



Clínica Legal en Derechos Fundamentales



LA BRECHA DIGITAL

Informe elaborado por la

CLÍNICA LEGAL DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Tutora académica: Blanca Rodríguez Ruiz

Tutora externa: Olga Burgos García

Tutor externo: Manuel Pérez Cuajares

A SOLICITUD DE LA OFICINA DEL DEFENSOR DEL PUEBLO ANDALUZ Y DEL MENOR EN ANDALUCÍA

**En el marco del protocolo de desarrollo del convenio que articula su colaboración en el
proyecto de prácticas curriculares de la Clínica Legal en Derechos Fundamentales de la
U.S.**

Sevilla, 8 de junio de 2021



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. ANÁLISIS

1- DERECHO INTERNACIONAL. MARCO GENERAL

2- DERECHO INTERNO. EL MARCO CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

2.2. IGUALDAD ANTE LA LEY: NO DISCRIMINACIÓN

2.3. DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

2.4. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCION DE DATOS PERSONALES

2.5. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y MORAL. EL DERECHO A LA SALUD

2.6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

A) Participación política directa e indirecta (artículo 23.1 CE)

B) Acceso a la función pública (artículo 23.2 CE)

2.7. DERECHO A LA EDUCACIÓN

2.8. RELACIÓN ENTRE LA CIUDADANÍA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

A) La notificación administrativa

B) Notificaciones tributarias

C) Potestad sancionadora de la administración

D) La tutela judicial efectiva

III. CONCLUSIONES FINALES



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico nos ha llevado hacia una sociedad digital, basada en la información y la transmisión del conocimiento, permitiéndonos un fácil acceso al mismo a través de internet y los dispositivos digitales. La introducción de herramientas tan fundamentales como internet y el teléfono móvil, así como la combinación de ambos en teléfonos móviles inteligentes, y su uso generalizado por la población son muestras de este desarrollo, generando la aparición de una ciudadanía potencialmente formada e informada, que dispone de medios que facilitan y agilizan el camino para interactuar en el espacio público a diferentes niveles: social, cultural, político, educativo, e incluso sanitario. Pero si bien las tecnologías de la información y las comunicaciones pueden ser una herramienta para acceder a la sociedad de la información, para ciertos sectores de la población pueden también convertirse en factores de exclusión.

En este contexto de digitalización de buena parte de nuestras comunicaciones, privadas y con los poderes públicos, es importante recordar, ante todo, que ésta debe acomodarse a nuestro marco constitucional, muy concretamente a los derechos fundamentales en él reconocidos. Muchos de esos derechos se ejercen y se disfrutan en las redes sociales, en los medios de comunicación social, en Internet, donde existen interacciones con otros individuos a través de las plataformas digitales. Es por ello importante tomar conciencia de que las personas gozamos en el mundo digital de los mismos derechos que en nuestras interacciones analógicas, sin que las plataformas de comunicación puedan o deban afectar al ámbito de protección de los mismos. Es tanto más importante si tenemos en cuenta que, según el Instituto Nacional de Estadística (INE), en el año 2020 en España, el 93,2% de la población, de 16 a 74 años, ha utilizado Internet en los últimos tres meses, 2,5 puntos más que en 2019. Esto supone un total de 32,8 millones de usuarios¹. La pregunta que surge ahora es, ¿qué sucede con el 6,8% restante?

La situación anterior se ve reproducida en nuestras interacciones con los poderes públicos. En los últimos años, venimos asistiendo a un proceso de digitalización de la

¹ INE. (2020). *Población que usa Internet (en los últimos tres meses). Tipo de actividades realizadas por Internet*.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Administración Pública impulsado directamente por Europa. Las nuevas tecnologías han pasado a ocupar un lugar primordial en el desenvolvimiento de la vida de la ciudadanía y en las relaciones de ésta con los distintos organismos del Estado. A ello ha venido a sumarse la situación sanitaria provocada por la COVID-19, en que las limitaciones al contacto físico entre personas han hecho patente la necesidad de aumentar el ritmo de digitalización de distintos servicios, mejorando y facilitando el acceso a éstos por parte de la ciudadanía. El ejercicio y la tutela de nuestros derechos fundamentales frente a los poderes públicos ha de extenderse con las mismas garantías al mundo digital. Ahora bien, por encima de todo ello, no podemos olvidar que uno de los mayores problemas que presenta la implantación de la Administración electrónica para el ejercicio, disfrute y tutela de los derechos fundamentales es la dificultad que puede provocar en ese ejercicio y disfrute para aquellas personas que no tienen acceso a la misma. Es lo que se conoce como “brecha digital”. Los efectos de esta “brecha digital” van ciertamente más allá de la relación de la ciudadanía con los poderes públicos. En relación con éstos, con todo, esta brecha puede traducirse en vulneración de derechos fundamentales, entre ellos el derecho a no sufrir discriminación. De ahí la importancia de abordarla.

La llamada brecha digital viene condicionada por distintos factores, entre los que se encuentran las siguientes situaciones, o combinaciones diversas de las mismas:

- **ACCESIBILIDAD.** Hay personas que, por razones geográficas, técnicas o económicas, carecen de la posibilidad de acceder a los medios técnicos (dispositivos y/o redes de conexión) necesarios para poder relacionarse con la Administración de forma telemática.
- **FORMACIÓN DIGITAL PREVIA O ACOMPAÑAMIENTO.** Aun pudiendo acceder a dichos medios técnicos, hay personas que carecen de la habilidad o de los conocimientos suficientes para manejar las nuevas tecnologías, por falta de formación, por edad, como consecuencia de una diversidad funcional, u otros motivos.
- **OPCIÓN POR LA CIUDADANÍA ANALÓGICA.** Aun teniendo acceso a medios técnicos, así como habilidad y conocimientos para manejarlos, hay personas que optan por no hacerlo por motivos diversos, generalmente relacionados con los riesgos que de los medios tecnológicos se derivan para ciertos derechos fundamentales, que en



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

especial invaden, cada vez más, amplias zonas de la personalidad, como la intimidad, y afectan al libre desarrollo de la personalidad. Se trata, cómo no, de una opción legítima.

En atención a todo ello nos encontramos con que las nuevas tecnologías nos obligan, de un lado, a garantizar los derechos fundamentales de la ciudadanía en sus interacciones digitales y, de otro, a garantizar también que la digitalización no supone una amenaza para la ciudadanía analógica en el disfrute y ejercicio de esos mismos derechos. La necesidad de atajar ésta última, la brecha digital, constituye el objeto de este informe.

La urgencia de abordar la brecha digital se ha puesto tanto más de manifiesto en el marco de las medidas que han circundado el confinamiento impuesto por la pandemia de COVID-19. De un lado, el confinamiento ha llevado a la población a un mayor consumo de internet y a realizar determinadas actividades a través de medios informáticos: educación online y teletrabajo se han extendido hasta niveles hasta entonces no experimentados. De otro lado, ha puesto también de manifiesto que la expansión del mundo digital no está teniendo lugar de forma igualitaria. Antes al contrario, el confinamiento ha dejado en evidencia las dimensiones y relevancia de la brecha digital.

Casi la mitad de los habitantes del planeta - alrededor de 3.600 millones de personas – carecen de acceso a la red, según advertía a finales de 2019 la Unión Internacional de Telecomunicaciones (UIT), el organismo especializado de la Organización de las Naciones Unidas (ONU).² Según la UNESCO³, factores como la zona geográfica, los recursos económicos, el sexo-género, la edad, la educación o la lengua son determinantes, y se convierten en aspectos que influyen directamente en la brecha digital, convirtiéndose en una de las materias más afectadas por la digitalización de la sociedad. Mención especial merece el hecho de que el uso y el acceso a las TIC está produciendo lo que se conoce como “brecha digital de género”, fruto no sólo del menor número de mujeres usuarias de las TIC, sino también de la persistencia de desigualdades estructurales específicas de género que constituyen barreras

² *Nuevos datos de la UIT indican que, pese a la mayor implantación de Internet, la brecha de género digital sigue creciendo.* (2019, 5 diciembre). ITU. <https://www.itu.int/es/mediacentre/Pages/2019-PR19.aspx>

³ Oxfam, E. (2019, 1 marzo). *Brecha digital de género: qué es y cómo superarla.* Oxfam Intermón. <https://blog.oxfamintermon.org/brecha-digital-de-genero-que-es-como-superarla/>



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

para el acceso a las mismas y su uso. De ahí la necesidad de medidas que incentiven en toda su extensión el acceso de las mujeres a las Tics en condiciones de igualdad con los hombres.

II. ANÁLISIS

1. DERECHO INTERNACIONAL. MARCO GENERAL

No existe, en el panorama internacional, una norma única que recoja todos los derechos digitales a nivel europeo. Estos están más bien distribuidos en diferentes normas que afectan a aspectos concretos (transparencia, protección de datos, ciberseguridad, neutralidad de red) del uso de datos personales en el espacio digital. En paralelo, existen numerosas iniciativas gubernamentales y de la sociedad civil que abordan la problemática de los derechos digitales.⁴

Hemos de partir de la base de que la normativa internacional y europea de protección de derechos es de aplicación a nuestro actual contexto digital, y ofrece por tanto base jurídica para eliminar la brecha digital en el acceso a derechos y servicios públicos. Es el caso, por ejemplo, del derecho a la participación ciudadana y al acceso a la función pública, tutelado por el Artículo 21.1.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (*“Toda persona tiene derecho a participar en el gobierno de su país, directamente o por medio de representantes libremente escogidos. Toda persona tiene el derecho de acceder, en condiciones de igualdad, a las funciones públicas de su país”*). En la misma línea, el Artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce y ampara el derecho de la ciudadanía a participar en la dirección de los asuntos públicos, a votar y a ser elegida/o, y a tener acceso a la función pública.

El problema es que con frecuencia el reconocimiento de este u otros derechos no viene adaptado a las exigencias de su ejercicio y tutela en la era digital. Un buen ejemplo es la introducción que hace el Tratado de Lisboa de la denominada *“iniciativa ciudadana europea”* (2012) como nuevo instrumento de democracia participativa en la Unión, la cual permite a un millón de ciudadanos de la Unión que residan en al menos una cuarta parte de los Estados

⁴ V.gr. European Digital Rights (EDRi). Asociación sin ánimo de lucro internacional. Formada por 33 organizaciones de 19 países europeos, su objetivo es *“promover, proteger y defender los derechos humanos y las libertades fundamentales en el entorno digital”*



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

miembros instar a la Comisión a presentar una propuesta de acto jurídico para aplicar los Tratados de la Unión. El problema es que la única forma de realizar esta iniciativa es de forma telemática, sin dar alternativas a aquellas personas que no tienen acceso a los medios electrónicos, o que por propia voluntad no quieran utilizarlos, impidiendo a su vez, que ejerzan, a nivel europeo, su derecho a la participación ciudadana.

A nivel internacional y europeo, con todo, es cada vez mayor la preocupación por que la salvaguarda de los derechos se extienda también a los entornos *on-line*. La estrategia del Consejo de Europa para el periodo 2012-2015 sobre gobernanza en Internet contiene en su segunda línea de acción una referencia específica a las actuaciones para la protección de los derechos y libertades de sus usuarias/os. En particular, destaca la necesidad de elaborar un listado de los derechos humanos en la red, las posibles limitaciones a estos derechos y las posibilidades de recurso ante la vulneración de estos derechos, que se den a conocer a todos los usuarios.

En abril de 2014 se publicó una guía de los derechos humanos para los usuarios de Internet, dentro de la Recomendación CM/Red (2014) adoptada por el Consejo de ministros del Consejo de Europa, que responde a esta necesidad de información a los ciudadanos, y que enumera los siguientes derechos fundamentales:

- Derecho de acceso y de no discriminación.
 - Derecho a la libertad de expresión e información.
 - Derecho de reunión, asociación y participación.
 - Protección de la privacidad y de los datos personales.
 - Derecho de acceso a la educación *on-line*, a contenidos culturales y a conocimientos básicos de Internet.
 - Protección y orientación especial para niños y jóvenes.
 - Derecho a interponer recursos efectivos ante restricciones y violaciones de estos derechos y libertades.
-



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Especial preocupación ha mostrado la Unión Europea por la adaptación del derecho a la educación a la era digital. El Parlamento Europeo ha detectado que durante los meses que duró el confinamiento durante la gestión de la COVID-19, los países miembros de la Unión Europea presentaron grandes diferencias a la hora de garantizar el acceso a la educación. En algunos países hubo hasta un 32% de alumnos que no recibieron clases durante varios meses, debido a la dificultad y a la falta de preparación en el desarrollo de la enseñanza virtual. Esto se tradujo en una disminución significativa del nivel académico de las generaciones afectadas, condicionando sus ingresos futuros y competitividad laboral.

En una consulta pública realizada en 2020 por parte de la Comisión Europea⁵, y en el que participaron una gran variedad de países como Rumanía, Portugal, España, Bélgica, Italia, Alemania, Bulgaria o Francia, casi el 60% de los encuestados no había recurrido al aprendizaje a distancia y online antes de la crisis, el 95% considera que la crisis de la COVID-19 supone un punto de inflexión en el uso de la tecnología en la educación y formación, según los encuestados, los recursos y contenidos de aprendizaje online deben ser más adecuados, interactivos y fáciles de usar y más del 60% considera que ha mejorado sus capacidades digitales durante la crisis, y más del 50% quiere mejorar aún más. Al margen de esta consulta, muchos hogares de bajos ingresos no tienen acceso a ordenadores, y el acceso de banda ancha a Internet presenta grandes variaciones en la Unión Europea según los ingresos de las familias. Por lo demás, más de uno de cada cinco jóvenes de toda la Unión Europea no logran alcanzar un nivel básico de capacidades digitales, y menos del 40% de los educadores se considera preparado para utilizar tecnologías digitales para dar clase, con grandes diferencias entre los países de la Unión Europea.

Ante estos datos el Parlamento Europeo ha convertido el cierre de la brecha digital en un objetivo prioritario, instando a la Comisión a invertir en conectividad y equipamiento, sobre todo en zonas remotas y rurales, así como en formación y apoyo tecnológico para los profesores y formadores. La Comisión ha adoptado un nuevo Plan de Acción de Educación Digital, que usa las carencias destapadas durante la crisis del COVID-19 en el sector educativo como referencia para lograr un ecosistema educativo digital de alto rendimiento con competencias digitales reforzadas para la transformación digital. Con un período de tiempo estipulado que

⁵ Sobre dicha consulta, véase https://ec.europa.eu/education/education-in-the-eu/digital-education-action-plan_es



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

va desde 2021 al 2027, se hace un llamamiento a los Estados miembros de la Unión Europea, para que cooperen en aprender de la crisis de la COVID-19, durante la cual se está utilizando la tecnología a una escala sin precedentes para fines de educación y formación, y para adecuar los sistemas de educación y formación a la era digital. Esto requiere, por un lado, una mejora en las capacidades y competencias digitales básicas desde una edad temprana, potenciando la alfabetización digital, la educación informática y el buen conocimiento y comprensión de las tecnologías intensivas; y por otro, un impulso en las capacidades digitales avanzadas, para que se generen más especialistas en carreras y estudios digitales.

Para ello, la Comisión se compromete a desarrollar directrices comunes para el profesorado y personal educativo respecto al uso de la educación y la formación, como medio para fomentar la alfabetización digital y abordar la desinformación, a actualizar el Marco Europeo de Competencias Digitales para que incluya la inteligencia artificial y las capacidades relacionadas con los datos, y apoye el desarrollo de recursos de aprendizaje de inteligencia artificial para centros educativos, organizaciones de educación y formación profesionales (EFP) y otros proveedores de formación, a crear un certificado europeo de capacidades digitales (EDSC) reconocido y aceptado por todos los gobiernos, los empleadores y otros agentes de toda Europa y a fomentar una mayor participación en el Estudio Internacional de Alfabetización Informática.

El compromiso de la Unión Europea con la superación de la brecha digital en materia educativa pone de manifiesto el respaldo europeo con que cuentan nuestros derechos fundamentales, y su relevancia cuando se está dirimiendo su disfrute y tutela en contextos afectados por la brecha digital. Este respaldo se pone especialmente de manifiesto en materia educativa, pero es trasladable a todos los derechos, en la medida en que su disfrute real y efectivo no puede venir menoscabado por ninguna de las circunstancias que se encuentran detrás de la brecha digital.

2. DERECHO INTERNO. MARCO CONSTITUCIONAL Y SU DESARROLLO

Conviene empezar el análisis del marco normativo constitucional aplicable a este estudio mencionando los preceptos constitucionales que creemos más relevantes para el



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

mismo. En este sentido, tenemos que partir de la vinculación de la ciudadanía y los poderes públicos a la Constitución y al ordenamiento (artículo 9.1 CE), del principio pues de legalidad (artículo 103 CE). Y tenemos que partir de derechos que se ven afectados: el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación (artículo 14 CE); el derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE); el derecho a la intimidad personal y familiar (artículo 18 CE) y a la protección de datos personales (artículo 18.4 CE); el derecho a la vida, a la integridad física y la protección de la salud (artículos 15, 43 CE); el derecho de participación política (artículo 23 CE), el derecho a la educación (artículo 27 CE); y la comunicación con los poderes del Estado, que incluye garantías en el marco de la potestad sancionatoria de la administración (artículo 25.3 CE) o del derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24 CE).

Más allá de los derechos fundamentales, resultan también relevantes los principios rectores de la política social y económica incluidos en el capítulo III del Título I de la Constitución. Destacan, entre ellos, el artículo 39.1 CE (*“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”*); y el artículo 50 CE (*“Los poderes públicos [...] promoverán el bienestar de los ciudadanos en la tercera edad mediante un sistema de servicios sociales que atenderán sus problemas específicos de salud, vivienda, cultura y ocio”*)⁶. Señalamos con ocasión a este artículo, y como más adelante trataremos, la dificultad añadida de la tercera edad de dominar el medio electrónico, como razón suficiente para que los poderes públicos legislen de acuerdo a estas realidades.

Contamos además con normas constitucionales que nos permiten situar todos los anteriores en el marco de un sistema coherente de tutela de derechos fundamentales. Destacan entre ellos el artículo 1.1, que reconoce la igualdad, la justicia, la libertad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento; el artículo 10.1, que erige el respeto de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de su personalidad en fundamento del orden político y la paz social; el artículo 9.2, que obliga a los poderes públicos a *“promover las condiciones para que la igualdad y la libertad de los individuos y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y*

⁶ Los artículos 39.1 y 50 son ejemplos de mandatos constitucionales a la actividad de fomento administrativa, que abarca todo el espectro de actuaciones relativas al progreso económico, empleo, sanidad, familia, juventud, tercera edad, cultura, patrimonio histórico, cultural y artístico y deportes; y cuyo fundamento constitucional es el artículo 9.2 CE.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”; o el artículo 10.2, que vincula nuestros los derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos con el derecho internacional, obligando que la interpretación de los primeros se realice de conformidad con la Declaración Universal de los DDHH y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España.

2.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Nuestro punto de partida no puede ser sino el principio de legalidad. Según el artículo 9.1 CE, la ciudadanía y los poderes públicos *“están sujetos a la constitución y al ordenamiento jurídico”*. Y según el artículo 103.1 CE, *“la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con pleno sometimiento a la ley y al Derecho”*. Con base en este artículo nos encontramos con que, como no podía ser menos, la Administración electrónica está sujeta a las limitaciones establecidas a nuestro marco jurídico, con la Constitución a su cabeza, incluidos los derechos fundamentales, valores y principios constitucionales que lo rigen.

Entendemos por derechos fundamentales aquellos derechos constitucionalmente reconocidos que, en cuanto que normas constitucionales, vinculan directamente a todos los poderes públicos y que, en cuanto que derechos subjetivos, son directamente reivindicables ante los tribunales de justicia. Estos son, en el ordenamiento español, todos los reconocidos en el Capítulo II del Título I de la Constitución (artículo 53.1 CE). Se trata de derechos que ocupan un lugar fundamental en la esfera jurídica del individuo. Ese lugar deriva del sometimiento de los poderes públicos a la CE, y se deduce ante todo en la obligación negativa del Estado de no lesionar la esfera individual o institucional protegida por los derechos fundamentales. Dicha obligación no significa que los poderes públicos no puedan restringir el disfrute o ejercicio de derechos concretos. Significa más bien que su restricción debe estar suficientemente justificada y motivada. En concreto, cualquier restricción de un derecho fundamental por parte de cualquier poder público (que son las que aquí nos interesan) debe respetar su contenido esencial (artículo 53.2 CE), y atenerse a lo que se conoce como “principio de proporcionalidad”. Este



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

principio impone a los poderes públicos la obligación de justificar cualquier restricción de cualquier derecho fundamental con base en el siguiente razonamiento (véase por todas la STC 55/1996, FJ 6):

1- La restricción persigue un fin constitucionalmente legítimo

2- El medio articulado para alcanzarlo satisface tres requisitos

a) Es adecuado (idóneo) para llegar a ese fin, es decir, es un medio apto para la consecución del objetivo que se pretende lograr.

b) Es estrictamente necesario (imprescindible) para alcanzarlo, es decir, no es evidente la existencia de otro medio obviamente menos lesivo de ese o de otro derecho fundamental que permita alcanzar el mismo fin.

c) Es proporcionado en sentido estricto, es decir, los perjuicios que ocasiona a derechos o principios constitucionales no son mayores que los beneficios constitucionales que con él se consiguen; esto es, “*entre la lesión del derecho y el fin constitucional que con ella se quiere alcanzar no puede haber un «desequilibrio patente y excesivo o irrazonable»*” (STC 55/1996, FJ 6)

De lo anterior se desprende, además, que son los poderes públicos quienes tienen la obligación de justificar toda limitación de un derecho fundamental, no estando sujetos sus titulares a la obligación de justificar su ejercicio. En supuestos de restricciones de derechos fundamentales, en definitiva, la carga de la argumentación recae sobre los poderes públicos (*ibídem*).

Es más, el sometimiento de los poderes públicos a los derechos fundamentales no sólo les impone obligaciones negativas, de no lesionar la esfera individual protegida por los mismos. Se traduce también en la imposición de obligaciones positivas de contribuir a su eficacia, de proporcionar a la ciudadanía los medios y el contexto que permitan hacerlos valer, y ello aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Esa obligación está implícita en el reconocimiento de cada derecho fundamental (véase por todas la STC 53/1985, FJ 4), y está explicitada en el artículo 9.2 CE, que como hemos visto impone a los poderes públicos la



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

obligación de “*promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*”.

A la luz de todo lo anterior, debemos preguntarnos si, en la medida en que dificulta o restringe derechos fundamentales, la digitalización de la Administración Pública en su relación con los ciudadanos es constitucionalmente admisible.

2.2. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA IGUALDAD ANTE LA LEY Y A NO SUFRIR DISCRIMINACIÓN

El artículo 14 CE dispone que “*los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social*”.

La igualdad, proclamada en el artículo 1.1 CE como valor superior del ordenamiento jurídico, aparece consagrada en el artículo 14 CE como un derecho fundamental. Se trata del derecho a la **igualdad de trato ante la ley** (entendida aquí la ley como sinónimo de norma jurídica), tanto en su contenido como en su aplicación. Se trata pues del derecho a la igualdad de trato por parte de los poderes públicos, salvo en aquellos supuestos en que una diferencia de trato esté suficientemente justificada (STC 1/1984, 16 de enero⁷). Cabe pues la diferencia de trato, pero ésta está sujeta a una presunción *iuris tantum* de inconstitucionalidad. Esta igualdad de trato conecta con la idea de interés general al que están supeditadas todas estas diferenciaciones legislativas o ejecutivas. Este se traduce, en el ámbito de la administración pública, en los criterios de objetividad, razonabilidad y proporcionalidad que rigen su funcionamiento (artículo 103 CE), y en la obligación de motivación y justificación que imponen de justificar todo trato diferenciador, obligación que ha de medirse en función de la relevancia de la diferencia de trato que se realiza.

⁷ Tribunal Constitucional: «el principio de igualdad no queda lesionado si se da un tratamiento diferente a situaciones que también lo son, si la diferencia de trato está justificada por ser razonable, y no ofrecer, por consiguiente, carácter discriminatorio»



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

El artículo 14 CE reconoce también el **derecho a no sufrir discriminación**, entendido como el derecho a no ser objeto de diferencias injustificadas de trato por parte de los poderes públicos o de cualquier persona física o jurídica, no ya a título personal, sino como integrante de un determinado colectivo social. La dimensión colectiva del derecho a no sufrir discriminación está implícita en el artículo 14 CE y los motivos sospechosos de discriminación que enumera, si bien a modo de lista abierta. Aparece también explicitada en el artículo 9.2 CE arriba mencionado, que como hemos visto impone a los poderes públicos la obligación de promover las condiciones para que las condiciones de igualdad y libertad sean efectivas en el individuo, teniendo todos la posibilidad de participar en las distintas esferas de la vida pública.

La doctrina y la jurisprudencia distinguen entre distintas modalidades de discriminación, siendo la más relevante la diferencia entre discriminación directa y discriminación indirecta. Se entiende por discriminación directa a la situación en la que una persona o grupo de personas sufre un trato diferenciado y perjudicial sobre la base de una categoría sospechosa. La discriminación indirecta, por su parte, tiene lugar cuando el trato diferenciado es el resultado de la aplicación de una norma aparentemente neutra, pero de la que se deriva un impacto diferencial perjudicial para los miembros de un grupo o colectivo postergado en términos sociales, políticos, económicos u otros, y que se encuentran pues protegidos como tales por una cláusula antidiscriminatoria.

A lo anterior se suman los supuestos de discriminación interseccional, entendiendo por tal la que se produce como consecuencias de dinámicas discriminatorias, directas o indirectas, que afectan específicamente a colectivos que se encuentran en la intersección entre más de un motivo sospechoso de discriminación. No se trata de simples supuestos de doble discriminación o discriminación múltiple, de la suma de los efectos de varias dinámicas discriminatorias (las que en España confluyen, por ejemplo, sobre las mujeres musulmanas). Se trata de supuestos de discriminación que sólo afectan a personas que se encuentran en la intersección entre dinámicas discriminatorias diversas (que sólo afectan pues a las mujeres que son musulmanas, y a las personas musulmanas que son mujeres).

Si cualquier trato diferenciador no justificado vulnera el derecho a la igualdad, la imposición de normas neutras que perjudican a determinados colectivos se traduce en la discriminación indirecta de quienes integran dichos colectivos. Con base en el Artículo 14 CE



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

los poderes públicos deben pues asegurarse de que la digitalización no vulnera el derecho a la igualdad de trato, ni supone una discriminación para personas afectadas por la brecha digital. Antes bien, la conjunción de los artículos 14 CE (derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación), de un lado, y 9.2 CE (obligación de los poderes públicos de promover la participación ciudadana), de otro, obliga a que la digitalización de la democracia no pueda ser sino una vía de apoyo y complemento de la democracia tradicional, poniendo a su disposición las tecnologías de la información y la comunicación. Ello obliga a los poderes públicos a garantizar un tránsito no excluyente hacia la digitalización, garantizando que el acceso a todos los sectores de lo público está abierto a toda la ciudadanía, digitalizada o no. De este modo, la comunicación digital con los poderes públicos (mediante una página Web, utilizando Internet para las manifestaciones políticas, promocionando el voto a través de él, o creando espacios de deliberación) sólo puede resultar en una democracia más fuerte y plural, nunca en la exclusión de colectivos que, por distintas razones, no tengan el mismo acceso a estos medios. Esto significa que, mientras haya población inmersa en la brecha digital, la administración debe seguir articulando vías analógicas de comunicación con la ciudadanía que sean igualmente eficaces y estén efectivamente disponibles.

Los poderes públicos deben, en definitiva, fomentar que todo el mundo tenga el mismo conocimiento de los medios electrónicos, y la misma capacidad de acceso a dichos medios, pero no puede actuar bajo la presunción de que todo el mundo efectivamente goza de uno y de otro, ni de que aun siendo este el caso desea hacer efectivamente uso de los mismos.

2.3. DERECHO A LA LIBERTAD IDEOLÓGICA

El derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE) reconoce la libertad de profesar, expresar y difundir las propias convicciones personales, entendidas como el conjunto de opiniones, puntos de vista y creencias que cada persona tiene sobre el mundo y todo lo que en él se contiene (STC 120/1990, de 27 de junio). En este derecho cabe incluir la opción personal de no comunicarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos, entendida como una modalidad de objeción de conciencia. Hay que tener en cuenta, con todo, que el Tribunal Constitucional ha hecho una lectura restrictiva del ámbito de aplicación de este derecho,



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

limitándose a hacerlo valer en el ámbito de las restricciones al derecho a la vida (artículo 15 CE), en concreto del acceso al aborto y al método anticonceptivo conocido como píldora del día después (SSTC 53/1985, FJ 14; 145/2015). Más allá de este contexto, este Tribunal se ha limitado a afirmar que, con carácter general, *“el derecho a ser eximido del cumplimiento de los deberes constitucionales o legales por resultar ese cumplimiento contrario a las propias convicciones, no está reconocido ni cabe imaginar que lo estuviera en nuestro Derecho o en Derecho alguno, pues significaría la negación misma de la idea del Estado”* (STC 161/1987, FJ 3).

El derecho a la libertad ideológica, y el derecho a la objeción de conciencia reconocido como parte del mismo, ofrece pues base constitucional para resistir el trato digital con las administraciones pública, pero se trata de una base constitucional a la que, más allá de las restricciones del derecho a la vida, la jurisprudencia constitucional otorga escasa solidez. Lo cierto, en todo caso, es que en el caso que nos ocupa la libertad ideológica entra en conexión con otros derechos fundamentales y las condiciones en que cada cual quiere disfrutar de los mismos en los términos de su elección. Es el caso, como enseguida veremos, de los derechos a la intimidad y a la protección de datos.

2.4. DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

Artículo 18 CE. El derecho a la intimidad

1. *Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.*
4. *La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.*

Podemos definir el derecho a la intimidad como el derecho a controlar el acceso a nuestras zonas de retiro y de secreto por parte de terceras personas. El derecho a la protección de datos personales conecta con esta idea de intimidad, pero es un derecho fundamental con entidad propia, consistente en la capacidad de toda persona de controlar, no ya sus zonas de retiro y de secreto, sino sus datos personales, y a disponer y decidir sobre el acceso a los mismos (STC 292/2000, de 30 de noviembre).



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Se considera un dato personal cualquier información numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica o de cualquier tipo que permita la identificación unívoca de personas físicas. Para el desarrollo de la actividad cotidiana en el mundo digital es necesario facilitar datos personales que permitan hacer uso de los servicios digitales por parte del individuo. Esto supone la cesión de nuestros datos a terceros, cuyo control en gran medida perdemos.

Más allá del artículo 18.4 CE, el derecho a la protección de datos se encuentra reconocido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (artículo 16.2) y en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículo 8). El Reglamento General de Protección de Datos se convierte, así, en la norma de cabecera en lo que afecta al derecho fundamental a la protección de datos personales.

Resulta complicado confiar en que la información proporcionada a las Administraciones o a cualquier ente va a estar protegida, puesto que en el momento en el que se proporcionan datos personales para formalizar las notificaciones se pierde el control y la garantía de salvaguardar los derechos tutelados por el artículo 18 CE. De esta forma, nos encontramos con un derecho que refuerza la posición jurídica de quienes no quieren digitalizarse. Esta posición va pues más allá del ejercicio del derecho a la libertad ideológica (artículo 16 CE) para afectar al disfrute de los derechos a la intimidad y protección de datos en los términos que decida cada cual, algo especialmente relevante en el marco de derechos cuyo disfrute gira en torno a opciones personales de su titular y se articula en torno al control que éste/a ejerza sobre el acceso de terceras personas a zonas o datos propios. No se puede exigir a una persona administrada que renuncie al disfrute de los derechos reconocidos en los artículos 18.1 y 18.4 CE sin que ello se justifique suficientemente de forma previa con base en el principio de proporcionalidad. Sobre todo, no se le puede exigir a las/os titulares de estos derechos que su disfrute venga a costa de otros derechos también fundamentales cuyo ejercicio, digitalizado, entra en conflicto directo con los primeros.

2.5. DERECHO A LA VIDA Y A LA INTEGRIDAD FÍSICA Y LA PROTECCIÓN DE LA SALUD



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Dentro del desarrollo del individuo en la sociedad, la protección de la salud se ve afectada por la digitalización de las relaciones con las administraciones públicas.

Actualmente no es fácil negar el papel de las TIC en el campo de la salud. A medida que aumenta la utilización de la ciber salud, cobra mayor importancia el objetivo de recibir una atención más eficiente, eficaz y personalizada, y la ciudadanía utiliza y comparte activamente información con miras a obtener mejores servicios, precios y tratamientos. Durante años se han promovido las TIC como un motor impulsor del desarrollo y los mercados. En efecto, las TIC han modernizado la sociedad con el fin de crear una mayor facilidad a la hora de solicitar una cita médica, recibir la comunicación de determinados resultados o tratamientos complementarios. pero subsisten importantes brechas en el acceso a esas tecnologías. Sin embargo, la digitalización se ha convertido en estos últimos tiempos en una barrera para los trámites de acceso a la sanidad pública, trámites que, si bien la aceleran y acercan a cierto público, para otro sector de la población se ha convertido en un obstáculo, sea por motivos de edad, económicos, por diversidad funcional, entre otros, o sea por la decisión personal de preservar ciertos derechos mediante la opción por una ciudadanía analógica. Esta situación se ha visto intensificada durante la gestión de la pandemia, que ha reforzado las inequidades que en el acceso a la salud se derivan de la brecha digital.

Al abordar este problema tenemos que enfrentarnos al lugar que nuestro ordenamiento otorga al derecho a la salud. El artículo 43 CE *“reconoce el derecho a la protección de la salud”* y encomienda a *“los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través [...] de las prestaciones y servicios necesarios”*, mandato que conlleva la necesidad de que exista disponibilidad y accesibilidad a los bienes y servicios relacionados con la salud de forma igualitaria y sin discriminación. El llamado “derecho” a la protección de la salud, con todo, se encuentra regulado en el Título I, Capítulo III de la Constitución, que lleva por rúbrica *“De los principios rectores de la política social y económica”*. No nos encontramos pues ante un derecho fundamental, directamente vinculante para los poderes públicos, que el artículo 53.1 CE circunscribe al Capítulo II del Título I de la Constitución. Nos encontramos más bien ante un principio rector de la política social y económica, cuyo papel constitucional podemos sintetizar de la siguiente forma (artículo 53.3 C):

- No vinculan a los poderes públicos, sino que meramente informan su actuación;



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

- Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria, en la medida en que estos tengan desarrollo legislativo y en los términos del mismo.

En lo que concierne al desarrollo legislativo del artículo 43 CE, y a nivel estatal, resulta necesario destacar, de un lado, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, General de Salud Pública, que consagra en su artículo sexto el derecho de todas las personas a que las actuaciones de salud pública se realicen en condiciones de igualdad. De otro lado, la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud, reconoce como principio informador de la misma *“la prestación de los servicios a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en condiciones de igualdad efectiva y calidad”* (artículo 2), y posteriormente garantiza el acceso igualitario a dichas prestaciones sanitarias (artículo 23).

A nivel autonómico, la legislación sanitaria en Andalucía se pronuncia en una línea similar. Así, la Ley 16/2011, de 23 de diciembre, de Salud Pública de Andalucía fomenta en su artículo 5 la solidaridad y la equidad en materia de salud pública garantizando su acceso a toda la población y consagra en el artículo 16. 1. d). el *“derecho a no sufrir discriminación en el reconocimiento y en el acceso a los servicios de salud pública”*. Esta ley otorga un papel relevante a las TIC, incidiendo en su Título VI en su importancia para la investigación y la innovación en salud pública, poniendo de relieve el valor añadido que estas actividades generan para otorgar ganancia a la ciudadanía. Igualmente, en él se abordan la incorporación de las nuevas tecnologías en la gestión y la participación en las redes del conocimiento en salud pública.

Ahora bien, la implantación de las TIC de forma generalizada en las relaciones entre el sistema sanitario y la ciudadanía no puede venir a costa de la garantía de acceso igualitario al mismo, con exclusión de determinados sectores de la población, ya sea por la escasez de recursos digitales de la población, por la falta del conocimiento adecuado, o por otras circunstancias anteriormente expuestas como agravantes de la brecha digital. Contra este escenario parece blindarse la Ley de Salud Pública de Andalucía, cuyo artículo 14 reconoce el derecho de las personas en situación de especial vulnerabilidad (menores, mayores, dependientes, en riesgo de exclusión social, etc.) a disfrutar de programas de salud pública específicos o adaptados a sus necesidades especiales. En él debe considerarse incluida la posibilidad de que las personas en tal situación se acojan a un sistema de comunicación y



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

atención sanitaria no informatizada, es decir, que no requiera el empleo por parte de dichas personas de los medios electrónicos. No podemos olvidar, por lo demás, a aquellas personas que no se digitalizan, no por una imposibilidad física o material, sino en ejercicio de sus derechos a la libertad ideológica, a la intimidad y a la protección de datos a que más arriba se hizo referencia.

A lo anterior hay que sumar la conexión entre el derecho a la protección de la salud y el derecho fundamental a la vida y a la integridad física y moral (artículo 15 CE). Y es que, pese a que el llamado derecho a la salud no es sino un principio rector dentro de la Constitución Española, sin capacidad de vincular directamente a los poderes públicos, el Tribunal Constitucional ha establecido una conexión entre este principio rector y el derecho a la vida y a la integridad física. El artículo 15 es el encargado de dar carta de naturaleza de derecho fundamental a algo que no lo es, es decir, el derecho a la salud.

El artículo 15 de la CE dispone que todas las personas tienen derechos a la vida y a la integridad física y moral, a su vez prohíbe los tratos inhumanos y degradantes y el sometimiento a la tortura. Este artículo abre la Sección 1.^a del Capítulo II del Título 1 de la CE, sección que lleva por título *De los derechos fundamentales y de las libertades públicas*. Este enclave da señal de la prioridad del Constitucional a la hora de defender los derechos que en el artículo se contienen frente a otros derechos fundamentales. Los mismos ocupan un lugar fundamental en la esfera del individuo y en la afectación a los poderes públicos. A la cabeza del artículo 15 CE se encuentra el derecho a la vida como *derecho fundamental, esencial y troncal*. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional puso de relieve en la STC 53/1985 que la protección de la persona es un *supuesto ontológico sin el que los restantes derechos no tendrían existencia posible*. Como tal, la obligación de los poderes públicos respecto de este derecho ha sido enfatizada en la jurisprudencia constitucional, que no la reduce a la obligación negativa del Estado de no lesionar, sino que la hace abarcar también la obligación positiva de contribuir a la eficacia de tales derechos, y de los valores que representan, aun cuando no exista una pretensión subjetiva por parte del ciudadano. Tal es la importancia que el Tribunal Constitucional ha dado a las obligaciones positivas del Estado en el ámbito del derecho a la vida que, en contextos muy restringidos, en concreto en el marco de relaciones de sujeción especial con el Estado, ha insistido en que dichas obligaciones están por encima de la voluntad



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

de los titulares del derecho de no protegerlo (STC 120/1990). En dichos contextos de relaciones de sujeción especial, los poderes públicos tienen *el deber de adoptar las medidas necesarias para proteger la vida y la integridad física de las personas sin tener que contar para ello con la voluntad de sus titulares*. (STC 120/1990, de 27 de junio, FJ 7).

Lo que aquí interesa destacar es que el Tribunal Constitucional ha conectado estos derechos, basilares dentro de nuestro sistema de derechos fundamentales, con el derecho a la protección de la salud previsto como principio rector de la política social y económica en el artículo 43 CE. En concreto, la STC 35/1996 se refiere en su FJ 3 a que *el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, deben entenderse comprendido dentro del derecho a la integridad personal*.

Esta jurisprudencia trae causa de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En el marco jurídico europeo de protección de los derechos humanos, el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no contempla el derecho a la salud directamente, pero sí incluye la protección de este en su artículo 8.2, en relación con el derecho al respeto en la vida privada y familiar. En este se ha basado el TEDH para desarrollar una jurisprudencia que pone en conexión el derecho a la salud con el derecho a la integridad física. Cabe destacar algunas sentencias en este sentido, como la STEDH de 9 de diciembre de 1994, caso *López Ostra vs. España*; la de 19 de febrero de 1998, caso *Guerra y otros vs. Italia*; la de 16 de noviembre de 2004, caso *Moreno Gómez vs. España*, entre otras. Este tribunal ha señalado que en ciertos casos el derecho a la salud entra en conexión con el derecho a la integridad física. Es el caso de los supuestos de negligencias médicas, de la tutela de la salud mental, de la bioética, o el derecho a un medioambiente saludable, aunque este último no esté recogido explícitamente en el convenio. El TC español ha incorporado esta línea jurisprudencial en sus propias decisiones. Véanse las SSTC 119/2001, 16/2004 o 150/2011. En todas ellas, el TC ha seguido la línea del TEDH referida, en el sentido de que el derecho a la protección de la salud es inherente a la persona, y por ello, está ligado a la integridad física de esta y, en última instancia, a su derecho a la vida.

En este sentido, la STC 207/1995 FJ.2 resalta la conexión del derecho a la integridad física con el derecho a la salud, mientras la STC 35/1996 afirma en su FJ 3 que *el derecho a la salud, o mejor aún, a que no se dañe o perjudique la salud personal, queda comprendido en*



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

el derecho a la integridad personal. Ciertamente, y según el Tribunal Constitucional, no todo supuesto de riesgo o daño para la salud implica una vulneración del derecho fundamental a la integridad física, sino tan solo el que genere un peligro grave y cierto para la misma. Realmente esto es lo determinante para que esté comprometido el artículo 43.1 en relación con el artículo 15 CE. Ahora bien, el artículo 15 CE queda comprometido tanto si el riesgo ha quedado constatado, como si no se ha verificado aún, pero no puede descartarse a la vista de las circunstancias del caso, resultando esto último suficiente para activar la protección constitucional.

Dado que no cualquier situación de riesgo para la salud está cubierta por el artículo 15 CE, nace una obligación probatoria que recae en la parte actora. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional establece que quien demanda la tutela frente al peligro para la salud debe probar adecuadamente su existencia, demostrando la relación de causalidad entre las medidas impugnadas y las consecuencias lesivas que pretende evitar (SSTC 62/2007, de 27 de marzo, y 160/2007, de 2 de julio). Para ello, y según lo expuesto, no bastará con acreditar en abstracto que una determinada actividad es peligrosa o puede serlo, sino que tendrá que justificarse que puede llegar a serlo *en ese concreto caso* y, específicamente, *para quien formula la denuncia*. Ello es así porque no nos encontramos ante una intromisión en el ejercicio de un derecho por parte de los poderes públicos (vulneración de sus obligaciones negativas), sino ante deficiencias en la articulación por parte de éstos de mecanismos de disfrute del mismo (vulneración de sus obligaciones positivas).

De lo anterior se desprende, en lo que aquí nos concierne, que quien entienda que su derecho fundamental a la salud (artículos 15 y 43 CE) se ha visto afectado por la digitalización del acceso a los servicios sanitarios ha de poner de manifiesto los riesgos que la misma supone para su salud. A partir de ahí, corresponde ya sí a los poderes públicos argumentar que dichos riesgos se justifican con base en el principio de proporcionalidad, en la medida en que suponen un coste proporcional para la satisfacción de otros intereses constitucionales.

Ahora bien, no podemos olvidar la obligación de los poderes públicos de interpretar nuestros derechos fundamentales a la luz de los tratados y acuerdos internacionales en la materia ratificados por España (artículo 10.2 CE). En este sentido, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone que el nivel de vida al cual acceden



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

todas las personas debe cumplir unas condiciones adecuadas entre las que se encuentra la salud y la asistencia médica como uno de los factores para alcanzar dicha cota del nivel de vida. En la misma línea, el artículo 35 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea dispone que: *“Toda persona tiene derecho a la prevención sanitaria y a beneficiarse de la atención sanitaria en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales. Al definirse y ejecutarse todas las políticas y acciones de la Unión se garantizará un alto nivel de protección de la salud humana”*. Una lectura sistemática de los artículos 10.2, 15 y 43 CE nos obliga pues a minimizar la carga argumentativa de quien pretende hacer valer los riesgos que la digitalización tiene para su salud, y a ser exigentes, por el contrario, con la obligación de los poderes públicos de justificar la proporcionalidad de las brechas digitales que puedan existir en el ámbito sanitario.

2.6. DERECHO DE PARTICIPACIÓN POLÍTICA

El reconocimiento constitucional de la participación como derecho fundamental se realiza en el artículo 23 de la Constitución Española (CE), que contiene, a su vez, varios derechos autónomos:

1. Derecho de participación política de forma directa o indirecta, a través del derecho de sufragio, mediante la elección de representantes.
2. Derechos a acceder a funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad. Este se divide en el derecho de sufragio pasivo y en el derecho a acceder a la función pública con base en los principios de mérito y capacidad (artículo 103.3 CE).

En todos estos terrenos, la digitalización de los mecanismos de participación política obliga a la ciudadanía a tener un nivel de conocimiento y acceso a las TIC adecuado, y a ser capaz de utilizarlas para participar en asuntos públicos en la esfera política y social. Tanto el desconocimiento (por falta de formación previa, capacitación o competencias digitales) del uso exigido de las TIC para determinadas acciones, como la incapacidad de participar o acceder a determinados canales son algunos de los motivos que pueden generar una importante brecha



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

digital, privando de igualdad de oportunidades a determinados colectivos a la hora de poder ejercer su derecho a la participación a través de las TIC.

A. Participación política directa e indirecta (artículo 23.1 CE)

El derecho de participación política es instrumental para la construcción y funcionamiento de todo Estado democrático. Se trata de un derecho de contenido estrictamente político, que tan sólo garantiza la conformación de la voluntad política de la ciudadanía, sea a nivel estatal, autonómico o local, mediante elecciones o los conocidos como mecanismos de democracia (semi)directa. Así lo establece el TC, en su STC 51/1984: *“Se trata del derecho fundamental en que encarna el derecho de participación política en el sistema democrático de un Estado social y democrático de Derecho”*. A lo que añade la STC 119/1995: *“fuera del artículo 23 CE queda cualquier otro tipo de participación pues no todo derecho de participación es un derecho fundamental.”* Su objeto es, por lo tanto, la participación política en sentido estricto, tanto directa como a través de representantes.

El Tribunal Constitucional ha precisado, desde la STC 51/1984, anteriormente citada, que la titularidad del derecho corresponde en exclusiva a las personas físicas, sin reconocerla a los partidos políticos (STC 36/1990, de 1 de marzo), a pesar de que estos sean considerados en el artículo 6 CE *“instrumentos fundamentales de la participación política”*. Su carácter instrumental coloca a los partidos en la posición de promoverla concurriendo a su formación y manifestación.

El uso de internet facilita el acceso a información política o de actualidad; la difusión de opiniones propias sobre temas políticos; el contacto con formaciones políticas; la firma de peticiones de carácter político; e incluso las relaciones entre la ciudadanía y sus gobiernos, entre otros. Quienes realizan este tipo de actividad deben tener una motivación previa, un interés por la política o por causas sociales, y, además, si disponen de habilidades digitales, tienen mayor capacidad para actuar y participar en política.

Ahora bien, los mecanismos de participación política deben facilitar la misma sin generar exclusiones sociales, más bien apostando por solventarlas. Y es que nos encontramos ante expresiones del derecho fundamental a la participación democrática, que es el que permite la intervención de los ciudadanos en la conformación, ejercicio y control del poder político.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Dicha participación puede tener lugar de forma indirecta, mediante el derecho de sufragio, o bien directamente. En nuestra Constitución se reconocen básicamente tres fórmulas de democracia que, más que directa, debemos llamar semidirecta, en la medida en que en su funcionamiento entra en juego el sistema electoral. Se trata del referéndum la iniciativa legislativa popular, y el régimen de concejo abierto, que se utiliza para la gestión de algunos municipios.

Junto con estos mecanismos, la Constitución española recoge en su artículo 9.2 CE una referencia a lo que se conoce como democracia participativa (o deliberativa), y que cumple una función complementaria en el sistema democrático. Las Comunidades Autónomas, en las que se haya previsto estatutariamente, tendrán competencias para promover consultas populares no referendarias, entendidas como llamamientos a la ciudadanía o a una fracción de la misma a pronunciarse mediante un sistema de votación sobre un asunto de interés público. La posibilidad de convocar consultas populares no referendarias está reconocida en Cataluña 2014, Andalucía 2017, Islas Baleares 2019 y Navarra 2019. Sin embargo, con base en una interpretación restrictiva del artículo 149.1.32 CE, el TC niega a las CCAA la competencia para constituir consultas populares referendarias autonómicas. Las consultas populares no referendarias constituyen pues un instrumento de democracia participativa, por lo que no encuentran su fundamento en el artículo 23.1 CE, sino en el artículo 9.2 CE.

En Andalucía, el artículo 30 del Estatuto de Autonomía Andalúz desarrolla el derecho a la participación política «en condiciones de igualdad en los asuntos públicos de Andalucía, directamente o por medio de representantes, en los términos que establezcan la Constitución, este Estatuto y las leyes». Se aprueba, además, la Ley 7/2017, de 27 de diciembre, de Participación Ciudadana de Andalucía, que recoge diversos procesos de participación como son: deliberación participativa, participación ciudadana en la elaboración de presupuestos, participación ciudadana mediante consultas populares etc. En cuanto a estas últimas, el artículo 26 de la Ley de Participación Ciudadana de Andalucía, dispone que podrán adoptar las siguientes modalidades: encuestas, audiencias públicas, foros de participación, paneles ciudadanos, jurados ciudadanos y consultas participativas.

Lo relevante aquí es que estos mecanismos deben preverse en términos inclusivos tanto de la ciudadanía digital como de la analógica, evitando que la brecha digital pueda redundar en



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

la exclusión participativa de determinados sectores poblacionales. Y si bien aquí no nos encontramos ante el ejercicio del derecho fundamental a la participación política reconocido en el artículo 23 CE, sí está en juego la obligación de los poderes públicos de evitar que los mecanismos participativos se traduzcan en la exclusión de determinados sectores de la población (artículo 9.2 CE), provocando dinámicas discriminatorias de los mismos. Son varios los supuestos en esta ley donde la brecha digital podría poner en riesgo la articulación de una ciudadanía participativa inclusiva. Entre estos, destacamos:

-
- El artículo 20, en su apartado segundo, regula la tramitación de la iniciativa ciudadana para realizar procesos de deliberación participativa, y establece como vía preferente, a las personas o entidades de participación ciudadana, que utilicen los procedimientos telemáticos para entregar las solicitudes, con el objeto de deliberación.
 - El artículo 22 establece que, una vez aprobado el Acuerdo Básico Participativo, se hará público en la sede electrónica, portal o página web del órgano competente para acordar el inicio del proceso y se publicará en el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* o Boletín Oficial de la Provincia en cuestión. El anuncio en la sede electrónica, portal o página web incluirá el texto íntegro del Acuerdo Básico Participativo. Indicando como segunda opción, que la Administración podrá utilizar otros mecanismos de información que no vulneren los principios de accesibilidad y no discriminación electrónica. Lo mismo sucede en el apartado 2 de este mismo precepto, al establecer que el informe final se publicará en la sede electrónica, portal o página web, así como en los boletines oficiales si se considera oportuno.
 - El artículo 28 establece que, “*previamente al inicio del procedimiento de elaboración de una ley o reglamento, se hará pública la iniciativa, al menos, en la sección del portal de la Junta de Andalucía donde se encuentre disponible la información objeto de publicidad activa, desarrollándose la participación en este caso por medio de la sede electrónica, portal o página web de la consejería correspondiente*”.

Es importante subrayar que, pese a su importancia, la participación en el entorno digital no puede sustituir a los procesos participativos presenciales, sino que debe ser un complemento a los mismos. Los poderes públicos deben ofrecer una doble opción, tanto telemática como presencial. Así es como lo establece en algunos apartados, que no en todos, esta ley que



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

acabamos de analizar, puesto que se vulnerarían los principios de accesibilidad y no discriminación electrónica.

B. El derecho a acceder a la función pública (artículo 23.2 CE)

El derecho de acceso a funciones y cargos públicos se divide en el derecho de acceso a cargos públicos representativos, el derecho de sufragio pasivo, y en el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad, establecidos en el artículo 103.3 CE. Es este segundo derecho el que aquí nos interesa.

El derecho de acceso a la función pública es expresión del derecho a la igualdad y a no sufrir discriminación reconocido en el artículo 14 CE. Así lo establece el propio Tribunal Constitucional en la STC 293/1993:

“(…), al reconocer a la ciudadanía el derecho a acceder en condiciones de igualdad a los cargos y funciones públicas con los requisitos que señalen las leyes, concreta el principio general de igualdad en el ámbito de la función pública. (...) sino que garantiza a la ciudadanía una situación jurídica de igualdad en el acceso a las funciones públicas, con la consiguiente imposibilidad de establecer requisitos para acceder a las mismas que tengan carácter discriminatorio (STC 47/1990). Es interpretado sistemáticamente con el segundo inciso del art. 103.3 C.E., impone la obligación de no exigir para el acceso a la función pública requisito o condición alguna que no sea referible a los principios de mérito y capacidad (SSTC 50/1986, 148/1986, 193/1987, 206/1988, 67/1989, 27/1991 y 215/1991)”.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional se ha centrado en la interpretación del término cargo público y en lo que debe entenderse por acceso. Ha establecido así que cargo público hace referencia a función pública profesional (STC 163/1991, de 18 de agosto), y que el concepto de acceso comprende también los ascensos, aunque en estos últimos los principios de igualdad, mérito y capacidad se proyecten con intensidad distinta (STC 192/1990, de 29 de noviembre).

En base al artículo 103.3 CE se manifiesta el derecho de acceso a la función pública conforme a los principios de mérito y capacidad invocados. En relación con ellos, el TC ha ido determinando una serie de exigencias: las normas que regulan el procedimiento de acceso tienen que ser generales y abstractas; tiene que haber una relación entre los conocimientos exigidos y la capacidad requerida para el desempeño de la función de que se trate; en los procesos de selección, los órganos y autoridades competentes no pueden tener en consideración aspectos personales o sociales distintos a los criterios de mérito y capacidad etc. (STC 38/2007,



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

de 15 febrero; 30/2008, de 25 febrero, 130/2009 de 1 junio). De igual forma, el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), en concreto su artículo 55.1 del Estatuto Básico del Empleado Público, establece que todos los ciudadanos tienen derecho al acceso al empleo público de acuerdo con los principios constitucionales de igualdad, mérito y capacidad.

El acceso a la función pública en relación con el proceso de digitalización dentro de la Administración Pública nos plantea la problemática de que casi un 35% de la población española carece de los conocimientos necesarios para comunicarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos (INE 2020)⁸. A ello tenemos que sumar a quienes carecen de recursos para hacerlo, a quienes no están capacitados y a quienes no quieren disponer de medios electrónicos para salvaguardar otros derechos fundamentales, conforme al libre desarrollo de su personalidad (artículo 10.1 CE). Pese a ello, son numerosos los ejemplos en los que para la tramitación de una solicitud de acceso a una prueba de oposición se exige la vía telemática. Por citar uno, en las bases generales por las que se rigen los procesos selectivos que convoca el Ayuntamiento de Sevilla para la selección de personal funcionario en ejecución de las ofertas públicas de empleo ordinario se exige que se cumplimenten las solicitudes de forma electrónica. En otros casos, como en los procesos selectivos de la Junta de Andalucía, sí se da la doble opción para poder solicitar el derecho a examen, pero para poder realizarlo de manera presencial previamente se ha tenido que acceder a la web del Instituto Andaluz de Administración Pública y seguir los pasos que te indican, que consisten en rellenar un formulario, imprimirlo y posteriormente presentarlo en la oficina correspondiente.

Esta situación no sólo supone una vulneración del derecho de acceso a la función pública. Convierte además a la brecha digital en un obstáculo en la construcción de una administración abierta a toda la ciudadanía en condiciones de igualdad, bajo los criterios de mérito y capacidad que establece el artículo 103 CE como pilares de la administración en un sistema democrático.

⁸ INE - Instituto Nacional de Estadística. (2020). *Instituto Nacional de Estadística. (National Statistics Institute)*. <https://www.ine.es/dynt3/inebase/es/index.htm?padre=6899&capsel=6912>



2.7. DERECHO A LA EDUCACIÓN

El derecho fundamental a la educación está reconocido en el artículo 27 CE. Se trata, junto con el derecho al trabajo (artículo 35 CE), de un supuesto excepcional de reconocimiento como fundamental de un derecho social, el único además que es objeto de protección reforzada, como parte de la Sección 1ª del Capítulo II del Título I CE. Su posición constitucional es indicativa de que el acceso a la educación no es sólo una manifestación de un Estado Social. Es también una exigencia de innegable trascendencia para el pleno y libre desarrollo de la personalidad, para la autonomía individual y la convivencia en una sociedad democrática.

El artículo 27 CE está integrado por diez subapartados. De estos nos interesa el primero, donde se reconoce el derecho a la educación; el cuarto, que obliga a los poderes públicos a procurar la efectividad de este derecho, garantizando las condiciones de obligatoriedad y gratuidad en la enseñanza básica; el quinto, que establece que los poderes públicos tienen la obligación positiva de garantizar el derecho a la educación a todas las personas mediante la programación general de la enseñanza; y el octavo, que obliga a estos poderes a inspeccionar y homologar el sistema educativo español para garantizar el cumplimiento de las leyes. El contenido del derecho fundamental a la educación se completa con el de los artículos 9.2 y artículo 14 CE ya mencionados. El legislador debe atender además a las pautas constitucionales orientadoras del gasto público, ya que la acción prestacional de dichos poderes se ha de encaminar a la procuración de los objetivos de igualdad y efectividad en el disfrute de los derechos que se consagran en la Carta Magna de nuestro ordenamiento (Artículos 1.1, 9.2, 31.2 CE).

Estas obligaciones del Estado de garantizar y satisfacer el derecho a la educación que contiene el artículo 27 tienen varias dimensiones:

La primera de ellas gira en torno a la disponibilidad de la educación, que obliga al Estado a proveer instituciones y programas de enseñanza que sean suficientes, así como instalaciones, edificios, docentes calificados con salarios competitivos, materiales de enseñanza, bibliotecas, o servicios propios de informática.

La segunda dimensión es la accesibilidad, entendida como material y económica, y obliga a los poderes públicos a garantizar un acceso a la educación en condiciones



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

razonables en relación con la localización geográfica o tecnológica (a distancia), y que esté además al alcance de todos, destacando la gratuidad de la educación básica.

La tercera dimensión es la que podemos denominar como aceptabilidad, y es aquella que obliga a los poderes públicos a adecuar la educación a las necesidades de la sociedad y de los alumnos en diferentes contextos sociales y culturales que puedan darse. Esta dimensión conecta con la adaptabilidad de los derechos sociales, la cual implica que la educación ha de ser flexible para adaptarse a aquellas necesidades que la sociedad pueda presentar, así como de dar una respuesta razonada y firme ante las necesidades del alumnado.

Durante el confinamiento, la brecha digital se tradujo en una brecha educativa que ha impedido a ciertos sectores de población el acceso a dicho disfrute. Ello ha supuesto una vulneración por parte de los poderes públicos de sus obligaciones positivas respecto del derecho a la educación en lo que concierne a su accesibilidad y a su aceptabilidad o adaptabilidad. Pero es que, además, el incumplimiento por parte de los poderes públicos de sus obligaciones constitucionales en este terreno se ha traducido en la vulneración del derecho a la educación como derecho subjetivo directamente reivindicable.

Es cierto que, pese a su amplitud, y en cuanto que derecho social, el contenido subjetivo directamente reivindicable del derecho a la educación es relativamente reducido. El Tribunal Constitucional lo ha cifrado en la capacidad de exigir el acceso a una plaza educativa, tanto en la enseñanza básica, obligatoria y gratuita (artículo 27.4) como en la no obligatoria, incluida también en el contenido del derecho (artículo 27.1 CE). El resto del derecho, incluidas las condiciones para acceder a una plaza concreta, es de configuración legal (*vid.* por todas STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 3). Ahora bien, no parece coherente reducir el contenido subjetivo del derecho a la concesión sin más de una plaza educativa. Si este derecho ha de tener sentido, su contenido ha de abarcar la posibilidad de reivindicar el disfrute efectivo de dicha plaza, y la obligación de los poderes públicos de procurarlo (STC 86/1985, FJ 3).

Salvar la brecha digital en el disfrute de este derecho se presenta como una necesidad tanto más urgente cuanto que dicha brecha afecta a sectores que en buena medida sufren porcentajes de fracaso escolar y, en general, de exclusión socio-económica más altos de la



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

media, profundizando en uno y en otra. Reducir las tasas de abandono escolar temprano en línea con los países europeos más avanzados es, precisamente, uno de los objetivos principales de la LOMLOE, la ley educativa que acaba de entrar en vigor.

Desde 2010, la tasa de abandono temprano en España ha disminuido 12,1 puntos, pasando del 28,2% en 2010 al 16% en 2020, lo que supone un 43% menos. Este descenso ha sido mayor entre los hombres (13,3 puntos) que entre las mujeres (11 puntos), aunque la tasa sigue siendo en 2020 muy superior entre los varones: un 20,2% frente al 11,6%, es decir, un 74% más. Por Comunidades Autónomas, hay cuatro que en 2020 han logrado situarse por debajo del objetivo del 10% y por debajo también de la tasa media de la UE (10,2%). Se trata de País Vasco (6,5%), Asturias (8,9%), Cantabria (9,1%) y Madrid (10%). Otras cuatro CCAA tuvieron tasas entre el 10% y el 15% (Navarra, Galicia, Aragón y La Rioja), mientras en el extremo opuesto, con tasas superiores al 20%, están Illes Balears (21,3%), Andalucía (21,8%), Ceuta (22,8%) y Melilla (25,5%). Castilla y León, la Comunitat Valenciana, Cataluña, Canarias, Extremadura, Murcia y Castilla-La Mancha obtienen tasas entre el 15% y el 20%⁹.

La EPA también ofrece información acerca del porcentaje de población de 30 a 34 años que ha alcanzado la educación superior. El año pasado, esta tasa ascendió al 44,8%, superando en casi cinco puntos a la media europea (40,3%). Las mujeres, con una tasa del 50,9%, superan a los hombres (38,7%) en más de 12 puntos. En cuanto a la formación permanente, los resultados de 2020 muestran también una mejoría. Así, el 11% de la población de 25-64 años ha seguido algún tipo de formación en las cuatro últimas semanas, 0,4 puntos más que el año anterior. Las mujeres presentan un porcentaje más alto de participación (12%) que los hombres (9,9%)¹⁰.

La brecha digital amenaza con revertir esta tendencia a la mejora en los porcentajes de abandono escolar, incidiendo en las desigualdades educativas existentes. Esta se ha visto agravada durante el confinamiento. La suspensión de la docencia presencial ha producido una agudización de la segregación educativa y de desigualdades que ya existían. Esta situación trae además consigo problemas adicionales que van más allá la tenencia de un solo dispositivo

⁹ La Moncloa (29 enero 2021) *La tasa de abandono educativo temprano se sitúa en el 16% en 2020, según los datos de la Encuesta de Población Activa.*
<https://www.lamoncloa.gob.es/serviciosdeprensa/notasprensa/educacion/Paginas/2021/290121-abandono.aspx>

¹⁰ La Moncloa (2021)



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

electrónico o una conexión deficiente a internet, como son los efectos negativos para los estudiantes más vulnerables de no tener un aula donde socializar con compañeros en su mismo ámbito, situación que puede contribuir a agravar el absentismo escolar. La escuela en su modalidad presencial tiene también esa función inhibidora, apartando al estudiante de su situación de segregación o exclusión social. El hecho de no poder acudir presencialmente a la escuela endurece el problema de abandono escolar temprano que ya tenemos en España, y otros riesgos de exclusión social de muchas familias, que ahora con la crisis se van a ver mucho más agravados.

Por ello, para superar el obstáculo que supone la brecha digital, los poderes públicos deben de tener una mayor implicación, y proveer de una mayor protección a las familias con circunstancias más sensibles en lo que a digitalización se refiere. Es necesario ante todo crear infraestructuras tecnológicas adecuadas que garantice este derecho sin ningún tipo de exclusión ni discriminación, sin presumir que los hogares disponen ya de las mismas. A complementarlas, con todo, deben venir también medidas (acercamiento de material escolar, publicación in situ de información escolar, incluidas las tareas, horario para la atención del alumnado y sus progenitores en persona) que aseguren la atención educativa de población que, por dificultades de acceso, de aptitudes o como opción constitucional, sigue siendo analógica. Sólo así podemos garantizar los derechos fundamentales a la igualdad y a no sufrir discriminación (artículo 14 CE), a la educación (artículo 27 CE), así como el cumplimiento de la obligación constitucional de los poderes públicos de garantizar la igualdad efectiva de toda la ciudadanía (artículo 9.2 CE).

Poco importa que sobre el papel se reconozca el derecho a la educación (artículo 27.1 CE), y a que ésta sea obligatoria y gratuita en los niveles básicos (artículo 27.4 CE) si no podemos tener acceso efectivo a la plaza educativa que nos corresponde. Como se ha puesto de manifiesto en el confinamiento, la digitalización de la educación pone en riesgo el derecho de quienes carecen de suficiente acceso a dispositivos electrónicos y/o a internet, y/o de la capacidad de hacer uso de dicho acceso. No basta únicamente con disponer de una plaza en un centro; es preciso también disponer de unas condiciones mínimas para poder disfrutarla. Antes bien, una lectura sistemática de los artículos 9.2, 14 y 27 CE obliga a los poderes públicos a hacer valer el derecho a la educación por encima de toda brecha digital, abriendo un nuevo



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

abánico de posibilidades a la hora de determinar el contenido mínimo exigible del artículo 27 CE, y sus consecuentes garantías.

2.8. RELACIÓN ENTRE LA CIUDADANÍA Y LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA NOTIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

A) La notificación administrativa

Más allá de las cuestiones que puedan surgir en torno a derechos fundamentales concretos, la brecha digital incide sobre la capacidad de la ciudadanía para relacionarse con la administración. En la comunicación entre ambos sujetos adquiere vital importancia la notificación administrativa, en cuanto que presupuesto de eficacia de los actos administrativos. Para entender la incidencia de la brecha digital en estas relaciones es pues fundamental conocer su incidencia sobre los procesos de notificación administrativa. Para ello comenzaremos por definir los elementos que intervienen en dichos procesos.

Persona administrada: En el ámbito administrativo se conoce como administrado a toda persona física o jurídica, privada o pública, que se encuentre sometida o subordinada en una relación de sujeción respecto de una Administración Pública. Con la entrada en vigor de las normas desarrolladoras de las relaciones entre el ciudadano y la administración, la ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y la 40/2015, del Régimen Jurídico del Sector Público, los términos ciudadano y administrado se convierten en intercambiables.

Administración pública: La administración pública comprende el conjunto de órganos del sector público conformados para realizar la tarea de administrar y gestionar organismos, instituciones y entes del Estado.

Actos administrativos: se conoce como tales aquellos actos que emanan de la administración pública y sirven de medio o de resolución para imponer su voluntad en el ejercicio de una potestad administrativa.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Notificación administrativa: se trata de un mecanismo formal cuya finalidad es la puesta en conocimiento de las personas interesadas de la existencia de un acto administrativo que afecta a sus derechos o intereses. En palabras del Tribunal Supremo, en la STS 3659/2006, de 11 de marzo de 2011, *‘la notificación puede conceptuarse como el acto administrativo que tiende a poner en conocimiento de las personas a que afecta un acto administrativo previo’* El acto de notificación, pues, presenta una naturaleza independiente del acto que se notifica o pública, significando o determinando el comienzo de la eficacia de este último’

Estos conceptos son fundamentales para entender la relevancia que el acto de notificación supone en la relación ciudadano-Administración. En efecto, la notificación constituye:

1. Un presupuesto para la eficacia de los actos administrativos (artículo 39. 2 LPAC).
2. Una carga de la Administración para poder llevar a cabo la ejecución forzosa de los mismos frente a los interesados, constituyendo por tanto una garantía y un límite a la prerrogativa exorbitante de autotutela administrativa, consistente en la potestad de imponer unilateralmente derechos y obligaciones a los ciudadanos y hacerlos ejecutar sin necesidad de acudir a tribunales de justicia.
3. El *dies a quo* del cómputo de los breves plazos de prescripción de que disponen los ciudadanos para impugnar la actuación de las Administraciones Públicas.

Como indica el Tribunal Supremo (STS 4991/2016, de 16 de noviembre), el trámite de notificación, *“es un acto de comunicación formal de otro acto administrativo, del que depende la eficacia del segundo –no su validez–”;* y constituye un pilar fundamental en todo procedimiento, especialmente en aquellos que son de naturaleza sancionadora. De esta afirmación se desprende la necesidad de asegurar que la comunicación sea efectiva y no vulnere cualquiera de los derechos constitucionalmente protegidos, poniendo en juego la eficacia del acto administrativo en cuestión.

A nivel normativo, debemos hacer referencia, en un primer lugar, a la *Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común* que regula la relación entre la Administración Pública y la ciudadanía, a través del empleo de medios digitales. Con esta Ley se pretende alcanzar los



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

diferentes objetivos definidos en el Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado:

- El incremento de la productividad y eficacia en el funcionamiento interno de la Administración.
- El canal digital ha de ser el medio preferido por los ciudadanos y empresas para relacionarse con la Administración.
- Mayor eficacia en los servicios TIC en el seno de la Administración.
- Estrategia corporativa de seguridad y usabilidad.

Sin embargo, esto resulta a simple vista complicado, al no estar todos en un plano de igualdad a la hora de acceder y/o utilizar los diferentes medios informáticos. Por ello, ante la posible vulneración de los diferentes derechos de los ciudadanos, es conveniente que, aunque se fomente el uso de los servicios digitales, se mantenga, de alguna manera, la posibilidad de comunicación analógica. A estos efectos, destacamos los siguientes artículos de la Ley del Procedimiento Administrativo Común:

En primer lugar, el **artículo 14** establece el DERECHO y la OBLIGACIÓN de relacionarse con la Administración Pública distinguiendo entre personas físicas y personas jurídicas. Las segundas deberán comunicarse siempre por medios electrónicos, mientras que las primeras podrán elegir el medio por el que se comunicarán con la Administración, pudiendo modificar el medio elegido en cualquier momento, con algunas excepciones. Según este artículo, las personas están también obligadas a relacionarse electrónicamente con la Administración. Pública en los siguientes supuestos:

- Las entidades sin personalidad jurídica.
- Los profesionales cuyo ejercicio de la profesión requiera colegiación obligatoria.
- Quienes representen a un interesado que esté obligado a comunicarse con la Administración mediante medios electrónicos.
- Los empleados de la Administración en el ejercicio de su cargo.
- Las personas jurídicas.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

También se hace alusión a la facultad que se le otorga a la Administración para que, reglamentariamente, pueda establecer la obligación de relacionarse con ella a través de medios electrónicos a determinadas personas físicas que *“por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios económicos necesarios”*. Como podemos observar, se supedita la obligación de usar los medios electrónicos a la presunción fundada o la acreditación de que la persona en cuestión se encuentre en una situación de fácil acceso o tenencia de los instrumentos necesarios.

Con carácter general, pues, las personas físicas tienen derecho a presentar documentación en papel, salvo las excepciones mencionadas anteriormente, correspondiendo a la Administración Pública su conversión a formato electrónico a través de las oficinas de asistencia en materia de registros.

En segundo lugar, el **artículo 12** establece la obligación de la Administración de asistir en la utilización de los mecanismos electrónicos al interesado (persona física no obligada a su uso) que lo solicite, garantizando las relaciones entre la ciudadanía y la Administración, a través de los medios electrónicos, poniendo a su disposición los medios que sean necesarios.

En tercer lugar, y en lo que se refiere a las notificaciones, en sus **artículos 40 y siguientes** esta ley establece la preferencia de que se realicen a través de medios electrónicos. Sin embargo, cualquier interesado o su representante podrá personarse en las oficinas en materia de registro para solicitar que se le notifique en ese mismo momento. También, será necesaria la notificación por entrega directa de un empleado público cuando no se pueda asegurar la eficacia de la actuación administrativa de otra forma. Lo importante, en definitiva, es que la persona interesada tenga acceso al contenido de la notificación. Ello quiere decir que, aunque exista una obligación del mismo de relacionarse a través de medios electrónicos con la Administración, si no puede asegurarse la puesta a disposición del contenido de la notificación a través de medios electrónicos, la Administración deberá notificar en papel. En cuanto a las personas físicas no obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos, éstas podrán elegir en cada momento cómo quieren recibir las notificaciones por parte de la Administración.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

La cuestión que surge ahora es que, para que las posibilidades de notificación electrónica previstas en la norma sean efectivas, se requiere de una actuación previa de la persona administrada: si es preciso que ésta dé de alta la correspondiente DEH (Dirección Electrónica Habilitada), que vincula su correo electrónico con un buzón electrónico instalado en los servidores de la propia administración, al que se envían las notificaciones; o que la persona administrada acepte un sistema de claves para entrar en el sistema de comparecencia electrónica. Si se iniciara un procedimiento de oficio por la propia administración que afectare a una persona que no ha realizado tales actuaciones, difícilmente se podrá tener constancia de su opción por las notificaciones electrónicas ni, sobre todo, podrá la persona interesada acceder al contenido de las notificaciones realizadas. Esta situación de desprotección se acentúa cuando la persona administrada no puede utilizar medios electrónicos en sus comunicaciones con la administración, o directamente no quiere hacerlo, amparándose para ello, entre otros, en los artículos 9.2, 14, 16 y 18 CE ya mencionados.

En definitiva, resulta evidente la tendencia a la digitalización de las relaciones entre la ciudadanía y la Administración. Esta, sin embargo, no puede establecerse de forma absoluta. Así lo recoge la Ley 39/2015, donde la digitalización se supedita a la capacidad de las personas de estar en disposición de los medios electrónicos requeridos en orden a facilitar la eficacia de las diferentes actuaciones administrativas. La ley 39/2015 asume la necesidad de evitar que la ciudadanía pueda verse en situaciones de indefensión o de desigualdad a la hora de acceder a los diferentes servicios de la Administración. A esta circunstancia hace alusión el Tribunal Constitucional en su Sentencia 55/2019, de 6 de mayo de 2019, en relación con la digitalización de la administración de justicia, siendo acertado a aplicar a este supuesto sus palabras:

“La modernización de la administración de justicia mediante la generalización en el uso de las nuevas tecnologías y, en lo que aquí nos atañe, a través de las comunicaciones electrónicas procesales, no constituye un fin en sí mismo sino un instrumento para facilitar el trabajo tanto del órgano judicial, como de los justiciables que actúan en los procesos a través de los profesionales designados directamente con ellos cuando esto último es posible. No pueden en ningún caso erigirse tales medios tecnológicos, en impedimento o valladar para la obtención de la tutela judicial a la que todas las personas (artículo 24.1 CE) tienen derecho”.

b) Las notificaciones tributarias



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

Mención especial merecen las notificaciones tributarias. En relación con éstas, es preciso mencionar, de un lado, el *Reglamento General de Recaudación aprobado por Real Decreto 1648/1990, de 20 de diciembre*, que fue modificado por el Real Decreto 111/2000, de 28 de enero, en relación con los ingresos correspondientes a declaraciones presentadas por vía telemática; y, de otro lado, la *Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (LGT)*, que modificó las leyes especiales dedicadas a cada impuesto.

En este ámbito, resulta especialmente relevante la regulación de las notificaciones tributarias por medios electrónicos, concebidas como una de las manifestaciones más importantes de la Administración electrónica. Se trata del primer supuesto de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios telemáticos, introducido por el Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, que entró en vigor el 1 de enero de 2011. Ello ha despertado una gran polémica.

c) La potestad sancionadora de la administración

En las relaciones entre particulares y la Administración tiene especial relevancia la potestad sancionadora de ésta. Llamamos potestad sancionadora de la administración a la capacidad que tienen las administraciones públicas para vigilar y corregir las conductas de la ciudadanía. Sus límites se encuentran en el respeto a los derechos de los administrados, empezando por el límite que recoge el artículo 25.3 CE: “*La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad*”. Como norma de rango constitucional, reconocedora de un derecho fundamental (artículo 53.1 CE), el artículo 25 CE vincula directamente a las administraciones públicas, sin necesidad de desarrollo normativo alguno (STC 80/1982).

Aunque la Ley encargada de regular la potestad sancionadora de la Administración debería ser la 40/2015, de Régimen Jurídico del Sector Público (y a ello dedica sus artículos 25 – 31), lo cierto es que el procedimiento sancionador ha quedado regulado en la Ley 39/2015. Los principios de la potestad sancionadora articulan en ella todo el procedimiento y persiguen garantizar el máximo respeto a los derechos del afectado. Mención especial merecen el principio de legalidad y el principio de tipicidad, así como el derecho a la tutela judicial



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

efectiva, todos los cuales someten el procedimiento sancionador a la ley. En este punto, se hace preciso volver a la ley 39/2015 (la cual ha establecido la obligación de relacionarse de manera electrónica con la Administración para determinados sujetos en su artículo 14.2) para reflexionar sobre la legalidad de obligar a ciertos sujetos enumerados en ella a comunicarse por vías electrónicas (si bien con salvedades). Se hace preciso recordar, en concreto, la necesidad de que todo sistema de notificaciones respete plenamente los derechos fundamentales de los ciudadanos obligados a utilizarlo. Por ello, y más allá de dicha obligación, es preciso instaurar suficientes garantías para que no quede duda de que cualquier notificación efectuada por la Administración Pública llegue a su conocimiento. Lo cierto es que la puesta en práctica del sistema de notificaciones electrónicas instaurado por la LPAC, a partir de su entrada en vigor, ha demostrado su ineficacia a efectos de cumplir con los objetivos buscados por esta misma.

d) El derecho a la tutela judicial efectiva

El artículo 24 CE garantiza como derechos fundamentales el derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho a la defensa y al proceso justo. Lo cierto es que la comunicación por vías electrónicas puede en numerosos casos conllevar la indefensión de la persona administrada, incurriendo así en una vulneración de los derechos fundamentales reconocidos en este artículo.

La STC 127/2011, de 18 de julio del Tribunal Constitucional define de este modo el concepto constitucional de defensa:

“La indefensión es una noción material que se caracteriza por suponer una privación o minoración sustancial del derecho de defensa, de los principios de contradicción y de igualdad de las partes que impide o dificulta gravemente a una de ellas la posibilidad de alegar y acreditar en el proceso su propio derecho, o de replicar dialécticamente la posición contraria en igualdad de condiciones con las demás partes procesales”

Se trata de una jurisprudencia que se ha ido perfilando, casi siempre en relación con la notificación de actuaciones judiciales. No obstante, el Tribunal Constitucional la ha extendido sin ninguna dificultad al ámbito de las notificaciones administrativas cuando éstas son relevantes para el ejercicio del derecho de defensa.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

En definitiva, ante la pregunta de si la administración pública, ya sea civil o sancionadora, puede presuponer que su comunicación con personas administradas se desarrollará por medios electrónicos, la respuesta no puede ser sino negativa. De la problemática expuesta resulta además la urgencia de adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad jurídica y evitar la indefensión de la ciudadanía, en tanto que principios consagrados en la propia Constitución.

III. CONCLUSIONES GENERALES

La digitalización de nuestras relaciones con distintos sectores de la administración pública tiene por objeto facilitarlas, al tiempo que se mejora la eficacia de ésta. Ahora bien, la imposición absoluta por parte de las administraciones públicas de medios digitales de comunicación con la ciudadanía resulta contradictoria con este fin cuando existen sectores de la población que, por diversas razones, no tienen acceso suficiente a dichos medios, debilitando su posición jurídica en lo que concierne al acceso a servicios sanitarios, a la función pública y la participación política, al derecho a la educación, o a las notificaciones administrativas, entre otros. Todo ello en detrimento de principios constitucionales y derechos fundamentales, derechos y principios que rigen nuestro marco constitucional y que obligan a garantizar que la digitalización no puede venir en detrimento de las relaciones de la ciudadanía con los poderes públicos.

La falta de acceso a los servicios sanitarios constituye un riesgo innegable para la integridad física y la vida de las personas. De nada sirve que las leyes garanticen la calidad y disponibilidad de los servicios sanitarios si finalmente, ante una nueva era de digitalización, no se consigue tener acceso a la misma. Y es que no hay nada más importante para proteger la salud que el propio acceso a los sistemas diseñados para su protección. Para garantizar dicho acceso de forma generalizada e igualitaria, los poderes públicos deben implementar medidas para eliminar esta brecha de acceso a la sanidad. Estas deben apuntar, de un lado, a la alfabetización digital de la población, la simplificación de los trámites digitales o la puesta a disposición de los ciudadanos de un cuerpo de profesionales cualificados que le presten ayuda en relación a dichos trámites. Y deben apuntar, de otro lado, al mantenimiento de mecanismos



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

eficientes de acceso analógico a dichos servicios para la población que no puede o no quiere optar por la digitalización

La brecha digital puede afectar a los derechos de participación en asuntos públicos y de acceso a la función pública, en concreto cuando entre los requisitos para participar en los primeros o para acceder a la segunda se incluyen trámites electrónicos. En determinadas circunstancias, cuando los trámites electrónicos se imponen con exclusión de toda posibilidad de acceder a los mismos por medios analógicos, y salvo que dicha opción está suficientemente justificada, la afectación de estos derechos puede convertirse en una vulneración de estos derechos. Es lo que sucede con algunos instrumentos de participación política, como la consulta previa y la audiencia e información pública, regulados en la Ley Andaluza de Participación Política, que sólo se pueden ejercer a través del Portal de la Junta de Andalucía, imposibilitando la entrada a las personas que carecen de medios electrónicos o acceso a internet. Y es lo que sucede con convocatorias de oposiciones que sólo contemplan el acceso a las mismas por vía telemática. La consecuencia directa de esto es la discriminación en el disfrute de los derechos reconocidos en el artículo 23 CE por circunstancias personales o sociales derivadas de la brecha digital. La garantía de estos derechos exige pues que se asegure una doble opción telemática y analógica en todos los supuestos de participación política y acceso a la función pública. Para ello, no basta con abrir ese doble cauce (presencial-telemático) si para hacer uso de la opción presencial hay que pasar previamente por algún trámite por vía electrónica. La opción analógica debe serlo a lo largo de todo el proceso.

Además de lo anterior, una Administración Pública basada únicamente en relaciones electrónicas con la ciudadanía, *notificaciones y procedimiento sancionador* inclusive, exige y presupone tanto un conocimiento informático -que en ningún caso es obligación del ciudadano- como la capacidad económica de acceder a red y poseer dispositivos electrónicos, algo que, aunque cada vez más normalizado, no se corresponde con la actualidad de nuestro país. Esto, supone, hoy en día, una grave discriminación hacia la ciudadanía cuyas condiciones personales les impide acceder a ello, así como la vulneración de diferentes derechos fundamentales constitucionalmente reconocidos y analizados previamente en el presente informe.

Esta situación se manifiesta, dentro de las redes de comunicación e información, en los servicios de salud pública que se deben prestar a los ciudadanos españoles. Ello adquiere



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

especial relevancia en la actual situación de gestión de la pandemia provocada por el COVID-19, que nos obliga a hacernos algunas preguntas. ¿Qué lugar ocupa la vacunación? ¿Cuáles son los canales por los que se notifica a la ciudadanía que se pueden beneficiar de la misma? ¿Están llegando las notificaciones a toda la sociedad? El Servicio Andaluz de Salud sobre la obtención de la cita para la vacunación contra el COVID-19 dispone que ésta se puede solicitar a través de “ClicSalud+”, además en la aplicación de “Salud Responde” y en el teléfono de la anterior. Si los centros de salud convocan a las personas que se deben vacunar mediante una llamada telefónica o un SMS, y los números que se utilizan son los que constan en la Base de Datos de la Administración, ¿dónde quedan las personas que no tienen un teléfono? ¿Están siendo sus derechos fundamentales tutelados en igualdad de condiciones? Debido a esto, llegamos a la conclusión de que, tanto en las actuales condiciones de excepcionalidad como en nuestra normalidad democrática, los servicios sanitarios deben garantizar una comunicación fluida también con la población que carece de medios de comunicación digital.

Eliminar la brecha digital es uno de los grandes retos de la actualidad. Un número considerable de la ciudadanía no tiene acceso a las herramientas tecnológicas que son básicas hoy en día, por carecer bien de dispositivos que permitan conexión estable a internet, bien de dicha conexión, o bien de las aptitudes que se precisan para hacer uso de la misma, sea por razones de edad, de formación, de diversidad funcional u otras. Todo ello al margen de las personas para quienes la ciudadanía analógica es una opción tan consciente como constitucionalmente legítima. No tener acceso conlleva que gran parte de la población se quede atrás en el aprendizaje de nuevas competencias y habilidades digitales, fundamentales en la sociedad del presente.

Para alcanzar este fin es necesaria la colaboración entre las Administraciones y los diferentes agentes sociales, además de una férrea voluntad política para implementar medidas para digitalizar la sociedad en diferentes sectores estratégicos. La inversión en infraestructuras es fundamental para acabar con la brecha digital geográfica que sufren las poblaciones rurales en nuestro país. Donde no existen infraestructuras digitales no es posible construir competencias digitales reales. Lo que ocurre es que muchos territorios no tienen acceso a internet y, en muchos otros, el acceso es realmente pobre. Ampliar la cobertura tecnológica



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

permitiría paliar la vulneración de los derechos fundamentales anteriormente expuestos tales como el derecho de acceso a la administración pública o el derecho a la educación.

Junto a esto, es conveniente facilitar a los ciudadanos, una oferta permanente y gratuita de cursos de alfabetización digital que abarca todos los grupos etarios. De esta forma, toda y cada una de las personas, no solo los empleados públicos, sino también los ciudadanos sin distinción de grupo social, ya sea por edad, género, situación geográfica, situación económica, raza, educación, etc., tendrán la información, la comunicación y la formación necesaria, para tener voz y participar en el diseño de la administración pública del panorama actual. Un paquete de medidas de alfabetización digital tanto a colectivos sociales excluidos como a funcionarios públicos para que atiendan mejor a los administrados también sería fundamental para ir eliminando la brecha digital.

Al hilo de esto, uno de los problemas que también tiene la Administración es lo tedioso que se hace comunicarse con ella de manera electrónica por cómo están diseñados sus procedimientos digitales. Una posible solución sería facilitar estos procedimientos para que realmente estén al servicio de la ciudadanía y sean accesibles para todas las personas sin la necesidad de tener un alto conocimiento en las tecnologías de la información y comunicación. El uso del *smartphone* en España en los últimos años ha superado el 90% de la población, la Administración debería tomar en consideración estos datos y además de facilitar procedimientos electrónicos a los administrados, hacer que estos sean compatibles con los móviles puesto que hay más personas con *smartphones* que con otro tipo de dispositivos (como pueden ser los ordenadores).

Más allá de estas ideas, la Administración no puede olvidar que la presencialidad y la comunicación analógica entre administrado y Administración no puede desaparecer. El fin de este informe ha sido repasar a partir de una lista no cerrada de derechos fundamentales que hemos considerado que han sido afectados por la brecha digital, para evidenciar la obligación de la Administración de respetarlos y protegerlos. Es por ello por lo que en todo acto o procedimiento administrativo en el que se vea afectado uno de estos derechos fundamentales, la Administración ha de respetar que haya una doble vía digital-analógica.



Clínica Legal en Derechos Fundamentales

En conclusión, no cabe duda de que la digitalización es una respuesta a las demandas de una sociedad cada vez más integrada en el mundo de la informática, que avanza a pasos agigantados impulsada por las circunstancias del momento. Sin embargo, es un deber de los poderes públicos no “abandonar” a aquellas esferas que, por razones diversas, no puedan seguir semejante ritmo de progreso, teniendo en cuenta, además, aquella parte de la sociedad, denominada sociedad analógica, que por decisión propia no está dispuesta a la utilización de los medios informáticos.

Por todo lo anterior, lo adecuado sería que se alcanzara el equilibrio entre digitalización y salvaguarda de la seguridad jurídica de todos los ciudadanos teniendo en cuenta las múltiples realidades existentes en nuestro país ya que es un hecho que no todos nos encontramos en un plano de igualdad.

Informe realizado por el alumnado de la Clínica Legal en Derechos Fundamentales,

Universidad de Sevilla

Curso 2020-2021:

Alumnado:

Ayora Saborido, María	Lozano de Gabriel, Ángela
Blanch, Andrea	Luna Álvarez, Miriam
Delgado Sánchez, Pedro	Murillo Rosa, Rafael Jesús
Fernández Hinojosa, Christian	Palmero Reyes, Montaña
Fernández Verdugo, Javier	Pineda Martínez, Pilar
García Fernández, Fabiola	Pérez-Marín Barea, Luis
García Montoya, Silvia	Ramírez Díaz, Román
Gómez Pérez, Rafael	Rodríguez Domínguez, Andrea

Tutora académica: Blanca Rodríguez Ruiz

Tutora externa: Olga Burgos García

Tutor externo: Manuel Pérez Cuajares