

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

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

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

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

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

“Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs””, en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005, pags. 51-76.

ALGUNAS CLAVES PARA EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL FUTURO DE LAS LIBERTADES PÚBLICAS ANTE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS (CON ESPECIAL ATENCIÓN AL FENÓMENO DE LOS “BLOGS”)

Por Lorenzo Cotino Hueso¹

Profesor titular de Derecho constitucional de la Universidad de Valencia

Coordinador de la Red Derechotics, Derecho y Tecnologías de la Información y Comunicación

A modo de introducción

Con motivo de las Jornadas “Sociedad de la Información y Nuevas Tecnologías” a las que tuve el honor de ser invitado, mi intervención tuvo el ambicioso título de “Libertades públicas y tecnologías de la información y comunicación”. Ciertamente es que en la versión oral de la misma tuve ocasión de exponer diversas ideas-fuerza sobre este amplio tema sobre el que vengo investigando desde hace tiempo². No obstante, para esta contribución escrita considero que sería vano –y vanidoso- el intento abordar con la profundidad exigible toda una serie de cuestiones que hay que comprender en este nexo.

¹ cotino@uv.es, www.cotino.net y Red Derecho y Tecnologías de la Información y Comunicación (www.derechotics.com).

² Debo señalar que desde hace un tiempo vengo investigando sobre estas cuestiones sobre las que me propongo publicar una monografía próximamente, centrada en las libertades de la información y los modos de comunicación en internet. En la misma se desarrollan con mayor profundidad muchos de los aspectos aquí enunciados, al igual que otros muchos. Un seguimiento de los trabajos puede hacerse en www.cotino.net.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

Así las cosas, considero de interés centrar la atención en algunas cuestiones bajo el criterio de su carácter más novedoso y, a mi juicio, clave para el desarrollo futuro de los medios de comunicación en internet. Y es que cabe ya anunciar que existe una revolución en el mundo del periodismo, especialmente intensa en Estados Unidos. A Europa también han llegado sus efectos, pero no de forma tan significativa. Uno de los causantes fundamentales de esta revolución es el fenómeno de los *weblogs* o *blogs*, de los que luego se habla. Hay una guerra en internet entre los medios de comunicación clásicos y los nuevos fenómenos de comunicación en internet, muy importante en Estados Unidos. Y por lo que aquí interesa: el Derecho es un elemento muy importante para decidir esa guerra y para configurar el futuro de internet y de los medios de comunicación.

A partir de la experiencia norteamericana, parece que los medios clásicos pretenden mantener sólo para ellos una libertad de expresión, información y de prensa reforzada y con garantías específicas (privilegios) que no se extiendan a los nuevos fenómenos de internet³. Se ha dicho que las empresas de comunicación (*National Association of Broadcasters*) utilizan la primera enmienda, como la famosa *National Rifle Association* esgrime la segunda enmienda⁴.

En España, la actual corriente de regular el Estatuto del Periodista en España⁵ parece recoger muchas de las aspiraciones de los medios de comunicación clásicos, como más tarde se observa, en perjuicio de diversos fenómenos de comunicación en internet.

En el presente estudio se dedica cierta atención a este fenómeno de los *blogs* y a la posibilidad de reconocimiento de categorías específicas para internet. Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, no me resisto a enunciar algunas cuestiones y reflexiones sobre diversos elementos que creo basilares para el futuro de internet visto desde las libertades públicas

³ En esta dirección, en Estados Unidos, entre otros, SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, Paidós, Madrid, 2003. En inglés, *Republic.com*, Princeton University Press, 2001. Recientemente, por todos, BALKIN, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society". *New York University Law Review*, Volume 79, abril 2004, n. 1, págs. 1-58, disponible en <http://ssrn.com/abstract=470842>.

⁴ "La NAB y otras asociaciones de similares intereses económicos suelen utilizar la Primera Enmienda del Mismo modo en que la National Rifle Association (NRA) utiliza la Segunda. Debemos pensar en ellos como si fueran gemelos de jurisprudencia". SUNSTEIN, Cass R., *República.com. Internet, democracia y libertad*, cit. pág. 139.

⁵ Se trata de la Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional, presentada por el Grupo Parlamentario de Izquierda Verde-Izquierda Unida-Iniciativa per Catalunya Verds, apoyada por el partido del Gobierno (PSOE), entre otros. La misma fue admitida a trámite en 2004, si bien, desde entonces hasta el momento de cerrar este estudio (junio de 2005), prorrogada continuamente la admisión de enmiendas.

La Proposición está publicada en el *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, Serie B, 23 de abril de 2004.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

y el concreto punto de vista constitucional⁶. Se trata más de cuestiones que de respuestas y, a lo sumo, el adelanto de algunas posiciones o intuiciones a falta de desarrollo. En algunos casos, como se observará, simplemente se ponen de manifiesto carencias detectadas, intentando señalar la senda por la que avanzar en investigaciones futuras sobre la materia. Confío en que el error o el acierto de algunas de estas reflexiones inciten a alguien a seguir meditando sobre estas materias de tanto interés para el futuro desarrollo de la red.

Algunas cuestiones y posiciones respecto de internet y las libertades públicas

¿Libertades públicas o sólo libertades de expresión e información en internet?

No cabe duda de que las libertades de expresión e información canalizan jurídicamente en muy buena medida los fenómenos sociales y políticos que se dan a través de los modos de comunicación de internet. No obstante, cabe preguntarse cómo combinar el tratamiento jurídico de estas libertades con otras libertades públicas⁷ como la libertad religiosa, asociación o sindicación, la libertad de enseñanza y de cátedra cuando se ejercen a través de modos de comunicación en internet, incluso la posibilidad de considerar el ejercicio virtual de derechos "físicos" como la reunión, manifestación o huelga. No siempre quedará claro si algunas de estas libertades son ejercidas por internet o simplemente desde el punto de vista jurídico basta acudir a las libertades de expresión e información. En algunos supuestos, bastará estimar la protección de las libertades de expresión e información sin concurrir otras libertades. Así, puede pensarse que la connotación política, sindical, asociativa de la comunicación a través de internet, puede reconducirse constitucionalmente por medio de una sobreprotección de la libertad de expresión o información en el caso concreto –por lo general, a través de consideraciones sobre la relevancia pública, la necesidad para la formación de la opinión pública, etc-. En otros casos, es posible que resulte razonable conferir la protección más autónoma de la libertad que

⁶ Debo señalar que por motivos de espacio opto por no incluir aquí algunas reflexiones ya elaboradas sobre las divergencias de régimen jurídico de internet respecto de otros medios y modos de comunicación, o la redefinición de los criterios de relevancia pública de la información en internet, por ejemplo.

⁷ 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. La autora viene a considerar una triple clasificación de los derechos y libertades, (derechos de la personalidad, que son los propiamente fundamentales, libertades públicas y derechos políticos). Respecto de sus caracteres diferenciales, ver especialmente las págs. 213-236 y 241-294.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

se trate: religiosa, de asociación, de sindicación, libertad de enseñanza, etc. Así, más allá de las libertades de expresión e información, la comunicación por internet sería simplemente el medio por el que se ejerce la actividad protegida por estas libertades públicas, siendo la libertad de cada caso concreto la que adquiriría un papel protagonista jurídicamente.

A mi juicio, hay que estar abierto en muchos supuestos al reconocimiento autónomo de estas libertades ejercidas por medio de internet, puesto que acudir siempre a la libertad de expresión e información puede resultar forzoso y puede adular los esquemas más tradicionales de tratamiento de las libertades informativas. Para ello, creo que en muchos casos habrá que retomar –y en algún caso reelaborar– el concepto constitucional de algunas libertades públicas, en tanto que se trata de conceptos elaborados para un mundo no virtual. Las funciones y finalidades sociales y políticas que estas libertades han amparado ahora las tendrán que cumplir también en el mundo virtual. Para esta superación, quizá sea útil recordar que algunos conceptos legales de estas libertades quedan por debajo del concepto y contenido constitucionalmente protegido de las mismas, posiblemente más versátil para estas adaptaciones a la era digital (pensemos en las ideas de asociación, reunión, etc.). En otras ocasiones, bastará reinterpretar estas leyes de desarrollo de forma flexible para permitir formas cambiantes de ejercicio de las distintas libertades.

Las garantías de la seguridad de los datos de tráfico, del secreto de las comunicaciones, de la protección de datos o el anonimato en la red como garantías de las libertades públicas

A nadie puede sorprender la afirmación de que los derechos de la personalidad corren un mayor riesgo en la sociedad de la información, mientras que las libertades públicas parecen multiplicar las posibilidades de su ejercicio. Ello explica que a partir de artículos como el 18 de la Constitución en España, se refuercen o generen derechos y garantías para el ámbito de las tecnologías de la información y comunicación: la proyección general de la intimidad en este ámbito⁸; la clásica garantía del secreto de las comunicaciones (que también ha de encontrar su sitio en

⁸ Este derecho a la intimidad general todavía debe proyectar muchos efectos jurisprudencialmente para el ámbito de las nuevas tecnologías. Precisamente para el complejo ámbito de los datos de tráfico puede desprender sus proyecciones en combinación con la garantía específica del secreto de las comunicaciones.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

el mundo virtual)⁹ o el "nuevo" derecho a la protección de datos personales. Se trata de derechos y garantías clásicamente vinculados a derechos de la personalidad como la intimidad o la más genérica privacidad.

Sin perjuicio de ello, cabe poner de manifiesto la conexión ciertamente novedosa¹⁰ de estas garantías y derechos de la personalidad con las libertades públicas ejercidas a través de internet, en especial con las libertades de expresión e información. Y es que el control de internet y de sus usuarios es el control de quienes cada día más por medio de este modo de comunicación se expresan, informan y se informan, se asocian, participan, enseñan, etc. Y lejos de todo idealismo propio de los inicios de internet, la red es un espacio mucho más controlable que el mundo real¹¹.

Por ello, hay que considerar también como garantías para el ejercicio de las libertades públicas al secreto en las comunicaciones, la protección de datos o el llamado derecho al anonimato¹² de más que difícil

⁹ Sumariamente cabe remitir a la sentencia 114/1984, de 29 de noviembre, donde se sitúan los elementos básicos de esta garantía. Sentencias más recientes actualizan tecnológicamente la interpretación de esta garantía, señalando que tutela "cualquiera que sea la técnica de transmisión utilizada" y con independencia del contenido del mensaje "conversaciones, informaciones, datos, imágenes, votos, etc." (sentencia 123/2002, de 20 de mayo, FJ 5, ambas citas. La cursiva es mía). Ver también la sentencia 70/2002, de 3 de abril. A mi juicio, la interpretación extensiva de esta garantía de la intimidad para las TICs puede resultar inoperativa jurídicamente. Creo que hay que estudiar detenidamente y desde el punto de vista constitucional esta cuestión respecto de los logs o datos de tráfico.

¹⁰ Al respecto, cabe mencionar la reciente referencia en RODOTÀ, Stefano, "Democracia y protección de datos", conferencia en la Agencia de Protección de Datos, disponible en <https://www.agpd.es/upload/Conferencias/DemocraciaMadrid.pdf> (23/2/2005).

¹¹ 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* N° 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>

Cabe señalar que en la actualidad se está desarrollando la segunda versión de *El Código*, de forma original e interactiva con participación de quien quiera (<http://codebook.jot.com/WikiHome>), ahí puede accederse a la actual versión en construcción.

¹² Ciertamente retórica, cabe citar la enunciación de este "derecho" ya en 1997 en la *Propuesta de Declaración de los Derechos Humanos en el Ciberespacio* de Robert B. Gelman, de 12 noviembre 1997, disponible en <http://spain.cpsr.org/docs/declaracion.html>:

"Artículo 3. Toda persona tiene derecho a la privacidad, anonimato y seguridad en las transacciones en línea".

Del mismo año y de mayor interés jurídico cabe mencionar la Recomendación 3/97 (Documento XV D/5022/97) del Grupo de Trabajo sobre protección de las personas en lo que respecta al tratamiento de datos personales (Grupo artículo 29) sobre "Anonimato en Internet", adoptada el 3 de diciembre de 1997. En la misma no se hace vinculación alguna con la libertad de expresión, sino sólo con la intimidad.

Con mayor importancia y actualidad, aunque también sin valor jurídico, cabe recordar el "Principio" nº 7 de la "Declaración sobre la libertad de comunicación en internet", del Consejo de Europa de 28 de mayo de 2003 (sin valor jurídico). Ahí se dispone que:

"Con la finalidad de garantizar la protección frente a la vigilancia on-line y de promover la libre expresión de información e ideas, los estados miembros deben respetar la voluntad de los usuarios de Internet de no revelar su identidad. Esto no impide que los estados miembros adopten medidas y cooperen para localizar a los responsables de actos delictivos, de conformidad con el derecho interno, el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y otros tratados internacionales en materia de justicia y policía."

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

construcción jurídica¹³. Se trata de la intersección de muchos regímenes jurídicos por lo general de difícil articulación incluso en contraposición¹⁴. De este modo, ámbitos que respondían a lógicas diferentes (derechos de la personalidad y libertades públicas), pueden converger y la funcionalidad de estos derechos y garantías para las libertades públicas puede afectar en el futuro la interpretación de su delimitación y limitación.

¿Es posible o necesario elaborar un "ius communicationis" constitucional?

Puede ser de interés elaborar –o reelaborar– para el futuro un supuesto derecho a la comunicación (*ius communicationis*) de naturaleza constitucional o casi-constitucional. Se trata de un derecho ya reconocido de forma genérica 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.) así como en España¹⁵. Este supuesto 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.

Declaración aprobada por el Comité de Ministros en el marco de la 840ª Reunión. En español puede verse en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/coeinternet1.html>. En inglés, en <http://www.derechos.org/nizkor/espana/doc/coeinternet2.html>

¹³ Sin perjuicio de las referidas declaraciones no jurídicas, este derecho al anonimato puede construirse a partir de la intimidad, del secreto de las comunicaciones y del mismo derecho a la protección de datos personales, pero hasta el momento no es sencilla esta construcción. Desde aquí se apunta que las libertades públicas, pueden contribuir a forjar jurídicamente este "derecho".

¹⁴ Al respecto cabe llamar la atención sobre la protección de los *logs* o datos de tráfico, respecto de la que confluye normativa de diverso origen como la de consumo, penal, administrativa, a la par de la intimidad en general, el secreto de las comunicaciones y la protección de datos (los números IP como datos personales según la Agencia de Protección de Datos).

¹⁵ 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).

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

Ahora simplemente me permito señalar la necesidad de futuros estudios sobre el tema desde el punto de vista del engarce constitucional. Se trata de una demanda política y socialmente muy importante ante la que es muy posible que el Derecho constitucional dé respuesta en el futuro. Jurídicamente queda vinculado a derechos como la igualdad y la libertad de información. Asimismo, hay que tener muy en cuenta la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, que incluye, también, una dimensión prestacional.

Algunas cuestiones y posiciones en el ámbito de las libertades de expresión e información en internet

Las cuestiones que suscita internet para el ámbito más concreto de las libertades de expresión e información son interminables: los problemas jurídicos tremendos en razón de la superación de fronteras, la cuestionable persecución extraterritorial de sitios de internet, la diversa concepción de la libertad de expresión en diferentes Estados democráticos¹⁶, las dificultades procesales y de investigación que se dan en general para la persecución de la ilicitud. Del mismo modo, baste nombrar los problemas sustantivos de atribución de la responsabilidad civil, administrativa o penal, tanto por la atribución subjetiva¹⁷, como la consideración objetiva de la ilicitud misma de la conducta¹⁸.

¹⁶ Al respecto me remito a trabajos anteriores como DE LA TORRE FORCADELL, Sonia y COTINO HUESO, Lorenzo, "El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa: un nuevo ejemplo de la problemática de los derechos fundamentales y la territorialidad en internet", en *Actas del XV Seminario de Derecho e informática*, Madrid, 2002, págs. 897-917. También sobre el tema, entre otros, BOIX PALOP, Andrés, "La LSSI y las diversas concepciones sobre la extraterritorialidad de las limitaciones a la libre expresión derivadas de la cláusula de orden público", en *Revista electrónica de la Facultat de Dret de València* - <http://www.uv.es/revista-dret/> -, nº 2, noviembre 2003.

¹⁷ Sobre el tema, recientemente, debo destacar la aparición de CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, Comares (Colección Derecho de la Sociedad de la Información), Granada, 2005.

¹⁸ Desde el punto de vista penal, cabe remitir especialmente al monográfico *Internet y Derecho penal*, en *Cuadernos de Derecho Judicial* nº X, Consejo General del Poder Judicial 2001. También el colectivo ZUÑIGA RODRÍGUEZ, L., y otros, *Derecho penal, sociedad y nuevas tecnologías*, Colex, Madrid, 2001; ORTS BERENGUER, Enrique, y ROIG TORRES, Margarita, *Delitos informáticos y delitos comunes cometidos a través de la informática*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001. Más recientemente, el monográfico MORALES PRATS, Fermín y MORALES GARCÍA, Óscar, (coords), *Contenidos ilícitos y responsabilidad de los prestadores de servicios de Internet*, de la *Revista Derecho y Proceso Penal*, Aranzadi, noviembre de 2002. Igualmente, en el entorno del catedrático Fermín Morales dedicado más de dos décadas a estas materias, cabe situar un trabajo ya clásico en su segunda edición MORÓN LERMA, Esther (2002): *Internet y Derecho penal: hacking y otras conductas ilícitas en la red*. 2ª ed., Aranzadi. También, GUARDIOLA GARCÍA, Javier, "La responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información a la luz de la Ley 34/2002 y de la Directiva 2000/31/CE", en *Revista electrónica de la Facultat de Dret de València* - <http://www.uv.es/revista-dret/> -, nº 2, noviembre 2003.

En el ámbito civil, entre otros, me remito a CLEMENTE MEORO, Mario E. y CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Responsabilidad civil y contratos en Internet : su regulación en la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico*, Comares (Colección Derecho de la Sociedad de la Información), Granada, 2003.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

No obstante, sin perjuicio del análisis posterior, simplemente hago ahora una doble referencia más genérica desde el punto de vista constitucional sobre tres puntos.

Una redefinición de estas libertades en virtud del nuevo esquema de la comunicación que permite internet

Ya en el ámbito de las libertades de expresión e información, es bien posible que haya que reelaborar la misma noción por cuanto su contenido constitucional, las facultades que incluyen, su ámbito de aplicación y, sobre todo, la gradación en su protección en razón de muchos factores en el mundo virtual. Probablemente, a partir de las finalidades clásicas de estas libertades informativas, habrá que analizar la atribución de una protección reforzada en internet en razón de la formación de la opinión pública libre y garantía del sistema democrático y su doble dimensión como derecho subjetivo y principio objetivo. Estas construcciones y categorías deberán readaptarse a un entorno antes inimaginado.

Hasta ahora el tratamiento jurídico de estas libertades lo atraía en muy buena medida la resolución jurisprudencial de conflictos en torno a los medios de comunicación clásicos. Puede decirse en general que la sobreprotección de estas libertades queda mitigada cuanto se ejercían a través de medios de comunicación interpersonal (palabra, teléfono, cartas, etc.), al margen de los medios de comunicación institucionalizadas. En estos contextos, en muchos casos, las libertades de expresión e información pierden por lo general, la sobreprotección que confiere la aplicación de la categoría de la relevancia pública y la alusión a la garantía institucional de la opinión pública libre. A partir de ahora va a ser muy difícil diferenciar material y jurídicamente los medios de comunicación de los diferentes modos de comunicación de internet, la comunicación de masas, de la comunicación interpersonal. Por ello, no va a ser sencillo saber cuándo aplicar tales construcciones y categorías jurídica que hasta ahora han reforzado por lo general del discurso en los medios de comunicación clásicos.

Asimismo, y en todo caso, la ruptura del tiempo y el espacio en la red, y sobre todo los caracteres esenciales de internet como multimedia, su hipertextualidad y su interactividad¹⁹ provocan una profunda alteración de los esquemas clásicos de la Teoría de la comunicación. En internet se trastorna muchas veces e intensamente el esquema de la comunicación

¹⁹ Por todos, sobre el tema LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, en concreto, págs. 37-68.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

emisor-mensaje-receptor: todo el mundo es editor; el receptor se adueña de la información²⁰. Se ha afirmado que en internet el público no es consumidor, sino "prosumidor" (prosumer) de información, esto es, un híbrido de consumidor y productor de contenidos²¹. El usuario ya no es simple receptor pasivo de la comunicación, sino que se convierte en muchos casos en emisor y creador de la información. Todo el mundo es editor; la ya de por sí y imprecisa figura del periodista, redactor, editor, director, etc. acaba por ser casi imposible de concretar.

Todo ello difumina y mucho la posible división entre modos de comunicación interpersonal y medios de comunicación en internet, a los que atribuir, en principio, una protección reforzada de la libertad de expresión e información. Al mismo tiempo, ello genera una serie de problemas casi insuperables para la atribución de la responsabilidad. Y hasta el momento, las respuestas constitucionales a estos nuevos fenómenos parecen anacrónicas y difícilmente proyectables para el futuro. Se hace referencia al esquema de responsabilidad del Tribunal Constitucional respecto de las *cartas al director*²². Los tradicionales sujetos del periodismo clásico pueden identificarse ya en muy pocos casos de los nuevos fenómenos de internet.

²⁰ Al respecto, desde el punto de vista jurídico, FERNÁNDEZ ESTÉBAN, María Luisa, *Nuevas Tecnologías, Internet y Derecho Fundamentales*, Mc-Graw Hill, 1998, pág. 89 o, más recientemente, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio, *Lo público y lo privado en internet. Intimidad y libertad de expresión en la red*, UNAM, Méjico, 2004, pág. 55-58.

Desde un punto de vista no jurídico, si bien quizá más relevante, por todos 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, www.hypergene.net/wemedia/espanol.php. Asimismo, al respecto, muy recomendable por su claridad LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, cit. págs. 50 y ss. Así como 147 y ss. respecto de los blogs.

²¹ "En una era en la que cualquiera puede ser reportero o comentarista en la Web, usted 'se mueve al periodismo de dedos vías'. 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).

²² El esquema de responsabilidad de las cartas al director resulta del todo interés para internet, si bien, puede ya considerarse en cierto modo anacrónico si hubiera de aplicarse para internet, por contraponer en cierto modo el esquema europeo. Al respecto, hay una interesante jurisprudencia, especialmente en la sentencia 336/1993 de 15 de noviembre (FFJJ 2º y 7º), así como la anterior sentencia 15/1993, de 18 de enero y las sentencias 3/1997, de 13 de enero y 4/1996, de 16 de enero.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

Una llamada a conectar dos ámbitos jurídicos que hasta ahora se dan la espalda: libertades de expresión e información y propiedad intelectual

Desde el inicio se ha mencionado la pugna existente en internet entre los medios de comunicación clásicos y los nuevos fenómenos de comunicación en internet. Cabe señalar que estos bandos están también vinculados con la pugna general que se da hoy en día entre la industria del ocio (muchas veces son los mismos grupos empresariales que los *mass media* clásicos) y los movimientos que defienden el software libre (Licencias GNU, el Open Source, el "Copyleft" -frente al "Copyright"-, etc.). Precisamente muchos de los nuevos fenómenos periodísticos se ubican en el llamado periodismo *open source* (20minutos.es, ohmynews, etc.) y se alimentan del mismo espíritu²³.

Los conflictos que vinculan la libertad de expresión e información y la propiedad intelectual se multiplican: la denuncia de France Press a Google.news en marzo 2005²⁴ o la guerra del llamado "press clipping", o resúmenes de prensa²⁵. Estos conflictos presentes y futuros habrán de resolverse a partir de normativa de propiedad intelectual que, en muy buena medida, habrá de ser reinterpretada a la luz de las libertades de expresión e información.

En Estados Unidos la industria del ocio y la comunicación ha conseguido la aprobación de leyes muy severas, como la *The Digital Millennium Copyright Act* de 1998 o la *Sonny Bono Copyright Term Extension Act* de 1998. Ello explica que en este país ya hay intentos serios de vincular a la libertad de expresión los límites de la propiedad intelectual²⁶. En esta dirección, se subraya la idea de software libre (*free*)

²³ Sobre la vinculación entre el software libre y los nuevos fenómenos periodísticos, particularmente me remito, además de BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio...* cit., a CASTAÑEDA, Javier, "Open Source: Del software a los contenidos", en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 (en prensa).

²⁴ Demanda por un monto de 17,5 millones de dólares por el alegado uso sin su autorización de imágenes, titulares y textos.). Cabe señalar que el lector de Google news si elige la noticia la lee directamente del medio de comunicación y se excluyen aquellos que cobran por acceder a las noticias.

²⁵ A diferencia de Google.news, el lector no lee la noticia en la página del medio de comunicación y suelen incluirse noticias de pago. En España parece que la Ley de Propiedad Intelectual se va a modificar para impedir que el derecho de cita permita este fenómeno. No obstante, el Tribunal de Defensa de la Competencia el 10 de mayo de 2004 consideró que la libertad de expresión e información impulsaba a denegar la creación de una Sociedad que comercializase en exclusiva el clipping de todos los grandes grupos mediáticos españoles (caso Gedeprensa). Esta resolución está disponible en http://www.ucm.es/info/cyberlaw/act_cyb/competencia/competencia014.html (5/3/2005).

²⁶ Por ejemplo, y quizá el más conocido mundialmente el del profesor de Harvard Lawrence Lessig, autor de "The Code", o "Free Culture", referente mundial en la materia. Sobre este tema en particular LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre. Cómo los grandes medios usan la tecnología y las leyes para encerrar la cultura y controlar la creatividad*, traducción de Antonio Córdoba/Elástico, 2004, pág. 97; este libro se encuentra disponible en la página web <http://www.elastico.net/archives/001222.html>

Más recientemente, BALKIN, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture..." cit.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

en el sentido de libertad, no de gratuidad²⁷. Balkin recientemente ha afirmado que la libertad de expresión en el ciberespacio incluye el derecho de publicar, distribuir y conseguir audiencia; el derecho de interactuar con otros y cambiar ideas con ello, de influir y ser influido, transmitir cultura y absorverla; el derecho de participar. En concreto afirma el derecho de distribuir, que hacer collage ("to glom on") con materiales en principio protegidos con propiedad intelectual, derecho de apropiarse, transformar, subvertir otras creaciones, de mezclar, fusionar, separar. Esto se resume con la frase: "Freedom is bricolage"²⁸.

Por mi parte, considero que hay que llamar la atención en la necesidad de mayores estudios respecto de la conexión entre la libertad de expresión e información y la propiedad intelectual²⁹. Por ejemplo, no hay en España una sola resolución del Tribunal Constitucional que conecte estos dos ámbitos jurídicos³⁰. Una de las primeras resoluciones importantes sobre el tema en España, por el contrario, sí que los ha anudado³¹.

Una reelaboración de la prohibición de censura o, más bien, una construcción constitucional garantista frente a supuestos de "censura" en internet

Social y políticamente se emplea el término de "censura" para muchos supuestos de restricción de contenidos, de acceso a la red o sujeción a condiciones para aestarparecer en la red (como la conocida campaña "¡No a la LSSI!³²"). Sin embargo, como se dirá, la censura

²⁷ Al respecto, LESSIG, Lawrence, *Cultura Libre* cit., pág. 9.

²⁸ BALKIN, Jack M., "Digital Speech and Democratic Culture:... cit. pág. 46-47.

²⁹ Sobre el tema, sin perjuicio de una clara toma de partido al respecto, pero bien construida, resulta ilustrativo el trabajo de MELERO ALONSO, Eduardo, "Copyleft y el marco jurídico de la apropiación privada del conocimiento: la legislación sobre propiedad intelectual", en COTINO HUESO, Lorenzo (Coord.), *Libertades, democracia y gobierno electrónicos*, Comares (Colección Sociedad de la Información), Granada, 2005 (en prensa). Asimismo, y en general, cabe señalar algunas ideas apuntadas en BOIX PALOP, Andrés, "Pluralismo y libertad de expresión en la Red", publicado en *Revista española de Derecho constitucional*, nº 65, mayo-agosto 2002, págs. 133-180, accesible en <http://www.uv.es/aboixp>

³⁰ Sólo la sentencia 52/1983, de 17 de junio aborda la Ley de propiedad intelectual pero no tiene nada que ver con la conexión a la que aquí se hace referencia. De otra parte, la sentencia 153/1985, recordó que la libertad de creación artística, científica y técnica (art. 20. 1 b) CE, en todo caso diferente de la propiedad intelectual, es una concreción de la libertad de expresión (FJ 5).

³¹ Se hace referencia a la resolución citada cinco notas *supra* del Tribunal de Defensa de la Competencia el 10 de mayo de 2004 (párrafo 16º, en especial).

³² En este punto, cabe señalar que hoy día, más de dos años después de la aprobación de esta ley, pueden encontrarse en Google más de 6.000 vínculos relacionados con esta campaña. Desde la perspectiva más próxima a lo jurídico cabe remitir a los tres artículos de opinión, firmados por Manolo Gómez, Carlos Sánchez Almeida y Javier A. Maestre, respectivamente: *Sentencia de muerte para Kriptopolis; No pasarán: fascismo digital; La tercera guerra mundial de Internet*. Los mismos están dispuestos en <http://www.lssice.com/mas.htm> (2/5/2005). El material de la campaña puede seguirse, también en www.antilssi.com y en www.kriptopolis.com

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

constitucionalmente se distancia algo de este uso social y político. La cuestión de la posible aplicación de la prohibición de censura puede plantearse en muchos contextos, pero simplemente mencionaré algunos posibles.

Respecto de los filtros en internet³³, la problemática puede ser muy diversa en razón del contexto de quién utilice el filtro (doméstico, laboral, administración, etc.), no obstante, hay que estar vigilantes sobre la posibilidad de aplicar la categoría de la censura previa para el caso del uso de sistemas de filtrado por instituciones públicas³⁴. Asimismo, habrá que estar al tanto de la aplicación de *sombreados* –impedimentos- de acceso a páginas web desde España por parte de los servicios técnicos del Ministerio de Industria en razón de la vulneración de los "principios" del artículo 8 de la Ley 34/2002 de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSICE).

Sin perjuicio de lo anterior, mayor interés si cabe resulta de la posibilidad de que Google, ejemplo de metabuscador mundialmente conocido y usado miles de millones de veces al día por millones de usuarios de internet, optase por limitar contenidos por razones ideológicas y políticas, por ejemplo. O que lo mismo lo hiciese un proveedor o prestador de servicios de intermediación y acceso de internet a sus usuarios. Puede decirse que lo que no está en Google, no está en internet; desaparecer en esta herramienta de búsqueda implica perder la visibilidad en la red. Pese a lo sencillo que es tener un sitio web, la clave reside en la visibilidad, así como, claro está, en la posibilidad técnica de

Los puntos esenciales de conflicto parecían estar en el deber de registro (art. 9), el deber de información (art. 10) y el deber de colaboración de los intermediarios (art. 11).

En buena medida condensa y reúne este pensamiento libertario, más sociológica y políticamente que jurídica, SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos, *República Internet*, Barcelona, 2004 (el libro en formato PDF se encuentra disponible en <http://www.bufetalmeida.com/republica>). Véase muy especialmente el capítulo "Ciberdelitos y ciberderechos" (disponible en <http://www.bufetalmeida.com/republica/node45.html>).

³³ Respecto de los filtros, resulta un clásico en España VILLATE, Javier: "La libertad de expresión en Internet: Retos y amenazas", Versión 1.0, Borrador de trabajo sobre la libertad de expresión en la Red y los sistemas de filtrado, por Javier Villate. Documento presentado en la comparecencia de David Casacuberta, presidente de FrEE, ante la Comisión Especial del Senado sobre Internet, 16 de junio de 1998, fue disponible en <http://www.arnal.es/free/docs/censura-f.html>. (13/02/2001). También, CREMADES, Javier, "Los filtros en internet", en *Revista del Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en red (REDETI)*, III 2000, número extraordinario sobre internet, págs. 117-135.

Más recientemente la atención la ha prestado 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.

³⁴ Pensemos en Universidades, Administraciones respecto de sus trabajadores y funcionarios, Bibliotecas, centros de enseñanza. Curiosamente, pese a que la cuestión es vieja, no parece haber atraído la atención de nadie los criterios que se emplean para filtrar el acceso a la información en internet en centros públicos, siendo en casos discutible.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

acceder a los contenidos procurada por los prestadores de servicios de intermediación.

Por ello, los efectos de una política de restricción de contenidos de Google³⁵, empresa privada, pueden trascender y mucho al ámbito de la efectividad de las libertades de expresión e información. Ya hace años, tras el análisis del caso *Yahoo*, afirmé el peligro de que empresas privadas de este tipo optasen por una vía cómoda de restricción de contenidos ante países no democráticos como China³⁶, con millones de actuales y potenciales clientes. Al fin y al cabo, Yahoo Estados Unidos optó por contentar a Francia en el caso de los contenidos nazis para no empeorar su imagen en el país galo, retirando para ello contenidos que en su país estaban protegidos por la Primera enmienda. Temores de ese tipo y acusaciones de diferentes niveles de resultados en los resultados de búsquedas de Google entre países democráticos y democráticos y no democráticos no han faltado. Tampoco han faltado acusaciones concretas de censura para supuestos concretos por Google (como el caso de la cienciología, por ejemplo)³⁷. De otro lado, no es descartable que proveedores de acceso vinculados a grupos económicos, políticos o religiosos, optasen por una orientación al servicio de acceso que prestasen a sus usuarios.

Previendo futuros problemas como estos, cabría plantearse si es posible extender la garantía de prohibición de la censura frente a personas privadas o, más bien, si es posible establecer garantías constitucionales frente a este tipo de actuaciones que podrían ser tan trascendentes para internet.

Pues bien, nuestro Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de abordar la cuestión de la prohibición de censura en diversas ocasiones. Así, prontamente el afirmó: "verdadera censura previa [...] por tal puede entenderse cualesquiera medidas limitativas de la elaboración o difusión de una obra del espíritu, especialmente al hacerlas depender del previo

³⁵ Al respecto, puede seguirse la política de Google (versión inglesa, más completa):

<http://www.google.es/intl/es/terms.html> y http://www.google.com/terms_of_service.html

³⁶ DE LA TORRE FORCADELL, Sonia y COTINO HUESO, Lorenzo, "El caso de los contenidos nazis en Yahoo ante la jurisdicción francesa:...cit.

³⁷ Sobre acusaciones de censura por Google, me remito a:

<http://www.sethf.com/anticensorware/general/google-censorship.php>

http://www.perspectives.com/articles/art_gagorder01.htm

<http://blog.searchenginewatch.com/blog/050117-090638>

<http://www.vho.org/tr/2003/2/Rudolf220-222.html>

En español, por ejemplo:

<http://www.venezolano.web.ve/archives/260-Censura-en-Internet,-sobre-la-libre-comunicacion.html>

<http://www.el-mundo.es/navegante/2004/09/28/empresas/1096367507.html>

<http://google.dirson.com/noticias.new/0724/>

http://www.factnet.org/Scientology/GOOGLE_Censura_y_la_Cientologia.htm

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

examen oficial de su contenido"³⁸. Más tarde, y por lo que ahora interesa, aclaró que:

"Como censura, pues, hay que entender en este campo, al margen de otras acepciones de la palabra, la intervención preventiva de los poderes públicos para prohibir o modular la publicación o emisión de mensajes escritos o audiovisuales. La presión de ciudadanos o grupos de ellos para impedir esa difusión, aunque consiga obtener el mismo resultado, puede llegar a ser una intromisión en un derecho ajeno, con relevancia penal en más de un caso y desde más de un aspecto, pero no «censura» en el sentido que le da la Constitución. Tampoco encaja en este concepto la que a veces ha dado en llamarse «autocensura» utilizada en algunos sectores -la cinematografía o la prensa-, en algunos países o en algunas épocas para regular la propia actividad y establecer corporativamente ciertos límites"³⁹

Por ello, creo que en general no es adecuado redefinir severamente el concepto constitucional de censura para estas situaciones de restricciones de contenidos por diversos sitios privados, como los buscadores o los prestadores de servicios de intermediación, sin perjuicio de que social y políticamente se emplee el término para muchos supuestos.

No obstante lo anterior, cabe hacer referencia a una pronta afirmación del Tribunal en 1982⁴⁰, reiterada en varias ocasiones⁴¹:

"la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, *como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión*. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea y organiza, *podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo.*"

Curiosamente, el Tribunal Constitucional sólo ha acudido a esta cita respecto de conflictos suscitados por la actuación de poderes públicos,

³⁸ En la sentencia 52/1983, de 17 de junio, FJ 5º.

³⁹ Sentencia 176/1995, de 11 de diciembre, FJ 6º.

⁴⁰ Afirmación de la sentencia 12/1982, de 31 de marzo, FJ 6º

⁴¹ Esta doctrina se recuerda con las mismas palabras en la STC 296/1990, de 17 de diciembre (FJ 6) y más recientemente en el auto 26/2001, de 1, de febrero.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

no frente a actuaciones de personas privadas. Se trata de una cuestión de eficacia horizontal de los derechos fundamentales⁴² en la que puede ser interesante avanzar previendo problemas para el futuro.

Más allá de la prohibición de censura, la libertad de expresión e información pueden proyectarse tanto como derecho subjetivo cuanto en su dimensión objetiva a través de la legislación de desarrollo para generar obligaciones a empresas privadas como Google o Yahoo, o prestadores de servicios de intermediación. De este modo, es posible pensar que se impongan obligaciones a este tipo de servidores y buscadores en aras de la libertad de expresión e información, como la obligación de hacer públicos sus criterios de restricción de contenidos, limitar la posibilidad de aplicación de estas restricciones para casos concretos, etc.

Este tipo de imposiciones a empresas privadas no son en modo alguno nuevas en Alemania –no para internet, claro está⁴³. De aquel país, resulta asimismo de interés la sentencia *Blinkfüer*⁴⁴ en la que el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró lesivo de la libertad de expresión la presión económica de una empresa privada dominante que llamó al boicot de distribución de un medio de comunicación escrito contrario.

Y la doctrina elaborada en aquel caso puede darnos pistas para el futuro de internet. El Tribunal alemán dijo:

"El ejercicio de una presión económica, que genera en el implicado graves perjuicios, y que tiene como finalidad impedir la difusión de opiniones y noticias, que se encuentran protegidas constitucionalmente, viola la igualdad de oportunidades en el proceso de formación de la opinión, y contradice el sentido y esencia del derecho fundamental de la libertad de opinión, que tiene por objeto garantizar la controversia ideológica."

"para la protección de la institución de la libertad de prensa se debe asegurar la independencia de los órganos de la prensa frente a las intervenciones de los grupos de poder económicos con medios

⁴² Libertad de expresión e información tanto de los modos de comunicación que restringen los contenidos que ofrecen –Google, por ejemplo- cuanto del modo de comunicación en internet (un sitio web, un portal, un medio de comunicación) cuya información no se difunde a través del anterior.

⁴³ Al respecto, HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, "Libertad de comunicación y de medios", en BENDA, E.; MAIHOFFER, W.; VOGEL, J.; HESSE, C. y HEYDE, W., *Manual de Derecho Constitucional*, (2ª ED.), Marcial Pons, Madrid, 2001, PÁGS. 145-216, págs. 152 y ss. Asimismo, me permito destacar la sentencia *BverfGE* 12, 202, de 28 febrero de 1960 que justifica la imposición de condiciones sobre la programación en la radio privada para garantizar el pluralismo. Se sigue por SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, (prólogo de Jan Woischnik y traducción de Marcela Anzola Gil), Gustavo Ibáñez, Konrad Adenauer Stiftung, Bogotá, 2003, págs. 162 y ss.

⁴⁴ Se sigue de SCHWABE, Jürgen, *Cincuenta años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, cit. págs. 140 y ss. *BverfGE* 25, 256.

“Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los “blogs”)", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

inadecuados, en la formación y difusión de la producción periodístico (*BverfGE* 20, 162, 175 y ss.) El objetivo de la libertad de prensa exige proteger la libertad de prensa frente a los intentos de obstaculizar la contraposición de opiniones mediante el empleo de instrumentos de presión económicos.”

La re-blog-lución y la necesidad de futuras respuestas jurídicas

A modo de introducción sobre el penúltimo fenómeno de comunicación en internet: los “blogs”

Los nuevo fenómenos de comunicación en internet son muchos y variados⁴⁵, y la vertiginosa dinámica de la red hace que cualquier

⁴⁵ Más allá de los medios tradicionales migrados a internet o aparecidos en la red pero bajo los cánones clásicos, hay que tener en cuenta la aparición de una pluralidad de nuevos productos periodísticos en ocasiones similares a las tradicionales, pero en ocasiones, antes casi inimaginables. Me permito hacer una descripción de los mismos:

Aparición o reaparición de nuevos géneros periodísticos:

-Los confidenciales. Usualmente realizados en páginas de internet por periodistas conocidos, los “confidenciales” difunden informaciones sin confirmar, rumores sin que puedan contrastarse o conocerse las fuentes del rumor. Las informaciones se presentan como rumor o como noticia, según los casos. Son también nuevas ventanas para el periodismo políticamente poco correcto; igualmente, este fenómeno periodístico sirve de válvula de escape de los silencios que los grandes medios de comunicación tienen sobre temas molestos. (Curiosamente el fenómeno no es nuevo, con la aparición del fax, en España llegaron a existir servicios de distribución de confidenciales desde periódicos. Lo que no se publicaba en general, se distribuía “confidencialmente” vía fax).

Medios alternativos:

Son muy diversos, por lo general ajenos a las reglas de comunicación de masas, no siempre con estructuras empresariales, ni laborales. Destacan también por el voluntarismo incluso altruismo de quienes generan sus contenidos. Asimismo, suelen ofrecer una información diferenciada de los medios tradicionales. Incluso, en muchos casos, se postulan como contraposición de los medios tradicionales y rebaten la información que ellos ofrecen (medios de contrainformación). A la vez, suele darse el fenómeno de la especialización temática. De este modo, algunos de estos medios son tan especializados (políticamente, tecnológicamente, por ejemplo) que pese a tener una audiencia cuantitativamente baja, tienen una enorme influencia en el ámbito en el que se proyectan. En general, la interactividad que permiten con los lectores es mucho mayor que la de los medios tradicionales. Aún es más, muchas veces la interactividad y participación del receptor es tal que hace del medio de comunicación un medio bidireccional. Los usuarios construyen y crean la información que ofrece el medio (www.ohmynews.com).

En muchos casos son “experimentos de comunicación” alternativa. Otros casos son nuevas proyecciones de fenómenos ya conocidos como los pasquines, radios libres, panfletos, etc. Algunos se han hecho un hueco muy importante ya por la cantidad y calidad de la audiencia y por sus círculos de influencia económica, política, social o cultural.

Otro de los fenómenos a tener en cuenta es el de los selectores de información.

En primer lugar, cabe destacar los selectores de información automatizados. El mejor ejemplo de ello es google News. Los algoritmos de la máquina hacen de editor. Bajo el reto de superar a un editor humano, se crean herramientas que seleccionan con una diversidad de criterios las noticias más relevantes, las clasifican con los temas usuales de interés y las ofrecen según su relevancia al lector. El lector finalmente elige la noticia y acude por medio del link al medio de comunicación –tradicional- que ofrece directamente la noticia (excluyen la información de medios que exigen pago).

En segundo lugar, cabe hablar de los *press clippings*, o resúmenes de prensa. A partir de informaciones de medios clásicos se selecciona la información por diversos criterios y la reúnen. A diferencia de google.news la selección es humana, no busca la cantidad sino el interés del perfil del cliente y, siendo uno de los temas más conflictivos, incluyen la información en el propio servidor, no por medio de un link o incluyendo la información de medios que exigen el pago de la misma).

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

descripción se quede desfasada al momento. En todo caso, y sin perjuicio de que buena parte de lo que se diga a continuación puede ser aplicado a muchos de estos nuevos fenómenos, a continuación centro mi atención en el más destacado fenómeno de los *weblogs* o más comúnmente conocidos *blogs*.

Pese a que haya más de setenta millones de páginas web como resultado en Google respecto de la palabra "blog" (cien millones para la palabra "newspaper"), en Europa estos son prácticamente desconocidos, pese a que pueda hablarse de la *re-blog-lución* en los Estados Unidos⁴⁶.

La palabra procede de la unión de *web* y *log*. El "log-book" (o, abreviadamente, *log*, cuaderno de bitácora en español⁴⁷) era el documento en que el capitán del barco anotaba las incidencias del viaje como rumbo, velocidad, maniobras y demás accidentes de la navegación. Así, el *weblog* (*blog*) o "bitácora de la web" es la relación y anotación que hace un navegante de la red de los sitios que ha visitado. Para explicarlo de forma sencilla⁴⁸, un *blog* es una página web personal que cualquiera puede crear incluso gratis⁴⁹. En la misma, su autor comenta noticias o informaciones que ha leído en internet, por lo general en medios de comunicación clásicos o en otros *blogs*.

Valgan algunos datos para tomar conciencia de su importancia al otro lado del Atlántico. El 27 % de los usuarios de Internet en Estados Unidos leyeron *blogs* en el 2004, el 12 % además agregaron comentarios a ellos.

No se trata de algo nada nuevo. No obstante, lo habitual era que los press clippings en papel quedasen limitados a administraciones y ministerios, empresas, etc. Por lo cual no se suscitaban problemas por parte de los medios de comunicación que veían sus publicaciones difundidas a círculos restringidos.

Buscadores y directorios: especial atención de Google, Yahoo, etc. los buscadores, y en especial Google ha pasado a ser una herramienta rutinaria de los usuarios de internet. En la actualidad se indexan ocho mil millones de páginas web con unos criterios de extraordinaria utilidad para el usuario en una velocidad de 0.28 segundos.

⁴⁶ 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).

⁴⁷ Para el Diccionario de la RAE: "Libro en que se apunta el rumbo, velocidad, maniobras y demás accidentes de la navegación."

⁴⁸ Sobre el tema, en castellano cabe remitir de nuevo a LÓPEZ GARCÍA, Guillermo, *Modelos de comunicación en internet*, cit. págs133-146.

Asimismo, entre otros a ORHIUELA, José Luís, "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).

⁴⁹ Por medio de herramientas como *Blogger* o *BlogSpot*, por ejemplo.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

Hay más de 10 millones de *blogs* en Estados Unidos (sólo unos miles son verdaderamente importantes). Algunos reciben 13 millones de visitas diarias⁵⁰ o 250 millones al mes y en muchas ocasiones aparecen en los resultados de Google sobre cuestiones importantes (el *tsunami*, por ejemplo), antes que los *mass media* clásicos⁵¹. Más allá del número de visitas, algunos son muy influyentes en sectores específicos, económicos, profesionales, técnicos, etc.

En las Elecciones Bush vs. Kerry los *blogs* políticos ("poliblogging") fueron más importantes que los medios de comunicación clásicos (de una mayor tendencia al Partido Demócrata), incluso se puede decir que decidieron la balanza a favor de Bush⁵², gracias a los llamados "pajama tabs" (talibanes del pijama).

Los *blogs* generan ya en Estados Unidos muchos problemas jurídicos⁵³, aunque ahora sólo nos centraremos en el vinculado al secreto profesional y la obligación de información verdadera y diligencia del informador.

"Blogs" y nuevo "periodismo de aseveración" en internet frente al clásico "periodismo de verificación"

Uno de los caracteres muy importantes de los *blogs* es la interactividad con los lectores. Generalmente pueden participar y enviar comentarios e informaciones al responsable del *blog*. Estos comentarios aparecen también en el *blog* si el autor quiere. En ocasiones los comentarios de los lectores—al igual que en diversos modos de comunicación por internet—aparecen de forma automática, según el caso.

Muchos lectores con conocimiento directo o indirecto sobre una información importante escriben al *blogger* para intentar desmentir o verificar una noticia importante difundida por un medio de difusión clásico.

⁵⁰ Por ejemplo, el blog www.drudgereport.com ofrece sus datos y ha recibido más de 250 millones en los últimos 31 días y 3.450.614.485 (3.5 billones aproximadamente) en el último año.

⁵¹ Ello se debe al fenómeno del *blogroll*, es decir, los enlaces mutuos entre *blogs* "amigos" o afines y con afluencia de público. La cantidad de links a una web es uno de los criterios importantes en los algoritmos de búsqueda de Google.

⁵² Al respecto, ADAMIC, Lada y GLANCE, Nathalie *The Political Blogosphere and the 2004 U.S. Election: Divided They Blog*, <http://www.blogpulse.com/papers/2005/AdamicGlanceBlogWWW.pdf>

⁵³ Recientemente, cabe remitir al completo trabajo de RIBSTEIN, Larry Edward, "Initial Reflections on the Law and Economics of Blogging" (April 4, 2005). *U Illinois Law & Economics Research Paper* No. LE05-008. <http://ssrn.com/abstract=700961>

También, una breve descripción de cuestiones en "*Bloggers and Their First Amendment Protection*," appeared in the vol. 57, no. 3 Fall 2003 issue of "The Neiman Reports," The Neiman Foundation for Journalism at Harvard University. <http://www.neiman.harvard.edu/reports/03-3NRfall/95-96V57N3.pdf>

Entre otros, es muy recomendable "*Weblogs in Journalism: Blogging and the Law*", mayo de 2004, en <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html> (4.3.2005). Este sitio remite a una jurisprudencia estadounidense bien interesante aplicable al tema.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

En ocasiones se remiten miles de mensajes con información a veces de procedencia ilegal (secretos industriales, secretos profesionales, vulneración del secreto de comunicaciones, de protección de datos, intimidad, etc.). Esta información se difunde en el *blog* bien de forma automática o, por lo general, tras el examen por el *blogger* de su conveniencia y verosimilitud al contrastarse una informaciones de dicha procedencia con otras.

En varios casos estas acciones han obligado a rectificar y pedir perdón a los medios de comunicación por las informaciones manipuladas o erróneas difundidas (como la CBS), incluso han forzado dimisiones como la del Director de informativos de la CNN (caso Eason). Los escándalos sobre la prensa son continuos en el último año.

Por lo que ahora más interesa, muchos *blogs* importantes se dedican a controlar a los medios de comunicación y sus informaciones. Como se ha dicho los nuevos medios de internet hacen de "perros guardianes" de los medios de comunicación clásicos⁵⁴. En este sentido, cabe recordar que el TEDH en el Caso Observer y Guardian de 1991, nº 51 afirmó que los mass media son los "perros guardianes" de la democracia. Perros controlando a perros a favor de la democracia.

Pues bien, el informe anual de 2004 del estado del periodismo⁵⁵ destaca el avance del "periodismo de aseveración". Frente al clásico "periodismo de verificación" (en el que las informaciones se verifican primero), el nuevo periodismo de aseveración ofrece información rápidamente, sin grandes esfuerzos para comprobar su veracidad en su primera fase. La investigación y verificación se produce en una segunda fase, cuando empieza a producirse la respuesta de otros *blogs* y miles de usuarios (algunos transmitiendo información ilícita) y así se descubre si la información era verdadera o falsa.

Hay que subrayar un dato importante: en muchos casos, los *blogs* aseguran expresamente el anonimato de quienes remiten esa información, a veces, ilegal⁵⁶. Y, en todo caso, la recepción de la información a través de correos electrónicos hacen que las fuentes de información inidentificables.

Sobre estas bases, cabe preguntarse, en primer lugar si puede proyectarse la garantía concreta del secreto profesional a los *blogs* o, en general, a los nuevos medios de comunicación alternativos de internet.

⁵⁴ Así BOWMAN Shayne y WILLIS, Chris, *Nosotros, el medio....* cit. págs. 51 y 52.

⁵⁵ www.stateofthenewsmedia.org, *Project for Excellence in Journalism*, Universidad de periodismo de Columbia.

⁵⁶ Por ejemplo, uno de los más populares, www.drudgereport.com, donde se afirma: "send news tips to drudge [anonymity guaranteed]".

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

La posible extensión del secreto profesional a internet

La primera vez que se reconoció legalmente el secreto profesional (*Reporter's privilege*) de un periodista fue en el Estado de Maryland en 1896⁵⁷, como un privilegio del informador ante los tribunales que consistía básicamente en mantener la confidencialidad de sus fuentes y en evadirse de la obligación de actuar como testigo y revelar la identidad de las fuentes.

El TEDH lo ha reconocido de forma general como parte integrante de la libertad de expresión en el caso Goodwin contra Reino Unido, de 27 de marzo de 1996⁵⁸. Por ello, los límites a este derecho los somete a un escrutinio severo⁵⁹. Incluso en el caso Ernst y otros v. Belgium, de 15 de julio de 2003 considera más grave aún la investigación a periodistas⁶⁰. También el Consejo de Europa ha reconocido en Declaraciones y Recomendaciones el secreto del periodista⁶¹.

La Constitución española lo recoge expresamente como derecho constitucional (art. 20. 1. d) CE), también en las normas legales⁶², aunque

⁵⁷ Se aprobó una ley tras el caso John T. Morris, un periodista del "Baltimore Sun". Ver <http://www.rcfp.org/cgi-local/privilege/item.cgi?i=intro>

⁵⁸ El TEDH afirmó que la "Protección de las fuentes periodísticas es una de las condiciones básicas de la libertad de expresión... Sin esta protección se disuade a las fuentes de informar al público de materias de interés público. Como consecuencia el papel de perro guardián de la prensa quedaría minado y la capacidad de la prensa de proporcionar la información exacta y fiable sería afectada negativamente. Teniendo en cuenta la importancia de la protección de las fuentes periodísticas en una sociedad democrática y el potencial efecto desalentador (*chilling effect*) que tiene una orden de acceso a la fuente de información sobre el ejercicio de esta libertad, esta medida no puede ser compatible con el artículo 10 de la Convención a pesar de que esté justificada por una decisiva exigencia del interés público (nº 39).

⁵⁹ "Así afirma que "las limitaciones en la confidencialidad de las fuentes periodísticas requieren el más cuidadoso escrutinio por el Tribunal" ("limitations on the confidentiality of journalistic sources call for the most careful scrutiny by the Court").

⁶⁰ El Tribunal distingue el caso del supuesto de Goodwin, señalando que la investigación de las fuentes de los periodistas es un acto aún más serio que exigir divulgar la fuente de información –caso Goodwin–.

En todo caso, quedan muchas deudas si el secreto se extiende al material informativo previo a la edición de la noticia. El TEDH no se pronunció al respecto (Sentencia caso Fressoz y Roire vs. Francia, 21 de enero de 1999).

⁶¹ El Consejo de Europa reconoció este privilegio en la Resolución nº 2 de las Libertades del periodismo y derechos humanos adoptada por la 4ª Conferencia Ministerial sobre política de medios de comunicación (Praga, 7-8 de diciembre de 1994). Concretamente, hay que hacer referencia a la Recomendación nº R (2000) 7 de 8 de marzo de 2000, del Comité de Ministros de los Estados Miembros sobre el derecho de los periodistas de no descubrir sus fuentes de información.

Cabe recordar que se considera "periodista" a la "persona natural o jurídica que regularmente o profesionalmente se ocupe de la recogida y difusión de información al público por medio de mass media." (<http://cm.coe.int/ta/rec/2000/2000r7.htm>). En esta Recomendación se considera "periodista" a la "persona natural o jurídica que regularmente o profesionalmente se ocupe de la recogida y difusión de información al público por medio de mass media."

⁶² En España no se ha desarrollado una regulación directa de momento, si bien tiene eficacia directa. Se entiende que el periodista citado a declarar en una causa criminal podrá excusar las respuestas que pudieran revelar la identidad de la fuente reservada. También es posible que revelar dicho secreto implique cometer el delito del artículo 199. 2 de revelación de secretos profesionales. Asimismo, no revelar el secreto puede ser un delito de no impedir la comisión de un crimen (art. 450).

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

no se ha desarrollado directamente⁶³. De otra parte, frente a una nutrida doctrina⁶⁴ la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es bastante discreta sobre el particular⁶⁵

Pues bien, la cuestión de si el secreto del periodista puede generalizarse en internet a todo informador de asuntos de relevancia para la formación de la opinión pública puede adquirir mucha importancia para el futuro de los nuevos fenómenos de comunicación en internet. De admitirse se dará un fuerte respaldo a este tipo de información de los *blogs*, si se niega, el fenómeno de los *blogs* podría decaer y mucho.

La relativa inmunidad que confiere podría generalizarse al igual que se multiplica la información en internet. Todos los internautas podrían intentar acogerse a esta garantía constitucional. Está claro que esto no puede ser. Pero, en el lado contrario, no parece apropiado que esta garantía se limite a los tradicionales mass media, a las empresas y a los profesionales del periodismo como hasta ahora se ha entendido. La relevancia pública que puede adquirir un medio de comunicación en internet por proyección sobre una audiencia cuantitativa y cualitativa y por la información objetivamente transmitida a esta, así como la misma fisonomía del sitio web, difícilmente distinguible de un medio de comunicación clásico en internet, impulsan a no restringir sólo a éstos esta garantía de la información.

En España, el Tribunal Constitucional en principio reserva a los profesionales y empresas las garantías específicas del artículo 20. 1º d) CE, como el secreto profesional. Pese a que el Tribunal ha sido claro en reconocer las libertades de información a toda persona (aunque no sea empresa de comunicación o periodista)⁶⁶, no obstante, afirma que hay

⁶³ Se hace referencia a la Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional, referida al inicio de este estudio y actualmente en proceso parlamentario ante el Congreso de los diputados. En la misma se reconoce este derecho reservado a los periodistas (artículos 14 y 15 de la Proposición).

⁶⁴ Cabe destacar la atención monográfica en dos momentos diferentes en *Cuadernos y Debates*, nº 12 (1988) y nº 48 (1994), Madrid: Centro de Estudios Constitucionales. También, entre las monografías: FERNÁNDEZ-MIRANDA CAMPOAMOR, Alfonso, *El secreto profesional de los informadores*, Tecnos, Madrid, 1990; CARRILLO, Marc, *La cláusula de conciencia y el secreto profesional de los periodistas*, Madrid: Civitas, 1993 o "Investigación judicial y secreto profesional de los informadores", en *Cuadernos de Derecho Judicial: acceso judicial a la obtención de datos*, Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1997 y FRÍGOLA VALLINA, Joaquín; ESCUDERO MORATALLA, José Francisco, *Honor, secreto profesional y cláusula de conciencia en los medios de información. Límites y aspectos jurídicos civiles y penales*, Ediciones Revista General de Derecho, Valencia 1998.

También, entre otros, RUIZ VADILLO, Enrique, "El derecho constitucional al secreto profesional y a la cláusula de conciencia: un tema legislativo pendiente", en *Poder Judicial*, nº especial XIII: Libertad de expresión y medios de comunicación, 1990.

⁶⁵ Dicha jurisprudencia se limita a referencias relativamente indirectas, como en la sentencia 6/1988 (FJ 6º), sentencia 123/1993 (FJ 5º) o la sentencia 23/1995 (FJ 5º)

⁶⁶ La libertad de expresión de opiniones se reconoce a toda persona (arts. 16 y 20. 1. a) CE). También, la libertad de información (art. 20. 1º d) CE) se reconoce "a cualquier otra persona que facilite la noticia veraz de un hecho y a la colectividad en cuanto receptora de aquélla (por todas, SSTC 6/1981, 105/1983, 168/1986, 165/1987, 6/1988, 176/1995, 4/1996)".

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

una protección "más intensa" de estas libertades cuando se ejercen por empresas y periodistas, por ser los agentes que cumplen con una "función constitucional" (sentencia 165/1987). Dice que esta mayor intensidad "enlaza directamente con el reconocimiento a aquellos profesionales del derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional para asegurar el modo de ejercicio de su fundamental libertad de información"⁶⁷. Así que las empresas de comunicación y periodistas "en modo alguno"⁶⁸ tienen un derecho fundamental reforzado, más allá de estas garantías especiales (como el secreto del periodista).

No obstante esta doctrina, si buscamos la fundamentación de estas garantías específicas, creo que en muchos casos se han de extender a muchos fenómenos comunicativos en internet. Así, el fundamento del secreto del periodista es no frenar la información de interés público. Este fundamento del TEDH inclina a no restringir el secreto del periodista para muchos fenómenos de comunicación de internet, diferentes de los clásicos medios de comunicación. Las informaciones de interés público de no está limitadas a las que emiten los tradicionales medios de comunicación y los periodistas profesionales.

Es muy posible que haya que interpretar de forma amplia y vinculada a este fundamento de la libertad de información y expresión el concepto de "periodista" y "profesional". La habitualidad en la difusión de información con una serie de pautas puede reemplazar los criterios de formación y remuneración que genéricamente definen al profesional de la información. Y la habitualidad en la difusión de información es ya muy común en internet. Este criterio, con el criterio del interés público de la información que se difunde, puede servir para considerar si se reconoce o no el secreto del informador como garantía de la libre información para muchos modos de comunicación en internet.

De Estados Unidos, puede servir un primer dato: el Tribunal Supremo de Georgia consideró en el caso *Mathis v. Cannon*, de 25 de noviembre de 2003⁶⁹ que la Ley del derecho de rectificación de informaciones erróneas sí se aplica para internet. Es decir, una figura jurídica en principio reservada para el clásico periodismo ha sido proyectada para internet.

En segundo lugar, y con mayor importancia, en marzo de 2005 el juez de Santa Clara, James Kleinberg, Caso *Apple vs. Dan Gillmore*⁷⁰ en

⁶⁷ Sentencia 199/1999, de 8 de noviembre, reiterada en sentencia 225/2002, de 9 de diciembre de 2002.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ En el caso *Mathis v. Cannon*, de 25 de noviembre de 2003, <http://www.unc.edu/~briman/J221/bloglaw.html>

⁷⁰ Ver el texto en, <http://www.internetpolitica.com/archives/000153.html>

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

una decisión provisional, no ha rechazado que la este privilegio de no revelar las fuentes se pueda aplicar a los *bloggers*. Para el caso concreto, consideró que el secreto del periodista no es un "free pass" para violar la ley penal, atendiendo las circunstancias concretas, y afirma que esto se da incluso asumiendo que los *bloggers* son periodistas⁷¹.

No obstante, la tendencia aparentemente actual en España parece ser la de reservar estas garantías de la información a los tradicionales medios de comunicación, como puede seguirse del texto presentado en la Proposición de Ley de Estatuto del periodista profesional, actualmente en el Congreso de los diputados. En la misma se opta por el reconocimiento de unos derechos a los profesionales del periodismo⁷², bajo el criterio de vinculación a uno o varios medios de comunicación – clásicos- así como con relevancia de la figura de la acreditación⁷³.

A mi juicio, para atribuir o no estas garantías específicas habrá que prestar necesaria atención a otros factores más allá de la contratación por empresas periodísticas, puesto que este criterio podría llevar a soluciones absurdas⁷⁴. Criterios como la continuidad del modo de comunicación de internet, su tratamiento de la información, ciertos criterios objetivos de relevancia (*blogroll*, relevancia en Google, audiencia cualitativa y

⁷¹ La resolución afirma que no es necesario decidir la "definición de periodista, reportero, *blogger*, o cualquier cosa" "por esta razón fundamental: no hay conferida licencia a ninguna persona para violar derechos penales válidos." El derecho de salvaguardar la información relativa a la propiedad está reconocido legalmente y es esencial para el futuro de la tecnología y de la innovación. Por ello "La corte no considera ninguna razón de abandonar este motivo incluso si asumiese, *arguendo*, que los demandados tienen la naturaleza de 'periodistas'."

⁷² Así se afirma en la Exposición: "En el presente Estatuto se ha optado por extender esta protección específica a todos los que habitual y profesionalmente ejerzan el periodismo. El reconocimiento de unos derechos específicos de los informadores profesionales en nada interfiere el derecho de cualquier ciudadano a expresarse, opinar o informar. La adopción de este Estatuto tampoco supone la exigencia de una habilitación previa para el ejercicio de un derecho que a todos corresponde; simplemente, la invocación de unos derechos profesionales específicos pasa por la acreditación de esa profesionalidad."

De otra parte, el artículo 1 dispone: "El titular de los derechos y deberes definidos en este Estatuto es el periodista profesional. Se considera como tal a todo aquel que tiene por ocupación principal y remunerada la obtención, elaboración, tratamiento y difusión por cualquier medio de información de actualidad, en formato literario, gráfico, audiovisual o multimedia, con independencia del tipo de relación contractual que pueda mantener con una o varias empresas, instituciones o asociaciones."

Estos derechos y deberes profesionales derivan de los derechos a la libertad de expresión e información, reconocidos en el artículo 20 de la Constitución Española y en nada interfieren el ejercicio de estas libertades por los no profesionales."

En todo caso, el artículo 5 reconoce los mismos derechos a los *freelance*, definición que puede servir para ampliar condición de "profesional".

⁷³ "Artículo 2. Acreditación. La condición de periodista profesional se acredita mediante el correspondiente carné expedido por el Consejo Estatal de la Información o sus equivalentes autonómicos, conforme a un modelo único, que será regulado por Ley. El Gobierno enviará a las Cortes en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta Ley Orgánica un Proyecto de Ley, que tendrá el carácter de norma básica de los medios de comunicación social. El carné profesional se renovará periódicamente."

⁷⁴ Así por ejemplo, cabe citar el fenómeno periodístico del periódico coreano www.ohmynews.com (con más de 37.000 "periodistas" –muchos de ellos en nómina- ciudadanos que aportan unas 200 noticias diarias, un 70% del total que produce OhMyNews). Sería absurdo que el mero pago de una cantidad casi simbólica fuese lo que confiriese o no esta garantía para la información.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

cuantitativa, etc.). Asimismo, puede tenerse en cuenta criterios asumidos ya por la legislación, como la definición de prestador de servicios de la sociedad de la información con un carácter más que amplio de la idea de "remuneración" y "actividad económica"⁷⁵. También habrá que tener en cuenta elementos externos, como la voluntad del responsable del sitio web, incluso la posible acreditación del *blogger* como periodista, etc.

Y para concluir, sobre la aplicabilidad del requisito de la veracidad y diligencia del informador en internet

También el Derecho puede dar una respuesta que favorezca o no este nuevo periodismo de aseveración y, con él, la multiplicación de posibilidades en internet de que se difundan informaciones ilícitas. Como sabemos, hay libertad de información veraz, en el sentido esencial de que el informador ha de ser diligente en su labor⁷⁶. Y como es bien sabido, el deber de diligencia es muy graduable⁷⁷. Este principio básico choca con este nuevo periodismo de aseveración que primero lanza la información y luego se confirma con la participación de los usuarios de internet.

Es muy posible que poco a poco esta exigencia de veracidad y diligencia de la información tenga que adecuarse a un entorno muy distinto del de la profesión periodística clásica. Y las consecuencias, me

⁷⁵ Se hace referencia a la definición contenida en el Anexo de la ley, fundamental para definir el ámbito de aplicación de la misma:

"Servicios de la sociedad de la información o servicios: todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario.

El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios".

"Prestador de servicios o prestador: persona física o jurídica que proporciona un servicio de la sociedad de la información".

⁷⁶ Como ha dicho el tribunal en reiteradas ocasiones: "la veracidad no exige que los hechos o expresiones contenidos en la información sean rigurosamente verdaderos, puesto que las afirmaciones erróneas o equivocadas son inevitables en un debate libre, sino que impone al comunicador un específico deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad en el sentido de que la información rectamente obtenida y razonablemente contrastada es digna de protección, aunque su total exactitud sea controvertible o se incurra en errores circunstanciales que no afecten a la esencia de lo informado, debiéndose, por el contrario, negar la garantía constitucional a quienes actúen con menosprecio de la veracidad o falsedad de lo comunicado, transmitiendo, de manera negligente o irresponsable, como hechos, simples rumores carentes de toda constatación o meras opiniones gratuitas que, realmente, son insinuaciones insidiosas."

Al respecto, entre otras sentencias 6/1988, 171/1990, 219/1992 y 240/1992 o la 320/1994. Más recientemente, 46, 52 y 76 de 2002. Sobre errores en la información, sentencias 240/1992; 192/1999; 110/2000; 46/2002 y 52/2002.

Sobre el tema, entre otros muchos, SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio, *Delimitación de las libertades informativas*, Tirant, Valencia, 2004; BEL MALLÉN, Ignacio, CORREDOIRA Y ALFONSO, Loreto, *Derecho de la información*, Ariel, 2003; VILLAVARDE MENÉNDEZ, Ignacio, *Estado democrático e información : el derecho a ser informado y la Constitución española de 1978*, Junta General del Principado de Asturias, 1994 o CARRERAS, Lluís de, *Régimen jurídico de la información : periodistas y medios de comunicación*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁷⁷ Sobre la intensidad de la diligencia cabe acudir también a las sentencias 6, 28 y 52 de 1996, o la 190/1997.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

temo, pueden ser bastante negativas, aunque pueden existir pautas jurídicas para frenarlas.

De un lado, en muchos casos se podrá reconocer al modo de comunicación en internet –no periodismo clásico- el derecho a no revelar las fuentes de información, antes visto. Ahora bien, en todo caso, el reconocimiento de este derecho para diversos fenómenos de internet no impone por sí la exención de diligencia del informador⁷⁸, pero ciertamente la relativiza. Creo que dada la gradación ya habitual para medir la veracidad y diligencia del informador, será posible crear nuevos criterios para estimar en cada caso concreto si quien no revela sus fuentes ha realizado una actividad informativa en internet diligente.

De otro lado, hay que tener en cuenta la Directiva 2000/31/CE sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (Directiva sobre el comercio electrónico) y su trasposición por medio de la LSSICE. En concreto, cabe remitir a los artículos 12 y siguientes de esta Directiva y 14 y siguientes de la Ley sobre la responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

El esquema que impone la Directiva es claro: los prestadores de servicios no tienen un deber de control de los contenidos que no son propios y no son responsables de estos contenidos hasta que se les comunica del modo pertinente la posible ilegalidad⁷⁹. Ahora bien, dicha exención de responsabilidad no se da si el prestador de servicios participa de una forma activa creando o modificando los contenidos. Claro está que este esquema de responsabilidad no es el clásico y constitucionalmente consagrado, si bien, es más que posible que el

⁷⁸ En este sentido, cabe hacer referencia a la doctrina de la sentencia 21/2000, de 31 de enero, FJ 8º, que resume anteriores sentencias:

"Por otra parte, debe tenerse también en cuenta en este caso que, al no haber desvelado el periodista la identidad de las personas que le confirmaron el hecho de que se habían pagado comisiones millonarias, el origen de la fuente de información es indeterminada y, respecto de este tipo de fuentes, este Tribunal ha señalado que «el deber de diligencia en la comprobación razonable de la veracidad de la información no se satisface con la pura y genérica remisión a fuentes indeterminadas, que, en ningún caso, liberan al autor de la información del cumplimiento de dicho deber» (STC 172/1990, fundamento jurídico 3), pues la remisión a este tipo de fuentes, al no identificarse su origen, debe entenderse, en principio, insuficiente a efectos de dar por cumplida la diligencia propia del informador «lo cual, desde luego, no supone, en modo alguno, que el informador venga obligado a revelar sus fuentes de conocimiento, sino tan sólo a acreditar que ha hecho algo más que menospreciar la veracidad o falsedad de su información» (SSTC 123/1993, de 19 de abril, fundamento jurídico 5; 6/1996, de 16 de enero, fundamento jurídico 5).

Todas estas consideraciones nos conducen a entender que el informador no actuó con la diligencia constitucionalmente exigible y, en consecuencia, al no poder quedar amparada su actuación por su derecho a la información, vulneró el derecho al honor de los ahora recurrentes en amparo al haberles imputado un hecho constitutivo de delito."

⁷⁹ Sobre el tema, por todos y recientemente, la obra ya citada CAVANILLAS MÚGICA, Santiago (coord.), *Deberes y responsabilidades de los servidores de acceso y alojamiento: un análisis multidisciplinar*, cit.

"Algunas claves para el análisis constitucional futuro de las libertades públicas ante las nuevas tecnologías (con especial atención al fenómeno de los "blogs")", en AA.VV. Estudios jurídicos sobre la sociedad de la información y nuevas tecnologías, Facultad de Derecho de Burgos, Burgos, 2005

mismo será asumido por la jurisprudencia constitucional⁸⁰, dada su procedencia europea.

En este sentido, no hay que olvidar algo ya dicho. Actualmente en internet se confunde el concepto de emisor y receptor: todo el mundo es editor; el receptor se adueña de la información. Es ya muy habitual que en los sitios web la información se ponga de forma automática sin creación o modificación de contenidos por parte del responsable del sitio web. Por ello, en principio hay que excluir que se pueda exigir diligencia al responsable de la página web. También en Estados Unidos parece que esta sea la tendencia judicial incluso para casos en los que el responsable del sitio recurre a la acción de "cortar y pegar"⁸¹ contenidos generados por otros.

En este sentido, y de otro lado, en internet se ha generalizado el "corta y pega", la copia continua, el llamado *clipping* o en otros contextos *glomming on*. Además, numerosos sitios de internet reproducen contenidos de forma automática. Más allá de los importantes problemas de propiedad intelectual que ello genera, creo que habrá que estudiar caso a caso para considerar si ha habido real control de contenidos o modificación de éstos por el responsable del sitio, puesto que si ha copiado contenidos sin modificar, tampoco podrá exigirse responsabilidad.

Habrá que tomar decisiones normativas y judiciales. Es muy posible que en el futuro próximo se cuestione la exención de responsabilidad actual. Es posible que se exija en el futuro un diseño de las herramientas de comunicación en internet que no permita la reproducción automática de contenidos como hoy, no por motivos de propiedad intelectual, sino de protección general de los derechos de las personas y otros bienes constitucionales. Pero claro, si esto no se hace de una forma muy cuidadosa el resultado podría ser frenar la marcha de internet.

⁸⁰ En este punto recuerdo de nuevo la jurisprudencia sobre las Cartas al Director, respecto de las que el Tribunal sí hace responsable al medio que publica de garantizar la identidad y origen de lo que ahí se publica. Ver nota *supra* con referencia a dicha jurisprudencia.

⁸¹ Ninth Circuit Court of Appeals (California) junio de 2003 bajo el 47 U.S.C. sec. 230, sección de la Communications Decency Act, se considera que un moderador de un grupo de discusión es inmune a la responsabilidad por injuria respecto de los mensajes puestos en los grupos, teniendo en cuenta que estos mensajes fueron escritos originariamente por otras personas y entonces enviados al moderador para reenviarlos al grupo. Ver: http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/ts_search.pl?title=47&sec=230