

Versión previa del capítulo del libro, Actas del Simposio alemán-colombiano-español en Konstanz, Seminario internacional "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Estado social y democrático" 10-16 de junio de 2008, Universidad de Konstanz (Alemania)-DAAD, de próxima publicación en los Estudios de Derecho público de la Universidad Santo Tomás, Bogotá, 2009.

Premisas jurídico-constitucionales de la democracia y participación electrónicas (impulso regulador, acceso a la red y prevención de la elitocracia y los peligros de gran hermano)

*por Lorenzo Cotino Hueso¹
Profesor titular de Derecho constitucional
Universidad de Valencia (España)
Coordinador de la Red www.derechotics.com*

Contenido

I. La democracia electrónica y sus múltiples manifestaciones	3
1. Una terminología variada	3
2. Conceptos afines de interés	4
3. Puede hablarse de una versión "fuerte" y una versión "débil" de e-democracia	6
3. 1. Versión fuerte: e-democracia como democracia directa	6
3. 2. Versión débil: las TICs como herramienta de mejora de la democracia	7
4. La "web social" o "web participativa" ha superado a los visionarios de la edemocracia	8
II. Un principio constitucional que exigiría el impulso normativo del fenómeno e-participativo	11
1. Ventajas generales de las TICs para la democracia y gobierno	11
2. La obligación de implantar formas de e-democracia y e-gobierno como principio jurídico-constitucional, difícilmente concretable	12
3. La hipocresía de nuestros poderes públicos: escasa regulación para ellos, importante regulación para el ámbito privado	13

¹ cotino@uv.es, www.cotino.net. (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Este texto trae causa de la ponencia "Protección del ejercicio de las libertades públicas a través de internet y democracia electrónica" en Simposio alemán-colombiano-español en Konstanz, Seminario internacional "La Protección de los Derechos Fundamentales en el Estado social y democrático" 10-16 de junio de 2008, Universidad de Konstanz (Alemania)-DAAD. No obstante, he ceñido el texto para limitar algo su amplitud a cuestiones más centradas en la democracia y participación electrónica.

El presente escrito se realiza en el marco de la investigación, ya en marcha, del Proyecto I+D+I del MICNIN, "Las libertades informativas en el contexto de la web 2.0 y las redes sociales: redefinición, garantías y límites", subproyecto que queda en el marco del proyecto coordinador "Libertades públicas y de participación: redefinición, garantías y límites en razón de su ejercicio en la "Web 2.0" y las redes sociales", del que el autor es coordinador, con cinco subproyectos, con 50 investigadores, 41 profesores de Universidad, 25 catedráticos o profesores titulares, 45 doctores, 22 universidades distintas, pendiente de evaluación.

<i>4. Ejemplos de regulación del ejercicio electrónico de las fórmulas de iniciativa legislativa popular, del derecho de petición y otras fórmulas. La importancia de las exigencias de identificación</i>	17
<i>5. Algunas propuestas de “derechos electrónicos”</i>	20
III. Acceso a las TICs, brecha digital y elitocracia electrónica desde una perspectiva jurídica	21
<i>1. Acceso a internet en Latinoamérica, España y Alemania</i>	22
<i>2. El “ius communicationis”. Un derecho de acceso a las nuevas tecnologías y las garantías ante su restricción</i>	23
<i>3. La no discriminación en la implantación de la participación y democracia electrónicas por los poderes públicos</i>	26
IV. Los peligros de gran hermano para el participante y el anonimato como garantía de libertad	29
<i>1. De los inicios anarcolibertarios de la red a un espacio muy controlable</i>	29
<i>2. La protección del anonimato como protección de la libertad</i>	35

I. La democracia electrónica y sus múltiples manifestaciones

1. Una terminología variada

Como en otros lugares he comentado², la literatura y documentación sobre el nexo de la democracia y participación con las tecnologías de la información y comunicación (en adelante TICs) es muy amplia, aunque más escasa cuando se trata de una perspectiva propiamente jurídica, en especial cuando no se trata del voto electrónico. Como punto de partida, hay que decir que la terminología empleada es muy variada: e-democracia, i-democracia, democracia electrónica, e-participación, participación electrónica, ciberdemocracia, teledemocracia, democratización electrónica, ciberpoder, ciberciudadanía, ciudadanía.com³, y un largo etc. A estas formas no dejan de añadirse

² Sobre estos temas, también recientemente, “Retos jurídicos y carencias normativas de la democracia y la participación electrónicas”, en *Revista Catalana de Derecho Público* (segunda etapa de la Revista "Autonomías"), monográfico sobre "la incidencia de las TIC en el Derecho público", núm. 35, 2007, pág. 75-120. Accesible en la red. Este epígrafe de introducción viene a coincidir con la introducción de dicho estudio.

Me permito señalar dos contribuciones que he tenido el gusto de coordinar. La más reciente, contando con dieciocho trabajos de otros tantos autores de los más consagrados en la materia en España, COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías* (Colección Sociedad de la Información nº 13, Comares, Granada, 2007. Asimismo, también reciente, *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información, nº 9), Granada, 2006. Asimismo, cabe destacar en España los trabajos –ya clásicos- de LAVILLA MARTÍNEZ, Félix, “Ciudadanos, organizaciones sociales, nuevas tecnologías y Parlamento”, ponencia para el Congreso de Parlamentarios Iberoamericanos en la red, 13-16 de noviembre de 2001, en el Senado de España, disponible la documentación en [http://www.parlamentariosiberoamericanos.org/\(21/12/2001\)](http://www.parlamentariosiberoamericanos.org/(21/12/2001)); MARTÍN CUBAS, Joaquín, *Democracia e Internet*, Colecciones Interciencias, Valencia, 2001; PAU I VALL, Francesc, “Democracia e Internet”. *Anuario de Derecho constitucional y parlamentario*, Asamblea Regional de Murcia. Universidad de Murcia, nº 10, 1998, pág., 195-213; RUBIO NÚÑEZ, Rafael, “Internet en la participación política”, en *Revista de Estudios Políticos*, nº 109, julio-septiembre de 2000, págs. 285-302; ORIOL PRATS, Joan y DEL ÁLAMO, Óscar, “Democracia electrónica: concepto, tipos y posicionamientos”, en *Revista Futuros*, nº 4, año 2003, vol. 1, disponible en www.revistafuturos.info/raw_text/raw_futuro4/democracia_e.rtf (3/2/2004); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Gobierno electrónico. Un desafío en internet (Implicaciones jurídicas)*, Funda- Ceig Querétaro, Querétaro, 2004; de este autor, *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004; RÍOS INSUA, David; FERNÁNDEZ, Eugenio y RÍOS, Jesús M. “Más allá del gobierno electrónico: hacia la democracia electrónica”, en *Revista Datospersonales.org*, nº 8, marzo de 2004, disponible en www.madrid.org/comun/datospersonales/0,3126,457237_457444_127535941_12182003_12173401,00.html (6/11/2005) y PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadaní@ o ciudadaní@.com?*, Gedisa, Barcelona, 2004. *Voto electrónico. Estudio comparado en una aproximación jurídico-política (desafíos y posibilidades)* (Jordi Barrat i Esteve y otros.), Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política (FUNDAp), Santiago de Querétaro (México), 2007 (ISBN: 968-5435-66-9), 184 páginas y CREMADES, Javier, *Micropoder, la fuerza del ciudadano en la era digital*, Espasa-Calpe, Madrid, 2007, entre los más destacables.

Asimismo, cabe destacar los trabajos de Balkin (Director del The Information Society Project at Yale Law School, entre otras obras, *Cybercrime: Digital Cops in a Networked Environment*, 2007; *The State of Play: Law*, 2006 y trabajos básicos previos como *New York University Law Review* (“Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society”, 2004). En diciembre de 2008, Balkin ha reabierto el debate con “The Future of Free Expression in a Digital Age (*Yale University R*)”.

³ ORIOL PRATS, Joan y DEL ÁLAMO, Óscar, “Democracia electrónica: concepto, tipos y posicionamientos”, cit. también recuerdan a otros autores como Hagen que distinguen tres nociones diferentes de democracia electrónica: “teledemocracia” “ciberdemocracia” y la “democratización electrónica”, con muy diferentes sentidos.

También, por ejemplo, Pérez Luño habla en general de “Teledemocracia”, en general, si bien

otras como e-cognocracia⁴ o democracia electrónicamente influida⁵, por ejemplo. En todo caso, pese a los intentos de atribuir una connotación particular a estas diferentes terminologías, ninguna de estas expresiones se ha consolidado doctrinalmente. También, debe señalarse que esta visión bastante habitual sobre e-democracia lleva a que la literatura sobre la materia haya centrado la atención casi monográficamente en el voto telemático o electrónico, descuidando, por el contrario, otros ámbitos esenciales. La democracia electrónica ni empieza ni acaba, afortunadamente, en el voto electrónico, pese a que se suelen identificar.

2. Conceptos afines de interés

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

El concepto de “TICs” desde los años 70 señala 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 ópticas⁶. 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”⁷.

Y como superación “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.

Una definición “oficial” de *egovernment* ofrecida por la Comisión Europea:

distingue –como aquí– una “versión débil”, frente a una “versión fuerte” de democracia directa basada en la participación. PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadanía@ o ciudadaní@.com?*, págs. 61 y ss. y 67 y ss. El mismo Pérez Luño maneja finalmente la doble terminología de una positiva “ciberciudadanía” y una negativa “ciudadanía.com”, *Ibidem*, págs. 99 y ss..

Canals maneja conceptos de profundización en la democracia e internet, de la mera “administración electrónica”, a la “democracia electrónica”, la “ciberdemocracia” y, finalmente, “ciberpoder” CANALS Isidre, “Democràcia i Internet. La contribució d'Internet a la democràcia”, *Revista Mar Obert*, FIEC, septiembre 2001, disponible en www.democraciaweb.org/demointernet_IC.pdf (21/3/2004) a lo largo de todo el estudio.

⁴ Se trata de la –no menos que curiosa y visionaria, mas argumentada– posición de MORENO-JIMÉNEZ, José María, “E-cognocracia: Nueva Sociedad”, en *Estudios de Economía Aplicada*, nº 24, 2006 págs. 559-581.

⁵ Se hace referencia a la interesante aportación de RUIZ MIGUEL, Carlos, “La libertad política en la democracia electrónicamente influida”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 42-56.

⁶ PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge, FEIJÓO GONZÁLEZ, Claudio y CASTEJÓN MARTÍN, Luis, “Las tecnologías de la información y las comunicaciones y la sociedad global de la información” (2003), en <http://www.gobernabilidad.cl/modules.php?name=News&file=article&sid=297> (2/2/2005).

⁷ Fundación Telefónica, accesible en <http://www.telefonica.es/sociedaddelainformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf>

“es el uso de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en las Administraciones Públicas, combinado con cambios organizativos y nuevas aptitudes, con el fin de mejorar los servicios públicos y los procesos democráticos y reforzar el apoyo a las políticas públicas”⁸.

La vinculación de la noción *egovernment* con elementos de democracia, participación y transparencia es un lugar común en diversas definiciones⁹, como la de Naciones Unidas: “es un compromiso permanente del gobierno para mejorar la relación entre los ciudadanos y la administración pública, mediante el intercambio eficaz y eficiente de servicios, información y conocimiento.”

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 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”¹⁰.

La conexión clara se produce al considerarse el e-gobierno como una evolución, que resumidamente cabe exponer¹¹:

⁸ Comunicación 1 COM(2003) 567. El papel de la Administración electrónica en el futuro de Europa. Bruselas, 26 de septiembre de 2003.

⁹ Así por ejemplo en la ofrecida en PARDO, T. A. “Realizing the promise of digital government: It’s more than building a web site” [en línea]. *IMP Magazine*. Octubre 2000. http://www.cisp.org/imp/october_2000/10_00pardo.htm (18/04/2001). “todas aquellas actividades basadas en las modernas tecnologías de la información y la comunicación (en particular, Internet) que el Estado desarrolla para aumentar la eficiencia de la gestión pública, mejorar los servicios ofrecidos a los ciudadanos y proveer las acciones de gobierno en un marco mucho más transparente que el actual”⁹.

Al igual que la del grupo Gartner: ha definido el gobierno electrónico como “la continua optimización de la prestación de servicios del gobierno, de la participación del ciudadano y la gobernabilidad transformando las relaciones internas y externas a través de la tecnología, la red y los nuevos media”.

Esta última en GARTNER GROUP. *Singapore’s e-government initiative*. Standford, Connecticut (Estados Unidos): Gartner First Take, 2000. Citado por GASCÓ HERNÁNDEZ, Milagros, “Una aproximación a la definición de políticas de inserción en la sociedad de la información” en *Actas del VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, 5 y 9 de noviembre de 2001, disponibles en <http://www.clad.org.ve/congre6.html> (22/12/2001).

¹⁰ Proyecto de Reforma y Modernización del Estado. Gobierno electrónico en Chile hoy. Ministerio Secretaría General de la Presidencia, pág. 2.

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

¹¹ Se opera una sistematización a partir de diversos de los estudios relativos a la Administración electrónica consultados, en concreto, se exponen se siguen las etapas expuestas por GASCÓ HERNÁNDEZ, Milagros, “Una aproximación a la definición de políticas de inserción en la sociedad de la información” en *Actas del VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, 5 y 9 de noviembre de 2001, disponibles en <http://www.clad.org.ve/congre6.html> (22/12/2001); SEGURA, Jorge F., “Gobierno electrónico: su aplicación en los gobiernos estatales y regionales”, en *Actas del VI Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública*, Buenos Aires, 5 y 9 de noviembre de 2001, disponibles en <http://www.clad.org.ve/congre6.html> (22/12/2001); MARTÍN RODRIGO, Tomás, “Proyectos para una Administración electrónica en España”, en *Revista del CLAD, Reforma y Democracia*, nº 20, junio 2001, págs. 197- 227; LINARES GIL, Maximino I., “La firma electrónica en el procedimiento administrativo”, en el marco de las *Jornadas sobre Firma Electrónica*, celebrada el 6 de Junio de 2000 en la Universidad de Murcia, disponible en <http://www.um.es/si/ssl/otros/FEyAEAT.html> (12/5/2001), CARCENAC Thierry, *Méthodes et Moyens. Pour une administration électronique citoyenne, Informe del diputado de Tarn al primer ministro*, 19 de abril de 2001, disponible en la red (2003). Asimismo, los ya citados trabajos realizados en la cooperación GOL-7 (*Government on-line projects*, del G-8), “G7 Government Online and Democracy White Paper”

- 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

3. Puede hablarse de una versión “fuerte” y una versión “débil” de e-democracia

3. 1. 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 –destructiva 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.

En esta dirección, Pérez Luño distingue una “versión débil” de la teledemocracia, como contribución a reforzar la democracia parlamentaria¹², frente a una “versión fuerte” de superación de la democracia parlamentaria con democracia directa basada en la participación. En esta versión dura, “cada ciudadano pueda 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”¹³. El mismo Pérez Luño maneja finalmente la doble terminología de una positiva “ciberciudadanía” y una negativa “ciudadanía.com” en la que el sujeto es fácilmente manipulado por sujetos públicos o privados¹⁴. A mi juicio, vincular las

(<http://www.statskontoret.se/gol-democracy/index.html>) y, particularmente, el más reciente AA. VV., *Online consultation in gol countries. Initiatives to foster e-democracy*, Government Online International Network project report 6 December 2001. <http://www.governments-online.org/articles/18.shtml> (21/12/2001), son clara muestra de que las experiencias de accesibilidad a la información pública son la base y quedan concebidas como el primer estadio de la Democracia electrónica.

¹² Esta teledemocracia débil “tiene por objeto el reforzamiento de los cauces de la representación parlamentaria... en esta versión... la teledemocracia no implica una sustitución o alternativa al sistema de participación política basado en la democracia indirecta, que se articula a través de los partidos.” PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *¿Ciberciudadaní@...*, pág. 61, Pérez Luño menciona autores como Roland Perry.

¹³ *Ibidem*, págs. 67 y ss. Se hace mención de autores como Masuda, Arterton, Becker Bennet y Toffler o Tribe). La cita es de la pág. 68.

¹⁴ *Ibidem*, págs. 99 y ss.

nuevas tecnologías a la democracia directa con votación continua de los asuntos públicos, puede tildarse de “teledemagogia”¹⁵.

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.

3. 2. Versión débil: las TICs como herramienta de mejora de la democracia

Por mi parte¹⁶, prefiero usar una noción amplia y funcional de democracia o participación electrónicas, casi indistintamente para hacer referencia, a la concesión de un papel importante a las TICs en los procesos democráticos y participativos de los sistemas democráticos liberales. Ciertamente es que tanto en general como cuando viene referido a las TICs, la noción de “participación” suele centrarse en la llamada democracia participativa (*tertium genus* entre la directa y la representativa)¹⁷, generalmente vinculada a la participación en la administración¹⁸. Esta expresión matizada de e-participación excluiría fórmulas de voto electrónico.

Las TICs son herramientas de comunicación y como tales son medios eficaces para todas las fases del proceso participativo de difusión de información y conocimiento, consultas, deliberación, posicionamiento¹⁹. Y claro está, también las TICs son instrumento para la realización del voto, el cual, a su vez, es una fórmula que puede darse en las variadas fórmulas de democracia²⁰. Por lo dicho, las TICs pueden ser instrumento para la democracia representativa, la participativa y la democracia directa, o más allá de esta terna conceptual, en ámbitos como la llamada democracia social o incluso –como se dirá– para la gobernanza empresarial y corporativa. Del mismo modo,

¹⁵ Por ejemplo, posiciones más proclives a una democracia directa electrónica como CANALS Isidre, “Democràcia i Internet. La contribució d'Internet a la democràcia”, cit., en una posición más abierta hacia un cambio de modelo democrático. En la red hay diversos sitios en esta dirección: www.e-democracia.cl, los foros y enlaces recogidos en <http://otrademocraciaesposible.net>, la Network for Direct Democracy in Europe; la Red Española de Democracia Participativa, “Democracia Radical”, etc.

¹⁶ Así lo he hecho en anteriores trabajos, especialmente en “De qué hablamos cuando hablamos de democracia y participación electrónicas”, en AAVV. *Cuestiones Actuales de Derecho de las tecnologías de la información y comunicación (TICs)*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, págs. 43-62.

¹⁷ En este punto, merece la pena remitir a lo afirmado por el Tribunal Constitucional en sentencia 119/1995, de 17 julio, en especial, FJ 6º donde señaló de la democracia participativa que no se trata de la participación política del artículo 23 CE, que tiene una fundamentación diferente (la protección de intereses difusos y derechos), que el papel fundamental de su configuración no es constitucional, sino del legislador, y que la democracia participativa es un *tertium genus* entre la democracia representativa y la directa.

¹⁸ Por todos, sobre el tema, CASTELLÀ ANDREU, Josep Mª. *Los derechos constitucionales de participación política en la Administración pública*, Barcelona, Cedecs, 2001.

¹⁹ Se hace referencia a las fases y subfases de todo procedimiento participativo. Para ello, resulta bien útil seguir el referente en la materia por su claridad misma, OCDE, *Citizens as Partners. OECD Handbook on information, consultation and public participation in policy-making*, Paris: OECD Publications Service, disponible en www1.oecd.org/publications/e-book/4201141E.PDF (6/2/2005), en particular cabe seguir ahora las págs., 13 y ss.

²⁰ Como es obvio, el voto electrónico bien puede aplicarse en unas elecciones para la designación de diputados nacionales, autonómicos o cargos municipales (como ejemplo de democracia representativa). También, puede aplicarse para una elección a un órgano institucional electo (elección por ejemplo de miembros de un órgano administrativo colegiado con selección por sufragio –un Consejo regulador–, o un cargo institucional, como un Rector de universidad, como ejemplos de democracia participativa). En la misma línea de ejemplo, el voto electrónico bien puede aplicarse en un procedimiento de votación en un referéndum (democracia directa) o para la elección de representantes sindicales o para participar en las votaciones de la Asamblea General de una sociedad cotizada. Sólo por citar algunos ejemplos.

las TICs son un medio para facilitar la recepción de voluntades que incite o excite a los órganos legítimos a adoptar decisiones, en las fórmulas de democracia semi-directa como la iniciativa popular, formalizada o no.

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.

4. La “web social” o “web participativa” ha superado a los visionarios de la edemocracia

Más allá incluso de los procesos formales e institucionales de participación, cualquier referencia a la participación y democracia electrónicas no puede escapar de la realidad del uso ciudadano y participativo de la red en la llamada *web 2.0*²¹ o *web social*²². Ahora el uso de la *web* está orientado a la interacción y redes sociales²³, fenómeno aplastante desde 2008 en la red. Los sitios *web 2.0* actúan más como puntos de encuentro²⁴, bajo una cultura particular, la cultura *blog*²⁵. Me estoy refiriendo a diversos fenómenos comunicativos a través de la red y alternativos a los medios de

²¹ Recientemente, sobre el tema FUMERO, Antonio y ROCA, Genís y SÁEZ VACAS, Fernando, *Web 2.0*, Fundación Orange, Madrid, 2007, así como CERESO, José María (dir.), *La blogosfera hispana: pioneros de la cultura digital*, Fundación Orange, Madrid, 2007.

²² “Una serie de aplicaciones y páginas de Internet que utilizan la inteligencia colectiva para proporcionar servicios interactivos en red dando al usuario el control de sus datos.” Así en wikipedia para la voz “Web 2.0”. Recuerda Fumero que la incorporación del “2.0” o el apelativo “social” una estructura sociotécnica bajo una dinámica conversacional, un software social que se sustenta en la creación colectiva y los contenidos abiertos. FUMERO, Antonio, “Contexto sociotécnico” en *Web 2.0*, cit. En concreto, págs. 16 y 17.

²³ Sobre redes sociales, de todo interés, BOYD, D.M. y ELISSON, N.B., “Social network sites: Definition, history an scholarship”, en *Journal of computer-mediated communication*, vol. 13, núm. 1, <http://jcmc.indiana.edu/vol13/issue1/boyd.ellison.html> (30/1/2009); CACHIA, Romina, “Los sitios de creación de redes. Aspectos sociales”. FERNANDEZ LERA, Antonio (trad.) , en *Telos, Cuadernos de Comunicación e Innovación*. Fundación Telefónica, núm. 76, <http://www.campusred.net/telos/articulocuaderno.asp?idarticulo=4&rev=76> (30/1/2009); FREIRE, Juan, “Redes sociales: ¿modelos organizativos o servicios digitales?”, en *El profesional de la información*, vol. 17, núm. 6, noviembre-diciembre, pág. 585-588; GAMERO, Ruth, “Servicios basados en redes sociales, la web 2.0”, en *Investigación y marketing*, vol. 97, pág. 16-20; GIL, Miguel: “La guerra de las redes sociales en Internet (2)”, en *Nota-Enter IE*, núm. 80, 5 de febrero, Madrid: Enter, Centro del IE para el Análisis de la Sociedad de la Información y las Telecomunicaciones, pág. 10, http://www.anobium.es/docs/gc_fichas/doc/469IMPSUci.pdf (30/1/2009); ORDUÑA-MALEA, Enrique y ONTALBA-RUIPÉREZ, José Antonio , “Presencia de la prensa digital española en la Web social: análisis de Menéame”, en *El profesional de la información*, vol. 17, núm. 5, septiembre-octubre, pág. 511-518.unities: a casa study on Flickr gropus”, en *9ème Rencontres francophones sur les aspects algorithmiques des telecommunications*, Ile d’Oléron, France, pág. 31-34, <http://hal.archives-ouvertes.fr/docs/00/17/69/54/PDF/42-algotel-flickr.pdf> (30/1/2009); REESE, Stephen D. y otros, “Mapping the blogosphere. Professional and citizen-based media in the global news arena”, en *Journalism*. Vol. 8, núm. 3, pág. 235-261.

²⁴ Así en CERESO, José María (dir.), *La blogosfera hispana...* cit. Glosario, pág. 221.

²⁵ Le Meur sintetiza algunos aspectos de esta nueva cultura: voluntad y deseo de compartir pensamientos y experiencias; creciente importancia de saber lo que otros piensan, ayuda recíproca; necesidad de información diaria de un gran número de fuentes; control de cómo se leen las noticias; tenencia a la ciudadanía del mundo; existencia de un “código compartido”; retroalimentación; velocidad y necesidad de reconocimiento *Ibidem*, pág. 18, a partir de <http://loiclemeur.com/france>.

comunicación tradicionales²⁶, como el periodismo alternativo o ciudadano, los *blogs*²⁷, *wikis*, *foros*, *etc.*- o la expresión de movimientos sociales²⁸ a través de la *web 2.0*. Frente a la *web 1.0*, ahora se permite la integración, interacción y selección de contenidos por el usuario, que deja de ser un receptor, un consumidor de información, sino un “prosumidor” (prosumer) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos²⁹, en deliberación continua.

La realidad ha desbordado cualquier previsión de estas tendencias de participación en sentido amplio de todo usuario, que deja de ser pasivo. Como muestra, pensemos en el personaje del año para *Newsweek* en diciembre de 2006: “YOU” integrado en la pantalla de un ordenador³⁰. Esta realidad tan fácilmente constatable lleva a que todos los teóricos visionarios de la democracia y participación electrónicas se hayan visto claramente superados. Frente a sus previsiones de una e-democracia esencialmente por la continua votación electrónica del ciudadano desde su casa y todo tipo de acciones de los poderes públicos, la realidad es la de un ejercicio continuo de las libertades públicas a través de las TICs³¹ por los ciudadanos. Como se apuntará al final de este estudio, desde los múltiples puntos de vista de interés jurídico, de especial relevancia futura es el actual *talón de Aquiles* que se da por cuanto a la atribución de la responsabilidad en la

²⁶ Sobre los nuevos fenómenos de la comunicación en internet, BOWMAN, Shayne, y WILLIS, Crist, *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, Thinking Paper of The Media Center, en http://www.openreader.org/wemedia/JackR/We_Media.htm (3/5/2005). También, BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio. Cómo las audiencias están modelando el futuro de la noticias y la información* (Editado por J.D. Lasica, Traducido por Guillermo Franco), Media Center del American Press Institute, en inglés julio del 2003 en www.hypergene.net/wemedia/ En Español, febrero del 2005, [ww.hypergene.net/wemedia/espanol.php](http://www.hypergene.net/wemedia/espanol.php). Asimismo, al respecto, muy recomendable por su claridad LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 147 y ss. respecto de los *blogs*.

²⁷ La expresión proviene del mismo título de un recomendable documento claro, útil y accesible: FRANCO, Guillermo, *La re-blog-lución*, 3 marzo de 2005, en http://enter.terra.com.co/ente_secc/ente_inte/noticias/ARTICULO-WEB-1001940-1989396.html (6/4/2005). Sobre el tema, entre otros a ORHIUELA, José Luis, “Weblogs: el medio y el mensaje”, *Nuestro Tiempo* (Pamplona), n.º. 601-602, julio-agosto 2004, págs. 48-53, dispuesto, también en <http://www.ideasapiens.com/blogs/Medios/archivos/000254.html#more> (4/4/2005). Ahí se contiene un importante árbol de enlaces a *blogs*. También cabe remitir por su sencillez a la información de <http://www.lavanguardia.es/public/series/20040809/51159251946.html>

En inglés, me permito destacar a ROSEN, Jay, “What's Radical About the Weblog Form in Journalism?” en *Pressthink*, 16 de octubre de 2003, disponible en <http://journalism.nyu.edu/pubzone/weblogs/pressthink/2003/10> (23/2/2005), el profesor de Nueva York explica la diferencia entre el periodismo que aparece en los *weblogs* y el periodismo tradicional. También cabe remitir al trabajo NOONAN, Peggy “The Blogs Must Be Crazy. Or maybe the MSM is just suffering from freedom envy”, en *The Wall Street Journal*, 17 de febrero de 2005, disponible en <http://www.opinionjournal.com/columnists/pnoonan/?id=110006302&ojrss=frontpage> (23/2/2005).

²⁸ LÓPEZ, Sara; ROIG, Gustavo y SÁDABA, Igor, *Nuevas tecnologías y participación política en tiempos de globalización*, Cuadernos de Trabajo n.º 35, Hegoa, Bilbao, octubre 2003, disponible en <http://www.bantaba.ehu.es/sociedad/scont/tecno/doc/nodo/> (6/12/2004).

²⁹ “En una era en la que cualquiera puede ser reportero o comentarista en la Web, usted ‘se mueve al periodismo de dedos v́as’. El periodista llega a ser un ‘líder de foro’ o un mediador en lugar de ser un simple profesor o conferencista. La audiencia llega a ser un ‘prosumidor’ (traducción libre de ‘prosumer’), un híbrido de productor y consumidor”. Citado por BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio....* cit. pág. 11 (pág. 9 versión inglesa).

³⁰ Dicha portada puede verse en

<http://www.time.com/time/magazine/article/0,9171,1569514,00.html>

³¹ Se emplea “libertades públicas” como útil descriptor de un ámbito denotativo dentro de los derechos fundamentales, se sigue en buena medida SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Estudio sobre las libertades*, (2ª ed.), Tirant lo Blanch, Valencia, 1995. De esta autora, para internet, “Las libertades públicas y su ejercicio en internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, págs. 73-112.

web 2.0.

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. En las elecciones presidenciales de 2008, la fuerte presencia de Obama en las redes sociales, con centenares de miles de “amigos” en *Facebook* por ejemplo, ha sido un elemento más para su victoria.

Tampoco cabe desconocer fórmulas de manifestación de apoyos políticos hasta ahora impensables por cuanto a su magnitud. Quizá el precedente lo encontremos en las campañas de Amnistía Internacional de 2002 para salvar de la lapidación en Nigeria por adulterio a Amina Lawal (luego para Safiya Hussaini), que alcanzaron apoyos millonarios³². En España, trascendiendo del particular signo político que hayan tenido³³-, cabe destacar movilizaciones articuladas a través de internet, como las campañas *Noesigual* o el caso del *Foro español de la Familia* en 2005³⁴; las aproximadamente setecientas mil *firmas*³⁵ de apoyos al llamado “Manifiesto de la COPE”, ejercido como petición ante el Parlamento europeo³⁶, o varios millones de firmas recogidas –muchas de ellas a través de la red- por el Partido Popular como apoyo social de su proposición no de ley “Todos tenemos derecho a opinar” solicitando un referéndum relativo a la reforma del Estatuto de Cataluña³⁷. Asimismo, puede destacarse en marzo de 2007, el millón de *firmas* individuales o colectivas contra el canon de la SGAE a los soportes digitales³⁸. Desde entonces no dejan de sucederse este tipo de fenómenos, incluso con plataformas dirigidas a ello de muy fácil uso (www.petitiononline.com).

También habrá que prestar cada vez más atención a fenómenos que hacen más complejo el tratamiento jurídico si cabe. De una parte, las muy emergentes redes sociales como Facebook. De otra parte, aquellos sistemas de recreación virtual del

³² Según se afirma en la *web* de Amnistía Internacional, en el caso de Amina se lograron nueve millones de “firmas” y con la presión se consiguió en septiembre de 2003 la absolución. En 2005 se lograron 1.3 millones de firmas para acabar con la pena de muerte en Nigeria.

³³ Básicamente en la derecha política. No hay que desconocer, obviamente otras movilizaciones de otros signos, como el famoso “pásalo” de marzo de 2004 el día previo a las elecciones generales o las continuas movilizaciones vía SMS del desgraciadamente famoso “botellón”.

³⁴ Son casos analizados en particular por un especialista como lo es RUBIO NÚÑEZ, Rafael, “El protagonismo las nuevas tecnologías en los nuevos movimientos sociales”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, cit. El autor sigue el particular caso del “Foro Español de la Familia” y la campaña “Noesigual”, en 2005. De este autor, cabe referir su completo y actualizado blog, <http://ethepeople.blogspot.com/>

³⁵ En sentido jurídico no podían considerarse “firmas” en tanto que no venían avaladas por garantía de identidad, sino un alta en la *web* por medio de la introducción de un número de DNI, lo cual permitió, en casos, el apoyo de, por ejemplo, el conocido personaje de cómic de Súper López.

³⁶ Por ejemplo, ver, “Luis Herrero presenta en Bruselas las 700.000 firmas en apoyo al manifiesto COPE”, martes 21 de febrero de 2006, en http://www.libertaddigital.com:83/php3/noticia.php3?fecha_edicion=2006-01-24&num_edicion=1453&cpn=1276270378&seccion=ESP_D

³⁷ Al respecto, <http://firmas.pp.es/>.

³⁸ www.todoscontraelcanon.es.

mundo como *Second Life*³⁹ de *Linden Lab*. En este mundo virtual se pueden virtualmente todas las libertades, actividad partidista, asociativa y de la sociedad civil casi plena, también con los riesgos que ello conlleva. Es más, habrá que prestar atención a la ordenación democrática misma de ese mundo virtual en el que ya se proyecta la personalidad de ocho millones de personas y se prevén más de mil millones de personas en 2011⁴⁰, si bien, todo parece indicar que son las redes sociales las que parecen haber llegado para quedarse en la red.

Apuntados algunos fenómenos de participación a través de las TICs, lo que no puede pasar desapercibido es que la iniciativa y éxitos hay que atribuirlos sin duda alguna al ámbito privado (o, al menos, no necesariamente público)⁴¹. A través del ejercicio de las libertades por la ciudadanía por lo general en espacios privados es donde verdaderamente están fraguando los procesos de participación a través de las nuevas tecnologías. Afortunadamente, desde lo público se van a recoger los frutos *a posteriori*, a partir de ciudadanos ya habituados a interactuar y participar electrónicamente en la *web social*.

Sobre la base de lo anterior, se puede afirmar ya que las TICs son herramientas con un potencial extraordinario para mejorar el sistema político democrático. Y dicho servicio bien puede hacerse para informar mejor y generar conocimiento al ciudadano y los grupos en que se integra, para facilitar el ejercicio de libertades públicas, para crear redes y tejidos asociativos, para gestionar conocimiento con los actores del sistema político, para gestionar las distintas fases de procesos participativos (de la información a la toma de decisiones), la actuación de órganos colegiados deliberativos o decisorios, para mejorar el sistema electoral y facilitar votaciones, bien para elegir un órgano representativo, bien para una elección en mecanismos de democracia directa. Resulta evidente, ante tal panoplia de posibilidades, que será casi imposible acotar cualquier aproximación jurídica al fenómeno de la e-democracia. Ahora se fija la atención en algunos ámbitos⁴².

II. Un principio constitucional que exigiría el impulso normativo del fenómeno e-participativo

1. 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.

³⁹ *Second Life* es un mundo virtual 3D de interacción social fundado por Philip Rosedale, ver, http://es.wikipedia.org/wiki/Second_Life

⁴⁰ PÉREZ GÓMEZ, Elena y SÁNCHEZ-CRESPO LÓPEZ, Antonio, "Legalidad en second life. Dios creó el mundo en siete días y al hombre a su imagen y semejanza. Y el hombre creó Second Life y el avatar", en *El Derecho, base de datos, sección Internet*, 10 de junio de 2007.

⁴¹ Los poderes públicos, obviamente también pueden generar espacios de participación de la *web social* (blogs, wikis, foros, etc.), con la posibilidad de integrar y generar contenidos en sitios públicos, por ejemplo.

⁴² En este punto, centro la atención en algunas cuestiones. Al respecto de otros ámbitos, me remito a diversas de mis publicaciones en www.cotino.net.

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, 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.).

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

Sobre la base de las anteriores ventajas, y en especial de las ventajas de una noción amplia de edemocracia, podría afirmarse con carácter general 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, principio que García Costa sustenta en el Preámbulo constitucional (“democracia avanzada”) y el artículo 9. 2º CE este principio constitucional⁴³.

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 (*ex art. 9. 2 o 103 CE, por ejemplo*), 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 y el derecho de participación general (art. 23 CE), el

⁴³ Sobre el tema recientemente, entre otros, GARCÍA COSTA, Francisco Manuel, “Participación y democracia electrónicas en el Estado representativo”, en COTINO HUESO, Lorenzo, *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, cit.

derecho de petición (art. 29 CE), el libre acceso a la información (en su caso pública *ex* art. 20)⁴⁴, la libertad de expresión, de participación en la de educación (art. 27 CE), el derecho a la buena administración⁴⁵, derecho de acceso a los registros o archivos, el derecho de audiencia previa a las decisiones (art. 105 CE) y cualquier otra forma jurídica que adquieren 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. Obviamente, no es el caso de nuestra Constitución de 1978, aunque sí de normas infraconstitucionales recientes⁴⁶.

No obstante, por lo general, hoy día, tales normas tienen el carácter de principio, incluso cuando se formulan como derechos, muchas veces generan sólo obligaciones genéricas para los poderes públicos difícilmente exigibles por los sujetos.⁴⁷ No es impensable, sin embargo, que la jurisprudencia futura reconozca exigencias concretas como parte del contenido subjetivo sí directamente exigible de algunos derechos fundamentales. Y ello, como a continuación se expone, podría ser de cierta utilidad a la vista de la timorata e hipócrita actitud del normador.

3. La hipocresía de nuestros poderes públicos: escasa regulación para ellos, importante regulación para el ámbito privado

El reconocimiento de este principio constitucional puede adquirir su relevancia política y –por lo que interesa– jurídica. No en vano, como bien constitucional puede constituir un fin constitucional, que en tanto necesario para una sociedad democrática, se considere justificación objetiva y razonable de un límite puntual a algún derecho fundamental para favorecer la implantación de la democracia y participación electrónicas, límite que siendo proporcional sería admisible constitucionalmente. Esta función jurídica legitimadora de límites no es despreciable en modo alguno.

Asimismo, este principio jurídico de implantación de la participación y democracia electrónicas puede ser un apoyo útil en razón de la pereza y falta de compromiso que se detecta por parte de los poderes públicos en la regulación y garantía

⁴⁴ Sin ser lugar de atención ahora, cabe señalar que actualmente es minoritaria la doctrina –y menos la jurisprudencia– que ubica el acceso a la información como contenido del derecho a la información del artículo 20 CE. Entre los que se manifiestan a favor, entre otros, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *El Derecho de acceso a los documentos administrativos*, Marcial Pons, Madrid 1997.

⁴⁵ Derecho reconocido en el ámbito comunitario jurisprudencialmente y reconocido expresamente en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, así como en instrumentos infraconstitucionales, como es el caso del Estatuto de la Comunidad Valenciana (art. 9).

⁴⁶ Como más claro y reciente ejemplo, la definitivamente denominada Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, al igual que la ola de estatutos de autonomía reformados y leyes de administración autonómica. La regulación reciente es prolija, aunque por lo general poco concreta.

⁴⁷ No es el caso de la Ley 11/2007, verdadera ley de derechos en el sentido de subjetivos y exigibles. Cuestión diferente es que luego se hagan realidad. Sobre el tema de los derechos electrónicos, por todos, mi trabajo (accesible en la red) “Derechos del ciudadano”, GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2007, págs. 117-234.

de la democracia y participación electrónicas⁴⁸. 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. No obstante, es posible imponer compromisos y obligaciones concretas de institución de mecanismos de participación, de ejercicio electrónico de derechos y libertades en el ámbito público, de acceso a la información y transparencia, etc. De hecho, hoy día se imponen obligaciones jurídicas a personas, empresas y sociedades de presencia e información a los usuarios de internet⁴⁹, obligaciones que no se imponen a los poderes públicos.

Una muestra de compromiso público por la transparencia lo ofrece la Directiva europea de reutilización de la información pública que genera la obligación de dispensar información pública en formato electrónico⁵⁰. Ahora bien, lejos de cualquier lógica de transparencia democrática –que cuenta con reticentes, en todo caso⁵¹–, la información pública es sólo “materia prima” que se ha de liberar para que el sector privado pueda adquirirla a precio razonable y generar nuevas oportunidades de negocio⁵². En razón de dicha Directiva se ha aprobado la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y como se señala en la Exposición de Motivos, “no se modifica el régimen de acceso a los documentos administrativos consagrado en nuestro ordenamiento jurídico”.

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

⁴⁸ Por todos, sígase mi estudio “El débil compromiso normativo por la transparencia y participación electrónicas. Situación actual y posibilidades de futuro”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Democracia, participación y voto a través de las nuevas tecnologías*, cit..

⁴⁹ Así, por ejemplo, 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 (art.s 10 y siguientes de la Directiva 95/46/CE de protección de datos). Del mismo modo, la regulación de protección del consumidor cada vez contiene mayores exigencias de este tipo.

⁵⁰ 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”. Sobre la misma, por todos, CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí y GALÁN GALÁN, Alfredo (coords.), *La reutilización de la información del sector público*, Comares (Colección sociedad de la información), Granada, 2006.

⁵¹ Como posición contraria doctrinal a la transparencia, por todos, IBLER, Martín, “Libertad de información de los ciudadanos contra las autoridades alemanas”, COTINO HUESO, Lorenzo (coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, 2006, págs. 229 – 242.

⁵² Así por ejemplo, se observa en el preámbulo de la Directiva: Considerando 7º: “La información del sector público constituye una materia prima importante para diversos productos y servicios de contenidos digitales y se convertirá en un recurso cada vez más importante con el desarrollo de los servicios inalámbricos de contenidos.”

protección de datos). Pero el ejemplo más llamativo y relevante para la materia de transparencia y democracia electrónicas es el que se produjo tras la quiebra de la empresa norteamericana Enron⁵³ 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. La crisis financiera de 2008 y el escándalo del caso Madoff, a buen seguro supondrá un nuevo impulso a la transparencia financiera.

Así se da el ejemplo más llamativo de esta hipocresía es el de la ola normativa 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 y el buen gobierno, corporativo⁵⁴. Se trata de obligaciones concretas, bajo riesgo de sanción⁵⁵, que ni de lejos se dan para los poderes públicos que las imponen. Y es que esta legislación regula y detalla el derecho de información del socio, el contenido, calidad y forma de acceso a la misma⁵⁶, así como se facilita –y en ocasiones impone- obligaciones concretas con relación a la participación electrónica⁵⁷. La Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras entre las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de

⁵³ <http://es.wikipedia.org/wiki/Enron>

⁵⁴ En particular cabe fijar la atención en la Ley 26/2003, de 17 de julio, con el fin de reforzar la transparencia de las sociedades anónimas cotizadas y toda su importante normativa de desarrollo. Véase la sección e-transparencia en www.derechotisc.com, documentación.

Sobre el tema, por todos, MUÑOZ PÉREZ, José M^a, *Nuevas Tecnologías en el Funcionamiento de las Juntas Generales y de los Consejos de Administración*, Madrid, Civitas 2005.

⁵⁵ La ley de sociedades anónimas fija la responsabilidad del cumplimiento de la obligación en el Consejo de administración (art. 117. 3º) y el incumplimiento constituye un tipo disciplinario según el actual artículo 100 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores:

“m bis. La inexistencia de la página *web* prevista en el apartado 2 del artículo 117 y en el apartado 5 del artículo 82, o la falta de la información señalada en dichos artículos o en sus normas de desarrollo.”

Asimismo, hay que estar por lo dispuesto en el actual artículo 112 de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁵⁶ La referida Ley 26/2003, de 17 de julio de transparencia corporativa y su regulación de desarrollo detallan el alcance del derecho de información del socio, los instrumentos de información, incluyendo medios informáticos, obligando a contar con una *web*. Lo que es más, legal y reglamentariamente se concreta tanto el contenido de la información que electrónicamente debe publicarse, cuanto la forma de difusión electrónica de la misma. De particular interés es la regulación del informe anual de gobierno corporativo, donde el grado de detalle normativo sobre la información obligatoria mínima es digno de ser apreciado. De hecho, es bien recomendable que lector observase el tipo de información concreta que se obliga a transmitir electrónicamente y, en un ejercicio mental, la intentase proyectar en paralelo lo que supondrían para una entidad pública (dígase Ayuntamiento, Gobierno autonómico y sus Consellerías, Gobierno nacional y sus Ministerios, grandes organismos, etc.). Aun salvando las distancias, sin duda, trasladar estas exigencias al ámbito público sería una verdadera muestra de voluntad política y jurídica de transparencia electrónica.

Además sin perjuicio de las obligaciones jurídicas, el desarrollo reglamentario inmediato de esta ley en 2003 expresa con total claridad el contenido de la información que debe constar en la página *web*, esta normativa detalla también jurídicamente los principios y requisitos de la información, con garantías de los mismos: exactitud, veracidad, claridad, integridad, fiabilidad (incluso con enlaces directos a la fuente oficial de la información, gratuidad, sencillez de acceso, usabilidad, etc.). También es muy llamativa la concreción reglamentaria de las “Especificaciones Técnicas y Jurídicas de las páginas *web*” en la Circular de 2004. Aún es más, se incluyen diversas normas –jurídicas, no olvidemos- de accesibilidad y usabilidad de todo interés (número de clics, estructura, jerarquía, mapas, títulos y lenguaje, homogeneidad de contenidos en todos los canales, etc.)

⁵⁷ Son diversas las posibilidades jurídicas de convocatoria (obligatoria en la *web*), de celebración de Junta General por medios electrónicos, así como la posibilidad de delegación electrónica de voto o el ejercicio del voto electrónico mismo (art. 105 Ley sociedades).

transparencia financiera de determinadas empresas, también obedece a la lógica económica, no política⁵⁸.

Pero *en casa del herrero, cuchara de palo*: los poderes públicos casi no se obligan jurídicamente a ellos mismos a facilitar información pública por medios electrónicos ni facilitar la participación y apertura. La Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos⁵⁹, es todo un avance, aunque mucho más discreto en materia de transparencia, participación y democracia electrónica⁶⁰. Ello no obstante, impone la existencia de “sedes electrónicas” de los poderes públicos, impulsa los boletines oficiales electrónicos –cuya versión en papel jurídicamente está desapareciendo; promueve la información institucional de calidad, asegura que el derecho de acceso se pueda ejercer electrónicamente o conocer el estado de procedimiento, etc⁶¹. En la misma, la única regulación de la participación se da de forma genérica entre las “Finalidades de la ley”⁶². Lo más parecido a un compromiso en la legislación estatal lo vemos en el artículo 70 bis de la Ley de Bases de Régimen Local⁶³. La Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información vuelve a hacer una huída hacia delante regulando timoratamente y de forma vacía el “Fomento a la participación ciudadana en la sociedad de la información”⁶⁴.

⁵⁸ Esta Ley resulta de la transposición de la Directiva 2006/111/CE de la Comisión, de 16 de noviembre de 2006, relativa a la transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas, así como a la transparencia financiera de determinadas empresas. De la misma, cabe destacar, no hay referencia explícita alguna a los medios electrónicos.

⁵⁹ Al respecto de la misma, resulta referente obligado GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica*. Cit..

⁶⁰ La ley ciertamente ha dejado la materia fuera de su ámbito más allá de la proclamación del principio de transparencia y participación en su artículo 4.

⁶¹ En concreto, COTINO HUESO, Lorenzo, “Acceso a la información pública en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos”, en SANCHEZ DE DIEGO, Manuel (coord.) *El derecho de acceso a la información pública. El papel del Derecho de la información en la Sociedad del Conocimiento, Actas del Seminario internacional complutense*, Universidad Complutense, 2008, págs. 68-96.

⁶² Artículo 3. Finalidades de la Ley: “Son fines de la presente Ley:[...] 6. Simplificar los procedimientos administrativos y proporcionar oportunidades de participación y mayor transparencia, con las debidas garantías legales.”

De otro lado, en el artículo 34, “Criterios para la gestión electrónica”, se encuentra el siguiente: “b) La previsión de medios e instrumentos de participación, transparencia e información.”

⁶³ Artículo 70 bis. (Artículo añadido por la Ley 57/2003, de 16 de diciembre):

“1. Los ayuntamientos deberán establecer y regular en normas de carácter orgánico procedimientos y órganos adecuados para la efectiva participación de los vecinos en los asuntos de la vida pública local, tanto en el ámbito del municipio en su conjunto como en el de los distritos, en el supuesto de que existan en el municipio dichas divisiones territoriales.

[...] 3. Asimismo, las entidades locales y, especialmente, los municipios, deberán impulsar la utilización interactiva de las tecnologías de la información y la comunicación para facilitar la participación y la comunicación con los vecinos, para la presentación de documentos y para la realización de trámites administrativos, de encuestas y, en su caso, de consultas ciudadanas.

Las Diputaciones provinciales, Cabildos y Consejos insulares colaborarán con los municipios que, por su insuficiente capacidad económica y de gestión, no puedan desarrollar en grado suficiente el deber establecido en este apartado.”

Sobre el tema, entre otros, CASES I PALLARÉS, Jordi (coord.), *Las tecnologías de la información y la comunicación y las entidades locales. La administración electrónica*, publicado en el monográfico de la *Revista de Estudios Locales*, número extraordinario, julio 2004 y, en general, por todos, FERNÁNDEZ RAMOS, Severiano, *La información y la participación ciudadana en la Administración local*, BOSCH, Barcelona, 2005.

⁶⁴ Disposición adicional decimoquinta. Fomento a la participación ciudadana en la sociedad de la información.

Un precepto que, pese a su apariencia, no comporta obligaciones concretas exigibles a las administraciones locales. Cabe esperar una ley de acceso a la información adecuada al momento histórico y las tecnologías existentes⁶⁵. De hecho, era uno de los compromisos electorales del PSOE para la VII Legislatura⁶⁶, que se repitió, intacto para la VIII⁶⁷. La regulación en España ni está, ni se le espera⁶⁸.

También es cierto que sí que se dan avances normativos. En este sentido, pueden destacarse algunos avances en el ámbito europeo⁶⁹ o en el regional o local español⁷⁰.

4. Ejemplos de regulación del ejercicio electrónico de las fórmulas de iniciativa legislativa popular, del derecho de petición y otras fórmulas. La importancia de las exigencias de identificación

Las nuevas tecnologías también pueden jugar un papel bien importante respecto de las fórmulas de democracia semi-directa o de democracia

Con el objeto de fomentar la presencia de la ciudadanía y de las entidades privadas sin ánimo de lucro y garantizar el pluralismo, la libertad de expresión y la participación ciudadana en la sociedad de la información, se establecerán medios de apoyo y líneas de financiación para el desarrollo de servicios de la sociedad de la información sin finalidad lucrativa que, promovidos por entidades ciudadanas, fomenten los valores democráticos y la participación ciudadana, atiendan al interés general o presten servicio a comunidades y grupos sociales desfavorecidos.

⁶⁵ Más allá del ámbito “electrónico”, cabe citar trabajos como FERNÁNDEZ RAMOS Severiano, “Algunas proposiciones para una Ley de Acceso a la Información”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º. 105, 2002, págs. 881-916, disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/boletin/cont/105/art/art5.htm>

Sobre el estado de la transparencia en España, cabe remitir a AA. VV. *Transparencia y silencio. Estudio sobre el acceso a la información en España*, Sustentia, Madrid, octubre de 2005. Disponible en www.sustentia.com.

⁶⁶ En efecto, se trata del Capítulo V, relativo a la democracia, págs. 40-41 en el que se afirma “Fomento de las nuevas formas de información “On-Line”: El PSOE apoyará y fomentará las nuevas formas de información a través de la red, incluido el desarrollo del periodismo “on-line”.” Y, a renglón seguido: La ley de la libre información. [...] Impulsaremos una Ley sobre el derecho al libre acceso a la Información, que garantice que todos los poderes, autoridades públicas y entidades sostenidas con fondos públicos, faciliten, en tiempo útil, el libre acceso a toda información o documento oficial, con la única excepción de lo que atente a la legislación de protección de datos o de secretos oficiales. La autoridad requerida deberá motivar, en su caso, su negativa a dar información o documentación.

La garantía del derecho a la libre información la ejercerá una Autoridad independiente elegida por el Congreso de los Diputados, por mayoría cualificada, con facultades para obligar a las Administraciones Públicas a la entrega inmediata de la información o dato solicitado.”

⁶⁷ El texto se reitera en el programa del PSOE en las elecciones de 2008.

⁶⁸ Al respecto me permito señalar los “Nueve Principios para una Ley de Acceso a la Información en España” de la Coalición Pro Acceso, www.access-info.org, presentados en junio de 2007.

⁶⁹ En el ámbito de la Unión Europea, hay que aprender especialmente del Reglamento (Ce) N.º 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, sí que regula el acceso electrónico a los documentos. De otra parte, aún sin valor jurídico debe tenerse muy en cuenta la Comunicación de la Comisión Com 2002, 277 final, de 5 de junio de 2002, “Documento de consulta: Hacia una cultura reforzada de consulta y diálogo - Propuesta de principios generales y normas mínimas para la consulta de la Comisión a las partes interesadas”, de 18 páginas, disponible-formato pdf- en http://europa.eu.int/comm/governance/whats_new/comm100602_es.pdf

⁷⁰ Destaca la regulación autonómica catalana (Decreto 324/2001, de 4 de diciembre de la Generalitat de Cataluña, relativo a las Relaciones entre los ciudadanos y la Administración de la Generalidad de Cataluña a través de Internet). O la concreta regulación local de Barcelona (Reglamento de Gestión del Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, de 2003; Reglamento que aprueba las Normas reguladoras de la participación ciudadana del Municipio de Barcelona, aprobadas en el Consejo Plenario de 22 de noviembre de 2002; Reglamento interno del Consejo de Ciudad, aprobado el Pleno del Consejo Municipal el día 29 de abril de 2005. La regulación encuentra su cumplitud en la más Ordenanza reguladora de la administración electrónica aprobada por el Consell Plenari el 24 de marzo de 2006.

participativa (según se conciba), así como de ejercicio del derecho de petición o de fórmulas de democracia participativa por ciudadanos. Experiencias españolas recientes ya comentadas parecen indicarlo, al haberse reunido apoyos a través de internet que nunca se hubieran obtenido sólo por medios no virtuales (cientos de miles de “firmas” en contra del canon de la SGAE, “Manifiesto de la COPE”, etc.). Ahora bien, estas iniciativas se tramitaron sin firma electrónica, como apoyos políticos anejos al ejercicio concreto de derechos por quienes sí se habían identificado plenamente. En sí, se dio la falta de seguridad jurídica y real de que las mismas estuvieran realmente avaladas por individuos –o colectivos-. 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.

Una de las claves para la implantación de estas fórmulas de participación electrónica es la exigencia o no de firma o documento de identidad electrónico, puesto que puede suponer una doble barrera. De una parte, siguen siendo muy pocos quienes hoy día gozan de tales instrumentos de identificación. De otra parte, puede haber mayor desconfianza para el uso de la firma electrónica para usos participativos y preferirse los medios no virtuales, aunque quizá no haya este temor para la realización de trámites administrativos. Como sucede con el uso de la tarjeta de crédito, hay mayor temor a emplearla en la red que en la vida no virtual.

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 al punto de reducir muchísimo la posibilidad de la efectiva participación electrónica. En este punto, cabe recordar el principio de proporcionalidad, recientemente reconocido en la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso⁷¹, que puede conllevar la no exigencia de firma electrónica para algunas formas de participación y expresión de apoyos, etc. De igual modo, la acreditación plena de la existencia e identidad, no es siempre incompatible con el anonimato, incluso a través de la firma electrónica. Cabe recordar en este sentido, que la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica permite la identificación del firmante a través de un seudónimo⁷². De este modo, es posible asegurar la existencia e identidad del participante, a la vez que su participación anónima –y más libre-. No hay que cerrarse, pues, a que en el futuro se permitan diversos ejercicios de derechos participativos de forma anónima, a la vez que con plena acreditación de la identidad.

⁷¹ Así, artículo 7, principio g, “Principio de proporcionalidad en cuya virtud sólo se exigirán las garantías y medidas de seguridad adecuadas a la naturaleza y circunstancias de los distintos trámites y actuaciones. Asimismo sólo se requerirán a los ciudadanos aquellos datos que sean estrictamente necesarios en atención a la finalidad para la que se soliciten.” Al respecto, cabe seguir el artículo 13 particularmente.

⁷² Así véanse las definiciones de los artículos 3 y 6, y en particular lo dispuesto en el artículo 11. 2º respecto de requisitos de los certificados reconocidos. Tales certificados incluirán “La identificación del firmante, en el supuesto de personas físicas, por su nombre y apellidos y su número de documento nacional de identidad o a través de un seudónimo que conste como tal de manera inequívoca y, en el supuesto de personas jurídicas, por su denominación o razón social y su código de identificación fiscal. La idea la agradezco a Jordi Barrat.

De la experiencia española, la regulación del derecho de petición (Ley orgánica 4/2001), en su artículo 4⁷³ menciona su ejercicio electrónico, pero no necesariamente a través de firma electrónica, lo cual es positivo. No es tan positivo que desde su aprobación no se haya desarrollado este aspecto. De otra parte, las recientes reformas de 2006 de la Ley Orgánica 3/1984 que regula la Iniciativa Legislativa Popular⁷⁴ y la del ámbito de Cataluña⁷⁵ permiten recoger firmas para promover cambios legislativos a través de Internet y de medios electrónicos, eso sí, exigiendo firma electrónica. Juzgo necesario este requisito en el caso concreto de la iniciativa popular, si bien limita mucho hoy día las posibilidades de éxito de esta vía de participación. Quizá no sea impensable para el futuro la posibilidad del apoyo anónimo de este tipo de iniciativas con firma electrónica: el sistema podrá corroborar tanto la existencia de la persona, cuanto que sólo se da una vez su apoyo.

Más allá de la iniciativa popular, en el terreno de la participación en mecanismos de consultas y deliberación, o en el ejercicio del derecho de petición, cabe observar algunas normas municipales, por cuanto no se ciñen necesariamente a la firma electrónica. Así sucede, por ejemplo, en la norma local de Barcelona⁷⁶ y de Zaragoza⁷⁷.

⁷³ Artículo 4. Formalización: “1. Las peticiones se formularán por escrito, *pudiendo utilizarse cualquier medio, incluso de carácter electrónico, que permita acreditar su autenticidad*, e incluirán necesariamente la identidad del solicitante, la nacionalidad si la tuviere, el lugar o el medio elegido para la práctica de notificaciones, el objeto y el destinatario de la petición.

2. En el caso de peticiones colectivas, además de cumplir los requisitos anteriores, serán firmadas por todos los peticionarios, debiendo figurar, junto a la firma de cada uno de ellos su nombre y apellidos.

3. El peticionario podrá dar cuenta del ejercicio de su derecho a institución u órgano diferente de aquel ante quien dirigió la petición, remitiéndole copia del escrito sin otro efecto que el de su simple conocimiento.

4. Los peticionarios podrán exigir la confidencialidad de sus datos.”

⁷⁴ Por Ley Orgánica 4/2006, de 26 mayo. Artículo 7.4º: “Las firmas se podrán recoger también como firma electrónica conforme a lo que establezca la legislación correspondiente.”

⁷⁵ Ley 1/2006, de 16 febrero, del Parlament de Catalunya, de la iniciativa legislativa popular. En sus disposición adicional primera se establece que “El Gobierno, para facilitar la firma electrónica en la presentación de la iniciativa legislativa popular, debe dictar las instrucciones pertinentes para garantizar la eficacia y seguridad de este medio teleinformático.”

⁷⁶ Al respecto, cabe señalar que el Reglamento que aprueba las Normas reguladoras de la participación ciudadana del Municipio de Barcelona, de noviembre de 2002, en su extensa regulación del derecho de petición (art. 6) se dispone su posible ejercicio por medios electrónicos con garantía de autenticidad (art. 6. 3º). Cabe destacar que se regula que “No se admitirá como apoyo a la petición la utilización masiva de correos electrónicos; sino que será necesario que cada soporte sea específico.”

Para ello se obliga el Ayuntamiento a tener un “espacio virtual, dentro del sitio *web* municipal, dedicado específicamente a estas cuestiones.” (aptdo. 2º) Asimismo, cabe mencionar la “garantía” de equipos informáticos conectados a la red de acceso ciudadano (aptdo. 4º) así como el derecho a disponer “de una dirección de correo electrónico ciudadano como vehículo de comunicación proactivo” (aptdo. 4º).

⁷⁷ Reglamento de Órganos Territoriales y de Participación Ciudadana en el Ayuntamiento de Zaragoza, Aprobado por el Ayuntamiento Pleno el 30.10.2002, reformado en 2005, reconoce a todo vecino “derecho a obtener un certificado de seguridad de su correo electrónico o número clave que le facilite la posibilidad de participar en la red informática cívica, encuestas ciudadanas, foros de opinión municipal y todos aquellos instrumentos que promueva el Ayuntamiento en la red.” (art. 44).

5. Algunas propuestas de “derechos electrónicos”

Aun sin llegar al nivel de la regulación de la transparencia corporativa empresarial evidencia que sí se puede regular –instituyendo garantías– de la información pública electrónica⁷⁸, establecer una tipología de información con régimen jurídico concreto y partir de ahí, determinar condiciones de acceso, titulares, límites, condiciones de acreditación en la red, etc. Esta normativa permite considerar que más allá que de una forma simbólica, se pueden garantizar derechos “electrónicos” de los ciudadanos con relación a la participación y transparencia electrónica⁷⁹, regulando las condiciones de ejercicio de los mismos.

También, un aspecto cuya regulación y compromiso jurídico tiene un gran potencial es el de la información pública *proactiva* (en correcto castellano, “activa”), respecto de la cual la legislación estatal sigue siendo prácticamente inexistente cuando bien es posible detallar la exigencia de mapas de acceso, número máximo de *clicks* para acceder desde el inicio de la página a una serie de contenidos, etc. También cabe regular cómo y dónde publicar los diversos tipos de información pública, la validez y mecanismos de seguridad de la información “oficial” (boletines, procedimientos de información pública, concursos, etc.), la responsabilidad, calidad y fiabilidad de los mismos, etc.

En esta dirección, puede exigirse la regulación de contenidos mínimos de interés para la participación e información. Regulaciones como la ley de transparencia mejicana pueden ser un buen referente. Por ejemplo:

1º la obligación de incluir una serie de contenidos estructurados por temas sistematizados y accesibles ya por un punto de acceso a información y participación al inicio de la página y a su vez, como contenidos sistematizados obligados en el “árbol” o “estructura” de la página, cuyo enlace debe figurar, también, al inicio.

2º Imposición de temas mínimos para instituciones municipales, provinciales, ministeriales, etc. Según sus competencias jurídicamente reconocidas.

3º La normativa básica reguladora de la institución.

4º La normativa básica que genera la institución.

5º 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.

6º Información sobre los responsables políticos de la institución, con contenidos mínimos (responsabilidades públicas anteriores, declaración de haberes, resultados electorales, histórico de coaliciones y acuerdos, etc.).

Stephen Clift⁸⁰, por ejemplo, señala para el futuro la necesidad de reconocimiento de unos derechos mínimos como:

⁷⁸ Que sea íntegra, fiable, exacta, clara, precisa, en su caso gratuita, accesible y usable.

⁷⁹ Así, derecho de acceso a los sitios públicos, derecho de participar e influir en los sitios *web* públicos, derecho a interactuar con los poderes públicos, derecho de ejercer el derecho de petición ante las instituciones públicas, derecho de acceder a los archivos y expedientes electrónicamente, etc., derecho de participar y transmitir mensajes a los órganos participativos de forma electrónica, derecho de uso del correo electrónico y similares, derecho de acceder a las direcciones electrónicas de los representantes políticos, derecho de obtener una respuesta en un plazo determinado, derecho de obtener un acuse de recibo a la solicitud formulada, etc.

⁸⁰ Ver CLIFT, Steven, “Democratic Evolution or Virtual Civil War”, Remarks as prepared for the Promise of E-Democracy WSIS Event, Geneva, Switzerland, December 2003, disponible en <http://egov.unitar.org/spip/article189.html> (6/5/2004). De este autor, entre otros muchos, "E-government and democracy. Representation and citizen engagement in the information age", artículo basado en la investigación para las Naciones unidas (UNPAN/DESA, Informe sobre el Sector Público en el Mundo),

-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”.

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

- El 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”.

III. Acceso a las TICs, brecha digital y elitocracia electrónica desde una perspectiva jurídica

No cabe duda que 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 discriminación⁸¹. Ello conduciría, como diversos autores han alertado a una democracia de elites⁸².

Asimismo, me permito considerar que en la evolución de las fórmulas de democracia y participación electrónicos no se ha de caer en el error de dotar de sobre representación o particular legitimación a los participantes por medio de las TICs. Pese a que pueda sorprender no es un fenómeno tan extraño. Pensemos en el protagonismo que actualmente se concede en los medios de comunicación a la “participación” de los oyentes o espectadores a través de las TICs (correos, foros, SMS, etc.), al punto de que en ocasiones algunos programas parecen dedicados a la lectura de lo que los oyentes o espectadores opinan, cuando hasta hace bien poco eran extraños los programas que daban acceso a la participación por medios clásicos. Este fenómeno, cierto es, bien puede atribuirse a una moda pasajera. No obstante, no ha de perderse de vista que en todo proceso participativo, el perfil más activo de los participantes suele corresponder con las posiciones más polarizadas y dotar a su participación de especial significación puede suponer infravalorar las posiciones mayoritarias y más moderadas. Es por ello que 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.

febrero de 2004 y *Global E-democracy Best Practices*, 16 junio de 2005, disponible en http://www.e-democracy.gov.uk/knowledgepool/default.htm?mode=1&pk_document=307

⁸¹ Como ya alertara Wert, es muy posible que se produzca un efecto perverso, pues serán precisamente las categorías sociales más faltas las que tendrán reducidas posibilidades de disfrutar de los servicios electrónicos de las administraciones, WERT, José Ignacio, “Internet y España: reflexiones impertinentes”, en *Claves la razón práctica*, nº 107, noviembre 2000, págs. 26-35. Sobre el tema en el caso de e-administración he fijado particularmente mi atención en COTINO HUESO, Lorenzo, “Derechos del ciudadano administrado e igualdad ante la implantación de la Administración electrónica”, cit.

⁸² En este sentido, por ejemplo, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet...* cit. Págs. 219-220.

En la misma dirección, no debe descuidarse el particular perfil de los usuarios de las nuevas tecnologías⁸³ 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.

De este modo, no debe descuidar la atención jurídica a la cuestión de acceso a la red, así como, en especial, el hecho de la no discriminación en el acceso a los servicios y ventajas públicas, en particular las vinculadas con la participación electrónica.

1. Acceso a internet en Latinoamérica, España y Alemania

Los datos más recientes⁸⁴ señalan que un 28,6% (14,4% en marzo de 2006) de la población de América Latina (incluyendo Caribe) están ya conectados a internet, suponiendo un 10,6% (7.8% en 2006) del total de los internautas mundiales, aproximadamente mil millones. La media de acceso en Europa, según esos datos es de 48.5%, la Unión Europea de 27 el 59% y de Norte América 73,1% (68.6% en 2006).

Por países, destaca la penetración de internet en Chile 44,9 % (35.7% en 2006) o Argentina 39,3% (26.4% en 2006). Por orden de penetración de internet: Chile 44.9 %; Argentina 39.3 %; Costa Rica 35.7 % (22.7% en 2006); Uruguay 31.6 % (20.8% en 2006); Colombia 30.5 % (9.7% en 2006); Peru 26.2 % (16% en 2006); Brazil 26.1 % (14.1% en 2006); Puerto Rico 25.3 %; Venezuela 22.5 % (12% en 2006); Dominican Republic 22.1 %; Mexico 21.6 % (16.2% en 2006); Guatemala 10.2 %; El Salvador 9.9 %; Ecuador 8.0 % (5.2% en 2006); Panama 8.0 %; Bolivia 6.3 % (3.8% en 2006); Honduras 4.5 % (3.3% en 2006); Paraguay 3.8 % (2.7% en 2006); Nicaragua 2.7 % (Nicaragua 2.2% en 2006) y finalmente en la cola, Cuba con un 2.1 %.

En España, los conectados a internet son el 63,3% (38.7% en 2006), siendo similar en Alemania (67%), ocupando un lugar medio en la Unión Europea ampliada a 27 (59 %) frente a países como Holanda (90%) o Noruega (87,7%).

Ahora bien, Alemania y España se sitúan 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 el periodo 2000-2008, el crecimiento de la zona ha sido de 8,2 veces.

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

⁸³ Sobre el tema, además de los Informe periódicos de la Fundación Telefónica sobre el uso de la red, me parece de particular interés, PREVITE, Josephine, HEARN, Greg y DANN, Susan, "Profiling Internet Users' Participation in Social Change Agendas: An Application of Q-Methodology", Faculty of Business, Queensland University of Technology, disponible en <http://arxiv.org/abs/cs/0109058>.

⁸⁴ Febrero de 2009, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>)

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.

2. El “ius communicationis”. Un derecho de acceso a las nuevas tecnologías y las garantías ante su restricción

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho a la comunicación (*ius communicationis*, los “*Communication Rights*”⁸⁵) de naturaleza constitucional o casi-constitucional⁸⁶. Esta tendencia se observa en muchos documentos –no jurídicos– de la construcción mundial de la Sociedad de la Información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.)⁸⁷ También resulta de interés partir del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 19 se afirma que:

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

Y este derecho leerlo en clave de la sociedad de la información y, con ella, con otros documentos más recientes del ámbito de Naciones Unidas⁸⁸, como la Declaración de Ginebra de la ONU vinculan con claridad este derecho con el acceso⁸⁹ a la sociedad de la información y se afirma el “derecho de acceso como acceso universal”⁹⁰.

⁸⁵ Existe incluso una iniciativa civil, el Foro Mundial de Derechos de la Comunicación, con URL propia: www.communicationrights.org, que presentó su declaración en la Cumbre de Ginebra en 2003.

⁸⁶ Al respecto, CORREDOIRA ALONSO, Loreto, “Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19, en en COTINO HUESO, Lorenzo, *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁸⁷ Al respecto, por todos y accesible en la red a texto completo, “La Administración y Gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información”, en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, Madrid, 2003, págs. 257-289.

⁸⁸ *Declaración de Ginebra*, 2003, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; *Declaración de Principios* de la Segunda Fase de esta Cumbre, celebrada en Túnez en Noviembre de 2005, conocida como Compromiso de Túnez, que incluye un *Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información*.

⁸⁹ Así, los países miembros proclaman: “*Reafirmamos como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a la libertad de opinión y de expresión (...)*”

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

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

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

[...]

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

Ya en el nivel interno, 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 derechos que queden afectados o limitados. Pensemos por ejemplo el derecho de propiedad o la libre empresa ante las exigencias e imposiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, condiciones de autorización de servicios, imposición de exigencias sobre propietarios, empresas, etc. Todo ello, 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

las TIC en lugares como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y archivos, puede ser el medio eficaz de garantizar el acceso universal a la infraestructura y los servicios de la Sociedad de la Información.”

⁹⁰ “Apartado 3) Acceso a la información y al conocimiento

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

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

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

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

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

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.

En España no han sobrado proclamaciones de este derecho de acceso⁹¹ y recientemente su reconocimiento se da en algunos Estatutos de autonomía⁹². Este derecho de acceso a la sociedad de la información y del conocimiento no sólo es la libertad de emitir y recibir información (que sí que es un derecho fundamental), sino que queda vinculado a elementos materiales y prestacionales como la consideración de internet como servicio universal, la garantía de puntos de acceso a internet por todos los sectores de la población, la garantía de la no discriminación en la implantación del gobierno y administración electrónicos (principio de igualdad), la necesidad de adopción de políticas de alfabetización digital, etc.

Más allá de las referencias de fomento, destaca el estatuto de la Comunidad Valenciana, que contiene un reconocimiento del Derecho al Conocimiento⁹³ y un llamamiento a la acción de los poderes públicos para hacer efectivo el ejercicio igual, de calidad y no discriminatorio del mismo, eliminando todos los obstáculos o barreras (brecha digital) que impidan o dificulten su realización plena y efectiva a los ciudadanos y organizaciones en que se integra (artículo 9 de la Constitución Española y 8.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana). Este derecho –difuso- lo sería a una plena integración en la Sociedad de la Información; al acceso a las nuevas tecnologías y a que la Administración competente desarrolle políticas activas en formación, infraestructuras y la utilización de las nuevas tecnologías⁹⁴. En coherencia el citado estatuto se acompaña de otras proclamaciones y disposiciones competenciales y materiales para el desarrollo de tal derecho⁹⁵

⁹¹ En España, cabe señalar, sin valor jurídico la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*, aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999, en www.senado.es/solotexto/comredinf/conclusiones.htm (21/2/2001), a saber:

“I.- Todas las personas tienen el derecho fundamental de acceder libremente a la Red, sin discriminación de sexo, condición, características físico-psíquicas, edad o lugar de residencia.”

Con muchas posibilidades de pasar a ser norma jurídica, puede citarse, recientemente, el futuro Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, artículo 19. 2º:

“Queda garantizado el Derecho de los valencianos al acceso a las nuevas tecnologías y a que la Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, infraestructuras y utilización de las mismas.” (Proposición de Ley de Proposición de Ley Orgánica de Reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, 26 de mayo de 2005).

⁹² De forma genérica en el Estatuto Andaluz se hace referencia a la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento (art. 10. 3. 2º). En el Estatuto balear se hace referencia al impulso del acceso y la plena integración en la sociedad de la información (art. 29).

⁹³ Artículo 19

1. impulso de la Generalitat, de lo que podríamos llamar el modelo valenciano de convivencia y progreso, sustentado, entre otros, sobre la plena integración en la sociedad de la información –principio rector de la acción pública-.

2. Queda garantizado el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías y a que La Generalitat desarrolle políticas activas que impulsen la formación, las infraestructuras y su utilización.

⁹⁴ Al respecto se hace referencia a un borrador –no desarrollado- de proyecto de ley valenciano, reguladora del derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías, y de impulso de la sociedad del conocimiento en la comunitat valenciana, al cual ha tenido acceso el autor.

⁹⁵ Así, cabe mencionar:

Art. 49.3.16ª: reconocimiento de la competencia de la Generalitat sobre el régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento

Art. 10: el progreso tecnológico como uno de los ejes del avance de la sociedad valenciana, junto al económico y cultural (art. 10.1), y la acción pública estratégica de la Generalitat en materia de accesibilidad universal, que obviamente incluye también la derivada de las tecnologías de la información y la comunicación (art. 10.2).

Desde la perspectiva de la libre información que ahora interesa, podrá considerarse que el derecho a recibir información no incorpora en su dimensión subjetiva estos contenidos del *ius communicationis*. Ahora bien, las restricciones al acceso por los sujetos bien pueden considerarse restricciones del derecho de recibir información.

En este sentido, las propuestas contra la piratería de restricción de acceso a los servicios de internet han sido consideradas como muestras de “censura” en internet. Ejemplo de las mismas lo son la debatida ley francesa de protección de la creación en Internet, que prevé la suspensión de la conexión a la red de los abonados que se descarguen archivos ilícitamente⁹⁶. Otros países parecen idear sistemas semejantes⁹⁷. En la Unión Europea se debate en 2009 si la desconexión a la red requiere de una autorización judicial⁹⁸.

3. La no discriminación en la implantación de la participación y democracia electrónicas por los poderes públicos

Por lo que ahora interesa, cierto es que las TICs pueden suponer una mejora para nuestras democracias. Pero del lado contrario, estas facilidades pueden verse como una discriminación para los “desconectados” que no pueden disfrutar estas ventajas. En esta dirección, como principio cabe destacar el proclamado en el artículo 4 b) de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios

Art. 13.2: acciones de discriminación positiva pública a favor de personas con discapacidad, para su autonomía personal, su integración socioprofesional y su participación en la vida social de la comunidad, una accesibilidad que, aunque el precepto solo predica de la espacial, es claro que ha de incluir también la tecnológica

Arts. 52 y 79: Fomento del sistema valenciano de ciencia, tecnología y empresa, y la cooperación entre los agentes públicos y privados de dicho sistema, como vía para garantizar el desarrollo tecnológico y la innovación, para apoyar la competitividad empresarial y el progreso de la Comunitat Valenciana. Uno de los ejes de dicho sistema y de la correspondiente planificación es el relativo a la I+D+I en TIC.

⁹⁶ Se regula la creación de una autoridad independiente (Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet) que puede sancionar al usuario con la suspensión del abono para los “reincidentes” entre dos y doce meses, tras haberle advertido por carta en dos ocasiones. Además, se obligaría al internauta a pagar su conexión a internet durante el periodo de sanción. En una primera votación fue rechazada la medida (en un hemiciclo casi vacío que cuenta con 577 escaños, 15 diputados se pronunciaron a favor del texto mientras que 21 votaron en contra). El hecho se consideró como una victoria de los internautas.

⁹⁷ En Reino Unido se habla de una futura regulación por la que los internautas sospechosos de descargas ilegales en razón de su trasiego de datos, recibirán un aviso en cuanto sean sorprendidos por primera vez, serán suspendidos por algún tiempo a la segunda ocasión y, si vuelven a reincidir, se quedarán sin conexión.

⁹⁸ En mayo 2009, Contra todo pronóstico, 'in extremis', la Eurocámara no ha aprobado la enmienda que preveía la desconexión de la Red los navegantes sin esperar a que un juez lo ordene cuando "la seguridad pública se vea amenazada", una enmienda que, sin embargo, prohibía "restricción alguna a los derechos y libertades fundamentales sin una resolución previa de las autoridades judiciales".

Y es que por 407 votos a favor, 57 en contra y 171 abstenciones, la Eurocámara ha aprobado una enmienda alternativa que exige una orden judicial para que un proveedor pueda restringir el acceso a Internet.

Esta modificación no estaba incluida en el acuerdo con el Consejo, por lo que la totalidad del paquete sobre las telecomunicaciones tendrá que ir a conciliación.

La referencia en *El Mundo*, en

<http://www.elmundo.es/elmundo/2009/05/06/navegante/1241612854.html>

la referencia al "Paquete de telecomunicaciones"

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/07/1677&format=HTML&aged=1&language=ES&guiLanguage=en>

públicos recoge como principio la igualdad y en concreto, que la existencia de medios electrónicos pueda implicar una discriminación para los *desconectados*, esto es, para quienes no se relacionen electrónicamente con la Administración⁹⁹. Asimismo, la accesibilidad es una precondition misma del ejercicio del derecho a relacionarse con la administración electrónica y una exigencia para que el acceso se realice en condiciones de igualdad (art. 6. 2º c). El artículo 4 c) Ley 11/2007 y la Disposición final séptima son relativos esencialmente a este principio de accesibilidad¹⁰⁰. El artículo 8 Ley 11/2007 puede considerarse una proyección concreta del principio de igualdad material que incorpora en el artículo 6. 1º una dimensión prestacional¹⁰¹. En todo caso, el mayor peligro de discriminación que se produce por imponer la interacción electrónica, como permite sin exceso de garantías el artículo 27. 6º Ley 11/2007¹⁰². Atrás quedan

⁹⁹ b) Principio de igualdad con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relacionen con las Administraciones Públicas por medios no electrónicos, tanto respecto al acceso a la prestación de servicios públicos como respecto a cualquier actuación o procedimiento administrativo sin perjuicio de las medidas dirigidas a incentivar la utilización de los medios electrónicos.

¹⁰⁰ *Disposición final séptima. Desarrollo reglamentario del artículo 4.c):* El Gobierno desarrollará reglamentariamente lo previsto en el artículo 4.c) de la presente Ley para garantizar que todos los ciudadanos, con especial atención a las personas con algún tipo de discapacidad y mayores, que se relacionan con la Administración General del Estado puedan acceder a los servicios electrónicos en igualdad de condiciones con independencia de sus circunstancias personales, medios o conocimientos. Para el ámbito de los discapacitados el citado desarrollo se ha llevado a cabo a través del Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social.

¹⁰¹ Artículo 8. Garantía de prestación de servicios y disposición de medios e instrumentos electrónicos.

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

2. La Administración General del Estado garantizará el acceso de todos los ciudadanos a los servicios electrónicos proporcionados en su ámbito a través de un sistema de varios canales que cuente, al menos, con los siguientes medios:

a) Las oficinas de atención presencial que se determinen, las cuales pondrán a disposición de los ciudadanos de forma libre y gratuita los medios e instrumentos precisos para ejercer los derechos reconocidos en el artículo 6 de esta Ley, debiendo contar con asistencia y orientación sobre su utilización, bien a cargo del personal de las oficinas en que se ubiquen o bien por sistemas incorporados al propio medio o instrumento.

b) Puntos de acceso electrónico, consistentes en sedes electrónicas creadas y gestionadas por los departamentos y organismos públicos y disponibles para los ciudadanos a través de redes de comunicación. En particular se creará un Punto de acceso general a través del cual los ciudadanos puedan, en sus relaciones con la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos, acceder a toda la información y a los servicios disponibles. Este Punto de acceso general contendrá la relación de servicios a disposición de los ciudadanos y el acceso a los mismos, debiendo mantenerse coordinado, al menos, con los restantes puntos de acceso electrónico de la Administración General del Estado y sus Organismos Públicos.

c) Servicios de atención telefónica que, en la medida en que los criterios de seguridad y las posibilidades técnicas lo permitan, faciliten a los ciudadanos el acceso a las informaciones y servicios electrónicos a los que se refieren los apartados anteriores.

¹⁰² 6. Reglamentariamente, las Administraciones Públicas podrán establecer la obligatoriedad de comunicarse con ellas utilizando sólo medios electrónicos, cuando los interesados se correspondan con personas jurídicas o colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica o técnica,

antiguas proclamaciones¹⁰³ que afirmaban el carácter discriminatorio de toda imposición de interacción electrónica, como hace años presagié¹⁰⁴ y cada vez se ve con más normalidad que se imponga la eadministración.

Sin perjuicio de lo anterior, resultaría un paso atrás considerar discriminatorio que sólo puedan gozar de los avances unos pocos, pues ello congelaría el necesario progreso de la edemocracia. En este sentido, según se ha dicho, la consideración de la implantación de la edemocracia como bien constitucional puede facilitar la constitucionalidad de estas medias. Ello no obsta estar vigilante y especialmente respecto de posibles discriminaciones a colectivos¹⁰⁵. En estos supuestos, hay que recordar, se aplica la categoría de las discriminaciones indirectas y encubiertas, con un tratamiento jurídico más específico y complejo¹⁰⁶. Hay que advertir que si el trato diferente enjuiciado lo es para favorecer el acceso electrónico de estos colectivos, nos encontraremos ante una discriminación o acción positiva. En estos casos, que serán los más habituales, salvo criterios de proporcionalidad, el trato diferenciador será admisible constitucionalmente¹⁰⁷. Así, por ejemplo, la Ley orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres impone en su artículo 28 programas específicos para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres¹⁰⁸, obviamente también

dedicación profesional u otros motivos acreditados tengan garantizado el acceso y disponibilidad de los medios tecnológicos precisos.

¹⁰³ En la Declaración de los ministros de administraciones públicas europeos aprobada en Bruselas el 29 de noviembre de 2001 se afirmó que los ciudadanos deben ser libres para elegir el canal virtual o real de la Administración que quieren usar. Disponible en www.derechotics.com sección documentostics, e-gobierno.

¹⁰⁴ Comillas “quien suscribe es bastante escéptico respecto del mantenimiento estricto de esta exigencia del principio de igualdad [como no imposición], en la medida que parece que con bastante sencillez los tratos diferentes entre conectados/desconectados se reputarán admisibles constitucionalmente e, incluso, y con particulares circunstancias parece posible que también sea en el futuro admisible la supresión de diversos servicios administrativos reales y que sólo sean prestados por vías electrónicas.” COTINO HUESO, Lorenzo, “A propósito del derecho a establecer relaciones electrónicas... cit.

¹⁰⁵ Se hace referencias a colectivos determinados por criterios que implican discriminaciones especialmente prohibidas: “raza”, “origen racial o étnico”, “características genéticas”, “color”, “sexo”, “idioma”, “religión o convicciones”, “opinión política o de cualquier otra índole”, “origen social”, “origen nacional”, “nacionalidad”, “pertenencia a una minoría nacional”, “posición económica”, “fortuna”, “patrimonio”, “nacimiento”, “filiación”, “lengua”, “discapacidad”, “edad”, “orientación sexual”.

¹⁰⁶ En las discriminaciones indirectas, en principio respecto de diferenciación de género, la argumentación y el juicio de si se da efectivamente discriminación se centra en datos estadísticos, de la realidad, de las circunstancias concretas del caso, etc. Quien decida “no puede limitarse a valorar si la diferencia de trato tiene, en abstracto, una justificación objetiva y razonable, sino que debe entrar a analizar, en concreto, si lo que aparece como una diferenciación formalmente razonable no encubre o permite encubrir una discriminación contraria al art. 14 C.E.» (sentencia 145/1991, fundamento jurídico 2.). En supuestos de discriminaciones encubiertas habrá que examinar los particulares datos del contexto y circunstancias, para observar si el factor prohibido (raza, sexo, etc.) fue tomado en consideración para adoptar el tratamiento diferente analizado (sentencia 13/2001, FJ 9º).

¹⁰⁷ “no podrá reputarse de discriminatoria y constitucionalmente prohibida -antes al contrario- la acción de favorecimiento, siquiera temporal, que aquellos poderes emprendan en beneficio de determinados colectivos, históricamente preteridos y marginados, a fin de que, mediante un trato especial más favorable, vean suavizada o compensada su situación de desigualdad sustancial” (STC 216/1991, FJ 5º).

¹⁰⁸ “1º Todos los programas públicos de desarrollo de la Sociedad de la Información incorporarán la efectiva consideración del principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres en su diseño y ejecución.

2. El Gobierno promoverá la plena incorporación de las mujeres en la Sociedad de la Información mediante el desarrollo de programas específicos, en especial, en materia de acceso y formación en

respecto de la implantación de la administración electrónica. Hay que recordar que no todo trato diferente es necesariamente discriminatorio, sino que se trata de un juicio a partir de un análisis jurídico¹⁰⁹.

IV. Los peligros de gran hermano para el participante y el anonimato como garantía de libertad

1. De los inicios anarcolibertarios de la red a un espacio muy controlable

Los primeros años de éxito de la red se generó un espíritu libertario en internet que ha marcado su historia y quedó reflejado en algunos documentos, como la conocida Declaración de Independencia del Ciberespacio¹¹⁰ o la la Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio¹¹¹, con su reflejo también en España. 112

tecnologías de la información y de las comunicaciones, contemplando las de colectivos de riesgo de exclusión y del ámbito rural.”

¹⁰⁹ Para el mismo, hay que determinar cuál es dicho trato diferente recibido por el uso del diferente canal, dispositivo de firma o aplicación o modelo. En principio, se tratará de situaciones sí comparables desde el derecho de igualdad, es decir, se dará la homogeneidad de términos de comparación por se igual la relación jurídica. Para el juicio de igualdad a llevar a cabo, será oportuno identificar en qué tipo de norma viene establecido el trato diferente o si viene originado por un acto administrativo o meras políticas y prácticas administrativas o tecnológicas. Las posibilidades de considerar discriminatoria la normativa que establece la discriminación serán menores al mayor rango de ésta, es decir, si el trato diferente viene determinado por una ley, será más difícil considerarlo discriminatorio que si es una Orden. El paso siguiente implicará observar si el trato diferente enjuiciado tiene una justificación objetiva y razonable. En este punto, diversas razones administrativas y técnicas pueden justificar la diferencia y tales justificaciones serán aceptables bajo “criterios o juicios de valor generalmente aceptados” (por ejemplo, STC 107/1986). Finalmente, si es el caso, se argumentaría sobre la adecuación, congruencia y, sobre todo, el carácter ponderado de la medida teniendo en cuenta todos los intereses en juego.

¹¹⁰ Redactada por John Perry Barlow, Fundador de Free, Fronteras Electrónicas en Davos (Suiza) el 8 de febrero de 1996. http://www.internautas.org/documentos/decla_inde.htm

De la misma, me permito señalar algunos exponentes de este pensamiento:

“En nombre del futuro, os pido en el pasado que nos dejéis en paz. No sois bienvenidos entre nosotros. No ejercéis ninguna soberanía sobre el lugar donde nos reunimos.”

“Declaro el espacio social global que estamos construyendo independiente por naturaleza de las tiranías que estáis buscando imponernos.”

“No tenéis ningún derecho moral a gobernarnos ni poseéis métodos para hacernos cumplir vuestra ley que debemos temer verdaderamente.”

“El Ciberespacio no se halla dentro de vuestras fronteras. No penséis que podéis construirlo, como si fuera un proyecto público de construcción. No podéis.”

“Nuestro mundo está a la vez en todas partes y en ninguna parte, pero no está donde viven los cuerpos.”

“Estamos creando un mundo donde cualquiera, en cualquier sitio, puede expresar sus creencias, sin importar lo singulares que sean, sin miedo a ser coaccionado al silencio o el conformismo.”

“Vuestros conceptos legales sobre propiedad, expresión, identidad, movimiento y contexto no se aplican a nosotros. Se basan en la materia. Aquí no hay materia.”

“Nuestras identidades no tienen cuerpo, así que, a diferencia de vosotros, no podemos obtener orden por coacción física.”

“No conocéis nuestra cultura, nuestra ética, o los códigos no escritos que ya proporcionan a nuestra sociedad más orden que el que podría obtenerse por cualquiera de vuestras imposiciones.”

¹¹¹ De Robert B. Gelman, de 12 noviembre 1997. La misma queda en muy buena medida –y como no podía ser de otra forma- impregnada del derecho a la comunicación a través de las diversas facultades de las libertades de expresión e información, que es en puridad una muy buena parte de los “derechos” que ahí se reconocen.

¹¹² En este ámbito, en España cabe mencionar, entre otras las “Diez propuestas urgentes para asegurar las libertades civiles en la Sociedad de la Información”, de www.ciberpunk.org, en <http://www.ciberpunk.org/manifiestos/plataforma.html>, si bien, en especial y como a continuación se expone, las campañas No a la LSSI y No al artículo 52.

Pues bien, bajo este espíritu libertario, anárquico, se transmitió –incluso por los Tribunales de los EEUU que internet, esta conversación mundial sin fin, no era controlable ni regulable y que esta falta de regulación había sido uno de los secretos de su éxito¹¹³. También estas guerras jurídicas impregaron una época en España¹¹⁴, que hoy día se canaliza en la pugna contra el canon digital y las batallas jurídicas alrededor de la SGAE¹¹⁵. La “comunidad” de internautas suele celebrar como victoria cada derrota de la industria en los casos que no criminalizan el uso y la difusión de contenidos protegidos vía *peer to peer* o toda batalla contra la SGAE, poderosa entidad gestora de derechos de autor¹¹⁶.

Lejos de todo idealismo propio de los inicios de internet, la red es un espacio mucho más controlable que el mundo real¹¹⁷. Y regulable. De hecho, frente a un primer periodo de práctico abandono en la regulación del fenómeno en países como España, o de la inconstitucionalidad de regulación diversa en EEUU, puede hablarse de la consolidación de procesos de un internet más liberal y autoregulado y, sobre todo, de un internet más regulado¹¹⁸. Un buen ejemplo de esta última tendencia puede ser la

¹¹³ Se hace referencia a la batalla jurídica contra la Ley de Decencia de las Comunicaciones de 1996 (*Communications Decency Act*, CDA). Guerra en la que los protectores de los derechos y libertades salieron victoriosos tanto ante el Tribunal del Distrito Este de Pensilvania en 1996, cuanto ante el Tribunal Supremo federal en 1997. La sentencia de 1996 afirmaría: “La ausencia de regulación gubernativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero, como uno de los expertos propuestos por los demandantes indicó en el curso de la vista, lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos. Como sea que la fuerza de Internet es el caos, la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda.”

¹¹⁴ Como extensión de estas batallas político legales en nuestro país, cabe mencionar en especial las campañas contra la actual Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE), bajo el lema: “¡No a la LSSI!” (entre otros muchos, <http://www.antilssi.com/>). Así mismo, cabe destacar la más tímida la campaña contra el artículo 52 de la ya derogada Ley General de Telecomunicaciones (que se mantiene en todo caso en la LGT de 2003, <http://www.terra.es/personal/andarro/52no.htm>). Todo hay que decir que pese a la aprobación de la LSSICE y de la LGT (manteniendo lo criticado) en buena medida se han desactivado estas campañas que llegaron a hacerse muy visibles en la red y se han canalizado en contra del canon. Ello es así, de un lado, porque alguno de los temores se han demostrado menos peligrosos de lo pensable, de otro lado, por la absoluta dejadez de las autoridades en la aplicación fiscalizadora de la LSSICE. Por último, la falta de desarrollo reglamentario de la LSSICE que es en buena medida la causa de la inaplicación de la ley.

¹¹⁵ Así, por ejemplo, el caso *alabarricadas.org vs. Ramoncín* en la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 44 de Madrid, de 13 de septiembre o el más importante *caso putasgae*, Sentencia Audiencia Provincial Madrid núm. 50/2006 (Sección 19ª), de 6 febrero, ante el Tribunal Supremo.

¹¹⁶ “Victorias” se han considerado la Circular 1/2006 de la Fiscalía General del Estado, casos *Sharemula* o *Elitedivx*, por ejemplo), o la desprotección de juegos de ordenador (caso *Chipspain*). También se divulgan como éxitos las dificultades que impone el TJCEE para acceder a datos de tráfico para perseguir ilícitos civiles (caso *Promusicae*), o la retirada de la propuesta de sistema de control que habilitaba a la SGAE como “censora” material de internet en la reforma de la LSSICE, entre otros casos.

¹¹⁷ En esta dirección, por todos, me remito a LESSIG, Lawrence, *El código y otras leyes del ciberespacio*, (Alberola Blázquez, Ernesto, trad.), Taurus, Madrid, 2001. De forma sinóptica, puede seguirse LESSIG, Lawrence, “Las leyes del ciberespacio”, en *Cuadernos Ciberespacio y Sociedad* Nº 3, Marzo 1999 (trad. Javier Villate), del original en: cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf (3 abril 1998) Dispuesto para su acceso en <http://cys.derecho.org/03/leyes.html>

¹¹⁸ Sobre la transición del Internet *libertario* al Internet *liberal* y algunas de las cuestiones que conlleva en términos jurídicos, véase BOIX PALOP, A., “Libertad de expresión y pluralismo en la Red”, *cit.*, págs. 162-177. Sobre la autoregulación, GARCÍA MORALES, María Jesús, “Nuevas tecnologías y libertad de expresión: regulación, autorregulación y filtros en internet”, en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 (en prensa). También, antes en “Libertad de expresión y control de contenidos en Internet”, CASANOVAS, Pompeu *Internet y pluralismo jurídico: Formas emergentes de regulación*, Comares, Granada, 2003, págs. 33-69.

Directiva 2006/24/CE, de 15 de marzo de 2006 de retención traspuesta en 2007 en España¹¹⁹ o la creciente proyección de la legislación de protección de datos en internet en toda su extensión.

Desde la perspectiva que ahora interesa, internet es un espacio de participación, pero muy controlable. En todas las variadas fórmulas de democracia y participación electrónicas los participantes dejan un variado “rastros” electrónico que constituye un botín valioso y peligroso por cuanto a la referencia de sus preferencias personales ideológicas y políticas. Concurren fuentes de información como los llamados datos de tráfico¹²⁰ relativos a las circunstancias de nuestra navegación, así como los datos geográficos y de localización del uso del medio electrónico y telemático. Asimismo, debe tenerse en cuenta la valiosa y variada información que aportamos al prestador de servicios de que se trate; ya sea al prestador de servicios de intermediación¹²¹ que nos facilita el acceso y la navegación en la red, el alojamiento de contenidos, los motores de búsqueda, ya se trate de servicios de la información¹²²: el blog o la página personal temática, el medio de comunicación que permita foros, wikis o comentarios, la *web* institucional que informa e incluso que permite estos servicios participativos y un largo etcétera interminable de modos y medios de comunicación que aquí se toman como de participación en sentido amplio. Estos servicios de la sociedad de la información acumulan una cantidad ingente de información de indudable importancia. En ocasiones se tratará de datos de tráfico, en ocasiones de datos personales, en ocasiones de mera información disponible comercial o industrial de valor para dicho prestador de servicios. Desde la perspectiva de los datos personales, más allá de la consideración del número IP como dato personal, téngase en cuenta los datos de abonados de telecomunicaciones, las altas en los diversos servicios participativos (wikis, foros, etc.), las acciones electrónicas de voto (en sentido amplio), las solicitudes de acceso a la información pública, los actos de suscripción de iniciativas populares, etc.

Hay mucho que temer en general y más en particular cuando se trata de los usos políticos y participativos de la red. Los peligros potenciales son infinitos. A las infinitas fórmulas de tratamiento de datos personales, debe añadirse que las herramientas de minería de datos (*data mining*)¹²³ e inteligencia artificial¹²⁴ permiten esta gestión del conocimiento de ingentes cantidades de información de forma automatizada¹²⁵.

¹¹⁹ Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación de datos de tráfico.

¹²⁰ Siguiendo Proyecto de Ley de conservación de datos relativos a las Comunicaciones Electrónicas y a las Redes Públicas de Comunicaciones, presentado en marzo de 2007, artículo 3, se trata de los datos no relativos al contenido de la comunicación, sino al hecho y circunstancias de la comunicación misma, esto es, los relativos al origen, el destino, el momento, el tipo y el equipo de comunicación.

¹²¹ Cabe recordar la definición legal del servicio de intermediación en el anexo de la LSSICE: “Servicio de intermediación: servicio de la sociedad de la información por el que se facilita la prestación o utilización de otros servicios de la sociedad de la información o el acceso a la información.

Son servicios de intermediación la provisión de servicios de acceso a Internet, la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, el alojamiento en los propios servidores de datos, aplicaciones o servicios suministrados por otros y la provisión de instrumentos de búsqueda, acceso y recopilación de datos o de enlaces a otros sitios de Internet.”

¹²² Recordemos la amplitud total de este concepto según el anexo de la LSSICE: “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario”.

¹²³ Siguiendo la voz en *wikipedia*: “ se engloban un conjunto de técnicas encaminadas a la extracción de “conocimiento” procesable implícito en las bases de datos de las empresas. Las bases de la minería de datos se encuentran en la inteligencia artificial y en el análisis estadístico. Mediante los

Los temores deben darse tanto ante quienes ejercen poderes públicos, cuanto respecto otros interesados en este botín (partidos políticos, grupos de poder, terroristas, etc.). Toda esta información puede ser una excelente *materia prima* ideológica para la elaboración de perfiles, para la selección de objetivos de ataques¹²⁶ y coacciones – informáticos o no-. Cabe pensar en el peligro de acceder al listado de miles de personas que suscriban electrónicamente una iniciativa popular sobre un tema político significado. No es nada descabellado pensar que una fuga de tales datos o un desvío de las finalidades para las que fueron recabados lleven a que un programa informático nos etiquete de abstencionista, favorable a tal o cual manifiesto, incorpore a los sujetos afectados a alguna lista negra o, como “castigo” o a una lista de envío de mensajes no deseados, bien para bloquear su correo, bien sobre temas relativos al ámbito respecto del que el sujeto haya participado. Y lo que es peor, no se trata de hipótesis, muchos de estos peligros ya se han dado¹²⁷.

En algunos supuestos, el tratamiento jurídica de la cuestión es relativamente claro, cuestión diferente es la realidad del cumplimiento y respeto de la legalidad. Así, desde la protección de datos, no sólo es exigible el cumplimiento de los principios de la protección de datos (consentimiento informado, calidad de los datos –que sean adecuados, pertinentes y no excesivos, exactos-) y que su uso obedezca a la finalidad para la que legítimamente son recabados, sino que pueden cobrar importancia las especiales garantías en el caso de ficheros sensibles, como los de ideología¹²⁸. De igual

modelos extraídos utilizando técnicas de minería de datos se aborda la solución a problemas de predicción, clasificación y segmentación”.

¹²⁴ Sobre el tema, como introducción previa al análisis jurídico, SIMON, Herbert A. *Las ciencias de lo artificial*, Colección Derecho Ciencia Tecnologías, Comares, Granada, 2006.

¹²⁵ En particular MARTÍNEZ I MARTÍNEZ, Ricard, *Vida privada en Internet (II). La monitorización informática*, en *Revista Datospersonales.org*, nº 8 - 30 Marzo 2004. Más ceñido al ámbito policial, pero más reciente, VILA LOZANO, Jorge y CORBACHO Fernando J. “Tecnologías como instrumento de represión penal: estudio concreto de las herramientas del *Data Mining* en la lucha contra el terrorismo internacional”, en *Revista Aranzadi de Derecho y nuevas tecnologías*, nº 12, 2006, págs. 41-62.

¹²⁶ Baste mencionar una noticia cercana, “ETA cruza los datos del censo, el registro mercantil y el padrón para intimidar más a los empresarios”, en *Heraldo.es*, 24 de junio de 2007.

¹²⁷ Así, siguiendo diversos artículos de prensa (entre otros, El Mundo, 20 de octubre de 2006), cabe relatar dos casos:

1. Los datos de los ciudadanos venezolanos que solicitaron activar el referéndum revocatorio de agosto de 2004 contra el Presidente Hugo Chávez, rellenando unas plantillas del Consejo Nacional Electoral han sido objeto de tratamiento por un programa informático *Maisanta* que genera una ficha individual de cada ciudadano en la que constan datos como “abstencionista” o “si firmó contra el Presidente”. Ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se han denunciado prácticas de persecución política a los ciudadanos incluidos en “listas negras” –denominadas *listas Tascón*– elaboradas, al parecer, sobre la base de los datos de quienes solicitaron la activación del referéndum revocatorio.

2. Un ciudadano votó afirmativamente en un referéndum electrónico sobre los matrimonios homosexuales organizado por la Universidad Complutense de Madrid (España) en el marco de un proyecto de investigación. Desde entonces recibe continuamente mensajes de spam en los que se le insta a someterse a tratamiento, a cambiar de actitud y a apoyar la defensa del matrimonio tradicional. Los mensajes provienen de la asociación norteamericana que proporcionó gratis a los investigadores el software necesario para realizar el e-referéndum. El asunto está siendo investigado por la Universidad y por la Agencia Española de Protección de Datos.

¹²⁸ En este sentido cabe recordar la regulación de la LOPD, Ley orgánica 5/1999, en particular su artículo 7 sobre: “Datos especialmente protegidos. 2. Sólo con el consentimiento expreso y por escrito del afectado podrán ser objeto de tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Se exceptúan los ficheros mantenidos por los partidos políticos, sindicatos, iglesias, confesiones o comunidades religiosas y asociaciones, fundaciones y otras entidades sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, en cuanto a los datos

modo, aun tratándose de datos recogidos y empleados legítimamente hay que ser especialmente cauteloso con las medidas de seguridad¹²⁹ aplicables a estos ficheros. Y el grado de incumplimiento real de las medidas de seguridad y exigencias en protección de datos –cifrado en un 90%¹³⁰– no lleva a la excesiva confianza en la materia.

Desde la perspectiva jurídica –más compleja– de los datos de tráfico, más vinculada tanto a la vida privada, la intimidad y el secreto de las comunicaciones¹³¹, son diversas las prohibiciones y garantías frente a los tratamientos invisibles. Primero la Directiva 2002/58/CE, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas –transpuesta en la legislación de telecomunicaciones¹³² y luego la Directiva 2006/24/CE, de 15 marzo, de conservación de datos generados o tratados en relación con la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas de acceso público o de redes públicas de comunicaciones, norma transpuesta en España con la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicación de datos de tráfico.. No obstante, quedan diversas lagunas, entre otras, respecto a la seguridad exigible a los ficheros de datos de tráfico por los prestadores de servicios de intermediación¹³³. De igual modo, no está muy claro qué autoridades pueden autorizar el acceso a estos datos¹³⁴, a quién¹³⁵, y bajo qué requisitos y circunstancias¹³⁶.

relativos a sus asociados o miembros, sin perjuicio de que la cesión de dichos datos precisará siempre el previo consentimiento del afectado. [...]

4. Quedan prohibidos los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.”

¹²⁹ Como sabemos, las medidas de seguridad son exigidas por la LOPD, incluso disciplinariamente, si bien, son concretadas en el Reglamento de protección de datos. El cumplimiento real de las mismas suele ser uno de los *talones de Aquiles* en materia de protección de datos, suponiendo una exposición a la inseguridad real de los mismos.

¹³⁰ Por diversas vías se cifra en un 90% o más el grado de incumplimiento de la LOPD. Así, entre otros, Así en “Las firmas españolas invertirán 2.000 millones para cumplir con la ley de protección de datos”, disponible en http://www.vnunet.es/Actualidad/Noticias/Seguridad/Sistemas_de_protección/20040311034, noticia difundida el 11.3.2004, (accesible 31/2/2005). O más recientemente, para Asturias, “El 90% de las empresas incumple la ley de protección de datos, según los expertos” (<http://www.lne.es/secciones/noticia.jsp?pNumEjemplar=1507&pIdSeccion=42&pIdNoticia=478965>). En el ámbito de lo público, el grado de cumplimiento no parece ser mayor. Al respecto, mi trabajo, “Una propuesta de reconocimiento de la protección de datos personales en los Estatutos de Autonomía”, en Revista Digital *datospersonales.org* N.º. 18, 2005, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid.

¹³¹ La cuestión de los datos de tráfico, en todo caso, no es separable del todo de la protección de datos personales, cabe recordar en este punto, que para la Agencia Española de Protección de Datos, en su Informe 213/2004 (Cesión del dato de la dirección IP a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad) n.º IP es un dato personal. Sobre el tema, en general FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Secreto e intervención de las comunicaciones en internet*, Thompson-APDCM, Madrid, 2004

¹³² La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones transpuso dicha norma comunitaria y de especial atención es su Capítulo III de su Título III (arts. 33 al 38), donde se regulan la protección de datos personales y secreto de las comunicaciones, estableciendo garantías y derechos para hacer mínimos los datos de tráfico y personales, hacerlos anónimos, exigir la información y el consentimiento para los usos respecto de los mismos, etc.

¹³³ Las referencias en los artículos 7 y 8 de la Directiva no son muy concretas. De otra parte, en tanto sean datos personales serán sometidos a los niveles de seguridad exigibles. Esta ha sido la opción del legislador, remitiendo en su artículo 8 a la LOPD, su desarrollo reglamentario y a la autoridad de la Agencia de Protección de Datos.

¹³⁴ En principio habría que exigirse la garantía judicial siempre que se trate de comunicaciones en canal cerrado por regir el secreto de las comunicaciones (ex. Art. 18. 3.º CE) a los datos sobre las circunstancias de la comunicación (caso Malone, TEDH, 2 agosto de 1984, recibido por el Tribunal Constitucional en 114/1984, FJ 7.º, reiterado en 1998 por el TEDH el caso Valenzuela. Sin embargo, la

Y más difuso es si cabe el tratamiento jurídico de la cuestión cuando no hablamos estrictamente ni de datos personales ni de datos de tráfico, sino de información de la que dispone legítimamente el prestador de servicio y puede hacer un uso industrial de la misma. La garantía que implica la obligación de hacer anónimos estos datos puede ser suficiente en muchos supuestos, pero no de forma completa. Lo mismo sucede con otras de las garantías instituidas por la Directiva 2002/58/CE citada, en tanto en cuanto el consentimiento (artículo 5), la información de los riesgos de seguridad (artículo 4) o las cautelas de la exigencia de finalidades legítimas y conocimiento frente a los «programas espía» (*spyware*), *web bugs*, identificadores ocultos y otros dispositivos similares, pueden ser insuficientes por completo para evitar diversos riesgos.

El uso de estos datos de tráfico e información por los prestadores de servicios puede ser una materia muy sensible con relación a los usos participativos políticos de internet y el acopio de información sensible políticamente. Así, por ejemplo, las críticas de la AGPD, el Grupo del Artículo 29 y organizaciones internacionales se centran en *Google*¹³⁷. Cada vez que un usuario de *Google* busca en la *web*, la compañía reúne información sobre los gustos, intereses y creencias del consumidor, que podrían ser utilizado por terceros, como anunciantes en su sistema inteligente *adwords*, si no otros. La compañía desde junio de 2007 reaccionó anunciando que limita su retención de datos de los motores de búsqueda a 18 meses.

En el terreno político, de hecho, en unas elecciones locales españolas en 2007 se llegó a denunciar, con dudoso fundamento a mi juicio, los peligros y la posible influencia de *Google* en la opinión pública, al mostrar y seleccionar información –se dice– a partir de datos de localización geográfica del usuario, por ejemplo, y su influencia en el voto electoral¹³⁸. Lo que sí es evidente es que a través de los sistemas

Directiva de 2006 –y la actual legislación española, art. 8 LSSICE– dejan la puerta abierta, remitiendo a la legislación nacional. Así, en la Directiva, artículo 4. Acceso a los datos: “Los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar que los datos conservados de conformidad con la presente Directiva solamente se proporcionen a las autoridades nacionales competentes, en casos específicos y de conformidad con la legislación nacional.” En el proyecto español, la cuestión se resuelve de forma clara en favor de la autoridad judicial (art. 7 del Proyecto de Ley).

¹³⁵ Al respecto de los facultados al acceso a los datos de tráfico, el proyecto considera a “Cuerpos Policiales autorizados para ello en el marco de una investigación criminal por la comisión de un delito, el personal del Centro Nacional de Inteligencia para llevar a cabo una investigación de seguridad amparada en la Ley 11/2002, de 6 de mayo, reguladora del Centro Nacional de Inteligencia, y en la Ley Orgánica 2/2002, de 6 de mayo, reguladora del control judicial previo del Centro Nacional de Inteligencia, así como los funcionarios de la Dirección Adjunta de Vigilancia Aduanera, en el desarrollo de sus competencias como policía judicial, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 283 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Se trata, pues, de que todos éstos puedan obtener los datos relativos a las comunicaciones que, relacionadas con una investigación, se hayan podido efectuar por medio de la telefonía fija o móvil, así como por Internet.” (Exposición de motivos). Ver artículo 6.

¹³⁶ La ley afirma en su artículo 7 que “de acuerdo con los principios de necesidad y proporcionalidad”, por lo que habría que esperar los requisitos de motivación de la resolución judicial y la necesaria determinación de qué datos y para qué finalidades.

¹³⁷ Al respecto, cabe seguir el informe que lo sitúa en el peor lugar en el ranking de compañías: PRIVACY INTERNACIONAL, *A Race to the Bottom - Privacy Ranking of Internet Service Companies* 09/06/2007, [http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd\[347\]=x-347-553961](http://www.privacyinternational.org/article.shtml?cmd[347]=x-347-553961)

Entre otros, por ejemplo “AEPD vigila si *Google*, Microsoft y Yahoo cumplen las normas de privacidad de datos”, en www.veinteminutos.es, de 23 de junio de 2007.

¹³⁸ Se trata de mensajes como los difundidos por de la Asociación Asociación para la Prevención y Estudio de Delitos, Abusos y Negligencias en Informática y Comunicaciones Avanzadas (APEDANICA). En su mensaje de 21 de enero, asunto: “Corrigiendo error sobre Junta Electoral”, , donde se informa de escritos a la Junta Electoral en este sentido. En dichos mensajes se habla de “equipo de expertos en vigilancia telemática e informática forense para investigar el posicionamiento y la publicidad política en Internet, y muy especialmente en los resultados que ofrece *Google* en diferentes circunscripciones electorales. Estamos detectando fenómenos informativos, propagandísticos y

de minería de datos, *web* semántica e inteligencia artificial, estos tratamientos invisibles pueden ser también muy relevantes en el ámbito de lo político conformando realidades para cada tipo de usuario y participante¹³⁹.

2. La protección del anonimato como protección de la libertad

Afirma Lessig que lo predeterminado en la red es el anonimato¹⁴⁰ o así lo ha sido hasta la fecha. Nadie duda de que el secreto es una precondition de libertad para el ejercicio del voto. Sin embargo, no se afronta el anonimato desde la libertad, en general la libertad de expresión, cuando sociológica y psicológicamente es obvia la sensación de libertad que otorga el anonimato en la red¹⁴¹. Con Roig Batalla en su brillante trabajo¹⁴², hay que apostar por este enfoque, salvo excepciones más bien simbólicas poco habitual en el marco europeo¹⁴³. A diferencia de los Estados Unidos, aquí se

operativos muy curiosos, y ya hemos recopilado algunas referencias sobre la influencia de Internet en elecciones de otros países pero no hemos encontrado nada parecido en España.” Se hace referencia a <http://www.cita.es/apedanica/elecciones> y a <http://www.cita.es/borrado/recurso.htm>. En semejante dirección, también el escrito intitulado “ALERTA sobre CAMPAÑAS ELECTORALES SUCIAS en Internet”, de 10 de mayo de 2007.

¹³⁹ En este punto, cabe recordar la teoría de Sunstein de los peligros de la red por la conformación de realidades individualizadas y elusión del espacio público de discusión, por la posibilidad de crear perfiles de información y conocimiento por el propio usuario. SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit. En contra, por ejemplo, RUIZ MIGUEL, Carlos, “La libertad política en la democracia electrónicamente influída”, cit.

¹⁴⁰ En este sentido, recuerda Lessig que:

“en el ciberespacio ocultar quién eres o, más exactamente, tus características identificadoras es la cosa más sencilla del mundo. La condición predeterminada en el ciberespacio es la anonimidad. Y al ser tan fácil ocultar quién es uno, es prácticamente imposible que las leyes y las normas se apliquen en el ciberespacio. Para que estas leyes se apliquen, uno tiene que saber que la persona con la que está tratando es un menor. Pero la arquitectura del ciberespacio, simplemente, no ofrece esa información.”

LESSIG, Lawrence, “Las leyes del ciberespacio”, en *Cuadernos Ciberespacio y Sociedad* N° 3, Marzo 1999 (trad. Javier Villate), del original en: http://cyber.harvard.edu/works/lessig/laws_cyberspace.pdf (3 abril 1998) Dispuesto para su acceso en <http://cys.derecho.org/03/leyes.html> (2/5/2005).

¹⁴¹ Como señala Wolton, Internet genera consecuencias psicológicas relativas a la sensación de apertura y de liberación antropológica. “Las dimensiones psicológicas son esenciales en la atracción por las nuevas tecnologías, ya que éstas reúnen el profundo movimiento de individualización de nuestra sociedad” “cada uno puede actuar sin intermediario cuando quiera, sin filtros ni jerarquías y, lo más importante, en tiempo real,... “un sentimiento de libertad absoluta, incluso poder” ejemplificado en la expresión “navegar por la red”, WOLTON, Dominique, *Sobrevivir a Internet. Conversaciones con Olivier Jay*, Gedisa (Colección : El Mamífero parlante), Barcelona, 2000, pág. 95. Cito por FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidación y libertad de expresión en la red*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Méjico, 2004, pág. 192.

Sobre el tema en general, BARRAT I ESTEVE, Jordi, “El Anonimato como Parámetro Normativo de la Sociedad de la Información” *Journal Informática y Sociedad*. Vol. 1 No.2 (2004), pág. 30-33, <http://www.itba.edu.ar/capis/jis/index.htm>. También, MORÓN LERMA, Esther, *Internet y Derecho penal: Hacking y otras Conductas Ilícitas en la Red*, Aranzadi-Thomson, (2ª ed.), Pamplona, 2002, pág. 99 y STALLABRASS, J. “Formas de la identidad en el ciberespacio”, *Revista de Occidente*, n° 206, 1998, pág. 80.

¹⁴² ROIG BATALLA, Antonio, “El anonimato y los límites a la libertad en internet” en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, cit.

¹⁴³ 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 n° 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.

aborda la cuestión desde la vida privada, secreto de telecomunicaciones y protección de datos. Allí, el análisis del anonimato queda desde antiguo vinculado a la libre expresión¹⁴⁴, afirmándose más recientemente, en *McIntyre v. Ohio Elections Comm'n* (1995)¹⁴⁵ que:

“De acuerdo con nuestra Constitución el panfleto anónimo no es una práctica fraudulenta y perniciosa, sino una honorable tradición de argumentación y disenso. El anonimato es el escudo frente a la tiranía de la mayoría”.

Y esta doctrina se ha trasladado recientemente para internet en el caso en *Delaware John Doe nº1 v. Cahill*¹⁴⁶, donde se apunta que el anonimato no es ilimitado frente a la difamación, pero se acude a un canon estricto en su protección, por lo que, de un lado, hay que descartar recursos por motivos triviales o nimios para revelar la identidad y, de otro, hay que atender al contexto¹⁴⁷.

A mi juicio, cabe esperar cierta traslación de estos principios en nuestro marco jurídico, puesto que el derecho permite este tipo de ponderación entre el interés de perseguir y evitar conductas ilícitas y la preservación de marcos que facilitan la libre participación del ciudadano en la red.

Son muchos los temas que quedan abiertos, como, en especial, todo el tratamiento jurídico del voto electrónico y del futuro voto telemático, del papel de la red en las campañas electorales y, sobre todo, la necesaria redefinición de las libertades de información para un nuevo entorno: la red¹⁴⁸. Sin duda, son temas merecedores de otros trabajos, pero sería más que descortés, seguir abusando de la paciencia del lector, así como del espacio concedido y ya rebasado en esta obra del¹⁴⁹.

¹⁴⁴ Siguiendo el trabajo de Roig Batalla, cabe recordar que, desde el caso del Tribunal Supremo de 1960, *Talley v. California* se da esta conexión. El Tribunal Supremo americano recurre a la importancia histórica del anonimato recordando *El Federalista* de los padres fundadores, afirmando que en momentos y circunstancias no se puede obligar a ciertas personas a identificarse públicamente.

¹⁴⁵ *McINTYRE v. Ohio Elections Comm'n*, 514 U.S. 334 (1995), se decidió que procede aplicar el “exacting scrutiny” y considera, pues, que la existencia de un interés general público permite el anonimato.

¹⁴⁶ *John Doe nº1 v. Cahill*, 2005, WL 2455266 (Del., October 5, 2005), disponible en http://internetcases.com/library/cases/2005-10-05-cahill_v_doe.html, última visita 06-02-2006. El nombre John Doe es usual en los casos americanos para designar a un individuo que quiere mantener el anonimato.

¹⁴⁷ También en *DENDRITE v. DOE*, 775 A.2d 756 (NJ. Super Ct. App. Div. 2001), el Tribunal de Apelaciones de Nueva Jersey elaboró un test reforzado.

¹⁴⁸ Al respecto, accesible en la red, entre otros destacan los muchos trabajos de Andrés Boix, disponibles en la red (www.uv.es/aboix), así como cabe remitir a COTINO HUESO, Lorenzo, “Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, en *Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías*, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, págs. 51-76 y el libro ya citado *Libertad en internet...*

¹⁴⁹ Remito, en este sentido, a las publicaciones que poco a poco se van ubicando en www.cotino.net al respecto, relacionadas con estos temas muchas de ellas.