

ESTUDIOS

SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES: NATURALEZA JURÍDICA Y GARANTÍAS PARA EL CIUDADANO¹

ISABEL GONZÁLEZ RÍOS
Universidad de Málaga

Cómo citar/Citation

González Ríos, I. (2023).

Servicios públicos digitales: naturaleza jurídica y garantías para el ciudadano.

Revista de Administración Pública, 221, 11-54.

doi: <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.221.01>

Resumen

La digitalización de la Administración pública se ha convertido en la Unión Europea en una política palanca para alcanzar el mercado único digital. Este hecho viene impregnando todo el derecho interno. El funcionamiento *ad intra* de la Administración pública se ha visto sometido a una progresiva reforma, que está teniendo un profuso impacto en la relación con el ciudadano. En este contexto, las prerrogativas administrativas se han visto reforzadas en detrimento de las garantías de los derechos del ciudadano.

Para abordar esta problemática, este estudio analiza el concepto de servicios públicos digitales, su naturaleza jurídica y las competencias estatales en la materia. Se clarifica la vertiente organizativa y prestacional de dichos servicios. Analizamos el avance en el reconocimiento de derechos en el entorno digital y criticamos el decaimiento del derecho a la relación presencial. En especial hacemos énfasis en la pérdida de garantías del ciudadano en la relación administrativa electrónica.

¹ Esta publicación es parte del proyecto de investigación de Excelencia PID2021-124031NB-C42, financiado por MCIN/AEI/FEDER, UE.

Palabras clave

Servicios públicos digitales; garantías del ciudadano.

Abstract

In the European Union, the digitisation of the public administration has become a policy lever to achieve the digital single market. This has permeated all domestic laws. The *ad intra* operation of the Public Administration has been subjected to a progressive reform, which is having a profound impact on the relationship with the citizen. In this context, administrative prerogatives have been reinforced to the detriment of the guarantees of the citizens' rights.

In order to address this problem, this study analyses the concept of digital public services, their legal nature and state competences in this area. The organisational and delivery aspects of these services are clarified. We analyse the progress in the recognition of rights in the digital environment and criticise the decline of the right to face to face interaction. In particular, we emphasise the loss of citizens guarantees in the electronic administrative interaction.

Keywords

Digital utilities; citizens' guarantees.

SUMARIO

I. EL CONCEPTO DE SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES: 1. Los servicios públicos digitales en el marco de las políticas públicas. 2. El contexto normativo para definir los servicios públicos digitales. II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DIGITAL: 1. Distribución competencias en materia de servicios públicos digitales. 2. Calificación jurídica de los servicios públicos digitales: 2.1. *Funcionamiento administrativo digital y sus límites*. 2.2. *Configuración prestacional*. III. SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES EN SENTIDO ESTRICTO: 1. La aplicación de los principios rectores del servicio público a los servicios públicos digitalizados. 2. Previsiones sobre digitalización de la sanidad y la educación como prototipos de prestaciones materiales: 2.1. *La digitalización de la sanidad*. 2.2. *La digitalización de la educación*. IV. LAS GARANTÍAS DEL CIUDADANO ANTE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES: 1. Derechos del ciudadano en la relación administrativa. En especial el derecho a la relación electrónica y a la «relación presencial». 2. Derechos de los interesados en la relación administrativa electrónica. 3. Derecho a la transparencia e información pública en el contexto digital. 4. El reconocimiento de los derechos digitales: incidencia en el sector público: 4.1. *Derecho a la protección de datos y derechos digitales*. 4.2. *La garantía del derecho de acceso a internet*. 4.3. *El derecho a la educación digital*. 5. Relaciones electrónicas y derecho a la salud. V. LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES: 1. Principios fundamento de las relaciones electrónicas. 2. El principio de equidad en servicios públicos digitales de naturaleza prestacional. VI. REFLEXIONES FINALES.

I. EL CONCEPTO DE SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

1. LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES EN EL MARCO DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

Términos como administración electrónica, comunicaciones electrónicas, servicios públicos digitales, servicios electrónicos, afloran en los diferentes documentos que concretan las políticas públicas referidas a la digitalización de la Administración pública, sin que exista una definición precisa de los mismos. En

todo caso, podemos avanzar que su sustrato no es otro que la aplicación de las TIC para mejorar los servicios que ofrece la Administración, definición que Piñar Mañas aplica a la administración electrónica².

Para su clarificación debemos acudir a las labores de armonización que la Unión Europea (en adelante UE) está realizando en esta materia. Desde hace más de dos décadas la UE viene apostando por la creación del mercado único digital³, en el que la digitalización de la Administración pública desempeña un importante papel dada la intervención administrativa en la actividad económica y su evidente impacto en las empresas y en la vida de los ciudadanos. Sirva como muestra la aprobación, bajo el paraguas de Una Agenda Digital para Europa de 2010, del Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015; y al amparo de la Estrategia para el Mercado Único Digital de 2015, el Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020⁴. En estos textos se observa cómo el fomento de la administración electrónica tiene como prioridad política la implantación de un mercado digital europeo, que favorezca la actividad económica de las empresas, con una reducción/facilitación de las cargas burocrá-

² Véase J. L. Piñar Mañas (2011), «En torno a la administración electrónica», *Estudios y Comentarios legislativos*, comentario a la obra *Administración electrónica y ciudadanos*, Aranzadi. Sobre la irrupción de las TIC en las relaciones entre los ciudadanos y la Administración pública y su afectación al concepto de servicio público, E. Malaret García, «Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y del conocimiento», *Revista de Dret Public*, núm.35, 2007, págs.1-31.

³ Como principales antecedentes, desde el año 2000, la UE se ha comprometido con una economía europea más competitiva mediante el impulso de la digitalización, tomando como motor a la administración electrónica. Así, se llevan a cabo estrategias y planes que se refieren a los servicios públicos digitales, a servicios públicos en línea, al aprendizaje y la salud en línea. La Comisión Europea ha aprobado: *eEurope 2002: Una sociedad de la información para todos*; *eEurope 2002, Impacto y prioridades*; *eEurope 2005: Una sociedad de la información para todos*; el papel de la administración electrónica en el futuro de Europa. Bruselas, 2003; el Plan de acción sobre administración electrónica i2010. Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos. Bruselas, aprobado en 2006.

⁴ Una Agenda Digital para Europa (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 19.5.2010); Plan de Acción Europeo sobre Administración Electrónica 2011-2015 (Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 15.12.2010); Estrategia para el Mercado Único Digital (Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 6.5.2015); el Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020 (Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas, 19.4.2016) en el que se alude a los servicios públicos digitales como pilar en la reducción de las cargas administrativas de empresas y ciudadanos.

ticas. En estas iniciativas políticas no observamos que el ciudadano, considerado individualmente, se coloque en el centro de este proceso de digitalización. Así lo demuestran algunos de los principios que, según el citado Plan de Acción sobre Administración Electrónica de la UE 2016-2020, deben regir aquella digitalización: versión digital por defecto (aunque propugne que se dejen otros canales abiertos para quienes estén desconectados por elección o necesidad); «ventanilla única» y con diferentes canales y principio «solo una vez» (principios claramente favorables a la relación Administración/empresas); principio de escala transfronteriza o la interoperabilidad por defecto.

Más recientemente, la Brújula Digital 2030⁵ prescinde del término administración electrónica aludiendo a la digitalización de los servicios públicos. El reforzamiento en la prestación de servicios digitales derivado de la pandemia del COVID-19 hace que la Comisión Europea se marque cuatro objetivos en el citado texto: la capacitación digital de ciudadanos y profesionales, las infraestructuras digitales sostenibles y conectadas, la transformación digital de las empresas y la digitalización de los servicios públicos. Aunque la Brújula Digital no establece ninguna priorización o secuenciación en el logro de dichos objetivos, resulta evidente que su propia enumeración la establece. Así, no podremos alcanzar la digitalización de las empresas o de los servicios públicos, o al menos la misma no será inclusiva, si previamente no apostamos por la capacitación digital y por la extensión de infraestructuras. En la misma línea, el Programa de Políticas de la Década Digital 2030⁶ establece concretos objetivos de digitalización de los servicios públicos (prestación 100% accesible en línea de servicios públicos clave; 100% de acceso a la historia clínica electrónica y 100% de acceso a medios de identificación electrónica).

En el contexto europeo de los últimos veinte años hemos asistido a la progresiva implantación de una administración electrónica, que conlleva indudables ventajas para la actividad económica⁷, pero de la que también derivan riesgos como los que pone de manifiesto la Brújula Digital 2030 (la dependencia tecnológica externa de la UE, la desinformación de la sociedad, la brecha digital, entre

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Brújula Digital 2030, el enfoque de Europa para el Decenio Digital [COM (2021), Bruselas, 9.3.2021].

⁶ Art. 4 de la Decisión (UE) 2022/2481, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2022, por la que se establece el Programa de Políticas de la Década Digital 2030.

⁷ La comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones, El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa. Bruselas, 26.9.2003, cifraba en el 2-3% del PIB el coste de las cargas administrativas. Por su parte, la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las Regiones: Plan de acción sobre administración electrónica i2010, Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos. Bruselas, 25.04.2006, se refería a la reducción de los costes de contratación y de transacción derivados de la contratación electrónica.

otros). Junto a esos riesgos ha emergido la necesidad de situar a las personas en el centro de la transformación digital y de potenciar la solidaridad e inclusión digital, como manifiesta la Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital de 2023⁸.

A nivel nacional las políticas de digitalización de la Administración pública más recientes vienen de la mano de «España Digital 2026»⁹ y del Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas 2021-25¹⁰. El primero de dichos textos se articula en torno a diez ejes estratégicos entre los que se sitúa impulsar la digitalización de las Administraciones públicas. A lo largo del texto son opimas las referencias a los servicios públicos digitales, citando algunos de los que deben servir como proyectos tractores de la digitalización de los servicios públicos (digitalización de la justicia, digitalización de los servicios de empleo, digitalización de las políticas de inclusión, seguridad social y migraciones, digitalización de los servicios prestados por las delegaciones del Gobierno...). Estas referencias muestran el concepto amplio que de servicios públicos se maneja en las políticas de digitalización, incluyendo la justicia como servicio público.

Por su parte, el Plan de Digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025, como parte del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, pone el acento en la mejora de la eficiencia de las Administraciones públicas. Nos encontramos ante un Plan de Digitalización que mira esencialmente *ad intra* de la Administración pública, y principalmente referido a la Administración General del Estado. La digitalización de la Administración pública para ser eficaz requiere que afecte a todo el entramado organizativo y que preste atención a las relaciones con los ciudadanos y empresas. De ahí la necesidad de que este Plan de Digitalización de las Administraciones Públicas vaya paralelo en su desarrollo con el Plan Nacional de Competencias Digitales, con el Plan de Digitalización de PYMEs y con el Plan para la conectividad y las infraestructuras digitales¹¹.

Tanto a nivel comunitario como interno la digitalización de la actividad económica, y más específicamente de la Administración pública, es un objetivo ineludible a corto y largo plazo. De la citada planificación deriva la aprobación de normas que vienen a consolidar las relaciones digitales entre la Administración y el ciudadano.

⁸ Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión: Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital [COM (2023/ C23/01)].

⁹ Puede consultarse el texto en: <https://tinyurl.com/23w22a3e>.

¹⁰ Plan de Digitalización de las Administraciones públicas 2021-2025: Estrategia en materia de Administración Digital y servicios públicos digitales. Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, Enero, 2021.

¹¹ Estos planes pueden consultarse en: <https://tinyurl.com/5n8ueyxs>.

2. EL CONTEXTO NORMATIVO PARA DEFINIR LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

En desarrollo de la comentada política comunitaria de impulso a la digitalización de la Administración pública, la UE viene aprobando un nutrido marco normativo con objeto de aproximar las legislaciones nacionales para garantizar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior (arts. 114.1 y 26 TFUE). Junto a ese objetivo se sitúan otros como: garantizar el derecho de la ciudadanía comunitaria a circular y residir libremente en el territorio de la UE (arts. 21.1 y 2 TFUE), a lo que puede contribuir la digitalización del mercado; el establecimiento de su política sobre redes transeuropeas en el sector de las telecomunicaciones para favorecer la interconexión e interoperabilidad de las redes nacionales (arts. 171.1 y 172 TFUE) y otras políticas públicas conexas (política industrial orientada al desarrollo tecnológico, la cohesión económica, social y territorial, cooperación administrativa, protección de los consumidores, salud pública, educación y formación profesional, empleo, entre otras).

El derecho derivado se ha ocupado de aspectos tales como: las redes transeuropeas en el sector digital¹²; la creación de una pasarela digital única para que ciudadanos y empresas puedan acceder a información, procedimientos y servicios relacionados con sus derechos en el mercado interior, el uso de procedimientos por usuarios transfronterizos y el principio de «solo una vez»¹³; la creación de soluciones de interoperabilidad para las Administraciones públicas europeas¹⁴; datos abiertos y reutilización de la información del sector público¹⁵; la identificación electrónica y los servicios de confianza en las transacciones electrónicas¹⁶; o la accesibilidad a sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organis-

¹² Reglamento (UE) 2021/1153, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de julio, por el que se establece el mecanismo «Conectar Europa» y se derogan los Reglamentos (UE) 1316/2013 y 283/2014.

¹³ Reglamento (UE) 2018/1724 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 2 de octubre de 2018, relativo a la creación de una pasarela digital única de acceso a información, procedimientos y servicios de asistencia y resolución de problemas.

¹⁴ Los programas ISA (periodo 2010-2015) e ISA2 (periodo 2016-2020), relativos a las soluciones de interoperabilidad y los marcos comunes para las Administraciones públicas, las empresas y los ciudadanos europeos, como medio de modernización del sector público; en la actualidad sustituidos por la regulación contenida en el Reglamento 2021/694, de 29 de abril.

¹⁵ Directiva (UE) 2019/1024 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público.

¹⁶ Materia regulada en el Reglamento (UE) 910/2014, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, en el que se establece las condiciones en que los Estados miembros deben reconocer la identificación electrónica de personas físicas y jurídicas, los servicios de confianza, en especial en las transacciones electrónicas, y el marco jurídico para las firmas electrónicas, sellos electrónicos, documentos electrónicos, etc.

mos públicos¹⁷. Todas ellas regulaciones directamente orientadas a la digitalización del sector público.

Respecto a lo que ahora nos interesa, clarificar el concepto de servicios públicos digitales, de esa abundante regulación queremos destacar el Reglamento por el que se establece el Programa Europa Digital, aprobado en 2021¹⁸, que define las infraestructuras de servicios digitales como aquellas que permiten que se presten por vía electrónica, los servicios en red, especialmente por internet. Aunque no define los servicios digitales, queda claro que alude a aquellos que se prestan en red, destacando los prestados a través de internet. Por tanto, lo digital hace referencia de forma principal al medio a través del cual se presta el servicio (pudiendo este ser un servicio administrativo o público clásico o un nuevo servicio).

Cuando el derecho derivado contiene una definición de servicios digitales la misma atiende, además de al medio a través del cual se presta el servicio (medio digital), a su carácter económico, vinculándolo a prestaciones realizadas en el marco de un contrato y bajo contraprestación económica¹⁹. En cambio, el concepto de servicios públicos digitales que prestan las Administraciones públicas, al que nos referimos, pone el acento de forma principal en el medio de prestación (no presencial) y en el objeto (el propio del concreto servicio a que nos referimos).

A nivel interno, la regulación de la digitalización de la Administración pública y de la prestación de servicios digitales hemos de encuadrarla en las referencias constitucionales a la Administración pública. Los arts. 103.1 CE y 149.1.18^a CE configuran el marco constitucional para el desarrollo normativo en materia de Administración electrónica. Ello sin perjuicio del respeto al derecho fundamental a la protección de datos personales y al honor y a intimidad en el uso de la informática (art. 18.4 CE) y a los principios rectores de la política social y económica que más directamente pueden verse afectados con la digitalización

¹⁷ Directiva 2016/2102, de 26 de octubre, sobre accesibilidad de los sitios web y aplicaciones para dispositivos móviles de los organismos del sector público, que tiene por objeto que dichos sitios y aplicaciones sean más accesibles.

¹⁸ El Reglamento (UE) 2021/694, de 29 de abril, establece el Programa Europa Digital, dotándolo de un presupuesto de 7.588.000.000 euros para el periodo 2021-2027 (art. 9). El citado programa tiene como objetivo acelerar la transformación digital de la economía, y para ello se hace mención a las Administraciones públicas, a las que se prestarán actividades de apoyo por parte de los centros europeos de innovación digital.

¹⁹ Sirva como muestra el concepto de servicio digital recogido en el art. 2.2 de la Directiva 2019/770/UE, de 20 de mayo, sobre aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; el concepto de servicio de la sociedad de la información prestado por vía electrónica previsto en el art. 1.b) de la Directiva (UE) 2015/1535, del Parlamento y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015, por la que se establece un procedimiento de información en materia de reglamentaciones técnicas y de reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información; o la definición de «servicio de comunicaciones electrónicas» que realiza la Directiva 2018/1972/UE, de 11 de diciembre, que establece el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas.

de las Administraciones públicas (en materia de empleo, protección de la salud, de la cultura, de los consumidores y usuarios, integración de discapacitados, etc.).

La normativa marco en materia de digitalización de la Administración la conforman la Ley 39/2015 del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas (en adelante Ley 39/2015) y la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante Ley 40/2015). Ambas prefieren utilizar el término «electrónico», a pesar de que el coetáneo Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado se decante por la expresión servicios digitales²⁰. Dicho predominio del vocablo «electrónico» se mantiene en el Real Decreto 203/2021, sobre actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos; si bien es cierto que, en consonancia con los documentos comunitarios e internos orientados a la digitalización de la Administración, identifica en su preámbulo como uno de sus objetivos «garantizar *servicios digitales* fácilmente utilizables...», aunque en su articulado prefiere aludir a servicios electrónicos.

Ante la ausencia de una definición específica de servicios públicos digitales, cabe concluir que con los términos «servicios digitales, servicios públicos digitales o servicios electrónicos», referidos a una Administración pública, se alude a una misma realidad, la prestación de los tradicionales servicios administrativos o servicios públicos a través de un medio que no es el presencial, lo que no obsta al surgimiento de nuevos servicios. Poniendo el acento en la transformación organizativa de la Administración, Gamero Casado se refiere a los servicios básicos de administración electrónica en referencia a aquellos que debe implementar la Administración pública para que las relaciones electrónicas sean una realidad²¹.

Concretando más, el concepto «servicios públicos digitales» hemos de ponerlo en conexión con las obligaciones de transparencia pública y publicidad activa que impone la legislación de transparencia pública²², que exige prestar servicios públicos digitales de transparencia pública.

Pero la clarificación del concepto «servicios públicos digitales» no se limita a la normativa referenciada. La digitalización de servicios o prestaciones en ámbitos sectoriales de actividad amplifica el marco normativo. A su vez, la importancia

²⁰ Ambas leyes se publicaron simultáneamente al Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos (Estrategia TIC 2025/2020), aprobado en Consejo de Ministros el 2 de octubre de 2015. El citado plan se refiere a los servicios públicos digitales, englobando tanto los transaccionales que responden a un procedimiento legalmente establecido como los servicios informativos en los que hay interacción pero sin mediar un procedimiento.

²¹ E. Gamero Casado (2017), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Valencia: Tirant lo Blanch (págs. 126-127).

²² Arts. 5.4, 10 y 13 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

del soporte exige tener en cuenta las previsiones de la nueva LGT²³. Y como contrapunto, toda esa normativa en la que se enmarca el desenvolvimiento de la Administración digital y de los servicios públicos digitales se ve condicionada y limitada por la Ley Orgánica de Protección de Datos y garantía de derechos digitales²⁴. Como ha sostenido Martín Delgado, el reto de la digitalización radica en compaginar la eficacia administrativa con la protección de los derechos de los ciudadanos²⁵.

Siguiendo la estela de la normativa de la Unión Europea, las normas estatales que contienen definiciones de servicios digitales las refieren a servicios prestados como actividad económica²⁶, por lo que quedan fuera de nuestro estudio. Tampoco serán objeto de análisis las normas autonómicas que han regulado la Administración digital, lo que no impide reconocer el importante papel que compete a las CC. AA., como instituciones más próximas al ciudadano, para paliar la brecha digital, limitando la generalización de la relación electrónica obligatoria²⁷, aspecto en el que incidiremos de forma especial en este estudio.

²³ Art. 3.b) de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones (LGT).

²⁴ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

²⁵ I. Martín Delgado (2018), «El acceso electrónico a los servicios públicos: hacia un modelo de administración digital auténticamente innovador», en T. de la Quadra Salcedo y J.L. Piñar Mañas (dirs), *Sociedad Digital y Derecho*, Madrid: BOE, Ministerio de Industria, Comercio y Turismo y RED.ES, págs. 179-203 (pág. 181).

²⁶ Anexo, letra a, de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; art. 59 bis) letra o) del Real Decreto Legislativo 1/07, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios. Por su parte, de especial interés, por cuanto es requisito previo imprescindible para poder prestar servicios públicos digitales, es el concepto de «servicios de comunicaciones electrónicas» que recoge el Anexo III.70 de la LGT, como aquel prestado por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas (sistemas de transmisión que permiten el transporte de señales mediante cables, ondas hertzianas, medios ópticos o electromagnéticos, sistemas de tendido eléctrico...), que incluye: el servicio de internet, el servicio de comunicaciones interpersonales y servicios de transporte de señales. Como vemos, la contraprestación económica suele ser elemento importante en la definición de estos servicios. A su vez, los «servicios de comunicación audiovisual», definidos en el art. 2 de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual, se centran en la finalidad del servicio, proporcionar programas al objeto de informar, entretener, educar al público en general o emitir comunicaciones comerciales.

²⁷ Cabe destacar el art. 5 de la Ley 4/2019, de 17 de julio, de administración digital de Galicia que regula los «servicios públicos digitales» en referencia al uso de las TIC y técnicas avanzadas de tratamiento de datos para realizar «nuevas actividades prestacionales». En particular alude al desarrollo de servicios públicos digitales que «atiendan de manera personalizada a la ciudadanía, habida cuenta de sus circunstancias», que «tengan en cuenta las características especiales del medio rural...», y que, en todo caso, no supongan una «elimi-

II. NATURALEZA JURÍDICA DEL SERVICIO PÚBLICO DIGITAL

1. DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS EN MATERIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

La creación y supresión de servicios públicos digitales y su prestación al ciudadano entronca con la competencia estatal prevista en el art. 149.1.18^a CE, en su triple vertiente de competencia exclusiva sobre el procedimiento administrativo común, básica sobre régimen jurídico de las Administraciones públicas y el régimen de su personal. Los elementos que conforman el procedimiento administrativo electrónico²⁸ son competencia exclusiva del Estado, correspondiéndole a su vez la regulación básica sobre la propia organización y funcionamiento digital de la Administración pública²⁹. La extensión e intensidad de esa regulación básica será mayor cuando afecte a la actividad externa de la Administración y a la esfera de los derechos e intereses de los administrados, como ha sostenido de forma reiterada el Tribunal Constitucional, dado que el fundamento de dicha normativa básica no es otro que la garantía de un tratamiento común ante las Administraciones públicas, y en algunos supuestos la necesidad de garantizar otros intereses generales (por todas, STC 55/2018)³⁰. En este sentido, si bien «el diseño, creación y mantenimiento de «servicios de administración electrónica» es

nación, reducción o condicionamiento indebido de los derechos reconocidos o atribuidos a la ciudadanía».

Cataluña también cuenta con su Ley 29/2010, de 3 de agosto, del uso de los medios electrónicos en el sector público de Cataluña y el Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital. Este reglamento dedica su título II a los «servicios digitales», regulando el gobierno de los datos, su intercambio y archivo, así como, la creación de servicios digitales. Por su parte, Andalucía, como otras CC. AA., cuenta con reglamento específico en administración electrónica (Decreto 622/2019, de 27 de diciembre, de Administración electrónica, simplificación de procedimientos y racionalización organizativa de la Junta de Andalucía).

²⁸ Los elementos que conforman el procedimiento administrativo, predicables también del electrónico, han sido determinados por doctrina reiterada del Tribunal Constitucional (SSTC 227/88, 130/203, 166/2014, 33/2018, 55/2018, 110/2018). Al respecto, entre otros, I. González Ríos (2018), «La vis expansiva del concepto «procedimiento administrativo común» en nuestros días», *RAP*, 207, págs. 127-175 (págs. 127-130).

²⁹ Como sostiene E. Gamero Casado (2017, pág. 165), los títulos competenciales sobre procedimiento administrativo común y régimen jurídico de las Administraciones públicas no presentan contornos de diferenciación nítidos.

³⁰ Citando doctrina reiterada, la STC 55/2018, FJ 4^o recoge, como materias que integran el régimen jurídico básico de las Administraciones públicas, «la composición, estructura y competencias de los órganos de las Administraciones públicas», «las potestades administrativas que se confieren a dichas entidades para el cumplimiento de sus fines» (STC 227/1988, FJ 24) o las «relaciones interadministrativas».

un aspecto central de la potestad de autoorganización inherente a la autonomía (STC 111/2016, Fj.11, STC 142/2018)³¹», ello no impide que el Estado basándose en el art. 149.1.18ª CE, pueda promover la implantación generalizada, al menor coste posible, de las TIC en los procedimientos y servicios administrativos, con fundamento en los principios constitucionales de eficiencia y estabilidad presupuestaria, lo que constituye una base del régimen jurídico de las Administraciones públicas que no vulnera la autonomía organizativa de las CC. AA. y de los entes locales (STC 55/2018, FJ 11).

Por tanto, el Estado —*ex* art. 149.1.18ª CE— puede limitar la potestad de autoorganización de las CC. AA. y entes locales respecto de servicios de administración electrónica, para garantizar un tratamiento común a los ciudadanos y los principios de eficiencia y estabilidad presupuestaria³². No se trata de anular la potestad de autoorganización, sino de conciliar autonomía organizativa con cohesión administrativa —como ha sostenido Sánchez Morón—³³, que en el caso de servicios digitales consideramos que se traduce en cohesión social.

A pesar de esta generosa interpretación competencial que realiza el TC, hemos de tener en cuenta que el legislador estatal no tiene una competencia para la digitalización del procedimiento administrativo y del régimen jurídico de la Administración pública exenta de límites. El principio de eficacia en la actuación administrativa, la potestad organizatoria o las competencias sustantivas por razón de la materia que ostentan las CC. AA. actúan como límites a aquella competencia estatal. Como ha establecido el TC, la eficacia de la Administración pública según el art. 103 CE funciona como límite a dichas competencias (STC 166/2014). Eficacia en la actuación administrativa que si se ve en entredicho por la digitalización puede justificar la tutela de los tribunales. Por otro lado, la competencia de las CC. AA. para determinar su propia organización forma parte de su

³¹ Precisamente por esa vinculación a sus competencias que tiene que tener el ejercicio de la potestad de autoorganización de servicios electrónicos, es por lo que el TC reconoce competencia a la Comunidad Autónoma de Cataluña —respecto a la creación de la Agencia de Ciberseguridad— en cuanto a la protección de las redes y sistemas de información de la Administración de la Generalitat y de su sector público, pero no en materia de seguridad pública y telecomunicaciones (STC 142/2018, de 20 de diciembre, ponente: Fernando Valdés Dal-Ré). En la misma línea se ha manifestado la STS 638/2022, de 30 de mayo, ponente: Eduardo Calvo Rojas, recordando la necesaria vinculación que el ejercicio de la potestad de autoorganización debe tener a las competencias propias de las CC. AA.

³² Al mismo tiempo, el TC ha establecido que el Estado puede, con fundamento en el citado artículo constitucional, afectar a la potestad de autoorganización autonómica, cuando existan razones constitucionales que lo justifiquen, admitiendo así la constitucionalidad de la reserva de ley para incluir en procedimientos administrativos especiales trámites adicionales o distintos de los previstos en la legislación de procedimiento administrativo común (art. 1.2 Ley 39/2015).

³³ M. Sánchez Morón (2021), *Derecho Administrativo. Parte General*, Madrid: Tecnos (pág. 229).

autonomía y no puede ser eliminada por una configuración excesivamente amplia de la normativa básica del Estado sobre régimen jurídico de la Administración pública (STC 93/2017, FJ 7 a). Al mismo tiempo, la competencia para establecer los procedimientos administrativos especiales por razón de la materia permite a las CC. AA. en ejercicio de sus competencias sustantivas la regulación de los mismos, siempre en el marco de las normas de procedimiento administrativo común dictadas por el Estado (STC 55/2018, FJ 4º). Por tanto, la competencia estatal para la implementación de los servicios públicos prestados en red no es absoluta.

Por otro lado, consideramos que otra materia que tiene especial relevancia para clarificar la distribución de competencias en la regulación de los servicios públicos digitales es la relativa al régimen estatutario de los funcionarios; a la misma no se ha referido la doctrina jurisprudencial comentada. La prestación de servicios digitales requiere de una reorganización funcional interna del personal al servicio del sector público, de una mayor capacitación digital —a «empleados digitales» se refiere Arroyo Yanes³⁴— y de la concreción de los derechos del empleado público en el entorno digital. La regulación básica aplicable al personal al servicio de la Administración pública contenida en el Real Decreto Legislativo 5/2015 EBEP³⁵ ha venido a garantizar el derecho a la intimidad del trabajador en el uso de dispositivos digitales y a la desconexión digital (art. 14 j bis), o la posibilidad de organizar el trabajo haciendo uso del teletrabajo, cuando las necesidades del servicio lo permitan y previa autorización (art. 47 bis). Aspectos básicos que afectan a la organización funcional de la Administración y que deben ser respetados por las CC. AA.³⁶

La regulación de servicios públicos digitales no puede ceñirse al análisis de las competencias que se derivan del art. 149.1. 18ª de la CE. Cuando nos situamos fuera de los contornos de las citadas competencias, el régimen jurídico de aquellos servicios se aproxima a la materia a la que vaya referida su digitalización. Por consiguiente, por lo que a este estudio se refiere, vamos a centrarnos en dos

³⁴ L. M. Arroyo Yanes (2018), «La digitalización de las Administraciones públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos», *RVAP*, 18, págs. 82-99 (págs.91). Sobre el teletrabajo, véase J. R. Fuentes i Gasó (2023), *Régimen jurídico-administrativo del teletrabajo en las Administraciones públicas*, Valencia: Tirant lo Blanch.

³⁵ Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público.

³⁶ Téngase en cuenta las sentencias del TSJ de Castilla y León de 24 de noviembre de 2022, FJ 3º y de 25 de mayo de 2022, FJ 3ª, en las que siendo ponente Ana Mª Martínez, se establece que la denegación del teletrabajo entra dentro de la potestad de autoorganización de la Administración, afirmando que el teletrabajo no está configurado como un derecho absoluto del trabajador, sino como una forma de organización del trabajo que no es la ordinaria en el ámbito de la Administración pública.

En la misma línea, la STSJ de Extremadura de 21 de septiembre de 2022, FJ 3º, ponente: Casiano Rojas, dispone que, dadas las propias características de cada Administración pública, el teletrabajo se realizará en función de las normas que apruebe cada Administración pública, con base en los arts.149.1.7ª y 18ª de la CE.

servicios públicos en sentido estricto (la sanidad y la educación)³⁷ para clarificar la naturaleza y el régimen jurídico aplicable a los mismos cuando nos referimos a su prestación en formato electrónico o digital. Partimos en este estudio de la consideración de que la digitalización de servicios públicos afecta a la organización administrativa (potestad de autoorganización), a los derechos de los ciudadanos y a la concreción de estos en cada ámbito prestacional específico³⁸.

2. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

2.1. *Funcionamiento administrativo digital y sus límites*

Cuando nos referimos a «servicio público digital» prestado por las Administraciones públicas aludimos a aquel conjunto de actividades que esta realiza para satisfacer el interés general utilizando medios digitales. Se encuadra aquí prácticamente cualquier tipo de actividad administrativa. Dicha prestación digital de servicios públicos tenemos que calificarla como parte del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común —como hemos deducido de su ámbito competencial—; régimen jurídico que dota a las Administraciones públicas de importantes potestades para su desenvolvimiento, destacando la potestad de autoorganización, por la reordenación de medios y personal que requiere. En todo caso, esta actividad digital, o, en sentido más amplio, electrónica³⁹, de las Administraciones públicas la analizaremos desde la perspectiva de su incidencia en los ciudadanos y en los derechos constitucionales o legales a que afecta esa prestación digital de servicios públicos.

Pero ¿cuál es el fundamento de dicha digitalización? Como señala la exposición de motivos de la Ley 39/2015, el desarrollo de las TIC ha afectado a las relaciones de la Administración con los ciudadanos y las empresas; de tal forma que la eficacia, la eficiencia, la transparencia y la mejora en las garantías de los interesados se erigen —según el legislador estatal— en el fundamento del funcionamiento íntegramente electrónico de las Administraciones públicas. También el preámbulo de la Ley 40/2015 indica que el funcionamiento electrónico de la

³⁷ Así, por ejemplo, el perfeccionamiento o formación del personal docente, sea funcionario o laboral, en el ámbito digital se ha encuadrado por el Tribunal Constitucional en la competencia sobre enseñanza, donde las competencias son compartidas entre el Estado y las CC. AA.; competencia que también habilita al Estado para destinar recursos a la financiación de actividades de preparación digital del profesorado (STC 184/2012, FJ 7.c) y STC 14/2018, FJ 8.e).

³⁸ Como ha señalado I. Martín Delgado (2017), «La reforma de la Administración electrónica: hacia una auténtica innovación administrativa», en I. Martín Delgado (dir.), *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, la implantación de las TIC en la Administración lo abarca todo.

³⁹ Para incluir la atención telefónica por parte de las Administraciones públicas.

Administración pública debe ser lo habitual, sin aportar más fundamentación⁴⁰. Funcionamiento interno de la propia Administración que, sin embargo, tiene una fuerte incidencia en los ciudadanos con los que mantiene una continua relación. Su razón de ser no puede ser otra que la satisfacción de los intereses generales según marca el art. 103.1 CE; ahora bien, esa regulación de la digitalización de la Administración pública ¿implica un reforzamiento de las potestades administrativas o es una garantía de los derechos de los ciudadanos? No olvidemos que —como sostiene Sánchez Morón— el derecho administrativo tiene como objetivo esencial la tutela de los derechos e intereses de los ciudadanos⁴¹.

La consagración legal de la obligación de relacionarse electrónicamente con la Administración pública, para determinados colectivos (art. 14.2 Ley 39/2015) y la posibilidad de que dicha exigencia se haga extensiva a otros por vía reglamentaria (art. 14.3 Ley 39/2015), unido a la imposibilidad de acceder a servicios públicos prestados en formato electrónico o digital por parte de ciertos colectivos de personas o en determinadas zonas geográficas, puede suponer la vulneración de ciertos derechos fundamentales. Entre ellos: a) el derecho a la no discriminación «por cualquier condición o circunstancia personal o social» (art. 14 CE); b) el derecho a elegir libremente su residencia (art. 19 CE), cuando la imposibilidad de acceder a servicios públicos esenciales te impide elegir dónde vivir; o, c) el derecho a la educación, debiendo ser la educación básica «obligatoria y gratuita» (art. 27 CE). Otros derechos, sin el carácter de fundamentales, pueden verse afectados en la prestación de servicios digitales por las Administraciones públicas, tal es el caso del derecho a la protección de la salud (art. 43 CE) o la tutela de los derechos de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE). Derechos constitucionales que deben servir de garantía frente al poder público cuando regula las relaciones de los ciudadanos con el sector público, esencialmente cuando se pretenda cercenar el derecho de las personas físicas a mantener una relación presencial (derecho negativo que cabe deducir del art. 14.1 de la Ley 39/2015).

Al margen de los citados derechos constitucionales, el propio legislador ha consagrado en la Ley 40/2015 —con fundamento en el art. 103.1 CE— los principios que deben regir la actuación administrativa y sus relaciones⁴², a los que nos

⁴⁰ La ya derogada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, aludía en su exposición de motivos a la obligación de la Administración de transformarse en una administración electrónica al servicio del ciudadano, para dar cumplimiento al principio de eficacia que consagra el art. 103 CE. A lo largo de dicha exposición de motivos se reiteraba que el fundamento de una administración electrónica era prestar un mejor servicio al ciudadano con base en los principios de eficacia y eficiencia. A su vez, el ahorro de tiempo e inmediatez que otorga la relación electrónica también se argüía como justificación del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

⁴¹ Sánchez Morón (2021, pág. 441).

⁴² Sobre estos principios puede verse el interesante análisis de C. Ramió Matas (2027), «Principios de actuación de las Administraciones públicas: análisis desde la Ciencia política y de la Administración», en E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de procedimiento ad-*

referiremos más adelante, y que vienen a condicionar la prestación de servicios digitales.

Junto a esos derechos constitucionales y principios legales, se deben respetar los derechos de configuración legal, en este caso los derechos digitales a que se refiere la Ley Orgánica de Protección de Datos⁴³ y otras normas sectoriales, a las que nos referimos más abajo.

2.2. Configuración prestacional

La calificación jurídica de los servicios públicos digitales no puede limitarse a su configuración como parte del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, dado que —como ha puesto de manifiesto la pandemia del COVID-19— la digitalización de la Administración ha sido especialmente intensa en el ámbito prestacional o de los servicios públicos (sanidad, educación, servicios sociales). Desde la perspectiva prestacional el estudio de los servicios públicos digitales requiere analizar el concreto régimen de algunos de estos servicios y la plasmación de las exigencias de digitalización que incorporan. Así, la prestación de servicios digitales puede también ir referida a la actividad de prestación o de servicio público como técnica de intervención administrativa. Nos referimos a los clásicos servicios públicos⁴⁴ prestados a través de medios digitales, lo que no excluye la digitalización de servicios de interés general económicos, en los que su prestación se realiza por empresas privadas (servicios de suministro energético, de transportes, de telecomunicaciones...).

ministrativo común y régimen jurídico básico del sector público (págs. 375-421), Valencia: Tirant lo Blanch. Prueba de que los servicios electrónicos a veces dificultan la relación con la Administración pública es el caso de la cita previa obligatoria, véase M. Ruiz Ceniceros (2022), «La cita previa y el derecho al plazo», *RAP*, 2019, págs. 251-272.

⁴³ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos personales y garantía de derechos digitales.

⁴⁴ Sobre el concepto de servicio público, entre otros, S. Braconnier (2003): *Droit des services publics*, París: PUF Thémis; T. R. Fernández Rodríguez (1999), «Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy», *RAP*, 150, pág. 57-74; M. Lombard (2002), «Service public et service universel, ou la doublé inconsistante», en *Les mutations contemporaines du droit public*, París: D'Alloz; E. Malaret i García (1997), *Régimen jurídico de los servicios públicos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial; D. Mauro Mallar (2014), *Regulación y control de los servicios públicos*, Madrid: Marcial Pons; L. Miguez Macho (2000), *Los servicios públicos y el régimen jurídico de los usuarios*, Barcelona: CEDECS; S. Muñoz Machado (1998), *Servicio público y mercado*, Madrid: Civitas; J. M^a Souvirón Morenilla (1997), *La actividad de la Administración y el servicio público*, Granada: Comares.

Nuestro estudio se centra en la digitalización de servicios públicos clásicos y su incidencia en los ciudadanos⁴⁵. Nos encontramos en este caso ante los llamados servicios de interés general no económicos (SIGNE), que se caracterizan porque su objeto no es obtener una rentabilidad económica, sino un beneficio social, y por la titularidad pública del servicio. En los mismos, la Administración debe garantizar que lleguen a los usuarios en condiciones de calidad, regularidad, igualdad y asequibilidad⁴⁶. Otro aspecto relevante en dicha configuración es que la UE concibe dichos servicios, a los que califica como SIG⁴⁷, como un instrumento para alcanzar la cohesión económica, social y territorial, y ahí es donde radica la necesidad de fomentar el uso de servicios públicos digitales *stricto sensu*. Ambos elementos, la necesidad de que los servicios públicos digitales lleguen a todos los ciudadanos (en determinadas condiciones) y que contribuyan a la cohesión social, justifican su fomento por los poderes públicos.

La prestación de los clásicos servicios públicos a través de medios electrónicos (siempre que la actividad en que consista el servicio lo permita) exige no olvidar los principios que los rigen y los específicos que derivan de la regulación propia del servicio y de su peculiar régimen no presencial. A ellos nos referimos a continuación.

III. SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES EN SENTIDO ESTRICTO

Cuando un servicio público se ejecute a través de medios electrónicos o digitales debe ajustarse a los requisitos que la normativa reguladora de cada servicio público establezca respecto del acceso al mismo. Siempre teniendo en cuenta que

⁴⁵ Sobre los servicios públicos y los derechos de los ciudadanos A. Expósito Gázquez (2022), «Análisis del régimen jurídico de los derechos digitales de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración pública andaluza», en Castillo Blanco *et alt.*, *Las políticas de buen gobierno en Andalucía (I): Digitalización y transparencia*, Sevilla: Junta de Andalucía, IAA, págs. 340-342; J. Valero Torrijos (2000), «Administración pública, ciudadanos y nuevas tecnologías», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, tomo III. Valencia: Tirant lo Blanch, págs. 2943-2968.

⁴⁶ Sobre los requisitos que deben concurrir en la «publicatio» del servicio véase el detallado análisis de Souvirón Morenilla (1997, págs. 196 y ss.).

⁴⁷ El concepto de servicios de interés general ha sido tratado, entre otros, por I. González Ríos (2018), «La indefinición normativa del concepto de servicios de interés general y su ámbito material», en I. González Ríos (dir.), *Servicios de interés general y protección de los usuarios (educación, sanidad, servicios sociales, vivienda, energía, telecomunicaciones y comunicaciones electrónicas)*, Madrid: Dykinson, SL, págs. 25-56; J. C. Laguna Paz (2009), *Servicios de interés económico general*, Pamplona: Civitas, Thomson Reuters; J. J. Piernas López (2017), «La definición de servicio de interés económico general en la UE. ¿De qué margen disponen los Estados miembros?», *Revista Española de Derecho Europeo*, 61, págs. 101-128.

nos encontramos ante una actividad prestacional que debe facilitar, no restringir o limitar, el acceso del ciudadano.

1. LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS RECTORES DEL SERVICIO PÚBLICO A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALIZADOS

El principio de continuidad debe analizarse en función del concreto servicio, y tratándose de servicios públicos digitales guarda relación con la infraestructura disponible para su prestación y con el cumplimiento de las normas de seguridad para evitar ciberataques⁴⁸. La continuidad en el caso de algunos servicios públicos (sanitarios, educativos, municipales...) es un requisito de calidad. La calidad del servicio de titularidad pública, prestado en formato digital, entronca con aspectos técnicos, con el robustecimiento de las unidades administrativas dedicadas a las TIC y con los contratos de gestión de estos servicios. Al margen de ello, las prestaciones que se reglamenten para cada servicio público y las cartas de servicio, en su caso, permitirán determinar su calidad. Elemento importante para garantizar dicha calidad de los servicios públicos es su evaluación por la propia Administración o por entidades u órganos especializados. El examen de las prestaciones electrónicas de servicios públicos debiera ser un *ítem* cada vez más relevante en dichos procedimientos de control.

Por otro lado, la ejecución del servicio a través de tecnologías de la información y la comunicación requiere de una permanente adaptación a los avances tecnológicos, lo que implica la aplicación del principio de mutabilidad del servicio. Mutabilidad que en caso de gestión indirecta del servicio puede llevar al contratista a exigir el mantenimiento del equilibrio económico del contrato y a la Administración a imponer la cláusula de progreso para garantizar la incorporación de las nuevas tecnologías.

Uno de los principios aplicables al servicio público que más puede verse afectado en la prestación digital es el de igualdad y no discriminación entre los usuarios, dado que el acceso a servicios como la sanidad o la educación, como

⁴⁸ En el ámbito de las Administraciones públicas, el Esquema Nacional de Seguridad tiene como objetivo garantizar que la información se presta sin interrupciones y que la misma no llega a personal no autorizado, gracias a medidas para controlar la seguridad de los servicios electrónicos. En esta materia hay que tener en cuenta, entre otras normas: el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, relativo a ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad de las tecnologías de la información y la comunicación y por el que se deroga el Reglamento (UE) 526/2013 («Reglamento sobre la Ciberseguridad»); la Directiva (UE) 2016/1148 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de julio de 2016, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, la denominada «Directiva NIS (*Security of Network and Information Systems*)» y, a nivel nacional, el Real Decreto 311/2022, de 3 de mayo, por el que se regula el Esquema Nacional de Seguridad.

servicios nucleares de un Estado democrático de derecho, puede verse limitado —cuando no impedido— para determinados colectivos si la prestación digital fuera la única imperante.

Por su parte, el principio de asequibilidad del servicio no debe verse en entredicho por su prestación digital o electrónica. Las adaptaciones tecnológicas de la propia Administración para poder garantizar el servicio público digital de que se trate no debieran repercutirse en el ciudadano, sin perjuicio de que ello tenga un importante impacto para las arcas públicas. Cuestión distinta es que esa asequibilidad pueda verse cuestionada por la necesidad del ciudadano de disponer de medios tecnológicos y de conocimientos de los que no dispone y ello dificulte o impida el acceso, lo que sí puede hacer cuestionar la universalidad de los servicios públicos (sanitarios, educativos...). Para paliar la situación de colectivos desfavorecidos se arbitra la concesión de ayudas o subvenciones a los usuarios o tasas más reducidas⁴⁹.

2. PREVISIONES SOBRE DIGITALIZACIÓN DE LA SANIDAD Y LA EDUCACIÓN COMO PROTOTIPOS DE PRESTACIONES MATERIALES

2.1. La digitalización de la sanidad

La protección de salud humana es uno de los hitos que la UE debe lograr a través de sus políticas y actuaciones, como se desprende de los arts. 9 y 168 del TFUE y del art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE. Dicho objetivo se ha visto reforzado a partir de la crisis sanitaria originada por la pandemia del coronavirus, que ha puesto de manifiesto la necesidad de cooperación entre los Estados miembros para paliar la propagación transfronteriza de enfermedades y coordinar la distribución de vacunas⁵⁰. Que la digitalización puede desempeñar una importante labor en la mejora del sistema sanitario es algo incuestionable⁵¹.

⁴⁹ Un ejemplo lo tenemos en la Agenda España Digital 2026, que contiene un eje de actuación denominado Educa Digital, con el que el Estado ha dotado de dispositivos digitales y conectividad al alumnado más vulnerable (Resolución de 7 de julio de 2020, de la Subsecretaría, por la que se publica el Convenio entre el Ministerio de Educación y Formación Profesional, el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la Entidad Pública Empresarial, Red.es,MP, para la ejecución del programa «Educa en Digital»).

⁵⁰ Coadyuvando a la digitalización de los servicios sanitarios se publican las Comunicaciones de la Comisión europea de 25 de abril de 2018, relativa a la consecución de la transformación digital de la sanidad y los servicios asistenciales en el Mercado Único Digital, la capacitación de los ciudadanos y la creación de una sociedad más saludable, y de 3 de mayo de 2022, sobre Un Espacio Europeo de Datos Sanitarios; así como la Recomendación 2019/243 (UE), de 5 de febrero, relativa al formato de intercambio de historiales médicos electrónicos de ámbito europeo.

⁵¹ Son muestra de ello la aprobación de la Estrategia mundial sobre salud digital 2020-2025 (*Global strategy on digital health*), Organización Mundial de la Salud, 2021; la Estrategia

Algunas de las ventajas asociadas serían: la reducción del coste sanitario a través de la consulta de los historiales médicos (a nivel nacional y en el extranjero), un mejor diagnóstico al disponerse en cualquier lugar de acceso al historial médico actualizado del paciente, la respuesta rápida ante alertas sanitarias y, por supuesto, el sostenimiento del propio sistema sanitario, entre otras⁵².

En este contexto se ha aprobado el Reglamento comunitario que establece el «Programa UEproSalud» para el periodo 2021-2027, con una dotación de 500.000.000 euros destinada, entre otros ámbitos, a la transformación digital de los servicios sanitarios que permita aumentar la interoperabilidad a nivel comunitario de dichos servicios. Entre los variados objetivos que se marca dicha norma figura el reforzar los sistemas sanitarios con acciones como el impulso a la «transformación digital» —en especial, apoyando la creación de un espacio europeo de datos sanitarios— (art. 3)⁵³.

La importancia de la digitalización de la sanidad como uno de los sectores que pueden actuar como motor de la economía ha sido resaltada por la UE en el mecanismo «Conectar Europa»⁵⁴ y en su programa Europa Digital⁵⁵.

Este fomento de la digitalización del sector público sanitario debe atender a los retos que desde la perspectiva del ciudadano se plantean, principalmente por el debilitamiento de la prestación presencial y por riesgos asociados a la protección de datos sensibles como los sanitarios.

A nivel interno, la pandemia del COVID-19 ha llevado a un reforzamiento de las competencias digitales del Ministerio de Sanidad. Al inicio de la decla-

de Salud Digital, Sistema Nacional de Salud, Secretaría General de Salud Digital, 2 de diciembre de 2021.

⁵² A estas ventajas de la digitalización se refiere el preámbulo de la Recomendación 2019/243 (UE), de 6 de febrero, Formato de intercambio de historiales médicos electrónicos de ámbito europeo.

⁵³ Para ello, el Anexo I del Reglamento (UE) 2021/522, de 24 de marzo, que establece un programa de acción en el ámbito de la salud (programa UEproSalud) para el periodo 2021-2027, recoge una lista de acciones subvencionables (programas para la mejora de las capacidades digitales de los profesionales sanitarios; herramientas digitales para favorecer la cooperación de los EEMM; el despliegue de infraestructuras interoperables de servicios digitales; la transformación digital de los sistemas sanitarios y de asistencia sanitaria, entre otras).

⁵⁴ El Reglamento (UE) 2021/1153, de 7 de julio, que establece el mecanismo «Conectar Europa», vincula la modernización de la sanidad a su digitalización, previo establecimiento de una infraestructura de conectividad digital (véase el considerando 34), a la vez que considera a los hospitales y centros médicos —entre otros— como motores socioeconómicos que deben situarse a la vanguardia de la digitalización.

⁵⁵ El art. 8 del Reglamento (UE) 2021/694 de 29 de abril, que establece el programa Europa Digital, recoge entre sus objetivos específicos apoyar al sector público y ámbitos de interés público, como la sanidad, para que desplieguen las tecnologías digitales (informática de alto rendimiento, la IA y la ciberseguridad).

ración del estado de alarma, los primeros pasos en dicha digitalización los dio el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital⁵⁶. Para ello se celebraron convenios para el desarrollo y operación de aplicaciones informáticas con fundamento en la «descongestión» de la propia Administración⁵⁷. A medida que avanzaba la crisis sanitaria se puso de manifiesto la necesidad de atribuir competencias digitales al Ministerio de Sanidad⁵⁸; así, se reforzó su estructura orgánica con una Secretaría de Estado de Sanidad a la que se adscribe una Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación del Sistema Nacional de Salud (SGSD), a la que se le atribuyen proyectos de modernización y mejora del Sistema Nacional de Salud, en especial los relacionados con la salud digital y los sistemas de información.

El robustecimiento interno del Ministerio de Sanidad en materia digital ha ido acompañado de la aprobación en 2021 de la Estrategia de Salud Digital, que recoge como líneas estratégicas de acción: el desarrollo de servicios públicos digitales, la interoperabilidad de la información sanitaria y el refuerzo de la analítica de datos⁵⁹. De esas tres líneas de acción, las dos últimas se han revelado imprescindibles en el contexto de la pandemia sanitaria, o sea, en el marco de un colapso del sistema sanitario debido a la crisis del coronavirus. En cambio, el primero de los ejes, el desarrollo de servicios públicos digitales⁶⁰, no debiera avanzar hacia la pérdida de la atención médica presencial por obligación.

⁵⁶ Téngase en cuenta los arts. 9 y 9 bis) del Real Decreto 403/2020, de 25 de febrero, que desarrolla la estructura orgánica básica del Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital y la Orden SND/297/2020, de 27 de marzo, que encomienda a la Secretaría de Estado de Digitalización e IA el desarrollo de diversas actuaciones de gestión de la crisis sanitaria por el COVID-19.

⁵⁷ La Resolución de 30 de abril de 2020, por la que se publica el Convenio entre la Secretaría de Estado de Digitalización e IA y Telefónica Digital España, SLU, para la operación de la Aplicación ASISTENCIACOV19 en el contexto de la situación sanitaria ocasionada por el COVID-19.

⁵⁸ En desarrollo del Real Decreto 139/2020, de 28 de enero, por el que se establece la estructura orgánica básica de los departamentos ministeriales, se han aprobado varios reglamentos que inciden en la digitalización del Ministerio de Sanidad (Real Decreto 722/2020, de 31 de julio, Real Decreto 735/2020, de 4 de agosto, y Real Decreto 852/2021, de 5 de octubre).

⁵⁹ Así se recoge en la Estrategia de Salud Digital. Sistema Nacional de Salud, aprobada por la Secretaría General de Salud Digital, Información e Innovación para el SNS de 2 de diciembre de 2021, pág. 15.

⁶⁰ Con el desarrollo de servicios digitales la Estrategia se refiere al refuerzo de las TIC aplicadas a la gestión sanitaria, a la ordenación de profesiones sanitarias, al desarrollo de la cartera de servicios, a la promoción de la salud y prevención de la enfermedad y la discapacidad (en esta línea se afirma que la digitalización debe contribuir a «disminuir el consumismo, la medicalización y la dependencia del sistema sanitario»); se propone adoptar un enfoque que supere la atención sanitaria basada en el centro, facilitando que determinadas prestaciones

Frente a este contexto reciente de clara apuesta por la aplicación de las TIC a la sanidad, la legislación básica reguladora de las prestaciones sanitarias apenas incluye referencias a la digitalización⁶¹. Ello a salvo de la regulación de la historia clínica sanitaria y de la receta electrónica⁶²; sin que podamos detenernos en el desarrollo normativo que compete a las CC. AA.

La digitalización de la sanidad, aplicando nuevas tecnologías para mejorar las prestaciones o mejorando la estructura e interoperabilidad de la Administración sanitaria, no debe dejar de lado el trato personal, la humanización en la aplicación de las TIC y la atención al paciente como referente. En definitiva, la humanización y la calidad como elementos claves en la digitalización sanitaria, como ha puesto de manifiesto Gimeno Feliu⁶³.

y servicios se realicen en una red de cuidados virtual e inteligente, se alude al «Centro de Salud Digital» y el «Hospital Digital», personalizar la cartera de servicios asistenciales (digitales y/o presenciales), etc.

⁶¹ En este sentido: a) la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad dispone que los servicios sanitarios y administrativos adecuarán su organización y funcionamiento a los principios de eficacia, celeridad, economía y flexibilidad (art. siete); sin embargo, se elude todo pronunciamiento sobre la digitalización de dichos servicios sanitarios ; b) la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del SNS regula las prestaciones sanitarias y su acceso en condiciones de igualdad por todos los usuarios del SNS, pero no se refiere a prestaciones en formato digital, al margen de aludir al intercambio electrónico de la información clínica en su art. 56; c) la Ley 41/2002, de 14 de septiembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando se refiere al archivo de la historia clínica de los pacientes indica que podrá realizarse en soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo (art. 14.2); d) la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública no contiene referencia alguna a la integración de técnicas electrónicas para la promoción de la salud pública.

⁶² En este sentido, el Real Decreto Ley 9/2011, de 19 de agosto, de medidas para la mejora de la calidad y cohesión del sistema nacional de salud introduce medidas relativas al sistema de información sanitaria. De esta información sanitaria destaca la historia clínica, que, como documento electrónico, se ha regulado en el Real Decreto 1093/2010, de 3 de septiembre.

Por su parte, la receta médica electrónica del SNS se ha regulado por Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre Receta médica y órdenes de dispensación. A nivel autonómico, Andalucía, Cataluña, Galicia, Extremadura, Navarra, entre otras, han implantado el sistema de receta electrónica.

⁶³ J. M.^a Gimeno Feliu y G. García-Álvarez (2020), *Compra pública de medicamentos y servicios de innovación y tecnología sanitaria: eficiencia y creación de valor*, Pamplona: Aranzadi; J. M.^a Gimeno Feliu (2021), «Los fondos europeos “next generation” como elemento de transformación de la gestión de la contratación pública: hacia una nueva cultura funcional y no formal», *REDA*, 214, págs. 39-54.

2.2. La digitalización de la educación

La UE tiene competencia para complementar la acción de los Estados en materia educativa y de formación profesional (art. 6 e) del TFUE), contribuyendo a una educación de calidad que, entre otros aspectos, se encamina a «fomentar la educación a distancia» (art. 165 TFUE) —para la que se necesita la aplicación de las nuevas tecnologías—. Al mismo tiempo, viene reconociendo la competencia digital como clave para el aprendizaje permanente⁶⁴.

A nivel constitucional se reconoce el derecho a la educación como derecho fundamental y se califica la enseñanza básica como obligatoria y gratuita. Corresponde a los poderes públicos garantizar dicho derecho mediante una programación general de la enseñanza (art. 27 CE). Aunque expresamente no se califica la enseñanza básica de servicio público, así se deduce de su carácter obligatorio y gratuito y de la obligación de asegurarla que tienen los poderes públicos; además, las CC. AA. sí que se refieren al sistema educativo público⁶⁵.

En desarrollo de estas previsiones constitucionales, la LOE configura la enseñanza primaria y secundaria como obligatoria y gratuita para todas las personas⁶⁶, mientras que la LODE sostiene en su exposición de motivos que el derecho a la educación se ha asumido como un servicio público prioritario⁶⁷. La prestación de dicho servicio público se regula en torno al centro educativo, pero ello no significa que aquella normativa sea ajena a su digitalización. En un primer momento, la regulación de este aspecto se mueve en los siguientes ámbitos: a) la capacitación del alumnado en el uso de medios digitales y la

⁶⁴ Recomendación del Consejo, de 22 de mayo de 2018, relativa a las competencias clave para el aprendizaje permanente y el Plan de Acción de Educación Digital 2021-2027. Adaptar la educación y la formación a la era digital (Comunicación de la Comisión al Parlamento, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 30 de septiembre de 2020).

⁶⁵ El art. 21 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dispone que el derecho constitucional a la educación se garantiza mediante un sistema educativo público, a la vez que se reconoce el derecho de acceso en condiciones de igualdad a los centros educativos sostenidos con fondos públicos (art. 21.1º, 3º). En el art. 52 se reconoce la competencia exclusiva de la comunidad autónoma en materia de enseñanza no universitaria, incluyendo la prestación de «servicios educativos» y «la garantía de la calidad del sistema educativo».

⁶⁶ Enseñanza de los 6 a los 16 años, pudiendo prolongarse hasta los 18 años (art. 4.2 de la Ley Orgánica 2/06, de 3 de mayo, de Educación, modificada por la Ley 3/2020, de 29 de diciembre).

⁶⁷ Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, Reguladora del Derecho a la Educación.

adquisición de competencias digitales⁶⁸; b) las materias a cursar⁶⁹; y c) la formación digital del profesorado⁷⁰. Se trata de formar en el manejo de las TIC. En una segunda etapa, con la reforma de la LOE en el año 2013, el legislador se refiere a la creación de un «ecosistema digital» de ámbito nacional; para ello al Estado le corresponde elaborar el marco común de referencia de competencias digitales para la formación permanente del profesorado, lo que ha sido considerado por el Tribunal Constitucional como un instrumento para «orientar» esa formación y facilitar el asentamiento de la cultura digital en las aulas, enmarcándose en las posibilidades de colaboración Estado y CC. AA. al carecer dicho marco de referencia de naturaleza prescriptiva, sin que se vean afectadas competencias ejecutivas de las CC. AA. (STC 14/2018, FJ 8.e) y STC 66/2018, FJ 4.e).

En un tercer estadio, con la reforma de la LOE en el año 2020, en plena crisis sanitaria provocada por el coronavirus⁷¹, el legislador apuesta por ir más allá del mero manejo de las nuevas tecnologías y facilitar las enseñanzas a distancia en la formación de adultos (art. 70 bis LOE). Al mismo tiempo, el art. 111 bis LOE incide en «la extensión del concepto de aula en el tiempo y en el espacio», para permitir al alumnado el acceso desde cualquier sitio y en cualquier momento⁷²; y encomienda al Ministerio competente el ofrecer plataformas digitales y tecno-

⁶⁸ La LOE recoge como fin del sistema educativo español capacitar al alumnado para su inserción en la sociedad digital y en el uso seguro de medios digitales, con pleno respeto a los derechos y valores constitucionales (art. 2.1.f), al tiempo que en la Educación Primaria se incluye como principios pedagógicos la comunicación audiovisual y la competencia digital (art. 19.2). La capacitación del alumnado en materia de digitalización también está presente en la Formación Profesional (art. 40.1.k), art. 42.3 LOE).

⁶⁹ En la Enseñanza Secundaria Obligatoria se incluye como materia a cursar en los cursos primero a tercero Tecnología y Digitalización (art. 24.1 LOE), y una materia optativa entre la que se sitúa alguna para el desarrollo de la competencia digital (art. 24.3 LOE).

⁷⁰ El art. 102. 3 LOE emplaza a las Administraciones educativas para promover la utilización de las TIC y la formación digital del profesorado.

⁷¹ Una visión favorable a la educación digital, sin desconocer el mayor valor de la enseñanza presencial, puede verse en L. Cotino Hueso (2020), «La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus», *Revista de educación y derecho*, 21.

⁷² En este sentido son de destacar los convenios celebrados entre el Ministerio competente, las CC. AA. y la entidad pública empresarial RED.ES para el desarrollo de programas «Educa en digital» (algunos ejemplos de esta iniciativa se recogen en la Orden PRI/1366/2020, de 10 de noviembre, del Gobierno de Aragón, la Resolución de 10 de febrero de 2021 del Principado de Asturias, Resolución de 12 de noviembre de 2020 de la Comunidad Autónoma de Extremadura, Resolución 111/2021, de 27 de enero de la Comunidad Autónoma de La Rioja...). También el otorgamiento de ayudas para adquirir dispositivos digitales para el centro educativo o para permitir la educación a distancia.

lógicas de acceso a toda la comunidad educativa⁷³. A su vez, se insta a reducir «las brechas digitales de acceso y uso» mediante un plan de contingencia⁷⁴.

Por su parte, en el ámbito universitario, la docencia a través de medios digitales ha cobrado un significado especial con la pandemia del COVID-19 en la etapa de confinamiento y posterior. El preámbulo de la nueva Ley Orgánica del Sistema Universitario (LOSU) alude a la incorporación de las metodologías digitales en la actividad docente, lo que cualifica la educación a distancia, al tiempo que apela a «potenciar el valor de la presencialidad»⁷⁵. Al mismo tiempo, el legislador presta atención a la digitalización de los archivos bibliotecarios (art. 21.4) y de los resultados de investigación (art. 99.4). Por su parte, el Estatuto del Estudiante Universitario también contiene referencias a la incorporación de las TIC a la enseñanza universitaria⁷⁶.

Como puede observarse, la formación en el manejo de medios digitales está presente en la normativa educativa. La pandemia sanitaria del año 2020 supuso una transformación en el sistema educativo y una apuesta por la docencia *online* a través del «puesto educativo en el hogar». Sin embargo, ello no impide que tanto la LOE como la LOSU contengan como regla general la enseñanza presencial por sus incuestionables ventajas.

IV. LAS GARANTÍAS DEL CIUDADANO ANTE LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

1. DERECHOS DEL CIUDADANO EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA. EN ESPECIAL EL DERECHO A LA RELACIÓN ELECTRÓNICA Y A LA «RELACIÓN PRESENCIAL»

La Administración debe garantizar los derechos de los ciudadanos y la digitalización debe ser un cauce eficaz para ello. El entorno digital no debe afectar a la configuración de los derechos fundamentales, que han gozar de la misma protección que se deduce de la CE y de su desarrollo normativo. Como apunta De

⁷³ La STSJ del País Vasco 401/2020, de 17 de diciembre, ponente: Juan A. Fernández, FJ 4º, reconoce la competencia de la comunidad autónoma para celebrar un contrato para el diseño de un programa de educación digital, dadas las competencias autonómicas sobre regulación y administración de la enseñanza en todos sus niveles.

⁷⁴ Así se establece en la disposición adicional décima de la Ley Orgánica 3/2020, de 29 de diciembre, por la que se modifica la LOE.

⁷⁵ El art. 6.1 de la Ley Orgánica 2/2023, de 22 de marzo, del Sistema Universitario, al regular la docencia dispone que esta será preferentemente presencial, aunque podrá impartirse también de manera virtual o híbrida.

⁷⁶ Arts. 29.4, 36, f) y 65.8 del Real Decreto 1781/2010, de 30 de diciembre, por el que se aprueba el Estatuto del Estudiante Universitario.

la Quadra Salcedo, los derechos constitucionales sustentan los derechos digitales de nueva configuración⁷⁷. Siendo ello cierto, también lo es que hay que examinar la configuración legal de esos nuevos derechos y el impacto que tienen en las relaciones administrativas.

El análisis de los derechos que como ciudadanos tenemos en la relación a través de medios electrónicos con la Administración pública requiere revisar las previsiones contenidas en la legislación de procedimiento administrativo común, en la legislación de transparencia pública y en la normativa sobre protección de datos y garantía de los derechos digitales⁷⁸. Además, cuando nos referimos a relaciones electrónicas para realizar prestaciones sanitarias o educativas, como prototipos de servicios públicos elegidos en este estudio, se necesita abundar en esta normativa sectorial. En este estudio podremos verificar el surgimiento de específicos derechos aplicables en el ámbito de las relaciones electrónicas, pero sin olvidar que en las mismas son exigibles todos los derechos y garantías de que gozan los ciudadanos en sus relaciones con las Administraciones públicas, incluido el derecho a una buena administración que debe impregnar toda relación telemática⁷⁹.

Los ciudadanos en las relaciones administrativas son titulares de derechos e intereses legítimos, tales como los previstos en el art. 13 de la Ley 39/2015 o, siendo interesados en el procedimiento administrativo, los recogidos en el art. 53 de dicha ley⁸⁰. Algunos de estos derechos solo tienen fundamento en las relaciones electrónicas. Precisamente el hecho de que el legislador quiera generalizarlas hace

⁷⁷ T. de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, «¿Por qué una carta de derechos digitales?», *Revista Registradores de España*. En línea: <https://revistaregistradores.es/por-que-una-carta-de-derechos-digitales/>. A la necesidad de que el centro de la digitalización de la Administración pública sea el ciudadano y la garantía de sus derechos se refiere la obra de E. Menéndez Sebastián y J. Ballina Díaz (2022), *Sostenibilidad social y ciudadanía administrativa digital*, Madrid: REUS.

⁷⁸ Un estudio sobre el reconocimiento normativo de derechos digitales puedes verse en A. Expósito Gázquez (2022). Por su parte, un trabajo basado en la anterior regulación del acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, en el que se insiste en la necesidad de la voluntariedad en la relación electrónica, puede consultarse en J. L. Blasco Díaz, «Los derechos de los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración», *REDA*, 136, págs. 791-821.

⁷⁹ Sobre el derecho a la buena administración y sus implicaciones en el entorno presencial, entre otros: C. M^a. Ávila Rodríguez (2010), «El Derecho a una buena administración en el nuevo Estatuto de Autonomía para Andalucía: significado y alcance», *RAAP*, 75, págs. 289-326; J. Ponce Solé (2018), «La prevención de riesgos de mala administración y corrupción, la inteligencia artificial y el derecho a una buena administración», *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, 6, págs. 1-19; J. Rodríguez-Arana (2010), «El derecho fundamental a la buena administración en la Constitución Española y en la Unión Europea», *Revista Gallega de Administración Pública*, 40, págs. 233-263.

⁸⁰ Sobre los derechos reconocidos a los ciudadanos e interesados en el procedimiento administrativo, véase A. Palomar Olmeda (2016), «Derechos de los ciudadanos y de los interesados en sus relaciones con la Administración», *Revista Española de Control Externo*, 54, págs. 77-112.

que muchos de esos derechos se conciban a su vez como obligaciones. Así, el derecho a comunicarse a través del Punto de Acceso General Electrónico se transforma en obligación para los colectivos a los que se refiere el art. 14.2; el derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos⁸¹ se hace inevitable para el uso de ciertas plataformas (y no está reconocido a los obligados a la relación electrónica)⁸²; el acceso a los archivos y registros, no olvidemos que son electrónicos, por lo que se desincentiva el acceso presencial y para ciertos colectivos necesariamente debe ser digital; el derecho a la utilización de medios de identificación y firma electrónica nuevamente es un derecho para impulsar las relaciones electrónicas (dado que determinados colectivos tendrán la obligación de dicho uso).

Al margen de esos derechos, el art. 14.1 de la Ley 39/2015 reconoce el derecho de las personas físicas a relacionarse electrónicamente con las Administraciones públicas⁸³, imponiendo el legislador estatal la correlativa obligación de digitalización a las Administraciones públicas. La formulación legal de este derecho como la posibilidad de «...elegir en todo momento si se comunican con las Administraciones públicas para el ejercicio de sus derechos y obligaciones a través de medios electrónicos o no, salvo que vengan obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos...», presupone el derecho a relacionarse de forma «presencial», aunque —de forma consciente— se evite ese término. El derecho a relacionarse electrónicamente conlleva un derecho negativo a no relacionarse por esa vía (esto siempre con la salvedad de que no se esté obligado a ello). No olvidemos que si concebimos la relación presencial entre las personas físicas y la Administración pública como un derecho subjetivo, la Administración debe garantizar esa relación, so pena en caso contrario de ser demandada ante los tribunales⁸⁴. Ahora bien, aquella salvedad que introduce el legislador supone la desaparición del dere-

⁸¹ La Sentencia del TSJ de Murcia 237/2021, de 21 de mayo, FJ 3º, sostiene que el citado derecho «implica una actuación activa de la Administración dirigida a dotar al administrado de suficiente información y asesoramiento en cuestiones relativas al uso de medios electrónicos». Con este pronunciamiento se corre el riesgo de que aquellas personas que quieran ser asistidas presencialmente en el manejo de medios electrónicos sean atendidos sin presencialidad (telefónicamente, por ejemplo).

⁸² J. Valero Rodríguez (2015), «La reforma de la Administración electrónica, ¿una oportunidad perdida?», *REDA*, 172, págs. 25-26, considera que hubiese sido necesario que el legislador estatal hubiese reforzado los mecanismos de ayuda efectiva a los ciudadanos en la legislación de procedimiento administrativo de 2015.

⁸³ Este artículo ha sido desarrollado por el art. 3.2 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de actuación y funcionamiento del sector público por medios electrónicos.

⁸⁴ Sobre el concepto de derecho subjetivo, entre otros, véase: P. de Pablo Contreras (Coord. 2011), *Curso de Derecho Civil I, Derecho Privado, Derecho de la persona*, Madrid: Colex, (pág. 80); F. del P. Blasco Gascó (2022), *Instituciones de Derecho Civil, Parte General*, (pág. 312), Valencia: Tirant lo Blanch; Sánchez Morón (2021, pág. 444); J. M.ª Santamaría Pastor (2004), *Principios de Derecho Administrativo General*, I, Madrid: Iustel (pág. 431).

cho a mantener una relación presencial con la Administración pública para las personas físicas y los colectivos que estén obligados a relacionarse de forma electrónica (aquellos a que se refiere el legislador en el art. 14.2, los que se establezcan por vía reglamentaria *ex art.* 14.3 y en normativa autonómica)⁸⁵.

El art. 14.2 de la Ley 39/2015 impone la relación electrónica a las personas jurídicas y a un amplio elenco de colectivos. Más que una obligación que, en palabras de Santamaría Pastor, se impone en beneficio de una tercera persona (que en todo caso sería la Administración pública), como dicha relación se establece en beneficio propio, de la persona jurídica o colectivo obligado, podríamos calificarla como una carga⁸⁶. Llamémosla obligación o carga, resulta cuestionable puesto que el art. 18.4 de la CE dispone que la ley limitará el uso de la informática para garantizar —entre otros— «el pleno ejercicio de sus derechos». Por tanto, el constituyente impone al legislador limitar el uso de la informática para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de los ciudadanos; cuando el mismo se pueda ver cuestionado por el uso de medios informáticos o —en sentido más actual y amplio— electrónicos, el legislador debe restringir su uso. Sin embargo, el legislador apenas ha condicionado el uso obligatorio de medios electrónicos por los colectivos del art. 14.2.

Más límites ha establecido el legislador en el art. 14.3 para imponer la relación electrónica a otros colectivos. Así, el propio artículo no generaliza la obligación de relación electrónica, sino que la sujeta a «concretos procedimientos» y a «ciertos colectivos» que se determinarán en función de varios criterios que sirvan para garantizar que tienen acceso y disponibilidad de medios electrónicos. Se entiende que esos condicionantes deben justificarse cuando una Administración pública por disposición general quiera hacer extensiva aquella obligación a otros colectivos distintos a los previstos en el art. 14.2. Así lo ha entendido el TS, que considera que, al tratarse de una excepción a la regla general de libre elección del medio de comunicación que recoge el art. 14.1, la Administración debe verificar que se dan los requisitos habilitantes (capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos) y además debe cumplir el requisito formal de hacerlo mediante el oportuno reglamento (STS de 6 de mayo de 2021)⁸⁷. En la misma línea de interpretación restrictiva de la posibilidad de

⁸⁵ A nivel autonómico, la Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia ha ampliado estos colectivos a los trabajadores autónomos y a los estudiantes universitarios (art. 10). También decretos autonómicos siguen esta tónica, entre otros: el Decreto 188/2021, de 21 de julio, por el que se regula la obligación de relacionarse por medios electrónicos con la Administración de la Comunidad de Madrid del personal a su servicio y de los participantes en procesos selectivos, o el Decreto 76/2020, de 4 de agosto, de Administración Digital de Cataluña (art. 73).

⁸⁶ Sobre la distinción entre obligación, carga y deber jurídico, Santamaría Pastor (2004:, págs. 435-437).

⁸⁷ STS 635/2021, de 6 de mayo, FJ 7, ponente: Rafael Toledano Cantero, relaciona la posibilidad de limitar vía reglamento el derecho a elegir la forma de relacionarse con

extender la obligación de relacionarse a través de medios electrónicos se han pronunciado otros tribunales, que consideran que el citado art. 14.3 «viene a reconocer que no todas las personas físicas están en disposición de relacionarse por sí mismas por medios electrónicos con la Administración pública» (STS del País Vasco de 9 de febrero de 2022)⁸⁸.

Dicha habilitación reglamentaria a las Administraciones públicas es una cláusula para que progresivamente, con la mayor digitalización de la Administración pública, el derecho de elección en el medio de relación con la Administración que recoge el art. 14.1 se vaya cercenando. Es el «caballo de Troya» en la relación presencial del ciudadano-Administración. Además, cuando la relación electrónica impuesta por una disposición general pueda poner en jaque derechos fundamentales como el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE (por imposibilidad de acceso a la vía administrativa previa), el derecho a la educación del art. 27 CE o el derecho a la no discriminación por «cualquier otra condición o circunstancia personal o social» a que se refiere el art. 14 CE (pensemos en la dificultad de acceso electrónico a la Administración de personas mayores o en situación de vulnerabilidad), nos encontraríamos con una vulneración de la reserva de Ley que impone el art. 53.1 de la CE. No olvidemos que el art. 12.2 de la Ley 39/2015 excluye a los colectivos de los arts. 14.2 y 3 de la asistencia en el uso de medios electrónicos.

En la misma línea de debilitamiento de los derechos del ciudadano se sitúa el hecho de que el derecho a ser asistido en el uso de medios electrónicos (art. 13.b)⁸⁹ no se reconozca a los colectivos a que se refieren los arts. 14.2 y 3,

la Administración con la disposición final sexta de la Ley 39/2015 (sobre «Desarrollo normativo de la Ley») para concluir que se requiere de Real Decreto del Consejo de Ministros u Orden del Ministro de Hacienda y Administración pública para poder limitar aquel derecho de elección, negando la orden ministerial *ad intra*.

Sin embargo, a nivel autonómico, sentencias posteriores han admitido la legalidad de la imposición de la obligatoriedad de la relación electrónica por una Orden de concesión de subvenciones, en la medida en que la misma se fundamenta en principios y reglas consagrados legalmente; considerando ajustada a derecho la inadmisión de una solicitud presentada presencialmente en registro (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía 52/2022, de 17 de enero, ponente: M.^a L. Alejandro Durán).

⁸⁸ STSJ del País Vasco 72/2022, de 9 de febrero, FJ 5, ponente: Ana Rodrigo, por la que se declara nula la obligación de presentación electrónica de declaración del IRPF impuesta por un decreto foral a todos los obligados tributarios del territorio histórico de Bizkaia sin establecer límites o condiciones.

Sobre la evolución de la doctrina jurisprudencial, véase E. Gamero Casado (2021), «Cambio de tendencia en la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre administración digital», *RAAP*, 110, págs. 163-182.

⁸⁹ Los canales de asistencia han sido concretados por el art. 4 del Real Decreto 203/2021, de 30 de marzo (presencial, portales de internet y sedes electrónicas, redes sociales, telefónico, correo electrónico y cualquier otro canal).

según dispone el art. 12.2⁹⁰. La representación electrónica —como ha sostenido Martín Delgado⁹¹— no siempre es una garantía que pueda paliar aquella falta de asistencia o atención administrativa. El legislador dificulta el acceso al procedimiento administrativo y a la defensa de derechos e intereses legítimos, e indirectamente puede suponer una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. También el principio de proporcionalidad entre el fin que se pretende (la agilización y transparencia de la Administración como interés general) y el daño que se puede producir a los derechos de los particulares, parece afectarse con dicha previsión legal.

En definitiva, si bien atendiendo al art. 14.1 de la Ley 39/2015 no puede negarse el derecho de las personas físicas a mantener comunicación presencial con las Administraciones públicas⁹², del análisis de los arts. 13 y 14 puede deducirse la apuesta del legislador estatal por las relaciones electrónicas entre Administración y ciudadanos⁹³. Como ha sostenido Cotino Hueso, «la legislación sigue un imparable camino hacia la imposición de las interacciones electrónicas, o más bien de desaparición de la relación presencial de la Administración con la ciudadanía»⁹⁴. Habría que preguntarse —como hace De la Quadra Salcedo— qué tipo de intervención y con qué alcance queremos para la regulación de la Administración digital⁹⁵.

Otro aspecto cuestionable es dónde queda el principio antiformalista del procedimiento administrativo, dado que en las relaciones electrónicas se pasa a una absoluta formalización del procedimiento, de forma incluso que la ausencia de cualquier dato

⁹⁰ Sobre la paradoja de dar asistencia al que no viene obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, Gamero Casado (2021, págs. 165-166). Sobre la necesidad de acudir a un asesor que pesa sobre los colectivos obligados a relacionarse electrónicamente, A. Cotino Hueso (2017), «El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art. 14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)», en E. Gamero Casado (dir.), *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, pág. 521, Valencia: Tirant lo Blanch, se refiere al tema como una realidad triste e injusta, pero para lo que se ha mejorado el sistema de representación y de apoderamiento en la legislación de procedimiento administrativo.

⁹¹ I. Martín Delgado (2018), «Algunos aspectos problemáticos de la nueva regulación del uso de medios electrónicos por las Administraciones públicas», *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, 2018, pág. 12.

⁹² En sentido contrario, Cotino Hueso sostiene que la relación con la Administración es por defecto electrónica, no presencial; en Cotino Hueso (2017, pág. 487).

⁹³ A ello hay que añadir la posibilidad de que una norma con rango de ley imponga la comparecencia electrónica a personas físicas no obligadas a relacionarse de forma electrónica.

⁹⁴ Cotino Hueso (2017, pág. 498), ya manifestaba sus dudas sobre el respeto a la no discriminación en la imposición de la relación electrónica en (2004), «Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la administración electrónica» *RVAP*, 68, págs. 137-142.

⁹⁵ T. de la Quadra Salcedo (2018), «Retos, riesgos y oportunidades de la sociedad digital», en T. de la Quadra Salcedo y J. L. Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad Digital y Derecho*, págs. 21-86 (págs. 48-49).

en una solicitud puede dificultar técnicamente, cuando no impedir, su presentación⁹⁶. Afortunadamente, en aplicación de las garantías legales del procedimiento administrativo, el Tribunal Supremo viene interpretando de forma amplia la obligación administrativa de dar trámite de subsanación de las solicitudes electrónicas (de conformidad con el art. 68.1 de la Ley 39/2015), incluso cuando pueda faltar la firma electrónica o acreditación de la voluntad del solicitante, sin que la Administración pueda alegar el correcto funcionamiento de la aplicación informática (doctrina sentada en la STS de 31 de mayo de 2021 y reiterada en otras posteriores)⁹⁷.

Pero es que, además, no hay ninguna forma de eludir la relación electrónica en un procedimiento administrativo si resultas obligado a la misma, ni por fallos técnicos de la Administración —donde se aplica la ampliación de los plazos— (art. 32, apdos. 4º y 5º), ni por cualquier otro motivo que impida al interesado presentar electrónicamente la solicitud (sea técnico, de acceso...), donde a lo sumo se permite la subsanación de la solicitud⁹⁸ presentada presencialmente (art. 68.4 Ley 39/2015)⁹⁹. Es más, los tribunales vienen inadmitiendo cuestionamientos respecto a la presentación electrónica de solicitudes basados en la falta de competencia tecnológica del interesado, en la edad avanzada del interesado, en lo incipiente de la aplicación de las TIC a los procedimientos administrativos..., con fundamento en el auxilio que debe prestar la Administración en el uso de medios electrónicos (p. ej., STSJ de Murcia 122/2020, de 6 de marzo). ¿Y para aquellos para los que no está previsto dicho auxilio? (art. 12.2º).

La digitalización de la Administración pública encierra muchas ventajas para la propia Administración (simplificación, transparencia, reducción del coste de los servicios, agilidad...) y ha sido una reivindicación de empresas y ciudadanos para evitar desplazamientos y gastos en su relación con la Administración. Sin embargo, cuando la relación electrónica se impone como obligatoria, y con ella se transforman derechos en obligaciones, se corre el riesgo de dejar fuera de dichas relaciones, y consiguientemente de la posibilidad de defender sus derechos e intereses legítimos, a determinados ciudadanos. El procedimiento administra-

⁹⁶ Art. 66.6 de la Ley 39/2015 y art. 14.2 del Real Decreto 203/2021.

⁹⁷ STS 762/2021, de 31 de mayo, FJ 6, ponente: Luis María Díez-Picazo; su doctrina se reitera en las sentencias 867/968 y 1411 de 2021, de 31 de mayo, de 16 de junio y 6 y 1 de diciembre de 2021, y en la Sentencia 224/2022, de 22 de febrero, FJ 2º, ponente: José Luis Requero Ibáñez.

⁹⁸ Téngase en cuenta la no aplicación de dicha subsanación a los recursos administrativos, según doctrina fijada por el Tribunal Supremo, que sostiene que el art. 68.4 de la Ley 39/2015 resulta aplicable «a la fase inicial de los procedimientos administrativos iniciados a instancia del interesado», no a los iniciados de oficio por la Administración ni a los procedimientos de revisión de los actos administrativos (STS 954/2021, de 1 de julio, ponente: José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat, FJ 3º y 4º); en esta línea, la Sentencia del TSJ de Murcia 237/2021, de 21 de mayo, FJ 3º.

⁹⁹ STSJ de Murcia 122/2020, de 6 de marzo, no admite la subsanación de una solicitud electrónica en la que no consta la firma digital, ya que en tal caso se entiende que no se ha presentado la solicitud, por lo que no cabe su subsanación.

tivo electrónico no debe ser más que un cauce que facilite dicha defensa de los derechos de los ciudadanos, pero no que la dificulte¹⁰⁰. Asistimos a una pérdida de derechos de los ciudadanos en la relación administrativa como vienen sosteniendo, entre otros, Gamero Casado y Valero Torrijos¹⁰¹; y diríamos que a un enmascaramiento de exorbitantes prerrogativas administrativas tras la apariencia de un reconocimiento de derechos en la relación electrónica.

2. DERECHOS DE LOS INTERESADOS EN LA RELACIÓN ADMINISTRATIVA ELECTRÓNICA

Junto a esos derechos del ciudadano en sus relaciones con la Administración pública, el art. 53 recoge los derechos del interesado en el procedimiento administrativo. Algunos solo ejercitables en el entorno digital, como el acceso a determinada información a través del Punto de Acceso General Electrónico¹⁰²; y otros, cuyo ejercicio puede verse dificultado en una relación no presencial, piénsese en el derecho a identificar a las autoridades y personal que tramita los procedimientos (sobre todo cuando medios electrónicos tales como la dirección de correo electrónico o teléfonos institucionales no son atendidos), el derecho a no presentar documentos no exigidos por la normativa aplicable o que obren en poder de las Administraciones (cuando una aplicación informática te exija adjuntar el documento para poder continuar con la tramitación).

3. DERECHO A LA TRANSPARENCIA E INFORMACIÓN PÚBLICA EN EL CONTEXTO DIGITAL

Los derechos que ostentan los ciudadanos en la esfera digital de relación con la Administración pública se ven ampliados con la Ley 19/2013 (LT)¹⁰³ y las res-

¹⁰⁰ En esta línea el TC ha admitido la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en el caso de notificaciones electrónicas a una persona jurídica, tras haber hecho la Administración una notificación presencial defectuosa informando que todas las notificaciones se harían en la dirección habilitada única, sin que la empresa hubiese accedido a ninguna de las notificaciones realizadas. Señala el Alto Tribunal que, ante lo infructuoso de las notificaciones por vía electrónica, la Administración tributaria debería haber desplegado una conducta tendente a lograr que las mismas llegaran al efectivo conocimiento del interesado (STC 63/2021, de 15 de marzo, FJ 31 y STC 147/2022, de 29 de noviembre, FJ 4º y 5º).

¹⁰¹ Gamero Casado (2021, págs. 164-165); E. Gamero Casado (2022), «Reflexiones introductorias: de la Administración electrónica a la digital (o la historia interminable)», en Cerrillo i Martínez (dir.), *La Administración Digital* (págs. 44-46), Madrid: Dykinson; J. Valero Torrijos (2018), «La necesaria reconfiguración de las garantías jurídicas en el contexto de la transformación digital en el sector público», en De la Quadra-Salcedo y Piñar Mañas (dirs.), *Sociedad digital y Derecho*, Madrid: BOE-Red.es, págs. 375-396.

¹⁰² La forma de ejercicio de este derecho se ha concretado en el art. 52 del Real Decreto 203/2021.

¹⁰³ Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno.

pectivas legislaciones autonómicas sobre transparencia y acceso a la información pública. Los ciudadanos tenemos derecho a la transparencia en la actividad del sector público¹⁰⁴, transparencia que se va a materializar principalmente a través de medios electrónicos. Así, la publicidad activa se lleva a cabo a través de sedes electrónicas, páginas web o el Portal de Transparencia¹⁰⁵, y el derecho de acceso a la información pública se materializará «preferentemente por vía electrónica» —como señala el art. 22.1 LT—. La formulación amplia del citado derecho ha llevado a la jurisprudencia «a interpretar de forma estricta, cuando no restrictiva» tanto las limitaciones a tal derecho como las causas de inadmisión de solicitudes de información, sin que se acepten limitaciones injustificadas y desproporcionadas (entre otras, STS de 2 de junio de 2022)¹⁰⁶.

En consecuencia, el sector público viene obligado a prestar servicios digitales para garantizar los derechos ciudadanos relativos a la transparencia pública.

4. EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DIGITALES: INCIDENCIA EN EL SECTOR PÚBLICO

Por lo que respecta a nuestro objeto de estudio, no pretendemos realizar un análisis exhaustivo de los derechos digitales. Se trata de exponer aquellos que más directamente afectan a la relación ciudadano-Administración pública, para repensar su enfoque desde el prisma que impregna la Declaración de Derechos y Principios Digitales de la UE y la Carta de Derechos Digitales de España¹⁰⁷. Ambos documentos, sin naturaleza normativa, parten de la centralidad de la persona en la relación digital y del reconocimiento de su dignidad y de los derechos normativamente consagrados; enfoque que deben respetar los poderes públicos en el desarrollo de servicios públicos en red.

¹⁰⁴ El ámbito de aplicación de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, previsto en su artículo segundo y tercero, es más amplio que el sector público, tal como se concibe en la legislación de procedimiento administrativo y del sector público.

¹⁰⁵ Tratándose de información relativa a la Administración General del Estado, la misma se facilitará a los ciudadanos a través del Portal de Transparencia.

¹⁰⁶ STS 670/2022, de 2 de junio, FJ 2º, Ponente: José Mª del Riego Valledor.

¹⁰⁷ Declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión: Declaración Europea sobre Derechos y Principios Digitales para la Década Digital [COM (2023/ C23/01)] y Carta de Derechos Digitales, aprobada por el Gobierno de la Nación el 14 de julio de 2021.

Sobre estos documentos pueden verse, entre otros, M. Barrio Andrés (2021), «Los derechos digitales: de la LOPDGDD a la Carta de Derechos Digitales de España», *Derecho Digital e Innovación*, 9; I. González Ríos «La Carta de Derechos Digitales y su reflejo normativo: hacia la humanización de la digitalización» en *Estudios jurídicos interdisciplinarios de justicia relacional y servicios de interés general (Digitalización y protección ambiental)*, Thomson-Reuters Aranzadi; L. Cotino Hueso (coord.) (2022), *La Carta de Derechos Digitales*, Valencia: Tirant lo Blanch; J. L. Piñar Mañas (2022), «Declaración Europea sobre los Derechos y principios digitales para la década digital», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 983.

4.1. Derecho a la protección de datos y derechos digitales

La Ley Orgánica de Protección de datos y garantía de los derechos digitales de 2018 (LOPD)¹⁰⁸ pone el acento en el derecho fundamental a la protección de datos personales, que de forma tan incisiva puede verse cuestionado en la esfera digital de relación. El citado derecho garantiza «un poder de disposición sobre los datos personales», que «impone a los poderes públicos la prohibición de que se conviertan en fuentes de esa información sin las debidas garantías; y también el deber de prevenir los riesgos que puedan derivarse del acceso y divulgación indebidos de dicha información» (STC 292/2000)¹⁰⁹. El sector público se ve en el entorno digital —como en el presencial— en la tesitura de tener que garantizar dicho derecho fundamental (*ex art. 18.4 CE*), a la vez que debe permitir el derecho de acceso a la información pública; al mismo tiempo tiene que aplicar las medidas de seguridad necesarias para evitar pérdidas o accesos no autorizados a dichos datos.

Junto al derecho a la protección de datos personales, el título X de la LOPD regula específicos derechos digitales¹¹⁰, de los cuales vamos a referirnos a aquellos que se ven afectados de forma más directa en la prestación de servicios digitales.

4.2. La garantía del derecho de acceso a internet

Si bien el reconocimiento de los citados derechos resulta relevante para el ciudadano en su relación con el sector público, más importancia si cabe hay que dar a un aspecto previo a ese reconocimiento y garantía de derechos, el desarrollo de políticas orientadas a evitar la brecha digital, facilitando el acceso a internet de todo colectivo (vulnerables, mayores, con necesidades especiales...) y la formación en competencias y habilidades digitales¹¹¹. Nos referimos esencialmente a hacer efectivo el derecho de acceso universal a internet (art. 81 LOPD) y el derecho a la educación digital (art. 83 LOPD). El acceso a los servicios públicos digitales depende de ello.

Para ello, la Estrategia España Digital 2026 y el Plan para la Conectividad y las Infraestructuras digitales¹¹² se marcan como objetivo «garantizar una conec-

¹⁰⁸ Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de datos y garantía de los derechos digitales.

¹⁰⁹ La STC 292/2000, de 30 de noviembre (RTC 2000, 292), recoge doctrina reiterada del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la protección de datos y su diferenciación respecto al derecho a la intimidad personal y familiar.

¹¹⁰ La mayoría de ellos dotados de la protección reforzada que le otorga su carácter de orgánicos.

¹¹¹ En esta línea se pronuncia el art. 97 de la LOPD que se refiere a las políticas de impulso de los derechos digitales, encomendando al Gobierno, en colaboración con las CC. AA., la elaboración de un Plan de Acceso a Internet con los objetivos referidos.

¹¹² Con una inversión pública de 2.320 millones de euros para el periodo 2021-2025, se proponen medidas como la extensión de la banda ancha ultrarrápida, bonos de conectividad

tividad digital adecuada a toda la población, promoviendo la desaparición de la brecha digital entre zonas rurales y urbanas». Uno de los objetivos del Plan de Conectividad es el acceso de la población a servicios esenciales a distancia, citando la educación y la sanidad. A ello se suma el Plan Nacional de Competencias Digitales, en lo que ahora nos interesa, con propuestas de digitalización que van desde el ámbito escolar al universitario, y que se extienden a la formación profesional, personal al servicio de las Administraciones públicas y pymes.

La plasmación normativa de ese derecho de acceso universal a internet la encontramos en el título III de la Ley General de Telecomunicaciones que somete a los operadores al servicio universal y otras obligaciones de servicio público, incluyendo en el primero los servicios cuya prestación se garantiza a los consumidores con independencia de su localización y en condiciones de neutralidad tecnológica, a una calidad determinada y a un precio asequible (con servicios como el acceso adecuado y disponible a internet de banda ancha)¹¹³.

Ese derecho de acceso a internet se complementa con la necesaria adopción de medidas que faciliten el acceso a los portales de internet a personas con necesidades especiales o mayores, y que es exigible de forma especial a los centros educativos¹¹⁴.

4.3. El derecho a la educación digital

El art. 83 de la LOPD reconoce el derecho a la educación digital. Se encomienda al sistema educativo y a los planes de estudios universitarios la inserción del alumnado en la sociedad digital y el uso respetuoso con medios digitales de la dignidad humana y los derechos fundamentales; la necesaria formación del profesorado; así como la inclusión de materias sobre garantía de derechos digitales y de protección de datos en los temarios de pruebas de acceso a los cuerpos superiores de la Administración pública.

Para clarificar el citado derecho hemos de contextualizarlo en la normativa reguladora del derecho a la educación, ya analizada. De la misma se deduce que las administraciones educativas deben fomentar la capacitación digital y los entornos virtuales de aprendizaje, respetando el principio de accesibilidad universal y

para colectivos vulnerables y para pymes y ultraconectividad de 1 Gb en las islas tecnológicas.

¹¹³ Art. 37 de la Ley 11/2022, de 28 de junio, General de Telecomunicaciones.

¹¹⁴ A esa accesibilidad a internet de personas mayores, con necesidades especiales u orientada a la superación de la brecha de género se refiere el art. 81, apdos. 3º, 4º y 6º de la LOPD; mientras que la d.a. quinta de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información exige que las Administraciones públicas adopten las medidas necesarias para que la información disponible en sus páginas de internet sea accesible a personas con discapacidad y de edad avanzada; especialmente esa exigencia se extiende a los centros públicos educativos.

velando por el acceso de todos los estudiantes a los recursos digitales¹¹⁵. En ningún caso podemos deducir de esta normativa —que además consagra la educación básica (primaria, secundaria y ciclos formativos de grado básico) como obligatoria—, que el derecho a la educación digital previsto en la LOPD signifique derecho a una educación en «formato virtual». Cotino Hueso se ha referido a la literatura jurídica y las organizaciones internacionales que han cuestionado la enseñanza no presencial (riesgos para la igualdad, para la calidad, para los valores humanos...)¹¹⁶.

A nivel universitario, la LOSU reconoce derechos referidos a la digitalización, como el derecho del estudiantado al acceso a capacidades, recursos e infraestructuras digitales (art. 33.l) y a la seguridad de los medios digitales y a la garantía de los derechos fundamentales en internet (art. 33 m). Pero lo más relevante es —como ya hemos avanzado más arriba— que otorgue preferencia a la docencia presencial, aunque reconozca la posibilidad de impartirla en formato virtual o híbrido.

El debate sobre si el derecho a la educación puede hacerse efectivo a través del uso de medios digitales ha saltado a la luz pública a raíz de la declaración del estado de alarma y la suspensión de la actividad educativa por el Real Decreto 463/2020¹¹⁷. Dicha suspensión dio lugar a un recurso de inconstitucionalidad resuelto en la STC 148/2021¹¹⁸. La fundamentación de la demanda se apoya en que el derecho fundamental a la educación se configura en torno al centro educativo a través de la educación presencial, por lo que su suspensión y sustitución por la modalidad a distancia *online* se considera que vulnera el citado derecho fundamental. Sin embargo, el Tribunal Constitucional no aprecia inconstitucionalidad en la medida, pues sostiene que el art. 27 CE no consagra un derecho a la escolarización entendida como asistencia personal al centro, aunque reconoce que la LOE regula la enseñanza presencial como regla general, admitiéndose otras opciones legislativas. Además, la legislación reguladora del estado de alarma admite la suspensión de actividades para preservar la vida y la salud pública. En conclusión, para el Tribunal Constitucional la limitación del derecho a la educación «contó

¹¹⁵ Así se deduce del art. 111 bis, apdos. 2º y 7º de la LOE.

¹¹⁶ L. Cotino Hueso (2020), «La enseñanza digital en serio y el derecho a la educación en tiempos del coronavirus», *Revista de educación y derecho*, 21.

¹¹⁷ Art. 9 del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declaró el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, modificado por el Real Decreto 465/2020, de 17 de marzo, y la prórroga de dicho estado de alarma por los Reales Decretos 476/2020, de 27 de marzo, 487/2020, de 10 de abril, 492/2020, de 24 de abril.

¹¹⁸ STC 148/2021, de 14 de julio, ponente: Pedro J. González-Trevijano Sánchez.

De interés en la materia resulta el pronunciamiento de la STC 133/2010, de 2 de diciembre, ponente: M^a Emilia Casas, donde se dispone que el legislador ha regulado el derecho a la educación partiendo de una escolarización obligatoria en un centro docente homologado como regla general; de donde se deduce su apuesta por la educación presencial.

con fundamento suficiente en la ley orgánica a la que remite el art. 116.1 CE y no resultó desproporcionada, por lo que tal decisión no es inconstitucional» (STC 148/2021).

Se observa, tanto en el marco normativo como en la propia jurisprudencia del TC, una apertura a modelos educativos donde la presencialidad se combine con el entorno virtual, incluso en el ámbito de la educación obligatoria. Ahora bien, no debemos olvidar la excepcionalidad que originó el paso a una educación *online*, la declaración del estado de alarma. Y ello con el objeto de evitar que el legislador, en su configuración del modelo educativo, avance de forma progresiva hacia una educación no presencial, esencialmente en etapas obligatorias (la reforma de la LOE en 2020 es muestra de dicho avance). La gratuidad de la enseñanza básica, la garantía por parte de los poderes públicos del derecho de todos a la educación (art. 27. 4º y 5º CE), el derecho de acceso a la educación en igualdad y con carácter universal (pensemos en la brecha digital) y el principio de proporcionalidad deben actuar como límites a la generalización de prestaciones o servicios educativos en línea. La propia Carta de los Derechos Digitales, al referirse al derecho a la educación digital y a los centros que prestan servicios en entornos virtuales, exige respetar la obligación de la *escolarización presencial* en niveles de enseñanza obligatoria.

5. RELACIONES ELECTRÓNICAS Y DERECHO A LA SALUD

En el ámbito sanitario, el derecho de toda persona a la protección de la salud, en los términos que dispongan las legislaciones nacionales, se reconoce en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE¹¹⁹, en el art. 43 de la CE y en el art. 1 de la Ley General de Sanidad (LGS)¹²⁰. Esta ley encomienda a los poderes públicos informar a los usuarios del sistema sanitario público de sus derechos y deberes (art. 9 LGS), reconociendo el art. 10 un conjunto de derechos ante las Administraciones sanitarias, entre los que se recoge el derecho a la información sobre los servicios sanitarios, «información que deberá ejercerse en formatos adecuados, siguiendo las reglas marcadas por el principio de diseño para todos, de manera que resulten accesibles y comprensibles a las personas con discapacidad»; previsión donde tiene cabida la información a través de internet sobre los servicios sanitarios. A su vez, la Ley de autonomía del paciente¹²¹ desarrolla dicho derecho a la información asistencial, al que se le suma el derecho a la información epidemiológica, o sea, a conocer los problemas sanitarios de la colectividad cuando impliquen un riesgo para la salud pública o individual, el cual deberá difundirse

¹¹⁹ Art. 35 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO18 de diciembre de 2000).

¹²⁰ Ley 14/86, de 25 de abril, General de Sanidad.

¹²¹ Capítulo II de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

en «términos verdaderos, comprensibles y adecuados» (art. 6) (dentro de estos términos la difusión a través de las TIC cobra hoy una especial relevancia). También el derecho a la intimidad o a la protección de los datos sanitarios se regula en dicha norma.

Por su parte, la Ley General de Salud Pública (LGSP)¹²² dedica su título I a exponer los derechos, deberes y obligaciones en salud pública, exigiendo que el derecho a la información en materia sanitaria esté disponible en condiciones y formatos que permita su plena accesibilidad a las personas con discapacidad (art. 4 d) de la LGSP); regulando el derecho de participación en las actuaciones de salud pública¹²³, el derecho a la igualdad en el desarrollo de aquellas actuaciones, y el derecho a la intimidad, confidencialidad y respeto a la dignidad (arts. 5 al 7). La LGSP regula el Sistema de Información en Salud Pública que integrará estadísticas, registros y encuestas en esta materia (arts. 40 a 43), donde las aplicaciones tecnológicas resultan fundamentales.

Como puede observarse, la normativa estatal sanitaria es parca en alusiones a la protección del derecho a la salud a través de medios digitales, refiriéndose esencialmente al acceso a la información sanitaria; estaríamos más en el ámbito de la transparencia pública que en el prestacional propiamente dicho. Tampoco la LOPD al regular los derechos digitales se refiere al derecho a la salud digital, a salvo de la amplia regulación del tratamiento de datos de salud (disposición adicional decimoséptima). En cambio, encontramos una amplia referencia al mismo en la Carta de Derechos Digitales que alude a los entornos digitales de salud y al derecho de todas las personas al acceso a servicios digitales de salud, así como a la libre elección de la asistencia presencial.

V. LOS PRINCIPIOS APLICABLES A LOS SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES

1. PRINCIPIOS FUNDAMENTO DE LAS RELACIONES ELECTRÓNICAS

El preámbulo de la Ley 39/2015 fundamenta las relaciones electrónicas en el principio de eficacia y de legalidad en la actuación administrativa (art. 103 CE), tanto en el marco del procedimiento administrativo como al margen del mismo.

En cualquier caso, todos los principios que tradicionalmente el legislador ha venido exigiendo en la tramitación del procedimiento y que se erigen en garantías del interesado se deben respetar en la tramitación electrónica de los procedimien-

¹²² Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública.

¹²³ Las actuaciones en salud pública se regulan en el título II de la LGSP, que incluye las labores de vigilancia, la promoción, la prevención de problemas de salud, la coordinación de la promoción de la salud y la prevención de enfermedades y lesiones, la gestión sanitaria, la protección de la salud de la población y sanidad exterior y salud internacional.

tos¹²⁴. También los principios de eficiencia y estabilidad presupuestaria cimientan las relaciones electrónicas¹²⁵, aunque no tienen un claro fundamento garantista de los derechos del ciudadano.

Al mismo tiempo, cuando la relación electrónica se imponga a un colectivo a través de reglamento (art. 14.3 de la Ley 39/2015) se deben respetar los principios de buena regulación previstos en el art. 129 de dicha ley, debiendo justificarse en el preámbulo del reglamento. De estos principios cabe destacar el principio de proporcionalidad que exigiría que la iniciativa de ampliar la relación electrónica obligatoria a otros colectivos de personas físicas constataste que «no existen otras medidas menos restrictivas de derechos, o que impongan menos obligaciones a los destinatarios» (art. 129.3 de la Ley 39/2015). En este sentido, la medida menos restrictiva de los derechos sería aquella que, siguiendo lo dispuesto en el art. 14.1, permite al ciudadano optar por la relación presencial o electrónica (aunque esta posibilidad no se admite si se ha impuesto la relación electrónica como obligatoria, lo que no acaecería en el caso de que vía reglamento se quisiera imponer por primera vez esa relación electrónica obligatoria). Por tanto, dicho principio debería actuar como límite infranqueable a la eliminación de la relación presencial, puesto que hay una medida menos restrictiva¹²⁶.

De manera más concreta, el art. 2 del Real Decreto 203/2021 se refiere a los principios que con carácter general deben regir las relaciones electrónicas. Principios como el de neutralidad tecnológica y adaptabilidad a nuevas tecnologías, accesibilidad, facilidad de uso, interoperabilidad, proporcionalidad, personalización y proactividad son, de manera más o menos directa, una garantía para los ciudadanos en su relación electrónica con la Administración pública. La neutralidad tecnológica no solo permite al ciudadano relacionarse a través de cualquier tecnología, sino que garantiza la libertad de empresa en el desarrollo tecnológico. Este principio pone de manifiesto un primer escollo en las relaciones electrónicas: la necesaria capacitación para llevarlas a cabo. Este problema se trata de paliar con el principio de «facilidad de uso» que obliga a que el diseño esté centrado en las personas usuarias, para minimizar el grado de conocimiento necesario para el uso del servicio. En la misma línea, el principio de accesibilidad orientado a que el diseño y mantenimiento de los servicios electrónicos garanticen la igualdad y la

¹²⁴ En la ordenación del procedimiento electrónico se respetará el principio de celeridad, transparencia y publicidad (art. 71 de la Ley 39/2015), así como el principio de simplificación administrativa (art. 72 Ley 39/2015), los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento (art. 75 de la Ley 39/2015).

¹²⁵ Previstos en la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

¹²⁶ A ese cuestionamiento de la relación electrónica obligatoria impuesta por reglamento, hemos de unir el hecho de que el procedimiento administrativo se concibe como una garantía para la defensa de los derechos e intereses legítimos de los interesados, y el medio (electrónico) puede condicionar —cuando no impedir— dicha garantía.

no discriminación en el acceso (en especial respecto de personas discapacitadas o mayores).

A ese conjunto de principios que el sector público debe respetar en la prestación de servicios digitales, hemos de unir los orientados a proteger el derecho fundamental de protección de datos personales, a que se refiere la normativa sobre protección de datos: tratamiento lícito, leal y transparente; captación y tratamiento atendiendo a una finalidad explícita y legítima; que sean adecuados, pertinentes y limitados en relación con los fines (minimización de datos); exactos y actualizados; limitación en el plazo de conservación y deber de confidencialidad¹²⁷.

2. EL PRINCIPIO DE EQUIDAD EN SERVICIOS PÚBLICOS DIGITALES DE NATURALEZA PRESTACIONAL

Si nos centramos en la educación obligatoria y en la sanidad como servicios públicos clásicos, en los mismos se debe reivindicar la prestación material o presencial respecto al contenido básico de esos servicios. Y ello no significa eludir la digitalización de ciertas prestaciones, sino atender a un principio clave que se vislumbra en la normativa reguladora de ambos servicios. El principio de equidad, que garantiza la igualdad de derechos y oportunidades y la accesibilidad universal a esas prestaciones¹²⁸. Principio que hay que reivindicar frente a la obligatoriedad de su prestación en red, respecto a la que Cotino Hueso ya auguró que generaría rechazo bajo la sospecha de privilegio inadmisibles de la Administración pública¹²⁹.

En el ámbito educativo y sanitario, el legislador debería regular de forma clara las prestaciones que requieren de presencialidad, máxime teniendo en cuenta que la legislación de procedimiento administrativo y la de régimen jurídico del sector público tienden a la generalización de las relaciones electrónicas entre la Administración pública y los ciudadanos. La regulación positiva de ambos servicios públicos debe integrar los aspectos relativos a su digitalización, determinando el legislador los servicios que admiten su prestación electrónica o digital. Para ello se debe tener en cuenta los derechos de los ciudadanos, los principios que rigen dicha normativa sectorial y el tipo de usuarios predominantes en cada prestación (p. ej., niños en los servicios educativos, personas mayores en los sanitarios), sin olvidar el citado principio de equidad.

¹²⁷ Art. 5 del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/UE; y arts. 4 y ss. de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

¹²⁸ Art. 1. d) LOE y art. 3 LGSP y arts. 23 y ss. de la Ley de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

¹²⁹ A. Cotino Hueso (2004), «Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la administración electrónica», *RVAP*, 68, págs. 125-154 (pág. 147).

VI. REFLEXIONES FINALES

La digitalización de la Administración pública se vincula al objetivo comunitario de lograr el mercado digital europeo y mejorar la competitividad empresarial. En este proceso, el ciudadano viene asistiendo a una pérdida de garantías en su relación con la Administración pública y a la merma —cuando no eliminación— de la relación presencial por obligación.

En este contexto debe analizarse la prestación de servicios públicos digitales, entendidos no solo como servicios administrativos, sino también como servicios públicos prestacionales clásicos. Teniendo en cuenta que el medio no es inocuo en la prestación de los servicios, ni para las garantías de los ciudadanos en la relación administrativa.

La creación de servicios públicos digitales o electrónicos es una materia que claramente se incardina en la potestad de autoorganización, lo que permite un claro desarrollo por todas las Administraciones públicas. Si a ello sumamos que el legislador estatal admite que por reglamento se puedan ampliar los colectivos obligados a la relación electrónica, podemos concluir que la relación presencial tiene fecha de caducidad, y paralelamente la Administración pública dejará de asistir a los ciudadanos en el uso de medios digitales.

Ante este panorama, las relaciones digitales entre la Administración y el ciudadano deben analizarse desde el equilibrio entre prerrogativas —para satisfacer el interés general ínsito en la digitalización— y garantías de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. Cuando estas últimas puedan verse cercenadas, el derecho administrativo debe garantizarlas. Y al mismo tiempo hemos de tener en cuenta que cuando la digitalización afecte a un ámbito material propio de un servicio público (p. ej., la sanidad o la educación), la regulación sectorial específica va a condicionarla. Así, los principios de continuidad, de calidad, de asequibilidad y de no discriminación en el acceso deben guiar cualquier regulación que apueste por su prestación no presencial.

Asistimos a un proceso imparable de digitalización del sector público que exige reparar y prestar especial atención a los derechos y garantías del ciudadano en las relaciones electrónicas. De ahí que no solo la legislación de procedimiento administrativo común, sino también otras como la LOPD, reconozcan derechos digitales, o que se ejercen en un entorno digital. Sin embargo, estos derechos, cuando se convierten en obligación, derivada de la relación electrónica obligatoria, pasan a ser prerrogativas públicas. Por otro lado, la efectividad de los derechos digitales que reconoce la LOPD requiere con carácter previo reparar en dos derechos «presupuestos», el derecho de acceso universal a internet (art. 81 LOPD) y el derecho a la educación digital (art. 83 LOPD), para el desarrollo de posteriores relaciones administrativas electrónicas. Ambos derechos son desarrollados en su normativa específica, que suele ser bastante parca en su reconocimiento.

En definitiva, se atisba en el legislador estatal una apuesta por la prestación de servicios públicos digitales, auspiciada por los aires de digitalización que nos

vienen de la UE, que no ha sopesado del todo los riesgos que conlleva para los derechos y garantías del ciudadano. Las CC. AA. tienen un papel destacado que realizar en defensa de su autonomía en el ejercicio de la potestad de autoorganización y de sus propias competencias sustantivas. A su vez, el principio constitucional de eficacia en la actuación administrativa (art. 103 CE), la limitación en el uso de la informática (art. 18.4 CE), la obligación de los poderes públicos de remover los obstáculos para que la libertad y la igualdad del individuo sea real y efectiva (art. 9.2 CE) y las exigencias que derivan de la específica regulación de servicios públicos, en sentido estricto, cuya prestación se pretenda hacer *online*, deben funcionar como condicionantes y resortes en el proceso imparable de digitalización de la Administración pública.