

Administración pública, informática y ciudadano: perspectiva general

MARCOS MATIAS FERNANDO PABLO

*Doctor en Derecho. Departamento de Derecho Público de la
Universidad de Salamanca
(ESPAÑA)*

SUMARIO

- I. INTRODUCCION
- II. DOCUMENTOS, REGISTROS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE INFORMATICO
 - 2.1.-La validez de los documentos informáticos.
 - 2.2.-Registros y procedimientos administrativos en soporte informático.
- III. LA POSICION DEL ADMINISTRADO: UTILIZACION DE SOPORTE INFORMATICO Y ACCESO A DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

I. INTRODUCCION

La poupe informatique ⁽¹⁾ recibe, cada vez más, cuantiosos fondos públicos y atenciones presupuestarias por parte de nuestras Administraciones públicas, empeñadas, muchas veces, según parece, en hacer informáticamente más difícil al ciudadano todo aquello que requiere el empleo de

⁽¹⁾ Vid BRAIBANT: «L'informatique dans l'administration», *Rev. Intern. Scien. Adminis.* 1969. pág.341

tiempo humano de atención administrativa, sin que, hasta el presente, se haya observado entre nosotros, una preocupación normativa por clarificar las posiciones jurídicas de Administración y ciudadano ante la alteración de los modos y formas habituales de relación que aquella ocasiona.

Ello se ha traducido, a falta de legislación general y ante la inadecuación de la vigente Ley de Procedimiento Administrativo, en que los modos operativos y las características de los soportes informáticos han sido disciplinados por normas administrativas de ínfimo rango y de carácter prevalentemente parcial e interno, sin que por ello dejaran de tener importantes repercusiones sobre los administrados. Sirvan de ejemplo la Circular de 13 de febrero de 1976 (que creó el concepto de «Dato de interés opolicial» y especificó su régimen jurídico), junto con la conocida Orden Ministerial de 30 de junio de 1982 que reguló el acceso a las bases de datos de carácter tributario de la Administración Pública, o la Resolución 1/92 de la Dirección General de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria por la que se establecen determinadas características del sistema informático que ha de soportar el procedimiento de devolución de ingresos tributarios que regula, y entre ellas, la posibilidad de un cruce de datos entre distintos bancos, antes de determinar el importe de una devolución, realizando así una compensación electrónica que puede resultar muy poco clara para el administrado.

El examen general del fenómeno⁽²⁾ sólo ha sido abordado, recientemente, entre nosotros, por el Proyecto de LORTAD desde una perspectiva habitual de «protección de datos», y por el **Proyecto de Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común** (en adelante, LRJAPC)⁽³⁾ en lo que se refiere a las relaciones entre la Administración y los ciudadanos, ocupándose, este último proyecto, no sólo del aspecto de garantía, sino también de las aplicaciones de la informática en el procedimiento administrativo, en los términos que pasan a describirse problemáticamente, y que abarcan tanto el empleo de medios informáticos por la Administración (el régimen de los documentos, registros y procedimientos administrativos en soporte informático) como la posición de los particulares frente a los mismos (acceso a los documentos y registros en soporte informático, notificaciones, recursos frente a medios de gestión informática y sus resultados...).

⁽²⁾ A propósito del cual se ha señalado que puede dar lugar a una «intensificación de las inclinaciones hacia un perfeccionismo burocrático, una reducción de las posibilidades de participación de los ciudadanos y una ampliación del control por parte de la Administración». Vid. LÓPEZ BUSTOS y LÓPEZ SIDRO JIMÉNEZ: «Informática, administración y derecho a la intimidad», en RIVERO. A. Ed. Introducción a la informática jurídica. *Fundesco*, Madrid 1986.

⁽³⁾ El proyecto fue publicado en el BOCG del 4 de marzo de 1992, serie A, núm. 82. Utilizaremos también, en la exposición que sigue el texto del Anteproyecto de fecha 18 de julio de 1991.

II. DOCUMENTOS, REGISTROS Y PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE INFORMÁTICO

2.1. La validez de los documentos informáticos.

El citado Proyecto de LRJAPC se preocupa de indicar que si bien la Ley de Procedimiento Administrativo ya pretendió modernizar la arcaica Administración española propugnando la «racionalización de los trabajos burocráticos y el empleo de máquinas adecuadas», tan limitado planteamiento imposibilitó que «la informatización haya tenido hasta ahora incidencia sustantiva en el procedimiento administrativo», limitándose la tecnificación operativa de las Administraciones Públicas «al funcionamiento interno, sin correspondencia relevante con la producción jurídica de su actividad relacionada con los administrados» .

Tal resultado se debe, según la Exposición de Motivos del Proyecto que viene citándose, en la falta de reconocimiento formal de la validez de documentos y comunicaciones emitidas por vía informática. De aquí que sea éste el primer punto de interés del Proyecto de Ley al reconocerse expresamente que «los documentos emitidos, cualquiera que sea su soporte, por medios electrónicos, informáticos o telemáticos por las Administraciones Públicas o los que éstos emitan como copias de originales almacenados por los mismos medios, gozarán de la validez y eficacia de documento original...» (art. 44) siempre que se cumpla el triple requisito de que a) se garantice su conservación o integridad, b) se garantice la recepción por el interesado (cuando deba ser notificado) y c) quede a salvo el cumplimiento de los requisitos y de las garantías exigidas por el ordenamiento jurídico.

De estos requisitos es el tercero el que puede presentar una mayor problemática, pues el primero es un requisito común a todo documento como soporte de una información y el segundo ya venía exigido por la vigente LPA al admitir la notificación por medios que en todo caso deberían **dejar constancia de la recepción por el interesado.**⁽⁴⁾

En la declaración general del Proyecto de Ley de que los documentos emitidos por medios electrónicos por las Administraciones Públicas tendrán no sólo **validez**, sino también eficacia (art. 44-5) se implican ambas categorías, pues si la validez se determina por los requisitos aludidos, la **eficacia** dependerá de que quede garantizada la **recepción por el interesado**, expresión en la que parece que deben incluirse también los aspectos apuntados por la LPA, debiendo garantizar el documento emitido por medios informáticos, por tanto, el contenido, la identidad y la fecha de

⁽⁴⁾ Art. 80: «Las notificaciones se realizarán mediante oficio, carta, telegrama o cualquier otro medio que permita tener constancia de la recepción, de la fecha y de la identidad del acto notificado».

la recepción, aspectos que el propio Proyecto de Ley (art. 57) exige para cualquier medio de notificación.

El requisito de que los documentos emitidos por medios informáticos, electrónicos o telemáticos cualquiera que sea su soporte (admitiéndose, por tanto, también el soporte informático) **garanticen el cumplimiento de las garantías y requisitos exigidos** por el ordenamiento jurídico (art. 44-5 in fine del Proyecto de LRJAPC) es el más problemático, dado que el empleo de modos informáticos se traduce, sustancialmente en alteraciones de la posición del particular que comienzan con la **rigidez del modelo impreso de captura de datos** relevantes para el sistema, y continúan con la dificultad de hacer valer los derechos del interesado en un procedimiento y finalizan en la alteración de las garantías derivadas de los **requisitos de forma de la resolución**.

Por lo que se refiere al primer punto, el Proyecto de LRJAPC se ha cuidado de indicar que si bien «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» (art. 44-1) tales medios se someterán a los límites señalados por la Constitución y las Leyes, añadiendo más específicamente el art. 68-4 que «Las Administraciones Públicas deberán establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes cuando se trate de procedimientos que impliquen la resolución de numerosos expedientes», si bien (y el correctivo respecto de los impresos de captura de datos puede ser bastante importante para el administrado que no encuentra lugar en las casillas del impreso para hacer patente su singular situación o los datos que especifican su posición) «Los solicitantes podrán acompañar a éstas **los elementos adicionales** que estimen convenientes **para precisar o completar los datos del modelo**, los cuales **deberán ser admitidos y tenidos en cuenta** por el órgano al que se dirijan». Si con relación al modelo-solicitud inicial se ha establecido aquella regla, no es innecesario advertir que el principio que la inspira (a fin de cuentas, el principio antiformalista, en abierta pugna con la necesaria formalización de los documentos de captura de datos) es de aplicación también a cualquier otro trámite posterior (por ejemplo, las alegaciones del interesado o aportación posterior de nuevos datos o modificación sobrevenida de los iniciales) en el que, igualmente, se haya de utilizar los modelos previstos: la Administración estará obligada a admitir los elementos adicionales ofrecidos por el interesado junto a tales modelos normalizados.

Por lo que se refiere a la alteración de los requisitos de forma de los actos administrativos contenidos en documentos generados por medios informáticos es fundamental evitar que el ciudadano se enfrente «a los resultados brutos de los cálculos del ordenador⁽⁵⁾» afirmando, por el contra-

⁽⁵⁾ Vid. BRAIBANT: «L'informatique...» cit. pág. 341

rio, que en ningún caso, la intervención de medios informáticos puede eludir la exigencia de **motivación expresa de los actos** o decisiones administrativas.

Este riesgo es bien patente, como lo prueba la temática de las «liquidaciones tributarias paralelas⁽⁶⁾», uno de cuyos patentes defectos jurídicos es la reducida o escasa motivación con la consiguiente falta de información y justificación que puede no respetar lo previsto en el art. 43 de la LPA y el art. 121-2 de la Ley General Tributaria, según los cuales deben ser motivados con sucinta referencia a hechos y fundamentos jurídicos, los actos que limiten derechos, debiendo los actos de comprobación que determinen un aumento de base tributaria sobre el resultante de las declaraciones del sujeto pasivo, contener igualmente, la debida motivación.

Debería por ello establecerse, junto con la posibilidad de dictar documentos que contienen actos administrativos sujetos al deber de motivación (que inequívocamente debe contener elementos singulares, de no fácil carácter algorítmico) la necesidad de una **motivación específica** e individualizada, actuable a petición del interesado, y suministrada al margen del sistema de gestión.

2.2.-Registros y procedimientos administrativos en soporte informático.

Con relación a los registros en soporte informático, el Proyecto de Ley se muestra en exceso rígido⁽⁷⁾ estableciendo que las Administraciones Públicas **deberán instalar en soporte informático** los registros generales (art. 37-3), olvidando la existencia de numerosas entidades locales, de escasos recursos, y escasas necesidades de gestión, en los que no se ve la utilidad de registros informáticos

Por otra parte, los registros informáticos no son en absoluto una novedad y éste parece haber sido un campo de fácil introducción informática. Las especificaciones del Proyecto de Ley, por ello, responden a exigencias prácticas satisfactoriamente cumplidas por programas al uso. Así, cuando se exige que el sistema garantice la constancia, en cada asiento, de un número, epígrafe expresivo de su naturaleza, fecha de entrada, fecha y hora de su presentación, identificación del interesado y persona u órgano al que se envía, así como, en su caso (es decir, cuando sea exigido por una norma) referencia al contenido (apartándose en este

⁽⁶⁾ Vid. por todos, CLAVIJO HERNÁNDEZ; «La liquidación: Liquidaciones provisionales y definitivas» *Actualidad Administrativa*, 14 y 15, 1990. CAZORLA PRIETO: «Las llamadas liquidaciones paralelas en el IRPF», *CISS*, Bilbao 1988.

⁽⁷⁾ La Disposición Adicional Segunda del Proyecto establece: «La incorporación a soporte informático de los registros a que se refiere el art. 37 de la Ley será efectiva en la forma y plazos que determinen el Gobierno, los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y la Entidades que integran la Administración Local, en función del grado de desarrollo de los medios técnicos de que dispongan».

punto de la LPA vigente que señala que «no deberá consignarse en el registro extracto alguno del contenido») no se está sino recogiendo la experiencia ya asentada, por ejemplo en el proyecto INFORIUS a propósito de los registros de la oficina judicial.⁽⁸⁾

El proyecto de Ley exige al sistema que soporte el registro que sea susceptible de integrar informáticamente en el registro general las anotaciones de los restantes registros del órgano (art. 37-3) y mediante convenios prevé la posibilidad de intercomunicación con los registros compatibles informáticamente de otras Administraciones (art. 37-4).

Por lo que se refiere a los procedimientos en soporte informático, la referencia fundamental del Proyecto de Ley es el art. 44.3 según el cual, **«Los procedimientos que se tramiten y terminen en soporte informático garantizarán la identificación y el regular ejercicio de la competencia por el órgano que la ejerce»**, regla que responde a la lógica exigencia de legalidad en el ejercicio de la competencia, pero que no aclara demasiado cómo reaccionar ante un soporte informático que no garantiza la legalidad del ejercicio de la competencia, sino que da lugar a un ejercicio irregular de la misma (por ejemplo, omitiendo el trámite de alegaciones, o haciendo imposible que éstas puedan ser tenidas en cuenta al resolver por el órgano competente, vulnerando así lo establecido en el art. 83 de la LPA según el cual los interesados podrán en cualquier momento aducir alegaciones que serán tenidas en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución).

Ante un sistema informático que soporta un procedimiento administrativo, pero conduce a resultados semejantes, cabe preguntarse si el interesado podrá únicamente reaccionar contra la resolución, contra el acto final, alegando tales defectos, o por el contrario, una vez constatado que es el sistema el que no garantiza el regular ejercicio de la competencia, podrá plantearse algún tipo de remedio frente al mismo.

Desde una amplia perspectiva histórica se hace fácilmente demostrable cómo la normativa actual de procedimiento no es, en su conjunto, más que el resultado de la juridificación (es decir, del reconocimiento del carácter vinculante, con posible alegación por parte de terceros) progresiva de normas internas de la Administración reguladoras de actividad material e interna. Desde este punto de vista, parece posible admitir que esa progresiva juridificación debe alcanzar también hoy en día, a la **actividad material que soporta informáticamente, un procedimiento administrativo**, que es la calificación que cabe otorgar, según creemos, a la ejecución del programa de gestión.

⁽⁸⁾ Vid. sobre el mismo, en los aspectos registrales, la exposición de GIMENO AMIGUET: «La informática en la Administración de Justicia» en RIVERO Ed. Introducción a la informática. *Fundesco*, Madrid 1986.

Por eso, la **juridificación** debe alcanzar a controlar no sólo el resultado del procedimiento en soporte informático, sino a este mismo soporte, producto informático que debe contrastarse con el ordenamiento jurídico, dejando así de ser pura actividad interna, no relevante ad extra.

Pero en ese contraste, nuestro ordenamiento sólo conoce las categorías de **acto administrativo y disposición general**, (vid. art. 1-1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa) por lo que debe precisarse la naturaleza del programa de gestión, cuya ejecución permite tramitar un procedimiento administrativo en soporte informático.

El Proyecto de Ley no es ajeno a estas ideas. En primer lugar, intenta **juridificar el programa de gestión**, (respondiendo a las ideas antes descritas, de una actividad puramente interna que adquiere progresivamente, por obra de la normas de procedimiento relevancia jurídica ad extra), estableciendo, en general, que «**Los programas y aplicaciones electrónicos informáticos y telemáticos** que hayan de ser utilizados por las Administraciones Públicas «para el ejercicio de sus potestades, habrán de ser previamente aprobados por el órgano competente quien difundirá públicamente sus características» (art. 44-4).

El precepto plantea la cuestión, una vez admitido el posible recurso frente a tal **aprobación** (por ejemplo, por qué el programa aprobado omite la solicitud y recepción de un **informe preceptivo**, o no contempla la función **estimación de recursos** etc etc...) plantea la cuestión decíamos, de si el recurso debe plantearse frente a un **acto** frente a un **reglamento**.

Ello no es más que la traducción de la cuestión acerca de la naturaleza jurídica del programa. El Proyecto no aporta claves decisivas, y siendo en el fondo una cuestión de derecho positivo el decidir si el acto de aprobación se considera reglamentario o no, parece que «la difusión de las características» que se exige, debe equipararse a una publicación normativa, considerándose, por tanto, las características del programa (y por tanto, éste mismo) como norma reglamentaria. A ello apunta, por lo demás, una característica esencial del programa de gestión como producto informático: la susceptibilidad de **aplicación reiterada sin consunción**, dato en el que, evidentemente, coincide con la norma reglamentaria.

Conceptuado el programa como norma reglamentaria, el recurso posible frente al acto de aprobación del mismo (art. 1 Ley de la Jurisdicción) debe realizarse de acuerdo con los distintos recursos frente a reglamentos que contempla nuestro ordenamiento, incluyendo, por tanto, la **posibilidad de recurso indirecto frente a aquél, mediante la impugnación de actos singulares de aplicación-ejecución**, o bien el recurso directo frente al mismo, equiparando a efectos de plazo, la publicación a la difusión pública de las características del programa, lo cual **no obliga, por cierto, a publicar la totalidad del programa**, sino especificar sus caracteres, desde

el punto de vista del «regular ejercicio de la competencia del órgano» (art. 44-3 Proyecto de LRJAPC).

III. LA POSICION DEL ADMINISTRADO: UTILIZACION DE SOPORTE INFORMATICO Y ACCESO A DOCUMENTOS ADMINISTRATIVOS

A fin de que los particulares puedan acceder al registro general de cada órgano administrativo mediante medios informáticos, se ha previsto que las Administraciones **deberán hacer públicos sus sistemas de acceso y comunicación así como los horarios de funcionamiento** (art. 37-7), al tiempo que se sienta el principio general de que los ciudadanos podrán relacionarse con las Administraciones **para ejercer sus derechos** a través de técnicas informáticas o telemáticas, **con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.**

Ello posibilita que pueda accederse al Registro de entrada, mediante el cumplimiento de los requisitos legalmente señalados, a través de instrumentos y medios informáticos y telemáticos, incluso sin intermedio de documento escrito en soporte de papel, técnica ésta que el conjunto de preceptos citados apunta a legalizar, como ratifica el art. 37 al exigir el registro no sólo de escritos sino también de «comunicaciones», o preveer que también éstas deben ser registradas por el sistema (art. 37-3), sin que a tal expresión pueda dársele el sentido restringido que tenía en la LPA en la que alude a documento escrito: vid. art. 65: registro de **todo escrito comunicación u oficio**, art. 65-3: documento, 65-4: escrito comunicación u oficio; art. 66: escritos o instancias...

En su caso, de admitirse prácticamente estas técnicas (y para ello la Administración debe publicar sus sistemas y horarios, de acceso art. 37-7) podría plantearse la duda, ante el posible carácter no instantáneo de la anotación en el registro general de la comunicación, de los datos temporales que deberían tomarse como referencia, cuestión que la vigente LPA resuelve indicando que «se entenderá que los escritos han tenido entrada en el órgano administrativo en la fecha en la que fueron entregados...».

De pretender una norma semejante respecto de la presentación de documentos generados y enviados por medios teleinformáticos y respecto de «comunicaciones» o mensajes no documentados en papel (comunicaciones que contengan, por ejemplo, la instancia inicial de un procedimiento, la interposición de un recurso o la formulación de alegaciones o aportación de datos) habrá que precisar que debe tomarse en consideración sólo su registro y recepción, a cuyo fin, los sistemas en uso deben **permitir acreditar al interesado tanto la presentación como la fecha y hora de la recepción, registro e identidad de la comunicación.**

Queda, por último, examinar el aspecto relativo al acceso de los ciudadanos (art. 105 C.E.) a los documentos y registros administrativos, supuesto en el que puede darse un conflicto entre la legislación general que establece el Proyecto al regular entre otros el derecho de los administrados «al acceso a los registros y Archivos de las Administraciones Públicas», derecho que, permite a los ciudadanos acceder «a los **registros** y a los **documentos** que formando parte de un expediente obren en los archivos administrativos **cualquiera que sea** la forma de expresión, gráfica sonora en imagen o **el tipo de soporte material en que figuren** siempre que tales expedientes correspondan a procedimientos terminados...» (art. 36-1 Proyecto de LRJAPC).

El acceso a tales documentos, puede conllevar, por tanto el derecho a acceder a archivos informatizados que plantean el problema de la protección de datos, perspectiva en la que convergen la futura legislación de protección de datos y el derecho de acceso a los archivos y registros administrativos, con el riesgo de dar lugar a normativas no homogéneas.

El Proyecto de LRJAPC establece que «el acceso a los documentos que contengan **datos referentes a la intimidad** de las personas estará reservado a éstas», otorgando a la persona titular una modalidad de el derecho de **habeas data**, señalando que el titular «en el supuesto de observar que tales datos figuran incompletos o inexactos podrá exigir sean rectificadas o completadas», derecho que no podrá ejercerse cuando tales datos figuren en expedientes caducados de los que no pueda derivarse efecto sustantivo alguno. (art. 36-2). Este precepto (de evidente signo protector frente a los **datos que afecten a la intimidad** y figuren en archivos administrativos, en soporte informático o convencional) puede plantear la duda interpretativa de si su ambito se extiende a cualquier archivo, o, por el contrario, los archivos en soporte informático deben regirse íntegramente (tanto en el acceso por parte de **ciudadanos no interesados** en el procedimiento original, como en el régimen de consulta y ejercicio del habeas data) por la futura Ley de Protección de Datos, que, en desarrollo del art. 18-4 de la Constitución deberá tener carácter de Ley Orgánica.

Una interpretación sistemática que pretenda salvar las regulaciones de los dos proyectos de ley en curso (el de Ley de Protección de Datos y el de Procedimiento Administrativo Comun) debe partir del ámbito específico de la primera, de manera que la protección frente a las aplicaciones informáticas debe encontrar allí su regulación total, tanto si es la Administración quien elabora y almacena datos personales, como si no.

Por tanto, la regulación del derecho de acceso a Archivos y Registros administrativos que se establezca en desarrollo del art. 105 C.E., por la regulación del procedimiento administrativo común, **no puede afectar a los datos de los archivos y registros en soporte informático**, al menos

cuando los documentos contengan datos referentes a la intimidad, respecto de los cuales debe aplicarse en su integridad la legislación (orgánica) de protección de datos.

Sólo a falta de norma expresa en ésta, será aplicable lo previsto en la futura Ley de Procedimiento Administrativo Común, y siempre que no esté en juego la intimidad de las personas, pues la protección de ésta frente a los archivos y registros administrativos informatizados debe tener rango de Ley Orgánica. (art. 18-4 y 81 C.E.).

El Proyecto de Ley de LRJAPC establece también que el acceso a documentos (en soporte informático o no) de carácter nominativo **que no incluyan datos referentes a la intimidad de las personas**, está abierto (salvo que se trate de expedientes sancionadores) tanto a los titulares como a **terceros que acrediten un interés legítimo y directo**.

La diferencia de sujetos titulares del derecho de acceso, según los datos afecten o no a la intimidad, plantea el problema de cuales son tales datos, que, en nuestra opinión, debe corresponder, en principio a los llamados «**datos sensibles**», es decir los referentes a la ideología, religión, creencias, origen racial o vida sexual del interesado.

El Proyecto de LORTAD excluye de su ámbito a los ficheros de titularidad pública cuyo objeto sea el almacenamiento de datos para su publicidad **con carácter general**, inciso éste que permite someter íntegra y exclusivamente a la Ley de Procedimiento Administrativo, y en su caso a la legislación sectorial, los ficheros, aunque informatizados, a los que puedan acceder «los ciudadanos» (art. 105 C.E.) y no sólo los titulares de los datos.

Pero entre una y otra situación (datos que afecten a la intimidad, sujetos a la LORTAD; datos de documentos no nominativos y datos públicos, sujetos en su consulta a la Ley de Procedimiento y al derecho de acceso a los registros y archivos públicos y legislación sectorial) se encuentran aquellos otros **documentos nominativos** de carácter administrativo que, **sin incluir datos que afecten a la intimidad**, sólo pueden ser objeto de acceso y consulta por personas que acrediten un «interés legítimo» y cuyo régimen debe quedar sujeto a la Ley de Procedimiento Administrativo.