

El presente documento se corresponde con la **versión previa a la revisión de imprenta** del artículo-capítulo referido. Por ello, su contenido no necesariamente se corresponde con lo definitivamente publicado.

La numeración de las páginas del documento se hace coincidir aproximadamente con la de la publicación original.

Se disponen estos documentos a través de este medio a los únicos efectos de facilitar el acceso a la información científica o docente. En todo caso, el acceso oportuno al documento debe ser a través del lugar de su publicación indicado y, en todo caso, nunca deben ser utilizados con ánimo de lucro.

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

Ante cualquier duda, no dude en dirigirse a contacto en www.cotino.net.

CAPÍTULO DE LIBRO, “Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen www.portalfio.org en el marco de la Formación del Programa Regional de Apoyo a las Defensorías del Pueblo de Iberoamérica (PRADPI). 28 páginas. Será publicado tras la experiencia de varias ediciones del curso.

Lorenzo Cotino

TERMINOLOGÍA, CONCEPTOS Y CONCEPCIONES DE DEMOCRACIA ELECTRÓNICA.....	2
85. VARIADA TERMINOLOGÍA.....	3
86. VERSIÓN FUERTE Y VERSIÓN DÉBIL DE DEMOCRACIA ELECTRÓNICA.....	3
a) <i>Versión fuerte: e-democracia como democracia directa</i>	3
b) <i>Versión débil: las TICs como herramienta de mejora de la democracia, no centrada en el voto electrónico</i>	4
87. CONCEPTOS AFINES	4
APREHENSIÓN JURÍDICA GENERAL DEL FENÓMENO	5
88. VENTAJAS GENERALES DE LAS TICs PARA LA DEMOCRACIA Y GOBIERNO.....	5
89. LA OBLIGACIÓN DE IMPLANTAR FORMAS DE E-DEMOCRACIA Y E-GOBIERNO COMO PRINCIPIO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL, DIFÍCILMENTE CONCRETABLE	6
90. POSIBLE REGULACIÓN Y RECEPCIÓN JURÍDICA DE “DERECHOS ELECTRÓNICOS” A LOS CIUDADANOS Y OBLIGACIONES A LOS PODERES PÚBLICOS	6
ACCESO A LAS TICs, BRECHA DIGITAL Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO	7
91. ACCESO A INTERNET EN LATINOAMÉRICA Y ESPAÑA.....	7
92. BRECHA DIGITAL Y ELITOCRACIA ELECTRÓNICA	8
a) <i>No discriminación en la implantación del gobierno y democracia electrónicas</i>	8
b) <i>Las políticas de acceso a internet y alfabetización digital desde el punto de vista jurídico y de los derechos fundamentales</i>	9
CAUTELAS RESPECTO DE LA DEMOCRACIA Y PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICAS.....	10
A) NECESIDAD DE CONTROL POLÍTICO Y FISCAL DE POLÍTICAS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN	10
B) PELIGRO DE SOBRE REPRESENTACIÓN AL CIUDADANO QUE PARTICIPA A TRAVÉS DE INTERNET	10
C) FRACCIONAMIENTO SOCIAL.....	11
94. LA SEGURIDAD Y EL PELIGRO DEL “GRAN HERMANO”. LA ESPECIAL PROTECCIÓN JURÍDICA DE LOS CIUDADANOS QUE PARTICIPAN A TRAVÉS DE LA RED Y LA GARANTÍA DE SU ANONIMATO Y PROTECCIÓN DE DATOS.....	11
a) <i>Anonimato en la participación política en la red como garantía de la libertad de expresión</i>	11
b) <i>Anonimato, privacidad y sus garantías</i>	12
ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y TICs, LAS TICs EN LAS CAMPAÑAS ELECTORALES	12
95. ADMINISTRACIÓN ELECTORAL Y LA CRECIENTE EMERGENCIA DE LAS TICs EN CAMPAÑA.....	12

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

96. CAMPAÑAS INSTITUCIONALES Y MEDIDAS DE FOMENTO DE LAS CONDICIONES DE IGUALDAD DE LAS OPCIONES ELECTORALES EN LA RED	13
97. NOVEDADES EN INTERNET POR CUANTO A TÍPICAS PROHIBICIONES PREVIAS A LOS COMICIOS ELECTORALES	14
a) <i>Internet y jornada de reflexión electoral:</i>	14
b) <i>Prohibición de encuestas y sondeos</i>	14
VOTO ELECTRÓNICO: TIPOS Y GARANTÍAS	15
98. VOTO ELECTRÓNICO Y SU TIPOLOGÍA: UNA IMPORTANTE DISTINCIÓN	15
a) <i>Voto electrónico local en entornos sí controlados</i>	15
b) <i>Voto electrónico telemático, a distancia en entornos no controlados</i>	15
99. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES DEL VOTO ELECTRÓNICO: LOS “PRINCIPIOS” DEL CONSEJO DE EUROPA	16
<i>Garantía de voto universal</i>	16
<i>Garantía de voto igual</i>	17
<i>Garantía de sufragio libre</i>	17
<i>Garantía de voto secreto</i>	17
100. LAS “REGLAS DE PROCEDIMIENTO” DEL CONSEJO DE EUROPA	17
<i>Transparencia</i>	17
<i>Verificación y responsabilidad</i>	18
<i>Fiabilidad y seguridad</i>	18
101. LA DUDA DEL VOTO ELECTRÓNICO NULO	18
EJERCICIO ELECTRÓNICO DE LAS FÓRMULAS DE INICIATIVA LEGISLATIVA POPULAR Y DEL DERECHO DE PETICIÓN	18
TICS, TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA POR EL PÚBLICO	20
103. PRINCIPIOS Y DERECHOS DE TRANSPARENCIA Y ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA	20
104. PROPUESTA DE OBLIGACIONES JURÍDICAS Y DERECHOS DE LOS CIUDADANOS DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA RED.....	20
105. JURIDIFICACIÓN DE LOS MEDIOS Y CALIDAD DE LA INFORMACIÓN PÚBLICA	21
106. MECANISMOS INSTITUCIONALES DE GARANTÍA DE LA TRANSPARENCIA ELECTRÓNICA	22
TICS Y DEMOCRACIA PARTICIPATIVA	22
A) PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICA: LAS TICS EN LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO PARTICIPATIVO	22
B) POSIBILIDAD DE RECEPCIÓN JURÍDICA DE COMPROMISOS DE FÓRMULAS DE PARTICIPACIÓN ELECTRÓNICA.....	23
LIBERTADES INFORMATIVAS Y SU DIFÍCIL ADAPTACIÓN A INTERNET	23
108. TIPOLOGÍA DE MODOS Y MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN INTERNET.....	23
<i>Internet como canal de comunicación interpersonal:</i>	24
<i>Internet como medio de comunicación de masas:</i>	24
109. LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN PROTEGE EN GENERAL INTERNET Y A TODOS LOS INTERNAUTAS	24
110. DIFICULTADES DE ATRIBUCIÓN DE RESPONSABILIDAD JURÍDICA EN LA RED	25
111. NO CABE UNA MAYOR LIMITACIÓN EN INTERNET.....	26
112. PLURALISMO EN INTERNET Y POSIBLE “CENSURA” POR EMPRESAS PRIVADAS.....	26
113. PROYECCIÓN DE ALGUNAS CATEGORÍAS Y GARANTÍAS DE LAS LIBERTADES INFORMATIVA A INTERNET	27
a) <i>Una clave: la relevancia o interés público de la noticia</i>	27
b) <i>La veracidad y la diligencia del informador y el derecho de réplica o rectificación</i>	27
c) <i>El secreto profesional del periodista en internet ¿para todos?</i>	28

Terminología, conceptos y concepciones de democracia electrónica

En el primer módulo del curso se hizo clara referencia a la dificultad que implica el tratamiento de democracia como concepto y como concepción. Este mismo problema se reproduce e incluso se acentúa cuando se trata de la llamada “democracia electrónica”. De hecho, la variedad y discrepancia parte de la terminología misma.

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

85. Variada terminología

La terminología en la literatura sobre la materia es muy variada: e-democracia, i-democracia, democracia electrónica, e-participación, participación electrónica, ciberdemocracia, teledemocracia, democratización electrónica, ciberpoder, ciberciudadanía, ciudadanía.com, y un largo etc. A estas formas no dejan de añadirse recientemente otras como e-cognocracia o democracia electrónicamente influida, por ejemplo.

Pese a los intentos por diversos autores de atribuir una connotación particular a estas diferentes terminologías (plasmando diferentes “concepciones” de democracia, en el sentido que se expuso en el módulo 1) lo cierto es que se utilizan unas y otras expresiones casi indistintamente sin consolidarse doctrinalmente.

Por mi parte, prefiero denominar democracia o participación electrónicas, o e-democracia, casi indistintamente, a la concesión de un papel importante a las tecnologías de la información y comunicación (en adelante, TICs) en los procesos democráticos y participativos de los sistemas democráticos liberales. En cierto modo, todo el nexo de las materias seguidas en los módulos anteriores de este curso al vincularse con las TICs, valen como un concepto amplio de democracia electrónica.

86. Versión fuerte y versión débil de democracia electrónica

El instrumento que son las TICs bien puede proyectarse en las diversas concepciones de la democracia: tanto en la democracia representativa, la democracia participativa, como en la democracia directa, o más allá de esta terna conceptual, en ámbitos como la llamada democracia social o incluso la empresarial y corporativa. Las TICs son herramientas de comunicación y como tales son medios eficaces para todo proceso participativo de difusión de información y conocimiento, consultas, deliberación, posicionamiento y en su caso, voto.

a) Versión fuerte: e-democracia como democracia directa

Debe advertirse que los estudios sobre democracia electrónica se dan desde mediados del siglo XX. En el tratamiento de la cuestión, hay tanta variedad como autores, en todo caso, puede valorarse de forma genérica el estado de la cuestión. El tratamiento jurídico suele ser escaso y poco profundo, y buena parte de los estudios son bastante visionarios y utópicos y, por lo general, parten de una crítica –destruktiva o constructiva, según los casos- de la democracia representativa, como algo a superar gracias a las TICs. En este sentido, las TICs vienen a ser la *excusa* para cambiar el sistema político. Así las cosas, bajo terminologías diferentes, con la “democracia electrónica” parece latir una apuesta –muy variada- por una democracia directa, en la que cada ciudadano puede expresar instantáneamente, desde su pantalla de ordenador, su punto de vista sobre cuestiones que se sometan a su elección o sobre las que se recabe su opinión, optando a favor o en contra de ellas: una votación continua desde cualquier lugar sobre todos los temas en discusión política. Podríamos decir con Pérez Luño que ésta es una “versión fuerte” de la e-democracia. A mi juicio, vincular las nuevas tecnologías a la democracia directa con votación continua de los asuntos públicos, puede tildarse de “teledemagogia”.

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Esta visión bastante habitual sobre e-democracia lleva a que la literatura sobre la materia centre la atención casi monográficamente en el voto telemático o electrónico, descuidando, por el contrario, otros ámbitos esenciales.

b) Versión débil: las TICs como herramienta de mejora de la democracia, no centrada en el voto electrónico

Como se dijo en el primer módulo, en este curso se apuesta en general por una concepción de la democracia que tienda a ser más deliberativa y más participativa, siempre en el marco de un sistema de democracia representativa e indirecta, que es la que permite el mejor ejercicio y garantía de los derechos fundamentales.

Por ello, a la hora de tratar la democracia electrónica, aquí se apuesta por una “versión débil” de la misma en el sentido de que las TICs son las herramientas para reforzar y mejorar la democracia, como se irá viendo, no para acabar con la concepción predominante y suplantarla por otras.

Dada una literatura sobre el tema bastante sesgada –y polarizada-, creo que hay que insistir en la idea de que las “TICs” no han de ser las protagonistas, sino el *instrumento* de evolución del modelo político. La democracia será lo que las personas queramos, y como afirma Castells, la red será lo que la gente quiera que sea, pues son los usuarios quienes definen su uso.

De igual modo, creo que hay que insistir que la democracia electrónica ni empieza ni acaba, afortunadamente, en el voto electrónico, pese a que se suelen identificar.

87. Conceptos afines

Hay diversos conceptos de especial interés y afinidad para la materia abordada.

El concepto de “TICs” desde los años 70 se utiliza para indicar la convergencia que culmina en los años 90 de la electrónica, la informática, las telecomunicaciones. Se hace referencia a aquellas 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 ópticas. Aunque no exclusivamente, hoy día internet es emblema de las TICs y concentra toda la atención.

“Sociedad de la Información” “es una fase de desarrollo social caracterizada por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera”. (Fundación Telefónica, accesible en <http://www.telefonica.es/sociedaddelainformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf>).

“Sociedad del conocimiento”: se alcanza cuando los datos y la información se integren en un marco que permite hacer un uso eficiente y eficaz del gran caudal de los mismos y generar conocimiento “ex novo”, lo cual requiere el proceso, análisis, clasificación, reflexión y asimilación de la información, convirtiéndola en acción mediante la toma de decisiones.

Asimismo, procede hacer referencia a algunas definiciones de gobierno o administración electrónica (*egovernment*, indistintamente en inglés). Y es que el mismo concepto viene vinculado a la participación y democracia a través de las TICs.

De entre las diversas definiciones, cabe destacar la que sigue “es el uso de las tecnologías de información y comunicaciones que realizan los órganos de la

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

administración para mejorar los servicios e información ofrecidos a los ciudadanos, aumentar la eficiencia y la eficacia de la gestión pública e incrementar sustantivamente la transparencia del sector público y la participación de los ciudadanos".

Proyecto de Reforma y Modernización del Estado. Gobierno electrónico en Chile hoy. Ministerio Secretaría General de la Presidencia pp 2.

<http://hasp.axesnet.com/contenido/documentos/Libro%20Estado%20del%20Arte%20del%20E-Gob%20en%20Chile.pdf>

La conexión clara se produce al considerarse el e-gobierno como una evolución, que resumidamente cabe exponer:

- 1- Acceso y accesibilidad a la información sobre y de la administración.
- 2- Interacción básica, caracterizada en muy buena medida por la posibilidad de comunicación del administrado con la administración.
- 3- Interacción avanzada en ambos sentidos administrado-administración, hasta la prestación total de servicios y plena tramitación.
- 4- Formas de participación y democracia digital.

Según lo dicho, incluso se podría afirmar el continuo lógico de estas nociones:

e-administración → e-gobierno → e-participación → e-democracia

Aprehensión jurídica general del fenómeno

88. Ventajas generales de las TICs para la democracia y gobierno

Se pueden alegar una infinidad de ventajas para la implantación de la democracia, la participación y el gobierno electrónicos:

Eficacia: más eficacia en la prestación de servicios públicos, vinculados también a la democracia y participación. Mejor funcionamiento de sistemas electorales, facilidades para mejor ejercicio y funcionamiento de la administración electoral. Facilitación de implantación de mecanismos de acceso a la información y participación en diversos niveles, etc.

Eficiencia: lograr la eficacia a menor coste. Así sucede por ejemplo en procedimientos electorales y administración electoral y, sobre todo, en la facilitación de acceso a la información pública a través de la red, también como canal de participación variada pública o privada.

Transparencia: en principio por una información pública al público más accesible, con diversos niveles de profundidad.

Comodidad, para el ciudadano al que se le añade un canal de información y participación fácilmente disponible desde un punto de acceso informático, generalmente doméstico.

Pluralismo: la pluralidad inherente a la red facilita en principio el mayor pluralismo y que los medios de comunicación clásicos (públicos o privados), en ocasiones oligárquicos, dejen de constituir un filtro material al libre flujo de información y opinión.

Participación y cultura participativa: las anteriores ventajas, en principio facilitan un aumento de participación por la comodidad de hacerlo para el ciudadano y por la ampliación de posibilidades de llevarlo a cabo.

Inclusión: permite añadir participantes en sectores específicos con tradicionales dificultades (enfermos, discapacitados, emigrantes, desplazados, etc.). Facilita el interés,

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

la información y las posibilidades en algunos sectores sociales así como en territorios con dificultades de acceso y movilidad.

Permite la estructuración de la participación política de los ciudadanos y los grupos en los que se integra: la red permite que colectivos, grupos e individuos se articulen de manera antes desconocida a través de la red, compartan información, deliberen, actúen y participen (asociaciones formales o no, redes ciudadanas, nuevos movimientos sociales temporales o permanentes, etc.).

Facilita la memoria política: la ingente información de la red, su estructuración y permanencia (por ejemplo a través de Google, permite recuperar la memoria política de acontecimientos pasados de trascendencia (afirmaciones de responsables políticos, etc.).

89. La obligación de implantar formas de e-democracia y e-gobierno como principio jurídico-constitucional, difícilmente concretable

Tanto desde la perspectiva de la administración electrónica, como desde una perspectiva más cercana a la democracia y participación electrónicas, ventajas como las anteriormente enunciadas llevan a afirmar que hay un principio jurídico-constitucional objetivo que impulsa a los poderes públicos a adoptar políticas en la dirección de la implantación del gobierno, democracia y participación electrónicas.

Según las constituciones de cada país, este principio objetivo puede encontrarse, por ejemplo, en los mandatos de eficacia y democracia del gobierno y la administración, de buena administración, de servicio a los ciudadanos, de acceso a la información pública y de transparencia, etc. Asimismo, según lo que concretamente quiera sostenerse este principio objetivo puede considerarse en el marco de la dimensión objetiva de algunos derechos fundamentales, como el derecho al sufragio activo y pasivo, el derecho de participación general, el derecho de petición, el libre acceso a la información (en su caso pública), la libertad de expresión, el derecho de educación, el derecho a la buena administración, derecho de acceso a los registros o archivos, el derecho de audiencia previa a las decisiones y cualquier otra forma jurídica que adquieran derechos subjetivos vinculados al ámbito de la democracia y participación.

En ocasiones, no es descartable que las constituciones y otras normas jurídicas incluyan referencias expresas a las nuevas tecnologías y el deseo de implantación en la administración, poderes públicos y mecanismos participativos.

No obstante, por lo general, hoy día, tales normas tienen el carácter de principio, incluso cuando se formulan como derechos, suelen serlo como derechos sociales difícilmente exigibles o que generan sólo obligaciones genéricas para los poderes públicos.

No es impensable, sin embargo, que la jurisprudencia futura reconozca exigencias concretas de implantación de democracia y gobierno electrónicos como parte del contenido subjetivo sí directamente exigible de algunos derechos fundamentales.

90. Posible regulación y recepción jurídica de "derechos electrónicos" a los ciudadanos y obligaciones a los poderes públicos

Por múltiples motivos, es cierto que el Derecho recibe mal y tarde la incuestionable implantación y evolución de las nuevas tecnologías: dinamismo, variabilidad técnica, desconocimiento, costes, necesidad de reposo que exige el Derecho, etc.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

No obstante, es posible imponer compromisos y obligaciones concretas a través del Derecho. De hecho, a personas, empresas y sociedades ya se atribuyen obligaciones jurídicas de presencia e información a los usuarios de internet. Así, por ejemplo, la la Directiva 2000/31/CE, sobre el comercio electrónico, en su artículo 5) y su trasposición en España (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico, artículo 10) impone a todo "prestador de servicios" –como una página web personal con publicidad- a disponer en el sitio web diversas informaciones mínimas. También en el ámbito de la protección de datos se exige a empresa y otros entes a una información pública en materia de protección de datos así como la facilitación de derechos de acceso (artículos 10 y siguientes de la Directiva 95/46/CE de protección de datos).

Pero el ejemplo más llamativo y relevante para la materia de transparencia y democracia electrónicas es el que se ha producido tras la quiebra de la empresa norteamericana Enron (<http://es.wikipedia.org/wiki/Enron>) a principios de la década. Y es que desde entonces se ha producido una ola legislativa por la que se exige una muy elevada transparencia –también a través de internet- y la implantación de mecanismos de participación telemática, a grandes empresas cotizadas en bolsa en favor de la transparencia económica.

Lo irónico es que por lo general los poderes públicos no se obligan jurídicamente a ellos mismos a facilitar información pública por medios electrónicos ni facilitar la participación y apertura.

Una muestra más de hipocresía en el compromiso público por la transparencia es que en ámbitos como la Unión Europea se ha generado la obligación de dispensar información pública en formato electrónico. Así, en la Directiva europea 2003/98/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de noviembre de 2003, relativa a la reutilización de la información del sector público. La misma obliga –con matices- a que los organismos del sector público faciliten "sus documentos en cualquier formato o lengua en que existan previamente, por medios electrónicos cuando resulte posible y oportuno". Debe señalarse que esta obligación obedece a un tratamiento de la información pública como materia prima para que el sector privado pueda adquirirla a precio razonable y generar nuevas oportunidades de negocio.

En el apartado relativo a las TICs y la transparencia e información pública se expone cómo de estas regulaciones es posible tomar el ejemplo de cómo es posible exigir jurídicamente obligaciones de transparencia e información pública a los distintos poderes públicos. Tales obligaciones han de adoptar, por contrapartida, forma de derechos de los ciudadanos.

Acceso a las TICs, brecha digital y su tratamiento jurídico

91. Acceso a internet en Latinoamérica y España

Los datos más recientes (marzo de 2006, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>) señalan que un 14,4% de la población de América Latina (incluyendo Caribe) están ya conectados a internet, suponiendo un 7.8% del total de los internautas mundiales, aproximadamente mil millones. La media de acceso en la Unión Europa, según esos datos es de 49.8% y de Norte América 68.6%.

En Centroamérica son unos 20 millones los internautas entre los 144 millones de población, aproximadamente un 13.9% de población. En Sudamérica 55.6 millones de internautas entre los 370 millones de población, esto es un 18.1%.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Por países, destaca la penetración de internet en Chile (35.7%), Argentina (26.4%). En la zona media se sitúan países como Uruguay (20.8%), Costa Rica (22.7%), México (16.2%), Perú (16%), Brasil (14.1%), Venezuela (12%), Colombia (9.7%). Destacan en la zona más baja Paraguay (2.7%), Bolivia (3.8%), Ecuador (5.2%) así como algunos países centroamericanos (Nicaragua 2.2%, Honduras, 3.3%).

En España, los conectados a internet son el 38.7%, ocupando un lugar bajo en la Unión Europea (48.9%) frente a países como Suecia (74.9%) o Dinamarca (69.4%). Ahora bien, España se sitúa bastante por encima de la media latinoamericana.

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 los últimos años se suman por decenas de millones los nuevos usuarios de internet cada año.

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 el que requieren en los más de los casos las diversas formas de participación y democracia electrónica.

También, a falta de datos concretos para Latinoamérica, debe tenerse en cuenta que los estudios generales muestran cómo los accesos –y más los usos eficaces de internet- se dan entre los sectores medios y altos de la población, más entre hombres que entre mujeres, más entre jóvenes que mayores, más en zonas urbanas que en zonas rurales.

En otras palabras, hoy por hoy la red reproduce, incluso intensifica las pautas de marginalidad social no virtuales. Y no cabe duda de que se trata de un factor nada despreciable cuando se trata de la democracia y participación electrónicas.

92. Brecha digital y elitocracia electrónica

Por lo expuesto, un peligro de obligatoria advertencia y atención jurídica es el de una dualización (conectados/desconectados), la llamada "informarginalidad", "muro", "telón" o, más habitual, "brecha digital" tanto social o territorial y su obvia conexión con la implantación de la democracia y participación electrónicas.

Los sectores más marginados y necesitados de representación de intereses y de conformación de interés general sobre la base de sus necesidades 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 a través de internet ha de tenerse especial cautela con la no discriminación. Ello conduciría, como diversos autores han alertado a una democracia de elites.

Desde el punto de vista jurídico, el tratamiento puede venir dado desde el principio de igualdad y los derechos fundamentales (y su dimensión institucional y prestacional).

a) No discriminación en la implantación del gobierno y democracia electrónicas

Desde la igualdad, debe garantizarse que la implantación de servicios electrónicos no genere discriminaciones. Ahora bien, el avance de las nuevas tecnologías siempre va a dotar de más posibilidades a quien accede a las mismas que a quien no quiere o no puede hacerlo. Considerar esto discriminatorio por sí frenaría, de forma absurda, el avance de la sociedad de la información y conocimiento. En general, dotar de ventajas al internauta no debe considerarse discriminatorio, siempre que ello no implique una clara

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

desventaja, incluso castigo a quien no está conectado. El tratamiento jurídico no es en modo alguno sencillo y es preciso ir al caso concreto.

En este punto, las acciones presuntamente discriminatorias se dan cuando no se duplican las ventajas de la red en el mundo no virtual y, sobre todo, la discriminaciones pueden provenir de la imposición de interactuar sólo electrónicamente.

Si se afirma que sólo se puede votar electrónicamente, puede pensarse de inmediato que esto es discriminatorio. Pero no es así, pues como veremos, el voto electrónico es el generalizado ya en algunos países latinoamericanos, como Brasil y en modo alguno su imposición es discriminatoria.

La imposición de interacción electrónica no es ni mucho menos impensable y de hecho ya sucede en muchos países para sectores empresariales y específicos de la población que están obligados a hacer algunos trámites sólo a través de las TICs. No es automático considerar discriminatoria esta imposición. Esta evaluación jurídica debe hacerse sobre todo desde los parámetros del derecho a la igualdad, reforzada jurídicamente su garantía en conexión con el derecho o libertad de que se trate (derecho de sufragio, general de participación, derecho de acceso a la información pública, derecho de petición, etc.) . Pueden tenerse en cuenta especialmente dos elementos, uno formal y otro material:

-garantías formales: facilita la admisibilidad de la imposición de la interacción electrónica que ésta venga fijada en ley formal, sin perjuicio de que luego remita al desarrollo reglamentario. Mayor legitimidad contará en cuanto la regulación legal concrete en mayor medida las condiciones para que sea obligatoria la interacción electrónica y fije los espacios que debe concretar una norma inferior. Así, la norma legal puede fijar pautas a la norma inferior de quién, cuándo, cómo y porqué puede exigirse la interacción electrónica.

-garantías materiales: las normas que fijen la interacción obligatoria, deberían determinar con una certeza mínima el colectivo de personas u organizaciones a los que se obliga a la interacción electrónica. El acierto y certeza en su fijación pueden ser un criterio determinante para la admisión de la medida desde las pautas de razonabilidad. Asimismo, deben contener previsiones para evitar posibles situaciones y dificultades concretas, como la garantía de acceso a puntos de internet, garantías técnicas frente a caídas del servicio, asistencia técnica, etc.

En todo caso, no debe en modo alguno excluirse jurídicamente que por internet el ciudadano conectado siempre disponga de más y mejor información. Por ello, resultaría absurdo exigir jurídicamente que se duplique la misma información fuera de la red. Lo que sí que podría considerarse exigible para salvar la proporcionalidad de las medidas de información es, como se ha dicho, que se regulen fórmulas de información pública no en línea.

b) Las políticas de acceso a internet y alfabetización digital desde el punto de vista jurídico y de los derechos fundamentales

En todos los sistemas constitucionales no faltan anclajes jurídico-constitucionales para apoyar jurídicamente todas las políticas conducentes a facilitar la sociedad de la información y del conocimiento, la alfabetización digital y el acceso a internet por la ciudadanía: afirmación de la igualdad material, derecho a la educación y dimensión objetiva y prestacional de los derechos fundamentales, en especial, derechos de información y comunicación, etc.

Ello, puede tener especial incidencia para los derechos fundamentales desde el ángulo inverso, como posible fundamentación de restricciones al contenido de otros

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

derechos que queden afectados o limitados. Pensemos por ejemplo el derecho de propiedad o la libre empresa ante la exigencias e imposiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, condiciones de autorización de servicios, imposición de exigencias sobre propietarios, empresas, etc. Todo ello, por ejemplo, en favor de la implantación de políticas de universalización del acceso a internet, de extensión territorial o social de servicios, etc.. También, por ejemplo, ello puede suceder por cuanto posibles restricciones a algunos derechos vinculados a la vida privada, mayormente limitados por un mayor y mejor acceso a la información).

Así pues estos anclajes jurídico-constitucionales pueden servir para justificar la adopción de políticas y legislaciones, o para justificar mejor las cargas y afecciones en derechos que pueden implicar. Lo que es más cuestionable es, no obstante, que estos asideros jurídico-constitucionales (en forma de derechos o bienes constitucionales) puedan servir, también, para generar obligaciones concretas para los poderes públicos en tales políticas de acceso a la red y de alfabetización digital. Desde el ángulo inverso, se trata de afirmar que hoy por hoy es bastante discutible que se generen derechos subjetivos para los particulares de acceder a la red, recibir formación digital, etc. Alegando derechos de educación, información, igualdad, etc.

En todo caso, como ya se ha afirmado, no es descartable que tomen forma jurídico-constitucional algunos derechos de este tipo conforme evolucione y penetre la sociedad de la información. Pensemos, por ejemplo, que en el futuro la configuración de la educación pública sin la inclusión de cuestiones relativas a la sociedad de la información y del conocimiento pudiera vulnerar el derecho fundamental a la educación por no permitir lograr sus objetivos constitucionales.

Cautelas respecto de la democracia y participación electrónicas

93. Ya se ha insistido en los peligros de una elitocracia en internet y de la discriminación política. También, brevemente, cabe tener en cuenta algunas cautelas que pueden tener su traslación jurídica.

a) Necesidad de control político y fiscal de políticas de la sociedad de la información

Es general el desconocimiento y falta de práctica en estas materias, especialmente entre los tradicionales responsables del control político, parlamentario, administrativo y contable de los poderes públicos. En la implantación del gobierno, democracia y participación electrónicas se amplían diversas posibilidades de corrupción en los diversos niveles de los poderes públicos y el conglomerado de empresas e intereses privados que son los que habitualmente *tejen* la red e implantan los servicios públicos de gobierno y democracia electrónicas.

b) Peligro de sobre representación al ciudadano que participa a través de internet

En todo proceso participativo, el perfil más activo de los participantes suele corresponder con las posiciones más polarizadas. Dotar a su participación de especial significación puede suponer infravalorar las posiciones mayoritarias y más moderadas. A la vista de diversas experiencias en la red, esta cautela adquiere especial importancia. En conexión con lo anterior, no debe descuidarse el particular perfil de los usuarios de las nuevas tecnologías así como la probablemente especial idiosincrasia del participante a través de las nuevas tecnologías, puesto que es más que posible que en modo alguno reproduzca transversalmente el perfil del cuerpo social.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

La atribución de una sobre representación al activista por medio de las TICs vendría a ser como atribuir una mayor significación política a los mensajes políticos que suelen decorar el entorno urbano, por lo general nada moderados.

c) Fraccionamiento social

Autores importantes como Sunstein alertan del fraccionamiento social que puede provocar internet, donde los individuos y los colectivos en los que se integra se retroalimentan continuamente, desconectándose de otros fenómenos y preocupaciones sociales y radicalizando sus posiciones endogámicas. Por esta vía, desaparece no sólo la idea del foro público, sino que acaba prevaleciendo una idea de democracia como mera agregación de intereses. Quien suscribe no considera, por el contrario que la actual práctica de la red conduzca claramente hacia este peligro.

94. La seguridad y el peligro del "gran hermano". La especial protección jurídica de los ciudadanos que participan a través de la red y la garantía de su anonimato y protección de datos

Lejos de todo idealismo propio de los inicios de internet, la red es un espacio mucho más controlable que el mundo real. En las variadas fórmulas de democracia y participación electrónicas son muy diversas formas de los ciudadanos dejen un importante "rastros" electrónico (en forma de los llamados datos de tráfico de internet, que permiten reconstruir en buena medida todas nuestras acciones).

En todos estos casos tanto los datos personales cuanto los llamados datos de tráfico son especialmente importantes por la información de especial sensibilidad política. Imaginemos el peligro de acceder al listado de miles de personas que suscriban electrónicamente una iniciativa popular sobre un tema político significado. Pensemos en el posterior tratamiento electrónico de estos datos, imaginemos el acceso a los ordenadores de quienes habitualmente participasen en procesos participativos en internet, a quienes habitualmente accedan a foros políticos, medios de comunicación en la red, etc.

La protección jurídica a veces es muy clara, como que el voto electrónico –todo voto- sea secreto. No obstante, en otras ocasiones la identidad del participante es una garantía de responsabilidad jurídica y política exigible y en otros muchos casos y posibles diseños de mecanismos participativos, el anonimato puede ser una precondition de un debate y deliberación libres a través de la red. No hay una respuesta unívoca.

a) Anonimato en la participación política en la red como garantía de la libertad de expresión

Se habla de un derecho al anonimato en internet, pero éste tiene una difícil construcción jurídica a partir de la concurrencia de varios derechos fundamentales: la libertad de expresión e información, del derecho y garantías al secreto de las comunicaciones y el "nuevo" derecho fundamental de protección de datos (expresamente reconocido en algunos casos, en otros casos considerado integrado en el derecho a la intimidad, la vida privada o el libre desarrollo de la personalidad).

Antes de internet, en Estados Unidos sí que se ha llegado a considerar en alguna sentencia que el anonimato está incluido en la libertad de expresión (por ejemplo, Tribunal Supremo federal norteamericano en 1960, *Talley v. California*). Más recientemente, en *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n* (1995), el Tribunal Supremo

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Federal afirmó la necesidad de aplicar el escrutinio más restrictivo para la limitación de la libertad de expresión, y la necesidad de argumentar un general interés público para levantar el anonimato en las opiniones políticas manifestadas durante los procesos electorales o referéndums.

Al igual que se ha dicho que el anonimato es derecho al voto secreto en el caso de voto electrónico, en algunos casos, el anonimato puede considerarse que forma parte del secreto del periodista y su derecho a no revelar las fuentes. Se trata de una cuestión muy discutible en la medida en la que ser “periodista” en internet lo puede ser cualquiera y se duda si este derecho debe ser reservado a los profesionales. En EEUU ya se ha considerado que este clásico “privilegio” de los periodistas puede disfrutarlo cualquier periodista no profesional en la red, prácticamente cualquier persona. Así en sentencia de marzo de 2005 en Santa Clara –*caso Dan Gillmore*– (afirmado aún más claramente por la Corte Estatal de Apelaciones de San José en mayo de 2006) y en caso John Doe nº1 v. Cahill, de octubre de 2005, en Delaware.

Obvio es decir que en unos y otros casos, este anonimato y confidencialidad, pese a considerarse parte de un derecho fundamental, puede estar sometido a límites y justificaciones objetivas, razonables y proporcionales a las finalidades como persecución de delitos, ofensas al honor, intimidación y propia imagen, protección de menores, jóvenes, etc. Sin perjuicio de ello, cuando se vincula a la democracia y la participación electrónicas, debe considerarse más intensa su protección jurídica.

En el marco del Consejo de Europa, algún documento sin valor jurídico ha conectado expresamente el anonimato con la libertad de comunicación en internet. Así la Recomendación nº R(99)5 del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa sobre la protección de la intimidad en Internet se afirma “la necesidad de desarrollar técnicas que garanticen el anonimato de las personas afectadas y de la confidencialidad de la información intercambiada a través de las “autopistas de la información”, en el respeto de los derechos y libertades de los demás y de los valores de una sociedad democrática”. Más recientemente, la Declaración del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de mayo de 2003, sobre la libertad de comunicación en Internet, Principio 7: Anonimato.

b) Anonimato, privacidad y sus garantías

No obstante, las citadas resoluciones, la protección en Europa del anonimato en la red se canaliza por medio de los derechos fundamentales a la vida privada, secreto de comunicaciones y protección de datos. No es lugar éste de llevar un mayor análisis sobre estos conocidos derechos fundamentales, baste decir que jurídicamente su protección debe intensificarse cuando queden conectados al ejercicio de derechos de participación política. En especial, deben guardarse especiales cautelas con los datos personales unidos a expresiones políticas, por el peligro para los participantes que pueda comportar su tratamiento por autoridades, por partidos o por sujetos privados.

Administración electoral y TICs, las TICs en las campañas electorales

95. Administración electoral y la creciente emergencia de las TICs en campaña

El empleo de las TICs es una realidad en cualquier sector, y también en la organización y procedimiento electorales. En el ámbito de las actuaciones de

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

administraciones electorales son diversos los reflejos de las TICs. Así, alguna legislación española contempla ya la posible comprobación del censo electoral por los ciudadanos.

De otro lado, se ha señalado con acierto que las administraciones electorales van a tener que añadir en su composición a técnicos en TICs que garanticen, vigilen, resuelvan -y expliquen a los miembros no técnicos- las nuevas cuestiones relativas al voto electrónico, *software* empleado, etc.

No procede ahora recordar todas las posibilidades que la red permite para la difusión de información, la deliberación, la movilización de recursos económicos, personales y emocionales entre la población, en especial, la población internauta. Se dice, con diversa fundamentación sociológica y politológica, que los *blogs* (a modo de páginas web personales) en EEUU marcaron la agenda política durante el último semestre de las elecciones Bush vs. Kerry en 2004 y, finalmente, decidieron la victoria, gracias al predominio republicano en la red, superando la incidencia de los medios de comunicación clásicos.

96. Campañas institucionales y medidas de fomento de las condiciones de igualdad de las opciones electorales en la red

Desde el punto de vista del Derecho que aquí interesa, cabe señalar que la normativa electoral debe adaptarse a diversas cuestiones como la captación de fondos para las campañas a través de internet, intentando aplicar la normativa no virtual y garantizar su cumplimiento ante el uso de la red por candidatos y partidos.

También debe modularse la típica actuación de los poderes públicos fomentando el voto en campañas institucionales y facilitando el acceso en condiciones de igualdad a todas las opciones electorales.

Por cuanto a las campañas institucionales a favor del voto, éstas pasan a proyectarse también en los medios de comunicación clásicos que están en internet, así como en los sitios institucionales, donde se incluyen anuncios en favor de la participación electoral. Obviamente todas las cautelas para que dichas campañas sean neutras deben seguir dándose en la red.

Mayor enjundia tienen la proyección en la red de las típicas acciones en fomento de la concurrencia en igualdad de las opciones electorales.

En este sentido, es cuestionable que se trasladen a la red la cesión de espacios gratuitos en los medios de comunicación públicos u otras medidas de fomento.

En la red la pluralidad y posibilidad de acceso es totalmente diferente a la de los medios clásicos de comunicación, por lo que puede dudarse inicialmente de la necesidad de asumir alguna actividad positiva los poderes públicos para asegurar cierta igualdad de oportunidades. En todo caso, en el futuro podría plantearse si la igualdad de condiciones en las elecciones podría comportar la obligación de que los poderes públicos facilitasen el acceso a la red de candidatos y partidos y su visibilidad en la red.

En este punto, podría generarse la obligación del poder público de facilitar un espacio digital y una página web con contenidos de información mínimos, para las opciones electorales que así lo requiriesen por no tener medios para acceso e implantación a la red. Estar en la red en condiciones relativamente dignas requiere unos mínimos conocimientos y recursos y medios técnicos y personales. Si bien resulta relativamente sencillo para partidos implantados o candidatos consolidados, no lo es tanto para comicios con muchos candidatos, pequeños partidos o agrupaciones. Ahí el papel activo de los poderes públicos puede ser importante y la ley puede facilitar en el futuro unos mínimos de presencia y visibilidad en la red.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

De igual modo, los poderes públicos podrían obligarse a facilitar la no sólo la existencia en la red, sino también la visibilidad de todos los partidos, centralizando la información sobre todos los partidos-candidatos en un punto de acceso único, un portal único para el comicio en cuestión. Las mismas campañas institucionales a favor del voto podrían dirigir a un lugar de internet donde todas las opciones en competencia sean fácilmente accesibles.

Todo ello podría garantizarse jurídicamente regulando estándares del diseño de estos sitios web de información, criterios de visibilidad, orden de los concurrentes, tamaño, color, disposición de iconos, fotografías, etc. reglamentados, número de "clicks" para acceso a la información de cualquier partido. Al fin y al cabo, en muchos casos este tipo de normas concretas y técnicas ya se dan por cuanto a la oferta electoral en los colegios y papeletas.

97. Novedades en internet por cuanto a típicas prohibiciones previas a los comicios electorales

a) Internet y jornada de reflexión electoral:

Es típico en muchos países la existencia de un periodo de prohibición de la solicitud del voto. Esta prohibición en general debe trasladarse a internet, así como las posibles sanciones por su incumplimiento.

Ahora bien, debería en todo caso tenerse en cuenta la necesidad de adecuar y flexibilizar criterios para juzgar su posible incumplimiento en internet. Por lo general, debe seguir prohibiéndose cualquier fórmula activa de promoción del voto en internet, no requerida por el usuario (por ejemplo mensajes emergentes, correos electrónicos). También, debe considerarse prohibida la publicidad en medios clásicos de comunicación en internet que se actualizan frecuentemente (por ejemplo, un periódico en internet). Por el contrario, la prohibición debe relativizarse y flexibilizarse para modos de comunicación en internet que siguen accesibles el día de la prohibición, en los que retirar los contenidos prohibidos exigiría importantes esfuerzos para su eliminación (foros, webs de partidos pequeños sin medios, páginas personales de partidarios de un sentido del voto, etc.).

En este punto, debe tenerse en cuenta la actividad positiva del internauta que voluntariamente accede a estos sitios.

b) Prohibición de encuestas y sondeos

Se suscitan problemas fácticos también por cuanto a la prohibición de realización y publicación de encuestas y sondeos electorales durante un periodo previo a la elección, algo común en diversos países. Dicha obligación es fácilmente eludida cuando la información prohibida se ubica en medios de comunicación no sometidos a la legislación –o a la acción- del país de que se trate. El ciudadano internauta del territorio donde rige la prohibición puede fácilmente acceder a tales contenidos prohibidos, lo cual es difícilmente evitable, e incluso resultaría desproporcionada la mera amenaza al usuario de que su acción es ilícita.

También, es muy fácil que al igual que sucede con publicidad y peticiones de voto en un sentido el día de reflexión, sigan presentes y accesibles en la red informaciones sobre sondeos anteriores al periodo de prohibición. Para esta situación deben seguirse los criterios enunciados anteriormente sobre la relativización de la prohibición en internet.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

La aplicación inflexible de algunas de estas prohibiciones en internet podría generar la persecución de internautas, nuevos modos de comunicación en la red (páginas personales, foros, blogs) y pequeños partidos, candidatos, agrupaciones, sin medios materiales y personales de actualización de contenidos.

Voto electrónico: tipos y garantías

98. Voto electrónico y su tipología: una importante distinción

Es especialmente necesaria una precisión conceptual sobre el voto electrónico y su tipología. Tales distinciones tienen una también muy diversa en el sistema político y en su tratamiento jurídico-constitucional.

a) Voto electrónico local en entornos sí controlados

se trata del uso de medios electrónicos de votación en entornos controlados oficialmente, como los colegios tradicionales de votación o, en general, en cualquier otro lugar que cuente con suficiente supervisión a cargo de la administración organizadora. Así, se hace referencia al voto a través de papeletas ópticas (sus datos son grabados por un lector óptico, por ejemplo, códigos de barras). De igual modo, el voto en urnas que son ordenadores: se vota con botones, lápiz óptico o la misma mano. El voto queda registrado en el ordenador, implica la supresión de las papeletas tradicionales como medio de votación, aunque es posible que estas máquinas emitan un comprobante en papel.

Así las cosas, vemos que es muy posible hacer referencia al "voto electrónico" a supuestos en los que poco o nada cambia el sistema electoral al exigirse unas fuertes medidas de control sobre el proceso y, sobre todo, no se trata de voto telemático que permita al votante no acudir al lugar controlado.

Estas modalidades están muy generalizadas precisamente en diversos países de Latinoamérica, como Brasil. En dicho país se ha ido extendiendo en los últimos veinte años, al punto de alcanzar el 100% de las votaciones y regularse como excepcional y subsidiario el voto no electrónico (art. 59 Ley nº 9504, de 30 de septiembre de 1997). En Venezuela comenzó a emplearse en 1998 (a partir del impulso de la Ley Orgánica del sufragio y participación política, de 13 de diciembre de 1997) y se generalizó su uso en el referendo revocatorio de 2004. Por lo general se extiende la modalidad llamada "RED" (Registro Electrónico Directo, *Direct Recording Electronic*): el voto se registra directamente en la memoria de la urna electrónica (esta modalidad se prevé en Perú, República Dominicana, Panamá y Colombia.

b) Voto electrónico telemático, a distancia en entornos no controlados

El voto electrónico en entornos controlados, no a distancia guarda escasas diferencias con el voto no electrónico y poco o nada altera sistema político, sólo facilita el proceso electoral. Está claro que la potencialidad de las TICs respecto del e-voto lo es por cuanto el voto a distancia, telemático, desde cualquier lugar.

El voto telemático electrónico es habitual en ámbitos no reglados, como votaciones a concursos de televisión a través de mensajes por teléfono móvil. Incluso algunas actuaciones administrativas pueden realizarse también expresando el consentimiento por vía de mensajes SMS desde celulares. Se trata de actuaciones de mayor o menor

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

relevancia social o administrativa, pero que en modo alguno exigen las garantías políticas y jurídicas de un sufragio electoral.

De igual modo, el voto telemático electrónico en entornos no reglados ya es una realidad en el mundo empresarial, donde las garantías no se requieren con la intensidad que en el ámbito electoral general de la política pública. Incluso en algunos casos, normativas de transparencia para el mundo empresarial y societario exigen su implantación. Por el contrario, esto no sucede cuando se trata del derecho de voto político.

Algunos países ya lo regulan como algo a implantar en el futuro (como Colombia, Ley 892 de 2004, para ciudadanos en el extranjero) o se detectan proposiciones de ley, como recientemente Francia para ciudadanos en el extranjero (Ley modifica la Ley orgánica nº 76-97 de 1976, 31 de enero sobre el voto de los franceses residentes en el extranjero para las elecciones del Presidente de la República). Ahora bien, hoy por hoy, todo parece indicar que las tecnologías no permiten el mismo aunando las garantías exigibles en un proceso electoral democrático. Así, el proceso más ambicioso de voto a distancia, telemático –no sólo electrónico- fue un rotundo fiasco (*Secure Electronic Registration and Voting Experiment* (SERVE), promovido por el Gobierno de Estados Unidos para quienes estuvieran fuera del país, como militares. Por ello, hoy día se sigue prefiriendo el voto postal por las garantías que presenta. En todo caso, las experiencias son continuas en diversos países y no se sabe lo que el futuro ha de deparar.

99. Las garantías constitucionales del voto electrónico: los "principios" del Consejo de Europa

Son diversas las normas que regulan las posibilidades y garantías del voto electrónico, casi siempre, con exclusiva referencia al voto local, no a distancia o telemático. Sobre la proyección de las garantías constitucionales tradicionales, ínsitas en el mismo contenido del derecho al sufragio activo o pasivo, parece conveniente remitirse a la Recomendación del (2004)¹¹ del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros sobre los estándares jurídicos, operativos y técnicos del voto electrónico. Adoptada por el Comité de Ministros del 30 de septiembre de 2004 en su 898ª reunión (su texto en inglés, por ejemplo, en www.votobit.org/lallave/consejo1.html)

Esta Recomendación, sin exigibilidad jurídica, expresa las normas mínimas que debe contener la regulación de los estados miembros sobre voto electrónico. Se considera que siguiendo sus llamados "principios" y sus "normas de procedimiento" se garantizan los requerimientos democráticos y de los derechos fundamentales. La Recomendación aunque está pensada para el voto electrónico local –el actual-, no excluye su aplicabilidad para el voto a distancia, que reúna las garantías que exige.

La citada resolución recoge como "principios" diversas garantías de estas exigencias ineludibles consagradas en los estados democráticos.

Garantía de voto universal

Se afirman cuatro exigencias:

1º Que el sistema utilizado sea comprensible y fácilmente utilizable por el mayor número de personas posible.

2º Sencillez en el procedimiento para inscribirse y utilizar el sistema de voto electrónico, que no sea una barrera.

3º Que el sistema maximice las posibilidades para los discapacitados.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

4º Que mientras no sea universalmente accesible, el e-voto sólo sea un sistema añadido y complementario.

Garantía de voto igual

Se afirman cuatro directrices:

- que se garantice que sólo sea posible un sólo voto electrónico por el elector
- Seguridad de no duplicidad de voto virtual y no virtual.
- Garantía de que el voto se contabilice sólo una vez.
- Que los mecanismos de recuento permitan fácilmente compatibilizar votos electrónico y no electrónico.

Garantía de sufragio libre

- Garantía de identidad (persona real y viva, datos biométricos).
- Garantía de no coacción (en particular para voto a distancia).
- Que la votación electrónica no induzca a un voto concreto, irreflexivo, precipitado o desviado.
- Que sea posible modificación del sentido del voto durante el proceso, sin necesidad de asistencia de un tercero, hasta conclusión del procedimiento de e-voto.
- Posibilidad de no mostrar preferencias, voto en blanco exista también electrónica
- Que el sistema indique con claridad la culminación del proceso con éxito. Mensaje de confirmación y terminación del procedimiento.
- El sistema debe imposibilitar cualquier modificación del sufragio.

Garantía de voto secreto

La garantía del secreto es relativamente sencilla de garantizar en el voto tradicional y en el electrónico local, dada la separación física entre la identificación del votante y la papeleta o el voto electrónico en la urna local (aunque sea electrónica). Por el contrario el secreto es más difícil en el voto a distancia, puesto que debe saberse quién vota (en especial cuando el sufragio es obligatorio), pero no debe saberse su voto. Obviamente es necesario adoptar medidas para que las informaciones requeridas en el tratamiento electrónico no puedan ser utilizadas para violar el secreto del voto

100. Las "Reglas de procedimiento" del Consejo de Europa

En la Recomendación europea se contienen también un segundo grupo de reglas, relativas a garantías del procedimiento, sobre transparencia (primero), verificación y responsabilidad (segundo) y fiabilidad y seguridad (tercero).

Transparencia

Respecto de la transparencia se exige adoptar siempre medidas para la confianza y comprensión del sistema. Se recomienda que sea posible practicar previamente al voto definitivo. También se exigen medidas que permitan al ciudadano observar el procedimiento electoral electrónico. En este punto se fijan garantías como el conocimiento del programa utilizado –*software*–, medidas físicas y electrónicas de seguridad. En todo caso, la posibilidad de observación debe evitar la posibilidad de manipulación.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Verificación y responsabilidad

Se trata de las cuestiones más discutidas. Se recomienda la divulgación de los componentes del sistema técnico de voto electrónico, al menos a las autoridades electorales competentes, incluyendo información sobre el sistema, código fuente, intentos de intrusión, etc. Asimismo, la Recomendación señala que un organismo independiente debe verificar el sistema de voto regularmente. También, se indica la posibilidad de un segundo recuento de verificación, lo cual tiene muchas variantes (por el mismo sistema, de forma paralela, impresión de papeletas y recuento manual).

Fiabilidad y seguridad

La Recomendación recoge numerosas previsiones, entre las que cabe destacar: verificaciones de seguridad previas al comicio, selección de personal autorizado con accesos al sistema, con sistemas de actuación por parejas –mínimo- y rotación de personal, la incorporación de mecanismos de seguridad a lo largo del procedimiento electoral frente averías y ataques. Mecanismos de encriptación para el caso de salida de la urna electrónica de los datos de los votos, etc.

Cabe añadir, por último, que buena parte de la doctrina coincide hoy día en la garantía que supone en las votaciones electrónicas la emisión de copia en papel de los votos. Este voto permite auditar las votaciones electrónicas, con depósito en urnas convencionales. Es posible que esta práctica no se considere esencial en el futuro.

101. La duda del voto electrónico nulo

Una de las ventajas del voto electrónico es que excluye la posibilidad de votos nulos, evitando la existencia de un porcentaje pequeño pero indeseable de errores de los electores.

Sobre la base de los principios, si bien debe garantizarse el voto en blanco, parece que no tiene lugar el mantenimiento electrónico del voto nulo. No obstante, la realidad política lleva a que no sea en modo alguno extraño que algunos electores voten voluntariamente de forma nula. Tales mensajes suelen expresar repulsa a la votación, al sistema electoral, al régimen de partidos políticos, desmarcación de posiciones políticas elegidas por otras facciones, etc.

La doctrina no muestra acuerdo sobre el particular, habiendo posiciones en un sentido u otro. Por mi parte, pudiéndose afirmar la existencia en algunos países de una cuarta vía ya casi tradicional de expresión (votar, no votar, votar en blanco y votar nulo), considero que debe mantenerse –por artificial e irracional que resulte- esta posibilidad en el mundo electrónico. Ésta parece ser la opción, por ejemplo, de la Ley 5/1990, de 15 de junio, ley de elecciones vascas reformada por la Ley 15/1998, de 19 de junio de de Elecciones al Parlamento Vasco (art. 132 bis).

Ejercicio electrónico de las fórmulas de iniciativa legislativa popular y del derecho de petición

102. Entre las fórmulas de democracia semi-directa o de democracia participativa (según se conciba), se encuentra la incitación o excitación de los órganos políticos, legislativos y administrativos para que adopten decisiones políticas o normativas. Ello se realiza a través de iniciativas populares u otros mecanismos de participación de la sociedad civil. Las variedades constitucionales y legislativas son muchas tanto por países

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

como en razón de ámbitos de decisión política. Al igual que el derecho de petición, el ejercicio de estas fórmulas según los requisitos, sólo garantiza su tramitación, pero obviamente no el logro del objetivo político o normativo deseado.

Por lo que ahora interesa, las nuevas tecnologías pueden jugar un papel bien importante en el ejercicio de estos derechos, dada la facilidad y comodidad de su ejercicio. Experiencias españolas recientes así lo indican, al haberse reunido apoyos en buena medida a través de internet que nunca se hubieran obtenido sólo por medios no virtuales. Así, cabe destacar las aproximadamente setecientas mil firmas de apoyos al llamado "Manifiesto de la COPE", ejercido como petición ante el Parlamento europeo (diciembre 2005), o los cuatro millones de firmas recogidas por el Partido Popular (abril 2006), como apoyo ciudadano para su proposición no de ley "Todos tenemos derecho a opinar" solicitando un referéndum relativo a la reforma del Estatuto de Cataluña. (No se trataba en rigor una iniciativa legislativa popular, pero algo parecido). Estas iniciativas se tramitaron sin firma electrónica, de ahí su éxito por la facilidad por quienes las suscribieron.

Es muy posible que este tipo de prácticas vayan sucediéndose cada vez más, sean del signo político que sea y en los distintos ámbitos territoriales en los que están reguladas y posibilitadas. Las legislaciones van a ir reglamentando los requisitos para admitir el apoyo a iniciativas legislativas o ejercicio de derecho de petición por vía electrónica.

Es más, considero que la facilitación de su ejercicio telemático necesariamente formará parte del ámbito subjetivo de estos derechos, según la naturaleza que adquieran en cada sistema. Pese a la necesaria interposición legislativa instrumental, no cabe dudar la posible omisión que puede suponer la no regulación del ejercicio a través de las TICs, o la consideración de una barrera inadmisiblesu regulación estricta.

Una de las claves para la implantación de estos medios es la exigencia o no de firma electrónica o documento de identidad electrónico. La normativa tiende a exigir dicho requisito para constatar la autenticidad e identidad de los firmantes por medio electrónico, no obstante no considero que deba ser así en todos los casos. El efecto de este requisito limita mucho hoy día las posibilidades de éxito de estas vías de participación. Ello es así porque la práctica totalidad de la población desconoce el empleo de estas técnicas.

Por cuanto a su regulación son varios los intereses a conjugar. Está claro que ha de haber transparencia y seguridad en la comprobación del cumplimiento de requisitos del ejercicio de estos derechos. No obstante, las exigencias no deben ser desproporcionadas para estas finalidades. Del mismo modo, considero que han de adoptarse medidas normativas y de garantía de los ficheros de datos personales de los suscriptores de tales iniciativas, un *botín* político de gran sensibilidad que debe ser jurídica y técnicamente custodiado.

De la experiencia española, la regulación reciente del derecho de petición (Ley orgánica 4/2001, art. 4) únicamente menciona su ejercicio electrónico (con general olvido de desarrollo por las instituciones desde hace años). De otra parte, el 12 de mayo de 2006 fue aprobado por el Congreso español la reforma de la Ley Orgánica 3/1984 que regula la Iniciativa Legislativa Popular. Esta reforma permite recoger firmas para promover cambios legislativos a través de Internet y de medios electrónicos, eso sí, exigiendo firma electrónica (art. 7.4º: "Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente."). Esta exigencia, lógica en cierto modo, limita mucho las posibilidades de éxito de esta vía de participación.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

TICs, transparencia y acceso a la información pública por el público

103. Principios y derechos de transparencia y acceso a la información pública

La transparencia y el acceso a la información pública han sido objeto de estudio en un módulo anterior. Según el país y el sistema constitucional, nos encontramos ante principios objetivos de actuación de los poderes públicos en general, de la administración, de los parlamentos. Asimismo, y como se dijo, su tratamiento no escapa a la perspectiva de los derechos constitucionales, ya se reconozcan con el carácter de derecho fundamental o simplemente constitucional, incluso derechos de naturaleza legal como desarrollo de principios constitucionales.

Amén del reconocimiento en Europa de obligaciones de información pública a través de principios y derechos fundamentales, cabe recordar también que para el ámbito de la Unión Europea, se da la obligación de dispensar información pública en formato electrónico (Directiva europea 2003/98/CE), si bien esta obligación obedece a la lógica de la información pública como materia prima de valor económico, no ciudadano.

A nadie escapa que las TICs son eso, tecnologías de la información y comunicación, que permiten una sociedad de la información y posibilitan alcanzar una sociedad del conocimiento, conceptos que se vieron anteriormente. De igual modo, se siguió que la concepción misma del gobierno y administración electrónicos parte de la información y comunicación de los poderes públicos con los ciudadanos.

Sin embargo, como se dijo, hoy por hoy la legislación es bastante renuente y refractaria de imponer obligaciones a los poderes públicos –y derechos a los ciudadanos– en el ámbito de su transparencia e información, obligaciones de empleo de las TICs. Hay mucho desconocimiento y sobre todo, una total falta de compromiso político y jurídico, como es prueba que sí que se exija jurídicamente la "transparencia electrónica" a empresas y sociedades mercantiles.

104. Propuesta de obligaciones jurídicas y derechos de los ciudadanos de acceso a la información pública en la red

En las diferentes legislaciones abundan falsos compromisos y obligaciones no exigibles jurídicamente de implantación de las TICs en favor de la transparencia e información. A continuación, me permito incluir una propuesta de obligaciones y derechos que deben incorporarse bien en las normativas de desarrollo de los mencionados principios y derechos o que, incluso, pueden en casos considerarse obligaciones derivadas del carácter fundamental de algunos derechos en juego, a saber:

- que una institución pública disponga de un sitio web. Esta obligación puede articularse y regularse a partir de parámetros como presupuesto de la institución, número de ciudadanos que componen la población, etc.

- que dicho sitio web cumpla con unas obligaciones de estructura, diseño y servicios.

- que la información de dicho sitio sea accesible (para sectores con dificultades) siguiendo unos estándares reconocidos internacionalmente.

- que la información de dicho sitio sea usable y manejable. Ello se puede obligar jurídicamente estableciendo, por ejemplo, número de "clicks" máximo para alcanzar algunas informaciones temáticas clave u obligando al reenvío a portales temáticos directamente vinculados con la participación y democracia. Con la obligación de disponer de forma sencilla de un mapa del contenido de ese sitio web.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

-obligando a la existencia de contenidos mínimos de interés para la participación e información. Por ejemplo:

- la obligación de incluir una serie de contenidos estructurados por temas,
- imposición de temas mínimos para instituciones municipales, provinciales, ministeriales, etc. Según sus competencias jurídicamente reconocidas.
- la normativa básica reguladora de la institución.
- La normativa básica que genera la institución.
- Información sobre las decisiones políticas y normativas en trámite, el procedimiento y posibilidades de participación en las mismas, grupos interesados y posiciones de los actores políticos.
- Información sobre los responsables políticos de la institución, con contenidos mínimos (responsabilidades públicas anteriores, declaración de haberes, resultados electorales, etc).

Steven Cliff, por ejemplo, señala para el futuro la necesidad de reconocimiento de unos derechos mínimos como:

-que no pueda darse cualquier reunión pública sin agendas y documentos publicados previamente en la red. "Sin aviso electrónico, no reuniones";

- que toda propuesta legislativa y sus enmiendas fueran accesibles, así como no posible entrar en vigor una norma aprobada no publicada en la red. "Sin transparencia... no autoridad ni dinero".

- derecho ciudadano a ser notificado por correo electrónico sobre información pública basada en el perfil de sus intereses y territorial.

-derecho de acceso sencillo a directorios siempre actualizados y locales de "mi democracia", con datos de contactos de todo cargo público elegido. "Ningún dato de contacto, ningún poder".

Como puede observarse, la propuesta hacer referencia a entes y órganos públicos, entre los cuales, obviamente puede considerarse los parlamentos o órganos representativos de que se trate, al igual que si se trata de entes de naturaleza gubernamental o administrativa.

105. Juridificación de los medios y calidad de la información pública

Estas obligaciones para los poderes públicos hoy día extrañamente son reconocidas –sólo en algunas leyes de administración electrónica de países avanzados-, pese a la paradoja de que se están imponiendo a particulares. Es factible que en unos años, estas pretensiones se consideren jurídicamente integrantes de derechos de los ciudadanos.

El proceso de reconocimiento será, posiblemente, sectorial (procedimientos administrativos en masa: medio ambiente, urbanismo, planificación, etc.) y gradual.

Hay que advertir que una mayor información no implica un público más y mejor informado. La saturación de información, la manipulación o el control sobre la misma, la falta de posibilidades, la falta de calidad de la información o de estímulos para que la información se torne conocimiento llevan correr el peligro de peor información y ciudadanos peor informados. Además, es el emisor quien selecciona la información y la hace más o menos accesible en parámetros materiales (difícil de controlar jurídicamente) con todas las consecuencias que ello entraña.

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Es por ello que se consolidan conceptos no difíciles de trasladar al ámbito jurídico, como acceso y accesibilidad a la información, como los propuestos por el G-8:

“Acceso significa la posibilidad real de consultar o acceder electrónicamente a la información.

Accesibilidad significa la facilidad con la que uno puede hacer uso real de la posibilidad de acceder a la información electrónica.”

Y son diversos los parámetros que sirven para fijar el grado de accesibilidad a la información pública electrónica, a saber: Reconoscibilidad y localizabilidad; disponibilidad; manejabilidad; Precio razonable (*affordability*); responsabilidad y confianza; claridad; accesibilidad para los limitados.

106. Mecanismos institucionales de garantía de la transparencia electrónica

Tales principios deben aceptarse como criterios inspiradores de toda actuación de información pública por la red. Y el control de la regulación y el cumplimiento estos principios puede ser responsabilidad de distintas instituciones. En efecto, diversas instituciones existentes en cada país con responsabilidades en los temas, pueden ser reconocidas como controladoras del cumplimiento de dicha normativa. Así, en algunos países se sigue el modelo anglosajón por el que la autoridad independiente que controla la protección de datos personales, controla también el acceso a la información pública. En todo caso, diversas instituciones pueden pasar a responsabilizarse del cumplimiento de normativa de transparencia, como las mismas defensorías del pueblo o comisionados ya existentes en diversos países del mundo anglosajón (Information Commissioner o Information Tribune).

Cabe señalar que la Unión Europea, donde su Constitución reconoce el derecho fundamental de acceso a la información pública, es un ejemplo claro de posibilitación de su solicitud, incluso pleno acceso de forma electrónica, lo cual viene además exigido por la normativa de desarrollo de este derecho, el Reglamento (CE) n° 1049/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2001, relativo al acceso del público a los documentos del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión.

TICs y democracia participativa

107.

a) Participación electrónica: las TICs en las fases del procedimiento participativo

La experiencia y la literatura constata la existencia de fases y subfases en todo procedimiento participativo, a saber:

Previas

- Decisión de si procede abrir un proceso concreto de participación
- Selección y reconocimiento de participantes.
- Selección de ámbitos sobre los que participar.

Difusión: Difusión de información y del conocimiento. Transparencia electrónica inteligente, con garantías democráticas y seguimiento de los criterios de “accesibilidad”.

Consulta: Mecanismos de consultas e interacción, deliberación.

Participación activa: Mecanismos de decisión (desde el voto, hasta la adopción de decisiones).

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

Ver, *Manual de información, consultas y participación en la toma de decisiones de la ODCE* www1.oecd.org/publications/e-book/4201141E.PDF

También resulta oportuno recordar algo que creo que es obvio: no hay que emplear necesariamente las TICs en todas y cada una de las fases del proceso participativo, sino que pueden ser empleadas específicamente en algunas de ellas, en las que resulten más idóneas.

Pues bien, hoy por hoy las mejores prácticas mundiales de democracia electrónica se centran en las primeras fases del proceso (mejor y mayor información), nunca en la fase de toma de decisiones, en concreto, nunca en las experiencias de voto electrónico. (<http://www.e-democracy.gov.uk>).

En todo caso, las posibilidades de la TICs no se limitan a la mayor y mejor información, sino también son elementos esenciales para conformar y estructurar la sociedad civil, facilitar su generación, emergencia y consolidación así como su participación concreta en los procesos participativos.

Hay que recordar, de nuevo, que estas posibilidades se dan respecto de todos los poderes públicos, incluidos, obviamente, los parlamentos, en tanto en cuanto los procesos participativos de información y consultas (democracia participativa) no se limitan a la participación administrativa.

b) Posibilidad de recepción jurídica de compromisos de fórmulas de participación electrónica

Por desgracia, las mejores oportunidades que brinda la red no suelen ser bien aprovechadas por las autoridades. En muchos casos se gasta dinero en proyectos bastante inútiles y, sobre todo, escasamente utilizados por la población. Asimismo, no se adquieren compromisos jurídicos, pese a que la legislación reconozca obligaciones jurídicas para los poderes públicos respecto de las asociaciones y otros colectivos de la sociedad civil (por ejemplo la legislación municipal española). Siguiendo la Recomendación Rec (2001) 19 Del Comité de Ministros a los Estados miembros sobre la participación de los ciudadanos en la vida pública en el nivel local, la legislación local, en España desde 2003 se regula la implantación de las TICs para facilitar la información y participación, pero se trata de compromisos poco específicos que tan siquiera se concretan de forma efectiva en la normativa inferior de desarrollo, pese a la relativa facilidad que tendría.

Libertades informativas y su difícil adaptación a internet

Son ya muy diversos fenómenos comunicativos a través de la red y alternativos a los medios de comunicación tradicionales –como los *blogs*- o la expresión de movimientos sociales a través de la red. Curiosamente, la mayoría de las aproximaciones a la democracia electrónica, desatienden estos fenómenos de nuevas formas de ejercicio de las libertades de expresión de información, siendo que superan y con mucho en importancia a las acciones públicas de democracia y participación electrónicas.

108. Tipología de modos y medios de comunicación en internet

es útil hacer una relación de algunos de los nuevos modos y medios de comunicación en internet.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

Internet como canal de comunicación interpersonal:

1. correo electrónico,
2. listas de distribución,
3. grupos de noticias,
4. chats,
5. redes P2P (*peer to peer*),
6. foros de debate,
7. wikis, ejemplo wikipedia
8. juegos en red,
9. encuestas,
10. comunidades virtuales.

Internet como medio de comunicación de masas:

1. Páginas personales y páginas de asociaciones, instituciones y empresas,
2. weblogs o blogs, páginas personales de autor sobre temas diversos y posibilidad de colaboración por usuarios.
3. portales temáticos,
4. buscadores y directorios (como *Google* o *Yahoo*).
5. Dentro de estos medios de comunicación a través de internet, hay que hacer referencia al llamado "Ciberperiodismo". Y dentro de este periodismo digital se puede distinguir entre:

-los medios tradicionales en internet:

-A diferencia de los medios tradicionales, pueden distinguirse los medios alternativos. En este heterogéneo grupo, podemos fijar fenómenos relativamente nuevos:

- a) periódicos "confidenciales"
- b) prensa fuertemente ideologizada, relativamente similar a los antiguos panfletos, pasquines y antiguas radios libres.
- c) nuevos fenómenos como el periodismo "open source", fuente abierta, como 20minutos y, en especial, fenómenos como el periódico coreano www.ohmynews.com (con más de 37.000 "periodistas" ciudadanos que aportan unas 200 noticias diarias, un 70% del total que produce OhMyNews).

d) por último, dentro del periodismo digital, cabe mencionar los selectores y reproductores de información ajena como Google news y el fenómeno del *press clipping*.

Asimismo, cabe ya anunciar que existe una revolución en el mundo del periodismo, especialmente intensa en Estados Unidos. A Europa y Latinoamérica también han llegado sus efectos, pero no de forma tan significativa. Uno de los causantes fundamentales de esta revolución es el fenómeno de los *weblogs* o *blogs*. De hecho, en norteamérica hay una guerra en internet (medios clásicos y medios alternativos) y el Derecho va a ser un elemento muy importante para decidir esa guerra y para configurar el futuro de internet y de los medios de comunicación. Las últimas sentencias parece que inclinan la balanza a favor de los nuevos medios en internet.

109. La libertad de expresión e información protege en general internet y a todos los internautas

Internet está protegido por la libertad de expresión. Así se asentó en el importante caso ACLU vs Reno de 1997, el Tribunal Supremo de los EEUU reconoció para internet

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

la libertad de expresión, con un nivel de protección semejante a la prensa escrita, es decir, una libertad de expresión menos limitada que la radio o la televisión.

Creo que como primera consecuencia, hay que afirmar que sería contrario a la libertad de expresión exigir una autorización previa para la presencia en la red o someterlo a los requisitos del servicio público.

De otra parte, con internet todos podemos emitir y recibir información de forma mucho más sencilla, sin necesidad de acceder a los medios de comunicación social clásicos. Ello lleva a que todas las expresiones e informaciones estén amparadas, sin necesidad de ser periodistas. La libertad de expresión e información es un derecho de todos, no sólo de los periodistas. Así Tribunal Supremo de Estados Unidos, en el caso *Branzburg v. Hayes* de 29 de junio de 1972, dijo que "la libertad de la prensa es el derecho de un solo panfleto... al igual que el de la más importante publicación metropolitana". La sentencia Engels del TEDH, de 8 de junio de 1976 afirmó que "Está claro que la libertad de expresión garantizada por el artículo 10 es aplicable a todas las personas" (& 100).

En todo caso, internet es como la calle, donde podemos hacer uso de nuestras libertades, pero no todo es libertad de expresión e información en internet. Determinar cuándo se ejerce o no la libertad y se adquiere la protección especial de los derechos fundamentales no siempre será sencillo.

En todo caso, finalidad del libre flujo de la opinión e información, la relevancia pública del mensaje, serán los elementos básicos para el juicio sobre la intensidad de la protección constitucional. Los mensajes comerciales y los no propiamente políticos en muchos casos también deben considerarse ejercicio de estas libertades, aunque no merezcan una protección reforzada por su relevancia pública.

En teoría, que la libertad de expresión e información se ejerza o no por medios de comunicación clásicos en internet, o en otros ámbitos, no debe hacer variar su tratamiento jurídico.

110. Dificultades de atribución de responsabilidad jurídica en la red

Hay que señalar que en internet se generan problemas casi insuperables de atribución de responsabilidad civil, administrativa o penal, según se trate. Son diversas las causas:

- Dificultad fáctica de conocer quién es el autor del mensaje.
- Dificultad fáctica –y jurídica- de perseguir contenidos ilícitos para el Derecho nacional, por estar ubicados fuera del ámbito territorial.
- Dificultad de conocer la autoría de los contenidos y, por ende, atribuir una responsabilidad. Ello es así porque en internet se trastorna muchas veces e intensamente el esquema de la comunicación emisor-mensaje-receptor: todo el mundo es editor; el receptor se adueña de la información. El usuario ya no es simple receptor pasivo de la comunicación, sino que se convierte en muchos casos en emisor y creador de la información. Todo el mundo es editor; la ya de por sí y imprecisa figura del periodista, redactor, editor, director, etc. acaba por ser casi imposible de concretar.

Asimismo, el esquema generalmente asumido de responsabilidad para internet (por ejemplo en toda la Unión Europea) es que el servidor de internet donde están alojados los contenidos ilícitos no es responsable de los mismos ni tiene un deber de vigilar su licitud, sólo tiene el deber de retirar o bloquear los contenidos cuando las autoridades le comunican la ilicitud.

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

111. No cabe una mayor limitación en internet

En internet deben aplicarse las normas y los límites de la libertad de expresión e información, está claro, pero no deben aplicarse mayores límites que a otros medios de comunicación. Es más, en Estados Unidos se ha dicho que el estándar de limitación ha de ser el mínimo en internet, como el de la prensa.

Sin embargo, no es extraño que para internet aparentemente se expresen mayores posibilidades de límites en las normas y lo que es más importante, que se generen mecanismos de control público de los contenidos que no se dan para la prensa tradicional. Hay que estar alerta frente a estas situaciones.

Estos tratamientos diferenciados para internet no son automáticamente constitucionales, pero pueden serlo por su efecto disuasorio para la libertad en la red (el llamado *chilling effect* aplicado por el Tribunal Supremo EEUU en la ya clásica sentencia de 1997).

De igual modo, dependiendo del país, es dudosa la posibilidad de que las autoridades administrativas puedan controlar y retirar contenidos de la red en ejercicio de la libertad de expresión e información, e incluso sancionar por tales contenidos. Se trata de una cuestión polémica no resuelta hoy día. La sola amenaza de la aplicación de estas leyes de control no judicial pueden ser, en su caso, consideradas inconstitucionales.

La garantía de que sólo un juez pueda decretar la medida del secuestro de los soportes del mensaje u opinión, parece, hoy por hoy, difícilmente trasladable a la red, puesto que se trata de soportes "materiales".

112. Pluralismo en internet y posible "censura" por empresas privadas

En principio, la facilidad de estar presente en la red es muy grande, sin muchos medios o recursos. Ello facilita la pluralidad en la red. Cuestión muy diferente es ser "visible" en la red. Encontrar contenidos en más de 4 billones de páginas web puede ser peor que encontrar una aguja en un pajar. Para ello hay medios privados que facilitan el acceso a la información, como Google o Yahoo. Estar presente entre los primeros resultados de estos medios es garantía de visibilidad en la red.

Afortunadamente los criterios de visibilidad en estos buscadores son bastante "democráticos" (popularidad en la red por otros internautas, enlaces que desde otras páginas llevan a la página y actualización de contenidos). En todo caso, se trata de empresas privadas que pueden, en principio, hacer lo que quieran, incluso "censurar" a quien quieran en sus buscadores.

Hay que decir que la categoría de "censura" sólo se reserva para los poderes públicos, y en este caso se trata de autocensura.

Considero que las empresas privadas también pueden cometer una lesión de un derecho fundamental, como el caso de que instrumentos tan importantes censurasen políticamente contenidos. El Derecho hasta ahora no da una respuesta, pero considero que el interés público podría justificar una actuación legislativa que impusiese a tales buscadores no utilizar criterios políticos para omitir resultados de búsqueda y, en todo caso, hacer públicos todos los criterios que pueden servir para restringir políticamente resultados.

“Democracia electrónica”, en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen

113. Proyección de algunas categorías y garantías de las libertades informativa a internet

a) Una clave: la relevancia o interés público de la noticia

Considerar el “interés público” y la “necesidad para la formación de la opinión pública” de una información es clara: hace más intensa la protección de la información al rebajar la protección de otros derechos y bienes constitucionales con los que colisiona. Cualquier información u opinión en internet por cualquier persona puede tener esta protección.

Para considerar la existencia de este interés, relevancia y necesidad, son muchos los parámetros jurídicos elaborados (importancia objetiva de la noticia –naturaleza del hecho u acontecimiento del que se informa, actualidad-, importancia y naturaleza subjetiva de los afectados –cargos históricos, cargos públicos, “famosos”, etc. la actividad desarrollada por éstos-, el contexto, etc.). Cabe también recordar que jurídicamente el interés público de la información es un concepto diferente del interés *del* público o curiosidad por dicha información. Asimismo y hasta ahora, el interés público de una información es un concepto objetivo que no viene determinado porque la información haya sido objeto de publicación por un medio de comunicación.

En general, los tribunales no han querido ser severos y restrictivos en la consideración de si una información no era objetivamente de interés público. Es muy posible que hasta ahora los tribunales implícitamente considerasen que la información tenía interés público sólo por el hecho de que la noticia se recogiera en los medios tradicionales. Los medios de comunicación clásicos eran un filtro *material* –no jurídico- para determinar qué información gozaba de interés público

Sin embargo, con la sociedad de la información, los nuevos modos de comunicación de internet multiplican exponencialmente la información que se genera, ya no existe ese filtro material de los medios de comunicación clásicos que daba “pistas” a los jueces de a qué informaciones había que dotarles de una mayor protección por ser de interés público y contribuir a formar la opinión pública.

b) La veracidad y la diligencia del informador y el derecho de réplica o rectificación

Como sabemos, hay libertad de información y de prensa sobre hechos verdaderos, en el sentido de que el periodista haya sido más o menos diligente en su labor. Es muy posible que poco a poco esta exigencia de veracidad y diligencia de la información tenga que adecuarse a un entorno muy distinto del de la profesión periodística clásica.

No es necesario ser profesional para producir información y opinión en internet, pero la diligencia debe de mantenerse. Para ello puede resultar útil el ejercicio del derecho de rectificación o de réplica ante cualquier información incorrecta en un modo o medio de comunicación en internet.

La aplicación de este derecho se ha reconocido en Estados Unidos en 2003 (Georgia Supreme Court: Georgia rMathis v. Cannon.) o recientemente en España (Audiencia Provincial de Asturias, de Asturias (Sección 6ª) de 3 de junio de 2002, para un foro) exigiendo un juez la rectificación en lo afirmado en un foro de internet.

Lo cierto, en todo caso, es que hoy día es casi imposible controlar la diligencia de la información en internet. En la red los contenidos se multiplican y reproducen de un sitio a otro a veces de forma automática, muchos contenidos –y por supuesto los más polémicos-, se aportan anónimamente en la mayoría de los sitios web. Asimismo, no hay que olvidar que los servidores no tienen ni posibilidad ni obligación legal de controlar la

"Democracia electrónica", en Democracia y derechos humanos, (ESCOBAR ROCA, Guillermo, Dir.) materiales docentes para el curso del mismo título Universidad de Alcalá, Federación Iberoamericana de Ombudsmen.

licitud de los contenidos que introducen en las páginas web de las que son responsables técnicos, pero no editores.

Pese al mantenimiento jurídico de las exigencias de diligencia, y la misma protección de la intimidad o el honor, las posibilidades de acción real se reducen. Es muy posible que haya que reconsiderar jurídicamente estas actuales exigencias.

c) El secreto profesional del periodista en internet ¿para todos?

Como se ha dicho, todos somos "periodistas" en internet cuando generamos contenidos, pero está claro que no todos son profesionales. En muchas constituciones el privilegio del derecho a no revelar las fuentes de información se reserva a los profesionales, en otras ocasiones, a los "periodistas".

Lo cierto es que la trascendencia de internet en países como Estados Unidos ha llevado a que muchos particulares tengan a través de sus páginas personales o *blogs*, una trascendencia mucho mayor que los periodistas profesionales.

Por ello, ya en 2004 comenzaron a conseguir acreditaciones como periodistas profesionales, como en las elecciones Bush vs. Kerry. Asimismo, desde 2005 los tribunales de Estados Unidos (juez de Santa Clara, marzo 2005, Caso Apple y Dan Gillmore - de forma más clara en la Corte Estatal de Apelaciones de San José en mayo de 2006-, y en caso John Doe nº1 v. Cahill, de octubre de 2005, en Delaware). Los efectos de este tipo de resoluciones pueden ser decisivos para el futuro de internet, vista la experiencia de los *blogs* en Estados Unidos.