentarán todo lo reglamentable y hasta lo no reglamentable, agostando, como una plaga de langosta toda la esperanza de aplicación de las nuevas tecnologías que la Ley 30/1992, con todos sus defectos, había concebido.

No obstante soy absolutamente optimista. El implacable avance de los medios técnicos y la seguridad, comodidad y rapidez que proporcionan, pasarán como un rodillo sobre los aprendices de brujo que pululan por la Administración pública española. Cuando se está intentando aún regular las consecuencias jurídicas de escáneres, discos ópticos, telefaxes y correos electrónicos, nos encontramos con un fenómeno como Internet que lo arrolla todo. Seamos un poco sensatos y en vez de regular restrictivamente un presente que ya es pasado, concentrémonos en intentar adivinar el futuro, para que el futuro no pase por encima de nosotros. Observemos atentamente

qué está pasando con el tráfico mercantil en la red global y las posturas que están tomando las grandes corporaciones ante este fenómeno y prescindamos de una vez por todas de poner puertas al campo, de acarrear agua con cestos de mimbre o de prohibir los incendios en los pajares.

3. Los registros de documentos

Procederé, acto seguido, al análisis sistemático del artículo 38 de la Ley 30/1992, relativo a los Registros administrativos de entrada/salida de documentos, al menos en lo que tiene de relevante para el documento informático. En este sentido, reproduciré solamente los párrafos relevantes, a nuestros efectos, de este precepto, así como la Disposición Adicional 2ª de la Ley, puesto que el tristemente famoso Real Decreto 263/1996, salvo en aspectos muy puntuales, ni siquiera regula la cuestión.

Artículo 38.3.

Los registros generales así como todos los registros que las Administraciones Públicas establezcan para la recepción de escritos y comunicaciones de los particulares o de órganos administrativos, deberán instalarse en soporte informático.

El sistema garantizará la constancia, en cada asiento que se practique, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado, órgano administrativo remitente, si procede, y persona u órgano administrativo al que se envía, y, en su caso, referencia al contenido del escrito o comunicación que se registra.

Asimismo, el sistema garantizará la integración informática en el registro general de las anotaciones efectuadas en los restantes registros del órgano administrativo.

Artículo 38.4 (in fine). (Redactado de conformidad con la Ley 4/1999, de 13 de enero).

Mediante convenios de colaboración suscritos entre las Administraciones Públicas, se establecerán sistemas de intercomunicación y coordinación de registros que garanticen su compatibilidad informática, así como la transmisión telemática de los asientos registrales, y de las solicitudes, escritos, comunicaciones y documentos que se presenten en cualquiera de los registros.

D.A. 2ª. Informatización de registros.

La incorporación a soporte informático de los registros a que se refiere el artículo 38 de esta Ley, será efectiva en la forma y plazos que determinen el Gobierno, los Organos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local, en función del grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan.

Poco que añadir al comentario de las disposiciones legales, con respecto a lo que ya fue expuesto en la Introducción. Sólo remarcar lo insólito que resulta el aplazamiento legal de la informatización de los Registros de documentos, a la disponibilidad de medios técnicos que están al alcance de cualquier PYME. Es más, resulta inconcebible cómo la Administración del Estado no desarrolló inmediatamente un programa de informatización de Registros para PC, de distribución gratuita a todos los Entes Públicos. Un programa de tales características tendría un coste de desarrollo irrisorio y sería de extrema utilidad. Nada mejor para la correcta integración y coordinación de Registros, que dar el problema resuelto. Muy al contrario, se entra de nuevo en la iconografía de Kafka, para establecer una intercomunicación y coordinación de Registros entre Administraciones Públicas, mediante "convenios de colaboración!", lo que es tanto como renunciar a la finalidad que se dice perseguir, al quedar a las expensas de todos y cada uno de los aproximadamente 7000 Entes Públicos territoriales que existen en España.

Aparte de que con la sola creación y distribución gratuita de un programa para PC, se hubiera resuelto el 80% del problema de compatibilidad y comunicabilidad de datos registrales, el otro 20%, para entornos distintos del PC, a lo sumo requeriría establecer un formato uniforme de grabación de datos, como se hace en las Bibliotecas con el formato MARC, a fin de que tales datos fueran intercambiables, si eventualmente se requiriese, entre los distintos Registros de documentos.

Añadiré que no deja de sorprender que, cuando en tantas otras ocasiones se ha forzado la interpretación de la Constitución, para extender la legislación estatal, en detrimento de las competencias de las Comunidades Autónomas y, en ocasiones, de los Entes Locales; en cambio ahora, cuando se necesita que la Legislación Básica del Estado deje claro dónde y cómo se puede presentar una instancia -lo que además compromete el principio constitucional de seguridad jurídica-, resulta que la cuestión queda al albur de lo que disponga una enmarañada casuística de convenios entre Administraciones y Entes Públicos. De nuevo el panorama es kafkiano.

Parece que una corriente de mayor racionalidad pugna por abrirse paso en la Administración, o al menos esto se desprende de los datos que aporta el ya citado Andrés Elhazaz en el texto de su conferencia para el IIIer Master en Informática y Derecho, al mencionar el proyecto SICRES (Sistema de Información Común de los Registros de Entrada/Salida), promovido por el Ministerio para las Administraciones Públicas, que pretende coordinar la informatización e intercomunicación de los Registros administrativos, con la

posibilidad adicional de almacenar facsímiles de los documentos, mediante técnicas de tratamiento de imagen. Otro proyecto, denominado ARIES, prevé incluso la transmisión telemática de los facsímiles.

También menciona Elhazaz la Resolución de la Secretaría de Estado para la Administración Pública, de 7 de abril de 1997, por la que se dispone la publicación del Acuerdo del Consejo de Ministros de 4 de abril de 1997, para la progresiva implantación de un sistema intercomunicado de registros entre la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local. El mismo autor refiere que una consecuencia de este proyecto es la convocatoria en el BOE de 8 de noviembre de 1997, por la Secretaría General de Comunicaciones, de un concurso abierto para la contratación de la consultoría y asistencia para la puesta en marcha del proyecto piloto ventanilla única. El proyecto tiene dos subproyectos, uno de interconexión de registros y otro para establecer servicios de información administrativa y tramitación electrónica. Bien es cierto que es la enésima vez que en España se pone en marcha, con carácter inmediato, un proyecto de ventanilla única... y seguramente no será la última.

4. Soluciones para una adecuada comunicación electrónica entre los particulares y la Administración

4.1. *Prestación de servicios de seguridad para la comunicación electrónica, en el ámbito de la Administración Pública*

La corriente de mayor racionalidad que parece -esperémoslo- se está abriendo paso, si bien tímidamente, en la regulación de esta materia, ha franqueado ya el umbral que claramente conduce a la Autoridad de Certificación de la Administración del Estado, al menos si lo que ya ha sido legislado, llega a entrar en la organización efectiva de la Administración Pública. En concreto, el artículo 81 de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, sobre Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, atribuye a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre, la prestación de servicios de seguridad para las comunicaciones a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos. El tenor literal del precepto es el siguiente:

Artículo 81.

1. Sin perjuicio de las competencias atribuidas en la Ley a los órganos administrativos en materia de registro de solicitudes, escritos y comunicaciones, se faculta a la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT) para la prestación de los servicios técnicos y administrativos necesarios para garantizar la seguridad, validez y eficacia de la emisión y recepción de comunicaciones y documentos a través de técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos (EIT) en las relaciones que se produzcan entre: a) Los Organos de la Administración General del Estado entre si o con los organismos públicos vinculados o dependientes de aquélla, así como las de estos organismos entre si. b) Las personas físicas y jurídicas con la Administración General del Estado (AGE) y los organismos públicos vinculados o dependientes de ella.

2. Asimismo se habilita a la FNMT a prestar, en su caso, a las Comunidades Autónomas, las entidades locales y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de ellas, los servicios a que se refiere el apartado anterior, en las relaciones que se produzcan a través de técnicas y medios EIT entre si, con la Administración General del Estado o con personas físicas y jurídicas; siempre que, previamente, se hayan formalizado los convenios o acuerdos procedentes.

3. El régimen jurídico de los acuerdos mencionados será el previsto en los artículos 38, 45 y 46 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en sus normas de desarrollo y en las demás leyes y disposiciones concordantes.

4. Los servicios a los que se refiere el número uno y, en su caso, el número dos de este artículo, se prestarán de conformidad con los requisitos técnicos que determine el Consejo Superior de Informática.

5. La FNMT, en colaboración con la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos y de acuerdo con las disponibilidades presupuestarias, procurará la máxima extensión de la prestación de los servicios señalados para facilitar a los ciudadanos las relaciones a través de técnicas y medios EIT con la Administración General del Estado y, en su caso, con las restantes Administraciones. Para dicha extensión de los servicios, se tendrán especialmente en consideración los órganos e instrumentos previstos en el artículo 38.4 de la Ley 30/92.

6. El Gobierno, a propuesta conjunta de los Ministros de Economía y Hacienda, Administraciones Públicas y Fomento, dictará, en el plazo de doce meses, las disposiciones precisas para la regulación de la prestación de servicios técnicos de seguridad en las comunicaciones de la Administración General del Estado y sus organismos públicos a través de técnicas y medios EIT. Asimismo, queda habilitado para modificar la normativa reguladora de la FNMT y de la entidad pública empresarial Correos y Telégrafos en lo que resulte necesario para la ejecución de lo dispuesto en los apartados uno, dos y cinco de este artículo.

Este precepto, apunta directamente a la creación de la referida Autoridad de Certificación de la Administración del Estado, que es lo que, conforme enseguida veremos, realmente se necesita para la seguridad de las comunicaciones electrónicas de interés para la Administración Pública,

sobre todo si este organismo no cierra el paso a la presencia de otras Entidades de Certificación debidamente habilitadas. De este precepto, personalmente destaco:

- 1) La comunicación telemática alcanza tanto a la interadministrativa, como la que se produce entre la Administración y personas físicas y jurídicas privadas.
- 2) Es una lástima, y produce inseguridad jurídica, que la prestación de estos servicios a otras Administraciones Territoriales haya de hacerse, en todo caso, mediante convenio. Sería más adecuado hacerlo en el marco de una Legislación Básica que no estableciera un monopolio para Autoridad alguna en especial, o cuando menos arbitrar un mecanismo de adhesión voluntaria al sistema, que constaría en un directorio, u otra publicación electrónica.
- 3) El precepto-que no en vano tiene rango legal- es demasiado respetuoso con la normativa de desarrollo de la LRJAP-PAC, que no es la más adecuada para una ágil circulación de los flujos de información entre las Administraciones Públicas y los ciudadanos.
- 4) La competencia compartida de la FNMT con el Consejo Superior de Informática, corre el riesgo de restar operatividad al sistema. Lo importante no es tanto cuál sea el órgano competente, como que sea uno solo. Bien es cierto que probablemente ello sea una disculpa encubierta del Ministerio de Economía y Hacienda, por haber incluido en una Ley cuyo Anteproyecto se pergeñó en el correspondiente Ministerio, materias que resultan más propias de la competencia del Ministerio de Administraciones Públicas. En el Derecho Informático suele suceder que algunos Ministerios, como Fomento y en alguna medida Economía y Hacienda, entran a regular cuestiones cuya competencia natural debiera residir en los Ministerios de Administraciones Públicas y de Justicia.

En todo caso, la cuestión competencial sería menos relevante, si a través de la atracción de esta materia a la órbita del Ministerio de Economía y Hacienda, se promoviese la comunicación electrónica entre los ciudadanos y la Administración; pero en la primera gran prueba de fuego, la peculiar mentalidad burocrática ha ralentizado el procedimiento. En concreto, en la campaña del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, correspondiente al ejercicio 1998, que se desarrolla durante el año 1999, es posible presentar la declaración a través de Internet (<http://www.aeat.es>), oficiando de

Autoridad de Certificación la FNMT. Hasta ahí todo perfecto, sino fuera porque el certificado ha de ser después validado personalmente en una oficina de la Agencia Tributaria. En el diario El Periódico de 3 de mayo de 1999, se pone de manifiesto la queja de los asesores fiscales: Si es necesario desplazarse y perder tiempo para poder utilizar el sistema, ya pierde todo el posible atractivo. Desplazarse personalmente, seguro que no es el único sistema que puede garantizar unos niveles de seguridad adecuados, en razón del objetivo que se persigue. De hecho, si se pueden solicitar telefónicamente datos sobre retenciones, al efecto de elaborar la declaración del IRPF, acreditando otros datos que aseguren la identidad o al menos la representación del solicitante, no se entiende que en este caso no puedan implementarse sistemas de parecidas características. Nunca es bueno decir que se abren puertas para, acto seguido, generar frustración.

- 5) Es interesante la previsión de inversiones para mejorar la infraestructura del Organismo de Correos y Telégrafos, lo que facilitaría mucho la seguridad de transmisiones electrónicas no informáticas de datos.
- 6) El desarrollo reglamentario que se propone, sometido a plazos -esperemos que se cumplan-, así como la deslegalización que se produce, a fin de adaptar la organización de Correos y Telégrafos y de la propia FNMT a este precepto, son medidas correctas, que debieran permitir, a corto plazo, solucionar definitivamente la tan traída y llevada, pero no concretada, relación electrónica entre el ciudadano y la Administración. Para eso convendría desarrollar un procedimiento de comunicación telemática en entornos abiertos y dar entrada a Autoridades de Certificación de las Administraciones Públicas, a otras Entidades de Certificación adecuadamente habilitadas, o a todos ellos a la vez.

4.2. Procedimiento de comunicación telemática, Autoridades de Certificación de la Administraciones Públicas y otras Entidades de Certificación

Ya ha sido sobradamente puesto de manifiesto que no hay que inventar lo que está sobradamente sentenciado en el plano de los hechos. En 1992, cuando se dictó la LRJAP-PAC, era evidente que las herramientas de informática personal tenían capacidad suficiente para asegurar la

comunicación electrónica de pequeñas organizaciones administrativas, a un coste no significativo. No era evidente, en cambio, el auge que iba a tener Internet; pero sí lo era cuando se dictó el reglamento, en 1996... y no se tuvo para nada en cuenta. Al día de hoy existen, pues, dos datos incontrovertibles, precisamente por ser standard, el PC compatible e Internet. A partir de ahí, todo lo que no sea resolver el problema de la comunicación electrónica del ciudadano con la Administración, es sencillamente dedicarse a perder el tiempo.

Internet es un entorno inseguro en el que, sin embargo, pueden producirse comunicaciones seguras, a condición de que se observen determinadas prevenciones de seguridad, que pueden estar basadas en muy diversas tecnologías, aunque hoy en día se resuelven mayormente a través de sistemas criptográficos de clave asimétrica, a los que enseguida se aludirá. Las necesidades de seguridad en la transmisión de mensajes, se desglosan en los siguientes requerimientos:

- 1) Confidencialidad: a fin de que el mensaje sólo pueda ser leído por el destinatario o, eventualmente, por otras personas con derecho de acceso a su contenido.
- 2) Integridad: o garantía de inalterabilidad del contenido del mensaje.
- 3) Autenticidad: es decir, que no existan dudas sobre la autoría del mensaje.
- 4) No rechazo: o lo que es lo mismo, que el remitente no pueda negar haberlo enviado (no repudio) y el destinatario no pueda negar haberlo recibido.

4.2.1. *Confidencialidad*

Conforme antes decía, todos los requerimientos apuntados de seguridad, en entornos abiertos, como Internet, pueden ser resueltos a través de la criptografía. Al día de hoy, los sistemas de clave única resultan muy vulnerables, puesto que la clave ha de ser conocida por demasiadas personas y su comunicación es problemática. La confidencialidad y la mayoría de las restantes condiciones de seguridad de los sistemas de información, se suelen conseguir, en los referidos entornos abiertos, a través de los denominados sistemas de clave asimétrica, basados en la existencia de pares de claves relacionadas entre sí; una de ellas pública y otra privada.

No es cuestión de exponer aquí los pormenores de esta tecnología, que no son del estricto interés de los profesionales del Derecho, y además es

habitual en el todavía poco extendido, pero imparable mundo del comercio telemático. Baste con indicar que, en los sistemas de clave asimétrica, está matemáticamente garantizada la extrema dificultad, por no decir práctica imposibilidad, de averiguar la clave privada a partir de la pública. La lógica de funcionamiento del sistema es tan simple como eso: Con mi clave privada puedo descryptar los documentos encriptados con mi clave pública y viceversa; pero nunca la misma clave que sirve para encriptar puede utilizarse para descryptar. Hay que emplear necesariamente, a tal efecto, su clave par. En otras palabras, si yo quiero remitir un documento confidencial a un organismo administrativo, sólo necesito saber su clave pública, puesto que el contenido del mensaje sólo podrá ser descryptado con la clave privada del correspondiente organismo.

4.2.2. *Integridad*

Integridad del documento, o como antes se decía, la garantía de inalterabilidad del contenido del mensaje, queda asegurada por la existencia misma de encriptación en los términos antes expuestos. Cuando alguien altera un solo bit de un mensaje encriptado, lo transforma por entero en una jerga ininteligible.

En la práctica los procedimientos al uso son algo más complejos, debido al empleo de algoritmos hash, que refuerzan la integridad de los mensajes y que, juntamente con sistemas de cifrado que combinan las claves simétricas con las asimétricas, consiguen mayor rapidez en los procesos de encriptado/descryptado; pero me eximo de entrar en más detalles, que probablemente redundarían en mayor oscuridad y no en lo que se pretende, que es la máxima claridad en cuestiones en principio extrañas para los juristas. El presente párrafo ha sido introducido, a fin de que quede constancia de que esta cuestión tiene mayores recovecos y complejidades de los que aquí se exponen; pero a los efectos del nivel de comprensión razonable de la materia, que ha de tener un profesional del Derecho, este apartado podría, incluso, no haberse puesto.

4.2.3. *Autenticidad*

Esto es, garantía de quién emite el mensaje, ello depende de que el mensaje incorpore una firma electrónica, que puede obtenerse a través de variados procedimientos, incluidos los sistemas criptográficos de clave asimétrica, los cuales, conforme se ve, pueden resolver la gran mayoría de

requerimientos de seguridad de la documentación electrónica, por cuya causa se imponen en todo lo que tenga que ver con la circulación de información telemática y muy significativamente en la contratación telemática inter privados.

Es preciso observar, para no inducir a una frecuente confusión, que cuando se habla de firma electrónica, o de firma digital, no necesariamente hay que entender que el documento lleve una firma más o menos al estilo de la clásica. En general se entiende como tal la encriptación de un documento -o del hash del mismo- con una clave privada, atribuida en exclusiva a una persona.

Si recapitamos sobre lo ya expuesto, veremos que cuando la Administración tiene implementado un sistema de estas características, y no es nada difícil, si un particular quiere dirigir, con garantías, un escrito a la Administración, por ejemplo una instancia destinada ni más ni menos que a iniciar un procedimiento administrativo, no tiene más que encriptarlo con su clave privada y, para que no sea accesible a cualquiera que disponga de su clave pública, basta con volver a encriptar el resultado con la clave pública del organismo destinatario. Esto configura un auténtico sobre digital, que sólo podrá ser abierto con la clave privada del organismo público destinatario, que verá el contenido y comprobará su autenticidad, con el solo empleo posterior de la clave pública del remitente.

Lógicamente alguien tiene que certificar la clave pública de las distintas personas, aparte de llevar a cabo otras posibles funciones, como la generación misma de pares de claves. Este alguien ha de ser una Entidad de Certificación, o, como se suele decir, una Autoridad de Certificación, en la medida en que expide certificados digitales que contienen, entre otros extremos, la clave pública de las personas.

4.2.4. *No rechazo*

Esta Entidad de Certificación, desempeña un último requerimiento de seguridad, que no queda resuelto con los sistemas criptográficos de clave asimétrica: el no rechazo. Por una parte se trata de que el destinatario no pueda negar haber recibido el mensaje (no repudio). Lo razonable es que un tercero confiable, que puede ser perfectamente el mismo de antes, se encargue de garantizar que las comunicaciones se han producido con todas las garantías de seguridad previamente expuestas y que, desde luego, el mensaje ha sido canalizado correctamente a su destinatario, a fin de que éste tenga más dificultades en negar su recepción. Por supuesto, ello no asegura

al cien por cien la recepción efectiva del documento, pues siempre existe la remota posibilidad de que se produzca un problema técnico; pero el sistema es, en todo caso, más seguro que el tradicional de correo administrativo, máxime si se complementa con procedimientos de acuse de recibo digital.

4.2.5. *Desarrollo del procedimiento*

Veamos ahora completo el procedimiento de comunicación confiable entre el particular y la Administración.

El particular remite las instancias y, en general, escritos cuya tramitación esté sometida a formalidades procedimentales, a una Entidad de Certificación habilitada, bajo forma de sobre digital, que significa, recordémoslo, que su contenido va encriptado con la clave privada del correspondiente ciudadano y el resultado encriptado, a su vez, con la clave pública de la Entidad de Certificación. Se trata de un procedimiento de efecto equivalente -e incluso más seguro- que el tradicional sobre abierto para ser certificado, acompañado de la correspondiente copia para ser sellada, que se presenta ante las oficinas de correos. La Entidad de Certificación debiera estar obligada a anotar el día y hora de la recepción, que sería el válido a los efectos de cómputo de plazos, expedir un acuse de recibo exhaustivo del contenido recibido y, por supuesto de la fecha y hora de recepción, en un sobre digital dirigido al ciudadano. Tal sobre haría las veces de copia sellada de la instancia, que se entrega en las oficinas de correos. Lógicamente, la Entidad de Certificación debiera estar además obligada tanto a guardar copia del contenido recibido, conforme ya se había expuesto, como a reexpedir la documentación informática al Organismo Público destinatario, encriptada con la clave pública de éste...y todavía mejor si fuese a un Organismo único, para cada Administración dotada de personalidad jurídica propia. Y asunto concluido desde el punto de vista procedimental, al menos si se desean las mismas garantías que en los procedimientos tradicionales. Si, además, el Organismo Público destinatario emitiese un acuse de recibo digital, mucho mejor todavía, al existir un plus de garantías sobre los procedimientos en papel instados mediante correo administrativo. A mi entender, cuando un particular iniciase un procedimiento administrativo desde una dirección de correo electrónico, debiera entenderse, salvo manifestación expresa en contrario del referido particular, que su dirección de correo electrónico, queda señalada como domicilio, a los efectos de las comunicaciones y notificaciones que debiera dirigirla la Administración, a su vez con procedimientos seguros de firma

digital. Por supuesto, también habría de contemplarse la posibilidad de que un particular que no hubiese iniciado un procedimiento administrativo por procedimientos telemáticos, designase como domicilio a efectos de notificaciones una dirección de correo electrónico, sin perjuicio de hacer constar su domicilio físico, para atender a posibles problemas de notificación, derivados de un incorrecto funcionamiento de su correo electrónico, o de cualquier otra circunstancia que dificultase gravemente la comunicación electrónica.

Las comunicaciones de la Administración al particular, cuando estuvieran sujetas a formalidades procedimentales, se canalizarían, a su vez, a través de las Autoridades de Certificación de las Administraciones Públicas, o de Entidades de Certificación habilitadas.

De esta o de otra manera, la adaptación del Procedimiento Administrativo a las posibilidades técnicas que ofrece la era digital, es relativamente sencilla. A mi entender, lo que más se requiere es una voluntad efectiva de llevar a cabo dicha adaptación y no se olvide que el enorme peso específico de las Administraciones públicas sería un motor de primer orden para el desarrollo de los negocios jurídicos llevados a cabo por procedimientos telemáticos y, en última instancia, del comercio digital, con los enormes beneficios inducidos que ello acarrearía para la economía nacional.