

“DERECHO A LA INFORMACIÓN Y AUTORIDADES REGULADORAS DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES”

*Por Marc carrillo
Catedrático de Derecho Constitucional
Universidad Pompeu Fabra*

SUMARIO:

- 1.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI.**
- 2.-LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES.**
- 3.- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INCIDENCIA DEL INTERNET ASÍ COMO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN.**
 - 3.1.-INTERNET, UN NUEVO ALFABETO, UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA.**
 - 3.2.-LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.**
 - 3. 3.-INTERNET Y LAS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: BILL GATES FRENTE EN GUTEMBERG.**
- 4.- BIBLIOGRAFÍA.**

La libertad de expresión y el derecho a la información en el Estado democrático en los inicios del siglo XXI plantea nuevos retos. La incidencia de los medios audiovisuales como ámbito mayoritario a través del cual el ciudadano accede a la información, pone de relieve la necesidad de regular su funcionamiento a fin de salvaguardar los principios y derechos del público en una sociedad abierta, lo que obliga a prestar especial atención a las autoridades reguladoras independientes. Asimismo, los retos se extienden a la nueva realidad social y jurídica que plantean las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, en especial la red de Internet, como nuevas plataformas a través de la cual el ciudadano ejerce sus derechos a la libertad de expresión y comunicar y recibir información. Las páginas que siguen, abordan algunos de los problemas de relevancia jurídica que subyacen a dichos retos.

1.- LOS RASGOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA INFORMACIÓN EN EL ESTADO DEMOCRÁTICO EN LOS INICIOS DEL SIGLO XXI.

Con la aprobación de la Constitución española de 1978 (CE) el régimen de los derechos y libertades recuperó las características esenciales que han de mantener en una sociedad democrática. La supresión del sistema de control preventivo propio de las sociedades autoritarias sobre los derechos a la libertad de expresión y a la libre información, supuso la supresión de la censura previa así como la interdicción de la intervención administrativa impeditiva de la difusión de publicaciones o de programas audiovisuales, esto es, del secuestro administrativo. Por tanto, sólo es la autoridad judicial el poder público habilitado para en su caso limitar el ejercicio de estos derechos a través de medidas cautelares motivadas. Esta es la tradición liberal que la CE recupera, que además se ha visto completada por la incorporación de nuevas aportaciones que son consecuencia del constitucionalismo surgido tras la segunda guerra mundial.

El papel que los derechos y libertades ejercen en las Constituciones posteriores a 1945, se ha visto acentuado por la relevancia institucional de la jurisdicción constitucional, especialmente en aquellos supuestos como en el

caso español, en los que el Tribunal Constitucional es a su vez, el supremo tribunal de garantía de los derechos y libertades fundamentales. El Tribunal se ha convertido en el punto de referencia interpretativo básico e indeclinable, a través de sus resoluciones dictadas para resolver los recursos de amparo cuya jurisprudencia vincula a los jueces y tribunales ordinarios. Así se deduce, de la eficacia jurídica de la CE (art. 9.1) y de acuerdo con la misma prescribe de forma taxativa el artículo 5.1 de la LOPJ.

Es evidente que lo que diga el TC sobre libertad de expresión y derecho a la información en un contencioso frente al derecho a la intimidad no puede pasar desapercibido para los órganos dependientes de Poder Judicial. Pero además de la relevancia de la jurisdicción constitucional, el derecho a la información en el constitucionalismo del Estado liberal democrático presenta otras señas de identidad que conviene sintetizar.

- 1) El reconocimiento singularizado del derecho a comunicar y recibir información como un derecho fundamental derivado de la libertad de expresión, pero dotado de su propia especificidad basada en que la información es sobre todo transmisión de hechos. Por esta razón la titularidad de este derecho no sólo corresponde al profesional de la información sino también a cualquier persona, entidad o colectivo social que puede transmitir su versión sobre unos hechos acaecidos.
- 2) La consideración de la libertad de expresión y del derecho a la información no solamente como derechos subjetivos de libertad respecto a los poderes públicos y los particulares, sino también como elementos objetivos de la sociedad democrática.
- 3) El reconocimiento constitucional o bien por ley de los derechos específicos de los profesionales de la información: el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional. Así, por ejemplo, en Francia fueron reconocidos por una ley de 1935; mucho más tarde, fue en Austria por una ley de 1981 la que reguló un modelo de cláusula de conciencia de mayor alcance objetivo, mientras que en otros países ambos derechos han obtenido alguna cobertura

normativa a través de los convenios laborales de trabajo. En España, el reconocimiento jurídico alcanzó el máximo grado a través de su incorporación al texto constitucional en 1978 que ya entonces los hizo exigibles directamente ante los tribunales. Más recientemente, a través de la Ley Orgánica 2/1997, se ha regulado el régimen jurídico de la cláusula de conciencia.

- 4) La consecuencia de este proceso de constitucionalización de la información ha sido el cambio experimentado en la posición del periodista en el proceso informativo. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el periodista actúa como un sujeto y como un instrumento de la libre expresión, condición que si bien no atribuye al periodista un privilegio especial si le permite disponer de una protección jurídica adicional.
- 5) La libertad de expresión y el derecho a la información también se han visto afectados por el proceso de integración del derecho europeo en el derecho español. La cláusula de internacionalización prevista en el artículo 10.2 CE, ha supuesto la asunción como referente interpretativo, no sólo de los Tratados, Convenios y Acuerdos válidamente firmados por España, sino también la incorporación al acervo jurisprudencial de la muy importante doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo sobre los derechos del artículo 10 (libertad de expresión) y del artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar) reconocidos por el Convenio de Roma de 1950.
- 6) Los poderes públicos han acentuado su capacidad de intervención sobre los medios de comunicación. La noción de servicio público atribuida a los medios de comunicación audiovisuales y la atribución de interés público a una parte de su actividad, ha hecho que se reserve a la ley la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación de titularidad pública. Así como se regule el acceso a los mismos de todos los grupos políticos, sociales y lingüísticos, de acuerdo a criterios de pluralidad y proporcionalidad.

- 7) La necesidad de establecer un control independiente de los medios audiovisuales públicos y privados, ha permitido la institucionalización de entes específicos como los llamados Consejos del Audiovisual, configurados como autoridades administrativas independientes. Se trata de entes de derecho público, dotados de autonomía orgánica y funcional, que les permite disponer de potestad normativa propia para dictar instrucciones con valor de disposición general y asimismo ejercer la potestad reglamentaria.
- 8) El desarrollo de las nuevas tecnologías de la Información y la comunicación (TIC) plantea un nuevo reto al mundo del derecho. Internet es un medio de información de acceso universal que no conoce fronteras pero que no puede configurarse como un área autónoma a la regulación del derecho a la información y sus límites.
- 9) Las previsiones establecidas en la CE sobre los límites a la libertad de expresión y el derecho a la información responden a una noción de los derechos fundamentales basada en su condición de derechos no absolutos. La referencia específica al límite que supone el respeto a los derechos de la personalidad del artículo 18.1, a sí como a la protección de juventud y la infancia, no significa que el constituyente dotase a éstos últimos de una especial protección. Más bien, lo que el constituyente pretendió fue subrayar que es en relación con los derechos de la personalidad, el ámbito dónde pueden ubicarse los conflictos más frecuentes con los derechos reconocidos por el artículo 20.1 a) y d) de la CE.

2.- LAS AUTORIDADES REGULADORAS DE LOS MEDIOS AUDIOVISUALES.

El caso español es una excepción en la Unión Europea. Hasta hoy, se sigue careciendo de un órgano de ámbito estatal que tenga encomendada la muy importante función de controlar con independencia, la actividad de los medios

de comunicación audiovisuales. Las únicas excepciones en España las ofrece la existencia de Consejos Audiovisuales en el ámbito autonómico, en Cataluña, Andalucía y Navarra.

La reciente *Ley 17/2006, de 5 de junio, de la radio y televisión de titularidad estatal* prevé la creación de una autoridad audiovisual y es deseable que sea así en un futuro próximo, a fin de abandonar una excepción muy poco edificante en el espacio audiovisual europeo.

La finalidad del establecimiento de una autoridad de control de los medios audiovisuales no puede ser otra que garantizar los derechos del público. En efecto, la trilogía que teóricamente caracteriza la actividad de estos medios, en especial la televisión, de informar, formar y entretener, ha de ser con respeto a los mandatos constitucionales del Estado democrático. A saber: separar la opinión de la información, comunicar información de forma diligente, respetar el pluralismo en todos sus ámbitos, garantizar los derechos al honor, intimidad y propia imagen, preservar los derechos específicos de sectores sociales especialmente vulnerables, como es el caso de los menores, etc. La cuestión no es banal, presenta una especial relevancia y, sin duda, constituye un canon para medir la calidad de la democracia de un país. Porque, en el marco de la lógica democrática, es evidente que supervisar el medio audiovisual no es sinónimo de censura o control previo de contenidos. Todo lo contrario, de lo que se trata es de asegurar los derechos fundamentales que entran en juego, entre ellos el de comunicar y recibir información aunque su contenido suscite preocupación en las más altas instancias del Estado o de las corporaciones privadas. Es preciso evitar que los productos que ofrezcan los medios audiovisuales públicos y privados, ya sean para informar o entretener, devengan un mero objeto de mercadeo a la búsqueda de la audiencia, con absoluta abstracción del respeto que merecen derechos e intereses constitucionalmente protegidos. En este sentido, cuando desde determinados sectores se llega a decir que la creación de estas autoridades es un acto de paternalismo o que no se pueden poner puertas a la libertad de comunicación, visto el panorama que ofrecen algunos contenidos, parece razonable pensar

que lo único que de verdad pretenden es mantener una línea de espurio negocio.

La necesidad de crear una autoridad audiovisual en España no responde a un provinciano mimetismo de los vecinos europeos más solventes en el tema. Se basa, sobre todo, en que hasta ahora la regulación del control de los medios audiovisuales, en términos democráticos, ha sido muy ineficiente. La función que en este sentido han pretendido cumplir los Consejos de Administración de las corporaciones públicas de radio y televisión han sido siempre muy tributarias, en razón a su composición, de las mayorías políticas de gobierno. Tanto en el ámbito estatal como en el autonómico. Y con un notorio desapego, tanto del pluralismo como de otros valores constitucionales. Por no decir, de la distancia con la que tradicionalmente se ha visto la vigencia de las directrices contenidas en la Directiva europea de la televisión sin fronteras de 1989, en especial en materia de regulación de la publicidad y la específica protección para la infancia y la juventud. Aunque es verdad, que en este aspecto quien se lleva la palma del autismo jurídico han sido los operadores de la televisión privada. A modo de ejemplo, en octubre de 2004 este mismo diario informaba que Antena 3, Tele5 y TVE1 emitían a diario trece horas de cotilleo y culebrones en horario infantil.

La proliferación en la Unión Europea de las autoridades audiovisuales no es fruto de la casualidad. Responde a la necesidad de separar los órganos reguladores de la comunicación de los operadores que son regulados, a fin de procurar la objetividad en la información en beneficio del público receptor. Tras la liberalización del sector y la reconsideración del concepto de servicio público para definir la prestación que ofrece la televisión, el espacio audiovisual europeo está presidido por una fuerte concurrencia entre el sector público y el privado. Tal circunstancia exige que no sea el Gobierno quien disponga en exclusiva del poder regulador sobre el sector. Antes al contrario, se precisa que en aras de evitar la influencia de orden político, sea una autoridad independiente la que ejerza el control sobre la actividad de los medios, a fin de asegurar el cumplimiento de la legislación europea, estatal y, en nuestro caso,

también la autonómica. Como así lo ha empezado llevar a cabo en Cataluña desde el 2000 el Consejo del Audiovisual.

La forma jurídica de estos entes de control ha sido la propia de las llamadas autoridades administrativas independientes. Una modalidad del Derecho Público que también opera en otros sectores como el de la protección de datos personales, el mercado de valores o el sector energético, Son creadas por ley como administraciones singulares, independientes de los poderes del Estado y relacionadas con el Gobierno en virtud de un principio de competencia pero de no jerarquía. Sus decisiones, incluida la potestad reglamentaria derivada de la que gozan, están sometidas, claro está, al control judicial.

En relación con el derecho a la información, y sin perjuicio de la competencia final que corresponde a los tribunales, estas autoridades pueden intervenir sobre cómo es ejercido. Así, el *Conseil Supérieur de l'Audiovisuel* francés puede verificar si la información responde a la *honnêteté* (honestidad) exigida en su elaboración, requiriendo, si cabe, al operador para que corrija su actuación. Algo similar ocurre en el Reino Unido con el *Office of Communications* quien vela por la *accuracy* (precisión) en la información; o en los Estados Unidos, donde la clásica doctrina del Tribunal Supremo de la información diligente, obtenida con escrupuloso respeto a las normas de deontología profesional, es también misión que corresponde verificar a la *Federal Communications Comisión*. Pero parece razonable deducir que, en esta confluencia de competencias entre autoridad audiovisual y poder judicial sobre la diligencia informativa de los medios, el alcance de los efectos del control realizado por las autoridades ha de ser menos intenso al que corresponde realizar al Poder Judicial.

3.- EL DERECHO A LA INFORMACIÓN Y LA INCIDENCIA DEL INTERNET ASÍ COMO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LA COMUNICACIÓN.

3.1. - INTERNET, UN NUEVO ALFABETO, UNA NUEVA REALIDAD JURÍDICA.

Internet es una de las modalidades de las tecnologías de la información y la comunicación (en adelante, las TIC) que más ha revolucionado el espacio de la información y la comunicación. El impacto que ha tenido como instrumento de acceso a la información obviando cualquier tipo de fronteras permite sostener que, seguramente, es uno de los factores objetivos más relevantes del progreso humano que ha caracterizado el fin del siglo XX.

Su vocación de universalidad ha tenido y ha de continuar teniendo una decisiva incidencia en las nuevas formas de configuración del Estado democrático, en la organización de la sociedad y por tanto, en el ejercicio y la garantía de los derechos y libertades de los ciudadanos. El derecho, el ordenamiento jurídico, como parte consustancial del Estado, ahora ya del llamado Estado-red (CASTILLOS, 1999, pp. 361 y ss.), a pesar de su lenta dinámica de adaptación a las nuevas realidades sociales, ha empezado a dar respuestas al efecto que las TIC están teniendo sobre la ciudadanía y las formas de organización y comportamiento. En especial en lo que afecta a la promoción de la educación y la cultura, a través de la actividad de fomento de los poderes públicos y la garantía de los derechos fundamentales.

La UNESCO ha desarrollado una intensa actividad de incitación a los Estados al objeto de promover la investigación y desarrollo de las posibilidades de las TIC para mejorar el funcionamiento de las administraciones y de los servicios públicos y, asimismo, de fomentar el uso de los medios telemáticos con el fin de facilitar una mejor participación de la ciudadanía en los procesos de toma de decisión en las instituciones democráticas. En este sentido, la UNESCO reconoce que las TIC son un instrumento de apoyo a la adopción de decisiones y de potencial enriquecimiento de las formas de participación democrática,

entre las cuales, destaca la incorporación del voto electrónico por parte de algunos Estados en sus legislaciones electorales.

La progresiva incidencia de las TIC en el ámbito de la organización y la actividad de los poderes públicos, las corporaciones privadas y los ciudadanos en general, ha hecho que la propia UNESCO llegue a hablar de una revolución en el mundo de la información y la comunicación, que se puede comparar con la aparición de un nuevo alfabeto, visto el carácter universal de la representación digital. Y en la medida en que son una nueva forma de acceso y comunicación de la información de igual o mayor relevancia que la que actualmente presentan los medios de comunicación convencionales, la UNESCO ha llegado a sugerir a la comunidad internacional la necesidad de tomar las medidas adecuadas para reconocer y fomentar el derecho humano de acceso a las redes de comunicación, como una forma más de ampliar el alcance de la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos (GONZÁLEZ DE LA GARZA, 2004, p. 539).

Este derecho de acceso universal al ciberespacio tiene que permitir que los poderes públicos fomenten el plurilingüismo y la diversidad de culturas en las redes mundiales, así como también el acceso en condiciones de igualdad a la información de interés público. Y todo ello ha de contribuir positivamente a la formación de las personas, siempre, claro está, que las TIC sean entendidas como aquello que realmente es, es decir, como un instrumento por el desarrollo de unas condiciones previas que los poderes públicos han de garantizar y, sin las cuales -como ha recordado no hace demasiado el profesor CASTELLS¹- Internet y, en general, las TIC son una pura falacia. Estas condiciones previas son, en primer lugar, alcanzar un adecuado nivel educativo y facilitar el acceso al trabajo y a la formación profesional. Con su aseguramiento, Internet y las TIC pueden también contribuir de forma decisiva a la integración social y a un mayor nivel de participación política.

Es evidente que esta recomendación de la UNESCO no puede ser entendida como un ejemplo más de la retórica, que, a veces, caracteriza las

¹ EL PAIS (Domingo), 6 de enero de 2008, p. 10

organizaciones de derecho internacional. Un buen ejemplo en esta línea, es el que ofrece la encarnizada resistencia de la dictadura china en el acceso de sus ciudadanos a determinadas webs occidentales de contenido especialmente crítico con el régimen de Pekin. O el que en otro contexto político disntinto, presentó la controvertida *Patriot Act 2001* aprobada por el Congreso del Estados Unidos después de los atentados del once de septiembre, y declarada parcialmente inconstitucional por el Tribunal Supremo cinco años después², cuando focalizó buena parte de su arsenal represivo sobre las comunicaciones emitidas mediante Internet para hacer frente al terrorismo, con una lógica penal en la que la lucha por la seguridad ganó sobradamente el pulso a la siempre imprescindible garantía de las libertades, poniendo en cuestión las bases esenciales del estado de derecho.

Internet y las TIC han provocado un cambio en la organización y el funcionamiento de la Administración pública y en la regulación del régimen jurídico de la información. De hecho no es extraña la afirmación de que las TIC han creado una realidad nueva, hasta el punto que en el marco del Derecho Público ya se llega a hablar incluso, de un derecho administrativo electrónico, vinculado no sólo al clásico principio de eficacia en la organización y funcionamiento de los poderes públicos del artículo 103.1 de la Constitución española (CE) sino, sobre todo, al principio democrático del artículo 1.1. CE. Porque el acceso a la información es un componente básico del principio de publicidad de los actos del poder público e Internet un instrumento que lo facilita de forma extraordinaria. Un buen ejemplo de la respuesta que el derecho positivo vigente ha dado a la aparición de Internet, en el marco de las competencias exclusivas del Estado en materia de telecomunicaciones, han sido, entre otras, las leyes de las Corts Generales siguientes: *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI)*; *Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones*, reformada posteriormente en el 2005 (LGT). Y más recientemente, *la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos* y *la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de*

² OS June 29, 2006 (Cas HAMDAN v. RUMSFELD Secretary of Defense, te al.)

conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

Este conjunto de disposiciones legales son una manifestación del nivel de intervención del poder público para regular la nueva forma de expresión y de comunicar y recibir información. El Estado y antes que éste la Unión Europea - en la medida en que la mayoría son leyes de transposición de legislación europea- no se han mostrado indiferentes a las TIC. Sin embargo, la pregunta que acto seguido se plantea es determinar si la singularidad tecnológica que presenta Internet respecto de los otros medios de comunicación tradicionales, obliga a un tratamiento jurídico diferenciado en lo que se refiere a los contenidos que se emiten. La respuesta negativa no puede ofrecer especiales dudas: puesto que más allá de alguna especificidad que ofrece la regulación del régimen jurídico de la comunicación a través de Internet y su relación con los diversos actores sociales, las reglas jurídicas relativas a los límites al contenido de los mensajes emitidos a través de la red, tienen en el ordenamiento jurídico vigente y -especialmente- en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (TC) sobre el conflicto entre los derechos fundamentales de los artículos 20 (expresión e información) y 18 (derechos de la personalidad, inviolabilidad de las comunicaciones y protección ante el uso ilegal de la informática), un marco adecuado de aplicación, sin que hayan razones suficientes para ser objeto de un tratamiento diferenciado.

Sin embargo, la realidad que ofrecen algunos casos no se corresponde con este tratamiento equiparado. Del análisis de alguna de las disposiciones mencionadas la conclusión a la que se llega no es la misma, puesto que en algún caso –por ejemplo, el artículo 12 de la LSSI- el tratamiento jurídico más restrictivo que se le dispensa ofrece serias dudas de constitucionalidad en razón a la ausencia de proporcionalidad de la medida. Ni tampoco, respeto del derecho a la inviolabilidad de las comunicaciones que, en tanto que garantía formal del derecho a no sufrir ninguna intromisión en el mensaje, incluye no sólo la inmunidad sobre los contenidos, sino que, sobre todo, la garantía de la confidencialidad tiene que abarcar a los datos que permitan identificar a los

sujetos que protagonizan la comunicación, con independencia de cual sea el contenido del mensaje.

En un y otro contexto de los derechos de libertad y participación de los ciudadanos, Internet es ya una plataforma de participación social de los ciudadanos en asuntos de interés individual y general. En un futuro puede generalizarse también su condición de plataforma de participación política en las instituciones representativas con el fin de consolidar un marco de democracia deliberativa que, como tal, no quede limitada a las instituciones representativas sino que también abarque a otras instancias de participación social. Porque Internet puede hacer posible el debate y la deliberación colectivos, tanto en el ámbito privado como en el público, sin la forzosa intermediación de actores (partidos, asociaciones, etc.) que puedan mediatizar los discursos, otorgando así un mayor protagonismo al ciudadano con el fin de que aporte al debate de interés general un razonamiento más conforme a sus personales convicciones.

Con relación a las aportaciones que las TIC ofrecen en el marco de la comunicación y la participación política, el voto electrónico es hoy ya una realidad en algunos Estados y, especialmente en corporaciones privadas. En el ámbito público, a pesar de ser una práctica minoritaria, el voto electrónico no es ninguna novedad en el derecho electoral comparado, cómo así lo demuestran algunos estados de los Estados Unidos, Bélgica, Brasil, Filipinas, Colombia, Venezuela. Además, en otros ya se aplica de forma experimental pero no jurídicamente válida, como es caso de Argentina, Chile, España, Francia, Reino Unido, Holanda, Japón, Australia, etc (CARRILLO, 2007, p. 85). En todos los casos, el reto de la regulación jurídica de éste forma de ejercicio del derecho de sufragio mediante soporte informático, no puede ser otro que el que se deriva del mandato constitucional según el cual el voto tiene que continuar siendo universal, igual, libre, directo y secreto (artículos 68.1, 69.1 CE)

3.2. - LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y DE LA COMUNICACIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.

Las nuevas TIC han incitado a un intenso debate en torno a su incidencia sobre las instituciones jurídicas, hasta el punto de que sectores de la doctrina plantean abiertamente que las TIC constituyen una realidad nueva a la que el Derecho público tiene que adaptarse (BERNADÍ GIL, 2006, p. 359). Además de introducir la idea de que su nivel de incidencia impulsa a hablar -incluso- de un Derecho Administrativo electrónico, se subraya que la incorporación de las TIC a la Administración Pública -ya anunciada de forma premonitoria en 1992 por el artículo 45 de la *Ley 30/92 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*- se vincula al principio de eficacia administrativa y, especialmente, atendido su carácter universal, al mismo principio democrático, en la medida en que han de permitir el acceso generalizado de la ciudadanía a un mayor y mejor conocimiento de los asuntos públicos. Si bien, hay que precisar que el acceso a la información administrativa no puede ser entendido como una prolongación del derecho fundamental a recibir información del artículo 20.1 d) CE, sino como una expresión más del principio constitucional del artículo 105. b) CE, relativo al funcionamiento de las administraciones públicas que reconoce el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, con las excepciones relativas a la garantía de la seguridad y la defensa del estado, así como la investigación de los delitos y la protección de la intimidad de las personas.

Desde un punto de vista competencial, es evidente que los títulos de los que dispone el Estado respecto de los que pertenecen a las Comunidades Autónomas (CCAA) para regular esta materia son más numerosos y de efecto más incisivo (legislación civil, penal, laboral, mercantil, cultura, investigación y desarrollo tecnológico, telecomunicaciones), pero asimismo, las CCAA no se ven excluidas *en radice* de su participación normativa, en especial a través de los aspectos relativos a derecho civil y cultura.

En este marco competencial los últimos años, el Estado ha aprobado toda una serie de disposiciones legales que ponen en relevo la importancia de las TIC en el mundo del derecho.

a) La Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI). Esta Ley tuvo por objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la *Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior*. Asimismo, incorporó parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo relativa a las acciones de cese en materia de protección de los intereses de los consumidores. Entre las finalidades de la Ley, a su exposición de motivos se establece que *"solamente se permite restringir la libre prestación a España de servicios de la sociedad de la información procedentes de de otros países que pertenezcan al Espacio Económico Europeo (...) que consisten en la producción de un daño o peligro graves contra ciertos valores fundamentales como el orden público, la salud pública o la protección de los menores (...) "*. Como consecuencia de este objetivo, el artículo 12 de la Ley, introdujo unas previsiones sobre el deber de retención de datos de tráfico relativas a las comunicaciones electrónicas, que comportan una clara penalización de la información enviada a través de internet, a causa de una notoria ambigüedad, desproporción y falta de seguridad jurídica impropias de una norma restrictiva de un derecho fundamental. En efecto, el artículo mencionado establece en el apartado 1 que: *"los operadoras de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, los proveedores de acceso en redes de telecomunicaciones y los prestadoras de servicios de alojamiento de datos deberán retener los datos de conexión y tráfico generados por las comunicaciones establecidas durante la prestación de un servicio de la sociedad de la información por un período máximo de doce meses (...) "*. La retención de estos datos se hará, dice el apartado 4 del mismo precepto, *"para su utilización en el marco de una investigación criminal o para la salvaguardia de la seguridad pública y la defensa nacional, poniéndose a disposición de los Jueces o Tribunales o del Ministerio Fiscal que así lo requieran"*. Previamente, en el apartado 2, se advierte que *"en ningún caso, la obligación de retención de datos afectará al secreto de las comunicaciones"*.

Este artículo constituye una expresa transposición a España de la legislación antiterrorista norteamericana contenida en la muy cuestionada y finalmente declarada inconstitucional *Patriot Act 2001* y comporta una vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones (artículo 18.3 CE). Porque aunque advierte que no lo afectará, lo que en realidad está introduciendo es un régimen excepcional, pues la intervención de los órganos judiciales se prevé *a posteriori* de la retención de los datos, cuando la CE únicamente prevé esta circunstancia en casos individualizados (artículo 55.2 CE). Asimismo, la inviolabilidad de las comunicaciones es una garantía formal que la CE garantiza con independencia del contenido de la comunicación, lo cual significa que en primer lugar la inviolabilidad abarca la identidad de los sujetos que protagonizan el tráfico de la comunicación. Además, desde un punto de vista formal, el artículo 12 de la LSSI plantea también problemas de constitucionalidad porque la regulación del régimen de los derechos fundamentales es objeto de reserva de ley orgánica, naturaleza jurídica de la que carece la ley.

Por otra parte, la proporcionalidad de la medida restrictiva del derecho es más que cuestionable, si su contenido se pone con relación con la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) -por ejemplo- fijada en los asuntos *Klass y otras c. Alemana* (1978) y *Rotaru c. Rumania* (2000), en los que el TEDH reflexiona sobre la existencia de las garantías adecuadas y suficientes contra los abusos, y donde afirma que un sistema de vigilancia secreto dirigido a proteger la seguridad nacional, supone el riesgo de destruir la democracia. Pues bien, en el caso de la LSSI además, no se trata de un sistema secreto sino público, lo que exige plantearse si una medida de retención de datos sin precisión de las personas afectadas y por un periodo máximo de 12 meses con control judicial *a posteriori* resulta proporcional en un sistema democrático.

Seguramente, fruto de estos indicios racionales de inconstitucionalidad, el artículo 12 de la *Ley 34/2002*, (LSSI) ha sido derogado por la nueva disposición sobre esta materia, *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos*

relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.

b) *Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones.*

Esta nueva Ley subraya que el carácter neutro de los avances tecnológicos en telefonía y comunicaciones electrónicas no impide que de su uso puedan derivarse efectos no deseados o incluso de carácter delictivo. Con el fin de evitar estas consecuencias La Directiva 2006/24/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo, sobre conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público, ha modificado la Directiva 2002/24/CE, y ha provocado en el ordenamiento jurídico español, la consiguiente modificación de la LSSI antes comentada, en uno de sus aspectos más restrictivos.

El objeto de la Ley es, pues, la regulación de la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas comunicación, así como el deber de cesión de estos datos a los agentes facultados, siempre que les sean requeridos a través de la correspondiente autorización judicial con la finalidad de la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves contemplados en el Código Penal o a las leyes penales especiales (artículo 1). Con este control judicial previo, la Ley 25/2007 evita los flagrantes vicios de constitucionalidad que se derivaban del artículo 12 de la LSSI que ahora ha quedado explícitamente derogado.

No obstante, el nivel de intervención pública sobre los datos que se tienen que conservar para los operadores es intenso. Los datos son los relativos a: los que resulten necesarios para la investigación y la identificación del origen de la comunicación; para identificar el destino de una comunicación; para determinar la fecha, la hora y la duración de la comunicación; la identificación del tipo de comunicación; la identificación del equipo de comunicación de los usuarios o lo que se considere que pueda ser el equipo de comunicación y los datos

necesarios para identificar la localización del equipo de comunicación móvil (artículo 3).

Por agentes facultados que tengan que ser los destinatarios de la cesión de la información, se entiende los miembros de la policía judicial, los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera en el desarrollo de funciones propias de policía judicial y el personal del Centro Nacional de Inteligencia (artículo 6.2).

c) Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos.

Esta disposición pone de manifiesto el esfuerzo de adaptación del Estado a los retos que las TIC han lanzado para articular nuevas y más directas formas de relación de los ciudadanos con el poder público. En este sentido, en la exposición de motivos de la Ley se afirma que con el fin de prestar un servicio al ciudadano, la Administración queda obligada a transformarse en una administración electrónica regida por el principio de eficacia que proclama el artículo 103.1 de la CE. La introducción de las formas electrónicas de gestión de los asuntos públicos constituyen una forma de descentralización en la medida en que establece unas nuevas bases por aproximar la Administración pública al ciudadano, porque las TIC hacen posible una proximidad mayor de la Administración al hogar de los ciudadanos y a los despachos de las empresas y los profesionales.

La Ley 30/1992 supuso una primera fase del compromiso de la Administración pública con las TIC. Más recientemente la Ley 4/2001, de 27 de diciembre, ha comportado una adaptación más directa al permitir el establecimiento de registros telemáticos para la recepción o la salida de solicitudes, escritos y comunicaciones a través de medios telemáticos. En el mismo sentido hay que entender las modificaciones introducidas por la Ley General Tributaria de 2003, al permitir también las notificaciones telemáticas y la actuación administrativa automatizada o la imagen electrónica de los documentos.

Respecto de las obligaciones administrativas en el campo de la telemática, la nueva Ley pretende establecer el criterio según el cual, los poderes públicos tienen que estar en disposición de pasar de la tradicional fase normativa del "podrán" a la de ... "habrán de..." atender a los ciudadanos mediante las TIC. Aunque, naturalmente, el uso de los medios electrónicos no tiene que significar ninguna disminución del derecho del ciudadano interesado para acceder en un expediente y, en general, a ser atendido los medios tradicionales si así lo desea.

Por otro lado, la incorporación de las TIC a la organización y funcionamiento de las administraciones públicas no se concibe como una cuestión simplemente técnica. En diciembre de 2005, el Comité de Ministros del Consell de Europa adoptó una recomendación por la que la administración electrónica no es un asunto meramente técnico, sino también de *gobernanza* democrática.

3. 3. - INTERNET Y LAS MEDIOS DE COMUNICACIÓN: BILL GATES FRENTE EN GUTEMBERG.

Pero donde el impacto de las TIC y, en especial de Internet se ha mostrado especialmente decisivo para cambiar las formas de organización de los poderes públicos y las corporaciones empresariales, así como también los comportamientos y actitudes personales y colectivas, ha sido en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y el derecho a recibir y comunicar información.

La red de Internet presenta cada vez más un nivel de agresividad en la aportación de datos al ciudadano. La atracción o la seducción que genera el espacio público virtual y que ofrecen los operadores de Internet, ha dejado en un segundo término a los medios de comunicación convencionales, especialmente la prensa escrita. La pregunta recurrente podría ser la siguiente: realmente, Bill Gates podrá derrotar a Gutemberg?.

Más allá de las previsiones de futuro que no son el objeto de este artículo, es evidente que la información a través de la red ha favorecido la diversificación de los sujetos que pueden emitir información. El derecho a la información no es un monopolio de los periodistas y su titularidad no admite distinciones, aunque los profesionales sean destinatarios de un tratamiento jurídico especial a través de derechos que como la cláusula de conciencia o al secreto profesional, solamente a ellos corresponden. Pero la vocación de universalidad que impregna Internet permite que la red sea una plataforma accesible a la mayoría de la ciudadanía para que se exprese y si procede, también informe. En este caso, las reglas del derecho fijadas por las leyes y la jurisprudencia no pueden resultar diferentes por el hecho de que el sujeto emisor no sea un profesional, sino que tienen que ser los mismos y por tanto las sometidas a los mismos criterios de responsabilidad jurídica.

Los atentados del once de septiembre en los Estados Unidos fueron una oportunidad excepcional para que la red de Internet ejerciera una oportuna función informativa complementaria y, a veces, alternativa a los medios de comunicación convencionales. Por ejemplo, para seguir los efectos de los ataques a las torres gemelas, las declaraciones de los afectados y la elaboración de las listas desde desaparecidos, a más de proporcionar en los primeros momentos datos que a causa de la censura promovida desde las altas instancias del poder político no eran disponibles.

Asimismo, Internet ha servido también para dar salida a expresiones políticas reprimidas en contextos de dictadura y de regímenes políticos autoritarios. Con todas las dificultades que el poder público interpone para impedir las, Internet ha servido y sirve como plataforma de denuncia de violación de los derechos humanos y las libertades públicas. Éste ha estado el caso de la situación en la China donde, no obstante, el acceso de webs occidentales de determinadas ONGs es impedido para el gobierno chino a través de *softwares* propios, que operan como una especie de muro virtual por impedir el conocimiento global de la propia vergüenza. Algo similar se puede decir de Cuba o, en tiempos más recientes, o a la cruel represión que ha llevado a cabo la Junta militar que gobierna a mano de hierro en Myanmar (la antigua Birmania).

Internet ha fomentado también la auto-publicación de informaciones que en muchos casos son de interés público. Los *weblogs*, los llamados blogs personales que empiezan a ser un instrumento de comunicación de personas de relevancia pública, son también una vía complementaria para no decir, en ocasiones, alternativa a los medios de comunicación tradicionales que permiten a su titular expresarse sin ningún límite formal o editorial, sobre temas que considera de interés para un auditorio potencial, en el que no están excluidos los propios medios de comunicación (prensa, radio y televisión), que pueden encontrar en estas páginas personales una fuente permanente de opinión e, incluso, de información. Desde la perspectiva jurídica, no hay duda que la emisión de opiniones o la aportación de informaciones a través de un *blog* personal, están sometidas a las mismas reglas jurídicas que regulan, por ejemplo, la garantía de la veracidad informativa entendida en términos de diligencia en su obtención y la protección -si procede- de los derechos al honor, intimidad y propia imagen de los sujetos destinatarios de la libertad de expresión o del derecho a comunicar información, ejercidos por el titular del *blog*, el cual, si llega el caso, tendrá que responder del contenido del mismo.

Internet también ha penetrado en el seno de los medios de comunicación más tradicionales. Los medios escritos se han dotado de versiones electrónicas de sus ediciones. Esta circunstancia ha provocado una pluralidad de informaciones y ediciones, pues el medio escrito ya no espera en la primera edición que sale a la calle para publicar según qué noticias porque Internet permite la información en tiempo real. Por lo tanto, edición impresa y la edición digital en la web constituyen un binomio en la edición del diario, de tal forma que el valor informativo del diario ya depende de las dos. Sin embargo, no todo lo que la red informativa es tributario de una valoración positiva; los efectos perversos están siempre presentes (LEPAGE 2002, p. 67 I ss.). Así, una visión pesimista de la sociedad de la información puede conducir a la conclusión de que más allá de las ventajas que Internet aporta a la vida democrática (transparencia, participación ciudadana, eficacia administrativa, etc.) siempre queda la sensación de que la necesaria confidencialidad ligada a la garantía de algunos derechos fundamentales, se puede ver menoscabada. Entre los efectos menos deseables de Internet figuran, como ha señalado LEPAGE

(2002, p. 67), el problema de la identificación de la información; su fiabilidad y el efecto perverso de la abundancia de información que no siempre es sinónimo de información relevante y de interés objetivo. La identificación de la información en Internet obliga a diferenciar entre la información *strictu sensu*, y aquello que es publicitado, dado que hay muy operadores que utilizan la red para comunicar a sus clientes informaciones sobre su actividad comercial, lo cual significa que a menudo la información se mezcla con la simple publicidad. Otro aspecto que plantea Internet como apoyo de informaciones de todo tipo es la fiabilidad de su contenido, puesto que el carácter universal del acceso a Internet facilita que la red virtual, pueda ser un campo abonado para rumores y especulaciones que alteren el deber de diligencia informativa que tiene que presidir todo tipo de difusión de hechos que sean de interés general. También, otra faceta del problema de la fiabilidad de las informaciones aparecidas en una web de Internet es la falsificación de las informaciones cometida por los piratas del ciberespacio (*hackers*) que manipulan la información con finalidad diversas. Y no siempre con finalidad destructiva sino también para evidenciar la negligencia de los responsables de determinadas webs que contienen -reiteradamente- información incorrecta, como fue el caso del que fue *víctima* la web *Yahoo News*. Finalmente, un efecto perverso en Internet es el exceso de información que la red aporta, sin que siempre sea fácil discriminar entre aquello que es superficial de aquello que realmente ofrece interés. Sin duda, uno de los problemas jurídicos de especial relevancia que presentan el ejercicio del derecho a la información en Internet es la determinación de la autoría y la fijación de responsabilidades. Un ejemplo resulta bastante ilustrativo al respecto, es lo que todavía hace poco ofrecía la web de la enciclopedia en red *Wikipèdia*, de la que es propietaria la *Fondation Wikimedia*, una entidad sin ánimo de lucro con sede a Florida. Esta entidad fue demandada ante el Tribunal de Gran Instancia de Paris (TGI), por las referencias a las opciones sexuales de los recurrentes contenidas en un artículo incorporado en esta enciclopedia virtual. Pero el TGI eximió de responsabilidad a la fundación americana porque estimó que, dado que la entidad no ejerce ningún control sobre el contenido de los artículos, no tiene que soportar una responsabilidad de carácter editorial. Sobre este particular, según la legislación francesa (*la Ley 21 de junio de 2004, sobre la confianza en*

la economía numérica) el propietario de la web no está *a priori* obligado a vigilar o fiscalizar todos el contenidos que acoge, salvo la obligación de notificar el contenido manifiestamente ilícito (con carta certificada con aviso de recepción al autor), circunstancia que se produce cuando es de carácter pedopornográfico, abiertamente racista o negacionista, lo cual obliga al propietario de la web a suprimirlos sin dilación³.

En Internet, ya se ha dicho anteriormente, se aplican las reglas comunes establecidas por la ley y la jurisprudencia con el fin de abordar los conflictos que eventualmente puedan llegar a producirse entre el derecho a informar y los derechos de la personalidad. En este sentido, el punto de partida que tiene que servir por el tratamiento jurídico de una controversia sobre bienes jurídicos protegidos, es tener en cuenta que Internet es en sí mismo una publicación autónoma. Con independencia que -como a menudo pasa- la información objeto de la controversia haya ya sido difundida en otro medio de comunicación. Desde la lógica del Derecho, la infracción que se haya podido cometer es nueva porque nueva es también la plataforma informativa desde la que ha sido cometida. Por lo tanto, hará falta siempre una autorización previa de la persona que es objeto de una información en imágenes en Internet. La exención de esta autorización previa puede ser permitida en los casos de una información que por su actualidad requiera la difusión inmediata de las imágenes de una persona. Pero una vez superada la actualidad, nada asegura que la una nueva reproducción de la imagen de una persona por una web de Internet continúe siendo excluida de responsabilidad para quien la ha difundido a través de la red. Parece evidente que si se trata de una persona anónima, ésta estará en condiciones de salvaguardar su derecho a la propia imagen, cuando la actualidad basada en un anterior 'interés público de la noticia haya estado superado.

Finalmente, hay que destacar que el interés de los Estados y de diversas organizaciones internacionales (por ejemplo, el Consejo de Europa) por la protección de los derechos de los sectores sociales especialmente vulnerables como son la infancia y la juventud, ha desarrollado una legislación penal y civil

³ *Le Monde*, 3 de noviembre de 2007, p. 3

rigurosa. Sin embargo, a veces esta política criminal que persigue, sobre todo, la pedofilia, ha chocado con la debida protección que exige la libertad de expresión y de creación artística. Un buen ejemplo lo ofreció en la década de los noventa del pasado siglo la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de 26 de junio de 1997 (caso *Reno c. American Civil Liberties Union*), que declaró inconstitucional la *Communications Decency Act* de 8 de febrero de 1996, por violación de la 1ª Enmienda, a causa del carácter genérico y abstracto de las infracciones que la ley preveía en su lucha contra la pornografía en Internet.

Barbastro, 7 de noviembre de 2008.

4. - BIBLIOGRAFÍA.

- a) Para el apartado 1, véase: F. BASTIDA FREIJEDO e I. VILLAVERDE MENÉNDEZ, *Libertades de Expresión e Información y Medios de Comunicación. Prontuario de jurisprudencia constitucional 1981.1998*. Cuadernos Aranzadi del Tribunal Constitucional. Pamplona 1998. M. CARRILLO, *El derecho a no ser molestado (Información y vida privada)*. Thompson Aranzadi. Oñate. 2003; P. SALVADOR CODERCH (dir.), *El mercado de las ideas*. Centro de Estudios Constitucionales. Madrid 1990.
- b) Para el apartado 2, véase: Ch. Debbasch, *Droit de l'audiovisuel*, Dalloz, París, 4a edición, 1995. J. Tornos i Mas, *Las autoridades de la regulación de lo audiovisual*, Marcial Pons, Barcelona, 1999.
- c) Para el apartado 3, véase: X. BERNARDÍ GIL, Xavier (ed.) (2006). *Administraciones públicas e internet*. Fundación Pi-Sunyer. Barcelona, 401p.: M. CARRILLO, (2007). "Incidencia jurídica del voto electrónico en el régimen electoral". A. DD:AA. *El voto electrónico en Cataluña: retos e incertidumbres*. Col·leció Politiques 56, Ed. Mediterrànea, pp. 77-106; M. CASTILLOS (1999). *La era de la información (Quiere. 3)*. Alianza Ed. 2ª ed. Madrid: L.M. GONZÁLEZ DE LA GARZA, (2004). *Comunicación pública en Internet*. Creaciones Copyright. Madrid. 594 p. M.P. FENOLL-

TROUSSEAU et G. HAAS, Gérard (2000). *Internet te protection desde données personnelles*. Ed. Litec. Paris, 206 p; A. LEPAGE, Agathe, (2002). *Libertés te droits fondamentaux à el épreuve de la internet*. Litec. Éditions du Juris-Classeur. Paris, 328 p.