

Incidències de la Llei d'accés electrònic als serveis d'arxiu

Xavier Bernadí

Professor de Dret administratiu

Universitat Pompeu Fabra

1. Sobre la Llei 11/2007 d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics, en general

La Llei 11/2007, de 22 de juny, d'accés electrònic dels ciutadans als serveis públics (d'ara endavant, indistintament, LAE o Llei d'administració electrònica) constitueix la iniciativa legal més completa i decidida que el Parlament espanyol ha dedicat fins ara a allò que avui coneixem com a *administració electrònica*, és a dir, al nou model d'Administració pública basat en la utilització intensiva de les noves tecnologies de la informació i el coneixement, amb l'objectiu de millorar l'eficàcia interna, les relacions interadministratives i les relacions de l'Administració amb els ciutadans¹ o, si es prefereix, en la utilització de les tecnologies de la informació i la comunicació en les administracions públiques, combinada amb canvis organitzatius i amb noves aptituds encaminades a millorar els serveis públics, els processos democràtics i les polítiques públiques.²

Sintèticament podríem afirmar que la Llei 11/2007 és la llei espanyola d'administració electrònica, tot i que aquesta afirmació exigiria algunes matisacions. En efecte, és clar, en primer lloc, que alguns mecanismes necessaris per al funcionament de l'administració electrònica no tenen la seva disciplina normativa en aquesta Llei, sinó en altres cossos normatius, a alguns dels quals remet la LAE amb freqüència. Pensem, per exemple, en la normativa reguladora de la protecció de dades de caràcter personal³ o en la regulació de la identitat i l'autenticació digitals.⁴

En segon lloc, també és evident que l'administració electrònica té en la LAE una regulació específica, però no completa, ja que el règim jurídic d'aquest model d'administració deriva, de manera conjunta, d'una Llei on es regula amb caràcter general el règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (Llei 30/1992, de 26 de novembre; d'ara endavant LRJPAC) i de la LAE, on es concreten les regles específicament aplicables a l'actuació de les administracions públiques a través de les tecnologies de la informació i la comunicació (a partir d'ara, TIC).

I tot això sense descartar que hi hagi altres previsions, contingudes fora d'una llei i de l'altra, però que regulin així mateix l'aplicació de les TIC en l'actuació de les administracions públiques. Pensem, concretament, en normes com la Llei 30/2007, de 30 d'octubre, de contractes del sector públic, on es presta una atenció remarcable a la utilització d'aquestes tecnologies en l'àmbit de la contractació pública,⁵ però també a la normativa autonòmica i local que es dicti en desplegament i com a complement de la LAE, sense oblidar-nos —lògicament— de la normativa aplicable a l'arxivament i la conservació dels documents en general. En conseqüència, ens trobarem sovint davant d'una gran multiplicitat de normes aplicables a una mateixa realitat (en el nostre cas, l'administració electrònica o la gestió de l'arxiu), un fenomen que sempre fa més complexa la resolució jurídica dels problemes que tenim plantejats.

En definitiva, la LAE no estableix un règim jurídic complet i detallat de l'administració electrònica, però sí que en constitueix la regulació central, tal com es desprèn de l'article 1.1 d'aquest text legal, on s'assenyala que la Llei «regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las administraciones públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas».⁶

Aquesta és, precisament, una de les primeres característiques de la LAE que convé destacar: la LAE és una llei estatal de caràcter bàsic, per la qual cosa les seves solucions s'imposen a totes les administracions públiques i no poden ser infringides per les normes que es dictin en el seu desplegament. Això és així perquè el legislador estatal ha dictat la Llei a l'empara de l'article 149.1.18 de la Constitució espanyola, un precepte que atorga a l'Estat la competència exclusiva sobre les bases del règim jurídic de les administracions públiques i sobre el procediment administratiu comú. El caràcter bàsic de la Llei afecta la major part de les previsions contingudes en la Llei, però no totes. Per això, la LAE dedica la seva disposició addicional primera a concretar els diversos preceptes que gaudeixen d'aquest caràcter bàsic i que són, per tant, ineludibles.⁷

Sobre aquesta qüestió ens limitarem ara a fer quatre observacions de caràcter general: a) En primer lloc, es pot constatar que la Llei suposa una més que remarcable ampliació de les bases estatals en matèria d'administració electrònica, unes bases que passen d'uns quants preceptes continguts en la Llei 30/1992, de 26 de novembre (articles 38, 45 i 59, principalment), a un conjunt gens menyspreable de disposicions (quatre desenes, aproximadament) que, des d'aleshores, gaudeixen del caràcter bàsic a què hem fet referència. De quatre a quaranta articles, així podria descriure's, *grosso modo*, l'eixamplament de les bases estatals en matèria d'administració electrònica; b) Sobre la legitimitat d'aquesta manera de procedir, no hi ha —en segon lloc— acord doctrinal, i com a conseqüència d'això s'han formulat crítiques a la regulació estatal tant «per excés» com «per defecte»;⁸ c) En la matèria que ens ocupa —tercera observació— el resultat és divers, ja que hi ha previsions relatives a la conservació de documents que tenen caràcter de normes bàsiques i altres de relacionades amb aquesta mateixa qüestió a les quals el legislador estatal no ha atribuït aquest caràcter (més endavant aprofundirem en aquest punt); d) En tot cas, la normativa estatal es va dictar en una etapa en què bona part de les

comunitats autònomes havien iniciat o culminat els seus respectius processos de reforma estatutària, per la qual cosa es va atorgar, en general, una gran atenció a les TIC i es va declarar —en algun cas, com el català— que les competències autonòmiques de desplegament legislatiu i d'execució permeten a la comunitat autònoma exercir la potestat legislativa, la potestat reglamentària i la funció executiva «en el marc de les bases que dicti l'Estat com a principis o mínim comú normatiu en normes amb rang de llei», tot especificant que aquesta comunitat «pot establir polítiques pròpies» i que el seu Parlament «haurà de desplegar i concretar per mitjà d'una llei les disposicions bàsiques esmentades» (article 111 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya).

Un altre element que convé recordar és el de l'àmbit d'aplicació de la Llei, tant per saber *a qui* i *a què* s'aplica, com *a qui* i *a què* no. D'acord amb l'article 2 de la LAE, la Llei s'aplica a les administracions públiques, als ciutadans en les seves relacions amb les administracions públiques i a les relacions entre aquestes. La LAE inclou dins el concepte d'Administració pública l'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes i les entitats que integren l'Administració local, així com les entitats de dret públic vinculades o dependents de totes elles. En conseqüència, queden fora de l'àmbit d'aplicació de la Llei, en primer lloc, les entitats vinculades a, dependents de o participades per una Administració pública, però que hagin estat constituïdes sota una forma jurídica privada (societats civils o mercantils, fundacions privades, etc.). I, d'acord amb la Llei, aquesta tampoc no s'aplica a les administracions públiques en les activitats que desenvolupin en règim de dret privat (article 2.2 de la LAE). L'amplitud de l'expressió «entitats de dret públic vinculades o dependents» d'una Administració pública permet entendre-hi incloses entitats com els organismes autònoms, les entitats públiques empresarials o empreses públiques (però únicament quan exerceixin potestats públiques o es trobin sotmeses, excepcionalment, al dret públic), les universitats

públiques, i també, encara que amb més dificultats, les anomenades administracions independents⁹ o les corporacions de dret públic, almenys quan exerceixin funcions públiques.¹⁰

On no s'estén la LAE és a l'ampli món de l'Administració de justícia, un món que tampoc no disposa, malauradament, d'una regulació similar que hagi apostat per la implantació de la justícia electrònica. Es tracta d'un buit que oblidem sovint, però que té una indubtable relació amb l'administració electrònica i, fins i tot, amb el seu possible èxit, tant perquè materialment l'activitat de l'Administració de justícia és molt similar, pel seu contingut prestacional, amb l'activitat que tenen confiades les administracions públiques, com pel paper que hi correspon en garantia dels drets dels ciutadans, el qual la porta sovint a revisar i corregir l'actuació de l'Administració pública, en un tipus de processos —els jurisdiccionals— en què l'intercanvi d'informació escrita és molt rellevant.¹¹

Dins encara del títol preliminar, on es concreten l'objecte (article 1) i l'àmbit d'aplicació (article 2) de la Llei, aspectes als quals ja ens hem referit, trobem altres continguts remarcables, com ara l'esment de les finalitats de la Llei (article 3) i una relació dels principis generals als quals s'ha d'ajustar la utilització de les TIC per part de les administracions públiques (article 4). L'interès d'aquests continguts rau en el valor que tenen o poden arribar a tenir en el moment de l'aplicació i la interpretació del Dret. No són, per tant, simples declaracions programàtiques o peticions de principi, sinó elements normatius que els aplicadors hauran de tenir en compte i podran emprar a l'hora de resoldre les dificultats i els conflictes interpretatius que de segur que es presentaran. De la desena llarga de principis generals consagrats per la LAE, convé destacar, als nostres efectes, el principi de cooperació per garantir tant la interoperabilitat de sistemes i solucions com la prestació conjunta de serveis (article 4.e), així com la tensió dialèctica entre el principi del manteniment de la integritat

de les garanties jurídiques dels ciutadans establertes en la LRJPAC (article 4.d), el principi de seguretat (article 4.f, en virtut del qual cal exigir, en la implantació i la utilització de mitjans electrònics, el mateix nivell de garanties i seguretat que es requereix per a l'ús de mitjans no electrònics) i el principi de proporcionalitat (article 4.g, d'acord amb el qual només s'exigiran les garanties i mesures de seguretat adequades a la naturalesa i a les circumstàncies dels diversos tràmits i actuacions), a més del principi de neutralitat tecnològica i adaptabilitat al progrés de la tècnica (article 4.i, en garantia de la independència en l'elecció de les alternatives tecnològiques dels subjectes que intervinguin en la relació juridicoadministrativa).

En fi, un dels aspectes més remarcables de la LAE és la tècnica que ha emprat per reforçar l'exigibilitat de les seves previsions, la de consagrar la relació electrònica amb les administracions públiques com un dret subjectiu dels ciutadans i com una obligació correlativa d'aquestes administracions. A judici del legislador, el desenvolupament de l'administració electrònica era insuficient i la causa d'aquest escàs desenvolupament es podia trobar, en bona mesura, en el fet que les previsions contingudes en la LRJPAC tenien un caràcter simplement facultatiu, és a dir, deixaven en mans de les mateixes administracions públiques la determinació de si els ciutadans es podrien relacionar electrònicament amb elles o no. Per això, l'«Exposició de motius» diu el següent:

Esta Ley pretende dar el paso del «podrán» al «deberán».

I aquest és, precisament, l'eix central de la Llei: «pasar de la declaración de impulso de los medios electrónicos e informáticos —que se concretan en la práctica en la simple posibilidad de que algunas administraciones, o algunos de sus órganos, permitan las comunicaciones por medios electrónicos— a que estén obligadas a hacerlo porque la Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a establecer relaciones electrónicas».¹²

L'abast i els límits del reconeixement d'aquest dret i la seva incidència sobre el sistema d'arxiu mereixen un apartat específic.

2. El reconeixement de drets electrònics als ciutadans i la seva incidència en el servei d'arxiu

Com acabem de veure, la tècnica emprada pel legislador per obligar les administracions públiques a administrar electrònicament no ha estat la de formular un mandat legal rotund i solemne en aquesta direcció,¹³ sinó la més efectiva de reconèixer un dret a un altre subjecte enfront d'aquestes administracions. Com se sap, reconèixer un dret a algú equival a crear una obligació en algú altre, encara que només sigui la de respectar que el titular del dret ho continuï essent i que pugui exercir-lo, lliurement, en tot el seu abast i contingut.

La idea no està gens malament, però encara falta saber com s'instrumenta i fins a quin punt va de debò.

2.1. Els drets reconeguts

Quant a la instrumentació, la Llei se serveix del reconeixement d'un nou dret —bàsic i central—, que és el dret a relacionar-nos electrònicament amb l'Administració, i d'un conjunt de drets electrònics addicionals que són conseqüència o complement d'aquest nou dret.¹⁴ Tots ells afecten l'Administració, la seva activitat i les persones que hi treballen i, per això mateix, afecten, i d'una manera important, els arxius administratius.¹⁵

Però aquesta afectació, aquesta incidència, és més directa i intensa en uns casos que en uns altres. Vegem, doncs, quins són els drets que han estat reconeguts als ciutadans, l'exercici dels quals ha de tenir un impacte més fort en les funcions i els serveis d'arxiu.

En primer lloc, el que hem anomenat dret *bàsic i central* de tota la Llei s'atribueix als ciutadans, mitjançant l'article 6.1, de la manera següent:

Se reconoce a los ciudadanos el derecho a relacionarse con las administraciones públicas utilizando medios electrónicos para el ejercicio de los derechos previstos en el artículo 35 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, así como para obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formular solicitudes, manifestar consentimiento, entablar pretensiones, efectuar pagos, realizar transacciones y oponerse a las resoluciones y actos administrativos.

En altres paraules, la LAE ha reconegut als ciutadans el dret a relacionar-se electrònicament amb les administracions públiques per a qualsevol transacció o actuació amb rellevància jurídica. Es tracta d'una decisió normativa d'una gran transcendència, a partir de la qual es pot certificar el trànsit definitiu del model d'administrar vigent en els darrers segles a un nou model de govern i Administració.

Aquest dret subjectiu es pot exercir per dur a terme totes les accions que la Llei enumera —pensem que amb caràcter simplement enunciatiu—, a la part final de l'article 6.1, però també, com s'assenyala des del principi, per exercir els drets que l'article 35 de la LRJPAC ja havia reconegut als ciutadans quinze anys enrere, és a dir, el conjunt de drets següent: a) dret a conèixer, en qualsevol moment, l'estat de tramitació dels procediments en què tinguin la condició d'interessat i a obtenir-

ne còpies; b) dret a identificar les autoritats i el personal al servei de les administracions públiques; c) dret a obtenir còpia segellada dels documents que presentin i la devolució dels originals; d) dret a emprar les llengües oficials; e) dret a formular al·legacions i aportar documents en qualsevol fase del procediment anterior al tràmit d'audiència; f) dret a no presentar documents no exigits per les normes reguladores del procediment o que ja es trobin en poder de l'Administració actuant; g) dret a obtenir informació i orientació sobre els requisits de les actuacions que vulguin realitzar; h) dret a l'accés als registres i arxius de les administracions públiques; i) dret a ser tractats amb respecte i deferència; j) dret a exigir les responsabilitats que corresponguin; i k) qualssevol altres drets reconeguts per la Constitució i les lleis. Com veurem, la LAE no es limita a fer aquesta remissió, sinó que també consagra alguns dels drets recollits en aquest article 35 de la LRJPAC —concretament, els recollits a les lletres a, c i f— en versió electrònica.

És a l'apartat segon de l'article 6 de la LAE on es consagren els drets electrònics que els ciutadans tindran «a més a més» del dret bàsic a relacionar-se electrònicament amb l'Administració: tots ells han de tenir una gran repercussió sobre l'activitat administrativa i sobre els arxius.¹⁶

Tria el ciutadà: el dret a escollir modalitat i canal de relació

D'entrada, la Llei reconeix als ciutadans el dret a «escollir, entre aquells que en cada moment es trobin disponibles, el canal pel qual vulguin relacionar-se per mitjans electrònics amb l'Administració» (article 6.2.a de la LAE).¹⁷ L'Administració pot prestar serveis mitjançant diversos canals perquè la tecnologia permet multiplicar les vies de relació amb els ciutadans, i és evident que aquesta multiplicació de vies o mitjans —administració multicanal— facilita l'exercici dels drets dels ciutadans i redueix el risc de l'exclusió digital. El dret —relacionat amb el principi

d'accessibilitat recollit per l'article 4.c de la LAE— es troba limitat als canals «que en cada moment es trobin disponibles», una previsió que podria desactivar-lo totalment si no fos perquè l'article 8 de la LAE obliga les administracions públiques a habilitar diversos canals o mitjans per a la prestació dels serveis electrònics, garantint en tot cas l'accés a aquests serveis a tots els ciutadans, amb independència de les seves circumstàncies personals, mitjans o coneixements.

En el cas concret de l'Administració general de l'Estat, l'accés als serveis electrònics s'haurà de facilitar mitjançant un sistema que, com a mínim, disposi dels tres canals següents: les *oficines d'atenció presencial* —oficines on, de manera lliure i gratuïta, es posarà a la disposició dels ciutadans els mitjans i l'assistència que els calgui per exercir llurs drets—; el *punt d'accés electrònic general* i la resta de *punts d'accés electrònic* —seus electròniques creades pels diversos departaments i organismes públics que facilitaran l'accés a la informació i als serveis disponibles—, i els *serveis d'atenció telefònica*, els quals també han de facilitar aquest accés, en la mesura que ho permetin els criteris de seguretat i les possibilitats tècniques (article 8.2 de la LAE).

La incidència d'aquestes previsions en el servei d'arxiu és clara, ja que ens podem trobar que unes mateixes actuacions de la persona interessada (formulació d'una sol·licitud, presentació d'un recurs) o de l'Administració (notificació) es produeixen amb comunicacions electròniques que es canalitzen per mitjans tècnics diversos (servei telefònic, entorns tancats de comunicació, correu electrònic, SMS, TDT), amb unes formes de transmissió i expressió diverses i amb una problemàtica de conservació de la informació també diferent.

Un dret complementari o proper a aquest és el reconegut a l'article 6.2.k, en què es reconeix el dret «a escollir les aplicacions o sistemes per relacionar-se amb les administracions públiques sempre que utilitzin estàndards oberts o d'altres que siguin d'ús generalitzat pels

ciutadans». El dret —una aplicació del principi de neutralitat recollit a l'article 4.í— acaba de reforçar la llibertat dels ciutadans, dins de la relació amb mitjans electrònics, per inclinar-se en aquest cas per unes solucions de programari o bé unes altres, amb l'única condició que es tracti sempre de solucions d'estàndards oberts o generalitzats (els més majoritaris) entre la ciutadania.

Però el dret a triar que es reconeix al ciutadà no resta limitat a la possibilitat d'opció entre els diversos canals electrònics que hi hagi disponibles: s'estén, igualment, que inclou la modalitat de relació —electrònica o presencial— que prefereixi tenir amb l'Administració. Aquesta possibilitat, que ja es podria deduir del reconeixement del dret a relacionar-se electrònicament amb les administracions, pel fet de constituir, precisament, un dret i no una obligació, queda confirmada expressament per l'article 27.1 de la LAE, d'una manera particularment generosa:

Los ciudadanos podrán elegir en todo momento la manera de comunicarse con las administraciones públicas, sea o no por medios electrónicos. [...] La opción de comunicarse por unos u otros medios no vincula al ciudadano, que podrá, en cualquier momento, optar por un medio distinto al inicialmente elegido.

El ciutadà serà, per tant, qui triarà si la relació amb l'Administració serà electrònica o no ho serà i, en cas que ho sigui, també serà ell qui triarà el canal o el mitjà electrònic, d'entre els disponibles, per comunicar-se amb l'Administració. Però la tria que faci inicialment no el vincularà i podrà optar, en qualsevol moment, per una altra modalitat o mitjà. Aquesta regulació ha suscitat les crítiques de diversos autors, que temen que els ciutadans utilitzin aquest dret amb mala fe.¹⁸ Per això

mateix, també és possible que aquest dret reconegut als ciutadans sigui objecte de restriccions en un futur proper, per vies més o menys adequades.¹⁹

El dret a no aportar documents

El dret a no aportar documents que ja estiguin en poder de l'Administració també situa en un primer pla la gestió documental i la conservació o arxivament de la informació vinculada amb els diferents procediments administratius. Certament, aquest dret ja havia estat reconegut per la LRJPAC (a l'article 35.f, en el qual es reconeix el dret «a no presentar documents no exigits per les normes aplicables al procediment de què es tracti, o que ja es trobin en poder de l'Administració actuant»),²⁰ però la novetat és que ara el dret ja no queda reclòs dins de cada una de les administracions «actuants», sinó que els ciutadans poden deixar d'aportar, davant de qualsevol Administració, els documents que ja haurien presentat en el passat davant qualsevol Administració. L'ampliació d'aquest dret el du a terme l'article 6.2.b de la LAE, assenyalant concretament que els ciutadans tenen el dret...

...a no aportar los datos y documentos que obren en poder de las administraciones públicas, las cuales utilizarán medios electrónicos para recabar dicha información siempre que, en el caso de datos de carácter personal, se cuente con el consentimiento de los interesados en los términos establecidos por la Ley Orgánica 15/1999, de Protección de Datos de Carácter Personal, o una norma con rango de Ley así lo determine, salvo que existan restricciones conforme a la normativa de aplicación a los datos y documentos

recabados. El citado consentimiento podrá emitirse y recabarse por medios electrónicos.

Aquesta regulació es completa amb les previsions contingudes a l'article 9 de la LAE en relació amb les «transmissions de dades entre administracions públiques». S'estableix aquí que, per a l'exercici eficaç del dret a no aportar dades, «cada Administración deberá facilitar el acceso de las restantes administraciones públicas a los datos relativos a los interesados que obren en su poder y se encuentren en soporte electrónico, especificando las condiciones, protocolos y criterios funcionales o técnicos necesarios para acceder a dichos datos con las máximas garantías de seguridad, integridad y disponibilidad, de conformidad con lo dispuesto en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal y su normativa de desarrollo».

El sistema ideat pel legislador funcionaria més o menys així: un ciutadà assenyala que el document que li reclama l'Administració autonòmica el va presentar temps enrere en un ajuntament d'una altra comunitat autònoma i s'acull al dret a no aportar documents; l'Administració interessada en el document està interconnectada amb la resta d'administracions públiques i, concretament, amb l'ajuntament de l'altra comunitat autònoma, el qual té el document en el seu poder i en suport electrònic; els sistemes d'informació i les aplicacions informàtiques d'ambdues administracions són interoperables i la informació està organitzada, tractada i arxivada de manera que és fàcilment localitzable i recuperable, de forma automàtica o semiautomàtica; tot el procés es fa respectant escrupolosament la normativa en matèria de dades de caràcter personal i l'Administració interessada a obtenir el document té cura de conservar el document o la informació on consta el consentiment del ciutadà i l'Administració cedent disposa de mecanismes per acreditar que s'ha produït un accés a la informació

que conserva i per deixar constància del subjecte que l'ha sol·licitat i la finalitat que persegua. Si aquest sistema arriba a funcionar correctament i de manera general estarem davant d'una Administració força diferent de la que tenim avui.

En tot cas, el dret a no aportar documents i les transmissions de dades entre administracions per fer-lo possible són difícils de conciliar amb el respecte escrupolós a la complexa normativa en matèria de protecció de dades, i no podem descartar que aquesta tensió es resolgui amb l'afebliment progressiu d'un dels dos interessos en presència. En vista de les remissions contínues que fa la LAE al consentiment de les persones interessades, i al paper —de moment, central— d'aquest consentiment per fer realitat i estendre l'administració electrònica, també seria fàcil de pronosticar la creació d'un «mercat de consentiments», en el sentit que el legislador i l'Administració en promoguin i facilitin al màxim la seva prestació, sota modalitats i formes ben diverses (consentiments tàcits, presumptes, genèrics, universals, a la carta...). Però aquesta hipòtesi no només haurà de superar les dificultats que pugui presentar des de l'òptica de l'arxiu (del tot determinant, en aquest cas, a efectes probatoris), sinó també les barreres que la normativa de protecció de dades situï al davant d'aquestes iniciatives.²¹

El dret a la conservació dels documents electrònics en format electrònic

La LAE també ens va sorprendre amb el reconeixement d'un nou dret subjectiu: el contingut en l'article 6.2.f de la LAE, el qual té una relació directa amb l'arxiu. I és que, d'acord amb aquest precepte, tots els ciutadans tenim dret...

...a la conservació en format electrònic per les administracions públiques dels documents electrònics que formin part d'un expedient.

Un reconeixement com aquest cal analitzar-lo amb una certa atenció. Destaca, en primer lloc, que el legislador ens ha reconegut un «dret a l'arxiu». L'arxiu administratiu i la informació que s'hi conserva han passat a ser un dret subjectiu dels ciutadans.²² Feliçment, les administracions públiques tenen el deure de conservar la informació convenientment arxivada, però d'aquí a reconèixer el dret subjectiu dels ciutadans a l'arxiu hi ha un pas important. En segon lloc, allò que ha d'ésser objecte de conservació són els «documents electrònics», és a dir, d'acord amb l'annex de la Llei: «la informació de qualsevol naturalesa en forma electrònica, arxivada en un suport electrònic segons un format determinat i susceptible d'identificació i tractament diferenciat». No tenim el dret a la conservació dels documents en formats diferents dels electrònics.

A tot això hem d'afegir alguns comentaris addicionals:

Primer: és evident que aquest dret, a banda d'estar lligat a la seguretat jurídica i al dret de defensa, també ho està a d'altres drets reconeguts per la llei, com el que hem vist abans en parlar del dret a no aportar documents que es trobin en poder de les administracions. Si aquestes no conserven els documents electrònics —i, per tant, ja no els tenen en el seu poder— difícilment el ciutadà es podrà beneficiar d'un dret com aquest. No oblidem que la Llei atorga una gran importància a la conservació de la documentació electrònica, com es dedueix des del seu primer article: «Las administraciones públicas utilizarán las tecnologías de la información [...] asegurando [...] la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias» (article 1.2 de la LAE).

Segon: l'interrogant més important que genera, al nostre parer, aquesta regulació és el relatiu a si les administracions públiques han de conservar electrònicament *tots els documents electrònics* que formin o hagin format part d'un expedient, una solució que contrastaria amb

el règim de conservació dels documents en suport paper, en què es preveu l'eliminació total o parcial de determinades sèries documentals. Autors com Cotino o Valero consideren que no es tracta d'un dret absolut a la conservació de tota la informació, sinó que caldrà aplicar-hi les regles generals sobre destrucció de documentació administrativa.²³ Però aquest posicionament —que és, probablement, el més lògic i el més respectuós amb el principi de proporcionalitat (article 4.g de la LAE)— no deixa de xocar amb la literalitat del precepte, que sembla apuntar cap a la conservació indiscriminada de tots els documents electrònics. No obstant això, l'article 31.2, que veurem després amb l'anàlisi de l'arxiu electrònic, sembla desmentir-ho. En contra d'aquest criteri, Sanz Laruga considera que una interpretació integradora dels preceptes afectats porta a exigir la conservació de tots els documents, cosa que troba fonamentada pel fet d'ésser una interpretació més favorable als drets dels ciutadans, per la dificultat de definir el concepte d'acte administratiu (que apareix a l'article 31.2) i per l'al·lusió que fa a la conservació l'article 1.2 de la LAE.²⁴ L'Ordenança reguladora de l'administració electrònica de l'Ajuntament de Barcelona sembla compartir aquestes darreres idees.²⁵

Tercer: el dret del ciutadà —i l'obligació correlativa de l'Administració— s'estén, únicament, als documents electrònics que *formin part d'un expedient*, una restricció material que entenem criticable. La referència a l'*expedient* remet a l'existència d'un *procediment administratiu* simultani o anterior (article 32.1 de la LAE), amb la presència dels ciutadans i dels òrgans administratius corresponents. El dret s'ha reconegut genèricament als ciutadans, però el legislador no pensava en tots ells, sinó, exclusivament, en les persones interessades. Es pretén tornar, així, a les restriccions amb què s'ha envoltat tradicionalment el dret d'accés a arxius i registres, un accés que, entre altres limitacions, es troba igualment limitat als documents que formin part d'un expedient (article 37.1 de la LRJPAC). Tots els ciutadans —i no únicament els qui tinguin la condició de persona interessada— podem tenir interès

a accedir a la informació, tant si aquesta informació s'ha integrat en un expedient administratiu i ja en forma part com si no forma part de cap expedient concret, una informació, aquesta última, que sovint és més interessant que la primera. Només cal mirar de recordar si ha passat alguna vegada que documents electrònics de notòria transcendència, posats inicialment a la disposició del públic en llocs web governamentals, desapareguin d'un dia a l'altre, per art de màgia digital, i sense deixar cap mena de rastre.

En fi, tot i no coincidir-hi plenament, el precepte que la Llei catalana d'arxius dedica a la promoció de l'ús de les tecnologies camina en la mateixa direcció: «Les administracions públiques han de promoure d'una manera activa l'ús de les tecnologies de la informació i la comunicació (TIC) per tal de garantir que el tractament de la documentació, en tots els seus aspectes de gestió documental, preservació i difusió dels documents, compleixi la finalitat de posar-los a l'abast dels usuaris» (article 5).

Altres drets

Dels drets restants —ja hem assenyalat que tots ells incideixen d'una manera o d'una altra en el servei d'arxiu—, alguns tenen un caràcter més general, com els recollits en l'article 6, lletres *c* (dret a la igualtat en l'accés electrònic als serveis de les administracions públiques), *i* (dret a la garantia de la seguretat i la confidencialitat de les dades que figurin en els fitxers, els sistemes i les aplicacions de les administracions públiques) i *j* (dret a la qualitat dels serveis públics prestats per mitjans electrònics). Altres drets, però, estan més directament lligats amb el procediment i amb actuacions concretes de les persones interessades en aquests procediments, com és el cas de les lletres *d* (dret a conèixer per mitjans electrònics l'estat de tramitació dels procediments en què els sol·licitants tinguin la condició de persones interessades, tret dels supòsits en què la normativa aplicable estableixi restriccions a

l'accés a la informació sobre aquells procediments),²⁶ e (dret a obtenir còpies electròniques dels documents electrònics que formin part de procediments en què els sol·licitants tinguin la condició de persones interessades), g (dret a obtenir els mitjans d'identificació electrònica necessaris, per bé que els sistemes de signatura electrònica del DNI electrònic es poden fer servir per a qualsevol tràmit electrònic davant qualsevol Administració pública) i h (dret a la utilització d'altres sistemes de signatura electrònica admesos en l'àmbit de les administracions públiques).

2.2. L'exigibilitat d'aquests drets

Fins a quin punt va de debò? La LAE consagra els drets que hem comentat com a drets subjectius perfectes i, en principi, plenament exigibles, de manera que els ciutadans ja els podrien exercir, obligant les administracions a respectar-los. No obstant això, el legislador, conscient que la implantació efectiva d'un model d'administració electrònica com aquest exigiria actuacions de tot tipus, va establir una pròrroga de la seva eficàcia. Es va iniciar així una etapa transitòria en què els ciutadans ja disposaven de la titularitat d'aquests drets, però només podien exercir-los en els procediments o les actuacions que ja s'havien adaptat a les previsions de la Llei. Per a la resta de procediments i actuacions començava a transcórrer un període de gràcia en què calia dur a terme l'«adaptació de les administracions públiques per a l'exercici dels drets».

Aquest període de gràcia es podia perllongar un total de divuit mesos, fins al 31 de desembre de 2009, data en què els drets reconeguts a l'article 6 podrien ser exercits en relació amb la totalitat dels procediments i les actuacions de competència de cada Administració.

L'inici del 2010 com a data en què calia respectar l'exercici general dels nous drets electrònics afectava de la mateixa manera l'Administració general de l'Estat, les comunitats autònomes i els ens locals. Tanmateix, per vèncer la possible resistència autonòmica i local a una norma que, seguint la tradició, imposava obligacions a les administracions però no els assegurava cap sistema per finançar-les, el legislador va subjectar l'obligació de les comunitats autònomes i dels ens locals a fer possible l'exercici d'aquells drets «sempre que ho permetessin llurs disponibilitats pressupostàries» (DF 3a, apartats 3 i 4). I amb una previsió d'aquest tipus s'esfuma completament tota l'exigibilitat dels drets en qüestió.

L'opció de la Llei ha estat unànimement contestada, tant des d'una òptica general, atès que amb aquesta decisió es dinamita tota l'arquitectura de la Llei, com des de punts de vista més delimitats.²⁷ Tanmateix, potser no s'ha copsat del tot la seva transcendència. En primer lloc, hi consta un terme final, de caràcter general per a totes les administracions (31 de desembre de 2009), i a mesura que les administracions superin i s'allunyin d'aquesta data sense fer possible l'exercici dels drets reconeguts per la Llei, més legitimitat perdrà davant dels ciutadans corresponents. A això hi pot contribuir, de segur, la consciència dels ciutadans que dels drets que no podem exercir en som titulars des de l'any 2007. Ara bé, el que considerem difícilment sostenible, no en l'àmbit jurídic, sinó en el polític, és que l'Administració general de l'Estat presti serveis electrònics i admeti amb normalitat l'exercici dels drets electrònics dels ciutadans i que altres administracions no ho facin i allarguin el seu incompliment.

En definitiva, a diferència de l'Administració estatal, les comunitats autònomes i els ens locals no tenen l'obligació legal de respectar l'exercici dels drets recollits en l'article 6 de la LAE a partir de l'1 de gener de 2010, però serà força fàcil fonamentar la seva obligació «moral». En tot cas, les solucions asimètriques poden produir fractures

digitals evidents (entre les administracions i entre les persones que s'hi relacionin). El camí s'inicia amb més o menys decisió, més aviat o més tard, però quan s'enceta ja no hi ha marxa enrere.

Resta per aclarir quines conseqüències es podrien derivar de l'incompliment d'aquests drets per part de l'Administració, quan ja siguin plenament exigibles. Segons el nostre criteri, aquestes conseqüències —força negatives per a l'Administració— es farien ben paleses almenys en dos supòsits: En primer lloc, quan l'Administració exercís potestats ablatòries o limitadores enfront del ciutadà (liquidació de tributs, exercici de la potestat expropiatòria o sancionadora, ús de mitjans d'execució forçosa), l'objectiu de les quals podria quedar frustrat si el ciutadà afectat optés per relacionar-se electrònicament amb l'Administració o si al·legués que se l'ha privat del dret a fer-ho, tot i tenir-ne la voluntat. En segon lloc, sempre que la negativa de l'Administració produís danys antijurídics (essencialment econòmics) sobre l'esfera patrimonial de qualsevol persona física o jurídica i aquesta sol·licités una indemnització econòmica suficient en concepte de responsabilitat patrimonial administrativa (article 106.2 de la CE i article 139 i següents de la LRJPAC).

3. El règim jurídic de l'administració electrònica i la regulació de l'arxiu electrònic

La LAE dedica el seu títol segon a l'establiment del règim jurídic de l'administració electrònica. Totes les previsions contingudes en aquest títol són de gran interès i afecten la funció de conservació i d'arxiu tal com passa amb la publicació electrònica dels butlletins oficials —article 11—, la publicació electrònica del tauler d'anuncis —article 12— i les notificacions electròniques —article 28, el títol segon de la LAE, relatiu al règim jurídic de l'administració electrònica—), però algunes solucions tenen un interès particular i un paper central dins

de l'arquitectura de la Llei, encara que ara només ens limitem a fer-ne esment o un mínim comentari.

Entre aquestes darreres destaquen, segons el nostre parer, la figura de la seu electrònica (article 10, on es defineix que l'ens o òrgan públic que té la titularitat i s'encarrega de la gestió d'un lloc web disponible per als ciutadans és el responsable, pel fet d'establir-lo, de la integritat, la veracitat i l'actualització de la informació i els serveis als quals permeti accedir), les nombroses, variades i detallades previsions sobre els sistemes d'identificació i autenticació (articles 13-23) i la regulació del registre telemàtic, com a peça central del procés documental, íntimament relacionada amb l'arxiu electrònic (articles 24-26). S'estableix, aquí, l'obligació de les administracions de crear registres electrònics per a la recepció de sol·licituds, escrits i documents, els requisits de creació i funcionament i el tipus de documents que podran admetre. En aquest cas, la porta d'entrada és més petita que la construïda, amb el temps, per als documents en paper (interconnexió total de registres estatals i autonòmics i, mitjançant conveni, també dels locals). Aquí, a banda dels documents electrònics normalitzats que s'assenyalin en l'acte de creació del registre, només hi podran tenir entrada els escrits adreçats a òrgans o entitats de l'àmbit de l'Administració titular del registre (article 24.2 de la LAE). És qüestió de temps.

Igualment significativa és la regulació continguda en l'article 27 sobre les comunicacions electròniques, la qual comprèn el dret dels ciutadans a escollir la manera de comunicar-se amb l'Administració, així com el de canviar d'opció, en principi de manera il·limitada, la possibilitat d'imposar —mitjançant normes reglamentàries, a l'abast de totes les administracions— la tramitació electrònica dels procediments, sempre que s'acompleixin els requisits subjectius establerts a l'apartat sisè d'aquest article i la necessitat, per imposar la tramitació no electrònica d'un procediment, que una norma amb rang de llei així ho estableixi o permeti inferir-ho.

Tanmateix, allò que convé remarcar amb un èmfasi especial és la regulació que el quart i darrer capítol d'aquest títol, el capítol IV, dedica als documents i als arxius electrònics. Aquest títol està integrat per un article dedicat específicament a l'arxiu electrònic de documents i per tres articles més dedicats a d'altres instruments que hi tenen una relació molt directa: el document administratiu electrònic (article 29), les còpies electròniques (article 30) i l'expedient electrònic (article 32). Alguns dels seus continguts han estat considerats com unes de les més grans aportacions de la Llei.²⁸

La regulació de l'arxiu electrònic no és excessivament densa i es limita a prendre tres grans decisions:

- a) Tots els documents utilitzats en les actuacions administratives es podran emmagatzemar per mitjans electrònics.
- b) Els documents electrònics que continguin actes administratius que afectin drets o interessos dels particulars s'hauran de conservar en suports d'aquesta naturalesa, ja sigui en el mateix format a partir del qual s'hagi originat o en qualsevol altre que n'asseguri la reproducció.
- c) A l'hora d'emmagatzemar aquests documents, caldrà disposar de mesures de seguretat que garanteixin, d'una banda, la integritat, l'autenticitat, la confidencialitat, la qualitat, la protecció i la *conservació* dels documents emmagatzemats i, de l'altra, en particular, la identificació dels usuaris, el control d'accessos i el compliment de les garanties previstes en la legislació de protecció de dades.

Una primera observació que cal fer és que l'article 31, relatiu a l'arxiu electrònic de documents, no té caràcter bàsic, a diferència tant de la resta d'articles del mateix capítol, com de la majoria de previsions de la Llei. Aquesta opció, discutible i discutida,²⁹ es pot explicar amb una

certa facilitat pel que fa als dos primers apartats (el primer perquè ens trobem davant d'una disposició simplement potestativa i del tot coherent amb l'esperit i els objectius de la Llei i el segon perquè, com hem vist, el dret a la conservació dels documents electrònics reconegut a l'article 6.2.f té una amplada igual o fins i tot superior a la d'aquesta previsió i, a diferència d'aquesta, sí que gaudeix de caràcter bàsic), però és difícilment justificable en el cas del tercer apartat, relatiu a les mesures de seguretat, tot i que és molt improbable que les administracions públiques autonòmiques o locals optin per implantar arxius electrònics que no disposin d'aquestes mateixes mesures de seguretat.

En aquest àmbit cal tenir en compte els «criteris de conservació» aprovats pel Consell Superior d'Informàtica del Ministeri d'Administracions Públiques el 24 de juny de 2004, dins del document més extens *Criterios de seguridad, normalización y conservación de las aplicaciones utilizadas para el ejercicio de potestades*, el qual s'estén a la conservació de la informació en suport electrònic, en general, al cicle de vida de la informació en suport electrònic, al seu format, als suports d'emmagatzematge, a les mesures d'emmagatzematge i conservació, i al sistema d'arxius.³⁰ La conservació dels documents i la capacitat que tinguem de recuperar-ne la informació, amb garanties suficients d'integritat i seguretat, l'autèntica clau de volta de tot el sistema d'arxiu electrònic, ha estat i encara és present en molts documents adoptats per les institucions europees des de punts de vista alhora diversos i complementaris,³¹ un fet, relativament recent que ha servit per prendre consciència dels reptes que tenim plantejats en aquesta matèria.

Pel que fa a les mesures concordants amb aquestes previsions en matèria d'arxiu, convé recordar que l'article 29 de la LAE regula el document administratiu electrònic sobre la base que incorpori una o diverses signatures electròniques i referència temporal, mentre que l'article 30 atorga el caràcter d'autèntiques a les còpies electròniques que es realitzin per mitjans electrònics de documents igualment

electrònics o bé en paper, i conté dues regulacions més d'interès. En primer lloc, habilita les administracions per obtenir imatges electròniques dels documents privats aportats pels ciutadans, amb la seva mateixa validesa i eficàcia, mitjançant processos de digitalització que en garanteixin l'autenticitat, integritat i conservació (del document imatge), una obtenció que també es podrà fer de manera automatitzada mitjançant el segell electrònic corresponent (article 30.3 de la LAE). I, en segon lloc, més cridanera, determina que en els supòsits de documents emesos originalment en suport paper dels quals s'hagin efectuat còpies electròniques, d'acord amb la llei, es podrà procedir a la destrucció dels originals. El format digital i la consideració de la còpia electrònica com a còpia autèntica permeten justificar aquesta previsió —o porten, si es vol, a la confusió entre originals—, la qual, a més, es deixa oberta a lliure utilització per part de cada Administració («podrá procederse a la destrucción de los originales [...] en los términos y con las condiciones que por cada Administración pública se establezcan»).

Finalment, l'article 32 de la LAE defineix l'expedient electrònic com «el conjunt de documents electrònics corresponents a un procediment administratiu», exigeix que estigui foliat i indexat, mitjançant un índex electrònic, signat per l'ens o l'òrgan actuant, que en garantirà la integritat i la recuperació, i disposa que la remissió d'expedients podrà ser substituïda a tots els efectes legals per la posada a disposició de l'expedient electrònic, amb el dret de la persona interessada a obtenir-ne còpia.

La regulació de la seu electrònica (article 10), de les formes d'identificació i autenticació (articles 13-23) i dels registres electrònics i les notificacions electròniques (articles 24 i 28) constitueixen algunes de les peces essencials del règim jurídic de l'administració electrònica i tenen un interès especial per acabar d'entendre la nova posició, els requeriments i les funcionalitats de l'arxiu electrònic.

4. L'arxiu en l'era de la cooperació i la interoperabilitat

En la societat de la informació, la cooperació interadministrativa ateny un nivell d'intensitat particularment elevat.³² D'una banda, el vincle col·laboratiu té una concreció física específica per la interconnexió de xarxes i sistemes tecnològics, la qual permet la transmissió bidireccional d'informació amb una gran fluïdesa (en el nostre cas, la Red de Comunicaciones de las Administraciones Públicas Españolas o, en termes més breus, xarxa SARA). Els llaços d'unió, per tant, ja no són metafòrics. I, d'altra banda, apareix una tecnologia que permet simplificar i consorciar serveis amb una gran senzillesa (portals i altres sistemes d'informació i gestió telemàtica), fins i tot més enllà del que és institucionalment acceptable (fet que determina el fracàs d'alguns dels experiments primerencs, com el «Cat 365»).

Finalment, el concepte de cooperació desemboca—en el nostre àmbit— en el concepte d'*interoperabilitat* dels sistemes i les aplicacions de les diferents administracions, és a dir, en la «capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos».³³ Aquesta interoperabilitat ha de ser tècnica, semàntica i organitzativa i requereix una cooperació interadministrativa particularment intensa que, entre altres objectius, ha d'establir els criteris comuns que totes les administracions hauran de seguir per garantir la interoperabilitat dels seus sistemes i aplicacions.

La LAE dedica el títol quart (articles 40-46) a la «cooperació entre administracions per a l'impuls de l'administració electrònica». Un dels aspectes destacables, en l'àmbit institucional, és el de la creació del Comitè Sectorial d'Administració Electrònica, dins de la Conferència Sectorial d'Administracions Públiques, com a òrgan tècnic de cooperació de l'Administració general de l'Estat, les administracions de les comunitats autònomes i els ens locals en matèria d'administració

electrònica. Una de les funcions principals d'aquest Comitè és assegurar la compatibilitat i la interoperabilitat dels sistemes i aplicacions emprats per les administracions públiques (article 40 de la LAE). Aquestes administracions han d'utilitzar les tecnologies de la informació aplicant diverses mesures (informàtiques, tecnològiques, organitzatives i de seguretat) que garanteixin un nivell adequat d'interoperabilitat tècnica, semàntica i organitzativa (article 41). Per tant, assegurar un mínim d'interoperabilitat s'ha convertit en un nou deure legal de les administracions públiques. I per facilitar-ne el compliment, s'aposta per l'establiment d'uns criteris comuns —per mitjà d'un procediment més «coordinador» que cooperatiu— englobat sota un mateix esquema: l'Esquema nacional d'interoperabilitat (article 42), que comprendrà...

...elconjuntode *criterios* y recomendaciones en materia de seguridad, *conservación* y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que *deberán ser tenidos en cuenta* por las administraciones públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la *interoperabilidad*.

L'Esquema nacional d'interoperabilitat fixarà, per tant, els criteris de conservació de la informació electrònica que les administracions hauran d'observar per garantir la interoperabilitat entre els seus sistemes i aplicacions. En conseqüència, l'elaboració i l'aprovació d'aquest esquema passen a tenir un interès especial. En aquest punt, la LAE diu que l'Esquema nacional d'interoperabilitat s'elaborarà amb la participació de totes les administracions, tot i que *s'aprovarà per Reial decret del govern*, a proposta de la Conferència Sectorial d'Administració Pública i després d'un informe de la Comissió Nacional d'Administració Local, que s'ha de mantenir actualitzat *de manera permanent*. En l'elaboració de l'Esquema potser hi ha cooperació.

Però en l'aprovació, la tècnica no és la de la cooperació, sinó la de la coordinació. Tanmateix, en l'elaboració de l'Esquema cal tenir en compte les recomanacions de la Unió Europea, la situació tecnològica de les diverses administracions públiques i els serveis electrònics ja existents. El mateix règim s'aplica a l'Esquema nacional de seguretat, el qual té per objecte establir la política de seguretat en la utilització dels mitjans electrònics i està integrat pels principis bàsics i requisits mínims que permetin una protecció adequada de la informació (article 42.2 de la LAE).

En definitiva, els arxius de les administracions públiques s'han d'obrir a la interoperabilitat amb sistemes i aplicacions d'altres administracions, un requeriment que comporta la necessitat d'acceptar l'aplicació de criteris externs, tenint una participació més o menys directa en la seva elaboració.

Sense abandonar l'àmbit de les xarxes, la LAE es refereix successivament a la xarxa Sara, sota la denominació de Xarxa de Comunicacions de les Administracions Públiques Espanyoles, i a la possibilitat de constituir una xarxa d'espais comuns o finestretes úniques per atendre els ciutadans, especialment en l'àmbit empresarial i de la prestació de serveis. Aquest supòsit té alguns precedents i és on les previsions en matèria d'interoperabilitat o de còpies electròniques poden tenir una gran utilitat, a efectes de conservació i arxiu de les comunicacions electròniques que s'hi produeixin.

Dins encara de les previsions en matèria de cooperació interadministrativa, cal remarcar les referències de la Llei a la reutilització de sistemes i aplicacions (article 45) i a la transferència de tecnologia entre administracions públiques (article 46). En el primer cas, s'autoritza que les administracions titulars dels drets de propietat intel·lectual sobre aplicacions concretes les posin a la disposició de qualsevol Administració, sense contraprestació i sense necessitat de

conveni, i també que aquestes aplicacions puguin ser declarades de fonts obertes. En el segon cas, s'obliga les administracions a mantenir directoris actualitzats d'aplicacions per a la seva lliure reutilització i, a més, s'encarrega a l'Administració general de l'Estat la prestació d'assistència tècnica per a la lliure reutilització d'aplicacions i l'impuls del desenvolupament d'aplicacions, formats i estàndards *comuns* d'especial interès per al desenvolupament de l'administració electrònica.

L'assistència i el desenvolupament d'aplicacions comunes en el camp de l'arxiu adquireix una notòria importància, pel fet que determinades administracions poden gestionar els seus arxius electrònics amb aplicacions que no es troben implantades en la seva pròpia xarxa o infraestructura de comunicació, sinó que formen part de plataformes tecnològiques d'altres administracions. L'Administració usuària disposa, per tant, de terminals des d'on pot arxivar documents electrònics i, si escau, introduir, modificar o suprimir la informació electrònica que s'hi refereixi, però aquells documents i aquesta informació electrònica ja no es troba sota el seu poder, ni a la seva disposició absoluta, plenament garantida, sinó que s'han traslladat i s'han recollit dins de sistemes d'informació de titularitat d'altres organismes o administracions.

És el cas, pel que sembla, de la iniciativa «iArxiu», promoguda per l'Agència Catalana de Certificació (CATCert). L'«iArxiu» consisteix en un servei d'arxiu de documents electrònics, a llarg termini, que CATCert ofereix a les administracions públiques catalanes. Permet que aquestes organitzacions hi puguin dipositar qualsevol document electrònic amb la garantia de CATCert que el suport i format no serà problema per poder-lo recuperar i visualitzar al llarg del temps. Es tracta, en altres paraules, d'un repositori segur dels documents arxivats, que permet a l'Administració usuària, a través d'interfícies d'ingrés i consulta senzilles i còmodes, l'ingrés, la consulta, l'accés i, si escau, l'eliminació dels documents. En concret, permet disposar d'un dispositiu segur d'arxiu

de signatures i de documents electrònics, per a la seva preservació en fase activa, semiactiva i permanent.³⁴ Per tot això, l'«iArxiu» té el gran interès de posar en relleu, de manera simultània, els innegables beneficis que es poden derivar d'un ús imaginatiu de les tecnologies de la informació, així com els riscos que se'n poden generar, en funció del disseny o del codi concret de l'aplicació afectada, en àmbits tan diversos com l'institucional (risc de pèrdua de disposició sobre la informació pròpia, pèrdua de visibilitat, enfosquiment de l'atribució democràtica de responsabilitats) o la protecció de dades, sempre que es pugui entendre que hi ha una cessió d'informació o que aquesta es comparteix amb un altre subjecte.

Els valors són els de sempre. Només cal ajustar-hi les solucions concretes que s'assagin, tant com sigui possible.

5. Epíleg

La incidència de la LAE en l'arxiu és intensa i general. En aquesta anàlisi ens hem limitat a subratllar aquelles previsions que, al nostre judici, hi tindran una incidència més gran o més directa. Però no es pot bastir un model nou d'Administració sense inventar les tècniques de conservació i arxiu que hi faran de fonament i suport. És per això que assistirem a un desplegament bastant florit de les previsions de la LAE en matèria de gestió i conservació de la informació electrònica. Així ocorre en totes les iniciatives que s'han conegut fins ara, adreçades a desplegar la Llei, tant en el cas català (avantprojecte de llei d'ús dels mitjans electrònics al sector públic de Catalunya, projecte de decret d'impuls de l'administració electrònica), com en el de l'Estat (plans estratègic, d'actuació i de mitjans, del 2007; avantprojecte de reial decret d'aprovació de l'Esquema nacional d'interoperabilitat; avantprojecte de reial decret de desplegament parcial de la LAE), iniciatives que caldrà seguir de ben a prop.

On podem parlar, malauradament, d'absència d'incidències és en el camp de l'accés a la informació pública i la transparència administrativa. La LAE conté diverses referències a la transparència (articles 3.2 i 3.4: són finalitats de la Llei facilitar l'accés per mitjans electrònics a la informació, així com promoure la transparència; article 3.6; article 4.k: principi «de transparencia y publicidad del procedimiento, por el cual el uso de medios electrónicos debe facilitar la máxima difusión, publicidad y transparencia de las actuaciones administrativas»; article 34.b; article 37: accés de les persones interessades a la informació sobre l'estat de tramitació; article 45.2). En conseqüència, el règim jurídic d'aquest dret és el que es troba recollit, principalment, a la LRJPAC. En altres paraules, la LAE no s'ha aprofitat per corregir un dèficit democràtic clamorós que ens continua aclaparant, com és el de la manca d'una norma general sobre el dret dels ciutadans a accedir a la informació pública, com a regla general. Així, doncs, el model espanyol d'administració electrònica es manté coix: ha desenvolupat —i de manera força correcta— el vessant de l'administració electrònica com a element per incrementar l'eficàcia i l'eficiència dels serveis públics, però ignora completament la necessitat de substituir la regulació de l'accés a arxius i registres de la LRJPAC, de dubtosa constitucionalitat en aquest punt, per una regulació moderna d'aquest nou dret social, que les tecnologies de la informació i la comunicació han potenciat en bona part del planeta sobre els models originaris dels sistemes nòrdics, la Freedom of Information Act vigent als Estats Units d'Amèrica o els models implantats més recentment a països que van des de França fins a Mèxic.

Al nostre judici, no es pot fer una valoració global de la implantació de l'administració electrònica a l'Estat espanyol sense recordar que aquest dèficit es manté, encara, essencialment irresolt.

Notes

1 CERRILLO I MARTÍNEZ, A. (2006). *Órganos colegiados electrónicos*. Cizur Menor: Aranzadi, pàg. 26.

2 Comunicació de la Comissió al Consell, al Parlament Europeu, al Comitè Econòmic i Social Europeu i al Comitè de les Regions: «El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa», COM (2003) 567 final, de 26 de setembre (no publicada al *Diari Oficial*), pàg. 3.

3 Principalment, la Llei orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal i el seu Reglament de desplegament, aprovat per Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre.

4 Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica i Reial decret 1553/2005, de 23 de desembre, pel qual es regula l'expedició del document nacional d'identitat i els seus certificats de signatura electrònica.

5 Recordem, a tall d'exemple, les previsions relatives a la difusió del perfil de contractant per Internet (article 42) a la subhasta electrònica (article 132), al Registre de Contractes del Sector Públic i a altres registres contractuals anàlegs (article 308), a la Plataforma —electrònica— de Contractació de l'Estat i als serveis d'informació autonòmics i locals similars (article 309), a la factura electrònica (d'utilització obligatòria en tots els contractes del sector públic, a mitjan 2010, d'acord amb la disposició final novena) o la regulació general que la Llei dedica a la utilització de mitjans electrònics, informàtics i telemàtics en els procediments contractuals (disposició addicional dinovena).

6 Des d'un punt de vista formal, la Llei disposa d'un total de quaranta-sis articles, agrupats en un títol preliminar i quatre títols més, sis disposicions addicionals, una disposició transitòria, una disposició derogatòria i vuit disposicions finals.

7 Es tracta dels articles 1, 2, 3, 4, 5, 6, 8.1, 9, 10, 11.1, 12, 13, 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21.1, 21.2, 22, 23, 24.1, 24.2, 24.3, 25, 26, 27, 28, 29.1, 29.2, 30, 32, 35, 37.1, 38, i 42 i de l'apartat 1 de la disposició addicional primera, la disposició addicional quarta, la disposició transitòria única i la disposició final tercera. La Llei també concreta que, tret de l'article 42 (relatiu als esquemes nacionals d'interoperabilitat i seguretat), el títol IV de la Llei (cooperació entre administracions per a l'impuls de l'administració electrònica) «será de aplicación a todas las administraciones públicas en la medida en que éstas participen o se adscriban a los órganos de cooperación o instrumentos previstos en el mismo».

8 Per al primer cas, vegeu les consideracions de BERNADÍ GIL, X. (2007). «Cap a l'Estat autonòmic electrònic. Les TIC en la reforma estatutària i en la nova legislació bàsica estatal». *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35, pàg. 297-301. En el segon cas, vegeu GAMERO, E.; VALERO, J. (coords.) (2008). *La ley de administración electrónica*. Cizur Menor: Aranzadi, pàg. 69-79; GAMERO expressa amb contundència que, segons el seu parer, «el Estado [...] no ha llevado el título competencial del artículo 149.1.18ª CE hasta sus últimas consecuencias, conduciendo hacia una fragmentación evidente del régimen común de garantías

que deben tener los ciudadanos ante todas las administraciones públicas y traicionando el espíritu por el que la Constitución le atribuyó este título competencial», entenent, igualment, que «la claudicación por parte del Estado en el pleno ejercicio de este título competencial ha contribuido sin duda a la meteórica aprobación de la Ley».

9 Esmentades, en l'àmbit estatal, per la disposició addicional desena de la Llei 6/1997, de 14 d'abril, d'organització i funcionament de l'Administració general de l'Estat, la qual es refereix, entre altres, a l'Agència Espanyola de Protecció de Dades o a la Comissió del Mercat de les Telecomunicacions.

10 Col·legis professionals, cambres oficials i altres associacions de base privada que exerceixen funcions públiques per ministeri de la Llei. En el mateix sentit, GAMERO, E.; VALERO, J., *op. cit.*, pàg. 69.

11 Així ocorre, principalment, amb la jurisdicció contenciosa administrativa, la regulació general de la qual dedica força atenció a la reclamació i al trasllat de l'expedient administratiu (Llei 29/1998, de 13 de juliol, reguladora de la jurisdicció contenciosa administrativa, articles 48-55), un expedient que ara podrà ser completament electrònic d'acord amb l'article 32 de la LAE. L'apartat 3r d'aquest article estableix que «la remisión de expedientes podrá ser sustituida a todos los efectos legales por la puesta a disposición del expediente electrónico, teniendo el interesado derecho a obtener copia del mismo». Aquesta regulació sembla apuntar, sense explicitar-ho clarament, la possibilitat de modificar pràctiques molt consolidades en el procés contenciós administratiu.

12 «Exposició de motius», apartat I.

13 Tot i que tampoc no falten pronunciaments legals en aquesta direcció, com ara el contingut a l'article 1.2 de la LAE: «Las administraciones públicas utilizarán las tecnologías de información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley [...]».

14 A judici dels experts, l'article 6 de la LAE té un impacte enorme sobre la gestió documental i exigeix, per a l'exercici dels drets que reconeix, que l'Administració disposi d'un repositori documental operatiu, estable i d'abast general. SERRA, J. «Gestión y conservación de los documentos electrónicos desde la perspectiva archivística: un nuevo escenario de actuación». A: *I Congreso sobre Gestión y Conservación del Documento Electrónico*. Castelló: Universitat Jaume I, pàg. 4. Ponència disponible, de text complet, a: <<http://bd.ub.es/pub/serra/>> [Data de consulta: 15 de març de 2009].

15 Sobre aquest punt vegeu, *in extenso*, COTINO HUESO, L. «Derechos del ciudadano». A: GAMERO, E.; VALERO, J. (coords.) (2008). *La ley de administración electrónica*. Cizur Menor: Aranzadi.

16 A judici de COTINO, és bàsicament en aquest apartat on es configura l'«estatut jurídic de l'administrat electrònicament». *Op. cit.*, pàg. 190.

17 D'acord amb l'annex de la Llei, aquesta entén per *canals* les «estructures o mitjans de difusió dels continguts i serveis; incloent-hi el canal presencial, el telefònic

i l'electrònic, així com altres que hi hagi en l'actualitat o hi pugui haver en el futur (dispositius mòbils, TDT, etc). D'altra banda, convé recordar que l'article 27.4 estableix que «les administracions publicaran, en el corresponent diari oficial i a la seva seu electrònica, aquells mitjans electrònics que els ciutadans puguin utilitzar en cada supòsit en l'exercici del seu dret a comunicar-s'hi».

18 Vegeu, en aquest sentit, VALERO, J. (2007). *El régimen jurídico de la e-Administración*. Granada: Comares (2a ed.), pàg. 77, i COTINO, L., *op. cit.*, pàg. 153-154, on considera que «la LAE peca de exceso de garantismo al reconocer este derecho a la intercambiabilidad o a la intermodalidad sin la expresión de ningún límite [y] puede generar disfuncionalidades, duplicidades, cargas innecesarias de trabajo administrativo y, sobre todo, usos espurios».

19 La més adequada seria, per descomptat, una reforma directa per una norma amb el mateix rang normatiu. Però també és possible que aquestes restriccions es pretenguin introduir per via reglamentària, com succeeix en el cas de l'avantprojecte de reial decret de desplegament parcial de la LAE, publicat al lloc web del Ministeri d'Administracions Públiques (<<http://www.map.es>>) i posteriorment retirat, sense explicacions. L'article 33.2 d'aquest avantprojecte («Modificación del medio de comunicación inicialmente elegido») estableix que «el órgano u organismo actuante podrá limitar sucesivos cambios en el medio elegido en la tramitación de un mismo procedimiento, en el caso de que se aprecie un uso abusivo del derecho», una previsió que resulta problemàtica, atès que la Llei reconeix el dret a la intermodalitat de manera incondicionada (sense exigir justificació, sense estar numèricament delimitat, sense possibilitat de l'Administració d'oposar-s'hi de manera justificada, etc.).

20 Posteriorment, el Reial decret 1778/1994, de 5 d'agost, pel qual s'adequaven a la LRJPAC les normes reguladores dels procediments d'atorgament, modificació i extinció d'autoritzacions, va establir l'obligació de les persones interessades d'indicar la data i l'òrgan davant del qual s'havien presentat anteriorment els documents —previsió bastant lògica, tot i que més en relació amb l'òrgan que no pas amb la data, almenys entesa en sentit estricte— i també que el dret només es podria exercir dins d'un termini de cinc anys des de la presentació dels documents. La Llei 4/1999, de reforma de la LRJPAC, va modificar la disposició final de la Llei per atorgar eficàcia directa a l'article 35.f.

21 Vegeu, en aquest sentit, les restrictives previsions del Reial decret 1720/2007, de 21 de desembre, pel qual s'aprova el Reglament de la LOPD: «La solicitud del consentimiento deberá ir referida a un tratamiento o serie de tratamientos *concretos*, con *delimitación de la finalidad* para los que se recaba, así como de las *restantes condiciones* que concurran en el tratamiento o serie de tratamientos» (article 12.1). «Cuando se solicite el consentimiento del afectado para la cesión de sus datos, éste deberá ser informado de forma que *conozca inequívocamente la finalidad* a la que se destinarán los datos respecto de cuya comunicación se solicita el consentimiento y el tipo de actividad desarrollada por el cesionario. En caso contrario, el consentimiento será nulo» (article 12.2). En tot cas, cal recordar que «corresponderá al responsable del tratamiento la prueba de la existencia del consentimiento del afectado por cualquier medio de prueba admisible en derecho».

22 En el mateix sentit, SERRA, J., *op. cit.*, a la pàg. 4, sosté que aquest és probablement el dret més important per a la gestió documental i suposa elevar l'arxiu digital a dret del ciutadà, «y con él la magnitud de la obligación de conservación de los documentos administrativos por parte de la administración pública».

23 COTINO, L., *op. cit.*, pàg. 209, i VALERO, J., *op. cit.*, pàg. 27.

24 SANZ LARUGA, F. J. «Documentos y archivos electrónicos». A: E. GAMERO; J. VALERO (coords.) (2008). *La ley de administración electrónica*. Cizur Menor: Aranzadi, pàg. 481.

25 El seu article 32.2 diu el següent: «L'Administració municipal ha de garantir la conservació dels documents electrònics originals, rebuts, produïts i gestionats en el desenvolupament dels seus processos administratius, i al llarg del seu cicle de vida».

26 L'article 37 de la LAE obliga l'Administració a posar a la disposició de les persones interessades un servei electrònic d'accés restringit on es pugui consultar, després d'identificar-se, com a mínim la informació sobre l'estat de tramitació del procediment —actes de tràmit realitzats, indicació sobre el seu contingut i la data—, sempre que es tracti de procediments totalment gestionats de forma electrònica, així com a habilitar serveis electrònics d'informació de l'estat de tramitació que compreguin, almenys, la fase en què es troba el procediment i l'òrgan o la unitat responsable, en la resta de procediments.

27 En el nostre cas, vam criticar el fet que el caràcter vinculant d'aquesta regulació, que per la seva transcendència es qualifica de bàsica, queda diferit en el temps, per no dir que se subjecta o es condiona a la major o menor disposició de les administracions per complir-la. Vegeu BERNADÍ, X. (2007). «Cap a l'estat autonòmic electrònic. Les TIC en la reforma estatutària i en la nova legislació bàsica estatal». A: *Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 35.

28 Per J. SERRA, en efecte, entre les grans aportacions de la LAE cal destacar el reconeixement i la fixació dels procediments vàlids de transformació entre suports i d'obtenció de còpies autèntiques (article 30), així com el reconeixement i la definició de la noció d'*expedient electrònic* (article 32). *Op. cit.*, pàg. 5-6.

29 SÁNCHEZ BLANCO, A. (2006). «Administración local y sistema administrativo. La interrelación procedimental y telemática de registro, archivo y secretaría». A: *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, núm. 300-301, pàg. 53.

30 Aquest document es pot consultar a: <<http://www.csae.map.es/csi/criterios/pdf/conservacion.pdf>> [Data de consulta: 15 de març de 2009].

31 Des de la Resolució, de 25 de juny de 2002, «Conservar la memòria del demà – Conservar els continguts digitals per a les generacions futures» (publicada al DOCE, C-162, de 6 de juliol de 2002) fins a les comunicacions més recents: «i2010: biblioteques digitals», de 30 de setembre de 2005 [COM(2005) 465 final] i «El patrimoni cultural europeu a un clic del ratolí. Avenços en la digitalització i l'accés en línia al material cultural i en la conservació digital a la UE», d'11

d'agost de 2008 [COM(2008) 513 final]. Aquesta preocupació ha generat, entre altres actuacions, el conegut model de requisits per a la gestió de documents electrònics («MoReq») en el marc de l'antiga iniciativa d'intercanvi de dades entre administracions (IDA), després anomenat IDABC (*Interoperable Delivery of European eGovernment Services to Public Administrations*). Igualment, en un marc geogràfic i polític més ampli, com la Cimera Mundial sobre Societat de la Informació també es va reconèixer, dins del «Compromís final» de Tunis de novembre del 2005, que l'accés equitatiu i sostenible a la informació exigeix la implementació d'estratègies per a la conservació a llarg termini de la informació digital que s'està creant.

- 32 Sobre aquesta temàtica, vegeu CERRILLO, A. «Cooperación entre administraciones públicas para el impulso de la administración electrónica». A: GAMERO, E.; VALERO, J. *Op. cit.*, pàg. 495-521. BERNADÍ, X. (2005). «Autonomía, cooperación y gobierno electrónico». A: SANCHO, D. (coord.) (2005). *Sociedad de la información y gobierno*. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública. BERNADÍ, X. (coord.) (2006). *Administracions públiques i Internet*. Barcelona: Fundació Pi i Sunyer d'Estudis Autonòmics i Locals, pàg. 81-102.

33 Annex de la LAE, lletra o, on consta la definició del concepte d'*interoperabilitat* als efectes de la Llei.

34 Informació extreta del lloc web: <> [Data de consulta: 15 de març de 2009].

Resumen

El estudio de las incidencias de la ley de acceso electrónico de los ciudadanos con relación a los servicios de archivo comienza con una reflexión introductoria sobre el papel que desempeña esta norma en el marco regulador de la Administración electrónica, su objeto y ámbito de aplicación, su fundamento competencial y la técnica utilizada por la ley para reforzar la exigibilidad de sus determinaciones.

Las principales incidencias en los servicios de archivo surgen, como ocurre con el resto de funciones y actividades administrativas, del reconocimiento legal de nuevos derechos subjetivos de los ciudadanos en el ámbito de la Administración electrónica. En él se analiza la virtualidad que podría adquirir la consagración de estos derechos y los rasgos concretos de los que presentan una mayor incidencia en el archivo administrativo: el derecho general a relacionarse con las administraciones públicas a través de medios electrónicos, el derecho a no aportar datos ni documentos que ya estén en poder de las administraciones públicas, el derecho a la conservación en formato electrónico por parte de las administraciones públicas de los documentos electrónicos que formen parte de un expediente, el derecho de los ciudadanos a escoger en todo momento la forma –electrónica o no– de comunicarse con las administraciones públicas. Posteriormente, la atención se centra en la regulación del archivo electrónico y en otros elementos del régimen jurídico de la Administración electrónica directamente vinculados, como los documentos administrativos electrónicos, las copias electrónicas y los expedientes electrónicos; así como en algunas soluciones que presentan un interés particular como la relativa a la posibilidad de destruir los documentos emitidos originalmente en soporte papel cuando de ellos se hayan obtenido copias electrónicas de acuerdo con lo que prevé la ley.

La parte final de la ponencia se dedica a reflexionar sobre las posibilidades y los riesgos que supone la cooperación e interoperabilidad entre las administraciones públicas en el terreno de la Administración electrónica, tanto con carácter general como con relación al archivo; a dar a conocer las previsiones y las tendencias que se apuntan en los programas y las normas elaboradas o en proceso de elaboración a fin de desplegar las previsiones de la Ley 11/2007 y a exponer de forma sintética y sistemática las principales conclusiones del análisis.

Résumé

L'étude des répercussions de la loi sur l'accès électronique des citoyens aux services des archives commence par une réflexion introductive sur le rôle dévolu à cette norme dans le cadre de la législation régissant l'administration électronique, sur son objet et son domaine subjectif d'application, sur son fondement en matière de compétence et sur la technique utilisée par la loi pour renforcer le caractère impératif de ses dispositions.

Les principales répercussions sur les services des archives découlent – à l'instar des autres fonctions et activités administratives – de la reconnaissance légale de nouveaux droits subjectifs des citoyens dans le domaine de l'administration électronique. Il s'agit ainsi d'analyser la virtualité que peut représenter la consécration de ces droits et les caractéristiques concrètes de ceux qui ont la plus forte répercussion sur les archives administratives : le droit général de communiquer avec les administrations publiques par des moyens électroniques ; le droit de ne pas apporter des données et des documents que possèdent déjà les administrations publiques ; le droit à la conservation en format électronique de la part des administrations publiques des documents électroniques constitutifs d'un dossier ; le droit des citoyens de choisir à tout moment la manière – électronique ou non – de communiquer avec les administrations publiques. L'accent est mis sur la régulation des archives électroniques et d'autres éléments du régime juridique de l'administration électronique qui ont un lien direct avec ces dernières, tels que les documents administratifs électroniques, les copies électroniques et les dossiers électroniques, ainsi que sur certaines solutions qui présentent un intérêt particulier, telle que la possibilité de détruire les documents initialement émis sur support papier dès lors que des copies électroniques auront été réalisées conformément aux dispositions légales en la matière.

La dernière partie de l'exposé consiste à réfléchir sur les possibilités et les risques que présente la coopération et l'interopérabilité entre les administrations publiques dans le domaine de l'administration électronique, aussi bien dans le cadre général qu'en ce qui concerne les archives, à présenter les prévisions et les tendances qui apparaissent dans les programmes et les normes qui ont été élaborées ou se trouvent en cours d'élaboration afin de déployer les prévisions de la loi 11/2007 ainsi qu'à présenter les principales conclusions de l'analyse de manière synthétique et systématique.

Summary

The incidence report on the Electronic Access Law regarding citizens' access to archive services deals with an introductory reflection on the role that this Law must play within the regulatory framework of the Electronic Administration, on both its objective and its resulting area of application, on its authoritative foundation and on the techniques used by the Law to reinforce the standards set by it.

The main incidents regarding archive services arise, as with the rest of administrative functions and activities, from the legal recognition of new rights pertaining to citizens in the area of Electronic Administration. In this area, the virtuality that the consecration of these rights can have and the specific characteristics of those rights which have the greatest effect on administrative archives are analysed: the general right to relate to government agencies by electronic means; the right not to have to provide data and documents already in the agencies' possession; the right of government agencies to conserve in electronic format electronic documents that are part of a file; the right of citizens to choose freely the way - electronic or not - they communicate with government agencies. The paper goes on to focus on the regulation of electronic archives and on other elements of the legal system of e-Government that are directly related, such as electronic administrative documents and electronic copies and files, as well as curtains solutions of particular interest (i.e. the possibility of destroying documents originally issued on paper once electronic copies have been made, in accordance with the law's provisions).

The final part of the paper reflects on the possibilities and risks presented by cooperation and interoperations between agencies within e-Government, both in general and in connection with archives, when presenting the forecasts and trends included in the programmes and regulations that have been or are being drawn up in order to develop the provisions of Law 11/2007 and to present the main conclusions of the analysis in a synthetic and systematic way.