

MAXIMINO LINARES

DIRECTOR DEL SERVICIO JURÍDICO DE LA AGENCIA ESTATAL
DE ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA

La Administración Pública en la encrucijada jurídica

La Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAE) tiene ya un año de vida. También para las normas el tiempo pasa fugazmente. Un año es casi la mitad del tiempo concedido en la Disposición final tercera para que el derecho de los ciudadanos a la Administración Electrónica sea efectivo y exigible en la totalidad de los procedimientos y actuaciones de la Administración del Estado. Porque la LAE es primordialmente una ley que reconoce a la ciudadanía el derecho subjetivo a la Administración Electrónica, es decir, la facultad de los ciudadanos de ejercer sus derechos y cumplir sus obligaciones, en suma, de relacionarse jurídicamente con la Administración Pública por medios electrónicos. El resto de la Ley tiene carácter instrumental de ese contenido básico, teniendo en cuenta que la relación jurídico-administrativa electrónica requiere como herramientas básicas garantizar la validez y eficacia de la actividad administrativa y la salvaguarda de la seguridad jurídica.

Esta, la seguridad jurídica, tiene como condición necesaria la seguridad informática. De ahí que la LAE anude la confianza en el uso de los medios electrónicos a la “garantía de la seguridad de los sistemas, los datos, las comunicaciones y los servicios electrónicos”, establezca el “principio de seguridad” y se refiera a las exigencias de seguridad y a las “medidas de seguridad” a lo largo y ancho del articulado. Porque la seguridad jurídica electrónica requiere la previa confianza en que los sistemas, los datos, los flujos de información y



Los informáticos y los juristas formamos una extraña pero fecunda pareja

las comunicaciones son seguras. La Exposición de Motivos de la LAE reconoce que el impulso de la Administración electrónica “Depende de la confianza y seguridad que genere en los ciudadanos y depende también de los servicios que ofrezca”.

Puede decirse que la LAE es un magnífico colofón a una década prodigiosa de alumbramiento de una nueva Administración Pública y que abre paso a su mayoría de edad. Pero también podemos verla como el esperado *código* que ha de poner fin al pulular de parches normativos –en ocasiones fórceps- a fin de disciplinar una novedosa manera de actuación administrativa que, aun siendo hoy minoritaria y bisoña, está llamada a generalizarse en no mucho tiempo.

Para los juristas los diez años que han cabalgado entre dos siglos y dos milenios han supuesto más allá de cabalísticas una experiencia heraclitiana. El proceso de transformación de la Administración Pública está resultando un continuo cambio –es difícil navegar dos veces en el mismo río de Internet– densamente oscuro. El mundo del Derecho aparece desconcertado, anclado hasta ahora en interminables legajos y venerables bibliotecas. Siendo evidentes los beneficios para los ciudadanos y para el interés general, se ha tratado de evitar que el derecho apareciera como factor inhibitorio, que levantara *barreras legales*. Pero, por otro lado, el inaccesible por los sentidos y casi mágico bit parece cuestionar los baluartes sobre los que se ha construido el derecho administrativo e incluso dogmas firmemente asentados en el derecho privado general: la cosa (el soporte) donde se perpetúa la información que integra el derecho –normas, decisiones del poder, negocios jurídicos,... – la forma de identificar

y acreditar la autoría del contenido de los actos y negocios jurídicos, pasando de medios físicos directamente aprensibles por los sentidos humanos (firma, sellos, formalidades) a métodos técnicos basados en ciencias matemáticas; los flujos de información y, consecuentemente, la organización y los procedimientos administrativos, superando la necesaria exteriorización a través de personas físicas. Ingredientes principales todos ellos de la seguridad jurídica. Pero, ahora ¿cómo podemos garantizar la seguridad jurídica en unas relaciones que sustituyen el soporte físico tangible y la autenticación directamente perceptible por los sentidos humanos por un soporte extremadamente volátil, que puede ser alterado o reproducido imperceptiblemente para el ojo humano, que no admite, parafraseando a Santo Tomás, meter los dedos en el ordenador para tocar a quien aparece como autor de los mensajes y declaraciones de voluntad, que ni siquiera exige para su generación la intervención de una persona concreta? Al menos, reconforta recordar lo que sucedió hace un siglo con la incorporación de la máquina de escribir y la necesidad de que en 1900 el propio Alfonso XIII se pronunciara subrayando que no había merma de autenticidad al dejar como única expresión del autor la firma manuscrita.

La Ley 30/1992 ya estableció una apuesta –claramente de futuro- por las nuevas tecnologías en la actividad administrativa, a modo de directiva y limitándose en el fondo a exigir que las cualidades de la documentación convencional en soporte papel y las reglas de los procedimientos queden de todo punto garantizados. Ello provocó una búsqueda de equivalentes funcionales, añadiendo el adjetivo electrónico tanto al soporte »



(documento electrónico) como a la forma de autenticación (firma electrónica). Se sucedieron normas y definiciones no siempre debidamente coordinadas y poco a poco se fueron adecuando las instituciones existentes en el ordenamiento administrativo, si bien adoleciendo de una cierta rigidez inicial (registros telemáticos no polivalentes, notificaciones en una dirección electrónica única con puestas a disposición del interesado,...) y se acuñaron algunas novedades relevantes, como la representación presuntiva en la colaboración social, sin la que se podría entender el alto nivel de cumplimiento de obligaciones tributarias por medios telemáticos.

Mayoría de edad y reglas propias de la Administración-e

Poco a poco se empieza a advertir una cierta emancipación del régimen jurídico de la Administración Pública electrónica, innovando y aprovechando las nuevas posibilidades. Aquí es obligado traer a colación el avance

que supuso la Ley General Tributaria de 2003, con la primera regulación legal de la actuación automatizada y de las imágenes electrónicas. La mayoría de edad se ha alcanzado con la promulgación de la LAE tras la que un sector de la doctrina reivindica la autonomía científica de un derecho administrativo electrónico.

Una primera regla privativa de la Administración Electrónica es la superación de la búsqueda de la equivalencia funcional con la firma manuscrita y su sustitución por los sistemas de firma electrónica conforme a los principios de neutralidad y proporcionalidad. La admisión de firmas electrónicas no requiere que sean equivalentes a las manuscritas sino que sean conformes con la legislación específica y adecuadas para garantizar la identificación de los participantes y, en su caso, la autenticidad e integridad de los documentos electrónicos. Y las exigencias ordinarias de este nuevo paradigma de autenticidad –que, en sentido amplio, incluye la integridad- se logran con

la conocida como firma electrónica avanzada en un marco de neutralidad tecnológica que obliga a la Administraciones Públicas a utilizar estándares abiertos así como, complementariamente, estándares de uso generalizado por los ciudadanos.

Además se proclama el principio de proporcionalidad, de honda raigambre en toda la actividad administrativa, en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. La aplicación de este principio general por la jurisprudencia utiliza las pruebas sucesivas de idoneidad (adecuación), necesidad de la medida (inexistencia de otras alternativas menos gravosas) y proporcionalidad estricta (implica posible asunción de riesgos legales). Este principio de proporcionalidad explica que ni siquiera la firma electrónica avanzada resulte en todos los casos necesaria. Así, por ejemplo, la confirmación de borradores de declaraciones de la Renta puede hacer-

se con un simple mensaje telefónico verbal o escrito, con el significado jurídico de una presentación, porque las circunstancias y diseño técnico del procedimiento hace innecesario garantizar la integridad del contenido del documento. En tales casos, la LAE impone a la Administración Pública la obligación de certificar el contenido de la declaración presentada, allí donde y cuando sea preciso.

De este modo, la exigencia de firma electrónica reconocida queda reservada para ámbitos donde la seguridad jurídica debe ser extremada, como sucede con la actuación de los fedatarios públicos o los secretarios judiciales. Para el resto, exigir la máxima garantía nos puede hacer recordar la frase atribuida a Churchill: la perfección es parálisis.

A mi juicio la gran innovación jurídica que ha aportado la firma electrónica es el reconocimiento de la condición de firmante, además de las personas físicas, a las personas jurídicas y a los entes sin personalidad. La tímida admisión en 1999 en el ámbito tributario tuvo una primera ampliación en la Ley de Firma Electrónica de 2003 y ha tenido su respaldo definitivo en la LAE, traspasando incluso su fundamento a la actividad administrativa, donde se admite la firma electrónica de órgano u organismo –pudorosamente denominada, bien sello electrónico en caso de criptografía asimétrica de clave pública bien código seguro de verificación– que puede desvincularse del funcionario persona física. Tras casi una década de admisión en nuestro ordenamiento jurídico considero necesaria una reflexión serena sobre esta figura a fin de, sin cuestionar su admisibilidad y utilidad, mejorar su regulación.

Las posibilidades de la informática

han dado lugar a la admisión de la actuación automatizada como versión administrativa del *agente electrónico* mercantil. Ello supone una nueva distribución de competencias, pues no se requiere un órgano autor del acto sino órganos responsables de la fijación de especificaciones técnicas, la programación o la supervisión, así como de la resolución de recursos. Así se contempla, por ejemplo, en la Orden de Presidencia de 11 de diciembre de 2007 respecto de los Departamentos de la Agencia Tributaria.

La automatización ha dado lugar, asimismo, al surgimiento de servicios de valor añadido, no reconocidos expresamente en la LAE pero sí en normativa sectorial, como los Registros de apoderamientos, las plataformas de pago o contratación, las participaciones en subastas públicas, los servicios de alertas o de bases de datos, o la difusión de información previa suscripción.

Expediente electrónico como evolución lógica del documento electrónico

La LAE contiene una definición funcional y finalista del documento electrónico, no meramente formal, asegurando su conservación y admitiendo la conversión de soportes y la actualización de formatos. Lo define como “información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”. Se distingue así entre un elemento esencial –la información– cuya modificación hace que nos encontremos ante un documento jurídicamente distinto, y dos elementos accesorios –soporte y formato– necesarios para poder hablar

de documento electrónico pero cuya conversión no impide la obtención de copias auténticas del documento origen con su misma validez y eficacia jurídicas.

El documento electrónico se integra ordinariamente en el expediente electrónico, debiéndose destacar la regulación del mismo contenida en la LAE, al clarificar aspectos cruciales para su admisibilidad como es la equivalencia entre el foliado y el índice electrónico. Además, prevé la sustitución de la entrega de expedientes por la puesta a disposición, posibilidad que irá extendiéndose a buen seguro con el paso de los años.

También da respuesta la LAE a la inevitable convivencia durante largo tiempo de los soportes electrónicos y en papel mediante la figura del código seguro de verificación que permite obtener copias electrónicas auténticas de originales en soporte papel y viceversa. Cuando el Tribunal Supremo, en Sentencia de 4 de noviembre de 1997, auténtico *leading case* de la admisión de la firma electrónica en nuestro ordenamiento jurídico, afirmó que estamos asistiendo al “ocaso de la civilización del papel” realizó sin duda una inesperada labor de prospectiva.

Renovado protagonismo de la buena fe en la seguridad jurídica electrónica

Hay un aspecto en el que conviene reparar. La certeza del derecho inherente a la seguridad jurídica se logra en la LAE gracias a dos elementos fundamentales: la seguridad informática y el renovado protagonismo de la buena fe, como principio de actuación que se encuentra en las raíces del Derecho –la *bona fides* romana que definió Cicerón como “la consecuencia y verdad en las palabras y los »

acuerdos”-. El ordenamiento jurídico confía en la honestidad y buena fe de las personas cuando actúan por medios electrónicos. Los sistemas de firma electrónica –todos– se basan en presunciones. La regla del no repudio del firmante, y del destinatario en el caso del DNI electrónico, es imprescindible para otorgar seguridad jurídica, pero el correcto desenvolvimiento de las relaciones sociales por medios electrónicos se fundamenta en la buena fé, en la confianza de que hay una correcta conservación y custodia de los datos de creación de firma; que se procede a la revocación de los certificados cuando resulte procedente; que en el marco de la colaboración social o representación funcional se cuenta con la representación correspondiente; que no hay suplantaciones electrónicas; ...

Encrucijada actual

Con un año de vida, la LAE se encuentra ante encrucijadas que requieren una rápida respuesta, so pena de quedar reducida, en poco tiempo, a un ordenado catálogo de buenos propósitos.

En primer lugar, sigue pendiente el logro de la seguridad jurídica cruzada, la interoperabilidad y el reconocimiento mutuo. Existe un cierto conflicto entre el principio de cooperación de la LAE y el principio de autoorganización administrativa o autonomía institucional. Sólo el DNI electrónico actúa como sistema franco. La cooperación exige que cada Administración Pública respete las decisiones de las otras a la hora de optar por unos u otros medios de autenticación, y reconozca sus documentos. Pero también que las Administraciones Públicas han de ajustarse a los parámetros normativos establecidos en la LAE.

Por otro lado, hay puntos claramente necesitados de concreción y desarrollo reglamentario, como el alcance de determinados derechos de los ciudadanos o las características de la sede electrónica, progresivamente identificada con un portal web, o los efectos jurídicos de las interrupciones de servicio o caídas de red en los términos y plazos.

Al tiempo hay manifestaciones típicas de una época de cambio. La reciente y avanzada regulación del Boletín Oficial del Estado (RD 181/2008) proclama su edición electrónica pero añade que también se editará en soporte papel para garantizar “la conservación y permanencia del diario oficial del Estado”.

Además, se mantienen las fuertes tendencias centrífugas que pueden malbaratar la generalidad objetiva y subjetiva perseguida por la LAE. Por ejemplo, dentro del propio Estado no hay armonización entre el régimen de autenticación de los documentos administrativos electrónicos por funcionarios en la LAE y el previsto por el sistema Lexnet para la presentación de documentos por las partes en los procesos judiciales o el recientemente contemplado en materia de contratación pública. Y se están aprobando Órdenes Ministeriales regulando Registros Electrónicos sin un marco reglamentario general. El riesgo es todavía mayor en el terreno interadministrativo al poder existir un desarrollo de la LAE por cada Comunidad Autónoma. Así, por ejemplo, el Decreto 232/2007 del País Vasco retoma la exigencia de firma electrónica reconocida, pero dejando una cláusula final abierta a otras inconcretas firmas; la regulación del Gestor Electrónico de Expedientes de Contratación de la Generalitat de Cataluña prevé la existencia de un

certificado de aplicación para garantizar la identidad del sistema. Para la notificación electrónica existe una dirección electrónica única... en cada Administración (Estado, Andalucía, País Vasco). Sin olvidar que la exigencia de los derechos de los ciudadanos en las Administraciones autonómicas y locales está condicionada a las disponibilidades presupuestarias.

Finalmente, cabe apuntar dos reflexiones imprescindibles. La imposibilidad de una auténtica y completa Administración Electrónica sin el desarrollo de la Justicia Electrónica. Y la necesidad de atribuir a la tecnología la importancia que tiene, ni más ni menos. No es un becerro de oro ni un bálsamo de fierabrás. Si su incorporación no va acompañada de una transformación en la cultura administrativa y una adaptación del empleado público el proceso será largo y puede que ineficiente. Con ello presente tenemos que ser conscientes del camino que todavía queda para la plenitud de la Administración Pública electrónica, en una aventura que tenemos que seguir compartiendo todos los servidores públicos y, muy especialmente, los informáticos y los juristas. Formamos una extraña pero fecunda pareja. 🍷