

Lorenzo Cotino

www.cotino.es

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

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

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

Indique la autoría de los contenidos, si los emplea.

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

- Capítulo de libro, “El derecho de acceso a las nuevas tecnologías y su recepción constitucional y en el Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en RAMÓN FERNÁNDEZ, Francisca (coord.), *La influencia del Derecho valenciano en las disciplinas tecnológicas*, Universidad Politécnica de Valencia-Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, 9788498766400. págs. 181-198.

Contenido, pulse sobre el epígrafe:

I. EL ACCESO A LAS TICS EN LA COMUNIDAD VALENCIANA	183
II. EL DERECHO DE ACCESO A LAS TICS EN PERSPECTIVA MUNDIAL Y SU NATURALEZA CONSTITUCIONAL	184
III. EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO PARA LA COMUNIDAD VALENCIANA	189
IV. OTRAS REGULACIONES DE LAS TICS EN EL ESTATUTO Y LA DUDOSA ATRIBUCIÓN DE COMPETENCIA “EXCLUSIVA”	191
V. LA NATURALEZA Y EL ALCANCE DEL DERECHO DE ACCESO A LAS TICS EN EL ESTATUTO SIGUIENDO LA SENTENCIA 247/2007 DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	192
VI. PARA CONCLUIR: A LA ESPERA DE UNA FUTURA REGULACIÓN DE DESARROLLO DE ESTE DERECHO.....	194

I. El acceso a las TICs en la Comunidad Valenciana

Los datos más recientes¹ señalan que en España, los conectados a internet son el 63,3% (38,7% en 2006), ocupando un lugar medio en la Unión Europea ampliada a 27 (59 %) frente a países como Holanda (90%) o Noruega (87,7%).

Y cabe señalar que en España², sigue creciendo el número de usuarios de Internet (un 11,3% en 2008). El 56,7% de la población de 16 a 74 años ha utilizado Internet en los tres últimos meses, siendo ya 24 millones de internautas. Los usuarios frecuentes (a diario o al menos una vez por semana) son el 86,7% del total de internautas, esto es, uno 17 millones de personas. Uno 8 millones son, además usuarios avanzados, *heavy users*³.

En la Comunidad Valenciana⁴, los hogares conectados a Internet han aumentando más de un 30% desde 2004,

hasta el punto de que casi un 40% de los hogares valencianos están online. La cifra de hogares conectados a Internet a través de banda ancha en la Comunitat Valenciana a finales del 2007 ascendía al 93,1%, así se supera la media nacional y europea con un aumento del 47,8% (de 2004 a 2007). El uso preferido es el doméstico (46,4%),seguido de cerca por el de ocio (43,8%).

En el ámbito empresarial, los resultados varían según número de empleados: 4 de cada 5 microempresas (de 1 a 9 empleados) (84,0%) poseen ordenadores para el desarrollo de sus funciones. Se llega al 99,2% respecto de las de 10 y más empleados. Ya por cuanto internet, un 87,9% de las microempresas y un 98,4% de las más grandes .

Por cuanto al uso de la Red, en general Internet y el correo electrónico son empleados en el trabajo cotidiano (un 67,21% de los empleados de las empresas más pequeñas utiliza Internet y un 66,12% utiliza el correo electrónico). Un 42,8% de micropymes conectadas cuentan con página Web y un 71,6% de las empresas grandes.

¹ Febrero de 2009, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

² Al respecto, cabe seguir los anuales informes de la sociedad de la información de la Fundación Telefónica, disponibles todos en http://info.telefonica.es/sociedaddelainformacion/html/informes_home.shtml

En concreto, en FUNDACIÓN TELEFÓNICA, *La Sociedad de la Información en España. Informe 2008*, Ariel, Barcelona, 2008.

³ Así, en especial, capítulo 4. Un 29% de los internautas son "heavy users", pág. 159.

http://e-libros.fundacion.telefonica.com/sie08/aplicacion_sie/ParteA/pdf/Cap.04.pdf

⁴ Se sigue el *Informe 2008*, capítulo 14, págs. 402-412. Informe elaborado sobre la base de los Infobarómetros realizados por la Fundación Oficina Valenciana para la Sociedad de la Información (FOVSI) (www.ovsi.com).

II. El derecho de acceso a las TICs en perspectiva mundial y su naturaleza constitucional

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho a la comunicación (*ius communicationis*, los “*Communication Rights*”⁵) de naturaleza constitucional o casi-constitucional⁶. Esta tendencia se observa en muchos documentos –no jurídicos- de la construcción mundial de la Sociedad de la Información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.)⁷ También resulta de interés partir del artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que en su artículo 19 se afirma que:

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

Y este derecho puede interpretarse en clave de la sociedad de la información, así en documentos más recientes del ámbito de Naciones Unidas⁸, como la Declaración de Ginebra de la ONU. En los mismos se vincula con claridad este derecho con el acceso⁹ a la sociedad de la información y se afirma el “derecho de acceso como acceso universal”¹⁰.

⁵ Existe incluso una iniciativa civil, el Foro Mundial de Derechos de la Comunicación, con URL propia: www.communicationrights.org, que presentó su declaración en la Cumbre de Ginebra en 2003.

⁶ Al respecto, CORREDOIRA ALONSO, Loreto, “Lectura de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en el paradigma de la nueva Sociedad de la Información. Estudio específico del artículo 19, en COTINO HUESO, Lorenzo, *Libertad en internet. La red y las libertades de expresión e información*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁷ Al respecto, por todos y accesible en la red a texto completo, “La Administración y Gobierno electrónicos en los documentos institucionales básicos de la sociedad de la información”, en *Actas del XVII Congreso de Derecho e informática*, Universidad de Comillas, U. Comillas-Instituto de Informática Jurídica, Madrid, 2003, págs. 257-289.

⁸ *Declaración de Ginebra*, 2003, Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información; *Declaración de Principios* de la Segunda Fase de esta Cumbre, celebrada en Túnez en Noviembre de 2005, conocida como Compromiso de Túnez, que incluye un *Plan de Acción sobre la Sociedad de la Información*.

⁹ Así, los países miembros proclaman: “*Reafirmamos como fundamento esencial de la Sociedad de la Información, según se estipula en el Artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos el derecho a la libertad de opinión y de expresión (..)*.”

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

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

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

[...]

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

En España no han sobrado proclamaciones de este derecho de acceso. Así, sin valor jurídico la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*¹¹:

“1.- 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.”

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

De una parte, no hay que olvidar que el reconocimiento de un principio o una dimensión objetiva sobre la base de un derecho constitucional puede tener un efecto en negativo, una especial incidencia para los derechos fundamentales desde el ángulo inverso, como posible fundamentación de restricciones al contenido de otros derechos que queden afectados o limitados. Pensemos por ejemplo el derecho de propiedad o la libre empresa ante la exigencias e imposiciones en la prestación de servicios de telecomunicaciones, condiciones de autorización de servicios, imposición de exigencias sobre propietarios, empresas, etc. Todo ello, por ejemplo, en favor de la implantación de políticas de universalización del acceso a internet, de extensión territorial o social de servicios, etc.. También, por ejemplo, ello puede suceder por cuanto posibles restricciones a

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

¹⁰ “Apartado 3) Acceso a la información y al conocimiento

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

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

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

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

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

¹¹ Aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999, en www.senado.es/solotexto/comredinf/conclusiones.htm (21/2/2009)

algunos derechos vinculados a la vida privada, mayormente limitados por un mayor y mejor acceso a la información).

Como a continuación se expone, este derecho de acceso a las TICs puede formar parte esencialmente de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, como el derecho a recibir información. En todo caso, puede afirmarse que también cuenta con un componente de derecho fundamental subjetivo. Así se explica que la restricción del acceso a las TICs parezca ser consideradas como limitaciones a un derecho fundamental que, entre otras garantías, requieren de autorización judicial. En este sentido, las propuestas contra la piratería de restricción de acceso a los servicios de internet han sido consideradas como muestras de "censura" en internet. Ejemplo de las mismas lo son la debatida ley francesa de protección de la creación en Internet, que prevé la suspensión de la conexión a la red de los abonados que se descarguen archivos ilícitamente¹². Otros países parecen idear sistemas semejantes¹³. En la Unión Europea se debate en 2009 si la desconexión a la red requiere de una autorización judicial, y así parece considerarse¹⁴.

En cierto paralelismo, en la sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional sobre el uso sindical de los medios electrónicos y tecnológicos de la empresa, se discierne entre el contenido esencial del derecho, los derechos y facultades adicionales fijados por regulación de desarrollo¹⁵ y los

¹² Se regula la creación de una autoridad independiente (Alta Autoridad para la Difusión de Obras y la Protección de Derechos en Internet) que puede sancionar al usuario con la suspensión del abono para los "reincidentes" entre dos y doce meses, tras haberle advertido por carta en dos ocasiones. Además, se obligaría al internauta a pagar su conexión a internet durante el periodo de sanción. En una primera votación fue rechazada la medida (en un hemiciclo casi vacío que cuenta con 577 escaños, 15 diputados se pronunciaron a favor del texto mientras que 21 votaron en contra). El hecho se consideró como una victoria de los internautas.

¹³ En Reino Unido se habla de una futura regulación por la que los internautas sospechosos de descargas ilegales en razón de su trasiego de datos, recibirán un aviso en cuanto sean sorprendidos por primera vez, serán suspendidos por algún tiempo a la segunda ocasión y, si vuelven a reincidir, se quedarán sin conexión.

¹⁴ En mayo 2009, contra todo pronóstico, 'in extremis', la Eurocámara no ha aprobado la enmienda que preveía la desconexión de la Red los navegantes sin esperar a que un juez lo ordene cuando "la seguridad pública se vea amenazada", una enmienda que, sin embargo, prohibía "restricción alguna a los derechos y libertades fundamentales sin una resolución previa de las autoridades judiciales".

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

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

La referencia en *El Mundo*, en

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

la referencia al "Paquete de telecomunicaciones"

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

¹⁵ "[L]os sindicatos pueden ostentar derechos o facultades *adicionales*, atribuidos por normas legales o por convenios colectivos, que se añaden a aquel núcleo mínimo e indisponible de la libertad sindical. [...] de creación infraconstitucional y deben ser ejercitados en el marco de su regulación, pudiendo ser alterados o suprimidos por la norma legal o convencional que los establece". (FJ 3º)

derechos de concesión unilateral del empresario¹⁶. El acceso a la red queda como contenido adicional a un derechos fundamentales. Es más, las barreras al correo electrónico a los trabajadores –con motivación antisindical- puede llegar a suponer una lesión de la libertad sindical. Las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”¹⁷. Ahora bien, si la tecnología está implantada en la empresa –hecho constatable-, se centra el debate en “la facultad del empleador de impedir un uso sindical útil para la función representativa en la empresa una vez que el sistema está creado y en funcionamiento” (FJ 6º). Sobre estos términos, el Tribunal señala que la resistencia al uso de las TICs del empresario para la información sindical, necesita “justificación en razones productivas o en la legítima oposición a asumir obligaciones específicas y gravosas no impuestas al empresario” (FJ 7º).

De otra parte, más allá de ser un derecho subjetivo, se haría referencia a la dimensión objetiva del derecho fundamental de los mencionados, en especial, a recibir información¹⁸, aunque, según el contexto, el derecho a la educación. En

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

¹⁷ FJ 5º: “que la obligación del empresario de permitir la comunicación entre el sindicato y los trabajadores mediante la utilización de su sistema interno de correo electrónico no nace de una lectura actualizada de la norma legal del art. 8.2 LOLS”.

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

“No cabe entender, consecuentemente, que exista una obligación legal de facilitar la transmisión de información sindical a los trabajadores, afiliados o no, a través de un sistema de correo electrónico con cargo al empleador. Las empresas, dicho en otras palabras, no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical.”

¹⁸ A mi juicio, en general, de esta dimensión se deriva:

-Un deber de actuación a favor de la eficacia del derecho se traduce en la creación de instituciones o institutos específicos de protección del derechos fundamentales (dimensión “institucional” en palabras del Tribunal Constitucional).

-Una proyección en el resto del ordenamiento jurídico (dimensión referida en ocasiones como de carácter “axiológico”, en otras, con mayor imprecisión, como dimensión “positiva”, en otros casos se

esta dirección, cabe mencionar la sentencia 140/2002, de 3 junio del Tribunal Constitucional afirmó que “Desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo”. En todo caso una restricción de su uso era un límite, pero no se privaba la posibilidad de usarlo, lo cual se entiende como una “modulación del derecho a la educación”¹⁹.

Y respecto de esta dimensión objetiva, positiva, institucional, la concurrencia estatal-autonómica es bastante más factible –también con límites-. Todo ello, hay que subrayar, en términos de gradación de los márgenes de actuación autonómica según el tipo de derecho de que se trate²⁰. Así, ahí donde tiene sentido, a mi juicio, el reconocimiento estatutario de algunos “derechos”. Dicho reconocimiento puede tener una “dimensión institucional” que constituyen los institutos o entes de garantía de este derecho -en palabras del Tribunal Constitucional²¹. De este modo, entramados organizacionales pueden colaborar a hacer efectivo el derecho. Asimismo, en razón de la dimensión objetiva el derecho

describe como “efecto irradiante” o por medio de la consideración de los derechos como “principios” del ordenamiento jurídico).

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

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

¹⁹ La sentencia 140/2002, de 3 junio del Tribunal Constitucional afirmó que “Desde luego, no puede desconocerse la relevancia que la utilización de medios informáticos tiene hoy en el ámbito educativo, pero esto no autoriza a alterar las reglas de la «vida del establecimiento» y que tienen por finalidad mantener el buen orden y adecuado desarrollo de aquélla, en lo que ahora importa, en materia de ordenadores -art. 129.2 RP-, para los que las normas de régimen interior, ciertamente de un alcance territorial general, establecen la necesidad de depositarlos en la Sala de Informática o en los lugares habilitados al efecto.

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

²⁰ Así, considero que el criterio adecuado es discernir entre la dimensión subjetiva y la objetiva en tanto *gradualmente* cabe más margen de actuación normativa y de adopción de políticas públicas a las Comunidades Autónomas en el ámbito de la dimensión objetiva y, también en el ámbito prestacional concreto del derecho. Asimismo, se ha observado que cuando se trata de un derecho fundamental (arts. 15-38), y más fundamental sea éste (arts. 15-30) las condiciones básicas reservadas al Estado (art. 149. 1. 1ª CE) son más expansivas a favor de éste y, por ende, más se restringe el margen permitido de actuación a la Comunidad Autónoma (CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del Derecho comunitario*, CEPC, Madrid, 2001, págs. 202 y 206).

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

en cuestión tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento jurídico y, por ende, en el ordenamiento jurídico de la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias. También, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho, cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como “prestacional”²².

III. El reconocimiento del derecho para la Comunidad Valenciana

Recientemente el acceso a las TICs ha tenido acogida en algunos Estatutos de autonomía²³. De hecho, quien suscribe propuso la recepción del derecho a la protección de datos en los Estatutos²⁴. Finalmente sólo el Estatuto valenciano, entre los reformados, no incluyó referencia alguna a la protección de datos²⁵. Y con aquel motivo, también propuse un reconocimiento del acceso a la sociedad de la información²⁶. El acceso a las nuevas tecnologías se regula en el Estatuto

²² Sobre esta dimensión prestacional de un derecho fundamental, aspecto usualmente descuidado en la doctrina, y en conexión con las Comunidades Autónomas, cabe remitirse específicamente a CABELLOS ESPIÉRREZ, Miguel Ángel, *Distribución competencial...* cit. págs. 201 y ss. y AGUADO RENEDO, César, *El Estatuto de autonomía y su posición en el ordenamiento jurídico*, CEC, Madrid, 1996, págs. 360 y ss.

²³ TORRES LÓPEZ, María Asunción, “Acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación”, en BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros (coords.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, págs. 375-386. Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2008.

²⁴ Al respecto, pueden seguirse mis estudios, “La posible recepción de la protección de datos personales en los estatutos de autonomía”, en Antonio Troncoso Reigada (coord.), *Estudios sobre comunidades autónomas y protección de datos personales: II Encuentro entre Agencias Autonómicas de Protección de Datos Personales*, Thompson-Aranzadi, Madrid, 2006, págs. 163-201; “Una propuesta de reconocimiento de la protección de datos personales en los Estatutos de Autonomía”, en Revista Digital *datospersonales.org* Nº. 18, 2005, la Agencia de Protección de Datos de la Comunidad de Madrid y “Protección de datos personales, Sociedad de la información y reforma del Estatuto de Autonomía” en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, número extraordinario sobre la reforma del Estatuto,” en *Corts. Anuario de Derecho Parlamentario*, Nº. 16, 2005, págs. 195-228.

²⁵ Una recopilación de tal recepción en el trabajo de CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Derecho a la protección de datos personales”, BALAGUER CALLEJÓN, Francisco y otros (coords.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, cit. págs. 321-333.

²⁶ Así lo recogí en los mencionados estudios:

“Artículo --. Desarrollo de la Sociedad de la Información

“La Comunidad Valenciana, consciente de la importancia estratégica, social y económica de la Sociedad de la información y del conocimiento y de las tecnologías de la información y de la comunicación tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, promoverá las políticas y adoptará las medidas necesarias para asegurar su adecuado desarrollo.

En el marco del artículo 18 de la Constitución así como de la normativa supranacional que reconoce el derecho de protección de datos personales, la Comunidad Valenciana podrá desarrollar la legislación y establecer los elementos de ejecución a fin de contribuir a una elevada y eficaz garantía de este derecho en su territorio. Tanto la actividad de control, cuanto las actividades de asistencia y apoyo a los sectores público y privado de la Comunidad podrán resultar medios idóneos a tal fin.

El control y garantía de la protección de datos personales podrá atribuirse por ley a una autoridad independiente.

Asimismo, los poderes públicos velarán por el efectivo respeto de los derechos de las personas, tanto como ciudadanos, administrados y consumidores ante el desarrollo

Andaluz . Ahí se hace referencia a la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento (art. 10. 3. 12^o²⁷) y, como “principio rector” en el artículo 34 “Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca.”²⁸ El artículo 29 del Estatuto balear regula el impulso del acceso a las nuevas tecnologías²⁹

No obstante, más allá de estas referencias más genéricas, ha destacado el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que contiene un reconocimiento del derecho de acceso a las nuevas tecnologías en su artículo 19. 2^o:

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

Este reconocimiento viene de la mano de un llamamiento a la acción de los poderes públicos para hacer efectivo el ejercicio igual, de calidad y no discriminatorio del mismo, eliminando todos los obstáculos o barreras (brecha digital) que impidan o dificulten su realización plena y efectiva a los ciudadanos y organizaciones en que se integra³⁰. Este derecho de acceso a la sociedad de la información y del conocimiento no sólo es la libertad de emitir y recibir información (que sí que es un derecho fundamental), sino que queda vinculado a elementos materiales y prestacionales como la consideración de internet como servicio universal, la garantía de puntos de acceso a internet por todos los sectores de la población, la garantía de la no discriminación en la implantación del gobierno y administración electrónicos (principio de igualdad), la necesidad de adopción de políticas de alfabetización digital, etc. Este derecho –difuso- lo sería a una plena integración en la Sociedad de la Información; al acceso a las nuevas tecnologías y a que la Administración competente desarrolle políticas activas en formación, infraestructuras y la utilización de las nuevas tecnologías³¹.

de la Sociedad de la información y del conocimiento dentro del marco de sus respectivas competencias.

A tal fin, se impulsarán políticas de integración y protección de todos los colectivos, entre otras medidas, a través de acciones formativas y de promoción del acceso, de lucha contra la discriminación en la implantación del gobierno electrónico, de protección del consumidor en estos contextos tecnológicos, así como potenciando la cohesión e integración social territorial de la Comunidad Valenciana”.

²⁷ “Artículo 10. Objetivos básicos de la Comunidad Autónoma. [...] 3. Para todo ello, la Comunidad Autónoma, en defensa del interés general, ejercerá sus poderes con los siguientes objetivos básicos: [...] 12.º La incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento.”

²⁸ Justo este derecho es el único bajo la rúbrica “Capítulo III Principios rectores de las políticas públicas”.

²⁹ En el Título II. De los derechos, los deberes y las libertades de los ciudadanos de las Illes Balears, el artículo 29 “Nuevas tecnologías y sociedad de la información: En el ámbito de sus competencias, los poderes públicos de las Illes Balears impulsarán el acceso a las nuevas tecnologías, a la plena integración en la sociedad de la información y a la incorporación de los procesos de innovación.”

³⁰ Artículo 9 de la Constitución Española y 8.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

³¹ Al respecto se hace referencia a un borrador –no desarrollado- de proyecto de ley valenciano, reguladora del derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías, y de impulso de la sociedad del conocimiento en la comunitat valenciana, al cual ha tenido acceso el autor.

IV. Otras regulaciones de las TICs en el Estatuto y la dudosa atribución de competencia “exclusiva”

El Estatuto valenciano se acompaña de otras proclamaciones y disposiciones competenciales y materiales para el desarrollo de tal derecho. Así, cabe mencionar:

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

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

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

En todo caso, de mayor relevancia jurídica es la competencia reconocida en el artículo 49. 3. 16ª, como “competencia exclusiva, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 149 de la Constitución y, en su caso, de las bases y ordenación de la actividad económica general del Estado”, en concreto, sobre “Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento”.

El derecho de acceso se correlaciona básicamente con esta competencia, puesto que al ejercerla el legislador y los poderes públicos quedan sometidos al mandato que supone este derecho. Y en este punto, como ya señalé en el proceso estatutario³²:

“no puedo menos que mostrar mis dudas respecto de la asunción de la competencia exclusiva del la Comunidad Valenciana en “Régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento” (art. 49. 2º. 17ª). Esta competencia bien puede dotar de legitimidad a muchas actuaciones políticas autonómicas necesarias y hoy día de dudoso sustento competencial. No obstante, no es en modo alguno sencillo cuál puede ser el alcance de esta competencia [...] A la vista de estos conceptos [sociedad de la información y del conocimiento], creo bien difícil determinar cuáles son las tecnologías relacionadas con los mismos cuyo “régimen” pasa a ser competencia valenciana.

Más difícil todavía será conjugar esta nueva competencia valenciana con las competencias exclusivas estatales. Según se interprete este título competencial, podrían generarse conflictos con las competencias exclusivas del Estado enunciadas en los números 6º, 7º, 8º, 9º, 10º, 13º, 15º o 18º del artículo 149. 1º. 1ª CE. Mayores conflictividad y dudas se suscitaría, en todo caso, respecto de las competencias exclusivas de los

³² Así, en diversos de mis trabajos mencionados, como “Una propuesta de reconocimiento de la protección de datos”, cit.

números 21º (régimen general de comunicaciones y telecomunicaciones)y 27º (todos los medios de comunicación social)³³“.

Lo cierto es que esta sorpresa y dudas han sido confirmadas por quien más se ha dedicado a las TICs desde la perspectiva competencial, como es Bernadí³⁴.

V. La naturaleza y el alcance del derecho de acceso a las TICs en el Estatuto siguiendo la sentencia 247/2007 del Tribunal Constitucional

La Sentencia 247/2007, de 12 de diciembre, del Tribunal Constitucional, resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra la reforma de la Ley Orgánica 5/1982, de 1 de julio, de Estatuto de Autonomía de la Comunidad Valenciana, con relación a su artículo 17. 1º. Este precepto reconoce el derecho al abastecimiento de agua de calidad. Dicha sentencia analiza determinados aspectos generales en materia estatutaria³⁵ y, por lo que aquí interesa, la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos. Lo que se afirma respecto de aquel derecho bien vale para el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías.

³³ “21.ª Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación.”

“27.ª Normas básicas del régimen de prensa, radio y televisión y, en general, de todos los medios de comunicación social, sin perjuicio de las facultades que en su desarrollo y ejecución correspondan a las Comunidades Autónomas.”

Al respecto, puede seguirse, Al respecto, por todos, PÉREZ GRANDE, Miguel Ángel, “El reparto competencial en materia de telecomunicaciones y medios de comunicación social: un examen de la cuestión desde la perspectiva de la jurisprudencia constitucional”, en *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, nº 11, septiembrediciembre de 2001. Entre otras, cabe remitir a las sentencias 198/1993, de 27 de mayo o la 127/1994 de 5 de mayo.

³⁴ Se trata del autor que más y mejor atención ha presentado al fenómeno tecnológico desde la perspectiva competencial. Así, previo al Estatuto valenciano, “Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica”, en *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 1, (2005) o *La incidencia d'Internet sobre la distribució de competències*, Universitat Pompeu Fabra, Barcelona, 2004. Muestra ya su sorpresa respecto de la regulación valenciana en BERNADÍ GIL, Xavier, (ed.), *Administracions públiques i Internet*, Fundació Carles Pi y Sunyer, Barcelona, 2006 y en “Cap a l'Estat autonòmic electrònic: les TIC en la reforma estatutària i en la nova legislació bàsica estatal”, en *Revista catalana de dret públic*, nº. 35, 2007 (Ejemplar dedicado a: La incidencia de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en el derecho público: ¿evolución o transformación?), págs. 281-306.

³⁵ a) Los principios estructurales contenidos en nuestra Constitución acerca de la organización territorial del Estado.

b) La posición y función de los Estatutos de Autonomía en nuestro sistema constitucional de fuentes.

c) La delimitación general de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas.

d) El contenido constitucionalmente lícito de los Estatutos de Autonomía.

e) La posibilidad de que los Estatutos de Autonomía regulen derechos de los ciudadanos.

Como premisa, el Alto Tribunal señala que los principios de unidad, autonomía, solidaridad e igualdad no imponen una uniformidad absoluta que excluya diferenciaciones según el tipo de derecho de que se trate y la competencia en juego³⁶. Se afirma también “la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos”³⁷. Ahora bien, pese a su apariencia, se requiere que haya competencia estatutaria en la materia y, además, y pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables³⁸. Por ello, “no se trata de derechos subjetivos, directrices, objetivos o mandatos a los poderes públicos autonómicos [...] cualquiera que sea la literalidad con la que se expresen en los estatutos”³⁹.

El artículo polémico que “no enuncia un derecho ya regulado en la Constitución”, se trata de un derecho que se integra en el título II del Estatuto valenciano “De los derechos de los valencianos y valencianas”, si bien, “en su condición de ciudadanos españoles y europeos”. Y, como podemos considerar respecto del derecho de acceso, se admite la constitucionalidad por cuanto⁴⁰:

- “se relaciona con diversas atribuciones competenciales recogidas en el propio Estatuto”;
- no “colisiona con ningún derecho o principio rector contenido en la Constitución”;

³⁶ El Tribunal Constitucional recuerda que en razón “la relación existente entre los principios de unidad, autonomía, solidaridad e igualdad, debemos plantearnos si el principio de igualdad, que se proyecta en la esfera de la ciudadanía, constituye un límite infranqueable para que los Estatutos de Autonomía contengan declaraciones o enunciados de derechos por conllevar la vulneración de los arts. 139.1 y 149.1.1 CE.” (FJ 13º). Y al respecto, se afirma que “el art. 139.1 CE no contempla una uniformidad absoluta del régimen de los derechos constitucionales en todo el territorio nacional, sino un principio de igualdad sustancial susceptible de modulaciones diferenciadas en mayor o menor grado en las Comunidades Autónomas, según el tipo de derecho de que se trate y el reparto competencial en la materia implicada.” FJ 13º El “art. 139.1 CE no contiene un principio que imponga la uniformidad absoluta respecto de los derechos constitucionales propiamente dichos” (FJ 14º).

³⁷ FJ 15º.

³⁸ En todo caso, lo relevante es que dichos mandatos deberán estar conectados con una materia atribuida como competencia por el Estatuto y que, aunque vinculen efectivamente a los poderes públicos de la Comunidad Autónoma, necesitarán para adquirir plena eficacia del ejercicio por el legislador autonómico de la competencia normativa que le es propia, de manera que el principio o derecho enunciado carecerá de justiciabilidad directa hasta que se concrete, efectivamente, su régimen jurídico, pues sólo entonces se configurarán los consiguientes derechos subjetivos de los ciudadanos, al integrarse por dicho legislador las prescripciones constitucionales que han de ser necesariamente salvaguardadas (arts. 81.1 y 149.1 CE).” (FJ 15º).

³⁹ FJ 15º : “En conclusión, los Estatutos de Autonomía, que en el ámbito institucional del contenido estatutario pueden establecer derechos subjetivos por sí mismos, en el ámbito de atribución competencial requieren de la colaboración del legislador autonómico, de tal manera que las prescripciones estatutarias relativas a este último ámbito, cualquiera que sea el modo literal en que se enuncien, han de entenderse, según antes se acaba de decir, como mandatos, orientaciones u objetivos, dirigidos a los poderes públicos autonómicos para el ejercicio de competencias que el Estatuto atribuya.”

⁴⁰ FJ 20º.

- “no establece ningún derecho subjetivo” dado que, en razón del artículo 10. 2 del Estatuto, queda condicionado a su desarrollo “mediante una Ley de Les Corts se elaborará la Carta de Derechos Sociales de la Comunitat Valenciana” Así, “no vincula la función legislativa del Estado, que podrá ejercerla sin condicionamiento alguno”.

- “constituye un objetivo marcado a los poderes públicos valencianos, lo que sitúa al precepto estatutario recurrido en el ámbito del Estado social y democrático de Derecho previsto en la Constitución (art. 1.1);

- de dicho precepto, “no se desprende que haya de producirse ningún privilegio económico o social para la Comunidad Valenciana”.

El Tribunal, de otra parte y también con interés para el derecho de acceso aquí abordado, señala que no cabe afirmar el apoyo internacional del artículo 10. 2 CE: “el mandato del art. 10.2 CE se refiere a los derechos constitucionales”, y porque los principios rectores del Capítulo III “no pueden entenderse comprendidos entre “los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”, a que nos remite el art. 10.2 CE”⁴¹. Y ello es así, “aun admitiendo que podamos estar ante un derecho emergente de tercera generación, es claro que en el momento actual su incipiente gestación se refleja en instrumentos internacionales que no requieren de manifestación expresa de la voluntad de los Estados, por lo que no puede hablarse de la asunción de compromisos concretos al respecto por parte de España”.⁴²

VI. Para concluir: a la espera de una futura regulación de desarrollo de este derecho

No procede glosar ahora la regulación europea y estatal vinculada al acceso a las TICs, ni siquiera la ya muy amplia regulación en la Comunidad Valenciana⁴³.

⁴¹ FJ 20º

⁴² FJ 20º

⁴³ En este sentido, pueden destacarse la creación del Ente Prestador de Servicios de Certificación Electrónica de la Comunitat Valenciana por Ley 14/2005, de 23 de diciembre. La creación del Consejo Asesor de Telecomunicaciones y para la Sociedad Tecnológica y del Conocimiento por Ley 10/2006, de 26 de diciembre. El Decreto 96/1998, de 6 de julio, del Gobierno Valenciano, por el que se regulan la organización de la función informática, la utilización de los sistemas de información y el Registro de Ficheros Informatizados en el ámbito de la administración de la Generalitat Valenciana; el Decreto 87/2002, de 30 de mayo, del Gobierno Valenciano, por el que se regula la utilización de la firma electrónica avanzada en la generalitat valenciana; Decreto 18/2004, de 13 de febrero, del Consell de la Generalitat, de creación del registro telemático de la generalitat y regulación de las notificaciones telemáticas de la Generalitat; el Decreto 37/2004, de 5 de marzo, del Consell de la Generalitat, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para la Coordinación de la Política de Seguridad de los Sistemas de Información de la Generalitat (COIPSE); El Decreto 5/2005, de 14 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para el Desarrollo de la Sociedad Tecnológica y del Conocimiento (CIDESTEC); el Decreto 6/2005, de 14 de enero, del Consell de la Generalitat, por el que se crea la Comisión Interdepartamental para el Desarrollo de las Infraestructuras y Redes de Telecomunicaciones (CIDIRTEL); el Decreto 98/2005, de 20 de mayo, del Consell de la Generalitat, por el que se regula un registro de representaciones de carácter voluntario

Entre las propuestas *durmientes* de regulación está la creación del un Defensor del Usuario de las Tecnologías de la Información, algo de lo que se habló a la vez tanto a nivel estatal cuanto valenciano.⁴⁴ Desde finales de 2007 se maneja un texto avanzado de Ley de administración electrónica⁴⁵. Por lo que se sabe, aunque lenta, su tramitación sigue. Asimismo, se ha tenido noticia del borrador de una ley reguladora del derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías, y de impulso de la sociedad del conocimiento en la comunitat valenciana. En la misma se regularía el derecho de acceso y régimen de las nuevas tecnologías y diversas cuestiones como los estándares tecnológicos, la seguridad TIC, el Fomento de Redes de Seguridad Informática y de Centros Especializados de Respuesta ante Incidentes de Seguridad TIC; el CSIRT de la Comunitat Valenciana; Fomento de la I+D+I en seguridad TIC; Dominios (uso por GVA y .Eva); la creación de la Agencia de Technologies de la Información i la Comunicación de la Generalitat (AGENTIC); el impulso de la sociedad del conocimiento en la Comunitat Valenciana y los planes estratégicos de impulso de la Sociedad del Conocimiento; de los planes educativos y de formación en TIC y el Plan Valenciano de I+D+I en TIC. No obstante no se ha vuelto a tener noticia de esta norma cuyo texto no estaba desarrollado, salvo quizá, por cuanto a los contenidos del derecho de acceso a las TICs. Según un primer borrador de desarrollo al que se ha tenido acceso, el contenido de este derecho sería:

- derecho a la formación permanente en TIC,
- derecho a la información sobre beneficios, ventajas, posibles perjuicios y riesgos, y oportunidades de las TIC,
- derecho de acceso e interlocución electrónica,
- derecho a un acceso de calidad a Internet,
- derecho a la protección electrónica eficaz contra contenidos discriminatorios, vejatorios, violentos, xenófobos, o que supongan abuso de posición, fuerza o poder, y, en general que exalten valores que atenten a la dignidad humana o a la convivencia sobre principios democráticos
- derecho a una accesibilidad eficiente
- derecho al trilingüismo
- derecho a una publicidad fiel, clara, completa, actualizada sobre los bienes y servicios de naturaleza tecnológica TIC, y en cualquiera de las lenguas de la Comunidad
- derecho a unas infraestructuras de comunicaciones electrónicas que permitan el uso de calidad de cualquier dispositivo o terminal TIC en cualquier lugar

ante la Generalitat para la realización de trámites por vía telemática; el Decreto 165/2006, de 3 de noviembre, del Consell, por el que se regulan las quejas y sugerencias en el ámbito de la administración y las organizaciones de la Generalitat.

⁴⁴ Se siguen noticias de 25 de mayo de 2004, respecto del anuncio por el Ministerio de Industria, y de 19 de agosto del mismo año para la Comunidad Valenciana.

⁴⁵ Quien suscribe ha tenido la suerte de participar. Se trata de un muy amplio texto –un tercio más amplio que la propia Ley 30/1992-

- derecho a obtener ayudas para el ejercicio de los derechos descritos, y a exigir de los poderes públicos una actuación que evite o elimine cualquier tipo de brecha o discriminación digital, etc.

Habrá que seguir la legislación valenciana de desarrollo que vaya dotando de contenido a este nuevo derecho estatutario. Como se ha dicho, la existencia del mismo –hoy por hoy- se hace depender para el Tribunal Constitucional del desarrollo que los normadores y poderes públicos valencianos vayan determinando.