

Gobierno Electrónico, Transformación Tecnológica del Gobierno y Derecho

“Si el Estado debe permitir el acceso a los datos y documentos que le afectan o le interesan a los ciudadanos o administrados, razones de ‘economía de gestión’ sustentan que se pueda ofrecer una opción que les permita en un sólo ámbito conectarse con todos los servicios públicos a la vez, para así evitar que acudan a cada servicio por separado. Previo a este objetivo, el primer paso es integrar los diversos servicios públicos, lo cual no resulta una tarea fácil debido al diverso grado de desarrollo tecnológico de cada uno”.

Renato Jijena Leiva*

Resumen: El autor, en el presente artículo, conceptualiza el Gobierno electrónico, su relación con la Transformación Tecnológica del Gobierno y sus implicancias en el Derecho. Para ello, en el primer apartado, se definirá al Gobierno Electrónico y se lo enmarcará en la llamada “Nueva Gestión Pública”. En relación al segundo apartado, se presentarán, respecto de diversas normas del ordenamiento jurídico chileno, los siguientes aspectos: (i) sus inexactitudes, aportes, concordancias y mencionar posibles deficiencias de técnica legislativa, de forma y de fondo; (ii) la importancia del rol del Derecho Público; (iii) los alcances de las leyes sobre procedimientos administrativos; y, (iv) los contenidos y aportes de las leyes sobre compras electrónicas estatales, analizando un modelo de norma que rige todas las comunicaciones electrónicas entre los servicios públicos (y entre éstos y los ciudadanos); consignando cómo la problematización de un proyecto transversal conocido como Plataformas Integradas de Servicios Electrónicos del Estado (PISEE) se ha traducido en permitir su operación en forma ilegal o sin el respaldo de normas de Derecho Público.

Palabras clave: Gobierno electrónico; Transformación Tecnológica del Gobierno; Nueva Gestión Pública; Derecho Público; PISEE; Contrataciones con el Estado.

Abstract: In this article the author develops a concept for electronic government, its relationship with the technological transformation of the government and the legal implications it brings. To do this, firstly, the electronic government will be defined and then framed in the concept of “New Public Management”. Then, some aspects of the

* RENATO JIJENA LEIVA, Abogado. Licenciado en Ciencias Jurídicas en la PUCV. Diplomado en Derecho Informático en la Universidad de Zaragoza. Magister en Gobierno Electrónico UTEM. www.jijena.cl.

Chilean law will be presented: (i) its inaccuracies, inputs, concordances and mention of the possible deficiencies in legislative technique, in formalities and in matter; (ii) the importance of public law; (iii) the reach of laws about administrative procedures; and, (iv) and inputs of the laws of official electronic purchases, with a normative model which outlines every electronic communication between public services (and between these and the citizens); and determines how the problematic of a transversal project known as Integrated Electronic Services Platform State (PISEE) has resulted in allowing illegal or unregulated operations.

Keywords: E-gov; Technological Transformation of the Government; New Public Management; Public Law; Government Procurement.

Sumario: Introducción. 1. Concepto, características y contenidos del *E-Gob* y de la red Internet: 1.1. Acerca del GE y de la “Nueva Gestión Pública”: 1.1.1. Generalidades; 1.1.2. Gobierno Electrónico, “Nueva Gestión Pública” y el TGOV. 2. La regulación legal del Gobierno electrónico en el contexto del Derecho Público chileno: 2.1. Acerca del Derecho Público, Constitucional y Administrativo, aplicado al contexto de Gobierno Electrónico; 2.2. Gobierno Electrónico y Derecho: normas generales, legales y reglamentarias, y normas particulares administrativas (visión de contexto). La importancia de atender a su naturaleza; 2.3. Normas legales y reglamentarias para los procedimientos administrativos electrónicos; 2.4. Sobre la regulación legal y reglamentaria de un sistema electrónico de compras estatales: 2.4.1. Generalidades; 2.4.2. Estructura de un sistema de compras estatales; 2.4.3. Compras estatales y firma electrónica; 2.4.4. Contenidos principales de la Ley N° 19.886.; 2.5. Las PISEE: Plataformas Integradas de Servicios Electrónicos del Estado.

Introducción

1. En el presente artículo nos enfocaremos, desde la perspectiva del “Estado” en cuanto Poder Ejecutivo o administración del aparato estatal, en visualizar sus procesos modernizadores de la mano de las TICs o Tecnologías de la Información y de las Comunicaciones. En esta línea de análisis, ha sido de mayor uso el recurso a las tecnologías y a las opciones de una red abierta y de bajo costo como Internet, especialmente tratándose de un aspecto de punta y novedoso como es el recurso de “las plataformas integradas de transacciones

electrónicas de información de la Administración Pública en general” en desarrollo en diversos países, para lo cual se requiere la existencia regulada y el uso de documentos estandarizados e interoperables.

Es también un elemento esencial de los avances modernizadores en los servicios públicos el rol desempeñado por el Derecho Público. Esto debido a que la legalidad de los procesos en la administración del Estado⁽¹⁾ requiere, como *conditio sine qua non*, su validación mediante normas legales, reglamentarias y administrativas expresas; particularmente en los

(1) En este ensayo nos centramos principalmente en la validación de la gestión del Poder Ejecutivo. No obstante, esta exigencia de respaldo legal de Derecho Público se aplica en los mismos términos al Poder Judicial y al Poder Legislativo, con la diferencia de que el primero puede dictar sus normas mediante la vía de los “Autos Acordados” y el segundo –el Parlamento– puede hacerlo mediante sus normas o reglamentos de régimen interno.

ámbitos del Derecho Constitucional, Administrativo, Tributario, Aduanero y Procesal.

Si las normas legales juegan un rol tan esencial, y si ellas permiten y validan el actuar de los servicios públicos – sólo pueden hacer aquello que expresamente permite la ley–, se releva la importancia de revisar en cada país su idoneidad como una adecuada y válida perspectiva de problematización.

2. Actualmente, son conceptos arraigados culturalmente en todo el mundo las nociones de “Gobierno Electrónico”, “E-Gob” o “E-Government”, (en adelante, indistintamente, “GE”), las cuales aluden al uso de sistemas computacionales, documentos electrónicos y redes de datos –abiertas y públicas como Internet o privadas como la Intranet del Estado– orientados a garantizar de manera eficiente, ‘justo a tiempo’ (*just in time*) y a bajo costo la gestión estatal y la prestación de los servicios públicos promocionales y asistenciales que le son propios.

No obstante, estamos en un ámbito donde la influencia de las TICs en el Sector, o mejor dicho en la Administración Pública, donde el GE o donde “la Segunda Ola del E-Government” (vinculada a la conectividad, a las plataformas o a las redes interoperables), si es bien usada, ocasionará una mejora cualitativa en el ejercicio de los derechos cívicos y en la prestación de servicios a los ciudadanos.

En Europa, a manera de ejemplo, esta situación se percibe como una nueva ola en materia de GE que requiere de la formulación previa de políticas públicas en materia de información y que está conformando una nueva generación en la modernización del Estado. Se alude a “transformar” la gestión del Estado, para marcar distancia con lo hecho en el pasado –que consistía sólo en informatizar o “agregar sistemas” a dicha gestión–; y, finalmente, apunta a la necesidad de concentrarse en el aumento de los servicios prestados a los ciudadanos. No es sorpresa que la Unión Europea haya declarado formalmente, como uno de sus objetivos para las

administraciones estatales en el año 2010, convertir la eficiencia en realidad, aumentar la transparencia, la implementación de servicios de alto impacto, que el 100% de los contratos públicos se realicen por Internet, y que se permita el acceso autenticado de los ciudadanos a los servicios proveídos electrónicamente por los Estados miembros.

3. Concretamente, y en el ámbito del objeto o marco teórico conceptual el cual otorga los conceptos y las referencias para analizar los diversos temas de estudio, el presente ensayo: (i) resume los conceptos, las características y los contenidos esenciales del Gobierno Electrónico y de la red Internet (primer apartado); (ii) revisa la legislación chilena relacionada con el Gobierno Electrónico, con una clara e intencional limitación en cuanto a realizar brevemente sólo un análisis jurídico-normativo, mas no sus implicancias económicas o en materia de ahorro de costos de gestión y de transacción (segundo apartado); y, (iii) comenta críticamente esa normativa a modo de un diagnóstico del “Estado del Arte”.

1. Concepto, características y contenidos del E-Gob y de la red Internet

1.1 Acerca del GE y de la “Nueva Gestión Pública”

1.1.1 Generalidades

Con la expresión “Gobierno Electrónico” hacemos alusión al uso de tecnologías para hacer más eficiente la labor de la administración del Estado, entregándose una mejor y rápida información, y brindando mejores servicios a los ciudadanos. En este punto cabe preguntarse lo siguiente: ¿Por qué es importante?, ¿para qué sirve concretamente?, ¿cuáles serían sus beneficios?

Este es un concepto arraigado culturalmente que alude –como mencionamos– al uso de sistemas, documentos electrónicos y redes como Internet para

Gobierno Electrónico, Transformación Tecnológica del Gobierno y Derecho

realizar de manera eficiente, 'justo a tiempo' y a bajo costo la gestión estatal.

En un mundo globalizado donde se requiere mayor competitividad, las sociedades consideradas poco tecnologizadas necesitan un Estado administrador activo. Pero "activo" no en el sentido de cómo se implementaban las políticas industriales en el pasado, llenas de subsidios ineficientes y mal focalizados, ni tampoco desde la perspectiva de un Estado centralizado devenido en único prestador de los servicios; sino "activo" en relación a la organización más eficiente y tecnológica de un país, en concreto, mediante la promoción y el desarrollo de proyectos de Gobierno Electrónico.

No obstante, uno de los principales riesgos de todo proyecto de modernización del Estado mediante TICs es la falta de claridad sobre sus objetivos. La receta para el fracaso de iniciativas informáticas es generalmente escrita por los optimistas que, enceguecidos por las opciones tecnológicas, sobredimensionan sus potencialidades, subestiman sus limitaciones y obstáculos y omiten la pregunta del "para qué" sirven dichos instrumentos.

Para evitar esto, lo primero que debe hacer una organización pública es preguntarse seriamente cuáles son los objetivos que se buscan a través del *E-Gob*. Este ejercicio es vital para este tipo de proyectos, ya que no sólo cuestan mucho dinero en un marco de múltiples necesidades sociales, sino que además suponen un cambio cultural relevante y que impacta en la sociedad. En Chile por ejemplo, es el caso, de las imprentas ante el desarrollo de las boletas de honorarios electrónicas que se emiten en el propio sitio web de los servicios de rentas o de impuestos internos –que dejaron de vender talonarios–, o de la asesoría profesional de los contadores ante la sugerencia de declaraciones anuales de renta propuestas o pre-hechas por el propio servicio fiscalizador, las cuales hicieron prescindir de sus servicios.

Al igual que el *E-Business* en la gestión comercial y para empresas, proveedores y consumidores, el *E-Government* promete mejorar la rapidez y calidad de los servicios promocionales y asistenciales que un Estado presta a los ciudadanos. La "burocracia" pública se encuentra generalmente asociada a esta "lentitud" de los servicios públicos, y si bien la tecnología no es suficiente para por sí sola cambiar esta realidad (la cual tiene como causas la existencia de modelos de gestión en base a exceso de papeles y trámites, o la resistencia al cambio modernizador que nace de los propios funcionarios públicos), sí se ha demostrado que es un elemento indispensable cuando se buscan objetivos importantes.

Desde otra perspectiva, las transacciones documentales y de información a través de redes digitales permiten generar ahorros y mayor eficiencia. Si bien este es uno de los objetivos más buscados y más fáciles de vender por las empresas proveedoras de tecnologías y los consultores a las autoridades y a la opinión pública, el *E-Government* no debería ser presentado sólo como una estrategia para reducir costos de gestión. Salvo excepciones, las soluciones de *E-Government* no significan ahorros inmediatos o de corto plazo para una administración estatal, pero estos ahorros existen y pueden llegar a ser considerables a mediano y largo plazo.

En el plano de la eficiencia, entendida específicamente como una mejor y más oportuna comunicación, coordinación y trabajo colectivo entre instituciones públicas, el *E-Government* genera potencialidades destacables, tales como la eliminación de duplicaciones en la recolección, actualización y almacenamiento de información, la distribución de comunicaciones y el ahorro en el uso del papel y de tiempo –que es lo que, por ejemplo, han significado los procesos de emisión de boletas de honorarios electrónicas y de facturas electrónicas, la presentación de declaraciones de impuestos por Internet, las licitaciones y adjudicaciones de compras estatales y la tramitación de declaraciones electrónicas aduaneras de importación o de ingreso de mercancías–.

Otro beneficio que suele mencionarse es el aumento en la transparencia pública y en la eficacia de la lucha anti-corrupción. Si bien este puede ser un objetivo que no siempre se quiere publicitar, puede traer beneficios reales, tanto por la posibilidad de usar inteligentemente la información de cientos de bases de datos cruzadas (detectando fraudes, ineficiencias e irregularidades en los llamados procesos de fiscalización a posteriori), como por la posibilidad de traer a la luz del escrutinio público áreas con mayor probabilidad de sombras, dudas e irregularidades, como lo son las ya mencionadas compras públicas o estatales.

Cabe señalar, además, que la red Internet y el *E-Government* pueden aumentar significativamente los ámbitos y formas de participación cívica. Desde la capacidad de dar acceso a la información pública manteniéndola disponible en páginas web, hasta la posibilidad de formar parte en discusiones sobre nuevas políticas públicas⁽²⁾, la red Internet permite diversas formas en las que el ciudadano común puede dejar de lado su indiferencia frente a la política y el Estado, volviendo así a participar en los asuntos públicos. Entre los muchos beneficios de esta “e-participación”, cabe destacar una renovación del espíritu de *accountability* o rendición de cuentas que debe caracterizar a los representantes políticos de toda democracia moderna.

1.1.2 Gobierno electrónico, “Nueva Gestión Pública” y el “TGOV”

Resulta acertado concebir al Gobierno Electrónico no como una mera instalación de tecnología, sino como una propuesta de reingeniería y de modernización de toda la gestión estatal. Debido al cambio en los paradigmas de gestión pública formulados para la vieja cultura del papel, y a la formulación de nuevos para

“los tiempos perros” de la red Internet (donde siete años valen por uno); podemos, en efecto, visualizar al gobierno electrónico dentro de un proceso más amplio de reforma y modernización del Estado en aras de una Nueva Gestión Pública (NGP).

El desarrollo del Gobierno Electrónico puede ser un recurso o camino fundamental para la modernización de los Estados, incluso aquellos que por razones de baja conectividad y por estar “brechados digitalmente”, como en Latinoamérica, no poseen estándares óptimos de penetración de las tecnologías de la información en general y de la red Internet en particular. Más ampliamente, en el marco del llamado “período de las segundas reformas al Estado”⁽³⁾, que guardan relación con disminuir los roles y su estructura, el gobierno electrónico es una herramienta importante para facilitar procesos tales como reducir las plantas de funcionarios y los costos de gestión, el compartir información entre los servicios públicos, la eliminación del flujo de papeles, etcétera.

La cuestión es utilizar voluntaria e instrumentalmente las TICs, las cuales se caracterizan por permitir el procesamiento de grandes cúmulos de documentos –ahora electrónicos– en poco tiempo y en espacios reducidos. Los cambios estructurales y organizacionales de la Administración Pública son conceptos generales de gestión, válidos científicamente.

Frente a la pregunta directa acerca de cómo contribuye la articulación de estrategias y políticas de gobierno electrónico en el afianzamiento del modelo de NGP, caben consignarse las siguientes influencias concretas:

- (i) Generando nuevas formas de relación.
- (ii) Permitiendo la digitalización de los procesos administrativos.

(2) Tal es el caso en Chile del llamado “Parlamento Virtual” (véase la página www.senado.cl), donde los ciudadanos pueden, incluso, proponer proyectos de ley.

(3) El llamado “período de las primeras reformas al Estado” se relaciona con la simple adquisición de tecnologías.

Gobierno Electrónico, Transformación Tecnológica del Gobierno y Derecho

- (iii) Posibilitando rendiciones de cuentas electrónicas.
- (iv) Facilitando la participación de la población en la toma de decisiones públicas; y,
- (v) Optimizando la eficiencia y eficacia en la prestación de los productos y/o servicios públicos a los “clientes/ciudadanos”.

Existen múltiples beneficios o ejemplos concretos que resultan del impacto de usar procesos de gobierno electrónico para materializar una NGP, a saber y por ejemplo:

- (i) Mejora del tiempo de atención al ciudadano;
- (ii) Alta disponibilidad horaria;
- (iii) Mejor acceso a la información;
- (iv) Realización de trámites sin necesidad de desplazamientos de los ciudadanos;
- (v) Servicios profesionalizados;
- (vi) Integración de servicios prestados por diferentes entidades públicas;
- (vii) Mejoras en la capacidad de satisfacer las demandas de la comunidad;
- (viii) Mejoras en la imagen institucional; y,
- (ix) Conocimiento de las expectativas de la comunidad para mejorar las relaciones con ella.

La pregunta que puede dejarse para reflexionar es esta: ¿cómo se cree que contribuye la articulación de estrategias y políticas de gobierno electrónico al afianzamiento del modelo de NGP? Ante ello, la respuesta sería que una contribución concreta al afianzamiento del modelo de NGP es el surgimiento y el desarrollo de un nuevo concepto en el seno de la Unión Europea, el “T-GOV” o la Transformación Tecnológica del Gobierno, cuyo objetivo esencial es lograr que exista un solo espacio de información y comunicaciones, con banda ancha y accesibilidad segura, con contenidos valiosos y diversos, y que genere servicios digitales para

los ciudadanos y las empresas. Asimismo, lo señalado anteriormente debe desarrollarse necesariamente en el marco de una cultura de servicios compartidos que asuma la administración de la identidad de los usuarios y de la distribución de los datos⁽⁴⁾.

De cara a implementar un sistema de plataforma integrada de servicios ciudadanos o un sistema nacional de información ciudadana, siempre se requerirá, para avanzar en esta etapa, ya no tan solo de las iniciativas propias y pioneras de algunos servicios sino de un fuerte cambio cultural, de forma tal que no nos encontremos con una resistencia a la interconexión por parte de aquellos servicios que provean mayor cantidad de datos (y que, por ende, tendrán una mayor carga de gestión), o que, incluso, a esta fecha los comercializan de forma exclusiva.

Con una plataforma integrada de servicios ya no se hablará sólo de la noción de ‘conectividad’, sino que el elemento clave se denominará ‘interoperatividad’ o ‘interoperabilidad’; es decir, el asegurar que al asumirse en la administración del Estado la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, los sistemas, los procedimientos y la cultura se administren maximizándose las oportunidades para el intercambio y la reutilización de la información.

Si el Estado debe permitir el acceso a los datos y documentos que le afectan o le interesan a los ciudadanos o administrados (v.gr. certificados de nacimiento, asignaciones de pensiones, otorgamiento de subsidios, etcétera), razones de economía de gestión sustentan de manera suficiente que se les pueda ofrecer una opción que les permita en un sólo ámbito conectarse con todos los servicios públicos a la vez, para evitar acudir a cada servicio por separado. Previo a este objetivo, el primer paso hacia el cual debe

(4) Esta es la idea de una plataforma integrada única del Estado y descansa en el concepto de la “Interoperabilidad”. Véase: <http://www.comunidadtecnologica.gob.cl/interoperabilidad/pisee/>.

apuntar el plan inicial de transformación es el integrar a los diversos servicios públicos, lo que puede no resultar fácil por el diverso grado de desarrollo tecnológico que tiene cada uno de ellos.

En cuanto a los objetivos y la justificación de aplicar un plan de transformación en un proyecto de esta naturaleza, ellos serían el poder reunir información sobre los ciudadanos, información que hasta la fecha se encuentra dispersa en diversos servicios públicos. Asimismo, como “la data” es una herramienta estratégica para la gestión estatal, facilitar su intercambio optimiza dicha herramienta. Además, se logra fomentar la transparencia, la eficiencia y la simplicidad de los actos y procedimientos administrativos, el acceso a información oportuna y confiable, se facilitan los procedimientos administrativos asociados a los trámites, y se mejoran los estándares de calidad de servicio a los ciudadanos.

2. La regulación legal del gobierno electrónico en el contexto del Derecho Público chileno

2.1 Acerca del Derecho Público, Constitucional y Administrativo, aplicado al contexto del Gobierno Electrónico

1. Para trabajar este apartado, resulta pertinente recordar la idea básica del presente artículo: para que los proyectos de GE se implementen y materialicen conforme al Derecho, es necesario que existan las normas constitucionales, legales, reglamentarias y administrativas que permitan y validen el actuar de los servicios públicos. Pues estos, como reza el aforismo,

sólo pueden hacer aquello que expresamente les permite la ley, a diferencia de los particulares en el sector privado, que conforme al Derecho Privado se les permite hacer todo aquello que no les esté expresamente prohibido.

Por eso es que al introducir este ensayo afirmamos que aparece como un elemento esencial el rol jugado por el Derecho Público, toda vez que la legalidad de los procesos modernizadores requiere, necesariamente, su validación mediante normas legales, reglamentarias y administrativas expresas, lo que ha ocurrido en los ámbitos del Derecho Constitucional, Administrativo, Tributario, Aduanero y Procesal.

2. ¿Qué es el Derecho Público? Conceptualizamos al Derecho como el orden normativo e institucional de la conducta humana en sociedad, inspirado en postulados de justicia, cuya base son las relaciones sociales existentes que determinan su contenido y carácter; o también, como un conjunto de normas que regulan la convivencia social y permiten resolver los conflictos interpersonales.

Tradicionalmente, el Derecho se ha dividido en las categorías de Derecho Público y Derecho Privado, aunque la división es criticable en la actualidad ante la aparición de parcelas del ordenamiento jurídico en las que las diferencias entre lo público y lo privado no son tan evidentes. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Laboral, donde la relación privada entre trabajador y empleador se halla fuertemente intervenida por una normativa pública que la dirige y fiscaliza, a efectos de que no se vulneren garantías mínimas fundamentales o derechos irrenunciables como los períodos pre y post natal del trabajador⁽⁵⁾.

Es preciso entender que el Derecho Público es el ámbito del ordenamiento jurídico abocado a regular: (i) las relaciones entre las personas y entidades privadas

(5) Otro ejemplo, y respecto de lo cual hemos escrito un ensayo específico, se da a propósito de la regulación legal del título ejecutivo de la factura electrónica.

con los órganos que detentan el poder público, cuando estos últimos actúan en ejercicio de sus legítimas potestades públicas jurisdiccionales o administrativas según el procedimiento legalmente establecido; y (ii) las relaciones de los entes públicos entre sí.

De esta definición, se entiende que, como rama jurídica, estudia materias correspondientes a la Administración y el Estado, a su organización, a sus competencias, al funcionamiento de los órganos constitucionales, a los derechos y garantías reconocidos constitucionalmente frente a las intromisiones de los poderes públicos (libertades, derechos y garantías individuales)

y, finalmente, a la actuación de la Administración Pública a través del procedimiento administrativo común o de procedimientos especiales.

4. Como avances estructurales e institucionales desarrollados en un país, deben considerarse las líneas de acción involucradas en la experiencia internacional.

En lo medular nos llama la atención la referencia a los llamados aspectos legales percibidos como avances estructurales, que son fundamentales por estar el Sector Público regulado por normas de Derecho Público que sólo permiten que se haga aquello expresamente establecido en la ley. Entre estos, son relevantes, por ejemplo, las leyes sobre tratamiento de datos personales.

Ahora bien, dicho todo esto, surge la siguiente pregunta: ¿qué tiene que ver lo mencionado con el GE? La respuesta es: mucho, puesto que hace la declaración que, de cara a la modernización del sistema gubernamental, el ciudadano cuenta con

normas legales idóneas o con un marco jurídico adecuado para garantizar el respeto de sus libertades y derechos personalísimos, de manera que las normas que declaran esos derechos no sean simplemente una declaración lírica o de buenas intenciones.

2.2 Gobierno Electrónico y Derecho: normas generales, legales y reglamentarias, y normas particulares administrativas (visión de contexto).

La importancia de atender a su naturaleza

“(...) uno de los principales riesgos de todo proyecto de modernización del Estado mediante TICs es la falta de claridad sobre sus objetivos. La receta para el fracaso de iniciativas informáticas es generalmente escrita por los optimistas que, engegucidos por las opciones tecnológicas, sobredimensionan sus potencialidades, subestiman sus limitaciones y obstáculos y omiten la pregunta del “para qué” sirven dichos instrumentos”.

1. Si por Derecho entendemos al conjunto de leyes, reglamentos y demás resoluciones, de carácter permanente y obligatorio, creadas por el Estado para la conservación del orden social, son muchas las leyes –generales, obligatorias y emanadas del Poder Legislativo– referidas a la gestión electrónica de los órganos estatales. Se revisan a continuación.

2. La Administración de cualquier Estado corre el riesgo de no poder obtener el enorme beneficio que nuevas normas legales pueden generar. La primera normativa que podría ser desaprovechada puede ser la referida a las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración Pública del Estado. Ellas, junto con definir plazos a las decisiones formales de los órganos públicos, otorgar un valor al silencio administrativo y fijar reglas para la transparencia y probidad de los actos también administrativos, entre otros, de cara al Estado del Siglo XXI, aluden al uso

de documentos y expedientes electrónicos como un soporte posible o alternativo al papel para la realización de actos y procedimientos administrativos.

Al regularse legalmente el uso creciente de sistemas informáticos y telemáticos de archivos, documentos, bases de datos y firmas electrónicas al interior de los órganos estatales, se evitará que surjan dudas naturales derivadas del desconocimiento y limitaciones inherentes a la naturaleza del Derecho Público, el cual está sujeto al principio de legalidad.

Esto es relevante para solucionar interrogantes o temores de posible falta de certeza jurídica en la gestión electrónica, a pesar de la vigencia de otras leyes modernizadoras como las referidas a firmas y documentos electrónicos en general, también subutilizada por los Estados Iberoamericanos, y en cuya virtud todo documento público original puede válidamente estar soportado magnéticamente.

3. Las condiciones y supuestos de los procesos de Gobierno Electrónico, junto con los derechos y obligaciones tanto para órganos públicos como para los ciudadanos, se han establecido en algunos casos por normas jurídicas de menor rango y más fáciles de ser dictadas, esto es, mediante normas administrativas. Esto se debe principalmente a que una ley requiere un largo debate parlamentario, y porque un reglamento deriva precisamente de la delegación previa que le haga una ley⁽⁶⁾.

Este supuesto se da en las Aduanas de diversos países con la implementación de los Sistemas Integrados

de Comercio Exterior o de los Servicios de Renta o de Impuestos Internos, donde se ha optado por sólo darles una habilitación legal amplia y previa, para, de la mano de las potestades normativas que les conceden sus propias leyes orgánicas, poder materializar los proyectos referidos.

Esta facultad normativa, sumada a la mayor disponibilidad de recursos para adquirir tecnologías en comparación con otros servicios públicos, y sumada también a la voluntad real de innovar y modernizar, han sido las causas del éxito de los sistemas informáticos, telemáticos aduaneros y tributarios implementados en varios países.

2.3 Normas legales y reglamentarias para los procedimientos administrativos electrónicos

1. Las bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración Pública del Estado constituyen un marco legal importante.

Esta normativa, junto con la regulación de plazos a las decisiones formales de los órganos públicos, con el otorgamiento de valor al silencio administrativo (o a la inacción de los funcionarios públicos), con el establecimiento de derechos para los ciudadanos y la fijación de reglas para la transparencia y probidad de los actos administrativos, de cara al Estado del Siglo XXI y en el contexto del Gobierno Electrónico, debe aludir expresamente al uso de documentos y

(6) En Chile existen otras tantas normas jurídicas, también generales y obligatorias pero emanadas del Poder Ejecutivo y dictadas de manera subordinada a una ley, como el Decreto Supremo 181 o Reglamento de la Ley de Firmas Electrónicas del 2002, y los Decretos Supremos 77 del 2004, 81 del 2004 y 83 del 2005, sobre comunicaciones electrónicas, interoperabilidad de documentos electrónicos y seguridad de ellos, respectivamente. Existen normas específicamente tributarias de rango legal y administrativo, y entre estas últimas, nos centraremos en una Resolución Exenta (la N° 09, de Febrero del 2001), dictada en el uso de facultades normativas que la Ley Orgánica del SII entrega en forma privativa al Director del Servicio de Impuestos Internos. Algunas son más generales que otras, pero todas están relacionadas en sus contenidos. Quizás, la ley "eje" sea la Ley N° 19.799, cuya vigencia generó que luego se dictaran los Decretos Supremos 181, 77, 81 y 83. Pero ocurre que en materia de procedimientos administrativos y de compras estatales también existen referencias expresas a la misma Ley N° 19.799.

expedientes electrónicos como un soporte posible o alternativo al papel para la realización de actos y procedimientos administrativos.

2. En referencia a los procedimientos, expedientes y documentos electrónicos, cabe señalar que una norma de esta naturaleza no podría dejar de referirse al uso de tecnologías al interior de los servicios públicos. Cabe agregar que estas tecnologías ya no son nuevas, sino tremendamente cotidianas, y por ello su mención en el marco de los procedimientos administrativos y de la gestión estatal se torna indispensable.

En primer lugar, y por razones obvias, acudiendo a Chile como ejemplo, mediante la Ley N° 19.880 se reguló el uso creciente de sistemas informáticos y telemáticos de archivos, documentos, bases de datos y firmas electrónicas al interior de los órganos estatales, de manera que se trató de evitar que surjan dudas naturales derivadas del desconocimiento y de las limitaciones inherentes a la naturaleza del Derecho Público, donde sólo puede hacerse aquello que está expresamente permitido por la ley.

En segundo lugar, debían permitirse los actos y procedimientos administrativos electrónicos para guardar coherencia con lo dispuesto en otras leyes vigentes a esta fecha. Es decir, se da por atendida la amplísima homologación entre los documentos firmados soportados en papel con los firmados y digitales establecida por el artículo 3° de la Ley N° 19.799, en cuya virtud todo documento original puede válidamente estar soportado magnéticamente, y atendida una nueva institucionalidad –el Título II de la misma Ley– que permite, expresamente y bajo rigurosas condiciones, que ya no sólo los entes administrativos sino todos los órganos públicos del Estado –léase los de los Poderes Ejecutivo, Judicial y Legislativo– utilicen firmas, documentos y “repositorios” o bases de almacenamiento de documentos y expedientes, todos electrónicos.

A la nueva norma sobre Bases de los Procedimientos Administrativos del Estado le bastó contemplar sólo dos artículos, los números 18° y 19°, ubicados en el Capítulo II, sobre ‘El Procedimiento Administrativo’.

El artículo 18° define al procedimiento administrativo como una sucesión de actos de trámite vinculados entre sí, emanados de la Administración y, en su caso, de particulares interesados, que tiene por finalidad producir un acto administrativo terminal. El presente artículo también determina que todo procedimiento administrativo deberá constar en un expediente, alternativamente escrito o electrónico.

Cada órgano administrativo estará obligado a llevar un registro en el que se asentarán copias de los documentos presentados por los interesados, por terceros y por otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su recepción, respetando su orden de ingreso; y es en el mismo registro, donde deberán asentarse copias de los documentos y de las comunicaciones que el órgano administrativo remita a los interesados, a terceros o a otros órganos públicos, con expresión de la fecha y hora de su envío, en estricto orden de egreso.

El artículo 19° alude expresamente a la utilización de medios electrónicos, y señala que un procedimiento administrativo podrá realizarse a través de técnicas y medios electrónicos siempre que los órganos de la Administración tengan los medios compatibles y que se ajusten al procedimiento descrito por la ley. La ley que establece la legalidad del uso en materia de firmas y documentos electrónicos es la Ley N° 19.799 del año 2002, en particular, o en lo que ahora interesa, su Título II. Este Título, al que se remite implícitamente el artículo 19° de la Ley N° 19.880, se refiere al uso de firmas electrónicas por la Administración del Estado (artículos 6° a 10°).

2.4 Sobre la regulación legal y reglamentaria de un sistema electrónico de compras estatales

2.4.1 Generalidades

El proceso de modernización de la gestión de un Estado o gestión pública debe perseguir, entre sus objetivos, lograr la mayor transparencia y eficiencia en la gestión de la Administración. Este proceso pasa, indefectiblemente, por la necesaria incorporación y aprovechamiento de nuevas tecnologías para el logro de los objetivos programados, particularmente en materia de gestión de adquisiciones y contrataciones públicas. La posibilidad de que personas naturales o empresas interactúen válidamente, con certeza y seguridad técnica y jurídica con el Estado dependerá de las leyes de firmas y documentos electrónicos que habiliten el actuar de los particulares. Además, es importante también que una ley específica sobre el tema de los contratos de compras estatales también debe contener disposiciones que habilitan el uso legal de dichas firmas y documentos para el caso de las cotizaciones, de las adjudicaciones y de las órdenes de compra.

Si nos trasladamos al sector público de la actividad económica, la consecuencia jurídica, para los lectores no abogados, es que en el ámbito del Derecho Público las partes no tienen la misma libertad de contratar, sino que, muy por el contrario, sólo puede hacerse de la forma, en los plazos y bajo las condiciones que la ley establece.

Quizás el aporte más relevante de los trabajos de modernización del gobierno electrónico se relaciona –hasta la fecha– con el desarrollo de sitios web de información y de intermediación en materia de compras estatales. En este sentido, no es de extrañar que las transacciones electrónicas entre los órganos

del Estado y sus proveedores, a diferencia del “B2B” o *Business to Business* se le denomina “B2G” o *Business to Government*, se hayan masificado de forma acelerada.

Los procesos de modernización estatal, en base a la incorporación de tecnologías como la informática y el uso de redes computacionales, inevitablemente son de mediano y largo plazo, como fue demostrado en Chile con el desarrollo de los procesos de presentación de declaraciones de impuestos por Internet y de presentación electrónica de declaraciones aduaneras de importación de mercancías. Estas últimas solo pudieron ser concretados paulatinamente.

2.4.2 Estructura de un sistema de compras estatales

La operatoria de todo sistema de compras estatales debe necesariamente funcionar a través de la existencia de dos sub-sistemas elementales. En primer lugar, el sub-sistema de información electrónica sobre compras y contrataciones públicas –avisos de licitaciones, divulgación de antecedentes a los proveedores, etcétera–, que para el caso de Chile puede encontrarse en el sitio o portal “www.compraschile.cl”.

Lo que existió inicialmente en Internet era una pizarra de avisos de licitaciones y no un sitio propiamente transaccional; sin embargo, el haber obligado a fines del año 2002 a que todos los servicios que liciten por sobre un monto superior a 10 UF (Unidad de Fomento) utilicen el sistema, y al haberse establecido como regla general que pueden publicarse por Internet las licitaciones públicas y las solicitudes de cotizaciones sin necesidad de hacerlo en otros medios, fue un paso drástico pero importante.

Un Decreto Supremo (el N° 1312) encomendó al Ministro de Hacienda las labores de coordinación en materia de compras y contrataciones necesarias

para los diversos Ministerios y servicios dependientes o relacionados con ellos, y definió qué órganos y servicios públicos –reparticiones de gobierno– están incluidos o deben operar en el sistema de información de www.compraschile.cl.

¿Información a poblar en el sitio web? El Decreto dijo que “al menos” (ergo, un mínimo consignado a título de ejemplo) la siguiente: llamados, bases, consultas y aclaraciones a licitaciones públicas; actas de adjudicación de licitaciones públicas y privadas; observaciones acerca de las licitaciones; proveedores; precios; y todas las contrataciones que se efectúen, ya sea que estén desarrolladas o en actual ejecución.

¿Usuarios del sistema de información? En general, los servicios públicos mencionados en el Decreto Supremo N° 1312 (posibles “demandantes”), sus proveedores (“oferentes”) y toda persona o ciudadano que consulte el sitio.

En segundo lugar, otro sub-sistema que debe contemplarse es el de intermediación electrónica sobre compras públicas para estandarizar los procedimientos utilizados y para válidamente realizar contratos con los particulares o empresas proveedoras.

2.4.3 Compras estatales y firma electrónica

La Ley N° 19.886, citada como ejemplo, es el marco de Derecho Público que permite la realización de transacciones comerciales, de manera tal que los servicios públicos pueden enviar órdenes de compra válidamente firmadas a sus proveedores –teóricamente, porque a la fecha no usan firmas electrónicas–, autenticando su identidad, asegurando la integridad del documento, evitando así que posteriormente se desconozca la realización de la oferta o el envío de la orden de compra.

La normativa contiene un artículo que establece, ampliamente, la posibilidad de desarrollar los procesos de adquisición y contratación mediante soportes digitales y, en particular, dispone que la actividad de la Dirección de Compras y Contrataciones se ajustará a lo establecido en la Ley de Firma Electrónica promulgada anteriormente en el año 2003.

2.4.4 Contenidos principales de la Ley N° 19.886

De manera general, la Ley se compone de un Capítulo I sobre disposiciones generales, de un Capítulo II que alude a los requisitos para contratar con la Administración del Estado, de un Capítulo III referido a las actuaciones relativas a la contratación (con párrafos sobre procedimientos de contratación, garantías exigidas, facultades de administración, cesión, subcontratación y registro de contratistas), de un Capítulo IV sobre www.chilecompras.cl, de un Capítulo V referido al Tribunal de Contratación Pública, y, por último, de un Capítulo VI sobre la Dirección de Compras y Contratación Pública.

De manera particular, o en cuanto a su componente de gestión electrónica, el Capítulo IV –artículos 18°, 19° y 20°–, se refiere expresamente a “las compras y contrataciones por medios electrónicos y del sistema de información de las compras y contrataciones de los organismos públicos”.

El artículo 18° establece imperativamente que los organismos públicos regidos por la Ley deberán usar exclusivamente los sistemas electrónicos o digitales que establezca la Dirección de Compras y Contratación Pública. ¿Para qué efectos o en qué casos? Para cotizar, licitar, contratar, adjudicar, solicitar el despacho y –en general– realizar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras regulados por la Ley N° 19.886.

En segundo lugar, y desde una perspectiva tecnológica, la norma específica que el uso obligatorio y exclusivo puede ser directo o intermediado a través de redes abiertas o cerradas, operando en plataformas de comercio electrónico o mercados digitales de transacciones, sea individualmente o acogéndose a los beneficios de los contratos marco que celebre la Dirección de Compras y Contratación Pública.

Además, agrega, siempre imperativamente, como restricciones o límites normativos, que los procesos de cotización, licitación, contratación, adjudicación, solicitud del despacho y realización de todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras, deben ajustarse: (i) a lo dispuesto en sus respectivas leyes orgánicas; (ii) a lo establecido en la Ley de Firma Electrónica (Ley N° 19.799⁽⁷⁾); y (iii) a las normas establecidas por la Ley N° 19.886 y su reglamento –el Decreto Supremo N° 250 publicado en septiembre del año 2004–.

Como corolario, establece que, por regla general, los organismos públicos regidos por esta Ley no podrán adjudicar contratos cuyas ofertas no hayan sido recibidas a través de los sistemas electrónicos o digitales establecidos por la Dirección de Compras y Contratación Pública, salvo las excepciones o en los casos que determine el reglamento, donde es posible desarrollar procesos de adquisición y contratación sin utilizar los referidos sistemas.

El artículo 19° vino a crear un Sistema de Información de Compras y Contratación de la Administración, a cargo de la Dirección de Compras y Contratación Pública. Sus características esenciales son su aplicación a los organismos consignados en el

artículo 1°, el que, por un lado, debe estar disponible a todo el público en la forma y condiciones definidas por el reglamento y, por otro lado, deberá ser de acceso público y gratuito. Es lo que se conoce como www.chilecompras.cl.

Finalmente, el inciso primero del artículo 20° se hace cargo de la naturaleza de los antecedentes que los servicios públicos deben publicar en el sistema. Este alude a la información básica relativa a sus contrataciones y a la que determine o especifique el reglamento de la Ley, y agrega que debe ser completa, oportuna y que debe referirse a los llamados a presentar ofertas y a la recepción de las mismas, a las aclaraciones, respuestas y modificaciones a las bases de licitación, y a los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras –siempre de conformidad con el reglamento–.

2.5 Las PISEE: Plataformas Integradas de Servicios Electrónicos del Estado

1. En el ámbito del denominado Gobierno Electrónico, en diversos países se han estado desarrollando plataformas integradas de servicios ciudadanos o sistemas nacionales de información ciudadana.

Si el Estado debe permitir el acceso a los datos y documentos que le afectan o le interesan a los ciudadanos o administrados, razones de “economía de gestión” sustentan que se pueda ofrecer una opción que les permita en un sólo ámbito conectarse

(7) Así por ejemplo, esta Ley establece que todos los documentos públicos deberán ser suscritos necesariamente con certificados electrónicos, con llaves o claves; en definitiva, con firma electrónica avanzada. Por ende, como son actos administrativos que constan en documentos públicos, los procesos de cotización, licitación, contratación, adjudicación, solicitud del despacho y realización de todos los procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y ensayos, si ellos no se firman de esa manera –previamente–, serán ilegales.

con todos los servicios públicos a la vez, para así evitar que acudan a cada servicio por separado. Previo a este objetivo, el primer paso es integrar los diversos servicios públicos, lo cual no resulta una tarea fácil debido al diverso grado de desarrollo tecnológico de cada uno.

Entendemos que la interoperabilidad existe cuando mediante sistemas heterogéneos pueden intercambiarse procesos o datos, permitiéndose la obtención de significativas ganancias en términos de eficacia y de eficiencia, y que en el contexto del avance del gobierno electrónico, la interoperabilidad es hoy en día un objetivo deseado y buscado en todas las Administraciones Públicas. Con una plataforma integrada de servicios, ya no se hablará sólo de la noción de “conectividad”.

El elemento clave se denomina “interoperatividad” o “interoperabilidad”, es decir, asegurar que al asumirse en la Administración del Estado la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos, los sistemas, los procedimientos y la cultura se administren maximizándose las oportunidades para el intercambio y la reutilización de la información.

A modo de ejemplo concreto, una persona que va al Instituto de Previsión Social (IPS) a solicitar una Pensión Básica Solidaria, tendría que al menos llevar su certificado de nacimiento y el de cada hijo, más un certificado de la AFP y acreditar su residencia. Gracias a la plataforma, sólo tiene que llevar su cédula de identidad y solicitar el beneficio: lo importante es que a las personas no se les pida recopilar información que ya está en poder del Estado, por ejemplo, certificados de nacimiento, giro de empresas, estado civil o información sobre sus hijos.

Y como la generalidad de la información intercambiada a través de la plataforma es calificable como datos personales o nominativos, se justifica y se requiere levantar las observaciones existentes a esta fecha

en cuanto a su falta de respaldo jurídico, las cuales, de no ser subsanadas a la brevedad, aconsejan se suspenda su operatoria.

2. Lo que debe resguardarse jurídicamente no son los intercambios de datos con fines de servicio público entre los órganos de la Administración que se realicen mediante la pasarela o el canal llamado “PISEE”, sino las gestiones de Derecho Público sin respaldo normativo de la plataforma misma, junto con las competencias y responsabilidades de los funcionarios y de las empresas externas que la administran.

No será suficiente el respaldo legal de los acuerdos que se suscriben para desarrollar los planes piloto, tal como ocurrió con un Convenio Marco de diversos servicios públicos para participar en un plan piloto de implementación. Esto, en la medida que es un documento jurídico que por su naturaleza no es fuente de Derecho Público.

Debe concebirse esta gestión mediante una plataforma como un medio de traspaso de información, como un conector único y transparente para los servicios públicos, que asegure que la información se transmita de forma encriptada, que permita que la información sobre los ciudadanos que poseen los servicios públicos esté disponible en otros órganos de la Administración, y que redirija la comunicación entre el servicio que se conecta o se sube a ella aportando o requiriendo datos con el servicio a su vez solicitante o requerido – respectivamente– de datos personales.

Lo anteriormente referido, en forma sumaria, implica la realización de actividades de gestión y prestación de servicios públicos referidos al tratamiento de datos personales, que será de competencia exclusiva de esta plataforma. En síntesis, si bien los datos personales que existen en una base pueden darse a conocer, y si bien se define comunicación

o transmisión de datos personales como el dar a conocer de cualquier forma los datos nominativos a personas distintas del titular –sean determinadas o indeterminadas–, se exige que él o los responsables del registro o banco de datos personales de los servicios públicos que participan en la plataforma

cautelen los derechos de los titulares, que la transmisión guarde relación con las tareas y finalidades de los organismos participantes y, finalmente, que se fiscalice que el servicio público receptor sólo pueda utilizar los datos personales para los fines que motivaron la transmisión. 