

La información en la red y el principio de neutralidad tecnológica: la libertad de expresión y la difusión de información administrativa*

SUMARIO

Introducción. I. Neutralidad de la red y neutralidad tecnológica. II. Neutralidad tecnológica y contenidos digitales. A. Difusión de contenidos y tecnologías de comunicación. 1. Libertades de información y expresión y medios de comunicación: la jurisprudencia española en materia de comunicación audiovisual. 2. La versatilidad de Internet: implicaciones para la determinación del régimen jurídico aplicable. B. Los límites a la difusión de contenidos en Internet: neutralidad tecnológica y principio de proporcionalidad. 1. Entre el control y la censura. 2. Principio de neutralidad tecnológica y principio de proporcionalidad en la intervención sobre los contenidos y la regulación económica de la red. C. La intervención pública sobre los contenidos de la red. 1. La aplicación de la normativa reguladora de lo audiovisual a los servicios prestados en la red. 2. La libertad de expresión y la retirada de contenidos en la normativa de los servicios de la sociedad de la información. 3. La corregulación en materia de contenidos: las experiencias del regulador independiente de lo audiovisual catalán y del gobierno francés. III. Los contenidos digitales en los servicios públicos informacionales de difusión de información administrativa. A. ¿Qué régimen jurídico para la difusión de la información editada por la administración a través de la red? B. ¿Servicio de comunicación audiovisual, medio de comunicación social? C. ¿Servicio de

* Fecha de recepción: 25 de febrero de 2009. Fecha de aceptación: 28 de abril de 2009.

** Licenciado en derecho por la Universidad de Barcelona (2002). Magíster en derecho europeo por el European Public Law Center (2004). Profesor de regulación de las telecomunicaciones, audiovisual e Internet en la Universidad de Barcelona (2004-2006). En la actualidad, técnico del área de Asesoramiento e Investigación de la Agencia Catalana de Certificación. Algunas de las principales aportaciones, de carácter general, de este artículo fueron objeto de presentación en el Foro Libertad de Expresión, congreso organizado por la Universidad Externado de Colombia durante el mes de noviembre de 2007, cuya invitación fue decisiva para llevar a cabo la investigación y, más tarde, la elaboración del presente artículo que incorpora algunas especificidades jurídicas españolas y europeas. El documento resultante ha sido publicado por la *Revista Vasca de Administración Pública* n.º 81, 2009. Pueden enviar sus comentarios a [caalonsoe@yahoo.es].

información administrativa al ciudadano? D. El establecimiento de un régimen jurídico administrativo del portal institucional: apuntes para el debate. IV. A modo de conclusión: la función del principio de neutralidad en el ejercicio del autogobierno democrático

RESUMEN

Nuestro trabajo intenta esbozar el razonamiento jurídico mediante el cual el derecho aprehende las actividades realizadas en la red. El instrumento jurídico que guía ese proceso es el principio de neutralidad tecnológica. Para explicar su función, nos detendremos en ámbitos sectoriales en los que su aplicación ordena relaciones de derecho administrativo y que permiten una indagación primera sobre las funciones que ejerce el Estado en relación con Internet. La garantía de la libertad de expresión por parte de los poderes públicos exige, según los casos, su abstención, una intervención de carácter ordenador o una intervención de carácter prestacional.

Mediante un análisis centrado en el principio de neutralidad tecnológica intentaremos singularizar las actividades de difusión de información realizada tanto por los particulares como por la propia administración. Aunque se trata de supuestos distintos, ambas actividades de difusión se encuentran conectadas. El conocimiento de la ciudadanía respecto de los servicios y actividades realizadas por las administraciones es indispensable para permitir el correcto ejercicio de los derechos a la libertad de información y expresión y la participación en los asuntos públicos, pues su ejercicio estará mejor encuadrado en parámetros de interés público, de acción colectiva. Así, intentaremos dar algunos elementos para el debate acerca de la caracterización de los portales de la administración y la búsqueda de un régimen jurídico garante de los derechos a los que hacíamos referencia.

PALABRAS CLAVE

Libertad de expresión, principio de neutralidad tecnológica, acceso a la información, comunicación pública.

ABSTRACT

Our paper attempts to outline the legal reasoning by which the law apprehends the activities on the Web. The legal instrument to guide this process is the principle of technological neutrality. To explain its function, we will stop at sectoral in its application of ordered relations and administrative law that allows a first investigation on the functions performed by the State on the

Internet. The guarantee of freedom of expression by the government requires, as appropriate, its abstention, an intervention of a computer or benefits of an intervention.

Through an analysis centered on the principle of technological neutrality, the attempt to single out information dissemination activities carried out both by individuals and by the Administration itself. Although these are different situations, both outreach activities are connected. Knowledge of the public regarding the services and activities undertaken by governments is essential for the proper exercise of the rights to freedom of expression and information and participation in public affairs, since their exercise would be better framed in parameters of interest public, collective action. So try to give some elements for discussion on the characterization of the portals of the Administration and the search for a legal guardian of the rights to which they referred.

KEY WORDS

Freedom of expression, principle of technological neutrality, access to information, public communication.

INTRODUCCIÓN

El 20 de julio de 2007, el juez JUAN DEL OLMO ordenó el secuestro del semanario de sátira política *El Jueves* por considerar que la portada (en la que aparecían caricaturizados los príncipes de la Corona en plena actividad sexual), “denigrante e infamante”, podía constituir un delito de injurias al sucesor de la Corona y de menoscabo al prestigio de esta institución, como finalmente consideró la sentencia. La portada arremetía contra un plan del Gobierno de otorgar ayudas a la maternidad. Las reacciones no se hicieron esperar; la difusión de la portada a través de Internet y las muestras de solidaridad de los profesionales del periodismo fueron inmediatas. En este escenario, la vicepresidenta primera del Gobierno declaró: “La procedencia y eficacia del secuestro de publicaciones están en cuestión si tenemos en cuenta los actuales medios de difusión. La portada de la revista ha aparecido en todos los medios digitales”. El Gobierno invitó a reflexionar sobre la institución del secuestro judicial de publicaciones, que consideró una medida “anclada en el pasado”.

“El 30 de abril un internauta publicó una nota en Digg con enlace a un *blog* que daba la clave para, en determinadas circunstancias, copiar HD-DVD.”¹ Digg es un agregador de noticias que generan los propios usuarios. Ante la

1. FRANCIS PISANI. “La rebelión Digg o el poder de los usuarios”, *El País*, Madrid, 24-05-2007.

reclamación de una asociación de empresas, los administradores del portal de noticias eliminaron las referencias a la clave. La respuesta de la comunidad de Internet no se hizo esperar: más de dos millones de réplicas en páginas en la red en dos semanas, camisetas, canciones y creación de grupos de personas en honor al código.

Estas noticias hacen a la red valedora del calificativo “revolución de revoluciones” que, mediante cadenas de relaciones sociales, permite la multiplicación de mensajes “en llamarada”, tal y como lo han definido científicos del Massachusetts Institute of Technology². De este modo fue como se expresó la oposición al secuestro de la revista citada mediante el uso de Internet, en lo que constituyó un ejemplo paradigmático de la defensa de la libertad de expresión que se practica en la red.

En ocasiones se intenta singularizar a la Internet como “medio de comunicación social” y, sin embargo, no es cierto, no todas las actividades realizadas en la red pueden caracterizarse como tal, ni tampoco el conjunto. La singularidad de Internet radica en que permite la difusión simultánea de textos, audio y video, lo que le otorga una mayor versatilidad en comparación con los antiguos medios de comunicación. Esta versatilidad permite que Internet sea el soporte para la creación de un periódico, una radio, una televisión o, simplemente, una página personal, de información corporativa, o mecanismos de difusión de contenidos culturales.

Nuestro trabajo intenta esbozar el razonamiento jurídico mediante el cual el derecho aprehende las actividades realizadas en la red. El instrumento jurídico que guía ese proceso es el principio de neutralidad tecnológica. Para explicar su función, nos detendremos en ámbitos sectoriales en los que su aplicación ordena relaciones de derecho administrativo y que permiten una indagación primera sobre las funciones que ejerce el Estado en relación con Internet. La garantía de la libertad de expresión por parte de los poderes públicos exige, según los casos, su abstención, una intervención de carácter ordenador o una intervención de carácter prestacional.

Mediante un análisis centrado en el principio de neutralidad tecnológica intentaremos singularizar las actividades de difusión de información realizada tanto por los particulares como por la propia administración. Aunque se trata de supuestos distintos, ambas actividades de difusión se encuentran conectadas. El conocimiento de la ciudadanía respecto de los servicios y actividades realizadas por las administraciones es indispensable para permitir el correcto ejercicio de los derechos a la libertad de información y expresión y la participación en los asuntos públicos, pues su ejercicio estará mejor encuadrado en parámetros de interés público, de acción colectiva. Así, intentaremos dar

2. FEDERICO CASALEGNO. “La ciudad en red: comunicación ubicua y espacio urbano bajo el nuevo paradigma tecnológico”, contribución presentada en el Congreso *eGovernance. International Workshop on e-Governance, Cities and Regions*. Barcelona, julio de 2004. Disponible en [www.gencat.net/forum-egovernance/2004/espanol/abstracts.htm#5].

algunos elementos para el debate acerca de la caracterización de los portales de la administración y la búsqueda de un régimen jurídico garante de los derechos a los que hacíamos referencia.

El caso relatado al inicio podría advertir que Internet ejerce una influencia en materia de presión regulatoria que excede los límites de su propio fuero, mereciendo el replanteamiento de las medidas de control de las publicaciones escritas. El estado actual del derecho, sin embargo, no apunta a un replanteamiento de las instituciones jurídicas, sino más bien a la búsqueda de los elementos que permitan identificar regímenes jurídicos aplicables, o ámbitos de posible –incluso nula– intervención de normas de derecho positivo. Esta manera de proceder a la hora de relacionar Internet y derecho está protagonizada por una norma de nuevo cuño: el principio de neutralidad tecnológica.

I. NEUTRALIDAD DE LA RED Y NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA

El principio de neutralidad tecnológica es un concepto mucho más amplio que el de la neutralidad de la red, que sólo se refiere a la infraestructura lógica y económica de los servicios y productos informáticos. Algunos autores han abordado las relaciones entre el derecho e Internet sin referirse directamente al principio de neutralidad tecnológica, pero exponiendo parte de su contenido³. En una primera aproximación podríamos decir que el principio de neutralidad tecnológica permite la aplicación analógica del derecho cuando la actividad realizada es exactamente la misma independientemente del soporte utilizado, lo que supone implícitamente la existencia de límites en la aplicación de normas vigentes para actividades novedosas y, por tanto, la posibilidad de establecer nuevos regímenes jurídicos para las nuevas actividades, posibilidad mediada por el principio de proporcionalidad y, asimismo, por la concepción social del nuevo ámbito de interacción social que es Internet, constituyendo éste un límite importante cuando hablamos de Internet. Para realizar una indagación completa del principio de neutralidad tecnológica consideramos

3. Este sería el caso de JEAN-MARIE CHEVALIER. “Les bouleversements du droit par l’Internet”, en JEAN-MARIE CHEVALIER; I. EKELAND; M. A. FRISON-ROCHE; M. KALIKA. *Internet et nos fondamentaux*, París, Presses Universitaires de France, 2000. En el primer epígrafe del trabajo, CHEVALIER advertía que “el derecho está muy solicitado por Internet, ya se trate de trabajar con el derecho existente o de edificar uno para ofrecer un cuadro a esta actividad que apenas tiene [derecho, reglas, se entiende]”. En el primer caso (la aplicación analógica) nos encontraríamos ante la vertiente horizontal; cuando hablamos de la emisión de nuevas normas que tengan en cuenta la especificidad del medio estamos ante la vertiente vertical del principio de neutralidad –aunque, debemos apuntar, en ocasiones el principio de neutralidad puede significar la ausencia de intervención normativa, como cuando se ejercen derechos fundamentales–. En el mismo sentido se expresaba JAVIER BARNÉS: “La Internet y el Derecho. Una nota acerca de la libertad de expresión e información en el espacio cibernético”, en *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 3, 1997.

necesario distinguir entre la neutralidad de la red, que está centrando uno de los debates más interesantes en la actualidad sobre la regulación económica del uso de la tecnología, y la neutralidad tecnológica, un concepto mucho más amplio.

El principio de neutralidad tecnológica aparece identificado así por primera vez en una Ley Modelo de Uncitral sobre comercio electrónico, en la que se establece la obligatoriedad de los estados de establecer un entorno legal tecnológicamente neutro para todo medio técnicamente viable de comunicación comercial⁴. En definitiva, se trata de que las normas estatales no dispensen al comercio internacional realizado por medios electrónicos un trato diferente del que se realiza mediante otros medios de venta.

En la actualidad, el principio de neutralidad tecnológica tiene una fuerte presencia en los debates sobre la regulación de los mercados de telecomunicaciones. Veamos en qué términos se debaten estas cuestiones en Estados Unidos y en la Unión Europea.

El principio de neutralidad tecnológica ha aparecido en el debate sobre la regulación de las telecomunicaciones, de la mano de la resolución de la Federal Communications Commission de los Estados Unidos del 5 de agosto de 2005, en que se abordaba la reclasificación de los prestadores de servicios de ADSL como servicios de información y no como servicios de transporte de señales. La diferencia radica en que mientras el transportador de señales no puede discriminar los datos del tráfico, el prestador de servicios de información tiene una regulación más laxa (por ser una actividad relacionada con la libertad de información) y puede discriminar los datos que transporta, puede decidir sobre los contenidos que ofrece al cliente.

El debate estadounidense sobre estas cuestiones ha gravitado sobre la tramitación de la “network neutrality bill”, la ley de neutralidad de la red. Las compañías de telecomunicaciones aducían que Internet produce un exceso de transporte de datos que requiere mayores inversiones y plantean la necesidad de poder cobrar en relación con los servicios prestados (por ejemplo, una cuota mínima para determinados servicios y cuotas complementarias para servicios de Internet que requieran un mayor ancho de banda –servicios de descarga de archivos). La comunidad de Internet (con VINTON CERF –pionero de Internet– y TIM BERNERS-LEE –a quien se debe el concepto del *web*– a la cabeza) considera que la no aplicación del principio de neutralidad dividiría la red en dos –una para los que puedan costearse los servicios adicionales y otra para los que no puedan hacerlo– y ha solicitado que la ley adopte una versión más laxa del principio de neutralidad que proteja la libertad del usuario de acceder a los servicios que desee con el ancho de banda contratado.

4. Resolución de la Asamblea de la Organización de las Naciones Unidas A/RES/51/162, del 30 de enero de 1997, sobre la Ley Modelo sobre Comercio Electrónico aprobada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

En efecto, la arquitectura originaria de Internet (*end-to-end*) constituía un avance en la forma de transportar datos, independientemente del contenido transmitido. Esta indiferencia de la red respecto de los datos que podían transportarse favoreció la inversión de una industria incipiente en la creación de contenidos y servicios de diversas características. Hoy día, algunas normas técnicas han permitido el establecimiento de categorías de datos para favorecer unos flujos de datos frente a otros⁵, lo cual supone una eventual desventaja competitiva para algunos proveedores de contenidos. Algunos autores argumentan que en el presente la red no es neutral, porque la arquitectura de los nodos de la red permite la discriminación del tráfico, lo que limita las actividades de los individuos y, en definitiva, alterando las normas que rigen el comportamiento económico. Según estos autores, la red debería ser neutra y permitir a los ciudadanos acceder a diferentes contenidos⁶. Finalmente, el legislador estadounidense ha sancionado legalmente estos argumentos mediante la aprobación de la Internet Freedom and Nondiscrimination Act de 2006, donde tipifica la discriminación de datos como una infracción de la Ley Antimonopolio (Clayton Antitrust Act).

La visión de la Unión Europea identifica neutralidad tecnológica con la prohibición de discriminación en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, que da lugar a la liberalización de las redes de telecomunicaciones esbozada en el Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común para servicios y equipos de telecomunicaciones en 1987⁷. Más tarde, la Comisión Europea vuelve a insistir en la neutralidad como elemento garante de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, como una necesidad de la regulación en un escenario de convergencia tecnológica. La documentación comunitaria está centrada en los retos que introduce para el mercado interior el contexto de convergencia de plataformas, sosteniendo que “la reglamentación tecnológicamente neutra permite la prestación de nuevos servicios y genera un tipo de competencia entre los distintos métodos

5. Esta posibilidad tiene relación con la implementación de la segunda etapa de Internet, centrada en el tráfico *web* que es el que en la actualidad se ve privilegiado. Las normas básicas en relación con este asunto son los Request For Comments n.ºs 2474 y 2309 (K. NICHOLS, S. BLACKIE, F. BAKER y D. BLACK. *Definition of the differentiated Services Field (DS Field) in the IPv4 and IPv6 Headers*, Networking Working Group, 1998, RFC 2474; vv.AA. *Recommendations on Queue Management and Congestion Avoidance in the Internet*, Network Working Group, 1998, RFC 2309). Estos documentos están elaborados por profesionales de la informática, con una participación destacada de profesionales de una de las mayores consultoras informáticas mundiales (Cisco Systems), pudiendo haber dado lugar a un fenómeno de conflicto de intereses que nosotros identificamos con la captura de la regulación por un agente del mercado.

6. TIM WU. “Network Neutrality, Broadband Discrimination”, en *Journal on Telecommunications & High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 141; LAWRENCE LESSIG. *Code: version 2.0*, Nueva York, Basic Books, pp. 56 y ss. y 257.

7. Comunicación de las Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones *Hacia una economía europea dinámica, Libro Verde sobre el desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones*. Documento (87) 290, junio de 1987.

de acceso conocida como competencia basada en recursos (*facilities-based concurrence*). En el medio a largo plazo, ésta es la mejor manera de reducir los precios e incrementar las posibilidades de elección en el ámbito de los servicios. Asimismo estimula la innovación y fortalece la infraestructura de comunicaciones en general”⁸. Más adelante, la Comisión Europea se comprometía a continuar “debatando cuestiones tales como la relación entre proveedores de contenidos y operadores de infraestructuras”. En otro documento, más reciente, la Comisión retoma el principio de neutralidad como elemento que permitirá elaborar un marco regulador más propicio para la convergencia tecnológica⁹.

Los dos enfoques, el estadounidense y el europeo, nos advierten de que el debate sobre neutralidad es, en parte, una cuestión de libertad de mercado, pues la prestación de unos determinados servicios –los servicios de telecomunicaciones, de acceso a la red– inciden en la prestación de otros servicios –los que ofrecen contenidos–. Se trataría de una competencia entre particulares que operan en diferentes mercados (mercado de las telecomunicaciones, mercado de los contenidos).

Cuando el conflicto se produce en un mismo sector económico, el principio de neutralidad también ofrece soluciones. Un buen ejemplo para comprender las implicaciones del principio de neutralidad tecnológica en el sector de la industria del *software* es el del coche, ejemplo que utiliza RICHARD STALLMAN para explicar el concepto del *software* libre¹⁰. Cuando compramos un coche –explica– tenemos acceso al motor; si el coche tiene un problema podemos abrirlo y sustituir la pieza nosotros mismos o llevarlo al mecánico, pudiendo escoger entre la pieza original del fabricante del vehículo u otra de un fabricante distinto: este es el modelo con el que trabaja el *software* libre. Al contrario, los sistemas de *software*-propietario te venden un coche cerrado que sólo puede abrir el fabricante. De este modo se comprenden fácilmente las sanciones impuestas por la Comisión Europea a Microsoft por su inicial negativa a ofrecer el código de Windows Vista a sus competidores, sanciones que recientemente han sido declaradas conformes al derecho comunitario¹¹.

8. Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones - *Comunicaciones electrónicas: el camino hacia la economía del conocimiento*. Documento COM/2003/0065 final.

9. “Los objetivos del marco son fomentar la convergencia, en el sentido de que se ocupa de mercados y no de tecnologías. Los mercados se definen según los principios de la normativa sobre competencia, sobre la base de consideraciones generales de la oferta y la demanda, y son independientes de los cambios en la tecnología subyacente” Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones – *Revisión del marco regulador de la UE de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas*, SEC (2006) 816, 817.

10. RICHARD STALLMAN. *Software libre para una sociedad libre*, Madrid, Traficantes de Sueños, 2004.

11. Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas del 17 de septiembre de 2007. Asunto T-201/04, caso Microsoft.

Hasta ahora nos hemos referido a los efectos de la no aplicación del principio de neutralidad tecnológica en relación con la competencia económica, tanto en las relaciones que se dan entre diferentes sectores como en las relaciones entre competidores de un mismo sector. Sin embargo, y utilizando el ejemplo al que hacíamos referencia, a nosotros no nos interesa solamente la arquitectura del coche; además queremos saber qué es lo que podemos hacer con el coche, por dónde y cómo podemos circular. La cuestión de STALLMAN es una cuestión de derecho de la competencia (el comportamiento de la industria automovilística, en nuestro ejemplo), mientras que nuestras preguntas abordan otras ramas del derecho (penal, administrativo, civil...).

II. NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA Y CONTENIDOS DIGITALES

A. DIFUSIÓN DE CONTENIDOS Y TECNOLOGÍAS DE COMUNICACIÓN

1. Libertades de información y expresión y medios de comunicación: la jurisprudencia española en materia de comunicación audiovisual

Las libertades de expresión e información constituyen los derechos más importantes para una democracia plural, avanzada. Mediante el ejercicio de estos derechos se lleva a cabo el proceso de comunicación pública a través del cual se realiza el autogobierno de la comunidad. Así, sobre la base de las informaciones comunicadas se forman las opiniones por expresar, y sobre la base de estas opiniones informadas se realizan las elecciones colectivas que inciden sobre las conductas particulares.

Tempranamente, el Tribunal Constitucional español deslindó dos categorías conceptualmente diversas. Por un lado tenemos el derecho a la libertad de información y expresión y por otro el denominado derecho de antena, que es el derecho a utilizar los medios para difundir la información o las ideas y opiniones (STC 12/1982). Respecto de los derechos a la libertad de información y expresión, es evidente que estos derechos suponen la necesaria abstención de los poderes públicos sobre las opiniones expresadas por los ciudadanos, son derechos de oposición frente al Estado. Cosa distinta es el medio a través del cual se comunican esas ideas u opiniones. En el caso de la prensa escrita, cualquier medida de control previo (por ejemplo, la necesidad de autorización) sería inconstitucional¹², mientras que en el caso de actividades audiovisuales como la radiodifusión o la televisión por ondas hertzianas, la propia Constitución permite muchas más soluciones que pueden alcanzar la declaración del monopolio, modalidad existente a la entrada en vigor de la Constitución, cuando el recurso del que se haga servir se considere esencial

12 Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante, STC) 77/1982.

para la comunidad¹³. Esta diferencia de trato del derecho primario y del medio para ejercerlo se explica por la afectación a la comunicación pública que pueden tener los medios de comunicación, puesto que la limitación del recurso imposibilita un acceso equitativo al proceso de comunicación pública.

El Tribunal Constitucional español ha caracterizado a los medios de comunicación social como uno de los instrumentos posibles para ejercer esos derechos de libertad de información y expresión. La creación de medios de comunicación no goza, sin embargo, de la misma protección que los derechos primarios, puesto que tanto por cuestiones tecnológicas como por otras económicas y políticas (escasez del espectro radioeléctrico, formación de oligopolios, afectación al pluralismo político)¹⁴ puede justificarse una intervención administrativa cuya intensidad (mercado libre, mercado regulado, monopolio) dependerá de una decisión estrictamente política del legislador.

Una decisión política que, sin embargo, no puede ser la misma para todas las actividades que permitan el ejercicio de esos derechos. La STC 31/1994 supuso un cambio de sensibilidad del Tribunal en la materia. La razón estriba en que el establecimiento del monopolio operado para la televisión analógica se había extendido a la televisión por cable o vía satélite, postergando la entrada de operadores privados en ese sector. Esta omisión constituía, en palabras del mismo Tribunal –STC 88/1995–, una prohibición a la que “el Tribunal se enfrentó aplicando un canon de razonabilidad, llegando a la conclusión de que dicha prohibición supone una vulneración de las libertades públicas de expresión y comunicación”. La razón que adujo el tribunal tras la STC 31/1994 era la naturaleza del medio de comunicación en cuestión, sus características técnicas, a saber, la menor escasez de los recursos utilizados y su escasa complejidad técnica.

De este modo, la razonabilidad nos advierte que la regulación y la reglamentación del uso del medio de comunicación deben ser adecuadas a la accesibilidad del medio. El Tribunal se ratificó en este extremo en numerosas ocasiones, de entre las cuales destaca en la STC 127/1994, que sintetiza la doctrina establecida en anteriores sentencias¹⁵. Cuanta menor posibilidad de acceso y

13. Tal y como se desprende del artículo 128.2 de la Constitución española. Haciendo uso de esta habilitación, el legislador declaró el monopolio público para la radio y la televisión mediante la Ley 4/1980, del 12 de enero, del Estatuto de la Radio y la Televisión. Este monopolio quedaría materialmente –aunque no formalmente– roto con la introducción de los canales autonómicos en 1983 y, más tarde, con la introducción de operadores privados en 1988 (cuyas pretensiones habían dado lugar a las sentencias que citamos más adelante, singularmente la STC 12/1982).

14. Algunos autores señalan que la protección del pluralismo político es ya –debido a los avances tecnológicos– el único de los elementos que hoy día justifican la intervención pública en la comunicación audiovisual. JOAN BARATA. *Democracia y audiovisual: fundamentos normativos para una reforma del régimen español*, Barcelona, Marcial Pons, 2006; ANDRÉS BOIX PALOP. “La traslación de pautas de control público al nuevo audiovisual de proximidad”, en *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 14, febrero de 2007, p. 5.

15. En efecto, en esta sentencia (Fundamento Jurídico 4.º), el Tribunal argumenta que: “Son conceptualmente distintos los derechos de los ciudadanos a expresarse libremente y a transmitir

mayor escasez, mayor será la intensidad de la intervención administrativa en cuanto permita la igualdad en el acceso por parte de los ciudadanos al medio. Esta doctrina constitucional ha advertido, no obstante, que la intervención pública sigue estando justificada en la medida en que los contenidos, por mucho que tengan una vocación estrictamente comercial, también afectan la formación de la personalidad y la opinión del individuo y, en definitiva, al proceso de comunicación pública. Conviene recordar, por ejemplo, que la creación de la autoridad de regulación independiente de Cataluña, está relacionada precisamente con la oferta de televisión por cable¹⁶.

Es de sobras conocido que la singularidad de Internet radica, precisamente, en su mayor accesibilidad, en las posibilidades que ofrece de permitir una expresión absolutamente plural. A bajo coste, y con unos conocimientos mínimos de informática, cualquier persona puede editar contenidos y difundirlos a través de la red. La difusión de contenidos ya no es de uno/s a muchos sino de muchos a muchos. Ya no se necesita una estructura empresarial para informar u opinar, la comunicación pública ya no es un privilegio o un derecho al alcance de pocas personas u organizaciones.

La apertura que posibilita en el espectro comunicativo es infinitamente superior a la que suponía la televisión distribuida por satélite o cable, de tal modo que un nuevo canon de razonabilidad –dotado de altas dosis de prudencia– se impone e invita a meditar sobre el tratamiento que el derecho le dispensa a esta nueva realidad comunicativa que es Internet. Reflexión necesaria para evitar tanto un tratamiento acrítico del desarrollo tecnológico, pues tenemos en cuenta, como señalara CASTELLS ARTECHE, que el desarrollo tecnológico se ve condicionado, en último término, por posiciones éticas y políticas¹⁷.

2. La versatilidad de Internet: implicaciones para la determinación del régimen jurídico aplicable

Hace tan sólo tres años, GÓMEZ-REINO nos hablaba de una “escasez de contenidos”, y de que “el propio avance tecnológico puede definir realidades de mercado que aconsejen una menor presión regulatoria, o incluso un papel más

y recibir información veraz en radiodifusión -sustancialmente unos derechos de libertad-, y los instrumentos técnicos o ámbito de la realidad social en el cual tales derechos a través de la radiodifusión se proyectan y en los cuales dichos derechos se ejercen, que reclaman -por su misma naturaleza- una detallada regulación estatal, entre otras razones, para posibilitar su ejercicio en condiciones de igualdad y no interferir otros usos del dominio público radioeléctrico”.

16 En efecto, la primera piedra de lo que hoy día es el Consell de l’ Audiovisual de Catalunya se pone con la aprobación de la Ley 8/1996, del 5 de julio, de regulación de la programación distribuida por cable, que establece un órgano de carácter consultivo.

17. JUAN MANUEL CASTELLS ARTECHE. “La limitación informática”, en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución Española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991, p. 909.

destacado papel de la autorregulación por parte de las empresas competidoras en el mercado”¹⁸. Hoy día, la situación ha cambiado tal y como preveía el autor; Internet es una plataforma de difusión cada vez más utilizada, tanto si hablamos de actividades comerciales como de actividades sin ánimo de lucro, como de la actividad administrativa. Tanto se han multiplicado los contenidos difundidos en la red, como se han creado nuevas plataformas de difusión de contenidos.

Internet ha posibilitado iniciativas económicas cuyo objeto es el de ofrecer un espacio a cualquier persona que lo solicite para difundir texto o videos (este es el caso de los portales de *bloggers* o de difusión de video), sin que podamos decir que se trata de un canal de televisión o de un periódico digital en sentido estricto. Es decir, Internet es un mero medio mediante el cual se pueden realizar diferentes actividades cuya calificación jurídica dependerá, más que de la tecnología, de la actividad materialmente desarrollada¹⁹. Esto nos obliga a concentrar nuestras consideraciones en relación con las necesidades específicas del objeto que estamos abordando, de la comunicación realizada a través de Internet.

Algunos autores destacan la posibilidad de concebir un régimen jurídico unitario, aplicando analógicamente un régimen preexistente –como la normativa relativa a los servicios de comunicación audiovisual²⁰– o, al contrario, permitiendo el establecimiento de un régimen jurídico nuevo –y más tenue, además– tanto a las actividades realizadas en Internet como a las actividades desarrolladas fuera de la red, en tanto en cuanto Internet permite un ejercicio más amplio de las libertades de información y expresión²¹. Aunque el ejemplo con el que iniciábamos este trabajo parecía declinarse hacia la segunda opción, lo cierto es que la irrupción de Internet no ha tenido como consecuencia una relajación de la intervención en el sector audiovisual. En algunos casos esa influencia se ha materializado en normas específicas –como veremos, por ejemplo, en el caso del video bajo demanda–, o en el establecimiento de un diferente régimen de inicio de actividades audiovisuales.

Internet es mucho más que un medio de comunicación social. Es una estructura tecnológica que permite un abanico muy amplio de actividades tanto de manera especializada –puede albergar iniciativas exclusivamente de comunicación audiovisual o exclusivamente de comercio electrónico– como de forma simultánea –es decir, una misma iniciativa puede reunir diversos

18. ENRIQUE GÓMEZ-REINO y FERNANDO ADOLFO DE ABEL. “Los medios de comunicación social de naturaleza audiovisual ante el fenómeno de la convergencia tecnológica: algunas reflexiones desde el punto de vista de los receptores de la información”, en ENRIQUE GÓMEZ-REINO y CARNOTA (coord.). *Telecomunicaciones, infraestructuras y libre competencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004, pp. 368 y 381.

19. DAMIÁN CANEDA y JAVIER DE ANDRÉS. “Apuntes sobre democracia electrónica”. *Revista de las Cortes Generales*, n.º 55, 2002, p. 145.

20. CHEVALIER. “Les bouleversements du droit...”, cit.

21. BOIX PALOP. “Pluralismo y libertad de expresión...”, cit.

contenidos y actividades—. Con un coste mínimo, cualquiera puede difundir públicamente textos, archivos de audio o video. A esta aportación se suma la aparición de servicios de alojamiento a precios asequibles, lo que hace posible a cualquier organización o persona individual la edición tanto de actividades con finalidades lucrativas como el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en su estado más puro, comparable a la figura paradigmática del “speaker-on-the-corner”. En consecuencia, Internet ha tenido por efecto un acceso más equitativo y la desaparición de las condiciones de asimetría informativa propia de otros medios de comunicación, introduciendo novedades en la forma de participar en la vida pública, con menor formalidad y mayor diversidad²². También significa, sin embargo, que las oportunidades de negocio, como ha sucedido en el panorama televisivo —significativamente, el español—, pasarán por encima de consideraciones éticas y, en muchos casos, jurídicas, lo cual obliga a reflexionar acerca de las posibilidades del derecho y el Estado de arbitrar soluciones, ya sea de modo preventivo o reactivo.

Las ventajas de la difusión de texto, audio y video son infinitas para todas las personas y organizaciones. En el caso de las administraciones públicas las ventajas son múltiples. La posibilidad de transmitir documentación, de tramitar procedimientos y de disponer de información sobre el funcionamiento de la administración ha suprimido la constricción de los horarios y los desplazamientos²³. Gracias a la innovación tecnológica las administraciones, además de poder tramitar procedimientos a distancia, pueden plantearse metodologías de trabajo proactivas en materia de información administrativa para dar mayor transparencia de sus procedimientos y resultados elevando al máximo la publicidad —entendida en un sentido material— de sus actos y actuaciones. La actividad de las administraciones en la red, sin embargo, está necesitada de mecanismos que renueven, en un entorno tecnológico, las garantías de los derechos de los ciudadanos que habían operado en el universo del papel, tanto para ofrecer un entorno de confianza como para posibilitar la igualdad de condiciones en el trato con las administraciones. En este contexto, la teoría del servicio público ofrece instrumentos conceptuales con los que abordar estas problemáticas²⁴.

El derecho y el Estado están inmersos en un continuo proceso de reflexión sobre las funciones que deben cumplir ante los cambios sociales. Por un

22. BOIX PALOP. “De McDonald’s a Google: la ley ante la tercera revolución productiva”, *Revista Teorder*, 2007, n.º 1, pp. 132-133.

23. Nuevas posibilidades que han provocado una respuesta del derecho tendente al establecimiento de nuevas garantías para los ciudadanos en el contexto de un nuevo marco de relaciones administrativas, tal y como reza el título de la Ley 11/2007, del 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos. *Vid.*, especialmente, el capítulo III, dedicado a los registros, las comunicaciones y las notificaciones electrónicas.

24. ELISENDA MALARET y CARLES ALONSO. “Los servicios públicos informacionales: la emergencia de nuevos servicios públicos en la sociedad de la información y el conocimiento”, en *Revista Catalana de Derecho Público*, n.º 35, pp. 121 y ss.

lado, mayor información y mayor participación significa mayor bienestar, pero también mayor riesgo de fragmentación, de aislamiento con los iguales, tendencia que supone un riesgo para el autogobierno democrático, según señala SUNSTEIN²⁵. La ley, por otro lado, con los problemas de legitimidad a los que le lleva la crisis de legitimidad de las instituciones políticas clásicas²⁶, debe evitar la hipertrofia consistente en reglamentar exhaustivamente las conductas sociales, a la vez que es necesaria para potenciar los beneficios sociales que genera la sociedad de la información²⁷. El Estado, ampliamente superado en cuestión de eficacia por las organizaciones que administran la red²⁸, participa en la sociedad del conocimiento como generador de equidad –más adelante veremos cómo el derecho administrativo participa en este cometido general del Estado.

B. LOS LÍMITES A LA DIFUSIÓN DE CONTENIDOS EN INTERNET: NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA Y PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. Entre el control y la censura

El valor tecnológico de la red es de sobras conocido por todos. Se trata de una técnica de transmisión que identifica los dos puntos esenciales de la comunicación mediante un protocolo, lo que permite la distribución de la información en paquetes que se distribuyen por separado y que se volverán a reunir en su punto de destino. La estructura *end-to-end* fue diseñada por encargo del ejército estadounidense para asegurar las comunicaciones en caso de un ataque que afectara a parte de la red de telecomunicaciones. La arquitectura de descontrol es, pues, su principal fuerza motriz. El Consejo de

25. CASS R. SUNSTEIN. *Republica.com. Internet, democracia y libertad*, Buenos Aires, Paidós, 2003, pp. 91 y ss. Gráficamente, dice que “el conocimiento es el gran aliado de la libertad y del bienestar”.

26. Según MUÑOZ MACHADO, Internet ofrece una “oportunidad para la reconsideración de los excesos de la democracia representativa, convertida, a pesar de la relativa juventud de su implantación, en una verdadera aristocracia, dominada como está por élites estables, enquistadas dentro de los partidos políticos, imprescindibles, por otra parte, para el funcionamiento del sistema”. SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. “La libertad y el poder en la gran telaraña mundial”, en GÓMEZ-REINO Y CARNOTA (COORD.). *Telecomunicaciones, infraestructuras...*, cit., p. 67. Más allá de la opinión que podamos albergar al respecto, se ha definido esta situación como “el fin de la cultura del cheque en blanco”, que impone la aceptación de la complejidad como un elemento intrínseco al proceso político y de maneras de hacer más participativas y adaptadas a la diversidad y la horizontalidad de las nuevas relaciones sociales. JORDI SÁNCHEZ. *La democràcia electrònica*, Barcelona, UOC, 2005, pp. 26-27.

27. BOIX PALOP. “De McDonald’s a Google: la ley...”, cit., pp. 142-143.

28. PIERRE TRUDEL. “L’influence d’Internet sur la production du droit” en GEORGES CHATILLON. *Le droit international de l’Internet*, Bruselas, Bruylant, 2002, p. 96. En el mismo sentido se expresa también MANUEL CASTELLS: *La era de la información*, vol. 1, *La sociedad red*, 3.ª ed. Madrid, Alianza, 2005, p. 77.

estado francés describía esta característica así: “Internet y las redes digitales son, ante todo, un nuevo espacio internacional que trasciende las fronteras, un espacio descentralizado que ningún operador ni ningún Estado pueden dominar por entero, un espacio heterogéneo donde cada uno puede actuar, expresarse y trabajar, un espacio apasionado por la libertad”²⁹.

La consolidación y el desarrollo de la tecnología, no obstante, han posibilitado la concepción y puesta en marcha de sistemas de control basados tanto en tecnología (como sucede en el caso de los filtros) como en los sistemas de organización social. Conflictos jurídicos varios nos han descubierto estas posibilidades. Veamos algunos casos destacados que nos permitirán identificar las fórmulas de control existentes en la actualidad.

El primer caso que desveló la posibilidad de controlar el acceso a los contenidos de la red fue el caso Yahoo!, que tenía que ver con contenidos propagandísticos nazis alojados en servidores estadounidenses del portal Yahoo!: una actividad legal en los Estados Unidos pero prohibida en otros países como Francia. Dos asociaciones francesas³⁰ acudieron al juez solicitándole la clausura de esta página o, subsidiariamente, su prohibición para los internautas franceses. Yahoo! se negó inicialmente a retirar esos contenidos y fue condenada a impedir el acceso a los internautas franceses. Durante la celebración del juicio, los peritos demostraron que el establecimiento de un sistema de filtros que detectara el origen de la solicitud era efectivo en un máximo de 90% de los casos³¹. La compañía cambió su posición sólo ante la presión del mercado, tras la cual Yahoo! decidió retirar todos los contenidos de estas características (incluso cuando un juez de San José amparó su derecho a mantener los contenidos)³².

Otro caso significativo en materia de control de contenidos es el caso putasgae.org. Putasgae.org fue una iniciativa de la Asociación de Internautas (España). En este portal se realizaban críticas a la gestión de los derechos de autor que realiza la Sociedad General de Autores de España (SGAE). Un

29. *Internet et les réseaux numériques: étude adopté par l'Assemblée plénière du Conseil d'État*, París, Conseil d'État, 1998.

30. Concretamente, se trataba de la Union des Étudiants Juifs de France y de la Ligue contre le racisme et l'antisémitisme.

31. Hoy día, las posibilidades de filtro van mucho más allá de la posibilidad de filtrar en función de la procedencia de la solicitud de consulta, sino que también pueden filtrarse determinados contenidos a través de sus características. LESSIG hace referencia a la tecnología PICS (Platform for Internet Contents Selection, en definitiva PICS es un estándar –una Recomendación– del World Wide Web Consortium, el W3C) como una tecnología que puede ser tanto vertical como horizontalmente neutra; horizontal porque permite el control personal de los contenidos a los que uno mismo quiere tener acceso, y vertical porque con sistemas de identificadores geoespaciales se puede bloquear el acceso a contenidos determinados por parte de la generalidad de los ciudadanos de un país o región (por ejemplo, para impedir el acceso a casinos *on-line* por parte de ciudadanos donde el juego está prohibido). LESSIG. *Code: version 2.0*, cit., p. 257.

32. Las sentencias, de signo contrario, son la Sentencia del Tribunal de Gran Instancia de París del 20 de noviembre de 2000 y la Sentencia United States District Court for the Northern District of California del 7 de noviembre de 2001.

juzgado español consideró que tanto el nombre de dominio como el contenido de la página que alojaba constituían una intromisión legítima en el derecho al honor de la SGAE³³. El juzgado, pues, amparó a los demandantes y falló positivamente su solicitud de cesación de las actividades lesivas a sus intereses. Se trataba, pues, de la imposición de una medida propia del derecho civil cuya aplicación, como se recordó más tarde, no está impedida por la Ley de los servicios de la sociedad de la información³⁴, a la que nos referiremos más adelante.

El control de las actividades realizadas en Internet es, pues, posible en la medida en que es posible el control efectivo de los extremos de la red (*end-to-end*), gracias a la flexibilidad de la red a niveles macro, que posibilita el establecimiento de regulaciones “de código” (en los términos utilizados por LESSIG)³⁵ a niveles micro³⁶. Esta posibilidad ha dado lugar a la expresión “regulación de última milla”, cuya virtud es la de posibilitar el control de la difusión de contenidos digitales mediante el control de las actividades de los operadores de telecomunicaciones³⁷.

Las técnicas de regulación basadas en la última milla dan lugar en estados autoritarios a formas de control sofisticadas mediante las cuales algunos regímenes pueden aprovechar las posibilidades que ofrece Internet en términos de crecimiento económico y de agilidad en la actividad administrativa al mismo tiempo que se aseguran el control de su población en términos antidemocráticos, es decir, de censura. Los casos de Arabia Saudí y China constituyen dos modelos singulares de censura. El modelo saudí está basado en la restricción mediante el uso de servidores que filtran los contenidos que

33. Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 42 de Madrid, del 15 de junio de 2005.

34. *Vid.* Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid del 6 de febrero de 2006, que resuelve el recurso contra la primera resolución del caso.

35. LESSIG. *El código y otras leyes del ciberespacio*, Buenos Aires, Taurus, 2002, pp. 59 y 125. El autor define la regulación “de código” así: “La arquitectura informática es un tipo de ley [norma, se entiende]: determina lo que la gente puede o no hacer. Cuando son los intereses comerciales los que determinan la arquitectura, se viene a crear un tipo de ley privatizada”. Más adelante, LESSIG distingue entre el código constitutivo binario, que es el que permite crear espacios, determinando las posibilidades de interacción, y el código derivado, esto es la capacidad de la red para transmitir información.

36. TAYLOR C. BOAS. “Weaving the authoritarian web. The control of Internet use in non-democratic regimes”, en JOHN ZYSMAN y ABRAHAM NEWMAN (eds.). *How revolutionary was the digital revolution? National responses, market transitions, and global technology*, Stanford, Stanford University Press, 2006, pp. 370-371.

37. Los operadores de telecomunicaciones ofrecen, gracias a la conexión con los hogares que les ofrece la apertura del bucle de abonado (la última milla), diferentes servicios que van desde la telefonía fija a la telefonía móvil o la televisión digital. Esta posibilidad ha suscitado interrogantes a la Ofcom (la autoridad de regulación de las telecomunicaciones y el audiovisual del Reino Unido) en relación con las redes inalámbricas pues, en su desarrollo actual, pueden ofrecer una mayor capacidad de transmisión de la información mediante la instalación de una antena receptora en el hogar, permitiendo el acceso a servicios que requieren mayor ancho de banda (básicamente video digital). Estos interrogantes están recogidos en el *Wireless Last Mile Report* (SES 2006-9), Londres, Ofcom, 2006, pp. 21-22.

entran y salen del país, servidores controlados por el gobierno (en concreto, la Internet Services Unit of the King Abdulaziz City for Science and Technology). En el modelo chino, la función de control no la realiza directamente el sector público, sino que se encarga a los intermediarios (prestadores de servicios de telecomunicaciones y cibercafés, entre otros), es decir, se trata de una censura privatizada.

El tiempo transcurrido desde la invención de Internet ha posibilitado la creación de mecanismos de control de las actividades realizadas en la red. El control de los flujos de información que recorren la red tiene diferentes finalidades. Desde la discriminación de unas categorías de información por razones económicas hasta la censura propiamente dicha –es decir, en términos políticos–, el control de la red es hasta cierto punto posible, lo que no quiere decir que sea necesario o deseable en términos democráticos. Las posibilidades de control de los contenidos de la red deben ser confrontadas con los principios que rigen los comportamientos de los poderes públicos en un sistema democrático.

2. Principio de neutralidad tecnológica y principio de proporcionalidad en la intervención sobre los contenidos y la regulación económica de la red

La enunciación de nuevas normas para nuevas actividades es posible en tanto en cuanto las diferencias respecto de la actividad materialmente realizada impiden una aplicación analógica de las normas. El principio de proporcionalidad nos ayudará a adecuar la intensidad de la intervención pública en estas materias, tanto por su carácter dinámico³⁸, como porque sus atributos (necesidad, idoneidad, proporcionalidad en sentido estricto) constituyen el instrumento jurídico por excelencia para resolver conflictos jurídicos entre derechos fundamentales, tal y como expresa la jurisprudencia constitucional³⁹. En los casos en que el contenido es propiamente un contenido mediante el cual se ejerce el derecho a la libertad de expresión y, aún más allá, el derecho a la participación política, aunque por cauces diferentes de los habituales –más informales–, es imposible una intervención legal incisiva; es decir, la reglamentación de este tipo de usos por la red no es constitucionalmente admisible, como han propuesto algunos autores⁴⁰, que se basan, para afirmar tal extremo, en que la fuerza motriz de Internet reside precisamente en que

38. BARNÉS. Ob. cit., p. 261.

39. MARKUS GONZÁLEZ BELFUSS. *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thompson Aranzadi, 2003, Cizur Menor, p. 72.

40 BOIX PALOP. “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 65 (mayo-agosto de 2002), p. 162; SANTIAGO MUÑOZ MACHADO. *La regulación de la red. Poder y derecho en Internet*, Madrid, Taurus, 2000, pp. 155-157

permite un canal de comunicaciones horizontal, no controlado y relativamente económico, constituyendo un ágora pública –informal– donde “cualquier persona puede expresar sus preocupaciones y compartir sus esperanzas”, tal y como lo ha descrito CASTELLS⁴¹.

El debate en torno a la posibilidad de controlar Internet tiene uno de sus hitos más recurrentes en la Sentencia *Reno vs. American Civil Liberties Union*, del Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos. Esta sentencia confirmaba las consideraciones del Tribunal de Pensilvania sobre la Decency Communications Act, que pretendía establecer un método de control de contenidos que se consideraran indecentes u ofensivos. El Tribunal Supremo de los Estados Unidos definió Internet como “una conversación mundial sin fin” cuyo potencial es consecuencia misma del caos que representa. Existen, además, y como nos ha demostrado el caso *putasgae.org*, límites a la libertad de expresión y sus mecanismos de protección, tanto civiles como penales, cuya aplicación no varía en función del medio (argumento que también acoge el Tribunal Supremo de los Estados Unidos), pues lo que interesará al operador jurídico en estos casos será el mensaje contenido⁴². En definitiva, el Tribunal arguye que establecer una reglamentación detallada de los usos de Internet tendría un efecto negativo desproporcionado a las ventajas que reportaría. En último lugar, existen ámbitos donde la libertad de expresión es sencillamente libérrima y sobre los cuales no existe intervención alguna o simplemente esta intervención es más laxa, en tanto en cuanto suponen ámbitos de expresión que exploran los límites de la libertad de expresión; hablamos de la expresión artística (el Tribunal Supremo estadounidense se refería al *Ulises* de JAMES JOYCE, pero las referencias podrían ser infinitas)⁴³.

41. MANUEL CASTELLS. *La galaxia Internet*, Barcelona, Plaza & Janés, 2001, pp. 180 y 188. Más recientemente, CASTELLS aclaraba que generalmente los gobiernos desconfían de Internet porque es un medio que, a diferencia de la prensa tradicional, no pueden controlar; a esta desconfianza se añade el desinterés por abrir canales de comunicación y participación, favoreciendo el distanciamiento entre instituciones y ciudadanos. M. PÉREZ OLIVA. “El poder tiene miedo de Internet, entrevista a Manuel Castells, profesor de Sociología” en *El País*, 6 de enero de 2008.

42. BOIX PALOP. “Libertad de expresión y pluralismo...”, cit., p. 148. El autor advierte, sin embargo, que “la mayor liberalidad de la comunidad Internet hacia ciertos contenidos no solamente es una manifestación del vigor con el que se entiende la libertad de expresión en el nuevo medio”, sino que además permite “reflexionar sobre la real conveniencia de proscribir la emisión de ciertos mensajes, meramente referidos a opiniones, por ejemplo”. Esta consideración concuerda con el caso con el que abríamos este trabajo, relativo a las consecuencias del secuestro de una revista de humor.

43. En este sentido se expresaba el número del semanario *El Jueves* siguiente al número secuestrado, que se preguntaba sobre la viabilidad de canciones que propugnaban las relaciones con menores –se referían a la canción *Quince años tiene mi amor*, del Dúo Dinámico– o actos de violencia contra los difuntos –*Bailaré sobre tu tumba*, de Siniestro Total–. De especial interés en este sentido es la sentencia del Tribunal Supremo 656/2007, del 17 de julio, en la que se considera ejercicio legítimo del derecho a la libertad de expresión, y por tanto adecuado a derecho (se absuelve del delito de enaltecimiento del terrorismo), algunas letras del grupo musical Soziedad Alkohólika con el siguiente argumento (Fundamento Jurídico Cuarto –final– *in fine*): “[...] el texto de la letra, por más repulsa social que merezca, no expresa sino opiniones con excesos verbales

En efecto, en tanto en cuanto el éxito de Internet está directamente relacionado con su mayor permisividad, su concepción libertaria de la libertad de expresión, una limitación previa o muy intensiva en materia de contenidos no sería aceptable en términos democráticos (pues no respetaría la opción popular por esta tecnología, elección basada en esa principal característica, de acuerdo con el principio de proporcionalidad).

Más allá de la opinión personal que podamos albergar, es incontestable que cuando las limitaciones no sean aceptadas por el público, la retirada de contenidos puede dar lugar a una respuesta de redifusión en la red, que aumenta la difusión del contenido retirado, como sucedió en el caso al que nos referíamos al inicio de este trabajo. Así, el efecto sería el contrario al deseado, la redifusión daría más publicidad al contenido pretendidamente ilícito y, en ocasiones, una decisión de retirada de contenidos puede dar lugar a un conflicto de mayor intensidad o de diferentes características⁴⁴. Las protestas en forma de llamaradas que se producen en la red tienen por efecto dar eficacia a la expresión más allá de las actuaciones administrativas o judiciales, de tal modo que consiguen –nos guste o no– redefinir los límites de la libertad de expresión en tanto en cuanto la hacen eficaz. A la inversa, otras actitudes, en cambio, encuentran en la red un rechazo generalizado⁴⁵.

La legislación, en definitiva, que pretenda establecer pautas de comportamiento respecto de Internet deberá de tener en cuenta esta delicada cuestión, a saber, el principio de que la limitación a las posibilidades de expresarse en la red debe restringirse al mínimo posible, no solamente porque su éxito

hirientes y desafortunados, especialmente rechazables por el momento y ocasión, tanto en el año en que la canción se grabó 1993, como en la actualidad, sobre la actuación de determinados miembros de las fuerzas de seguridad en prevención de atentados contra sus personas, pero que tienen cabida en el derecho a la crítica y en el legítimo ejercicio de la libertad de expresión, y son tolerables en una sociedad democrática que no pueden verse coartados por la acción penal ejercitada”.

Se trata de una constante en la historia de la expresión artística. A título de ejemplo, podemos citar el caso de LENNY BRUCE, un artista cómico de los años cincuenta y sesenta que fue encausado repetidas veces por el uso de expresiones consideradas obscenas en su época como *mamada* (*blow job*), palabra que luego el artista sustituyó por la locución “bla-bla-bla”. Su historia fue recogida en el largometraje de BOB FOSSE. *Lenny* [video] (Metro Goldwin Mayer, 1974), que relata el acoso al que sometieron las autoridades judiciales y policiales al artista cómico. La cita no es gratuita, pues se trata de uno de los primeros documentos audiovisuales que la biblioteca de la Facultad de Derecho ha puesto a disposición de los estudiantes.

44. El caso con el que iniciábamos la exposición dio lugar a protestas contra la monarquía no sólo en Internet, sino también en la calle. Se inició así un espiral de quema de fotografías de los monarcas, que han dado lugar a persecuciones judiciales y sus respectivas condenas por la comisión –como en el caso de la revista *El Jueves*– del delito de injurias a la Corona.

45. Cierto es que los tribunales tienen el poder de interpretar la ley y, por tanto, establecer los contornos de los derechos; sin embargo, conviene asumir que en el mundo digital, los límites a la libertad de expresión establecidos por la jurisprudencia pueden tener eficacia limitada. Por ejemplo, la práctica del negacionismo, que recientemente ha sido “legalizada” por el Tribunal Constitucional, al despenalizarla (STC 235/2007, del 7 de noviembre de 2007), no es aceptada en Internet, como bien demostró el caso Yahoo!.

se haya basado en una celosa concepción de la libertad de expresión, que también, sino porque un sistema de autogobierno democrático debe permitir la expresión de la más variada gama de ideas y opiniones posible, sin que ello requiera la obtención de una autorización previa o la sumisión a una reglamentación del uso de la palabra, que predetermine lo que se puede o no se puede difundir. Este dato es el que explica la prudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso de la Communications Decency Act y, además, la posterior apuesta por una evolución en las formas de regulación, tendente a reconocer e impulsar –como, por otro lado veremos más tarde, cuando hablemos de la corregulación– el protagonismo de los actores que se relacionan en una red de ámbito mundial, una evolución hacia modelos de gobernanza global⁴⁶.

SUNSTEIN ya ha destacado que Internet supone una posibilidad de mejorar las condiciones de pluralismo en el debate democrático, por ejemplo, por medio de lo que él llama las “deliberaciones de enclave”, deliberaciones en los que las posiciones de los actores están previamente delimitadas, pero que permiten la visualización de todos los aspectos que engloban una problemática determinada (sectorial, para entendernos), que de otro modo quedaban silenciadas, invisibles⁴⁷. El enfoque español se basa en el importante papel que Internet juega en las nuevas formas de participación política, pues constituye el instrumento básico de los “nuevos movimientos sociales”, o “actores sociales no institucionalizados”, organizados en la horizontalidad y, por tanto, mejor adaptados a los cambios acontecidos en las sociedades postindustriales durante la segunda mitad del siglo xx que las organizaciones políticas clásicas basadas en esquemas de organización vertical⁴⁸. Los casos que hemos relatado reflejan a la perfección el desencuentro entre dos mundos: el de la verticalidad y el de la horizontalidad⁴⁹.

En todo este panorama, sin embargo, hay que tener presente que las cuestiones que basculan sobre los contenidos de la red están íntimamente relacionadas con la economía que subyace a Internet. En efecto, el *background* económico del tapiz que es Internet (el término francés que describe con generalidad a la red es *toile*: tela, lienzo) determina en muchas ocasiones la gestión de los contenidos y productos que se ofrecen. La financiación de la red supone a través de la publicidad, nos advierte que, en definitiva, subyacen en Internet problemas de regulación económica. Regulación económica en cuanto que sistema de armonización de intereses entre particulares desde una

46 DOMINIQUE CUSTOS. “Liberté d’expression des adultes et protection des mineurs sur le réseau Internet selon la Cour suprême des États-Unis”, en *Revue du droit public*, t. XCIII, n.º 6, pp. 1663-1664.

47 SUNSTEIN. *Republica.com...*, cit., p. 81.

48 SÁNCHEZ. *La democràcia electrònica...*, cit., p. 29. CASTELLS. *La galaxia Internet...*, cit.

49 Debemos retener, sin embargo, que la horizontalidad no es una reivindicación en sí misma, sino que es un medio por el que, frecuentemente, se expresa un profundo disenso en las cuestiones de fondo. SÁNCHEZ. *La democràcia electrònica...*, cit.

óptica de interés general. La intervención pública, en este caso, tendría que estar orientada a evitar comportamientos que distorsionen las condiciones de pluralismo y de competencia en el mercado de los servicios denominados “de la sociedad de la información”⁵⁰.

C. LA INTERVENCIÓN PÚBLICA SOBRE LOS CONTENIDOS DE LA RED

1. La aplicación de la normativa reguladora de lo audiovisual a los servicios prestados en la red

En su momento, algunos autores intentaron resolver las inquietudes que generaba Internet equiparándolo a los *mass media* (especialmente la televisión), de tal modo que consideraban a la red –en su conjunto– un medio de comunicación audiovisual y, como corolario, proponían la aplicación de la normativa de lo audiovisual a los contenidos difundidos en ella⁵¹. La aplicación de la normativa de lo audiovisual a Internet, tendría además la consecuencia de someter las actividades realizadas por medio de Internet al régimen de control por parte de las autoridades de regulación, con el objetivo de favorecer la posición del público⁵².

Sin embargo, las críticas recurrentes respecto de la real independencia de las autoridades⁵³ imponen una reflexión abierta acerca de la idoneidad de

50. BOIX PALOP. “Libertad de expresión...”, cit., pp. 172-173.

51. JOAQUÍN TORNOS MAS. “Pluralismo y entidades de regulación”, en JOAQUÍN TORNOS MAS (dir.). *Democracia y medios de comunicación*, Barcelona, Institut de Dret Públic - Tirant lo Blanch, 2002. El autor se refería a la red como “este nuevo intruso”.

52. La introducción de autoridades de regulación independientes en las legislaciones europeas del audiovisual, con potestades que permiten el control de los contenidos difundidos a través de los servicios de comunicación audiovisual, está relacionada con un elemento teleológico, y a menudo oculto, que resulta necesario recordar: el control público –es decir, ciudadano– de los contenidos televisivos nos obligaría a acudir a los tribunales para denunciar los casos graves de vulneración de derechos cuando desde un medio de comunicación se produce una distorsión. El acceso a la justicia, por otro lado es una posibilidad al alcance de pocos. Los casos que en la España reciente se han dado tienen como actores de la demanda o bien estructuras sindicales muy consolidadas o bien personajes adinerados cuyo tratamiento en un medio público interfiere en sus negocios profesionales. De no interferir un interés privado, normalmente no se acude al juez para denunciar, por ejemplo, la minimización de un problema social o el tratamiento fraudulento de una noticia, pudiéndose producir, tal y como ha sucedido en España, un gradual deterioro en la calidad de las emisiones televisivas. Las autoridades de regulación pretenden suplir estos inconvenientes puesto que, mediante simple comunicación, investigan el asunto y pueden ofrecer una respuesta más rápida que los tribunales. Además, el perfil administrativo de estas autoridades permite un procedimiento administrativo más ágil que el judicial sin mermar las garantías del ciudadano en el procedimiento (las del procedimiento administrativo y la posibilidad de acudir al juez una vez finalizado el procedimiento administrativo). Las propuestas relativas a la introducción de estos instrumentos de control en relación con los contenidos que se difunden a través de Internet tienen que ver con la superación de esta misma problemática.

53. En Cataluña, por ejemplo, esta cuestión ha dado lugar a debates y reformas legislativas que han introducido cambios en las fórmulas de designación de los miembros del órgano (las

establecer este tipo de controles respecto de Internet. La estructura de la red es muy diferente de la del panorama audiovisual, es mucho más fragmentada, menos formal y menos vertical, de tal manera que no puede equipararse todo el conjunto con lo que hoy llamamos audiovisual.

Un elemento preliminar y, según nuestro parecer, determinante para rechazar el control de Internet desde la regulación de lo audiovisual, tiene que ver con un elemento definitorio de la soberanía como es el principio de proporcionalidad. El principio de proporcionalidad le da un contenido dinámico a la aplicación e interpretación de las normas⁵⁴. En su vertiente normativa, el principio de proporcionalidad acota las opciones del legislador, siendo el sentir popular un elemento trascendental para incorporar en el razonamiento jurídico, lo que explica, por ejemplo, que un mismo vocablo se considerase contrario a la moral en el siglo xx pero no ya en el siglo xxi. En nuestro caso, el éxito de la red se basa precisamente en su mayor liberalidad respecto de los contenidos y en su mayor horizontalidad, de tal modo que si Internet hubiera constituido un medio de comunicación cerrado –muy verticalizado– y con controles férreos respecto de los contenidos, simplemente no hubiera sido adoptado con entusiasmo por la generalidad de la población. Así, una regulación férrea sería, por aplicación del principio de proporcionalidad, contraria al principio democrático.

Esta consideración no excluye, sin embargo, la intervención de las autoridades reguladoras de lo audiovisual respecto de las iniciativas de radio y televisión en línea, de acuerdo con el principio de neutralidad. Así lo expresaba el presidente del Conseil Supérieur de l'Audiovisuel francés: “Ante todo, hay que precisar los términos: Internet no es un servicio de comunicación audiovisual. Internet es solamente un soporte de difusión, que puede ser utilizado para prestar servicios audiovisuales, de televisión, de radio, pero también cualquier otra cosa, empezando por el correo electrónico, conversaciones

últimas introducidas en la Ley de comunicación audiovisual de Catalunya, que ha establecido la fórmula del *hearing* de los candidatos propuestos en el Parlamento, con el objeto de comprobar su idoneidad para el ejercicio del cargo). El caso paradigmático en el debate sobre la independencia de los órganos es el fenómeno italiano de *lottizzazione*, es decir un reparto partidista de los miembros que designa el Parlamento, como pusieron de relieve varios autores en el curso de un seminario celebrado en relación con la libertad audiovisual, significativamente ALESSANDRO PACE: “La libertad de comunicación y control del audiovisual”, en Seminario Consorcio Universidad Menéndez Pelayo de Barcelona - Centre Ernest Lluch *La regulación de la libertad Audiovisual*. Barcelona, 16 y 17 de julio de 2007.

54. *Vid.* nota 38. En efecto, el principio de proporcionalidad, en su vertiente normativa impone al derecho la necesidad de respetar los ámbitos de libertad que la sociedad dibuja con su comportamiento, de tal modo que conductas consideradas contra el orden público o la moral (conceptos jurídicos indeterminados siempre presentes en la normativa relativa a los medios de comunicación) en el pasado pueden constituir en el presente un ejercicio normalizado de la libertad de expresión, y esta es la gran aportación de Internet, puesto que ha incrementado las posibilidades de vehiculizar las expresiones otrora reprimidas, hasta el punto de normalizarlas.

telefónicas (¡cada vez más, sobre todo en los países que tenían pocas infraestructuras telefónicas!) o servicios comerciales, bancarios, entre otros”⁵⁵.

La discusión en torno del concepto de comunicaciones electrónicas proviene de la propuesta de la Comisión Europea de incluirlas en la directiva llamada a reformar la antigua Directiva de Televisión de Fronteras⁵⁶. El ámbito de aplicación de la directiva se refiere a toda actividad audiovisual, incluidas las comunicaciones electrónicas (no en vano, la directiva cambiará su denominación por la de Directiva de Servicios de Medios Audiovisuales), de tal modo que se sugiere la posibilidad de considerar los servicios prestados en la red como servicios de comunicación audiovisual. El principio de neutralidad tecnológica parece apuntar en esa dirección, puesto que se entiende la actividad materialmente realizada, emancipándola de su medio de realización o transmisión. Sin embargo, esta opción tiene límites evidentes.

La polémica se ha centrado en la discusión de la directiva comunitaria, en considerar los servicios de video bajo demanda como servicios de comunicación audiovisual debido a su efecto sobre la audiencia, posición que es pacífica (en sentido positivo) por parte de las instituciones comunitarias. De acuerdo con el consenso expresado por las instituciones, la posición común del Consejo introducía la necesidad de adoptar normas específicas para los servicios de comunicación audiovisual bajo demanda, debido a las diferencias que supone respecto de los servicios dichos lineales (de la radio y la televisión tradicionales). Finalmente, La directiva obliga a los estados a establecer, a través de los proveedores de estos servicios, sistemas que aseguren la inaccesibilidad de la infancia a estos servicios⁵⁷. Esta posibilidad se restringe, no obstante, a aquellos servicios que representen actividad económica.

La directiva no define si esa actividad económica debe estar representada por el pago directo de los usuarios del servicio o si se puede entender que es suficiente la existencia de una financiación indirecta por la vía de la publicidad o mediante pago por el emisor. Nosotros entendemos, en cualquier caso, que el hecho de obtener una remuneración por parte del prestador de servicios es suficiente para entender que se forma parte de un mercado y que,

55. Citado en CHRISTIAN PAUL. *Du droit et des libertés sur l'Internet*, París, La documentation française, 2001, p. 73. PAUL precisa que el CSA francés “desea ejercer sus competencias sobre los servicios de radio y de televisión en línea y, en virtud del principio de neutralidad tecnológica, declinar su rol a partir de la experiencia adquirida en materia de regulación de contenidos de los servicios de comunicación audiovisual difundidas en los soportes tradicionales en diferentes dominios (protección de los menores, respeto a la dignidad de la persona, respeto a la honestidad de la información). Sin embargo, consciente de las incertidumbres de su legitimidad para intervenir directamente en todas las cuestiones relacionadas con Internet, el CSA no ha deseado traducir su reflexión por recomendaciones y hasta aquí ha limitado su esfera de competencia a los servicios de comunicación audiovisual tradicionales”.

56. Véase la Directiva 2007/65/CE, del Parlamento y del Consejo, del 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros.

57. Capítulo II b, artículo 3 g.

en la medida en que ese mercado está basado en el ofrecimiento de acceso a contenidos, este elemento es determinante para establecer algún régimen de control de contenidos –mediante el establecimiento de sistemas de control parental, como propone la directiva– en la medida en que la difusión de contenidos está íntimamente relacionada con la remuneración que percibe el prestador. En otro caso, la norma no tendría sentido.

Encajado así (es decir, considerando las actividades lineales y de video bajo demanda de un modo diferenciado), un medio de comunicación audiovisual suministrado mediante la red deberá cumplir con los requisitos establecidos por la normativa reguladora de las actividades de comunicación audiovisual, emita a través del espectro radioeléctrico o con soporte *web*; este es el significado del principio de neutralidad tecnológica en materia audiovisual⁵⁸. Estas normas, por ejemplo, no se aplican a un diario editado digitalmente que, sin embargo, estará sometido a las obligaciones legalmente establecidas para esa actividad (por ejemplo, permitir el ejercicio de los derechos de réplica y rectificación de los lectores, insertar anuncios oficiales)⁵⁹.

De la lectura del texto de la directiva, así como de la exposición de motivos (artículo 1.º y expositivos 16 y ss.), se desprende que la directiva tampoco se aplica a cualquier actividad de edición de información (*blog* personal, una página de información corporativa –ya se trate de empresas, organizaciones *non-profit*). La definición de los servicios de comunicación audiovisual se limita a aquellos servicios sobre los que existe una responsabilidad editorial –es decir, tanto el control efectivo de los contenidos como su programación– del proveedor de servicios cuya finalidad principal consiste en informar, educar o entretener al público mediante la edición de productos audiovisuales, siendo estos los elementos decisivos que nos permitirán distinguir entre una actividad de comunicación audiovisual y una actividad destinada al ejercicio de la libertad de expresión. Por lo tanto, cuando la edición de contenidos audiovisuales es meramente incidental o no forma parte del propósito prin-

58. En este punto, la Ley 22/2005, del 29 de diciembre, de comunicación audiovisual de Catalunya, es lo suficientemente explícita al establecer (artículo 16. neutralidad tecnológica) que “la prestación de servicios de comunicación audiovisual se rige por lo establecido en esta ley, con independencia de la tecnología se utilice para su difusión”. Esta ley define el servicio de comunicación audiovisual (artículo 1.º) como “el servicio consistente en la puesta a disposición del público en general o de una categoría del público de servicios de radio o de televisión, sean cuales sean la forma de emisión y la tecnología empleadas. Son también servicios de comunicación audiovisuales los servicios consistentes de manera predominante en la puesta a disposición del público o de una categoría de público de contenidos audiovisuales organizados de forma no secuencial”. El servicio prestado a través de Internet, sin embargo, no está condicionado a la obtención de una licencia, como en el caso de los servicios prestados a través del espectro radioeléctrico, sino a la mera comunicación.

59. En España estas obligaciones se encuentran en la Ley 14/1966, del 18 de marzo, de prensa e imprenta. Hay que tener en cuenta, sin embargo, que aquellos materiales audiovisuales insertados en los portales de diarios electrónicos sí quedarán sujetos a la directiva y las normas de los estados miembros que la transpongan.

cipal del emisor entendemos que no se trata de un servicio de comunicación audiovisual (*vid.* expositivo 18 de la directiva).

2. La libertad de expresión y la retirada de contenidos en la normativa de los servicios de la sociedad de la información

El debate sobre el control de los contenidos en España viene de la mano de la directiva sobre comercio electrónico y la que la transpone, la Ley de la Sociedad de la Información⁶⁰. El objetivo de la directiva era el de establecer un marco común para el desarrollo de los servicios de la sociedad de la información, de tal manera que se presten de forma compatible con el interés general, con especial mención de los derechos de los menores y la protección de la intimidad. Esta directiva se aplica a servicios cuya prestación requiere petición individual (siendo ésta la característica que les diferencia de los servicios de radiodifusión) y que ofrezcan o bien información –es decir, todo el universo de la red– o la posibilidad de difundirla, esto es, los servicios de intermediación (alojamiento en la red, por ejemplo), o canales de venta, es decir, servicios de comercio electrónico⁶¹.

La directiva establece un principio de libre prestación, sin autorización previa, que puede ser excepcionado por razones de interés público de forma excepcional y que serán proporcionadas, en cualquier caso, a los objetivos de salvaguarda del interés público que se enumeran en el propio texto. Más allá del llamamiento de la directiva al impulso de códigos de conducta en materia de contenidos –que más tarde abordaremos con un ejemplo práctico–, el interés de la norma se centra en el establecimiento de exenciones de responsabilidad de los servicios de intermediación por los contenidos que alojan o que vierten terceros, tratando de evitar mecanismos de control de los contenidos cercanos al modelo chino que antes hemos relatado, es decir, de una censura privatizada o privada.

La directiva, sin embargo, permite el establecimiento de mecanismos judiciales a tal efecto que “permitan adoptar rápidamente medidas, incluso medidas provisionales, destinadas a poner término a cualquier presunta infracción y a evitar que se produzcan nuevos perjuicios contra los intereses afectados”. Conviene aclarar que esta especificación se refiere a la acción de cesación, que en el expositivo 45 se define como “Las limitaciones de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios establecida

60. Directiva 2000/31/CE, del Parlamento y del Consejo del 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

61. Así se desprende del apartado 18 de la exposición de motivos de la directiva.

en la presente Directiva no afecta a la posibilidad de entablar acciones de cesación de distintos tipos”.

Dichas acciones de cesación pueden consistir, en particular, en “órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas por los que se exija poner fin a cualquier infracción o impedir que se cometa, incluso retirando la información ilícita o haciendo imposible el acceso a ella”, tal y como establece la LSSICE en su artículo octavo. La inclusión de la referencia a órdenes de los tribunales o de las autoridades administrativas ha centrado el debate en el caso español. Tanto el primer anteproyecto de ley española de transposición de esta directiva (la LSSICE) como el posterior proyecto de reforma de esta ley incluían ambas posibilidades, es decir, la posibilidad de intervención administrativa de los contenidos de la red. En la tramitación primera de la ley se suprimió la mención a los “órganos administrativos”; esta referencia volvió a aparecer en el proyecto reforma de la ley, volvió a desaparecer en la fase final de la discusión del texto en el Congreso y finalmente volvió a aparecer, esta vez para quedarse⁶². Este “Guadiana” del derecho informático visualiza las dudas que se han expresado acerca de la constitucionalidad de un control administrativo sobre actividades realizadas en la red⁶³.

Obviamente, la intervención administrativa directa sólo puede tener un alcance limitado, e incluso excepcional. La interpretación del precepto debe tener en cuenta que la LSSICE contiene normas dirigidas especialmente a la ordenación del comercio electrónico y a la prestación de servicios de la sociedad de la información, normalmente mediante contraprestación, siempre que el establecimiento del servicio se encuentre en el territorio español⁶⁴.

62. La ley que transpone la directiva es la Ley 34/2002, del 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (LSSICE). Su reforma acaba de ser abordada en la Ley 56/2007, del 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información.

63. Como pone de manifiesto BOIX PALOP, “el inicial apoderamiento a la Administración [...] parecía una reedición patria de otros desafortunados (y por ello jurisprudencialmente anulados) intentos de regulaciones a todas luces excesivas e inconstitucionalmente limitadoras del ejercicio de estos derechos fundamentales”. Pese a que esta mención se retiró –en palabras del autor citado– “El dictamen del Consejo de Estado y la propia tramitación parlamentaria han servido para dulcificar la norma y eliminar sus más groseras inconstitucionalidades, por mucho que su espíritu, equivocado en la equiparación del Internet profesional-empresarial se mantenga [...] Esta habilitación a la Administración para ejercer un control sobre los contenidos con menciones tan abiertas, referidas a meros principios, y concediendo facultades como el cierre del propio medio de comunicación sin necesidad de recurrir a la autoridad judicial no se compadecía con la Constitución y suponía un grave vicio de inconstitucionalidad, afortunadamente eliminado”. BOIX PALOP. “Libertad de expresión y pluralismo...”, cit., p. 169. En un sentido opuesto, J. VALERO TORRIJOS. “La responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas en a prestación de los servicios de intermediación”, en S. CAVANILLAS (COORD.). *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento, un análisis multidisciplinar*. Granada, Comillas, 2005.

64. La aterritorialidad de Internet da lugar a dudas sobre la posibilidad real de aplicación de esta norma, puesto que el simple alojamiento del contenido en un servidor extranjero limita las posibilidades de intervención administrativa. “A sus posibles vicios de constitucionalidad añade una inadecuación a la realidad que trata de ordenar que lo convierte en inútil y está condenado

Las referencias a autoridades administrativas aluden al ejercicio de funciones establecido por otras leyes que otorgan a órganos administrativos potestades que permiten decretar el cese de una determinada actividad económica: eso sucede en el ámbito sanitario⁶⁵, en la protección de los consumidores⁶⁶ o en relación con actividades de tráfico ilícito, por ejemplo, referidas esta vez a la prestación de servicios a través de la red⁶⁷. Esta posibilidad de intervención administrativa respecto de los contenidos de la red deben observarse con dos limitaciones importantes que hay que subrayar. La primera se refiere al principio de legalidad: las actividades realizadas en la red sólo podrán restringirse en los casos que prevea la ley; la segunda se refiere al principio de proporcionalidad, y muy concretamente a la posibilidad de redifusión de contenidos retirados, que puede dar como consecuencia una mayor publicidad al contenido que se pretendía retirar.

Un caso más complejo lo constituye la posibilidad de que sean los administradores de un portal los que ejerzan el control sobre los contenidos de terceros a petición de otros particulares (la LSSICE habla de la responsabilidad de los administradores –en tanto en cuanto servicios de la sociedad de la información– cuando conozcan el contenido de la información contenida en los productos que administran), tal y como se desprende de una reciente línea jurisprudencial, so pena de ser considerados responsables de los contenidos vertidos por terceros⁶⁸. Cualquier particular, en definitiva, podría exigir que se

al masivo incumplimiento en el mundo de Internet no profesional”. BOIX PALOP. “Libertad de expresión y pluralismo...”, cit., p. 171.

65. Este es el caso de la sanción que recoge el artículo 36.2 de la Ley 14/1986, del 25 de abril, General de Sanidad, que implica el cierre de establecimientos que incurrieran en infracciones muy graves.

66. *Vel.*, a modo de ejemplo, la Ley 1/1990, del 8 de enero, sobre disciplina del mercado y de defensa de los consumidores y de los usuarios (Cataluña, artículos 13 a 19); Ley 11/1998, de 9 de julio, de Protección de los Consumidores de la Comunidad de Madrid, artículo 53.4.

67. A modo de ejemplo (y recurriremos a un ejemplo límite), pensemos en los contenidos acerca de sustancias tóxicas. La comercialización de sustancias ilegales o la inserción de datos de contacto a tal efecto –por ejemplo, en un foro– mediante Internet sería ilegal y permitiría la intervención de los cuerpos de seguridad. Sin embargo, la venta de semillas o la edición de materiales informativos que permitan el cultivo para el consumo privado, u opinar sobre el consumo de estas sustancias, son actividades lícitas en España y por tanto no serían susceptibles de intervención policial (y, en caso de producirse, se trataría de un caso de arbitrariedad).

68. Recientemente se han dictado sentencias que establecen la responsabilidad de los administradores de portales privados por las opiniones expresadas por terceros participantes en los foros de discusión. Podríamos aquí citar dos casos semejantes en los que se dilucidan demandas contra portales que alojaban foros de opinión en los que se criticaba –y, en ocasiones, se caracterizaba como organización mafiosa– a la Sociedad General de Autores y Editores. En el caso “frikipedia”, se condenó al administrador del portal por no eliminar determinados contenidos a solicitud de la SGAE; el caso ya es firme –Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, del 8 de noviembre de 2007–. Otro caso similar es el de alasbarricadas.org, en el que se condena a los gestores del portal por los insultos proferidos al artista Ramoncín y a la SGAE por parte de los participantes en un foro de discusión (sentencia del Juzgado de Primera Instancia, n.º 44 de Madrid, del 13 de septiembre de 2007). El fallo judicial establece la responsabilidad del administrador del portal por no identificarse, impidiendo o dificultando al particular que se comunique

retiren los contenidos alojados en páginas o portales de terceros sin necesidad de recurrir a la acción de cesación, lo que permite el ejercicio de posiciones de poder desde la esfera privada que pretendan limitar la libertad de expresión de terceros sin necesidad del previo control judicial⁶⁹ y podría desembocar en una forma específica de acoso: *acoso informacional* o *infomobbing*. Además, puede provocar actitudes de autocensura que son, en suma, otro factor de merma para el ejercicio de la libertad de expresión⁷⁰.

En definitiva, tal y como hemos venido subrayando, el principio de proporcionalidad debe guiar toda actuación que pretenda la retirada de contenidos en la red, puesto que puede dar lugar a la redifusión del contenido retirado. Posibilitar un control muy amplio de la red supondría legislar en contra de la aceptación generalizada de Internet como un instrumento para el ejercicio de la libertad de expresión. Esto no es aceptable en términos sociales si consideramos, como argumentaba el Tribunal Supremo de los Estados Unidos, que los perjuicios para el desarrollo de la comunicación pública pueden ser mayores a los beneficios que puede reportar un control exhaustivo de la comunicación pública que se desarrolla en Internet. El principio de proporcionalidad ofrece argumentos para entender que si la apropiación social de las nuevas tecnologías está asociada a la búsqueda de mayores cuotas de libertad de información y de expresión, un recorte de esa mayor liberalidad no sería legítimo en términos democráticos (por algún motivo, en definitiva, el principio básico que rige en el derecho administrativo es el principio *pro libertate*).

En cualquier caso, es necesario tener en cuenta varios factores a la hora de ejercer la potestad sancionadora respecto de actividades realizadas en la red. La aterritorialidad de la red puede hacer inútil o contraproducente las restricciones a la difusión de contenidos, puesto que los contenidos retirados pueden redifundirse con servidores situados en terceros estados. Además, en muchos casos, hay que tener en cuenta la adecuación social de muchas conductas que, pudiéndose considerar banales, son objeto de procedimientos que pretenden la restricción de su uso, abriendo un proceso de confrontación no verbal o meramente simbólico. Subyace aquí un conflicto relativo a la

con el administrador para solicitar la retirada de los contenidos. A diferencia del caso *putasgae.org*, en el que era el propio administrador del portal el que editaba los contenidos, en este caso son otros particulares (participantes en los foros) los autores de los contenidos considerados injuriosos. El caso “*alabarricadas.org*” está pendiente de recurso.

69. Tratándose del ejercicio de los derechos a la libertad de información y expresión (que debe presumirse), debería ser el juez el garante último de estos derechos, de tal modo que la retirada de los contenidos debería poder ordenarla el juez en exclusiva. Este es, en nuestra opinión, el punto más controvertido en los casos citados arriba, en tanto en cuanto la condena se produce por hacer caso omiso a las solicitudes de retirada de otros particulares, estableciendo un precedente que puede dar lugar a situaciones de abuso por parte de los particulares que pretenden la retirada de contenidos críticos de otros particulares.

70. BOIX PALOP. “La traslación de pautas de control público al nuevo audiovisual de proximidad...”, cit.

diferente concepción –y la evolución dinámica– del uso del lenguaje y la libertad de expresión que ha sido una constante fuente de conflictos jurídicos como hemos tenido ocasión de comprobar.

Finalmente, esto no quiere decir que no se puedan arbitrar mecanismos para dotar de mayor efectividad y accesibilidad al trabajo de los jueces, cuando se trate de abusos realmente graves de la libertad de expresión. Otras soluciones, como en los casos que relataremos a continuación, pueden estar dirigidas al proceso contrario. Una alternativa al castigo de la conducta pretendidamente antisocial consiste en incentivar las conductas que aportan un mayor beneficio social, y que parte de la concertación entre los poderes públicos y los particulares; hablamos de la corregulación.

3. La corregulación en materia de contenidos: las experiencias del regulador independiente de lo audiovisual catalán y del gobierno francés

Constatados los límites de las facultades de control de las administraciones sobre los contenidos de la red, una alternativa posible es la promoción de contenidos de calidad. La tradicional pretensión del derecho como superestructura legitimadora del poder se ve, en nuestros tiempos, superada por una función diferente: dirigida más bien a la potenciación o promoción de las relaciones que generan mayores beneficios sociales⁷¹.

A medio camino entre la reglamentación positiva de los contenidos y las dinámicas de autorregulación, los poderes públicos están poniendo en práctica metodologías de trabajo de corregulación (como regulación compartida)⁷², o autorregulación regulada, que significa una intervención pública con miras a la ordenación de los fines, los objetivos de la regulación privada, ante la existencia de una pluralidad de estructuras organizativas⁷³. Mediante las metodologías de corregulación, los poderes públicos establecen lugares de encuentro entre administraciones y particulares (actores de la red) para definir –en el caso que analizamos nosotros– criterios de calidad en relación con los contenidos difundidos en Internet⁷⁴. De acuerdo con la aproximación de las instituciones comunitarias, que apoyan las metodologías de trabajo

71. BOIX PALOP. “De McDonalds a Google...”, cit.

72. R. J. MOLES. *Derecho y control en Internet. La regulabilidad de Internet*, Barcelona, Ariel, 2004, pp. 30-31.

73. M. M. DARNACULLETA. *Autorregulación y derecho público: la autorregulación regulada*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, p. 443. MUÑOZ MACHADO y KERCHOVE se refieren a este fenómeno como modelos de creación privada del derecho bajo supervisión de los poderes públicos. MUÑOZ MACHADO. Ob. cit., pp. 53-54; F. OST y M. KERCHOVE. “De la pyramide au réseau? Vers un nouveau mode de production du droit?”, en *Revue Interdisciplinaire d'études juridiques*, n.º 44, 2000, p. 302.

74. N. MALLET-POUJOL. *Les enjeux juridiques de l'internet*, París, La documentation française, 2003, p. 31.

de corregulación en materia de contenidos audiovisuales, la corregulación ofrece un “enlace jurídico” (*legal link*) entre la autorregulación y la legislación (es decir, entre *soft-law* y *hard-law*), añadiendo que debe instaurar un sistema de supervisión para los casos en que los compromisos adquiridos sean incumplidos⁷⁵.

Analizaremos, como muestra de metodologías de corregulación, dos casos diferentes.

El primero se refiere al Forum des droits sur l’Internet, una iniciativa del gobierno francés que, bajo la forma de asociación sin ánimo de lucro, reúne a los particulares y los poderes públicos para debatir sobre la protección de los derechos y libertades públicas en relación con Internet⁷⁶. Gracias a los debates entablados en el Forum, el gobierno tiene acceso al sentir general de la ciudadanía respecto de Internet, a modo de una actividad preparatoria para la toma de decisiones de las autoridades públicas o la adopción de códigos de conducta por los usuarios y actores de la red. El Forum puede emitir recomendaciones –por tanto, sin carácter vinculante– que irán dirigidas a los actores públicos o privados cuya actividad tenga que ver con Internet, a propia iniciativa o por encargo de una autoridad pública. Asimismo, el Forum puede actuar como depositario y garante de los códigos de conducta elaborados en su seno. En palabras de su presidenta, ISABELLE FALQUE-PIERROTIN, “lo más interesante del Forum es su método, un método de corregulación, puesto que el Forum supone un instrumento de colaboración entre público y privado, entre agencias gubernamentales y particulares”⁷⁷. En particular, destaca el hecho de que cada una de las autoridades de regulación independientes existentes nombra un representante para formar parte del Forum, que puede integrarse tanto en los equipos de dirección del Forum como en los grupos de trabajo.

Un segundo ejemplo de corregulación es el de IQUA (Internet Quality Agency o Agencia de Calidad de Internet), una iniciativa de reguladores independientes de lo audiovisual (Cataluña⁷⁸, Navarra y Andorra), que promueve un debate sobre contenidos que da lugar a códigos de conducta cuyo cumplimiento posibilita la obtención de un sello de calidad que distingue a los beneficiarios por su respeto a los derechos de los ciudadanos en el uso

75 Vid. exposición de motivos (par. 36) de la Directiva 207/65/CE, del Parlamento y del Consejo, del 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros.

76 [www.foruminternet.org]

77 Estas declaraciones fueron expresadas en la conferencia de prensa para la celebración del tercer aniversario del Forum, el 25 de mayo de 2004. Se puede ver un video en la sección “Rencontres” del Forum: [www.foruminternet.org/rencontres/]

78 En el caso de Cataluña, la Ley 22/2005, de comunicación audiovisual de Cataluña (artículos 77 y 78), establece obligaciones genéricas de promoción de la corregulación y la autorregulación en materia audiovisual.

de la red⁷⁹. La obtención del sello tiene lugar después de una auditoría de contenidos, que se repite en cada ocasión que se solicita la renovación del sello. En la actualidad, la IQUA trabaja en la creación de sellos en forma de metadatos, de tal manera que una determinada cualidad de la página *web* (por ejemplo, una política estricta en materia de privacidad) pueda advertirse aún sin visitarla, pues el sello es visible en el encabezamiento de los resultados que nos ofrece un buscador.

III. LOS CONTENIDOS DIGITALES EN LOS SERVICIOS PÚBLICOS INFORMACIONALES DE DIFUSIÓN DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA

A. ¿QUÉ RÉGIMEN JURÍDICO PARA LA DIFUSIÓN DE LA INFORMACIÓN EDITADA POR LA ADMINISTRACIÓN A TRAVÉS DE LA RED?

La aparición de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación y la aprehensión de estas herramientas por el conjunto de la sociedad fue caracterizada, en un primer momento como la *sociedad de la información*, es decir, una organización social basada en la erección de la información como medio de producción, al mismo nivel que en el pasado se habían considerado la tierra y el capital⁸⁰. Este enfoque, sin embargo, no tardaría en ser superado, puesto que el concepto sociedad de la información hacía referencia a los cambios acaecidos por el uso de las nuevas tecnologías pero con un enfoque limitado a las relaciones laborales y el mercado, sin tener en cuenta las implicaciones sociales que el cambio tecnológico puede suponer y supone en términos democráticos (participación, cohesión social)⁸¹.

En este contexto, han aparecido nuevas categorías de servicios públicos para hacer frente a estos retos que se plantean para las sociedades contemporáneas, demostrando la plasticidad de la teoría del servicio público para hacer frente a los nuevos cometidos del Estado ante la innovación tecnológica. Servicios públicos, es decir, actividades públicas prestadas a la generalidad de la población más allá de su situación geográfica, y económica⁸², que son calificados de *informativos* por cuanto su objetivo es la realización de actividades administrativas mediante las tecnologías de la información y la

79. Recordemos que el sello es, en lenguaje jurídico-administrativo, una declaración de la administración cuyos actos se presumen válidos; esto es, el sello es un certificado. La etiqueta del IQUA [www.iqua.net] tiene esta apariencia.

80. MALARET. "L'e-Government in Spagna: i nuovi servizi pubblici dell'informazione", en GIULIO VESPERINI. *L'e-Government*, Milán, Giuffrè, 2004, p. 45.

81. MALARET. "Los servicios públicos informativos..." , cit., p. 116.

82. En especial, el principio de neutralidad del derecho comunitario respecto del régimen de propiedad de los servicios públicos permite la prestación del servicio en condiciones económicas extraorbitantes del régimen común, incluso la exclusión de las reglas del mercado, *vid.* HERBERT MAISL. "La diffusion des données publiques ou le service public face au marché de l'information", en *Actualité Juridique, Droit Administratif*, 1994, pp. 358 y ss.

comunicación con sometimiento al derecho administrativo. Una categoría dentro de los servicios públicos *informativos* es la de los servicios de difusión de información administrativa⁸³, esto es, los portales institucionales. Estos servicios están destinados a la difusión de información de elaboración propia, aunque también pueden albergar información elaborada por particulares, ya se trate de iniciativas de promoción económica (por ejemplo, información turística en los portales de la administración municipal) o de foros de debate y dinamización cultural.

En referencia a la posibilidad de que las administraciones alojen contenidos elaborados por los ciudadanos, se ha planteado la polémica referente a la posible aplicación de la LSSICE (y por tanto operaría la exención de responsabilidad de las administraciones por los contenidos de los terceros)⁸⁴. Nuestra respuesta es negativa en tanto en cuanto 1. la propia directiva comunitaria no asume esta posibilidad, puesto que se aplica al comercio electrónico y a los servicios de intermediación prestados normalmente a título oneroso, y 2. la administración pública ostenta la posibilidad de ordenar el uso del espacio público (y en este caso, su *web* sería algo así como un “espacio público electrónico”) que se puede traducir en la reglamentación de las condiciones de uso de esos recursos, que puede comportar la vigilancia y, en su caso, sanción del uso indebido de los espacios de participación habilitados en la red. Así, la responsabilidad de la administración será plena en el caso de que permita el alojamiento de contenidos ilícitos que tiene la potestad de retirar o cuando haya incumplido la obligación de comunicar los hechos que originan responsabilidad a la autoridad competente⁸⁵.

En definitiva, los servicios públicos *informativos* de difusión de información no constituyen ni servicio de telecomunicaciones ni propiamente servicio de intermediación, por lo que la administración goza de un amplio margen de configuración, tanto desde un punto de vista de régimen económico como de uso de los espacios habilitados para la participación –y, evidentemente, un régimen jurídico diferente, con sumisión a principios y reglas específicas diferentes de las que rigen para las actividades que desarrollan los particulares, de acuerdo con los principios expresados en el artículo 103 de la Constitución.

Respecto de los contenidos de elaboración propia, se nos plantean dos problemáticas íntimamente relacionadas: por un lado, ¿de qué actividad se trata:

83. Las tres categorías básicas son: 1. servicios de creación de confianza: servicios de certificación y de asignación de nombres de dominio; 2. servicios de acceso a las nuevas tecnologías: acceso a la red y alfabetización digital, y 3. servicios de difusión de información. *Vid.* MALARET. “Los servicios públicos informativos...”, cit.

84. VALERO TORRIJOS. “Deberes y responsabilidades...”, cit.

85. Por ejemplo, en el caso francés, la circular del 7 de octubre de 1999 relativa a los sitios *web* de las administraciones y establecimientos públicos obliga, en referencia a la creación de foros (punto 2.1.3), al establecimiento previo de las reglas de funcionamiento. Reglas que deben coherenciarse, evidentemente, con el régimen de protección constitucional de los derechos fundamentales (información, expresión, participación democrática).

es un servicio de comunicación audiovisual o un servicio de información al ciudadano?; por otro lado, ¿qué normas deben regir la edición de los contenidos, se pueden establecer categorías obligatorias de contenidos por difundir?

Los servicios de difusión de información administrativa son servicios cuyas características los sitúan entre los servicios de información al ciudadano y los servicios de comunicación audiovisual (radio, televisión). De nuevo, la versatilidad de Internet como centro de actividades diversas impide la determinación de un único régimen jurídico por analogía. Entonces, ¿cuáles son los elementos claves que impiden o permiten la aplicación de uno u otro régimen a la difusión de información administrativa?

B. ¿SERVICIO DE COMUNICACIÓN AUDIOVISUAL, MEDIO DE COMUNICACIÓN SOCIAL?

En relación con las actividades de comunicación audiovisual (radio, televisión), para buscar los elementos que nos ayuden a encontrar de su régimen jurídico debemos empezar por delimitar el objeto mismo de actividad. Los servicios de comunicación audiovisual suelen ofrecerse tres tipos de actividades: la información, la formación o el entretenimiento. Las posibles distorsiones de estas tres actividades delimitan los límites de la libertad de información y la libertad de expresión que allí se realiza o se permite; así, un servicio de televisión no puede servir para difundir consignas o manipular al espectador o censurar la información sobre lo acontecido en la sociedad, como tampoco para el adoctrinamiento ni para los espectáculos que no tengan en consideración la dignidad de las personas que aparecen en la emisión o que la reciben.

Los objetivos de un portal institucional difieren sensiblemente de los objetivos de los medios de comunicación social tradicionales: el portal no está destinado a entretener en ningún caso. El portal institucional ofrece información de carácter general, pero se trata de información administrativa, quedando fuera la actividad corriente de otras administraciones o acontecidas en otros lugares del mundo y la información acerca de las relaciones entre particulares, que constituye la misión de los servicios de comunicación audiovisual.

El proceso de editorialización realizado en los servicios de comunicación audiovisual es mucho más complejo y comporta la imposición de obligaciones de selección de la información tratada, una tarea de contraste, de análisis de profundidad que suele contar con la participación de expertos, partes afectadas y que constituyen parte del código deontológico de los profesionales del periodismo, lo que justifica la imposición de obligaciones de veracidad y la necesidad de garantías de rectificación⁸⁶.

86. stc 6/1988, FJ 5°.

En el caso de los portales institucionales, la editorialización implica que la información difundida debe cumplir con requisitos de exactitud y debe estar actualizada, lo cual no significa que deba ser contrastada con la realidad fáctica o con una diversidad de fuentes –como en el caso de la prensa, radio o televisión–, puesto que la información administrativa es proporcionada, normalmente, por la propia administración, esto es, la fuente de elaboración es la propia administración. Aunque en algunos casos, la información es producida fuera de la misma administración –en el caso de dictámenes o informes–, la difusión por la administración tiene como finalidad mejorar el conocimiento de los ciudadanos de las políticas públicas desarrolladas por la administración o las condiciones en las que se desarrollan, como en el caso de la información estadística. Así, el proceso de editorialización tiene diferentes finalidades en uno y otro caso. En el caso de los servicios de comunicación audiovisual, la información es una finalidad en sí misma, mientras que en el caso de la administración, la información administrativa es instrumental y está al servicio de la ciudadanía, tanto para facilitar la prestación de los servicios públicos o la tramitación de procedimientos como para permitir el control de la acción administrativa por parte de la ciudadanía (*accountability*) e, indirectamente, el ejercicio de los derechos de participación (sin la información elaborada por la administración los periodistas no pueden realizar su tarea de informar, los grupos sociales no pueden participar y los individuos no pueden expresarse libremente).

Recientemente, el legislador español ha incluido en la normativa sobre el acceso electrónico a los servicios públicos la garantía de veracidad en el texto de la LAECSP, que establece el principio de “veracidad y autenticidad” de las informaciones (artículo 4.h), siendo la veracidad la cualidad básica que se había predicado de la actividad periodística. ¿Sitúa este paralelismo al portal institucional en la órbita de los servicios de comunicación audiovisual?

El principio de veracidad (en referencia a información pública, y el correlativo derecho de cancelación) había aparecido en la legislación española de la mano del Estatuto de la Radio y la Televisión Española⁸⁷ y, más tarde, se incluiría el principio de veracidad en la Ley Orgánica de Protección de Datos, asociado a la calidad de los datos que ostenta la administración sobre los particulares⁸⁸. Cuando se hace referencia a las cualidades de la información difundida por las administraciones a través de Internet normalmente se utiliza el criterio de la exactitud, que se suele acompañar de otras cualidades (completa, objetiva, accesible...) que son, en realidad, más exigentes en relación

87. Ley 4/1980, artículo cuarto, “La actividad de los medios de comunicación social del Estado se inspirará en los siguientes principios: a) La objetividad, veracidad e imparcialidad de las informaciones”.

88. Cfr. art. 4.3 de la Ley 15/1999, del 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal.

con la tarea de editorialización⁸⁹. Singularmente, la Ordenanza reguladora de la Administración Electrónica del Ayuntamiento de Barcelona establece que la información difundida debe ser accesible, comprensible, exacta, completa y actualizada⁹⁰, tal como sucede con la normativa francesa⁹¹. No parece, pues, que exista la intención de equiparar los portales institucionales a los medios de comunicación audiovisual.

En este sentido, entendemos que tanto la actividad materialmente relacionada como los principios a los que se somete la edición de contenidos en los portales institucionales son elementos que exigen una diferenciación de estas actividades de difusión de información respecto del régimen propio de los medios de comunicación audiovisual, puesto que responde a realidades y necesidades por satisfacer diferentes. Esto se explica sencillamente si tenemos en cuenta la necesidad de actualizar la información. Al contrario de lo que sucede con las actividades de comunicación audiovisual, en las que la información es continua pero va variando en sus contenidos, el portal institucional es un servicio regular y constante que permite la permanencia de la información difundida. Los contenidos de un portal institucional pueden ser fijos o permanentes en el tiempo, lo que requiere una continua adaptación a la evolución normativa y de la actividad administrativa. En este punto, las diferencias con la radio o la televisión son obvias, puesto que toda la organización está supeditada a la necesidad de organizar la difusión de la información, seleccionando y programando los espacios de tiempo, dadas las limitaciones de tiempo del medio, unas limitaciones que son menores (o inexistentes) en el caso del portal.

Otra diferencia sustancial entre los portales institucionales y los servicios de comunicación audiovisual consiste en la posibilidad que ofrecen los portales de tramitar procedimientos administrativos, posibilidad que no se

89. OCDE. *Des citoyens partenaires : information, consultation et participation à la formulation des politiques publiques*, París, Service des Publications de l'OCDE, 2001, p. 81; Íd. *Impliquer les citoyens : l'information, la consultation et la participation du public dans le processus de prise de décision*, Note de synthèse de l'OCDE sur la gestion publique, juillet, 2001, p. 5 [www.oecd.org/dataoecd/24/15/2384248.pdf]. Estos documentos se refieren tanto a los principios que, de forma general, deben guiar la actividad informadora de las administraciones, como a la información que se debe facilitar en el seno de procedimientos de participación pública. Respecto de los procedimientos de participación a través de Internet, *vid.* PIERRE TRUDEL (dir.). *Guide pour maîtriser les risques juridiques de la cyberconsultation*, Montreal: Chaire L. R. Wilson sur les technologies de l'information et le commerce électronique – Centre de Recherche en Droit Public, Université de Montréal, 2004.

90. La Ordenanza Reguladora de la Administración Electrónica del Ayuntamiento de Barcelona contiene una norma específicamente destinada a establecer los principios de la difusión de la información administrativa (artículo 7. Principios generales de la difusión de la información administrativa electrónica), haciendo referencia explícita en los apartados *b* y *c* a la completitud, la exactitud y la actualización.

91. En efecto, el punto 2.1.1. de la circular citada establece el principio de fiabilidad. Este principio y los de accesibilidad e interactividad constituyen los principios generales que deben cumplir los procesos de edición de contenidos.

da en el caso de las radios y televisiones públicas que si bien pueden constituir un elemento importante de difusión de la existencia de servicios o de procedimientos concreto, sus posibilidades se limitan a la información del público al respecto, mientras que el portal permite directamente el disfrute del servicio, la tramitación completa de procedimientos o, simplemente, de alguno de los trámites.

El portal institucional no puede considerarse, en su totalidad, un servicio de comunicación audiovisual. Este hecho no impide que cuando una administración realice actividades de comunicación audiovisual a través del portal institucional, la normativa aplicable sea la relativa a lo audiovisual. Esta posibilidad es, en realidad, reducida, porque cuando la administración pretende prestar este servicio, crea un servicio específico, es decir, una televisión o radio públicas. En nuestra opinión, la simple inserción de vídeos en el portal institucional no significa *per se* la realización de una actividad de comunicación audiovisual.

Ahora bien: esta consideración no excluye que consideremos el portal como un servicio público de comunicación o, mejor, como un medio de comunicación social, puesto que la integración de funciones le otorga al portal una capacidad hasta ahora imposible de comunicarse con la ciudadanía en diferentes sentidos: para ofrecer información, para prestar servicios, etc. Siguiendo con el análisis que venimos realizando, de carácter negativo (por ahora hemos descartado la consideración de servicio de comunicación audiovisual), trataremos de desgranar las características de este medio de comunicación social, comparándolas esta vez con las características de los servicios de información al ciudadano.

C. ¿SERVICIO DE INFORMACIÓN ADMINISTRATIVA AL CIUDADANO?

Los portales institucionales se asemejan a los servicios de información administrativa (presencial, telefónica) en tanto en cuanto proporcionan información acerca de las actividades propiamente administrativas y procedimientos administrativos concretos, facilitando el acceso a los archivos y registros administrativos –en la terminología utilizada por la Constitución española⁹².

Si analizamos la información a la que podemos tener acceso mediante el portal institucional, nos encontramos ante una diversidad de formatos,

92. Los derechos de los ciudadanos en el seno de los procedimientos administrativos están recogidos en la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común. Algunos autores consideraron, en un primer momento, los portales de la administración como soportes para el ejercicio de los derechos establecidos en los artículos 35 a 37 de la Ley; *vid.* AGUSTÍ CERRILLO. *L'aplicació del dret d'accés a la Generalitat de Catalunya*, Barcelona, Escola d'Administració Pública de Catalunya, 2000.

funcionalidades y productos finales realizados (encontramos noticias, información geográfica, estadística, cartográfica, agendas de acontecimientos culturales, informes), con lo que se supera el ámbito objetivo tradicional del derecho de acceso, que era un derecho relacionado con un documento, que es la realidad que Internet transforma. Este hecho lo corrobora la aparición de la noción de transparencia, que abarcaría todo tipo de información sobre el derecho público: proceso y producto, es decir, debate y decisión final⁹³, tanto en lo referente a procedimientos concretos como a información de carácter general respecto del funcionamiento de la propia administración y de otras administraciones con competencias compartidas o cuya actividad incida en el ejercicio de las propias competencias. De este modo, la noción de transparencia posibilita que mediante el portal se difunda toda información en poder de los poderes públicos, quedando a salvo únicamente la información de gestión y la información protegida por la regla del secreto –en ámbitos de defensa, investigación criminal o respecto de datos personales⁹⁴.

Como el portal institucional, los servicios de información administrativa se encargaban de orientar a los ciudadanos en relación con los cometidos de la administración y en la tramitación de procedimientos administrativos, además de facilitar el acceso a la información administrativa. Sin embargo, y aquí se encuentra la diferencia fundamental, las actividades de información administrativa estaban basadas en una posición pasiva de la administración, puesto que era el ciudadano el que tenía que desplazarse para recibir el servicio. El portal institucional no solamente ha suprimido las desventajas físicas y horarias, sino que supone la asunción por parte de la administración de una posición activa en la puesta a disposición de la información administrativa. Por un lado, la difusión de la información ya no supone un coste añadido (y que asumía el ciudadano), sino que además supone una actividad de agregación de valor que posibilita el cumplimiento de la función social a la que está destinada la información administrativa.

Finalmente, mediante un portal institucional podemos acceder a diferentes servicios –sanitarios, sociales, registros públicos– y se pueden tramitar procedimientos administrativos o, incluso, trámites concretos referidos a procedimientos que engloban diversos métodos –presencial, telefónico, en línea–. Tan es así que incluso la normativa reguladora de la materia para el gobierno autonómico de Cataluña establece como principio general que la información difundida a través de Internet tendrá que ser igual o superior

93. MALARET. “Droit, Administrations Publiquet et NTIC: vers la restructuration de l’espace public. Les instruments pour la construction d’une démocratie dialogique”, en VV.AA. *Études en honneur de Gérard Timsit*, Bruselas, Bruylant, 2004.

94. El ámbito del secreto, aunque supone una excepción a la regla general de accesibilidad de la documentación administrativa, continúa predicándose de una parte cuantitativamente importante de la actividad administrativa, véase la obra fundamental en esta materia: SAINZ MORENO. “Secreto e información en las administraciones públicas”, en VV.AA. *Estudios sobre la Constitución española: homenaje a García de Enterría*, Madrid, Civitas, 1991.

a la ofrecida por los servicios de información administrativa y tendrá que someterse a los mismos principios que rigen para esas actividades⁹⁵. Esto no quiere decir una traslación automática de todo el régimen jurídico aplicable –sólo a los principios–, puesto que la información estará sometida a un régimen diferente, dependiendo de la categoría en la que se encuadre la información difundida.

Como ha destacado VEGA, cuando hablamos de información hay que tratar de establecer en cada caso la función que está llamada a cumplir la información, a efectos de determinar el régimen jurídico (económico) de su difusión⁹⁶. La información cartográfica, por ejemplo, puede tener un régimen jurídico diferenciado, puesto que en muchas ocasiones la información tiene valor añadido comercial o ha sido elaborada en colaboración con particulares, estableciéndose un sistema de pago o autorización⁹⁷, mientras que la generalidad de la información difundida a través de la red no está sometida a la normativa de la propiedad intelectual⁹⁸; su acceso es, por tanto, gratuito, por cuanto es información de carácter público⁹⁹, recogida con recursos públicos para el desarrollo de funciones públicas y con destino a toda la población de forma universal¹⁰⁰.

95. En efecto, el artículo 4.º del Decreto 324/2001, del 4 de diciembre, relativo a las relaciones entre los ciudadanos y la administración de la Generalitat de Catalunya a través de Internet dice: “Principios de la información. La información administrativa de la Generalitat [el gobierno autonómico catalán] deberá ser, como mínimo, la misma que se dé presencialmente o por otros medios y deberá sujetarse a los mismos principios y garantías. En toda información administrativa que se dé a través de Internet se tendrá que hacer constar la fecha de actualización. Los ciudadanos tendrán que poder recibir la información a través de la manera más accesible, especialmente los que padezcan algún tipo de discapacidad”.

96. VEGA destaca que la información pública puede analizarse desde dos prismas diferenciados: la información puede ser por un lado una actividad y un objeto, un bien comerciable, e incluso individualizable: JOSÉ LUIS VEGA. “El régimen jurídico de la comercialización de la información del sector público”, en AGUSTÍ CERRILLO y ALFREDO GALÁN (COORDS.). *La reutilización de la información del sector público*, Granada, Comares, 2006, pp. 122 y ss.

97. En Cataluña, por ejemplo, el régimen de acceso se determinará por reglamento del Consejo Rector del Instituto Cartográfico de Catalunya, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12.3 de la Ley 16/2005, del 27 de diciembre, de la Información Geográfica y del Instituto Cartográfico de Catalunya y su reglamento (Decreto 398/2006, del 24 de octubre, por el cual se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 16/2005, del 27 de diciembre, de la Información Geográfica y del Instituto Cartográfico de Catalunya, en relación con la oficialidad y el uso de los servicios cartográficos y las relaciones interadministrativas y la planificación).

98. Así queda patente cuando se dictamina que el régimen de compensación no se aplica a la información elaborada por poderes públicos (por ejemplo, para recopilar sentencias judiciales). *Vid.* sentencia del 15 de junio de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 7, de Alcalá de Henares; sentencia del 14 de diciembre de 2005, del Juzgado de Primera Instancia n.º 43, de Madrid; sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga del 19 de septiembre de 2006 y sentencia del 2 de febrero de 2006 del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, todas ellas firmes.

99 *Vid.*, a este respecto, la circular (francesa) del 14 de febrero de 1994, relativa a la difusión de datos públicos.

100. JEAN-MICHEL BRUGIÈRE. *Droit des données publiques*, París, ERCIM, 2004, p. 23.

El tratamiento de la información para la edición de un portal tiene una función de carácter social. Así, es fácil entender la gratuidad del servicio, pues las administraciones están prestando un servicio público necesario para el ejercicio de derechos políticos, económicos y culturales (participación, libertad de información y expresión, acceso a la cultura), se están satisfaciendo necesidades de interés general. El añadido de valor con finalidades sociales, el proceso de editorialización, es otro elemento que distingue al portal institucional de un servicio de información al ciudadano; la proactividad de la administración hace necesario un trabajo de planificación y organización que no era necesario en los servicios de información administrativa, que se prestan a petición individualizada, y que imposibilita una aplicación analógica de las normas reguladoras de estos servicios.

D. EL ESTABLECIMIENTO DE UN RÉGIMEN JURÍDICO ADMINISTRATIVO DEL PORTAL INSTITUCIONAL: APUNTES PARA EL DEBATE

El portal institucional constituye en buena medida un medio de comunicación social capaz de acometer una gran variedad de funciones: información sobre el funcionamiento de la administración en diferentes formatos, acceso a servicios y procedimientos, y mecanismos para la participación efectiva de la ciudadanía en los asuntos públicos.

La versatilidad de Internet convierte el portal institucional en un medio de comunicación social multifuncional que está llamado a capitalizar, tal y como estamos comprobando, la comunicación administración-ciudadano, invitando al análisis del marco jurídico en el que se desarrolla. Al hilo del debate sobre el acceso a los archivos y registros administrativos, MESTRE DELGADO nos recordó la importancia de la regulación de las tareas administrativas en relación con la información que ostentan, pues la efectividad de los derechos ciudadanos en esta materia podría quedar mermada ante una normativa deficiente¹⁰¹.

La primera pregunta que nos hacemos, pues, es ¿Cuál es la norma idónea para establecer el régimen jurídico del portal institucional? Para responder a esta pregunta, y observando cuál ha sido la normativa en casos parecidos, debemos anotar que el artículo 105 b de la Constitución española se refiere al acceso a la información con un mandato: la ley regulará... Esta reserva de ley se ha interpretado como una exclusión del reglamento para establecer las garantías mínimas que deben guiar la obtención de información administrativa por parte de los ciudadanos, es decir, para evitar que sea la misma administración la que establezca las posibilidades y los límites de la

101. JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO. *El derecho de acceso a archivos y registros administrativos [Análisis del artículo 105.b) de la Constitución]*, 2.^a ed., Madrid, Civitas, 1998.

obtención de información¹⁰². Hasta el momento presente, la doctrina había tratado las funciones de información desde la posibilidad de que los derechos fundamentales se vieran afectados, desde la perspectiva del acceso a la información administrativa o de obligaciones concretas como las establecidas en la Ley de Prensa. Ahora bien: como VELASCO advertía, “Sólo un cambio de la situación actual haría planteable el establecimiento de nuevas prestaciones informativas del Estado como exigencia del art. 20.1 d) CE”¹⁰³. El cambio tecnológico ha posibilitado a la administración el establecimiento de una nueva prestación que es instrumental y material en el sentido en que favorece, indirectamente, el ejercicio de derechos de información, participación y de diversa naturaleza, así como la prestación de otros servicios y la tramitación de procedimientos administrativos. En este contexto surge el interrogante respecto de cómo se ordena esa actividad.

El uso de las nuevas tecnologías por las administraciones españolas se ha instrumentado en muchas ocasiones sin una intervención decisiva de la ley¹⁰⁴. En la mayoría de las ocasiones, la prestación de los servicios públicos *informativos* ha sido impulsada sobre la base de una decisión de carácter estrictamente político, sin la mediación de normas previas de rango legal o reglamentario —en la mayoría de los casos en que han existido normas eran de rango reglamentario y se han aprobado tras la puesta en funcionamiento de un portal. Curiosamente, esta cuestión no ha formado parte de la agenda de la doctrina administrativa, que no se ha preguntado acerca del particular¹⁰⁵. En definitiva, este desarrollo primero de los servicios de difusión de información ha estado acompañado de una falta de normas de rango suficiente y de contenido adecuado, lo que ha originado algunas distorsiones en el resultado alcanzado¹⁰⁶.

102. POMED LUIS. *El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos*, Madrid, Ministerio de Administraciones Públicas, 1989, p. 145. Papel documento, 200.

103. FRANCISCO VELASCO. *La información administrativa al público*, Madrid, Montecorvo, 1998, p. 129.

104. La puesta en marcha de servicios a través de Internet se ha realizado hasta fechas recientes bajo la invocación del artículo 45 de la Ley 30/1992, del 26 de noviembre, de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento administrativo común, que constituía un mandato de genérico de impulso del uso de medios técnicos “con respeto de las garantías y requisitos previstos en cada procedimiento”, previsión a todas luces insuficiente. En el caso de los portales, no existía normativa sobre la difusión de información y cuando se intervino en la materia fue mediante normas de rango reglamentario.

105. Nos referimos evidentemente a la doctrina española, pero tampoco nos consta que en otros países europeos exista discusión al respecto; *vid.* MALARET y ALONSO. “Los servicios públicos informativos...”, *cit.*, p. 142.

106. Algunos de los primeros portales podían encuadrarse más en la categoría de “propaganda política” que en la de “servicio de información”. MARC MARSAL. “Les pàgines web de les Administracions Públiques. Criteris de sistematització i problemàtica jurídica que planteja”, Barcelona, Institut d’Estudis Autònoms (comunicación presentada en el marco del seminario *Administració i noves tecnologies. Noves relacions amb els ciutadans?*), mayo de 2003.

La intervención de una u otra norma ha sido abordada con dos presupuestos de entrada: 1. la intervención de la Ley es necesaria en tanto en cuanto la información administrativa puede restringir o perjudicar derechos fundamentales y 2. el equilibrio entre poderes exige que la reserva de ley sea compatible con la promoción de la libertad y la igualdad *ex* 9.2 CE. Estas dos consideraciones permiten una flexibilización de la reserva de Ley¹⁰⁷, permitiendo la colaboración del Reglamento en la ordenación de actividades informativas. Así pues, una primera conclusión es obligada: la ley puede determinar las garantías (como lo hace la LRJPAC en materia de acceso) y, acaso, las normas básicas sobre los contenidos de un portal, pudiéndose admitir la participación del reglamento o de otras figuras normativas que, por su singularidad, expresen un especial ámbito de autonomía como sucede en el caso de la ordenanza municipal. Este es el esquema básico que plantea, en relación con la administración municipal, la Ley 7/1985, del 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local que, una vez establecidos unas garantías básicas, artículos 69 y siguientes (especialmente, 70 bis. 3)¹⁰⁸.

Ahora bien: más allá de la reglamentación del portal, conviene recordar que, en la medida en que se trata de servicios públicos, los portales institucionales están sometidos a los principios clásicos que constituyen el régimen jurídico básico de los servicios públicos¹⁰⁹, así como aquellos específicos dependiendo de la actividad realizada, y en este caso especialmente el principio de neutralidad *informativa* puesto que, por sus cualidades intrínsecas, la información difundida por la administración pone en juego intereses colectivos; por ejemplo, la retransmisión de plenos debe respetar garantías

107. VELASCO. *La información administrativa...*, cit., pp. 145-147.

108. Este es el caso de la Ordenanza Reguladora de la Administración Electrónica del municipio de Barcelona, cuyo capítulo quinto está exclusivamente destinado a establecer los contenidos mínimos que deberá difundir el portal y a la enunciación de los principios a los que se somete esta actividad de difusión de información.

109. De acuerdo con la teoría del servicio público, las actividades de difusión de información tienen que realizarse en respeto de los principios de universalidad, continuidad (regularidad de la prestación del servicio) y mutabilidad o adaptabilidad; mutabilidad que constituye una de las vertientes del principio de neutralidad tecnológica, esto es, de la adaptación técnica de la administración a las normas técnicas y del no condicionamiento de la sociedad en el uso tecnológico que desemboca en la necesidad de usar *software* no propietario, cuestión que ha centralizado la discusión sobre la neutralidad tecnológica (vean al respecto la Ordenanza Reguladora de la Administración Electrónica del municipio de Barcelona, art.6.1.d). En relación con la universalidad, es obligada la referencia a la accesibilidad, que se contempló por primera vez en la Disposición Adicional 5.^a LSSICE, referida a los criterios de accesibilidad “generalmente reconocidos”. *Vid.* los artículos 4 *i* y 6.d de la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos, y el Reglamento de Accesibilidad, que ha concretado la obligación de adaptación al nivel 2 de accesibilidad que se establecerá a través de normas UNE, como mecanismo de recepción de las normas del W3C (Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social). Estas normas dejan, sin embargo, espacio a las CCAA y los municipios para dar cumplimiento a estas obligaciones.

de pluralidad y objetividad como mecanismos para permitir la participación política de los ciudadanos; la información difundida no puede estar dirigida a favorecer a un particular o a un grupo determinado; el portal tampoco puede ofrecer una ventaja competitiva ni excluir a terceros, por ejemplo, cuando se ponen enlaces externos a disposición del público.

Otro de los asuntos a los que debemos prestar atención es la modalidad de gestión (directa, indirecta), una discusión que tampoco ha sido abordada por los juristas. Nosotros consideramos de forma general que el portal institucional difunde unos contenidos tan sensibles para el ejercicio de derechos fundamentales básicos y tan estrechamente ligados a la organización social –derechos de participación– que difícilmente puede sostenerse la externalización de las actividades de selección, organización y edición de los contenidos del portal. Cosa distinta es la gestión técnica del portal, para la cual se suele acudir a terceros por la complejidad tecnológica que conlleva.

Normalmente, cuando se externaliza un servicio relacionado con la gestión técnica del portal se recurre a particulares. Existe, sin embargo, otra modalidad de colaboración de terceros en la gestión de portales por causas económicas y organizativas: la gestión de páginas *web* –que no portales– de municipios por parte de las diputaciones provinciales, con especial significación en Cataluña¹¹⁰. Para los casos en que participan terceros en la gestión técnica del portal o de dispositivos mínimos de información, hay que hacer especial hincapié en las necesidades de transparencia, de tal manera que el ciudadano pueda conocer cómo se realiza la gestión del portal en todos sus términos. Finalmente, hay que advertir que están implicadas las normas de disciplina pública en materia económica (por ejemplo, el respeto de las normas de contratación pública y la contabilidad pública).

Un elemento fundamental del portal es la identificación de unos contenidos mínimos, una materia en la que contamos con escasas aportaciones, muchas de ellas procedentes de la ciencia política¹¹¹. La presencia de los juristas en estas cuestiones ha sido muy menor y, en cualquier caso, reducida a los procedimientos de participación –como una cuestión accesoria por previa– o limitada a la enunciación y explicación de principios básicos.¹¹² De los trabajos de los politólogos extraemos un elemento importante para retener. Un

110. Esta asistencia específica está prevista en el artículo 70.bis.3 de la LBRL, y es una opción muy extendida en las cuatro diputaciones provinciales de Cataluña, cuyos municipios peor dotados económica y organizativamente se han apoyado en las diputaciones provinciales para disponer de una página de contenidos mínimos (datos geopolíticos y de contacto, básicamente) en Internet, y que están alojados en el servidor de la diputación y como subdominio de la diputación provincial [municipio.diputacion.es].

111. Vid. TODD M. LA PORTE, C. C. DEMCHAK y M. DE JONG. “Democracy and Bureaucracy in the age of web: empirical findings and theoretical Speculations”, *Administration & Society* (2002) vol. 34, n.º 4, disponible en Internet: [www.cyprg.arizona.edu]; en España, M.ª CARMEN RAMILO. “Gobierno electrónico en la práctica: experiencias de interés en la CAPV”, en *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 67, 2003.

112. Vid. PIERRE TRUDEL (dir.) *Guide pour maîtriser les risques juridiques de la cybercon-*

contenido mínimo indispensable de todo portal es la transparencia respecto del diseño, organización y mantenimiento del portal, de manera que se puedan determinar los responsables de los contenidos o de la estructura técnica, ya se trate del personal de la administración en relación con los contenidos, o de particulares que realicen, eventualmente, alguna actividad de gestión técnica del portal.

Los juristas que han tratado de establecer un contenido mínimo de los portales han destacado la importancia de la información de carácter jurídico, habida cuenta de la complejidad y abundancia de normas vigentes, como una mejora en los sistemas que velan por la publicidad de las normas¹¹³. Se reconoce –y forma parte de la mayoría de las normas aprobadas hasta el momento– la necesidad de disponer de información acerca de las normas aprobadas por la administración o el poder legislativo al cual está sujeta, mejorando el conocimiento global de la ciudadanía acerca del derecho¹¹⁴, de una forma accesible –es decir, legible¹¹⁵– para el común de la ciudadanía, tenga conocimientos expertos sobre el derecho o no; en definitiva, información legal actualizada, bien organizada, y adecuada a un público heterogéneo. Hay que considerar, con carácter general, que la información jurídica es especialmente abundante, tanto que incluso es inabordable para los juristas, de tal modo que la organización y presentación de la información revisten especial importancia. En la actualidad, la consolidación de los portales como instrumento de difusión de la información ha posibilitado la edición exclusivamente electrónica de diarios oficiales¹¹⁶.

Otro ámbito de información que debería ser abordado por las normas reguladoras es el de la información económica. La información de gestión ha sido un ámbito excluido de la transparencia en la práctica de las administraciones

sultation, Montréal: Chaire L.R. Wilson sur les technologies de l'information et le commerce électronique – Centre de Recherche en Droit Public. Université de Montréal, 2004.

113. CÉCILE DE TERWAGNE. “L'information juridique. Quel devoir de diffusion pour l'État dans la société de l'information?”, en *Revue Ubiquité – Droit des technologies de l'information*, n.º 17/2003, pp. 63-67.

114. Como ya promoviera desde el primer momento el Estado francés mediante la creación de Légifrance y su impulso mediante la circular de 1999 citada. *Vid.*, muy recientemente, XAVIER BERNADÍ. “Derecho público y administración electrónica: una visión panorámica”, en *Nuevas políticas públicas. Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías*, n.º 1/2005, p. 235.

115. El concepto de legibilidad aparece en la Francia del siglo xv para defender el uso del francés de la influencia de léxicos extranjeros. Después, los investigadores retoman el concepto de los trabajos de los sicolingüistas y los sicopedagogos de los años cuarenta del siglo xx. Hoy día, la legibilidad hace referencia a la inteligibilidad de los textos (sobre todo los normativos), y busca incrementar el nivel general de comprensión de los textos por parte del público. NICOLE FERNBACH. *La lisibilité dans la rédaction juridique au Québec*, Ottawa, Centre canadien d'information juridique, 1990, pp. 4, 5, y 76.

116. En Cataluña, incluso, ha dado lugar a la aprobación de una ley específica, la Ley 2/2007, del 5 de junio, del Diario Oficial de la Generalitat de Catalunya. En el caso del legislador estatal, el artículo 11 de la LAECS atribuye a la versión electrónica del Boletín Oficial del Estado los mismos efectos que a la versión impresa.

españolas¹¹⁷. Se trata, sin embargo, de información especialmente importante para el ejercicio de derechos y libertades y, en realidad, debería haber sido uno de los desarrollos principales de la transparencia. Algunos estudios no solamente hacen referencia a la necesidad de ofrecer información económica, sino que valoran tanto su presentación como su accesibilidad (por ejemplo, que la página principal contenga un acceso directo a los presupuestos)¹¹⁸.

Está claro que el objetivo principal del portal es el de difundir información elaborada por la propia administración. Ahora bien: nos encontramos en un mundo abundante en administraciones que ejercen funciones diversas en muchos ámbitos sectoriales. En este contexto, es necesario que las administraciones informen tanto sobre su ámbito de acción como quién se encuentra en los confines de su competencia, facilitándole al ciudadano, al menos, una indicación respecto de la administración competente en asuntos en los que se comparten o coinciden funciones. La capacidad relacional se define como la promoción de la “interacción de la administración pública a través de su *web*. Dentro de esta dimensión hay que preguntarse por la cantidad de vínculos o enlaces directos de las páginas web con otras organizaciones públicas (administraciones locales, regionales, nacionales, europeas o transnacionales) o privadas (con y sin ánimo de lucro), así como otro tipo de actores y particulares”¹¹⁹. Evidentemente, también se debe facilitar información sobre terceros que gestionan servicios públicos.

En definitiva, todos aquellos ámbitos no afectados por la regla del secreto (cuya operatividad es a modo excepcional) deberían ser difundidos en la red, sobre todo porque en la actualidad casi toda la documentación se produce ya en formato electrónico, de tal modo que su puesta a disposición no es ya un impedimento o un esfuerzo ineficiente, sino todo lo contrario. Con esta consideración general cerramos esta breve reflexión con no otro objetivo que el de abrir un debate sobre la incidencia de Internet en la transparencia administrativa, una materia a la que algún autor se ha referido como el “derecho público electrónico”¹²⁰.

El establecimiento de un régimen jurídico específico debe tener en cuenta que la realidad de Internet es una realidad cambiante tanto técnica como socialmente, que guarda una concepción muy dinámica de la comunicación. Al mismo tiempo debe respetar, obviamente, los principios que rigen la actividad administrativa. Este debate, apuntamos, debe realizarse teniendo en

117. MALARET y ALONSO. “Los servicios públicos informacionales...”, cit., p. 190.

118. CHRISTINE THURLLOW. “Using Information Communication Technology to Obtain Budget Transparency”, comunicación presentada en el XXVI Congreso Internacional de Ciencias Administrativas, Seúl, julio de 2004, pp. 10-11.

119. JUAN IGNACIO CRIADO y M.^a CARMEN RAMILO. “Definiendo la e-administración: las páginas *web* de las administraciones públicas”, en *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, n.º 22, Instituto Nacional de Administración Pública, 2001, pp. 125-126.

120. XAVIER BERNADÍ (ed.). *Administracions públiques i Internet. Elements de dret públic electrònic*, Barcelona, Fundació Carles Pi i Sunyer, 2006.

cuenta esta caracterización de los servicios de difusión de información como medios de comunicación social, como instrumentos de comunicación al servicio de la ciudadanía. Es decir que el ciudadano no solamente es receptor de un servicio que debe ser de una buena calidad informativa, sino que su posición activa debe concebirse además como uno de los presupuestos del autogobierno democrático.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN: LA FUNCIÓN DEL PRINCIPIO DE NEUTRALIDAD EN EL EJERCICIO DEL AUTOGOBIERNO DEMOCRÁTICO

El principio de neutralidad tecnológica puede dar lugar a soluciones dispares. Analogía por un lado, cuando es posible la asimilación, campo abierto a la construcción de regímenes jurídicos nuevos cuando el cambio de paradigma se revela insuperable, pero se trata de un ámbito necesitado de cobertura jurídica, como en el caso de la actividad administrativa, que está sujeta al principio de legalidad; finalmente, realidades necesarias de una intervención mínima o nula para los ámbitos donde rige el principio que constituye un elemento básico de toda democracia: la libertad.

El principio de neutralidad tecnológica pone a prueba la madurez política de nuestra sociedad al albur un acontecimiento que remueve los cimientos de nuestra realidad comunicativa y provoca un cuestionamiento del orden jurídico preexistente. Como bien advierte CAPELLA, factores ideológicos imponen un “horror al vacío de derecho” como expresión de la pretensión de juridificar todas las relaciones sociales imaginables, constituyendo un dogma (*ubi societas, ibi ius*) redondamente falso¹²¹. Internet constituye una refutación de esa pretensión, una reinención –y reivindicación– del vacío o, en palabras del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, del caos, un caos generador de una “conversación mundial sin fin”.

El derecho se encuentra ante un cambio tecnológico con antecedentes remotos y similares (la llegada de la imprenta) o cercanos pero parcialmente disímiles (la revolución industrial). En nuestro caso, la aparición de Internet acontece en un contexto muy singular. La globalización económica convive con desigualdades regionales extremas y tradiciones políticas y jurídicas dispares. La apertura de los procesos de comunicación pública transgrede las estructuras económicas y políticas altamente verticales preexistentes: la formalidad y la informalidad se relacionan de una manera altamente compleja.

Es preciso, en este punto, recordar la obra de HABERMAS *Espacio público*, en la que ponía de relieve la ausencia de investigación científica sobre los procesos comunicativos informales que se habían dado en las sociedades occidentales durante la primera mitad del siglo XX –en las tabernas, en los

121 JUAN RAMÓN CAPELLA. *Fruta prohibida; una aproximación histórico-teorética al estudio del derecho y del estado* (3.ª ed.), Barcelona, Trotta, 2001.

muros de las ciudades industriales—. Procesos comunicativos que, al fin y al cabo, produjeron profundos cambios en la manera de entender las formas y los objetivos de las organizaciones sociales contemporáneas¹²². Una piedra, al fin y al cabo, con la que no se puede volver a tropezar.

En este contexto, es recurrente preguntarse por la función del jurista. Una alternativa, a nuestro parecer menos pretenciosa —el derecho siempre ha tendido a asumir una función de dirección entre las ciencias sociales—, consiste en analizar la adaptación del Estado, la administración y sus respectivas normas a esta nueva realidad, adaptación que pasa por un proceso previo de observación y, necesariamente, de reflexión. Un examen de la relación que mantiene el derecho con la evolución tecnológica en materia de libertad de expresión nos advierte que la función de la administración y de la norma jurídica no tiene que ver tanto con el establecimiento de límites o restricciones sino más bien con la identificación de los objetivos que se esperan del uso social de la tecnología en materia de libertad de expresión: enriquecer el debate público. Posibilitar más que impedir, facilitar y promover antes que vigilar. Hemos puesto sobre la mesa elementos como el principio de proporcionalidad que creemos indispensables para que el derecho público construya las condiciones en las que el ejercicio de las libertades individuales se inserta en un perímetro de acción colectiva, de necesidades compartidas, en el marco del autogobierno democrático.

122. JÜRGEN HABERMAS. *Espace public: archéologie de la publicité comme dimension constitutive de la société bourgeoise*, París, Payot, 1997.