

LAS OBLIGACIONES DEL ESTADO: EL NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A INTERNET Y LAS GARANTÍAS A PARTIR DE LA REDEFINICIÓN DE LAS CLÁSICAS LIBERTADES INFORMATIVAS

Conceptos, vinculación de los derechos humanos con Internet y el grado de acceso

Algunas definiciones

La terminología⁵⁴ que se emplea para hacer referencia a la idea de la sociedad de la información difiere así: sociedad del conocimiento, sociedad informacional, sociedad posindustrial, sociedad digital, ciberespacio, sociedad red, las TIC, las nuevas tecnologías. Aunque no de forma exclusiva, lo cierto es que cuando se hacen estas referencias permanece en el núcleo del pensamiento lo que es su exponente básico: la red de redes, Internet.

El concepto de TIC nace a finales de los años setenta y se consolida en los ochenta adelantando el proceso de convergencia tecnológica de los tres ámbitos: la electrónica, la informática y las telecomunicaciones en las TIC, que se produce en la década de los noventa. Con la noción se hace referencia a aquellas

.....
54 Sobre estos conceptos puede seguirse de forma sencilla la Fundación Telefónica. "Informe sobre la Sociedad de la Información en España", <http://www.telefonica.es/sociedaddelainformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf> (acceso febrero 2, 2005).

tecnologías que permiten la adquisición, almacenamiento, procesamiento y comunicación de datos en informaciones –textos, voz, imágenes, etc.– contenidos en señales de naturaleza acústica, electromagnética u óptica.⁵⁵ Las TIC engloban las tecnologías nacidas de la convergencia de las telecomunicaciones, la informática (o sistemas de información) y el audiovisual que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y representación de datos e informaciones contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Esta convergencia tiene un origen tecnológico (digitalización, microelectrónica, etc.) que ha provocado importantes efectos inducidos en el mercado, en la generación de nuevos servicios, en la regulación, entre otros.

Las fuerzas combinadas de la globalización de la economía, el cambio de paradigma socioeconómico, la introducción de la liberalización y la competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones y el poder de penetración de las TIC sitúan al hombre en una nueva sociedad en la que la producción, el tratamiento y la distribución de la información ocupa el lugar central.⁵⁶ De ahí que el concepto de sociedad de la información esté muy vinculado a las TIC. El término cuenta con el precedente de Daniel Bell de “Sociedad postindustrial”⁵⁷ aunque se considera que uno de sus padres es Yoneji Masuda.⁵⁸

En *La era de la información* Manuel Castells define “sociedad de la información” como:

Un nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de la productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos.

Como también se ha dicho, “sociedad de la información es una fase de desarrollo social caracterizada por la capacidad de sus miembros (ciudadanos,

55 Jorge Pérez Martínez, Claudio Feijóo González y Luis Castejón Martín, “Las tecnologías de la información y las comunicaciones y la sociedad global de la información” <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=297> (acceso febrero 2, 2005).

56 Jorge Pérez Martínez y otros, *Las tecnologías de la información*, 14.

57 Daniel Bell, *El advenimiento de la sociedad post-industrial* (Madrid: Alianza Editorial, 2001).

58 En 1968 publicó *Una introducción a la sociedad de la información* (Tokio: Perikan-Sha, 1968), precursor de su libro más conocido, *La sociedad de la información como sociedad post-industrial* (Tokio: Institute for the Information Society, 1980).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera”.⁵⁹ Y como superación a esta noción, se hace referencia a la “sociedad del conocimiento”, fase que se alcanza cuando los datos y la información se integren en un marco que permite hacer un uso eficiente y eficaz de su gran caudal y generar conocimiento “ex novo”, lo cual requiere el proceso, análisis, clasificación, reflexión y asimilación de la información, para convertirla en acción, mediante la toma de decisiones.

En todo caso, y como se decía al inicio, cuanto menos subconscientemente, detrás de estos conceptos hay una idea, que es la realidad de la red, Internet. Sin ser la única tecnología de la información y de la comunicación, ni ser tan “nueva” (con más de 40 años de historia), Internet ha activado el movimiento tecnológico, cultural, social y económico. Para la Real Academia Internet es “red informática mundial, descentralizada, formada por la conexión directa entre computadoras u ordenadores mediante un protocolo especial de comunicación”.

Pese a que sus orígenes datan de 1969, su verdadera e incesante eclosión se da desde los años noventa con la World Wide Web (www o la web) que hizo sencillo el acceso a recursos de texto y multimedia. Desde el 2004 y en especial en los últimos tiempos, la red gira en torno a la noción de la llamada “web 2.0”⁶⁰ “o web social participativa”. Más que las diferentes tecnologías o mecanismos (*Wiki, Youtube, Facebook, Twitter, blogs, posts, etc.*) se trata de un fenómeno social, basado en diferentes ideas fuerza⁶¹ y actitudes: compartir, comunicar, participar; la web como plataforma, conversaciones, simplicidad, contenido generado por el usuario, periodismo ciudadano, filtrado colaborativo, reputación/confianza, redes sociales, remezclar, *software* social, movilidad, *creative commons*, computación

.....
59 Jorge Pérez Martínez y otros, *Las tecnologías de la información*.

60 Definición en Wikipedia (2014): “El término Web 2.0 (2004–actualidad) está comúnmente asociado con un fenómeno social, basado en la interacción que se logra a partir de diferentes aplicaciones en la web, que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario (DCU) y la colaboración en la World Wide Web. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades, los servicios y las aplicaciones web; los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos, las wikis, los blogs, los mashups y las folcsonomías. Un sitio Web 2.0 permite a sus usuarios interactuar con otros o cambiar contenido del sitio web, en contraste con sitios web no interactivos en los que los usuarios se limitan a la visualización pasiva de la información que se les proporciona. http://es.wikipedia.org/wiki/Web_2.0 (acceso noviembre 28, 2014).

61 Resulta muy recomendable seguir estas ideas fuerza en Fundación Orange “Mapa visual de la Web 2.0” <http://internality.com/web20/> (acceso noviembre 28, 2014)

social, recomendaciones, transparencia, inteligencia colectiva, etc. En comparación con la web 1.0 en la que los usuarios se limitaban a la visualización pasiva de información que se les proporcionaba. Un sitio Web se 2.0 destaca por la interacción del usuario con otros, por aportar o modificar contenidos. Más que consumidores los usuarios activos son *prosumers*⁶² de la información.⁶³

Las dos facetas en el nexo Internet y derechos humanos

El acceso mismo a la red se perfila como contenido de uno o varios derechos humanos. En muy buena medida, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC) son un medio espléndido para el ejercicio de las libertades públicas, esencialmente a partir de la libertad de expresión e información. El Tribunal Supremo federal de Estados Unidos en el asunto Unión Americana por las Libertades Civiles (ACLU, por sus siglas en inglés) contra Reno de 1997,⁶⁴ en una antológica sentencia se aplicó a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita. El ejercicio en la red de estas libertades informativas queda en muchas ocasiones conectado con el de otras libertades como la religiosa, de asociación y partidos políticos, sindicación, libertad de empresa, etc. Conocer los países que censuran Internet en el mundo,⁶⁵ es un buen termómetro para determinar el grado de democracia de los Estados. Así, se consideran “enemigos” de Internet a Arabia Saudita, Birmania, China, Corea del Norte, Cuba, Egipto, Irán, Uzbekistán, Siria, Túnez, Turkmenistán y Vietnam. Se sitúan bajo observación Bahrein, Bielorrusia, Corea del Sur, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Malasia, Sri Lanka, Tailandia o

62 Definición en Wikipedia (2014): “La palabra prosumidor, o también conocida como prosumer, es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras en inglés producer (productor) y consumer (consumidor). Igualmente, se le asocia a la fusión de las palabras en inglés professional (profesional) y consumer (consumidor)”. <http://es.wikipedia.org/wiki/Prosumidor> (acceso noviembre 28, 2014)

63 Bowman y Willis, *We Media. How audiences are shaping the future of news and information* (Reston, Va: Thinking Paper of The Media Center, 2005). Antonio Fumero, Genis Roca y Fernando Sáez Vacas, *Web 2.0* (Madrid: Fundación Orange, 2007).

64 Texto e información en http://en.wikipedia.org/wiki/Reno_v._American_Civil_Liberties_Union (acceso, noviembre 28, 2014)

65 Reporteros Sin Fronteras, “Enemigos de Internet 2014, Informe anual” <http://www.rsf-es.org/grandes-citas/dia-contra-censura-en-internet/> (acceso, noviembre 28, 2014)

Zimbabue. No obstante, países indudablemente democráticos como Australia o España han sido criticados en alguno de estos informes.

Como lo señalan altas instituciones internacionales de libertad de expresión incluyendo la ONU y la OEA⁶⁶ (Nº 6) en la interesante “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet del 2011”:¹ “El acceso a internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres”. En especial con la web 2.0 también los derechos de participación o políticos así como los de los administrados (transparencia, buena gestión), quedan potenciados por las TIC hacia continuas vías dentro de lo que generalmente se denomina *e-Government*, democracia electrónica o, últimamente, *open government*. En cuanto a los diversos derechos sociales prestacionales, las TIC tienen un enorme potencial para el derecho a la educación y de acceso a la cultura, por ejemplo. Asimismo, las TIC son instrumentos indispensable para la prestación de servicios públicos electrónicos por parte de la administración electrónica. En razón de lo dicho, a los poderes públicos en general les corresponde no poner trabas al ejercicio de las libertades y derechos de participación política en la red y potenciar la prestación de servicios electrónicos por las administraciones. Es más, como más tarde se aprecia, esta conexidad del acceso a Internet con derechos fundamentales es base para el reconocimiento del nuevo derecho sustancial de acceso a la red y para la necesaria acción prestacional o bien para afirmar su esencialidad y la garantía de acceso.

Del lado contrario, en el ciberespacio se vulneran de manera, muchas veces masiva, otros derechos y libertades, especialmente los derechos de la personalidad (vida, integridad, honor y, en particular, la privacidad, la intimidad y la protección de datos, etc.), así como la propiedad intelectual.

La magnitud del acceso a Internet

A finales del 2012, alrededor de 2.500 millones de personas estaban en línea (incremento del 10 % anual), 241 millones más que el año anterior.⁶⁷ La media

66 Organización de los Estados Americanos “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet” <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2> (acceso, noviembre 28, 2014).

67 Telefónica, Informe anual 2013, con referencias a Eurostat; Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y la Sociedad de la Información (ONTSI), Indicadores destacados de la Sociedad de la Información (Madrid: ONTSI, 2013), 34 y ss.

de acceso en Europa, según esos datos es de 63 % y de Norte América 78 %. Se estima que en el 2013 casi el 40 % de la población mundial estaba conectada a Internet. El porcentaje de personas que utilizan la red de redes en los países desarrollados alcanzó a finales del 2012 el 73,4 %. En términos absolutos, casi la mitad de los conectados a Internet en el mundo están Asia Pacífico, es decir, 1.133 millones de personas, en el 2012.⁶⁸

Tabla 1. Uso de Internet en el mundo y estadísticas de población a 30 de junio del 2012

Regiones del mundo	Población (2012 Est.)	Usuarios internet Dic. 31, 2000	Usuarios internet Últimos datos	Penetración (% población)	Crecimiento 2000 - 2012	% Usuarios de tabletas
África	1 073 380 925	4 514 400	167 335 676	15,6	3 606,7	7,0
Asia	3 922 066 987	114 304 000	1 076 681 059	27,5	841,9	44,8
Europa	820 918 446	105 096 093	518 512 109	63,2	393,4	21,5
Medio Este	223 608 203	3 284 800	90 000 455	40,2	2 639,9	3,7
Norte América	348 280 154	108 096 800	273 785 413	78,6	153,3	11,4
América Latina y el Caribe	593 688 638	18 068 919	254 915 745	42,9	1 310,8	10,6
Oceanía / Australia	35 903 569	7 620 480	24 287 919	67,6	218,7	1,0
Total mundo	7 017 846 922	360 985 492	2 405 518 376	34,3	566,4	100,0

Fuente: Internet World Stats

En España, en general el acceso ronda el 70 %: en el 2013⁶⁹ unos 19 millones de españoles “viven conectados” a Internet y consultan el móvil unas 150 veces al día. El 53,8 % de la población se conecta a diario: el 86 % de ellos son jóvenes entre los 16 y los 24 años. Veinticinco millones de españoles acceden a Internet y las redes sociales forman parte de la vida del 64,1 % de los usuarios (del 95 % de los jóvenes que tienen entre 16 y 24 años). En relación con los usos administrativos, el 45 % de la ciudadanía interactuó con las administraciones públicas por medio de Internet.

En términos comparativos relativos al 2012, los conectados a la red en España son el 67,2 % (38,7 % en el 2006⁷⁰), con 17,5 millones de usuarios de *Facebook*.

68 Datos de ITU Statistics 2012 <http://www.itu.int/ict/statistics> (acceso, noviembre 28, 2014).

69 Telefónica: Informe anual 2013. La Sociedad de la Información en España, (14ª edición) http://www.fundacion.telefonica.com/es/artes_cultura/publicaciones/sie/sie2013.htm (acceso, noviembre 28, 2014).

70 Datos de junio del 2012, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm> (acceso noviembre 28, 2014).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Esto quiere decir que ocupa un lugar medio en la Unión Europea con respecto a países como Holanda (93 %) o Noruega (96,9 %).

Para América Latina,⁷¹ los datos más recientes (junio del 2012) señalan que un 48 % (32,1 % en el 2009 y 14,4 % en el 2006) de la población de América Latina (sin el Caribe) están ya conectados a Internet.

La siguiente tabla, que incluye Estados Unidos como referencia, muestra datos de América Latina: Argentina, Chile, Uruguay y Colombia se destacan entre los países de mayor penetración.

Tabla 2. Uso de Internet en América y estadísticas de población a 30 de junio del 2012

Las Américas	Población (2012 Est.)	Uso de internet 30 junio 2012	% Población (Penetración)	Facebook 30 Sept. 2012
Argentina	42 192 494	28 000 000	66,4	20 048 100
Bolivia	10 290 003	3 087 000	30,0	1 753 060
Brazil	193 946 886	88 494 756	45,6	58 565 700
Chile	17 067 369	10 000 000	58,6	9 687 720
Colombia	45 239 079	26 936 343	59,5	17 322 000
Costa Rica	4 636 348	2 000 000	43,1	1 889 620
Cuba	11 075 244	2 572 779	23,2	n/a
República Dominicana	10 190 453	4 643 393	45,6	2 793 220
Ecuador	15 223 680	6 663 558	43,8	4 970 680
El Salvador	6 090 646	1 491 480	24,5	1 491 480
Guatemala	14 099 032	2 280 000	16,2	2 104 160
Honduras	8 296 693	1 319 174	15,9	1 213 800
México	114 975 406	42 000 000	36,5	38 463 860
Nicaragua	5 727 707	783 800	13,7	783 800
Panamá	3 510 045	1 503 441	42,8	1 014 160
Paraguay	6 541 591	1 563 440	23,9	1 214 080
Perú	29 549 517	10 785 573	36,5	9 351 460
Puerto Rico	3 690 923	1 771 643	48,0	1 291 160
Uruguay	3 316 328	1 855 000	55,9	1 646 740

.....
71 "Internet Usage and Population Statistics for the America" <http://www.internetworldstats.com/stats2.htm> (acceso, noviembre 28, 20014).

Las Américas	Población (2012 Est.)	Uso de internet 30 junio 2012	% Población (Penetración)	Facebook 30 Sept. 2012
Venezuela	29 497 483	12 097 156	41,0	9 766 540
Estados Unidos	313 847 465	245 203 319	78,1	166 029 240

Fuente: Internet World Stats

Sin perjuicio de que los datos de Latinoamérica puedan llevar a relativizar la cuestión que aquí se afronta, debe tenerse en cuenta un significativo crecimiento. Así, para Latinoamérica es especialmente llamativo el índice de crecimiento de 2000-2005, el segundo en el mundo al multiplicarse el uso de la red en 3,42 veces. En el periodo 2000-2008, el crecimiento de la zona ha sido de 8,2 veces.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que se trata de datos de acceso a Internet, sin que pueda considerarse que los usuarios conectados sean capaces de hacer un uso funcional y eficaz de la red.

Como puede apreciarse, no todas las personas quieren o pueden conectarse a Internet y hoy por hoy la red reproduce, incluso intensifica, las pautas de marginalidad social no virtuales. Es necesario mostrar atención jurídica a la “informarginalidad”, “muro”, “telón” o, el término más reconocido, “brecha digital” tanto social o territorial y su obvia conexión con la implantación de la democracia y la participación electrónicas. Los sectores más marginados son precisamente los más necesitados de representación y de que el interés general se conforme sobre la base de sus necesidades. Y, sin embargo, estos sectores son los que menos acceden a la red o lo hacen con menor eficacia. De ahí que, al igual que en la implantación de servicios públicos por medio de Internet, ha de tenerse especial cautela con la no discriminación.

La conformación jurídica del acceso Internet y su dimensión prestacional como nuevo derecho fundamental

El acceso a Internet como dimensión positiva de otros derechos fundamentales y su potencial efecto jurídico negativo

El derecho de acceso a las TIC en su particular contenido prestacional, esto es, de obligación de acciones positivas de los poderes públicos va tomando cuerpo en

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

el contexto internacional de manera autónoma como derecho fundamental, aún en fase de larva. Asimismo, puede considerarse el acceso a Internet en el marco de los mandatos genéricos de promoción de la igualdad o en el de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, como recibir información.

En todos los sistemas constitucionales no faltan anclajes jurídico-constitucionales para apoyar jurídicamente todas las políticas conducentes a facilitar el ingreso a la sociedad de la información y del conocimiento, la alfabetización digital y el acceso de la ciudadanía a Internet. El reconocimiento jurídico constitucional de estos intereses vendría de la mano de las típicas afirmaciones de igualdad material habituales en casi todos los países (artículo 9. 2 de la Constitución Española). Del mismo modo, la apoyatura iusfundamental del acceso a la red sería bajo la noción de la dimensión objetiva⁷² y prestacional de los derechos fundamentales, en especial, como dimensión positiva de los derechos de información y comunicación. El reconocimiento de un derecho subjetivo fundamental puede conllevar a una “dimensión institucional” que constituyen los institutos o entes de garantía de este derecho –en palabras del Tribunal Constitucional–.⁷³ De este modo, entramados organizacionales pueden colaborar a hacer efectivo el derecho. Asimismo, en razón de la dimensión objetiva el derecho en cuestión

.....
72 Cabe recordar que, en general, de esta dimensión se deriva: un deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección de derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional).

1. Una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”; en otros casos se describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico).

2. De igual modo –y bajo la advertencia de que ni la jurisprudencia ni la doctrina han discernido con precisión dentro de esta dimensión objetiva– este deber de los poderes públicos de adoptar medidas y acciones positivas eficaces para la mejor defensa y remoción de obstáculos respecto de ese derecho se traduce en una dimensión “prestacional” del derecho fundamental en cuestión.

Sobre la dimensión objetiva de los derechos, tema sorprendentemente descuidado en España, por todos, María Salvador Martínez, “Sobre el contenido objetivo de los derechos fundamentales”, Miguel Ángel Aparicio coord., *Derechos Constitucionales y Formas Políticas. Actas del Congreso sobre derechos constitucionales y Estado autonómico* (Barcelona: Cedec, 2001), 199-219. También, más recientemente, hay que destacar las referencias sobre la dimensión objetiva en Francisco J. Bastida y otros, *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978* (Madrid: Tecnos, 2004). En particular me remito al Capítulo 2, (M. A. Presno), 50-56; Capítulo 5 (I. Villaverde), 112-115 y Capítulo 8 (B. Aláez Corral), 182 y ss.

73 Para el mismo, la existencia de este tipo de instituciones de garantía generadas por la legislación en aras de la mayor efectividad del derecho es un ejemplo de la “dimensión institucional” de un derecho fundamental (Sentencia 292/2000, FFJJ 12º a 14º). Ya lo consideró así en la Sentencia 154/1988, del 21 de julio, FJ 3, respecto a la Oficina del Censo Electoral y en la Sentencia 160/1987, del 27 de octubre, FJ 5, respecto del Consejo Nacional de Objeción de Conciencia”.

tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento. También, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho, cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como “prestacional”.⁷⁴ Las declaraciones internacionales mencionadas y especialmente la sentencia de Costa Rica que se comenta a continuación suponen un claro impulso a la consideración de una dimensión prestacional del acceso a Internet bajo el apoyo de su conexidad a otros derechos indiscutiblemente fundamentales.

También cabe tener en cuenta que el alcance jurídico constitucional del acceso a Internet puede desprender un efecto jurídico negativo, esto es, una especial incidencia para los derechos fundamentales desde el ángulo inverso, como posible fundamentación de restricciones al contenido de otros derechos que queden afectados o limitados. El derecho de las telecomunicaciones, por ejemplo, estaría plagado de tales efectos negativos. Es necesario pensar en el derecho de propiedad o la libre empresa ante las exigencias e imposiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, condiciones de autorización de servicios, imposición de exigencias sobre propietarios, empresas, etc. Todo ello, en favor de la implantación de políticas de universalización del acceso a Internet, de extensión territorial o social de servicios, etc. También, esto puede suceder en cuanto posibles restricciones a algunos derechos vinculados a la vida privada, limitados por un mayor y mejor acceso a la información.

Por otra parte, el derecho de acceso a la red de redes puede radicarse en el marco del derecho fundamental a la educación, si bien, falta aún intensificar esta relación. En esta dirección, cabe mencionar la Sentencia 140/2002, del 3 junio en la que el Tribunal Constitucional afirmó que “desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo”. En todo caso una restricción de su uso era un límite, pero no se privaba la posibilidad de usarlo, lo cual se entiende como una “modulación del derecho a la educación”.⁷⁵

74 Sobre esta dimensión prestacional de un derecho fundamental, aspecto usualmente descuidado en la doctrina, y en conexión con las Comunidades Autónomas, cabe remitirse específicamente a Miguel Ángel Cabellos Espiérrez, *Distribución competencial...* (201 y ss.) y César Aguado Renedo, *El estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico* (Madrid: CEC, 1996), 360 y ss.

75 La Sentencia 140/2002 del 3 de junio del Tribunal Constitucional afirmó que “desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo, pero esto no autoriza a alterar las reglas de la “vida del establecimiento” y que tienen por finalidad mantener el buen orden y adecuado desarrollo de aquella, en lo que ahora importa, en materia de ordenadores –artículo 129.2 RP–, para los que las

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Un derecho prestacional en estado "larvario" en su reconocimiento internacional

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho a la comunicación (*ius communicationis*, los *Communication Rights*)⁷⁶ de naturaleza constitucional o casi-constitucional. Desde el 2000 se fijaron los llamados "Objetivos de desarrollo del milenio". Dentro de los ocho propósitos de desarrollo para el 2015, el octavo, en el marco de "Fomentar una asociación mundial para el desarrollo" incluía "en cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y la comunicación".

Desde hace más de una década la tendencia a favor de un derecho de acceso a las comunicaciones se observa en muchos documentos –no jurídicos– de la construcción mundial de la sociedad de la información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.).⁷⁷

Resulta de especial interés partir del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que afirma:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

Y este derecho no solo puede, sino que debe interpretarse en clave de la sociedad de la información y en documentos más recientes del ámbito de las Naciones Unidas,⁷⁸ como la Declaración de Ginebra de la ONU. En ellos se vincula con

normas de régimen interior, ciertamente de un alcance territorial general, establecen la necesidad de depositarlos en la Sala de Informática o en los lugares habilitados al efecto.

Y, en último término, será de indicar que no se ha privado al demandante de amparo de la posibilidad de utilizar el ordenador, sino que meramente se le ha limitado, puesto que, si no en su celda, puede usarlo en el local señalado para tal fin, lo que constituye una modulación del derecho a la educación establecida con la mencionada finalidad de «garantizar y velar por la seguridad y el buen orden regimental del centro (SSTC 57/1994 [RTC 1994, 57], 129/1995, 35/1996) (STC 119/1996, del 8 de julio, F. 4)".

76 Al respecto, Alonso Loreto Corredoira, "Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19", en Lorenzo Cotino Hueso, *Libertad en Internet. La red y las libertades de expresión e información* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2007).

77 Al respecto, por todos y accesible en la red a texto completo, mi estudio "La administración y el gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información", en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática* (Madrid: Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, 2003), 257-289.

78 Declaración de Ginebra, 2003, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; Declaración de Principios de la Segunda Fase de esta Cumbre, celebrada en Túnez en noviembre del 2005, conocida como Compromiso de Túnez, que incluye un "Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información".

claridad este derecho con el acceso⁷⁹ a la sociedad de la información y se afirma el “derecho de acceso como acceso universal”⁸⁰.

79 Así, los países miembros proclaman: “Reafirmamos como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a la libertad de opinión y de expresión [...]”.

También en el texto titulado Nuestra visión común de la Sociedad de la Información, se afirma:

“Declaramos nuestro deseo y compromiso comunes de construir una Sociedad de la Información centrada en la persona, integradora y orientada al desarrollo, en la que todos puedan crear, consultar, utilizar y compartir la información y el conocimiento, para que las personas, las comunidades y los pueblos puedan emplear plenamente sus posibilidades en la promoción de su desarrollo sostenible y en la mejora de su calidad de vida, sobre la base de los propósitos y principios de la Carta de las Naciones Unidas y respetando plenamente y defendiendo la Declaración Universal de Derechos Humanos”.

Y en su Apartado 2) dedicado a “Infraestructura de la información y las comunicaciones: fundamento básico de una Sociedad de la Información integradora”:

21° La conectividad es un factor habilitador indispensable en la creación de la Sociedad de la Información. El acceso universal, ubicuo, equitativo y asequible a la infraestructura y los servicios de las TIC constituye uno de los retos de la Sociedad de la Información y debe ser un objetivo de todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país. [...]

23° Se deberían desarrollar y aplicar políticas que creen un clima favorable para la estabilidad, previsibilidad y competencia leal a todos los niveles, de tal forma que se atraiga más inversión privada para el desarrollo de la infraestructura de las TIC y que al mismo tiempo permita atender al cumplimiento de las obligaciones del servicio universal en regiones en que las condiciones tradicionales del mercado no funcionen correctamente. En las zonas desfavorecidas, el establecimiento de puntos de acceso público a las TIC en lugares como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y archivos, puede ser el medio eficaz de garantizar el acceso universal a la infraestructura y a los servicios de la Sociedad de la Información.

80 “Apartado 3) Acceso a la información y al conocimiento:

24° La capacidad universal de acceder y contribuir a la información, las ideas y el conocimiento es un elemento indispensable en una Sociedad de la Información integradora.

25° Es posible promover el intercambio y el fortalecimiento de los conocimientos mundiales en favor del desarrollo si se eliminan los obstáculos que impiden un acceso equitativo a la información para actividades económicas, sociales, políticas, sanitarias, culturales, educativas y científicas y si se facilita el acceso a la información que está en el dominio público, lo que incluye el diseño universal y la utilización de tecnologías auxiliares.

26° Un dominio público rico es un factor esencial del crecimiento de la Sociedad de la Información, ya que genera ventajas múltiples tales como un público instruido, nuevos empleos, innovación, oportunidades comerciales y el avance de las ciencias. La información del dominio público debe ser fácilmente accesible en apoyo de la Sociedad de la Información, y debe estar protegida de toda apropiación indebida. Habría que fortalecer las instituciones públicas tales como bibliotecas y archivos, museos, colecciones culturales y otros puntos de acceso comunitario, para promover la preservación de las constancias documentales y el acceso libre y equitativo a la información.

27° Se puede fomentar el acceso a la información y al conocimiento sensibilizando a todas las partes interesadas de las posibilidades que brindan los diferentes modelos de software, lo que incluye *software* protegido, de fuente abierta, y *software* libre, para acrecentar la competencia, el acceso de los usuarios y la diversidad de opciones y permitir que todos los usuarios desarrollen las soluciones que mejor se ajusten a sus necesidades. El acceso asequible al *software* debe considerarse como un componente importante de una Sociedad de la Información verdaderamente integradora.

28° Nos esforzamos en promover el acceso universal, con las mismas oportunidades para todos, al conocimiento científico y la creación y divulgación de información científica y técnica, con inclusión de las iniciativas de acceso abierto para las publicaciones científicas.”

Más recientemente destacan dos importantes documentos y declaraciones internacionales. Por un lado, la ya citada “Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet”, del 2011, constituye el claro germen de un derecho de estructura prestacional de acceso a la red. De hecho, lo esencialmente novedoso del derecho de acceso es esta vertiente prestacional, ante los contenidos negativos o de libertad que con claridad se albergan en derechos clásicos como la libertad de información. Pues bien, esta dimensión prestacional se observa especialmente en el apartado 6 “acceso a Internet”. El punto de partida es que se afirma la “obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet” (letra a).⁸¹

A partir de esta obligación general dimanan una serie de obligaciones más determinadas, unos mínimos de acción que son concretados en la letra e): “establecer mecanismos regulatorios”, crear “puntos de acceso público”, asegurar “el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos” y para todo ello, “adoptar planes de acción detallados”.⁸² En modo alguno es difícil reconducir todas estas obligaciones al marco del Derecho internacional de los derechos sociales, especialmente bajo las pautas del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de Naciones Unidas y sus observaciones generales.

También del mismo año cabe mencionar el Informe de Frank La Rue – quien también fuera uno de los autores de la anterior declaración– y hoy Relator Especial a la Asamblea de Naciones Unidas del 16 de mayo del 2011 sobre la

81 “a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a Internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a Internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación y el derecho a elecciones libres”.

82 “e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a Internet. Como mínimo, los Estados deberían:

- i. Establecer mecanismos regulatorios –que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia– para fomentar un acceso más amplio a Internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.
- ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.
- iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de Internet y de los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.
- iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a Internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.

promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión.⁸³ Uno de los apartados del informe (V) versa sobre el acceso a Internet y la necesaria infraestructura.⁸⁴ En ese Informe se afirma: el “derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por Internet”; se formula la obligación (nº 85) de:

Elaborar una política eficaz y concreta en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado y con los ministerios gubernamentales competentes, a fin de que Internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población.

Con el reconocimiento de este nuevo derecho se fundamentaría un nuevo derecho prestacional que seguiría el esquema, la estructura y el tratamiento de los derechos sociales en el ámbito internacional. Así, del derecho de acceso a Internet se deriva el correlato de la obligación estatal⁸⁵ a una “acción positiva fáctica”⁸⁶ para lograr tal efectividad exigible por el titular del derecho. Esta acción fáctica

83 Organización de las Naciones Unidas. “Naciones Unidas, Consejo de Derechos Humanos 17º periodo de sesiones. Tema 3 de la agenda Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo, 16 de mayo de 2011, A/HRC/17/27” http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&Lang=S (acceso noviembre 28, 2014).

84 Apartado V, párrafos 60-66, págs. 16 y ss.

85 Sobre el correlato de derechos subjetivos y las obligaciones del Estado, Roberto Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (Bogotá: Legis-Universidad Nacional de Colombia, 2005), 23. Pese a la superación de tal correlato, en razón del sistema jurídico administrativo español basado en la existencia de un interés legítimo y no en el derecho subjetivo, sí que puede afirmarse tal correlato obligación del Estado. Se sigue también, Abramovich y Courtis (2002) y Abramovich (2004). Este trabajo supone las conclusiones de Abramovich y Courtis (2002). Pisarello (2007).

86 Roberto Arango, *El concepto de derechos sociales fundamentales* (con prólogo de Robert Alexy), 2005, 55 y ss. y respecto de la estructura derechos sociales, 110 y ss.). Sobre este tema, Abramovich efectúa una inteligente maniobra, puesto que describe la estructura de los derechos civiles clásicos, para equipararla a la de los derechos prestacionales. Se trata de derechos a acciones positivas normativas, esto es, obligaciones de establecer algún tipo de regulación que conceda relevancia a una situación determinada u organice una estructura para la prestación (los “derechos a actos estatales de imposición de norma”. Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales* (Madrid: CEC, 1993), 194-195. También, la acción normativa puede ser que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas o les imponga obligaciones.

La obligación que implica el derecho también puede ir más allá de lo propiamente normativo, e incluir la transferencia de fondos o la acción de provisión de servicios a la población en forma exclusiva o con formas de cobertura mixta. Ello deriva en la organización de un servicio público, provisión de cargos, oferta de programas, fórmulas de cobertura, gestión de créditos, entrega de subsidios, realización de obras públicas, otorgamiento de beneficios o exenciones impositivas.

En especial, Guillermo Escobar Roca, dir., *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria* (Navarra, España: Thomson-Aranzadi); Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Trotta: Madrid, 2002).

estatal puede consistir en actos de naturaleza normativa, normas de organización, de procedimientos, que permitan programar, crear, ordenar, controlar y financiar un sistema que garantice el acceso a Internet. Como todo derecho fundamental implica la obligación de respetar –evitar las medidas que obstaculicen o impidan el disfrute del acceso a internet–, proteger –impedir que el acceso a Internet sea obstruido por terceros– y cumplir, esta última implica facilitar –cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo– y proveer –que se adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho–.⁸⁷

Siguiendo el claro esquema internacional del artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc), las obligaciones básicas se circunscriben al compromiso de satisfacer, al “adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos); “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De igual modo, las obligaciones se traducen en respetar (abstenerse de injerirse en el goce del derecho), proteger y garantizar, cumplir. Las obligaciones del tratado “contiene[n] elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La primera exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. [...] La segunda obliga a los Estados a que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada”.⁸⁸

Obviamente, se reconoce un margen de discreción –como con todos los derechos fundamentales– para seleccionar los medios que les permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien, “incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos

87 Son de tres tipos o niveles: respetar, proteger y cumplir (facilitar y proveer). Así, Naciones Unidas-Comité DESC Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (artículo 13 del Pidesc). Doc. E/C.12/1999/10, del 8 de diciembre de 1999, n.º 46-47).

88 Directrices de Maastricht sobre violaciones de los derechos económicos, sociales y culturales, n.º 7. Pueden seguirse en Naciones Unidas, *Los derechos económicos, sociales y culturales, Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Serie de Capacitación Profesional n.º 12*, (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2004).

mencionados”.⁸⁹ Cabe advertir que la referencia la “progresividad” del Pidesc, según su interpretación autorizada⁹⁰ “no significa ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas”, lo cual “sería incompatible con el derecho internacional”.⁹¹ La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección”.⁹² Y estos parámetros son fiscalizables jurídicamente.

El evolutivo reconocimiento comparado del derecho de acceso a Internet hasta llegar a ser algo “esencial” para la vida

En los diferentes países pueden encontrarse diversos hitos en el reconocimiento del derecho de acceso a Internet como derecho subjetivo. Como punto de partida, en España es preciso remontarse a 1998 para una proclamación de este derecho de acceso, sin valor jurídico. Así sucedió en la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*.⁹³ “I.- Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia”.

En Estonia el Riigikogu (Parlamento) aprobó en febrero del 2000 la Ley de Telecomunicaciones que en su artículo 5 declaró el derecho de acceso a Internet.⁹⁴ En el 2001 la Constitución griega introdujo su artículo 5 A que reconoce que:

.....
89 Naciones Unidas, Los derechos económicos..., nº 8.

90 A este respecto, cabe recordar lo que señala el propio Comité en sus documentos “La referencia al logro progresivo que figura en el Pacto se entiende a menudo de manera equivocada”. Cabe seguir lo afirmado en Naciones Unidas-Comité DESC, Observación general nº 3, La índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. Doc. E/1991/23.párrafos 9-11.

Véase Naciones Unidas, Los derechos económicos, sociales y culturales, 10-11.

91 Principios de Limburgo, nº 16.

92 Principios de Limburgo, nº 21.

93 Aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999. “Declaración de Derechos de Internet del Senado Español, Aprobado el 9 de Diciembre de 1999 por la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado” http://www.internautas.org/documentos/decla_dere.htm (acceso noviembre 28, 2014)

94 Así en su artículo 5 dispone que: “el conjunto de servicios de telecomunicaciones que se especifica en el inciso (1) de esta sección comprende: 2) servicio de Internet universalmente disponible para todos los suscriptores, independientemente de su ubicación geográfica, a un precio uniforme”. Texto actual de la norma en <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

2. Todas las personas tienen el derecho de participar en la sociedad de la información. Constituye una obligación del Estado la facilitación del acceso a la información transmitida vía electrónica, así como de la producción, el intercambio y la difusión de la misma, siempre en observancia de las garantías de los artículos 9, 9A y 19.

En la Unión Europea el acceso a Internet se garantizó especialmente merced al artículo 3. 1º de la Directiva 2002/22/CE que exige la garantía a un acceso de calidad y a un precio asequible, lo cual se ha ido recogiendo en las diversas normas nacionales de comunicaciones. Y en noviembre del 2009 entró en vigor la modificación del artículo 4 por la Directiva 2009/136/CE que amplía el alcance de la obligación de facilitación de acceso.⁹⁵ En Finlandia, la reforma de la Ley del Mercado de las Comunicaciones del 2009 reconoció el “derecho básico” al acceso a Internet de una banda ancha de 1 MB como mínimo y de 100 Mb en el 2015. El objetivo se cumplió en el 2010.

También como especial hito mencionable, el 30 de julio del 2010 un fallo de la Corte Suprema de Costa Rica⁹⁶ declaró que Internet es:

La herramienta básica para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y la participación democrática y el control ciudadano, la educación, la libertad de pensamiento y de expresión, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a comunicarse con el gobierno electrónico y transparencia administrativa, entre otros. Esto incluye el derecho fundamental de acceso a estas tecnologías, en particular, el derecho de acceso a la Internet o la World Wide Web.

De este modo, por medio de un recurso de amparo se obligó al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) a que proveyera del servicio de acceso a la Internet. Se afirmó que “todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas” deben ser suministrados “en condiciones de eficiencia, igualdad,

.....
95 “Artículo 4. Suministro de acceso desde una ubicación fija y prestación de servicios telefónicos.

1. Los Estados miembros velarán porque al menos una empresa satisfaga todas las solicitudes razonables de conexión desde una ubicación fija a la red pública de comunicaciones.

2. La conexión proporcionada deberá permitir realizar comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet, teniendo en cuenta las tecnologías dominantes utilizadas por la mayoría de los abonados y la viabilidad tecnológica.

3. Los Estados miembros velarán porque al menos una empresa satisfaga todas las solicitudes razonables de prestación de un servicio telefónico disponible al público a través de la conexión a red a que se refiere el apartado 1 que permita efectuar y recibir llamadas nacionales e internacionales.”

96 Decisión del 18-6-2010 (Expediente 10-003560-0007-CO) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El texto completo en <http://goo.gl/DpHCxY> (acceso noviembre 28, 2014).

continuidad y adaptabilidad” y suministrarse “de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente”. La decisión añadió que “el ICE está obligado a prestar el servicio de Internet solicitado pese a las limitaciones técnicas” y que:

[...] no debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida.

Además se afirmó que la obligación de suministro de Internet vincula también al sector privado. Si un ente público o privado:

[...] ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a la comunicación y la información.

El 24 de enero del 2013⁹⁷ el Tribunal Supremo (TS) alemán afirmó que Internet se ha convertido en algo “esencial para la vida”. Tras esta lapidaria afirmación se sustentaba un caso de indemnización por cesación del servicio de Internet, más allá de la indemnización por otro tipo de suministros. El TS de ese país subrayaba el papel esencial de la red para el acceso a la información y para la culminación de contratos y negocios.

Por su relevancia mundial es menester hacer referencia a la Declaración del Presidente de los Estados Unidos, Barack Obama, de 10 de noviembre del 2014.⁹⁸

Un Internet abierto es esencial para la economía estadounidense y cada vez más en nuestro modo de vida. Reduciendo el costo de lanzar una nueva idea, encendiendo nuevos movimientos políticos y uniendo cada vez más a las comunidades, Internet ha sido una de las influencias más democratizadoras que el mundo nunca ha conocido.⁹⁹

97 Se trata de la Sentencia de la Sala Civil del 24 de enero del 2013 - III ZR 98/12, a los efectos de determinar la compensación que corresponde por la interrupción del servicio de Internet, que es “esencial para la vida”. Noticia en <http://j.mp/VboqBZ>. Acceso al texto completo en <http://goo.gl/EJCCmo> (acceso noviembre 28, 2014).

98 El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>, “The President's Statement” (acceso noviembre 28, 2014).

99 “An open internet is essential to the American economy, and increasingly to our very way of life. By lowering the cost of launching a new idea, igniting new political movements, and bringing communities closer together, it has been one of the most significant democratizing influences the world has ever known”.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Como se ha dicho, la fundamentación del significado que tiene Internet para la sociedad se apunala en la esencialidad de su acceso.

El reconocimiento autonómico y estatutario del acceso a Internet en España

Antes se ha hecho referencia a que el acceso a Internet puede encajar jurídico-constitucionalmente en el marco de las dimensiones objetiva, positiva, institucional del derecho fundamental de acceso a la información. Y en el ámbito de la dimensión objetiva la concurrencia estatal-autonómica es bastante más factible –también con límites–. Todo ello, hay que subrayar, en términos de gradación de los márgenes de actuación autonómica según el tipo de derecho del que se trate.¹⁰⁰ Así, ahí tiene sentido el reconocimiento estatutario de algunos “derechos”.

En el 2006 en España un Estatuto de Autonomía, norma básica regional, destacó en el reconocimiento del derecho de acceso a las nuevas tecnologías.¹⁰¹ Así fue pionero en el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 19. 2º dispone: “2. Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que La Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización”.

Este reconocimiento viene de la mano de un llamamiento a la acción de los poderes públicos para hacer efectivo el ejercicio igual, de calidad y no discriminatorio del reconocimiento, eliminando todos los obstáculos o barreras (brecha digital) que impidan o dificulten su realización plena y efectiva a los ciudadanos y organizaciones en que se integra.¹⁰² El Estatuto andaluz copió del valenciano

100 Así, el criterio adecuado es discernir entre las dimensiones subjetiva y la objetiva en tanto gradualmente cabe más margen de actuación normativa y de adopción de políticas públicas a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la dimensión objetiva y también en el ámbito prestacional concreto del derecho. Asimismo, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea este (arts. 15-30) las condiciones básicas reservadas al Estado (artículo 149. 1. 1ª CE) son más expansivas a su favor y, por tanto, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma. Miguel Ángel Cabellos Espíerez, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario* (Madrid: CEPC, 2001), 202 y 206.

101 El tema con profundidad en varios de mis estudios, primero en “El derecho de acceso a las nuevas tecnologías y su recepción constitucional y en el Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en Francisca Ramón Fernández, coord., *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas* (Valencia: Universidad Politécnica de Valencia-Tirant lo Blanch: 2009), 181-198. Con mayor amplitud en mis trabajos “Artículo 19. Desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible y derecho de acceso a las nuevas tecnologías”, pp.375-393 y “Artículo 49. 3. 16. La competencia autonómica en el régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento”, pp. 1713-1719, en Vicente Garrido Mayol, dir., *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2013). Accesibles en la red.

102 Artículo 9 de la Constitución Española y 8.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

tanto el “derecho” de acceso a las nuevas tecnologías cuanto la competencia en la materia.¹⁰³ El acceso a las TIC se regula como mandato de promoción en los estatutos catalán,¹⁰⁴ balear o aragonés.¹⁰⁵ No obstante, en Cataluña se destaca la importante asunción de competencias en materia de comunicaciones electrónicas que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, como se comenta más tarde. El Estatuto de Extremadura, que también copia la competencia valenciana en sociedad de la información, destaca por vincular el principio de acceso a las TIC con los movimientos de cultura y *software* libres.¹⁰⁶

Este derecho de acceso a la sociedad de la información y del conocimiento no solo es la libertad de emitir y recibir información (que sí que es un derecho fundamental), sino que queda vinculado a elementos materiales y prestacionales como la consideración de Internet como servicio universal, la garantía de puntos de acceso a Internet por todos los sectores de la población, la garantía de la no discriminación en la implantación del Gobierno y administración electrónicos (principio de igualdad) y la necesidad de adopción de políticas de alfabetización digital, etc. Este derecho –difuso– lo sería a una plena integración en la sociedad de la información; al acceso a las nuevas tecnologías y a que la administración competente desarrolle políticas activas en formación, en infraestructuras y en la utilización de las nuevas tecnologías.¹⁰⁷

103 En el Estatuto de Andalucía, un objetivo básico de los poderes públicos es la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento (artículos 10. 3. 12º) y como “principio rector” en el artículo 34 “se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca”. En el Estatuto andaluz también se copia del texto valenciano el título competencial en nuevas tecnologías (artículo 58. 2º).

104 En el Estatuto de Cataluña, el artículo 53 sobre “acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación” no formula un derecho, sino un deber de los poderes públicos.

105 El artículo 29 del Estatuto balear regula el impulso del acceso a las nuevas tecnologías y el artículo 28. 2º del Estatuto de Aragón incluye la promoción del acceso sin discriminación a las TIC.

106 Se destaca el más reciente Estatuto de Extremadura por cuanto vincula el acceso a las TIC con los movimientos de cultura libre. Así, se recoge entre los principios rectores del artículo 7. 6º el acceso a las TIC “y los mecanismos legales y técnicos que faciliten el libre acceso de todos al conocimiento y la cultura.” Además, para el “objetivo irrenunciable de la masiva difusión de la cultura” el artículo 7. 10º considera “particularmente útil el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación, la extensión de los sistemas operativos de código abierto y el uso de las licencias de libre copia y distribución”. Por otra parte, al igual que el andaluz, se copia la competencia en nuevas tecnologías del artículo 49. 1º. 16ª el Estatuto valenciano en su artículo 9. 1. 23ª.

107 Al respecto se hace referencia a un borrador –no desarrollado– de proyecto de ley valenciano, regulador del derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías y de impulso de la sociedad del conocimiento en la Comunitat valenciana, al que ha tenido acceso el autor.

En cualquier caso, su inclusión en un Estatuto de Autonomía juega un claro papel simbólico e impulsor de políticas en estas materias así como de formación de una cultura jurídica. Por otro lado, la regulación estatutaria de estos derechos emergentes sería una buena oportunidad para la innovación jurídica, para la determinación de elementos estructurales y de contenido y garantías más precisos. Sin embargo y por lo general, cuando los estatutos reconocen estos nuevos derechos tampoco colaboran para asentar su normatividad y exigibilidad, sino que abundan las fórmulas genéricas y las mismas remisiones laxas a la ley desdibujan toda condición de derechos subjetivos.

Y, a todo lo anterior, que no es poco, hay que añadir la conocida doctrina sobre los derechos estatutarios establecida en la STC 247/2007, del 12 de diciembre. Ahí se afirma la posibilidad de incluir “derechos” emergentes en los estatutos¹⁰⁸ si se cuenta con competencia y además se afirma que pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y los poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables¹⁰⁹ ni subjetivos.¹¹⁰ Y lo que el Tribunal Constitucional dijo para admitir la constitucionalidad del también emergente derecho al agua bien vale para el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías (FJ 20°):

1. Se relaciona con diversas atribuciones competenciales recogidas en el propio Estatuto.
2. No colisiona con ningún derecho o principio rector contenido en la Constitución.
3. No establece ningún derecho subjetivo dado que, en razón del artículo 10.2 del Estatuto, queda condicionado a su desarrollo. “Mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat

.....
108 Cabe recordar que ahí se afirma “la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos” (FJ 15°).

109 En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues solo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse el legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (artículos 81.1 y 149.1 CE) (FJ 15°).

110 FJ 15°: Por ello, “no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos”.

Valenciana”. Así, “no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno”.

4. Constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de derecho previsto en la Constitución (artículo 1.1).
5. De dicho precepto, “no se desprende que haya de producirse ningún privilegio económico o social para la Comunidad Valenciana”.

No cabe afirmar que el apoyo de la normativa internacional del artículo 10.2º CE ni su reconocimiento estatutario suponen compromiso internacional alguno.¹¹¹ Sin embargo, no cabe duda de que el reconocimiento estatutario y el posterior desarrollo normativo quedan vinculados por el conjunto normativo supranacional que debe tenerse obligatoriamente en cuenta en razón del artículo 96 CE y, en su caso, 10.2 CE en la medida en la que se den conexiones con derechos fundamentales, que las hay.

En todo caso, pese a la tenue, sutil y vaporosa condición de los “derechos” de los estatutos (en general), su reconocimiento no solo tiene una función identitaria, simbólica y política (no desdeñable), sino una función y contenidos jurídicos propios, por relativos que estos sean.

En este punto cabe apuntar que el reconocimiento del derecho debe venir de la mano de un examen de las competencias del ente territorial en materia de medios de comunicación, telecomunicaciones e Internet. Es preciso señalar que las posibilidades de actuación autonómicas deben encuadrarse en la competencia estatal de medios de comunicación del artículo 149.1º 27ª y no en la de comunicaciones del artículo 149.1º 21ª CE. A este respecto, y sin ánimo de extender la cuestión, se destaca la STC 31/2010, del 28 junio, que en su FJ 84º afirma que la determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal forma parte del ámbito del artículo 20 CE. Esta afirmación sirve para permitir la competencia de ejecución en la materia en el Estatuto de Cataluña, al

.....
 111 FJ 20º: “el mandato del artículo 10.2 CE se refiere a los derechos constitucionales”, y porque los principios rectores del Capítulo III “no pueden entenderse comprendidos entre “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a que nos remite el artículo 10.2 CE”.

Y ello es así, “aun admitiendo que podamos estar ante un derecho emergente de tercera generación, es claro que en el momento actual su incipiente gestación se refleja en instrumentos internacionales que no requieren de manifestación expresa de la voluntad de los Estados, por lo que no puede hablarse de la asunción de compromisos concretos al respecto por parte de España”.

no enmarcarse en el ámbito del artículo 149.1º 21ª CE, sino del título de medios de comunicación del artículo 27ª. Y es que el polémico Estatuto de Cataluña asumió la competencia exclusiva en “la ordenación administrativa del comercio electrónico” (artículo 121.1 a), o “la competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones” (artículo 137. 2º). El Estatuto catalán también asume competencia ejecutiva “en materia de comunicaciones electrónicas” (artículo 140. 7º), lo cual incluye la promoción de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal; la inspección de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones y el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente y la gestión del registro de instaladores de infraestructuras comunes de telecomunicaciones. El Tribunal Constitucional no consideró inconstitucionales ni el artículo 121. 1º a) ni el 140. 7º, al tiempo que no fue impugnado el artículo 137. 2º de ese mismo Estatuto. Se admitió (FJ 68º) porque pese a ser por medio de Internet, lo asumido por la Autonomía solo alcanzaría la competencia dentro del territorio catalán, mientras que esta modalidad comercial interterritorial sería competencia estatal del artículo 149.1.13 CE.¹¹²

Respecto de la competencia ejecutiva en comunicaciones electrónicas (artículo 140. 7º del Estatuto catalán) el Tribunal Constitucional señala que la competencia en “medios de comunicación social” (artículo 149.1.27 CE) se vincula a los aspectos del artículo 20 CE, mientras que la competencia exclusiva estatal en “telecomunicaciones” del artículo 149.1.21 CE se conecta con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas. La competencia estatal en el “régimen general de comunicaciones” de este mismo precepto incluye todas las competencias legislativas e incluso ejecutivas para el Estado, las competencias ejecutivas “necesarias para configurar un sistema materialmente unitario”. Ahora bien, sobre estas bases, se considera que la competencia autonómica ejecutiva en la “determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal atiende a estos servicios de acceso universal en cuanto medios de comunicación social, lo que remite al artículo

.....
112 FJ 68º: “sin que el hecho de que el comercio electrónico pueda extenderse más allá del territorio de Cataluña y reclame la inconstitucionalidad del precepto estatutario, toda vez que el Estado, ex artículo 149.1.13 CE, es competente para regular los puntos de conexión interterritoriales respecto de esta modalidad comercial, que deberán respetarse por la Generalitat”.

20 CE”. Así, al no ser el artículo 149. 1º. 21ª sino el 27ª y no ser competencia legislativa, se admite su asunción autonómica y no es inconstitucional.

El acceso a Internet en el ámbito laboral y su posible control total del empresario

El acceso a Internet cobra una dimensión especial, un régimen jurídico constitucional diferente en el ámbito laboral. Como punto de partida cabe tener en cuenta la Sentencia 281/2005, del 7 de noviembre del Tribunal Constitucional sobre el uso sindical de los medios electrónicos y tecnológicos de la empresa. En la misma se discierne entre el contenido esencial del derecho, los derechos y facultades adicionales fijados por regulación del desarrollo¹¹³ y los derechos de concesión unilateral del empresario.¹¹⁴ El acceso a la red en el trabajo queda como contenido adicional a derechos fundamentales. Es más, imponer las barreras al correo electrónico a los trabajadores –con motivación antisindical– puede llegar a suponer una lesión de la libertad sindical.

No es que haya un derecho del empleado a acceder a Internet en el trabajo. De hecho, las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.¹¹⁵ Ahora bien, si la tecnología está implantada en la

113 “[L]os sindicatos pueden ostentar derechos o facultades adicionales, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical [...] de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece”. (FJ 3º)

114 “[P]ueden también existir derechos sindicalmente caracterizados que tengan su fuente de asignación en una concesión unilateral del empresario (SSTC 132 del 16 de mayo y 269/2000, de 13 de noviembre). En estos casos, [...] el empresario [...] podrá suprimir las mejoras o derechos de esa naturaleza que previamente haya concedido. Pero, no exento de control, puesto que voluntad empresarial [...] en que no se verifique la supresión con una motivación antisindical (STC 269/2000, del 13 de noviembre, FJ 5).” (FJ 3º).

115 FJ 5º: “que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del artículo 8.2 LOLS”.

“Resulta claro que el derecho a contar para uso sindical con un sistema de correo electrónico a costa del empleador no encaja dentro de los límites de dicho precepto, pues solo podría fundarse en una interpretación extensiva del derecho a un tablón de anuncios, que pasaría a considerarse como un tablón virtual. Una lectura extensiva de ese estilo no encuentra acomodo en nuestra doctrina sobre el contenido adicional de la libertad sindical, según la cual “no corresponde a este Tribunal determinar cuál es la interpretación más correcta de tal cuerpo normativo (STC 61/1989), ni resultaría constitucionalmente obligado que estando en juego una garantía legal del derecho fundamental se incline a priori por la interpretación aparentemente más beneficiosa para el titular de aquel, sino que basta con constatar si la interpretación llevada a cabo salvaguarda o no suficientemente el contenido del derecho fundamental” (STC 18/2001, del 29 de enero, FJ 2).”

“No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador.

empresa –hecho constatable–, el debate se centrará en “la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6º). Sobre estos términos, el Tribunal señala que la resistencia al uso de las TIC del empresario para la información sindical, necesita “justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario” (FJ 7º).

Cuestión diferente al acceso sindical al correo electrónico es el control laboral absoluto del uso de medios informáticos en el trabajo. En los últimos años destacan la doctrina fijada en la STC 241/2012, del 17 de diciembre y en la STC 170/2013, de 7 de octubre del 2013. De ellas resulta especialmente llamativo el concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” que tenga el usuario de las comunicaciones en razón de los contextos tecnológico y jurídico. Si se cuenta con tal perspectiva de confidencialidad, sí que se predica el secreto de las comunicaciones y, por tanto, las garantías que lleva aparejadas. Por una parte, este concepto permite la proyección a muy variables contextos de comunicación posibles. Así, no podrá predicarse razonablemente el secreto de las comunicaciones respecto de las que se realizan en un foro de Internet abierto o en una red social en la que se cuentan por cientos los “amigos” o “seguidores” o cuando se remite un correo electrónico o un *WhatsApp* a decenas o centenas de contactos (receptores). Pero sí que habría tal razonable expectativa de confidencialidad a propósito de un sistema de mensajería privada integrado en una red social (por ejemplo, el correo o mensajes privados de *Facebook* o en un foro o chat privado), una conversación en *Skype* o en un *WhatsApp* dirigido a un contacto.

El concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” permite además una importante contextualización jurídica, esto es, la confidencialidad ya no depende de la tecnología utilizada, sino del marco jurídico en la que se produce. Así, para la STC 241/2012, del 17 de diciembre, aunque se utilice un sistema cerrado de mensajería, el usuario no puede esperar razonable confidencialidad si el programa (como el antiguo *Messenger*, o por ejemplo el *WhatsApp*) ha sido instalado en un ordenador en contra de las normas del empresario que vedaban al trabajador la instalación de programas. En consecuencia, la prueba obtenida al

Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”.

controlar el uso del sistema de mensajería sí que se consideró admisible constitucionalmente. De igual modo, para la STC 170/2013, del 7 de octubre del 2013, decae la expectativa de confidencialidad del correo electrónico de la empresa cuando el trabajador lo utiliza para fines personales siendo que las normas aplicables prohibían el uso privado del correo. Así las cosas, se confirma y complementa la doctrina unificada por el TS en su Sentencia del 26 de septiembre del 2007. En razón de la jurisprudencia, la prueba obtenida por medio del control empresarial respecto del uso laboral de medios informáticos será válida siempre que el trabajador haya conocido la posibilidad de dicho control o, en su caso, existan normas –también conocidas– que establezcan prohibiciones de usos o previsiones del referido control empresarial. Ciertamente, esta doctrina lleva a permitir un control o monitoreo absoluto del empresario de corte anglosajón, simplemente al mínimo precio de haber informado previamente al trabajador del posible control. El legislador bien podría intervenir y establecer algunos límites y garantías con respecto a un control total que despoje de un mínimo de intimidad y secreto las comunicaciones en el ámbito laboral.

Y lo que es más criticable es que esta situación contrasta y se hace casi incoherente con soluciones como la de la STC 29/2013, del 11 de febrero. En este caso, se estima contraria al derecho de protección de datos personales y, por tanto nula, la prueba obtenida por una cámara de videovigilancia cuya finalidad era la seguridad y que cumplía con los requisitos legales, entre otros, quedar debidamente anunciada y ser conocida por el trabajador. Las imágenes captadas se usaron en contra de un trabajador que incumplía sus deberes, si bien se consideró que la finalidad de seguridad era incompatible con la del control laboral. Estas corrientes jurisprudenciales chirrían y deben ser moduladas y matizadas merced a la fuerza democrática del legislador.

La “vieja” libertad de expresión e información y sus garantías ante el cierre de webs, el corte de acceso o ante el filtrado de contenidos en Internet

Según se ha visto, el componente prestacional, de obligación de actuar, del derecho de acceso a las TIC va tomando cuerpo en el contexto internacional de manera autónoma como nuevo derecho. Asimismo, cabe ubicarlo en el marco de la dimensión objetiva de un derecho fundamental preexistente, como el derecho

a recibir información. También, cabría afirmarlo por conexidad a derechos fundamentales afines.

El naciente derecho fundamental de acceso a Internet incluye también garantías con respecto al corte de suministro o de acceso a la información. Así, las varias veces citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e Internet del 2011, aun sin valor jurídico, dispone en su apartado 6:

- a. La interrupción del acceso a Internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de Internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de Internet o de partes de este.
- b. La negación del derecho de acceso a Internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

El acceso a Internet tiene un contenido negativo o de libertad ante el Estado e incluso ante agentes privados que debe considerarse ya protegido por garantías de un derecho fundamental clásico como la libertad de expresión e información. Así se explica que la restricción del acceso a las TIC deba ser considerada como limitación a un derecho fundamental que, entre otras garantías, requiere de autorización judicial. No hace falta acudir a un nuevo derecho fundamental, pero sí a una mayor claridad normativa y jurisprudencial.

La forja de las garantías judiciales ante el corte o restricción de Internet y los mandatos dirigidos a los prestadores de servicios de Internet

La conformación de las garantías de Internet en Europa

Como primer paso en Europa, cabe destacar la Decisión nº 2009-580 del 10 de junio del 2009 del Consejo Constitucional francés¹¹⁶ respecto de la ley que favorece

.....
116 El texto completo en francés en <http://goo.gl/eOEjSV>. Véase sobre el tema un resumen y un comentario breve del 2009, en <http://goo.gl/xOHQLG>

la difusión y la protección de la creación en Internet (Ley Hadopi I). El máximo intérprete de la Constitución gala señala las posibilidades de atribuir facultades sancionadoras a autoridades administrativas con el fin de preservar intereses protegibles como lo hace la ley. No obstante, considera que la libertad de expresión incluye el derecho de acceder a los servicios de Internet, dado “su desarrollo generalizado” y “la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones” (nº 12). Asimismo se tiene en cuenta que:

La competencia de la autoridad administrativa no se limita a una categoría particular de personas, sino que se extiende a toda la población y que sus competencias pueden llevar a restringir el ejercicio por cualquier persona, su derecho a expresarse y comunicarse libremente, sobre todo desde su casa. (nº 16)

Sobre esta base, una autoridad administrativa y no judicial no puede aplicar sanciones que supongan una restricción de la libertad de expresión, esto solo lo puede hacer un juez (nº 16). De igual modo, se considera inconstitucional la ley por establecer el principio de presunción de culpabilidad y no de presunción de inocencia. Ello es así porque la ley somete al abonado de la línea de conexión de Internet la obligación de probar que él no ha vulnerado los derechos de autor (nº 18).

Al mismo tiempo en la Unión Europea en el 2009 se debatió si la desconexión a la red requiere de una autorización judicial. En ese momento se generó un importante conflicto entre el Parlamento y el Consejo,¹¹⁷ que se resolvió con la llamada “previsión de libertad” del artículo 1.3 bis de la Directiva 2002/21/CE¹¹⁸.

117 En mayo del 2009, contra todo pronóstico, in extremis, la Eurocámara no aprobó la enmienda que preveía la desconexión de los navegantes de la red sin esperar a que un juez lo ordenara cuando “la seguridad pública se vea amenazada”. Esta enmienda, sin embargo, prohibía “restricción alguna a los derechos y libertades fundamentales sin una resolución previa de las autoridades judiciales”. Esta modificación no estaba incluida en el acuerdo con el Consejo, por lo que la totalidad del paquete sobre las telecomunicaciones tuvo que ir a conciliación. La cuestión se resolvió en noviembre del 2009.

118 “3 bis. Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del derecho comunitario. Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del derecho comunitario, que incluyen una protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías. Por tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

El arreglo vino a afirmar la protección judicial efectiva, sin perjuicio de casos de urgencia justificados y siempre con tutela judicial efectiva.

Resulta un referente indiscutible la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 18 de diciembre del 2012 en el asunto Ahmet Yıldırım c. Turquía. Ha sido la primera de este alto tribunal que aborda centralmente la libertad de expresión en Internet.¹¹⁹ A partir de ella se puede inferir, en esencia, que:

No puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia.

El TEDH entiende que viola la libertad de expresión con la imposición –judicial– de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet que no discriminan contenidos del sitio implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio *Google Sites* con contenidos al margen de dicho proceso. El Tribunal aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en la web (aps. 64 y ss.):

Es necesario un marco legal para garantizar tanto un control estricto sobre el alcance de las prohibiciones y con la garantía de la tutela judicial efectiva para prevenir cualquier abuso de poder. [...] La revisión judicial de la medida sobre la base de una ponderación de los intereses contrapuestos ha de estar diseñada para lograr un equilibrio entre estos intereses (ap. 64).

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados y diseñado para lograr un equilibrio de intereses, que regule el control judicial de las

el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, sin perjuicio de que concurren las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se garantizará el derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno”.

119 El demandante tenía una web alojada en el servicio Google Sites para difundir trabajos académicos y opiniones personales. Se trataba de contenidos totalmente ajenos a un proceso penal por temas lesivos para la memoria de Atatürk otra página de ese servicio (Google Sites). A instancias de la autoridad turca de telecomunicaciones un tribunal resolvió el bloqueo preventivo de la web, pero para poder hacerlo efectivo se ordenó el bloqueo del servicio de Google Sites en su conjunto, como única vía para impedir el acceso a la página web con el contenido supuestamente delictivo.

medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medida menos restrictiva, de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, solo se impida el acceso a la web concreta.¹²⁰

En clara vulneración de esta jurisprudencia del TEDH precisamente para Turquía, ha sido llamativo que en marzo del 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdoğan ordenara a la Autoridad de Telecomunicaciones de Turquía bloquear *Twitter* y días después *Youtube*. Se argumentó que estos prestadores no habían filtrado unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Así pues, se censuró el todo por la ilegalidad de una parte. Esta carrera bloqueadora fue detenida primero por la justicia ordinaria que simplemente la consideró “contraria a los fundamentos del Estado de Derecho”.¹²¹ El bloqueo fue luego considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional turco.¹²²

Un tema de interés especialmente abordado en el ámbito de la Unión Europea es la posibilidad de imponer controles y filtros generales o específicos a los proveedores de acceso o intermediarios. Así, en primer término, no puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtros técnicos de contenidos en Internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) del 24 de noviembre del 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended* contra *Sabam* y Asunto C-360/10 *Sabam* contra *Netlog* del 16 de febrero del 2012 no permiten que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de

120 El TEDH admite que medidas de bloqueo de acceso a contenidos en Internet puedan estar justificadas. Sin embargo, en este caso el juez no verificó si cabía una medida menos restrictiva (ap. 64); se tenía que haber elegido un método en el que solo quedara inaccesible la web concreta del proceso penal (ap. 65), mientras que no hay muestra de que los jueces tuvieron en cuenta los intereses en juego a la hora de bloquear Google Sites, puesto que la legislación que adoptaron no contiene esta obligación (ap. 66). La aplicación de tal normativa no satisface el requisito de predictibilidad y no brinda el nivel de protección que garantiza el Estado de derecho de una sociedad democrática. Es más, una normativa que no regula con garantías el posible bloqueo de Internet está en “conflicto directo” con la exigencia del artículo 10. 1º CEDH de que la protección de la libertad de expresión lo es “sin consideración de fronteras” (ap. 67). El bloqueo general produjo efectos arbitrarios y, dada la carencia de garantías legales, el sistema de revisión judicial es insuficiente para evitar abusos (ap. 68).

121 Esto, según diversas noticias periodísticas con referencia a un juzgado administrativo de Ankara tras una denuncia de la Unión de Colegios de Abogados de Turquía.

122 En todo caso, la resolución del Tribunal Constitucional (TC) turco fue bastante confusa y no estableció con claridad el final del bloqueo.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa ante la imposición de estos controles “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito” (ap. 52). Años antes, la misma Agencia Española de Protección de Datos (AGPD) afirmó que:

Requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en Internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación in consentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito).¹²³

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de la Sentencia del TJUE del 27 de marzo del 2014,¹²⁴ sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de Internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor. El TJUE señala que el juez nacional que ordene la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma que las medidas de bloqueo “no priven inútilmente a los usuarios de Internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (nº 63) y que “tanto los internautas como también el proveedor de acceso a Internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez” (nº 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

La conformación de las garantías ante el cierre de Internet en España

En España al menos en dos ocasiones se han adoptado medidas individualizadas judiciales para impedir el acceso a Internet, en ambos casos fruto de cierto activismo judicial sin un marco legal claro. Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva del 17 de octubre del 2012,¹²⁵ respecto de un condenado por delito

123 En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento Nº TD/00266/2007.

124 Sentencia TJUE del 27 de marzo del 2014 asunto C 314/12 UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mbh.

125 Respecto a esta sentencia y a las dificultades para su ejecución, un comentario en <http://goo.gl/8MxH9I> Ana Isabel Mendoza Losana, Eficacia privada de la pena de “destierro virtual ¿están los proveedores de acceso a Internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos por medio de la red? “Documentos noticias breves, marzo de 2013” <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/>

sexual en la red, impuso a los proveedores de todo el país la prohibición de facilitarle acceso a la red. En otro marco, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 470/2013 de la Sección 15ª, del 18 de diciembre del 2013, ordenó al operador de telecomunicaciones suspender “de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a Internet” a uno de sus usuarios. La base legal (arts. 138 y 139. 1. h) de la Ley de Propiedad Intelectual es discutible y no se había aplicado antes.

Respecto del bloqueo o cierre de una página web en España, las medidas normativas de protección de la propiedad intelectual se intensificaron bajo la presión de Estados Unidos (como se puso de manifiesto por medio de los cables revelados por *WikiLeaks*).¹²⁶ Se trató de la políticamente convulsa “Ley Sinde” (por la entonces ministra de cultura socialista Sinde), que fue rechazada por el Senado y posteriormente modificada para lograr el apoyo de partidos de la oposición. Con la Ley Sinde y, mediante diversas reformas legales, se creó un órgano administrativo (la Sección 2ª de Propiedad intelectual) que tras un procedimiento puede resolver el cierre o bloqueo de una página web por permitir el acceso ilegal a contenidos protegidos por propiedad intelectual.

En el 2011 se aprobó la Ley Sinde, si bien el gobierno socialista que se sabía saliente, no se atrevió a sancionar el necesario procedimiento reglamentario. Una de las primeras medidas del Gobierno popular¹²⁷ al final del 2011 fue el desarrollo reglamentario de esta ley y la supresión del también polémico canon digital. Estas normas lograron atemperar las críticas y presiones de Estados Unidos y sacaron a España de la referida lista 301. No obstante, la efectividad práctica o simbólica contra la piratería es más que relativa.¹²⁸

eficacia-privada-de-la-pena-de-destierro-virtual-estan-los-proveedores-de-acceso-a-internet-obligados-a-negarse-a-contractar-con-los-condenados-por-delitos-cometidos-a-traves-de-la-red.pdf (acceso noviembre 1, 2014).

126 Así puede seguirse por ejemplo en “EE. UU. ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas”, *El País*, 3 de febrero del 2010 <http://goo.gl/oByKpG>

127 Se trata esencialmente del Real Decreto 1889/2011, del 30 de diciembre por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo momento se suprimió el canon digital de acuerdo con la Disposición 10ª del Real Decreto-Ley 20/2011, del 30 de diciembre.

128 Según una respuesta del Gobierno a la pregunta parlamentaria, en enero del 2014 la Sección segunda de propiedad intelectual resolvió 316 de las 394 solicitudes presentadas suponiendo la retirada de contenidos de 85 páginas, así como el cese de actividades de 15 de ellas. Son cientos las webs de enlaces y millones los enlaces que apuntan continuamente a contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

La ley de Internet, Ley 34 del 2002, en su artículo 8 no deja clara la cuestión de si es necesaria la autoridad judicial:

En todos los casos en los que la Constitución y las Leyes reguladoras de los respectivos derechos y libertades así lo prevean de forma excluyente, solo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo, en tanto garante del derecho a la libertad de expresión, del derecho de producción y creación literaria, artística, científica y técnica, la libertad de cátedra y el derecho de información.

Y lo cierto es que hasta el 2010 ninguna ley expresaba la garantía judicial para cerrar una web. Ese año, como medida contra la piratería informática la Ley de economía sostenible estableció un sistema para que una entidad administrativa decretara el cierre de webs que enlacen a contenidos ilícitos, en la llamada Ley Sinde. Sin embargo, se le añadió una intervención judicial: “acordada la medida por la Comisión, se solicitará del juzgado competente la autorización para su ejecución, referida a la posible afectación a los derechos y libertades garantizados en el artículo 20 de la Constitución artículo 122 bis Ley 29/1998)”. Es interesante destacar que en el trámite de aprobación, el Consejo de Estado y el Consejo General del Poder Judicial dieron por hecho que la Constitución impone la garantía judicial para impedir el acceso a una página web.¹²⁹

Ante esta cuestión más polémica, ha pasado inadvertido que una administración, la Agencia de protección de datos, no tiene problema en decretar sanciones muy relevantes por difusión ilícita de datos personales en webs, esto es, por informar sobre otras personas. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (artículo 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo una administración respecto de los medios clásicos de comunicación. El Tribunal Constitucional español en modo alguno ha dejado claros los términos en que es posible un control administrativo de contenidos,¹³⁰ pese a que parece que se está generalizando en la red.

129 Con facilidad puede seguirse en <http://www.cotino.net/2010/03/consejo-de-estado-ley-de-economia-sostenible-y-cierre-de-webs/> (acceso noviembre 27, 2014).

130 Se dan algunas directrices en la STC 52/1995 del 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada). Por el contrario la STC 187/1999, del 25 octubre (caso “La máquina de la verdad”), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º).

No todo es libertad de expresión e información en Internet y, por tanto, no toda restricción de acceso a contenidos de la red requerirá de la garantía judicial. La clave reside básicamente en el interés o relevancia pública de la información, que es lo que ha de hacer más intensa su protección y no ya el sujeto que transmite tal información (medios de comunicación clásicos). Así las cosas, en terrenos más distantes del ejercicio de la libertad de expresión e información, como por ejemplo, en la oferta de bienes y servicios por medio de Internet y el consumo, no hay que excluir las resoluciones administrativas que puedan afectar a contenidos en internet siempre con la previsión legal exigible y la siempre posible revisión judicial.

El derecho de acceso y la garantía de la neutralidad de la red

La Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet del 2011 afirma en su principio 5 (“Neutralidad de la red”):

- a. “El tratamiento de los datos y el tráfico de Internet no deben ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.
- b. Se debe exigir a los intermediarios de Internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.

Se trata, pues, de no dar prioridad a unos contenidos u otros en Internet sino de mantener la apertura de esta plataforma.¹³¹ Se intenta que puedan surgir iniciativas, sitios y proyectos en igualdad, que todos partan de la misma línea de salida, evitando una red parcelada en razón de la capacidad económica de los proveedores de contenidos o de la de los usuarios o consumidores. Se acepta que la gestión del tráfico de Internet permita ciertas prácticas para garantizar su calidad. Pero se trata de evitar que por razones que nada tienen que ver con la gestión del tráfico,

.....
131 Sobre el tema, recientemente, Mercedes Fuertes, *Neutralidad de la red, ¿realidad o utopía?* (Madrid: Marcial Pons, 2014). De interés, Christopher Thomas Marsden, “Neutralidad de la Red: historia, regulación y futuro”, 24-43 y Joan Barata, “El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, 44-52, ambos en IDP: *revista de internet, derecho y política* No. 13, 2012 (Ejemplar dedicado al VII Congreso Internacional internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet).

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

puedan bloquear o degradar servicios legales.¹³² La cuestión, por tanto, tiene que ver claramente con el acceso a la red y con las condiciones en las que se realiza.

Sin perjuicio de ser una cuestión de relevancia global, lo cierto es que el debate esencial se da en los Estados Unidos. Como recuerda Rodríguez,¹³³ juristas de prestigio como Lawrence Lessig y Tim Wu empezaron a mostrar su preocupación acerca de la posibilidad de que los proveedores usaran algún día su control de las redes para discriminar en perjuicio o beneficio de ciertos proveedores de contenido o aplicaciones.¹³⁴ Son pocas las operadoras de telecomunicaciones que sostienen la infraestructura y si se les permite hacer libre uso de su tecnología para bloquear, degradar y controlar las aplicaciones o los contenidos. Esto pondría en peligro el potencial de creatividad e innovación de Internet.

En el 2005 la Comisión de las Comunicaciones de Estados Unidos (FCC, por sus siglas en inglés) reconoció en una declaración no vinculante las “cuatro libertades” que pasaban a ser ejes de la política de la FCC sobre Internet¹³⁵ y suponían la neutralidad, si bien permitían prácticas razonables para un mejor funcionamiento. La cuestión se complicó cuando se pretendió aplicarlas con la sanción en el 2008 a la compañía Comcast. Esta compañía fue sancionada por sus prácticas de retraso o bloqueo de paquetes de datos por uso de programas *peer-to-peer*. Tales actividades se consideraron no razonables y se aplicaron por primera vez las cuatro libertades, los principios de neutralidad de la red. Sin embargo, en el 2010 el D.C. Circuit Court of Appeals anuló la resolución aprobada por la FCC contra Comcast¹³⁶ por falta de competencia de esa Comisión. Justo antes, para cumplir su promesa electoral, en el 2009 Barack Obama, lanzó la iniciativa *Open*

.....
132 Una clara explicación y recorrido histórico en la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social europeo y al Comité de las regiones. La Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa COM(2011) 222 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0222&from=ES> (acceso noviembre 1, 2014).

133 En castellano, por todos, Luis Fernando Rodríguez García, “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, en Lorenzo Cotino Hueso, edit., *Libertades de expresión e información en Internet...* (2001), 99-113.

134 En este sentido, Tim Wu, *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. On *Telecomm. & High Tech. L.* 141, 145-46, 165-68 (2003); Lawrence Lessig, *The Future of Ideas*, at 46-48, 155-76, 246-49 (2001).

135 Appropriate Framework for Broadband Access to the internet over Wireline Facilities, Policy Statement, 20 FCC Rcd. 14986 (2005). Id.

136 *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010). Id.

*Internet*¹³⁷ para regular y ampliar los deberes de neutralidad; además nombró a un partidario de la neutralidad en la FCC. Se daban dos posibilidades: aprobar una norma que atribuyera competencia a la FCC o que reclasificara los servicios de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones regulado por el Título II. Según esta última vía los Proveedores de Servicios de Internet (ISP, por sus siglas en inglés) no podrían, claramente, hacer discriminación alguna. El 15 de mayo del 2014, la FCC decidió considerar dos opciones: permitir líneas de banda ancha rápidas y lentas o reclasificar la banda ancha como un servicio de telecomunicaciones, preservando así la neutralidad de la red. La sorprendente Declaración del Presidente de los Estados Unidos Barack Obama el 10 de noviembre del 2014¹³⁸ recomienda a la FCC reclasificar el servicio de Internet de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones con el fin de preservar la neutralidad de la red. En tal Declaración afirma que el intermediario no debe bloquear contenidos ni estrangularlos (*throttling*), esto es, que los ISP no “deben ser capaces de retardar intencionalmente o acelerar la conexión en razón de sus contenidos”. Subraya sobre todo que ningún servicio vaya por una “vía lenta” por sus contenidos, porque ello “socavaría la igualdad de condiciones esenciales para el crecimiento de internet”. La situación está, como se puede ver, en un momento clave que afectará por ondas concéntricas a todo el mundo o, por lo menos, a Occidente.

Más allá de Estados Unidos cabe apreciar una interesante evolución en diversos países. Como una de las primeras políticas adoptadas en Canadá, la Comisión de Radiotelevisión y Telecomunicaciones (CRTC) publicó en octubre del 2009 un nuevo marco sobre neutralidad de la red que impone a los proveedores unas obligaciones reforzadas en materia de transparencia y solo les permite emplear las técnicas de gestión del tráfico como último recurso.

En cuanto a la regulación de la neutralidad, la primera manifestación normativa en este sentido, de relevancia mundial, fue la chilena. Así, la Ley 20.453 del 18 de agosto del 2010 consagró tal principio al modificar la Ley General de

137 In Re Preserving the Open internet: Broadband Industry Practices, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd. 13064 (2009). Id.

138 El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>. “The President's Statement”.

•Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a Internet.

Telecomunicaciones.¹³⁹ Tras la afirmación general la cuestión se concretó en el Decreto 368 del 15 de diciembre del 2010.

Por otra parte, en junio del 2012 los Países Bajos fueron los primeros en regular la neutralidad en Internet al reformar su ley de telecomunicaciones.¹⁴⁰ En Ecuador el organismo responsable la Comisión Nacional de Telecomunicaciones (Conatel) emitió en julio del 2011 la Resolución TEL-477-16-Conatel-2012 que afirma la neutralidad:¹⁴¹ “los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”. En Brasil, el 23 de abril del 2014 se aprobó la Ley n° 12.965, Marco Civil de Internet, que recoge como principio la neutralidad de la red.¹⁴²

.....
139 Por lo que aquí interesa, se dispuso que:

“Artículo 24 I.- Para la protección de los derechos de los usuarios de Internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaría, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de la red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a Internet como también estos últimos, de conformidad a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el artículo 28 bis de la Ley No. 18.168, General de Telecomunicaciones.

Artículo 24 J.- Un reglamento establecerá las condiciones mínimas que deberán cumplir los prestadores de servicio de acceso a Internet en cuanto a la obligatoriedad de mantener publicada y actualizada en su sitio web información relativa al nivel del servicio contratado, que incorpore criterios de direccionamiento, velocidades de acceso disponibles, nivel de agregación o sobreventa del enlace, disponibilidad del enlace en tiempo y tiempos de reposición de servicio, uso de herramientas de administración o gestión de tráfico, así como también aquellos elementos propios del tipo de servicio ofrecido y que correspondan a estándares de calidad internacionales de aplicación general. Asimismo, dicho reglamento establecerá las acciones que serán consideradas prácticas restrictivas a la libertad de utilización de los contenidos, aplicaciones o servicios que se presten a través de internet, acorde a lo estipulado en el artículo 24 H.”

140 El texto en holandés en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-235.html>

141 El artículo 15. 6° “Hacer uso de cualquier aplicación o servicio legal disponible en la red de Internet, con lo cual el servicio que ofrezcan los prestadores de los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”.

142 “Artículo 9° El responsable de la transmisión, conmutación o ruteo tiene el deber de tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación. [...]”

2° En el caso de discriminación o degradación del tráfico prevista en el § 1°, el responsable en dicho artículo debe:

- I – abstenerse de causar daño a los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 927 del Código Civil;
- II – actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía;
- III – informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red y
- IV– ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas”.

En el 2009 la Comisión de la Unión Europea, en su Comunicación “Declaración de la Comisión sobre la neutralidad de Internet” (2009/C 308/02) afirmó la importancia de la neutralidad como “objetivo político”, acorde con la idea de transparencia, la regulación que evite que no haya barreras al tráfico en Internet, la supervisión de las normas de los Estados y el vínculo con lo que tiene que ver con las “libertades en Internet”.¹⁴³ Después de un procedimiento de consulta pública “sobre una Internet abierta y la neutralidad de la red”, que tuvo lugar entre el 30 de junio y el 30 de septiembre del 2010, la Comisión publicó su Comunicación “La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa” COM (2011) 222 final.¹⁴⁴ Su traducción jurídica básica se centra en reconocer “la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección” (artículo 8, apartado 4, letra g), de la Directiva marco, Directiva 2002/22/CE, tras la reforma del 2009. Cabe tener en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de noviembre del 2011 sobre la Internet abierta y la neutralidad de la red en Europa (2011/2866).¹⁴⁵

Actualmente, la Unión Europea está en proceso de aprobación del Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen medidas en relación con el mercado único europeo de las comunicaciones electrónicas y para crear un continente conectado. En el procedimiento en marcha, el Pleno del Parlamento Europeo discutió y aprobó en marzo del 2014 una propuesta sobre la neutralidad en la red.

.....
143 La Comisión otorga gran importancia al mantenimiento del carácter abierto y neutral de Internet, teniendo plenamente en cuenta la voluntad de los legisladores de consagrar ahora la neutralidad de Internet como un objetivo político y un principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación 1) junto con el refuerzo de requisitos de transparencia afines; 2) la creación de competencias de salvaguardia para las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de prevenir la degradación de los servicios y la obstaculización o entorpecimiento del tráfico en las redes públicas 3) la Comisión supervisará atentamente la aplicación de dichas disposiciones en los Estados miembros, haciendo especial hincapié en su informe anual al Parlamento Europeo y el Consejo en el modo en que se están protegiendo las “libertades de Internet” de los ciudadanos europeos. Entretanto, la Comisión seguirá de cerca las repercusiones de las evoluciones del mercado y de la tecnología en cuanto a las “libertades de Internet”, informará al Parlamento Europeo y al Consejo antes de que finalice el 2010 de la necesidad o no de directrices adicionales e invocará sus atribuciones legislativas existentes en materia de competencia para tratar cualquier práctica contraria a la competencia que pueda producirse.

144 <http://goo.gl/Jg8HrX>

145 <http://goo.gl/AxbU5V>

Una propuesta: la especial protección constitucional a los prestadores de servicios que permiten la comunicación pública electrónica esencial para la democracia moderna

No solo se trata de reconocer el derecho fundamental de acceso a Internet y de extender las garantías de las libertades de expresión e información. Hay que reforzar la posición jurídico-constitucional de los prestadores de servicios de acceso a la información. La garantía institucional reconocida clásicamente a los medios de comunicación social, y que refuerza jurídicamente la posición de los medios, ya no solo debe atribuírseles a ellos, sino que debe reconocerse especialmente a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la información.¹⁴⁶ Qué duda cabe que el buscador *Google* o el servidor de vídeos *Youtube* o la enciclopedia interactiva *Wikipedia*, por citar algunos, son elementos esenciales para el acceso a la información en la actualidad. Es cierto que estos grandes prestadores de servicios, tienen de hecho una posición materialmente reforzada por su enorme relevancia económica y social en el mundo moderno, pero deben contar también con el reconocimiento reforzado de una garantía institucional o la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, lo cual en modo alguno implica la mayor libertad que pueda venir conferida por la actual falta de regulación. Lo mismo cabe decir de las herramientas que facilitan la interacción y el debate entre los usuarios de Internet, particularmente las herramientas más empleadas de la llamada web 2.0. En este punto, las redes sociales, así como habituales foros o espacios colaborativos son instrumentos específicos e idóneos para el acceso a la información y para la generación de información y contenidos y, en fin, para el ejercicio de las libertades informativas. De este modo, debe reconocerse también a los grandes prestadores de estos servicios la garantía institucional, que en su caso puede reforzar las garantías en cada caso concreto.

Cabe recordar en este sentido que en España desde la STC 12/1982 (FJ 3º) se atribuye una garantía institucional a la “opinión pública libre”, dado que esta es esencial para el sistema democrático. Se afirma desde entonces que:

.....
¹⁴⁶ Puede seguirse esta afirmación desde “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol, monográfico*. “Comunicación, nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático”, coord., Rubén Martínez Dalmau y José María Vidal Beltrán, nº 76-77, 2014.

La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos y [...] también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.

Aunque se relativiza desde los años noventa, en razón de esta garantía o la dimensión objetiva de la libertad de expresión e información se refuerza la prevalencia de la posición de los medios de comunicación, lo cual se observa especialmente en el juicio y ponderación del interés público en el ejercicio de las libertades informativas (ver entre otras muchas las SSTC 104/1985, FJ 5º; 159/1986, FJ 6º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, FJ 4º). Obviamente, no se trata de un efecto automático que implique una ponderación siempre favorable a los medios de comunicación, sino que la situación se analiza en cada caso concreto.

Parafraseando la referida argumentación constitucional, hoy es indiscutible que sin los prestadores de la sociedad de la información que permiten el acceso a la información y la generación de contenidos y la interacción de los usuarios “no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular”, por lo que merecen “una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social”.

Aunque las ha ignorado por completo la sentencia definitiva, claramente contraria a las mismas, las conclusiones del 26 de junio del 2013 del Abogado General Jääskinen del caso Google contra AGPD fueron rotundas al afirmar que:

Poner contenidos a disposición del público en Internet equivale, como tal, a la libertad de expresión. [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos o contenidos cargados por otros, en Internet”. (ap. 122)

No hay que desdeñar tales afirmaciones. Cabe puntualizar que las libertades de expresión e información se ejercen cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública. Por el contrario, la sentencia que resuelve este caso no confiere una protección especial al buscador Google en razón de su papel esencial para el acceso a la información en el mundo. No se tiene en cuenta el efecto que puede producirse de modo global por imponer límites o condiciones severas a este prestador de servicios o a muchos otros que quedan en el ámbito de proyección de

esta sentencia. Simplemente se aborda la cuestión desde la perspectiva del caso concreto.

Es de interés recordar el principio 1º b) de la ya citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet del 2011 (ONU, OSCE, OEA, etc.):

b. Al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

En la referida sentencia no parece preocupar que pueda haber una sensible merma de contenidos accesibles efectivamente en Internet. No se considera que afecte a la libertad de información ni que esta disminución de contenidos sea resultado de aplicar criterios privados, esto es, tanto el interés privado del sujeto sobre el que versan los contenidos cuanto el interés privado de Google de retirar temas que sean problemáticos.

La no discriminación en la implantación de la administración electrónica y las obligaciones de relacionarse exclusivamente por medios electrónicos

Desde el punto de vista jurídico, desde el principio de igualdad debe garantizarse que la implantación de servicios electrónicos por las administraciones públicas no genere discriminaciones. Ahora bien, el avance de las nuevas tecnologías siempre va a dotar de más posibilidades a quien accede a ellas que a quien no quiere o no puede hacerlo. El ciudadano conectado, lógicamente, siempre contará con más y mejor información. Considerar per se esto discriminatorio frenaría, de forma absurda, el avance de la sociedad de la información y del conocimiento. En general, dotar de ventajas al internauta no debe considerarse discriminatorio, siempre que ello no implique una clara desventaja, incluso castigo a quien no está conectado. El tratamiento jurídico no es en modo alguno sencillo y es preciso ir al caso concreto. Por ejemplo, cabe preguntarse si sería discriminatorio que la devolución del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) se practique antes, como así parece ser, a quienes presentan su declaración vía electrónica. La mayor agilidad en la tramitación del procedimiento puede justificar este tipo de tratos favorables. También es válido cuestionarse si una tasa puede ser menor

cuando el ciudadano reciba un servicio electrónico que tenga menos costes para la administración que cuando lo presta en papel.

Las exclusiones más relevantes pueden generarse por obligar a la ciudadanía a relacionarse exclusivamente por medios electrónicos con la administración.¹⁴⁷ A ello da cobertura el artículo 27. 6º de la Ley 11/2007 que regula la e-administración:

6. Reglamentariamente, las administraciones públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando solo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica, dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

Es necesario tener en cuenta que respecto de la relación electrónica con la administración hay un claro mandato de garantías de acceso de todos a las TIC (artículo 8):

1. Las administraciones públicas deberán habilitar diferentes canales o medios para la prestación de los servicios electrónicos, garantizando en todo caso el acceso a los mismos a todos los ciudadanos, con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos, en la forma que estimen adecuada.

Pues bien, el artículo 27. 6º exige que sea un reglamento el que imponga la obligación de relacionarse electrónicamente con la administración. Cabe recordar que las bases de un concurso, contratación o beca, por ejemplo, no tienen naturaleza reglamentaria aunque se adopten por medio de decretos u órdenes. Asimismo, la norma reglamentaria que imponga la relación electrónica debe determinar suficientemente la tipología de procedimientos que son obligatorios para la ciudadanía, así como los colectivos que quedan sujetos a la obligación, evitando fórmulas genéricas.

.....
147 Sobre el tema "Los derechos de la ciudadanía ante la administración electrónica en la legislación española", *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías* nº 26, 2011-2, 19-45. Más extenso en: "El derecho a relacionarse electrónicamente con las administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo", en Eduardo Gamero Casado y Julián Valero Torrijos, coords., *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, del 22 de junio del 2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos* (Navarra, España: Aranzadi, 3ª edición, 2010), 177-344.

El tema es más sensible de lo que pueda parecer, puesto que hoy día millones de pequeñas empresas o empresarios autónomos o comunidades de propietarios quedan obligados a que se les notifiquen electrónicamente, por ejemplo, las multas de tráfico o comunicaciones con Hacienda, respectivamente. La Sentencia 59/2010 del 29 de enero del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Castilla y León anuló la imposición de la relación electrónica a una empresa de la construcción. Se entiende que sobre la base de un derecho reconocido a la relación electrónica (artículo 6 Ley 11/2007), la posibilidad de imponer la interactuación es excepcional y por tanto debe ser interpretada de forma restrictiva. Ni la norma estatal ni las normas autonómicas o locales tampoco ofrecen muchas luces ni garantías sobre la obligatoriedad de medios electrónicos.¹⁴⁸

Así pues, quien apruebe la norma reglamentaria que establezca la obligación de medios electrónicos debe efectuar una constatación probada de que ello no implica riesgos de exclusión. Y esta garantía debería darse también para la tan generalizada práctica de exigir utilizar una plantilla en Internet para generar y completar una solicitud, sin perjuicio de que luego pueda presentarse el escrito en papel en la administración presencial.

.....
148 A salvo del futuro decreto de e-administración de la Comunidad Valenciana que sí que incluye previsiones específicas y novedosas al respecto, quizá únicamente cabe mencionar la Ordenanza de Administración electrónica de Zaragoza que contiene algunas concreciones. Pese a que facilita mucho la imposición de medios electrónicos a cualquier solicitante de subvenciones o asociaciones, su apartado 2º incluye una garantía formal que puede evitar tal discriminación con la obligación de "informar con carácter previo a los afectados mediante sus colegios o asociaciones profesionales y otorgar un plazo de adaptación adecuado, antes de implantar plenamente la obligatoriedad del uso de medios electrónicos".