



Comunicación

363

HACIA UN MODELO ABIERTO DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CIUDADANOS: EL CORREO ELECTRÓNICO CUALIFICADO

Modesto Fabra Valls

Profesor Titular de Derecho Financiero y Tributario
Universitat Jaume I

Anna Soler Vilar

Profesora Titular E.U. de Derecho Administrativo
Universitat Jaume I

José Luis Blasco Díaz

Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universitat Jaume I

Manuel Mollar Villanueva

Profesor Titular E.U. de Lenguajes y Sistemas Informáticos
Universitat Jaume I

Palabras clave

Administración electrónica. Notificaciones. Registros telemáticos. Firma electrónica. Correo electrónico

Resumen de su Comunicación

En la presente comunicación se defiende la adopción de una norma jurídica que defina las condiciones adicionales que deben cumplir los mensajes de correo electrónico para ser adoptados como medio de prueba fehaciente entre los ciudadanos y las administraciones públicas. El sistema sería universal, de modo que también lo podrían utilizar los particulares y empresas para relacionarse entre si a efectos jurídicos.

Su utilización permitiría evitar los problemas que se derivan del particularismo con el que se han definido las comunicaciones entre los ciudadanos y la administración pública, aunque no impediría la existencia de planes de modernización apoyados en registros telemáticos concretos, respecto a los que el correo electrónico certificado sería un medio de comunicación electrónico subsidiario.

El sistema también permitiría a todas las administraciones, incluidas las pequeñas entidades locales, cumplir con el derecho de los ciudadanos a utilizar las tecnologías de la Sociedad de la Información para relacionarse con la administración. Su adopción por la Ley de Administración Electrónica serviría para apuntalar la confianza en la utilización de estas tecnologías a otros efectos jurídicos.

HACIA UN MODELO ABIERTO DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA ENTRE ADMINISTRACIÓN Y CIUDADANOS: EL CORREO ELECTRÓNICO CUALIFICADO

1. Las insuficiencias del modelo actual de comunicaciones entre administración y ciudadanos

El sistema vigente de comunicaciones electrónicas entre administración y ciudadanos tiene una regulación fragmentaria, frente al carácter general que tiene cuando se efectúa utilizando medios convencionales. Además, su regulación escapa de los principios antiformalistas comunes en materia de procedimiento administrativo. Este análisis es coincidente para las comunicaciones que se efectúan en ambos sentidos. Tanto aquellas que los particulares dirigen a las administraciones, y que cuando tienen lugar en procedimientos administrativos formalizados se efectúan a través de registros telemáticos; como a las notificaciones, mediante las cuales la administración comunica fehacientemente a los ciudadanos las resoluciones adoptadas.

1.1. Las limitaciones de los registros telemáticos

Los registros administrativos convencionales tienen carácter general, tal como se señala en el artículo 38.1 Ley 20/1992 (LRJPAC) y en ellos se anotan todos los escritos que se reciben en cualquier unidad administrativa. Además, están comunicados entre sí todos los registros administrativos de la administración general del Estado, de las Comunidades Autónomas y de aquellas entidades locales que tengan suscrito el oportuno convenio (art. 38.4 LRJPAC). Ambas medidas favorecen su utilización por los usuarios, ya que les evita tener que acudir a cada una de las administraciones (y, dentro de estas, a cada una de las unidades administrativas) para la presentación de escritos. Sin olvidar que los ciudadanos también pueden acudir a las oficinas de correos para la presentación de escritos ante cualquier registro administrativo (art. 38.4.c LRJPAC).

Sin embargo, los registros telemáticos son particulares para cada órgano o entidad que creó el registro y sólo sirven para presentar escritos en los procedimientos que se especifiquen en su norma de creación. Puede pensarse que la diferencia no es excesivamente relevante teniendo en cuenta que se puede acceder a todos los registros telemáticos a través de un equipo con acceso a Internet. Pero esta medida, que está pensada para dar acceso al registro telemático a aquellos procedimientos cuya tramitación está informatizada se traduce en un freno para la consolidación de la administración electrónica, que puede obstaculizar el mandato de utilización de estos medios contenido en el artículo 45 LRJPAC y reiterado en el 96 de la Ley General Tributaria.

El primer párrafo de ambos preceptos comienza con un mandato a las Administraciones públicas para que incorporen las técnicas y medios electrónicos, informáticos y telemáticos para el desarrollo de su actividad y el ejercicio de sus competencias. Preceptos que son meramente programáticos si no se acompañan de una determinación complementaria. Por ello, el segundo apartado de ambos artículos efectúa una concreción adicional y reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas o con la Administración tributaria para el ejercicio de sus derechos –según la LGT también para cumplir con sus obligaciones- mediante estos medios. Pero esta recepción se ha efectuado de modo inconcreto e insuficiente al condicionarse a la compatibilidad con los medios técnicos de que dispongan y, como no podía ser de otro modo, al respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento.

Recoger prudentemente el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones condicionándolo a una compatibilidad tecnológica podía tener sentido en 1992 pero resulta absolutamente insuficiente en la actualidad con el desarrollo de los servicios web y la definición de estándares abiertos que facilitan el intercambio de datos y la explotación de la información desde diversas aplicaciones.

Actualmente sería más adecuado concretar esa obligación recogiendo en una norma unos estándares técnicos exigibles para la presentación de documentos ante cualquier Administración pública y exigiendo a todas las administraciones que los acepten dentro de un determinado plazo. Y prestando ayuda a aquellas administraciones, en especial las pequeñas administraciones locales, que no puedan cumplirlo por sus propios medios. La citada previsión, que limita la utilización de los medios informáticos y telemáticos a la compatibilidad de sistemas, sonará dentro de no muchos años tan anacrónica como una norma que condicionase la presentación de documentos por escrito a que los funcionarios sepan leer.

1.2. Las insuficiencias del sistema de notificaciones electrónicas

Mayores reproches merece la regulación de las notificaciones telemáticas. Resulta extremadamente celosa en la exigencia de su carácter voluntario (el apartado tercero del artículo 59 de la LRJPAC exige que el interesado haya señalado dicho medio como preferente o haya consentido expresamente su utilización; y el artículo 12 del Real Decreto 263/1992, de 16 de febrero, indica que este consentimiento se limita a los procedimientos expresamente señalados por el interesado). De este modo, es posible que los ciudadanos utilicen intensivamente las tecnologías de la información y la comunicación en su actividad cotidiana y que, además, estén obligados a iniciar los procedimientos utilizando medios telemáticos, de acuerdo con lo previsto por la Disposición Adicional decimoctava de la Ley 30/1992. Todos los documentos generados en el procedimiento podrían documentarse electrónicamente. Sin embargo, al llegar a la notificación, si el interesado no hubiese aceptado expresamente este medio de notificación, el acto tendría que documentarse en formato papel para poder ser notificado convencionalmente.

Además esta férrea exigencia del consentimiento para la práctica de las notificaciones telemáticas podría llevar al absurdo de que pudiendo acreditarse fehacientemente la notificación, no tuviese efectos por no haberse elegido el modo de notificación preferido por el interesado. La preferencia de medios de notificación debe tener por objeto facilitar que los actos lleguen a conocimiento del interesado y evitar la notificación por edictos. Evitar que a alguien con dos domicilios le intenten notificar en el que no es habitual con el riesgo de que no le encuentren. Pero si por un casual le encontrasen la notificación estaría practicada porque lo contrario sería negar la existencia de un hecho cierto y contrastable. Por eso el artículo 59.1 de la LRJPAC señala, como principio general, que la notificación podrá practicarse por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción.

El vigente sistema de notificaciones también es sumamente escrupuloso en la propia práctica de la notificación telemática al señalar que se entenderá practicada cuando se produzca el acceso a la dirección electrónica. En el correo convencional se exige únicamente que se acredite que se ha recibido la carta, no hace falta que se acceda a su contenido (que se abra y lea la carta ante el funcionario de correos).

Sin embargo, el vigente sistema de notificaciones telemáticas contiene una presunción de rechazo de la notificación que puede ser cuestionable. Concretamente en el inciso final del artículo 59.3 LRJPAC según el cual "Cuando, existiendo constancia de la recepción de la notificación en la dirección electrónica, transcurrieran diez días naturales sin que se acceda a su contenido, se entenderá que la notificación ha sido rechazada con los efectos previstos en el siguiente apartado, salvo que de oficio o a instancia del destinatario se compruebe la imposibilidad técnica o material del acceso".

Con la referida redacción se plantea la duda de si la constancia de la recepción de la notificación es una constancia objetiva, de modo que es suficiente con que el administrador del sistema certifique la recepción de la notificación en la dirección. O si, por el contrario, se trata de una constancia subjetiva, que exigiría que quien debe conocer que se ha recibido la notificación en la recepción es el notificado, por lo que se tendría que acreditar la recepción del correspondiente aviso.

No se trata de una controversia meramente teórica sino que ya se ha proyectado en diferentes desarrollos reglamentarios. En la regulación estatal parece que se opta por la primera cuando se señala (artículo 12.5 del Real Decreto 263/1996, de 16 de febrero, en la redacción dada por el RD 209/2003, de 21 de febrero) que el sistema de acceso deberá acreditar las fechas y horas en que se produzca la recepción de la notificación en la dirección electrónica asignada al interesado y el acceso de éste al contenido del mensaje de notificación). Por el contrario, en la regulación que se ha efectuado por la Generalitat Valenciana (artículo 13 del Decreto 18/2004, de 13 de febrero) se opta por la segunda y se señala que cuando se deposite la notificación en la dirección electrónica se enviará un aviso de notificación por correo electrónico en el que se comunicará al interesado la existencia de una notificación y la dirección de la página web para acceder a obtenerla. Y se añade que en el aviso se especificará que según el artículo 59.3 LRJPAC el transcurso de diez días naturales a partir de la fecha de su comunicación a las personas físicas o jurídicas sin acceder a la notificación que se pretenda realizar equivaldrá al rechazo. Vemos que el Decreto de la Generalitat Valenciana transforma la “constancia de la recepción en la dirección electrónica” en una “comunicación a las personas físicas o jurídicas” interpretación que entendemos, además, que es la correcta porque si lo que se trata es de presumir un rechazo, el interesado debe conocer el intento de notificación. Por el contrario, el desarrollo reglamentario que se ha efectuado en el ámbito estatal nos parece inadecuado, en la medida en que por ausencia de acceso a la web de notificaciones en 10 días se entiende producido un rechazo con lo que se puede entender realizada la notificación y continuar con el procedimiento (artículo 59.4 LRPPAC). La ausencia de acceso más bien sería equiparable a la ausencia física en las notificaciones convencionales que, según el artículo 59.2 de la LRJPAC exigen un nuevo intento dentro de los tres días siguientes y según el artículo 42 del Reglamento de los Servicios Postales (Real Decreto 1829/1999, de 3 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento por el que se regula la prestación de los servicios postales), un depósito en lista durante treinta días, previo a la notificación edictal. El contraste es evidente.

2. El correo electrónico cualificado como posible solución

Una vía sencilla y fácil de aplicar para todas las administraciones públicas sería la de utilizar el correo electrónico cualificado para las comunicaciones electrónicas entre administración y particulares.

Actualmente, la consolidación de las tecnologías de la sociedad de la información hace que una parte importante de las comunicaciones escritas se realicen en la actualidad a través mensajes electrónicos que utilizan Internet como red de comunicación. Sin embargo, el correo electrónico convencional presenta muchas debilidades. El protocolo SMTP (Simple Mail Transfer Protocol) no permite identificar suficientemente al emisor, aunque pueda conseguirse mediante la autenticación en el servidor antes de enviar los mensajes. No permite tener constancia de la recepción del mensaje si el servidor que hace la entrega no lo certifica. Y tampoco permite asegurar que el mensaje no ha sido manipulado, sin perjuicio de que puede acreditarse, entre otros, mediante el uso del protocolo S-MIME, que utilizado para firmar los mensajes de correo electrónico con el certificado digital del remitente.

El correo electrónico puede actualmente ser utilizado para las comunicaciones con efectos jurídicos y su valor probatorio es el que permita atribuirles la sana crítica de los jueces a la que se remite el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero) en materia de fuerza probatoria de los documentos privados. Pero el Derecho tiene como misión esencial procurar certeza. Las relaciones jurídicas no pueden depender de los resultados inciertos de una difícil prueba. Por ello resulta conveniente utilizar en las comunicaciones de las que se derivan efectos jurídicos sistemas que permitan identificar al emisor, el

contenido del mensaje y la recepción por el destinatario, de modo seguro (la autenticidad, la integridad y el no repudio). Estos sistemas ya pueden ofrecerse al amparo de nuestra legislación, combinando servicios de correo electrónico con certificación de la entrega más la presunción probatoria que se deriva de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica –LFE-. Es lo que hace Redabogacía con el servicio buromail, que permite acreditar el envío de documentación entre colegiados que cuenten con el certificado digital expedido por la Autoridad de Certificación de la Abogacía. También la plataforma de notificaciones judiciales lexnet se basa en los estándares del correo electrónico añadiéndole la seguridad que presta la firma electrónica.

Sin embargo, si una Ley regulase, como se ha hecho en Italia los requisitos adicionales que debe cumplir el correo electrónico para ser utilizado con similares efectos al correo postal certificado; y si, además, la administración, en el actual proceso de elaboración de una Ley de Administración Electrónica, utilizase este sistema abierto y universal para comunicarse fehacientemente con los ciudadanos, se apuntalaría la confianza en las tecnologías de la sociedad de la información como cauce para las relaciones jurídicas. Y se ofrecería un marco común que animaría a los prestadores de servicios de correo electrónico y a la autoridades de certificación a prestar estos servicios cualificados al tiempo que se garantizaría la interoperabilidad entre ellos y se evitaría la proliferación de múltiples sistemas aislados de comunicaciones seguras que dificultarán su generalización y consolidación.

Este sistema de correo cualificado no impediría el despliegue de planes de administración electrónica que se apoyan en la utilización de procedimientos telemáticos para iniciar procedimientos concretos que están íntegramente informatizados. Del mismo modo que la libertad de forma no impide la existencia de modelos estandarizados de instancias en determinados procedimientos escritos. Pero permitiría dotar de contenido, de forma fácil e inmediata, al derecho de todos los ciudadanos a relacionarse con las administraciones utilizando medios electrónicos, informáticos o telemáticos incluso en aquellas administraciones más rezagadas en materia de administración electrónica, en las que la informatización completa de los procedimientos administrativos todavía tardará en producirse. El correo electrónico cualificado sería mientras tanto un remedio paliativo. Una vía universal para comunicarse fehacientemente y con efectos jurídicos y, por tanto, también frente a las administraciones públicas. Para ello, además de los requisitos del sistema, debiera regularse por Ley la obligación de que todas las administraciones públicas dispusiesen de dirección de correo electrónico, tal como ha hecho el código de la administración digital italiano .

3. La solución legal frente a las propuestas tecnológicas

La solución a las comunicaciones electrónicas fehacientes a efectos jurídicos también podría venir de la mano de la tecnología a cuyos efectos se han ofrecido diversos protocolos y soluciones comerciales .

La finalidad mínima perseguida es la de conseguir que el destinatario pueda leer el mensaje únicamente en el caso de que se ofrezca al remitente una prueba de su recepción. Pero también pueden tener otras finalidades añadidas como la autenticación del emisor y el receptor, la confidencialidad del mensaje o el sellado de tiempo. Las propuestas ofrecidas se diferencian, asimismo, en función de que utilicen o no la criptografía asimétrica y de si interviene o no un tercero de confianza. Y, en este segundo caso, cabe que su intervención se produzca on line (intercambiando mensajes en la comunicación que se produce entre el emisor y el receptor del mensaje) o que sólo intervenga en caso de que se produzcan discrepancias. En ocasiones, los protocolos propuestos requieren de software adicional al cliente de correo electrónico o el navegador utilizado para acceder al correo mediante un servicio webmail.

La valoración de las opciones tecnológicas es más sencilla en el contexto de nuestro ordenamiento jurídico, y, en concreto, a la luz de la legislación vigente de firma electrónica y de los servicios de certificación existentes, que permiten mediante la criptografía asimétrica identificar con seguridad al emisor y acreditar la integridad del mensaje. Por otra parte, tanto la legislación de firma electrónica como la regulación del correo convencional certificado se apoya en la existencia de terceros de confianza: la autoridad de certificación que expide y firma los certificados reconocidos de firma electrónica; o el prestador del servicio postal universal que certifica que se ha producido la entrega, con mayor rigor probatorio que si se tratase de una empresa de mensajería como veremos.

Además, entendemos que la determinación esencial del sistema de correo electrónico no puede resolverse exclusivamente mediante un determinado protocolo informático que garantice que si y solo si el destinatario facilita prueba de la recepción puede leer el mensaje. Porque, o la prueba se facilita de modo automatizado por aplicaciones distintas a las existentes en el mercado y que, además, deberían ser utilizadas voluntariamente por el destinatario, o la comunicación fehaciente se producirá sólo en los supuestos en los que el receptor quiera recibir el mensaje.

Desde la perspectiva jurídica el carácter fehaciente de la recepción de la notificación debe ser independiente de la voluntad del receptor y, en ocasiones, debe inferirse de presunciones puesto que no existe un derecho a facilitar un medio de prueba sobre un determinado hecho como es la recepción de una comunicación. Y debe generalizarse con respeto del principio de neutralidad tecnológica y, por tanto, el sistema debe definirse sin exigir la utilización de una aplicación o desarrollo concreto.

4. Una propuesta de regulación

Los pilares en que debería apoyarse su regulación serían, a nuestro juicio, los siguientes:

4.1. Modo en que se acredita fehacientemente la comunicación

El sistema por el que ha optado la regulación vigente de las notificaciones telemáticas contenido en el art. 59 LRJPAC ha sido, como ya hemos visto su carácter voluntario y la exigencia de acceso al contenido de la información para certificar la notificación, unida a la presunción de rechazo, que permite continuar con el procedimiento como si se hubiese efectuado la notificación, si transcurren 10 días sin acceder al contenido.

Por su parte, en la regulación italiana sobre correo electrónico certificado, la prueba del envío del mensaje se consigue mediante el certificado de consignación del mensaje en el buzón de correo del destinatario que el gestor del servicio del destinatario facilita al remitente. La entrega se entiende producida con la puesta a disposición del mensaje, independientemente de su lectura, según señala literalmente el artículo 6.5 del DPR de 11.2.2005. Los gestores del servicio de correo electrónico certificado deben entregar el mensaje íntegro y conservar traza de las entregas efectuadas mediante los log del sistema durante 30 meses (art. 11 DPR). Pero dichos logs parece que sólo serán oponibles frente a terceros en caso de que el remitente no disponga del certificado de consignación que, como regla general, es el que prueba la entrega del mensaje, en un momento en el que, insistimos, únicamente se ha puesto a disposición en el buzón del destinatario (art. 6.7 DPR). Ciertamente es que el sistema tiene carácter voluntario, se presta por diversos proveedores de servicios de correo electrónico reconocidos y, además, el correo electrónico certificado se utiliza no sólo para recibir sino para remitir mensajes, tanto entre ciudadanos y administraciones públicas como entre empresas y particulares entre si, de modo que es previsible pensar que quien lo utilice efectuará un uso intensivo y accederá constantemente a su buzón de correo.

De todos modos, el momento en que se produce la comunicación o notificación es esencial en muchos casos (plazos de recursos, prescripción o caducidad, etc.). Y entender que la comunicación fehaciente o la notificación se produce con la consigna en el buzón nos parece francamente insuficiente. Actuando los gestores autorizados como terceros de confianza bien podría exigírseles que certifiquen (adoptando para ello las medidas técnicas que sea menester) no la puesta a disposición del mensaje, sino el momento en que se accede por el destinatario al servidor y se descarga el mensaje recibido (empleando protocolo POP, que descarga los mensajes desde el servidor hasta el equipo del destinatario) o se accede a su contenido (en caso de que se utilice una configuración IMAP que simplemente descarga la cabecera del mensaje conectándose con el servidor cada vez para acceder a su contenido) o una aplicación webmail (que permite acceder, leer y gestionar el correo mediante una aplicación web que a su vez emplea IMAP). El remitente no obtendría confirmación inmediata de la entrega pero se estaría certificando realmente que el mensaje ha llegado al destinatario y no únicamente que se ha puesto a su disposición. El proveedor del servicio de correo electrónico cualificado tendría que ofrecer prueba del momento en que se produce el acceso para la primera consulta o descarga mediante sistemas de sellado de tiempo y enviársela al remitente.

Esta es la regulación que a nuestro juicio resultaría más adecuada, que podría completarse para el caso de las notificaciones con alguna previsión adicional para el supuesto de que transcurrido un tiempo no se accediese al buzón, a los efectos de no paralizar los procedimientos administrativos, al igual que ocurre en el régimen general de las notificaciones (en el que se considera ausente y se procede a la notificación por edictos).

Y creemos que es la solución más adecuada porque es la que permite acreditar fehacientemente la recepción y, al mismo tiempo, aplicar un principio de neutralidad de medios en las relaciones jurídicas. El régimen de las notificaciones no debiera ser sustancialmente distinto en función de que el mensaje se remita en soporte papel o en soporte electrónico como ocurre en la actualidad. Con la regulación propuesta, la notificación y cualquier otra comunicación fehaciente efectuada por correo electrónico certificado o por carta certificada con acuse de recibo serían equivalentes. La puesta a disposición en el buzón del destinatario equivaldría al aviso que dejan los funcionarios de correos en el buzón cuando se encuentra ausente. Y la descarga del mensaje del servidor o el acceso a su contenido equivaldría a la recogida de la carta de correos o a la recepción del sobre cuando el destinatario se encuentra en su domicilio en el momento de la entrega.

4.2. Prestador del servicio de correo electrónico cualificado

En las comunicaciones postales el sector se encuentra liberalizado, aunque la Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales (LSP) regula el servicio público conducente a permitir el derecho de todos a acceder a las comunicaciones postales a un precio asequible y establece la reserva de determinados servicios al operador que preste el Servicio Postal Universal. En el ámbito de las telecomunicaciones los servicios también están completamente liberalizados, pero la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, las define como servicios de interés general y a algunas prestaciones les atribuye la condición de servicios públicos. Entre el servicio universal que se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible se encuentra el de la conexión a la red telefónica que permita la transmisión de datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a internet. En ambos casos, la prestación de servicios en el sector se encuentra sujeta a autorización e inscripción en el registro.

Por el contrario, la prestación de servicios de Internet se caracteriza por el principio de libre prestación de servicios sin exigencia de autorización previa (artículos 6 y 7 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico -LSSI), aspecto que ha contribuido sin duda a su éxito. No ha hecho falta declarar la naturaleza de servicio público que permita disponer de servicios de Internet a un precio razonable. Multitud de proveedores los ofrecen y en numerosas ocasiones

son gratuitos. Ni siquiera los servicios de certificación a los que se refiere la Ley de Firma Electrónica (Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica –LFE-) requieren de autorización previa y su calidad se autorregula por el propio mercado. Los prestadores de servicios de certificación únicamente deben cumplir con la Ley aunque voluntariamente pueden someter sus servicios a certificación por parte de una entidad cualificada pública o privada (artículo 26 de la LFE).

Conviene tener en cuenta, por último, que en el ámbito del Servicio Postal Universal de la condición de los funcionarios de correos se derivaban importantes consecuencias probatorias ya que sus certificados tenían naturaleza de documentos públicos, con lo que la carga de la prueba de su falta de veracidad incumbía normalmente a quien intenta destruirlos. Actualmente, el artículo 19 de la LSP atribuye al prestador del servicio postal universal el derecho exclusivo a entregar notificaciones de órganos administrativos y judiciales, con constancia fehaciente en su recepción; norma con la que más que un derecho exclusivo parece querer regularse una especial eficacia probatoria de las notificaciones postales, aún si se efectúan por empleados que no tienen la naturaleza de funcionarios públicos, como puede ocurrir a partir de la conversión de correos en sociedad anónima estatal adoptada por la Ley 14/2000 de 29 de diciembre. También están reservados al prestador del servicio postal universal según el artículo 18 de esta Ley, la recepción de las solicitudes, de los escritos y de las comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las administraciones Públicas, conforme al artículo 38.4.c) de la LRJPAC.

Posiblemente en este precedente se apoya la atribución en exclusiva a correos, para el ámbito estatal, de la gestión del servicio de notificaciones telemáticas. Pero este esquema de atribución en exclusiva del servicio no encaja adecuadamente con el principio de libertad de prestación de los servicios propio de la sociedad de la información. Además, cuando se utilizan tecnologías de la sociedad de la información el carácter fehaciente de la comunicación no se apoya en la especial eficacia probatoria que el ordenamiento atribuye a las manifestaciones de funcionarios públicos en el ejercicio de su función, sino en consideraciones de tipo técnico. Es la criptografía y su aplicación de acuerdo con estándares aceptados internacionalmente la que permite derivar consecuencias probatorias, en un ámbito como la informática en el que los propios usuarios y la comunidad científica se encargan de poner a prueba constantemente las medidas de seguridad desarrolladas.

Teniendo en cuenta que la regulación que se propone debe procurar la generalización de las comunicaciones fehacientes y seguras en Internet, debiera permitirse que cualquier operador que cumpla con los requisitos de carácter técnico previstos pueda ofrecer el servicio de correo electrónico certificado con los efectos probatorios que les atribuya la norma.

Como se pretende que el correo electrónico pueda desplegar efectos en las relaciones entre los particulares con la administración pública, entendemos que esta verificación debiera ser previa y efectuada por un organismo reconocido para esta función de verificación. Dicho en otros términos, una norma tendría que regular los requisitos técnicos del sistema y la verificación del cumplimiento de estos requisitos, previa a la prestación de los servicios, podría hacerse por cualquier entidad de acreditación y verificación reconocida. Ello no impediría que entidades no reconocidas pudiesen prestar servicios similares cuya eficacia probatoria se establecería en cada caso de acuerdo con los sistemas técnicos de que dispusiesen .

4.3. La firma electrónica

El sistema de correo electrónico cualificado debería utilizar la firma electrónica para garantizar la integridad del mensaje y la identificación de remitente y destinatario.

Hasta ahora, la administración electrónica en España se ha apoyado en firmas electrónicas avanzadas basadas en certificados reconocidos pero que no están generadas por dispositivos seguros de creación de firma. Para el correo electrónico cualificado debiera exigirse esta misma firma electrónica. Exigir que la firma se genere mediante un dispositivo seguro de generación de firma sería innecesario y no resistiría la comparación con el resto de normas dictadas en relación con la administración electrónica.

Sería conveniente, además, la entidad que expidiese el certificado reconocido estuviese certificada de acuerdo con lo establecido en el artículo 26 de la LFE, como garantía adicional al cumplimiento de los requisitos que la Ley exige a los prestadores de servicios de certificación para expedir certificados reconocidos. Además, estos certificados deberán cumplir los requisitos técnicos que fuesen exigidos en la norma que regule el sistema o en alguna disposición reglamentaria de desarrollo. Está bien que puedan prestarse servicios de certificación en régimen de libre competencia pero ello no es incompatible con la exigencia de determinadas características cuando a su utilización se le va a atribuir una eficacia probatoria cualificada general además de validez a efectos de la práctica de notificaciones y de presentación de comunicaciones ante cualquier Administración pública.

Como requisitos adicionales, y este es a nuestro juicio un elemento esencial del sistema, debiera exigirse que el servicio de consulta sobre la vigencia de los certificados rápido y seguro cuya disponibilidad debe garantizar el proveedor de los servicios de certificación según el artículo 18.d) de la Ley de firma electrónica, sea además gratuito. No defendemos que la prestación de servicios de certificación no pueda suponer un coste (cuando se ofrece en régimen de libre competencia es obvio que debe poder hacerlo); pero el coste debe recaer sobre el titular del certificado y no sobre el destinatario de la comunicación.

Por último, esta firma electrónica debiera utilizarse por el emisor de la comunicación para garantizar la autenticidad del documento y su integridad. Pero, también debiera estar suficientemente identificado el destinatario de la comunicación, por lo que la autenticación en los servidores de correo de los prestadores de servicios que ofrezcan servicios de correo electrónico certificado debiera también utilizar la firma electrónica del destinatario.

4.4. La confidencialidad de las comunicaciones

Uno de los aspectos que más han preocupado a quienes han estudiado los sistemas de correo electrónico certificado desde el ámbito de la criptología es el de garantizar tecnológicamente la confidencialidad del mensaje. La confidencialidad puede garantizarse también por Ley. En una materia tan sensible como la generación de los datos de creación de firma, es la propia LFE la que exige al prestador de los servicios de certificación su confidencialidad durante el proceso de generación y su entrega por un procedimiento seguro al firmante –art. 20.e) LFE-. De hecho, esta confidencialidad ya está reconocida por diversas normas en diferentes ámbitos de las comunicaciones y vulnerarla constituye un delito. La confidencialidad estaría, por tanto garantizada en mayor medida que, por poner un ejemplo, cuando se envía un telegrama o burofax con el texto público para poder acreditar el contenido de la comunicación.

Lo que sí debería exigirse es que las comunicaciones entre los usuarios y los proveedores de servicios de correo electrónico certificado y entre estos entre sí para el intercambio de mensajes se efectúen mediante procedimientos seguros (por ejemplo mediante TLS con autenticación de ambas partes), creando de este modo, entre todos los proveedores de servicios de internet que ofreciesen el servicio de correo electrónico cualificado y sus respectivos usuarios un “ambiente electrónico seguro” similar al desarrollado por el gobierno neocelandés para la transmisión por correo electrónico de documentación confidencial entre agencias estatales y administraciones públicas.

Además, si el remitente desea dotar a su envío de un nivel superior de confidencialidad a su mensaje siempre puede cifrarlo.

4.5. El carácter voluntario del sistema en su conjunto

En la regulación italiana el uso del correo electrónico certificado resulta voluntario (Art. 4 DPR 11.2.2005). Para los particulares que pretendan utilizar el servicio de correo electrónico certificado la única dirección válida a cada efecto jurídico es la declarada en cada concreto procedimiento administrativo o en cada relación jurídica concreta entre particulares y puede ser revocada en cualquier momento. Para las empresas y en las relaciones entre ellas, la declaración tiene un mayor alcance ya que la voluntad explícita de aceptar el envío de correo electrónico certificado se manifiesta mediante indicación en el registro de inscripción de la empresa y puede ser revocada del mismo modo. Por tanto, una vez efectuada y mientras no se revoca, afecta a todo el giro o tráfico empresarial.

Este sistema nos parece claramente insuficiente. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, en las relaciones jurídicas el ofrecer una prueba a la otra parte de que un hecho se ha producido no debe depender de la voluntad del interviniente.

Obviamente el sistema de correo electrónico cualificado debiera ser opcional. Nadie debiera estar obligado a utilizarlo, del mismo modo que ningún particular está obligado a tener teléfono y ninguna empresa está obligada a tener fax y prácticamente todos los tienen. Sin embargo, una vez se toma la opción de utilizarlo, debiera serlo en todas sus consecuencias, de modo que todas las comunicaciones efectuadas a una dirección de correo electrónico cualificado serían válidas a efectos probatorios en cualquier relación jurídica. La voluntad de utilizar el sistema se traduciría en la posibilidad de disponer de un sistema eficiente (en tiempo y costes) para efectuar comunicaciones seguras, pero también comportaría la obligación de aceptar todas las comunicaciones que se recibiesen a través de este sistema..

4.6. El servicio de consulta sobre sus usuarios

Como previsión de cierre, para favorecer la utilización y consolidación del sistema los proveedores de correo electrónico cualificado deberían facilitar un servicio de consulta sobre sus usuarios que permitiría, introduciendo el NIF (que previamente debería conocer el peticionario), conocer si tiene asociada una cuenta de correo electrónico cualificado. Y que, introduciendo una cuenta de correo determinada (que también debería conocerse previamente por el consultante) permitiría saber si es una cuenta de correo cualificado. Estos servicios de consulta deberían estar además interconectados, de modo que mediante la consulta a uno de ellos pudiese obtenerse la información de todos ellos.

La información ofrecida no es sensible (es similar a la que ofrecer las autoridades de certificación de los usuarios a los que han expedido certificados de firma electrónica) y requeriría conocer previamente el NIF o el correo electrónico del usuario consultado. Además, la creación de este servicio de consultas estaría previsto en la Ley que regulase el correo electrónico cualificado, obviando dudas respecto a la aplicación de la Ley de Protección de Datos.

5. Efectos inducidos

Como importante efecto inducido, la consolidación del sistema de correo electrónico cualificado para las comunicaciones electrónicas en general evitaría el SPAM.

6. NOTAS

1 Cases Pallares critica esta limitación que responde a la idea de que la administración electrónica está directamente vinculada al expediente electrónico y a la automatización de procesos: "Análisis de la evolución del proceso de la implantación de la Administración electrónica", Revista de Estudios Locales, noviembre-diciembre 2005, pág. 16.

2 Gomero Casado habla de autismo normativo: Notificaciones telemáticas... cit., pág. 182. Puede verse también la crítica que efectúa

3 Valero Torrijos habla a este respecto de "distorsiones en el normal desenvolvimiento del procedimiento administrativo", El régimen jurídico de la e-Administración. El uso de medios informáticos y telemáticos en el procedimiento administrativo, Editorial Comares, Granada, pág. 118.

4 En especial a la regulación italiana sobre el correo electrónico efectuada por Decreto del Presidente de la República de 11 de febrero de 2005, publicado en la Gaceta Ufficiale núm. 97, del 28 de abril (DPR 11.2.2005); y a su utilización en la Administración Pública de acuerdo con lo establecido, entre otros, por el artículo 6 del Código de la Administración Electrónica, aprobado por el Decreto Legislativo de 7 de marzo de 2005.

5 En cuyo artículo 6 establece que la administración pública italiana utilizará el correo electrónico certificado. Y en su artículo 47 establece plazos para su utilización en el caso de la administración central.

6 Puede verse un repaso a los protocolos de correo electrónico certificado que se han ofrecido desde la perspectiva científica así como a las soluciones comerciales en Abadi, M, Glew, N., Horne B., Pinkas, B., "Certified Email with a Light On-line Trusted Third Party: Design and Implementation", Proceedings of the eleventh international conference on World Wide Web, Honolulu, Hawai, 2002.

Como referencias más recientes puede consultarse: Nenadic, A., Zhang, N., Barton, S., "Fair Certified E-mail Delivery", ACM Symposium on Applied Computing, 2004, págs. 391 y ss. Y Ateniese, G, Nita Rotaru, C., Stateless-Recipient Certified E-mail System base don Verifiable Encryption, Proceedings of the Topics in Cryptology, The Cryptographers' Track at the RSA Conference 2002, volume 2271, págs. 182-199, Berlin, Germany, 2002, LNCS, Springer-Verlag.

En España: Davila, J, "La notificación digital hacia los ciudadanos: características y posibles modelos", Revista SIC, núm. 44, abril 2001, págs. 48, 49; Davila, J. y Lázaro, J., "ACEPTA:Nuevo sistema de correo electrónico certificado", Boletín de RedIRIS, nº 66-67, diciembre 2003-enero 2004.

7 Puede verse a este respecto Gamero Casado, E., "Notificaciones telemáticas..."; cit., págs. 81 y ss.

8 En la regulación italiana es la CNIPA (Comisión Nacional para la Informatización de la Administración Pública), la que inscribe en el registro de prestadores del servicio a aquellos que cumplen los requisitos y ejerce funciones de vigilancia sobre los inscritos y el Ministro para la Innovación y la Tecnología quien regula los requisitos técnicos que deben cumplir. En España entendemos que resultaría más ajustado al resto de disposiciones de nuestro ordenamiento que el reconocimiento pudiese hacerse por entidades de certificación reconocidas por una entidad de acreditación designada de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria, y en sus disposiciones de desarrollo.

9 Tal como se hace para el reconocimiento de la firma electrónica en las relaciones con la Agencia Estatal de Administración tributaria de acuerdo con los criterios y el procedimiento regulado por la Orden HAC/1181/2003, de 12 de mayo.

10 Davila Muro señala que “la participación de esas entidades debería ser absolutamente «ciega» y desconocerlo todo sobre la información que ayudan a entregar”, “La notificación digital...”, cit. Pág. 49.

11 Artículo 18.3 y 55.2 de la Constitución Española, artículo 5 de la Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas, artículo 33 de la Ley General de Telecomunicaciones.

12 Secure Electronic Environment (S.E.E.) que puede consultarse en www.see.govt.nz