

Las obligaciones del Estado: el nuevo derecho fundamental de acceso a internet y las garantías a partir de la redefinición de las clásicas libertades informativas

Versión previa a las pruebas de imprenta

Publicado finalmente en

Autores Varios, *La responsabilidad del Estado por la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC)*, Universidad Católica de Colombia, Bogotá, 2015, págs. 51-94. ISBN: 9789588465685 [web](#)

Lorenzo Cotino Hueso*

Catedrático (acreditado) de Derecho Constitucional

Universidad de Valencia (España) - Universidad Católica de Colombia

Sumario:

I. CONCEPTOS, VINCULACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS CON INTERNET Y EL GRADO DE ACCESO	3
1. ALGUNAS DEFINICIONES	3
2. LAS DOS FACETAS EN EL NEXO INTERNET Y DERECHOS HUMANOS	5
3. LA MAGNITUD DEL ACCESO A INTERNET	7
II. LA CONFORMACIÓN JURÍDICA DEL ACCESO INTERNET Y SU DIMENSIÓN PRESTACIONAL COMO NUEVO DERECHO FUNDAMENTAL	10
1. EL ACCESO A INTERNET COMO DIMENSIÓN POSITIVA DE OTROS DERECHOS FUNDAMENTALES Y SU POTENCIAL EFECTO JURÍDICO NEGATIVO	10
2. UN DERECHO PRESTACIONAL EN ESTADO “LARVARIO” EN SU RECONOCIMIENTO INTERNACIONAL ..	13
3. EL EVOLUTIVO RECONOCIMIENTO COMPARADO DEL DERECHO DE ACCESO A INTERNET HASTA LLEGAR A SER ALGO “ESENCIAL” PARA LA VIDA	18
4. EL RECONOCIMIENTO AUTONÓMICO Y ESTATUTARIO DEL ACCESO A INTERNET EN ESPAÑA	21
5. EL ACCESO A INTERNET EN CONCRETO EL ÁMBITO LABORAL Y SU POSIBLE CONTROL TOTAL POR EL EMPRESARIO.....	26
III. LA “VIEJA” LIBERTAD DE EXPRESIÓN E INFORMACIÓN Y SUS GARANTÍAS FRENTE AL CIERRE DE WEBS, AL CORTE DE ACCESO O FRENTE AL FILTRADO DE CONTENIDOS EN INTERNET	29
1. LA FORJA DE LAS GARANTÍAS JUDICIALES FRENTE AL CORTE O RESTRICCIÓN DE INTERNET Y LOS MANDATOS DIRIGIDOS A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE INTERNET.....	30
2. LA CONFORMACIÓN DE LAS GARANTÍAS DE INTERNET EN EUROPA	30
3. LA CONFORMACIÓN DE LAS GARANTÍAS FRENTE AL CIERRE DE INTERNET EN ESPAÑA.....	34
IV. EL DERECHO DE ACCESO Y LA GARANTÍA DE LA NEUTRALIDAD DE LA RED.....	36

* www.cotino.es (ahí puede accederse al texto completo de muchas publicaciones). Es coordinador de la Red de especialistas en Derecho de las Nuevas Tecnologías de la Información y Comunicación, www.derechotics.com. El presente estudio se realiza en el marco del proyecto de investigación “La responsabilidad del Estado por la utilización de las administraciones públicas de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (TIC)”, Grupo de Investigación G-TICCY, Universidad Católica de Colombia y del Proyecto MINECO “Régimen jurídico constitucional del Gobierno 2.0-Open government. Participación y transparencia electrónicas y uso de las redes sociales por los poderes públicos” (DER2012-37844).

**V. UNA PROPUESTA: LA ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL A LOS
PRESTADORES DE SERVICIOS QUE PERMITEN LA COMUNICACIÓN PÚBLICA
ELECTRÓNICA ESENCIAL PARA LA DEMOCRACIA MODERNA 41**

**VI. LA NO DISCRIMINACIÓN EN LA IMPLANTACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN
ELECTRÓNICA Y LAS OBLIGACIONES DE RELACIONARSE EXCLUSIVAMENTE POR
MEDIOS ELECTRÓNICOS..... 44**

I. Conceptos, vinculación de los derechos humanos con internet y el grado de acceso

1. Algunas definiciones

Difiere la terminología¹ que se emplea para referirnos a la idea de la sociedad de la información, la sociedad del conocimiento, sociedad informacional, sociedad postindustrial, sociedad digital, ciberespacio, sociedad red, las TICs, las nuevas tecnologías. Aunque no de forma exclusiva, lo cierto es que cuando se hacen estas referencias permanece en el núcleo del pensamiento lo que es su exponente básico: la red de redes, internet.

El concepto de TICs nace a finales de los años 70, consolidándose en los 80, adelantando el proceso de convergencia tecnológica de los tres ámbitos, la electrónica, la informática, las telecomunicaciones en las TIC que se producirá en la década de los noventa. Con la noción se hace referencia a aquellas tecnologías que permiten la adquisición, almacenamiento, procesamiento y comunicación de datos en informaciones -textos, voz, imágenes,...etc.- contenidos en señales de naturaleza acústica, electromagnética u ópticas². Las TICs engloban las tecnologías nacidas de la convergencia de las Telecomunicaciones, la Informática (o Sistemas de Información) y el Audiovisual que permiten la adquisición, producción, almacenamiento, tratamiento, comunicación, registro y representación de datos e informaciones contenidos en señales de naturaleza acústica, óptica o electromagnética. Esta convergencia tiene un origen tecnológico (digitalización, microelectrónica, etc.) que ha provocado importantes efectos inducidos en el mercado, en la generación de nuevos servicios, en la regulación, etc.

Las fuerzas combinadas de la globalización de la economía, el cambio de paradigma socioeconómico, la introducción y de la liberalización y la competencia en la prestación de servicios de telecomunicaciones y el poder de

¹ Sobre estos conceptos puede seguirse de forma sencilla Fundación Telefónica, (2000) *Informe sobre la Sociedad de la Información en España*, <http://www.telefonica.es/sociedaddelainformacion/espana2000/pdfs/parte1.pdf> (2/2/2005).

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

penetración de las TICs nos sitúan en una nueva sociedad donde la producción, el tratamiento y la distribución de la información ocupa el lugar central³. De ahí que muy vinculado a las TICs es el concepto de sociedad de la información. El término cuenta con el precedente de Daniel Bell de “Sociedad postindustrial”⁴ si bien cuenta como uno de sus padres a Yoneji Masuda⁵

Manuel Castells en *La era de la información* define “sociedad de la información” como: “Un nuevo sistema tecnológico, económico y social. Una economía en la que el incremento de la productividad no depende del incremento cuantitativo de los factores de producción (capital, trabajo, recursos naturales), sino de la aplicación de conocimientos e información a la gestión, producción y distribución, tanto en los procesos como en los productos.” Como también se ha dicho, “Sociedad de la Información es una fase de desarrollo social caracterizada por la capacidad de sus miembros (ciudadanos, empresas y administración pública) para obtener y compartir cualquier información, instantáneamente, desde cualquier lugar y en la forma que se prefiera”⁶. Y como superación a esta noción, se hace referencia a la “sociedad del conocimiento”, fase que se alcanza cuando los datos y la información se integren en un marco que permite hacer un uso eficiente y eficaz del gran caudal de los mismos y generar conocimiento “ex novo”, lo cual requiere el proceso, análisis, clasificación, reflexión y asimilación de la información, convirtiéndola en acción mediante la toma de decisiones.

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

³ *Ibidem* pág. 14.

⁴ BELL, Daniel, *El advenimiento de la sociedad post-industrial*, Alianza Editorial, Madrid, 2001.

⁵ En 1968 publicó *Una introducción a la Sociedad de la Información*, Perikan-Sha, Tokio, 1968, precursor de su libro más conocido, *La Sociedad de la Información como sociedad post-industrial*, Institute for the Information Society, Tokio, 1980.

⁶ Así en PÉREZ MARTÍNEZ, Jorge, FEIJÓO GONZÁLEZ, Claudio y CASTEJÓN MARTÍN, Luis, “Las tecnologías de la información... cit.

Pese a que sus orígenes datan de 1969, su verdadera e incesante eclosión se da desde los años 90 con la World Wide Web (WWW, o “la Web”) que hizo sencillo el acceso a recursos de texto y multimedia. Desde 2004 y en especial en los últimos tiempos, la red gira en torno a la noción de la llamada “web 2. 0⁷” o web social participativa. Más que las diferentes tecnologías o mecanismos (*Wiki, Youtube, Facebook, Twitter, blogs, posts, etc.*) se trata de un fenómeno social, basado en diferentes ideas fuerza⁸ y actitudes: compartir, comunicación, participación, la web como plataforma, conversaciones, simplicidad, contenido generado por el usuario, periodismo ciudadano, filtrado colaborativo, reputación / confianza, redes sociales, remezclar, *software* social, movilidad, *creative commons*, computación social, recomendaciones, transparencia, inteligencia colectiva, etc. Frente a la web 1. 0 donde los usuarios se limitaban a la visualización pasiva de información que se les proporciona, un sitio Web 2. 0 destaca por la interacción del usuario con otros, aportar o modificar contenidos, más que consumidores de información los usuarios activos son *prosumers*⁹ de la misma¹⁰.

2. Las dos facetas en el nexo internet y derechos humanos

El acceso mismo a la red se perfila como contenido de uno o varios derechos humanos. En muy buena medida, las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (en adelante TIC) son un medio espléndido para

⁷ Definición en *Wikipedia* (2014) “El término Web 2. 0 (2004–actualidad) está comúnmente asociado con un fenómeno social, basado en la interacción que se logra a partir de diferentes aplicaciones en la web, que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario o D. C. U. y la colaboración en la World Wide Web. Ejemplos de la Web 2. 0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos, las *wikis, blogs, mashups y folcsonomías*. Un sitio Web 2. 0 permite a sus usuarios interactuar con otros usuarios o cambiar contenido del sitio web, en contraste a sitios web no-interactivos donde los usuarios se limitan a la visualización pasiva de información que se les proporciona. http://es.wikipedia.org/wiki/Web_2.0

⁸ Resulta muy recomendable seguir estas ideas fuerza en el “Mapa Visual de la Web 2. 0” <http://internality.com/web20/> (ult. Visita 2014)

⁹ Definición en *Wikipedia* (2014): “La palabra prosumidor, o también conocida como prosumer, es un acrónimo formado por la fusión original de las palabras en inglés producir (productor) y consumer (consumidor). Igualmente, se le asocia a la fusión de las palabras en inglés professional (profesional) y consumer (consumidor). <http://es.wikipedia.org/wiki/Prosumidor>

¹⁰ Bowman y Willis: *We Media. How audiences are shaping the future of news and information*, Thinking Paper of The Media Center, 2005. Fumero, Antonio y Roca, Genís y Sáez Vacas, Fernando (2007): *Web 2. 0*, Fundación Orange, Madrid.

el ejercicio de las libertades públicas, esencialmente a partir de las libertad de expresión e información. El Tribunal Supremo federal de EEUU en el asunto ACLU vs Reno de 1997¹¹, en una antológica sentencia se aplicó a internet la protección de la libertad de expresión en su estándar más elevado, similar a la prensa escrita, El ejercicio en la red de estas libertades informativas queda en muchas ocasiones conectado con el de otras libertades como la religiosa, de asociación y partidos políticos, sindicación, libertad de empresa, etc. Conocer los países que censuran internet en el mundo¹², es un buen termómetro para determinar el grado de democraticidad de los Estados. Así, se consideran “enemigos” de internet a Arabia Saudita, Birmania, China, Corea del Norte, Cuba, Egipto, Irán, Uzbekistán, Siria, Túnez, Turkmenistán y Vietnam, situándose bajo observación a Bahrein, Belarús, Corea del Sur, Emiratos Árabes Unidos, Eritrea, Malasia, Sri Lanka, Tailandia o Zimbabue. No obstante, países indudablemente democráticos como Australia o España han sido criticados en alguno de estos informes.

Como se señala en la interesante Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 por altas instituciones internacionales de libertad de expresión, incluyendo la ONU y la OEA¹³ (nº 6, a): “El acceso a internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.” En especial con la web 2.0 también los derechos de participación o políticos así como los derechos de los administrados (transparencia, buena administración), quedan potenciados por las TIC hacia continuas vías dentro de lo que generalmente se denomina *egovernment*, democracia electrónica o, últimamente, *open government*. Por cuanto a los diversos derechos sociales prestacionales, las tics tienen un enorme potencial para el derecho a la educación y el derecho de acceso a la cultura, por ejemplo. Asimismo, las TIC son instrumento indispensable para la prestación de servicios públicos electrónicos por el gobierno y administración electrónicos. En razón de lo dicho, a los poderes públicos en general les

¹¹ Texto e información en http://en.wikipedia.org/wiki/Reno_v._American_Civil_Liberties_Union

¹² Reporteros Sin Fronteras: *Enemigos de internet 2014*, informe anual, acceso en <http://www.rsfs.es/grandes-citas/dia-contra-censura-en-internet/>

¹³ <http://www.oas.org/es/cidh/expresion/showarticle.asp?artID=849&IID=2>

corresponde no poner trabas al ejercicio de las libertades y derechos de participación política en la red al tiempo de potenciar la prestación de servicios electrónicos por las administraciones. Es más, como más tarde se aprecia, esta conexidad del acceso a internet con derechos fundamentales es fundamento para el reconocimiento del nuevo derecho fundamental de acceso a internet y la necesaria acción prestacional, o bien para afirmar la esencialidad de internet y la garantía de acceso.

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

3. La magnitud del acceso a internet

A finales del 2012 en el mundo alrededor de 2. 500 millones de personas estaban en línea (incremento del 10% anual), 241 millones más que el año anterior¹⁴. La media de acceso en Europa, según esos datos es de 63% y de Norte América 78%. En 2013 se estima que casi el 40% de la población mundial estaba conectada a internet. El porcentaje de personas que utilizan internet en los países desarrollados alcanzó a finales del 2012 el 73, 4%. En términos absolutos, casi la mitad de los conectados a internet en el mundo son en Asia Pacífico, siendo 1. 133 millones en 2012¹⁵.

En España, en general el acceso ronda el 70% en 2013¹⁶ unos 19 millones de españoles “viven conectados” a internet y consultan el móvil unas 150 veces al día. El 53, 8% de la población se conecta a diario, siendo el 86% de los jóvenes entre 16 a 24 años. Veinticinco millones de españoles acceden a internet, y las redes sociales forman parte de la vida del 64, 1% de los usuarios (del 95% de los jóvenes entre 16 a 24 años). Por cuanto a los usos administrativos, el 45% de la ciudadanía interactuó con las Administraciones Públicas a través de internet.

¹⁴ Telefónica: *Informe anual 2013*, cit. págs. 34 y ss. con referencias a Eurostat-ONTSI (“Indicadores Destacados de Sociedad de la Información”- Septiembre 2013).

¹⁵ Datos de ITU Statistics 2012 (<http://www.itu.int/ict/statistics>).

¹⁶ Telefónica: *Informe anual 2013 La Sociedad de la Información en España*, (14ª edición). Acceso en http://www.fundacion.telefonica.com/es/arte_cultura/publicaciones/sie/sie2013.htm

En términos comparativos relativos a 2012, los conectados a internet en España son el 67, 2% (38. 7% en 2006¹⁷), con 17, 5 millones de usuarios de Facebook, ocupando un lugar medio en la Unión Europea frente a países como Holanda (93%) o Noruega (96, 9%).

Para América Latina¹⁸, los datos más recientes (junio 2012) señalan que un 48% (32,1 % en 2009 y 14,4% en 2006) de la población de América Latina (sin Caribe) están ya conectados a internet.

WORLD INTERNET USAGE AND POPULATION STATISTICS						
June 30, 2012						
World Regions	Population (2012 Est.)	Internet Users Dec. 31, 2000	Internet Users Latest Data	Penetration (% Population)	Growth 2000-2012	Users % of Table
Africa	1,073,380,925	4,514,400	167,335,676	15.6 %	3,606.7 %	7.0 %
Asia	3,922,066,987	114,304,000	1,076,681,059	27.5 %	841.9 %	44.8 %
Europe	820,918,446	105,096,093	518,512,109	63.2 %	393.4 %	21.5 %
Middle East	223,608,203	3,284,800	90,000,455	40.2 %	2,639.9 %	3.7 %
North America	348,280,154	108,096,800	273,785,413	78.6 %	153.3 %	11.4 %
Latin America / Caribbean	593,688,638	18,068,919	254,915,745	42.9 %	1,310.8 %	10.6 %
Oceania / Australia	35,903,569	7,620,480	24,287,919	67.6 %	218.7 %	1.0 %
WORLD TOTAL	7,017,846,922	360,985,492	2,405,518,376	34.3 %	566.4 %	100.0 %

Los datos que se muestran en la siguiente tabla (se incluye EEUU como referencia). Argentina, Chile, Uruguay y Colombia destacan entre los países de mayor penetración.

¹⁷ Datos de junio 2012, <http://www.internetworldstats.com/stats.htm>

¹⁸ <http://www.internetworldstats.com/stats2.htm>

<u>THE AMERICAS</u>	Population (2012 Est.)	Internet Usage, 30-June- 2012	% Population (Penetration)	Facebook 30-Sept- 2012
<u>Argentina</u>	42,192,494	28,000,000	66.4 %	20,048,100
<u>Bolivia</u>	10,290,003	3,087,000	30.0 %	1,753,060
<u>Brazil</u>	193,946,886	88,494,756	45.6 %	58,565,700
<u>Chile</u>	17,067,369	10,000,000	58.6 %	9,687,720
<u>Colombia</u>	45,239,079	26,936,343	59.5 %	17,322,000
<u>Costa Rica</u>	4,636,348	2,000,000	43.1 %	1,889,620
<u>Cuba</u>	11,075,244	2,572,779	23.2 %	n/a
<u>Dominican Republic</u>	10,190,453	4,643,393	45.6 %	2,793,220
<u>Ecuador</u>	15,223,680	6,663,558	43.8 %	4,970,680
<u>El Salvador</u>	6,090,646	1,491,480	24.5 %	1,491,480
<u>Guatemala</u>	14,099,032	2,280,000	16.2 %	2,104,160
<u>Honduras</u>	8,296,693	1,319,174	15.9 %	1,213,800
<u>Mexico</u>	114,975,406	42,000,000	36.5 %	38,463,860
<u>Nicaragua</u>	5,727,707	783,800	13.7 %	783,800
<u>Panama</u>	3,510,045	1,503,441	42.8 %	1,014,160
<u>Paraguay</u>	6,541,591	1,563,440	23.9 %	1,214,080
<u>Peru</u>	29,549,517	10,785,573	36.5 %	9,351,460
<u>Puerto Rico</u>	3,690,923	1,771,643	48.0 %	1,291,160
<u>Uruguay</u>	3,316,328	1,855,000	55.9 %	1,646,740
<u>Venezuela</u>	29,497,483	12,097,156	41.0 %	9,766,540
<u>United States</u>	313,847,465	245,203,319	78.1 %	166,029,240

Sin perjuicio de que los datos de Latinoamérica puedan llevar a relativizar la cuestión que aquí se afronta, debe tenerse en cuenta un significativo crecimiento. Así, para Latinoamérica es especialmente llamativo el índice de crecimiento de 2000-2005, el segundo en el mundo al multiplicarse el uso de la red en 3.42 veces. En el periodo 2000-2008, el crecimiento de la zona ha sido de 8,2 veces.

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

Como puede apreciarse, no todas las personas quieren o pueden conectarse a internet y hoy por hoy la red reproduce, incluso intensifica, las

pautas de marginalidad social no virtuales. Es necesario mostrar atención jurídica a la “informarginalidad”, “muro”, “telón” o, más habitual, “brecha digital” tanto social o territorial y su obvia conexión con la implantación de la democracia y participación electrónicas. Los sectores más marginados son precisamente los más necesitados de representación y de que el interés general se conforme sobre la base de sus necesidades. Y, sin embargo, estos sectores son los que menos acceden a la red o lo hacen con menor eficacia. De ahí que, al igual que en la implantación de servicios públicos a través de internet, ha de tenerse especial cautela con la no discriminación.

II. La conformación jurídica del acceso internet y su dimensión prestacional como nuevo derecho fundamental

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

El derecho de acceso a las TICs en su particular contenido prestacional, esto es, de obligación de acciones positivas por parte de los poderes públicos va tomando cuerpo en el contexto internacional de manera autónoma como derecho fundamental, aún en fase de larva. Asimismo, puede considerarse el acceso a internet en el marco de los mandatos genéricos de promoción de la igualdad o en el de la dimensión objetiva de un derecho fundamental, como el derecho a recibir información.

En todos los sistemas constitucionales no faltan anclajes jurídico-constitucionales para apoyar jurídicamente todas las políticas conducentes a facilitar el acceso a la sociedad de la información y del conocimiento, la alfabetización digital y el acceso a internet por la ciudadanía. El reconocimiento jurídico constitucional de estos intereses vendría de la mano de las típicas afirmaciones de igualdad material habituales en casi todos los países (art. 9. 2 CE). Del mismo modo, la apoyatura iusfundamental del acceso a internet sería bajo la noción de la dimensión objetiva¹⁹ y prestacional de los derechos

¹⁹ Cabe recordar que, en general, de esta dimensión se deriva:

fundamentales, en especial, como dimensión positiva de los derechos de información y comunicación. El reconocimiento de un derecho subjetivo fundamental puede conllevar el de una “dimensión institucional” que constituyen los institutos o entes de garantía de este derecho -en palabras del Tribunal Constitucional²⁰. De este modo, entramados organizacionales pueden colaborar a hacer efectivo el derecho. Asimismo, en razón de la dimensión objetiva el derecho en cuestión tiene un efecto irradiante, de principio inspirador en el ordenamiento. También, para la mejor garantía y eficacia de todo derecho, cabe una acción positiva de los poderes públicos que en muchos casos puede identificarse como “prestacional”²¹. Las declaraciones internacionales mencionadas y especialmente la sentencia de Costa Rica que a continuación se comenta suponen un claro impulso a la consideración de una dimensión prestacional del acceso a internet bajo el apoyo de su conexidad a otros derechos indiscutiblemente fundamentales.

-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 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.).

²⁰ 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.”

²¹ 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.

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

Por otra parte, el derecho de acceso a internet puede radicarse en el marco del derecho fundamental a la educación, si bien, falta aún intensificar esta relación. En esta dirección, cabe mencionar la sentencia 140/2002, 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”²².

²² 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).”

2. Un derecho prestacional en estado “larvario” en su reconocimiento internacional

Cada vez tiene más acogida la afirmación de un derecho a la comunicación (*ius communicationis*, los “*Communication Rights*”²³) de naturaleza constitucional o casi-constitucional²⁴. Desde el año 2000 se fijaron los llamados Objetivos de Desarrollo del Milenio. Entre los ocho propósitos de desarrollo para el 2015, el octavo, en el marco de “Fomentar una asociación mundial para el desarrollo” incluía “En cooperación con el sector privado, dar acceso a los beneficios de las nuevas tecnologías, especialmente las de la información y las comunicaciones.”

Desde hace más de una década la tendencia a favor de un derecho de acceso a las comunicaciones se observa en muchos documentos –no jurídicos- de la construcción mundial de la Sociedad de la información (Estados Unidos, G-8, Unión Europea, Consejo de Europa, etc.)²⁵

Resulta de especial 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 no sólo puede, sino que debe interpretarse en clave de la sociedad de la información, así en documentos más recientes del ámbito de Naciones Unidas²⁶, como la Declaración de Ginebra de la ONU. En los mismos

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Al respecto, por todos y accesible en la red a texto completo, mi estudio “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.

²⁶ *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*.

se vincula con claridad este derecho con el acceso²⁷ a la sociedad de la información y se afirma el “derecho de acceso como acceso universal”²⁸.

²⁷ 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 todas las partes interesadas que participan en su creación. La conectividad también abarca el acceso a la energía y a los servicios postales, que debe garantizarse de conformidad con la legislación nacional de cada país.

[...]

23° Se deberían desarrollar y aplicar políticas que creen un clima favorable para la estabilidad, previsibilidad y competencia leal a todos los niveles, de tal forma que se atraiga más inversión privada para el desarrollo de 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 funcionan correctamente. En las zonas desfavorecidas, el establecimiento de *puntos de acceso público a las TIC* en lugares como oficinas de correos, escuelas, bibliotecas y archivos, puede ser el medio eficaz de garantizar el acceso universal a la infraestructura y los servicios de la Sociedad de la Información.”

²⁸ “Apartado 3) Acceso a la información y al conocimiento

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

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

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

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

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

Más recientemente destacan dos importantes documentos y declaraciones internacionales. De un lado, la ya citada Declaración conjunta sobre libertad de expresión e internet de 2011 constituye el claro germen de un derecho de estructura prestacional de acceso a internet. De hecho, lo esencialmente novedoso del derecho de acceso es esta vertiente prestacional, frente a los contenidos negativos o de libertad que con claridad se albergan en derechos clásicos como la libertad de información. Pues bien, esta dimensión prestacional se observa especialmente en el apartado 6 “acceso a internet”. El punto de partida es que se afirma la “obligación positiva de facilitar el acceso universal a internet” (letra a)²⁹.

A partir de esta obligación general dimanan una serie de obligaciones más determinadas, unos mínimos de acción que son concretados en la letra e): “establecer mecanismos regulatorios”, creación de “puntos de acceso público”, asegurar “el acceso equitativo a internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos” y para todo ello, “adoptar planes de acción detallados”³⁰. En modo alguno es difícil reconducir todas estas obligaciones al marco del Derecho internacional de los derechos sociales, especialmente bajo las pautas del Comité DESC de Naciones Unidas y sus observaciones generales.

También del mismo año cabe mencionar el Informe del Relator Especial a la Asamblea de Naciones Unidas de 16 de mayo de 2011 sobre la promoción y protección del derecho a la libertad de opinión y de expresión³¹, Frank La Rue

²⁹ “a. Los Estados tienen la obligación de promover el acceso universal a internet para garantizar el disfrute efectivo del derecho a la libertad de expresión. El acceso a internet también es necesario para asegurar el respeto de otros derechos, como el derecho a la educación, la atención de la salud y el trabajo, el derecho de reunión y asociación, y el derecho a elecciones libres.”

³⁰ “e. Los Estados tienen la obligación positiva de facilitar el acceso universal a internet. Como mínimo, los Estados deberían:

i. Establecer mecanismos regulatorios —que contemplen regímenes de precios, requisitos de servicio universal y acuerdos de licencia— para fomentar un acceso más amplio a internet, incluso de los sectores pobres y las zonas rurales más alejadas.

ii. Brindar apoyo directo para facilitar el acceso, incluida la creación de centros comunitarios de tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y otros puntos de acceso público.

iii. Generar conciencia sobre el uso adecuado de internet y los beneficios que puede reportar, especialmente entre sectores pobres, niños y ancianos, y en las poblaciones rurales aisladas.

iv. Adoptar medidas especiales que aseguren el acceso equitativo a internet para personas con discapacidad y los sectores menos favorecidos.”

³¹ http://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/17/27&Lang=S

(uno de los autores de la anterior declaración). Uno de los apartados del informe (V) versa sobre el acceso a internet y la necesaria infraestructura³² En dicho Informe se afirma el “derecho de todas las personas a buscar, recibir y difundir información e ideas de todo tipo por internet” se formula la obligación de (nº 85) “elaborar una política eficaz y concreta en consulta con personas de todos los sectores de la sociedad, entre ellos el sector privado, y con los ministerios gubernamentales competentes, a fin de que internet resulte ampliamente disponible, accesible y asequible para todos los sectores de la población.”

Con el reconocimiento de este nuevo derecho se fundamentalizaría la un nuevo derecho prestacional que seguiría el esquema, estructura y tratamiento de los derechos sociales en el ámbito internacional. Así, del derecho de acceso a internet se deriva el correlato de la obligación Estatal³³ a una “acción positiva fáctica”³⁴ para lograr tal efectividad exigible por el titular del derecho. Esta acción fáctica estatal puede consistir en actos de naturaleza normativa, normas de organización, de procedimientos, que permitan programar, crear, ordenar, controlar y financiar un sistema que garantice el acceso a internet. Como todo derecho fundamental implica la obligación de respetar - evitar las medidas que

³² Apartado V, párrafos 60-66, págs. 16 y ss.

³³ Sobre el correlato de derechos subjetivos y las obligaciones del Estado, ARANGO (2005, p. 23). Pese a la superación de tal correlato, considero que en razón del sistema jurídico administrativo español basado en la existencia de un interés legítimo y no en el derecho subjetivo, sí que puede afirmarse tal correlato obligación del Estado. Se sigue también, ABRAMOVICH y COURTIS (2002) y ABRAMOVICH (2004). Este trabajo supone las conclusiones de ABRAMOVICH y COURTIS (2002). PISARELLO (2007)

³⁴ ARANGO, Roberto, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, (con prólogo de Robert Alexy), Legis-Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2005, págs. 55 y ss. y respecto de la estructura derechos sociales, 110 y ss.). Abramovich, respecto de la estructura de los derechos efectúa una inteligente maniobra, puesto que describe la estructura de los derechos civiles clásicos, para equipararla a la de los derechos prestacionales. Se trata de derechos a acciones positivas *normativas*, esto es, obligaciones de *establecer algún tipo de regulación* que conceda relevancia a una situación determinada u organice una estructura para la prestación (los “derechos a actos estatales de imposición de norma”. ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, 1993, págs. 194-195). También, la acción normativa puede ser que el Estado limite o restrinja las facultades de las personas privadas, o les imponga obligaciones.

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

En especial, ESCOBAR ROCA, Guillermo, (Dir.), *Derechos sociales y tutela antidiscriminatoria*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor Y ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C. *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.

obstaculicen o impidan el disfrute del acceso a internet-, proteger - eviten que el acceso a internet sea obstaculizado por terceros- y cumplir, esta última implica facilitar (cada vez que un individuo o grupo no puede, por razones ajenas a su voluntad, poner en práctica el derecho por sí mismo) y proveer (adopten medidas positivas que permitan a individuos y comunidades disfrutar del derecho)³⁵.

Siguiendo el claro esquema internacional del artículo 2 PIDESC, las obligaciones básicas se circunscriben al compromiso de satisfacer, al “adoptar medidas [...] por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas” (legislativas, administrativas, presupuestarias, judiciales y de otra índole para promover el pleno ejercicio de estos derechos), “para lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” “hasta el máximo de los recursos de que disponga”. De igual modo, las obligaciones se traducen en la de respetar (abstenerse de injerirse en el goce del derecho), proteger y garantizar, cumplir. Las obligaciones del tratado “contiene[n] elementos de la obligación de comportamiento y de la obligación de resultado. La obligación de *comportamiento* exige la adopción de medidas razonables concebidas para hacer efectivo el goce de un derecho concreto. [...] La obligación de *resultado* exige de los Estados que consigan objetivos concretos en armonía con una norma sustantiva detallada.”³⁶

Obviamente, se reconoce un margen de discreción –como con todos los derechos fundamentales- para seleccionar los medios que les permitirán cumplir con sus obligaciones respectivas, si bien, “incumbe al Estado demostrar que está realizando progresos apreciables hacia la plena efectividad de los derechos mencionados”³⁷. Cabe advertir que la referencia la “progresividad” del PIDESC, según su interpretación autorizada³⁸ “no significa

³⁵ Se dan tres tipos o niveles: respetar, de proteger y de cumplir (facilitar y proveer). Así, NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC Observación General n.º 13. *El derecho a la educación* (art. 13 del PIDESC). Doc. E/C.12/1999/10, de 8 de diciembre de 1999., n.º 46-47).

³⁶ Directrices de Maastricht sobre Violaciones de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, n.º 7, pueden seguirse en NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales*, *Manual de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos*, Serie de Capacitación Profesional n.º 12, Naciones Unidas, Nueva York y Ginebra, 2004

³⁷ *Ibidem*, n.º 8.

³⁸ A este respecto, cabe recordar lo que señala el propio Comité en sus documentos, “La referencia al logro progresivo que figura en el Pacto se entiende a menudo de manera

ni implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas”, lo cual “sería incompatible con el derecho internacional”³⁹. “La obligación de “lograr progresivamente [...] la plena efectividad de los derechos” exige que los Estados Partes actúen tan rápidamente como les sea posible en esa dirección.”⁴⁰. Y estos parámetros son fiscalizables jurídicamente.

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

En los diferentes países pueden encontrarse diversos hitos en el reconocimiento del derecho de acceso a internet como derecho subjetivo. Como punto de partida, en España podemos remontarnos a 1998 para una proclamación de este derecho de acceso, si bien, sin valor jurídico. Así sucedió en la Conclusión nº 1 de las *Conclusiones de la Comisión Especial de Redes Informáticas del Senado de España*⁴¹:

“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.”

En Estonia el Riigikogu (Parlamento) aprobó en febrero de 2000 la Ley de Telecomunicaciones que en su artículo 5 declaró el derecho de acceso a internet⁴². En 2001 la Constitución griega introdujo su artículo 5 A que reconocía que “2. Todas las personas tienen el derecho de participar en la sociedad de la información. Constituye una obligación del Estado la facilitación del acceso a la información transmitida vía electrónica, así como de la

equivocada”. Al respecto cabe seguir lo afirmado en NACIONES UNIDAS- COMITÉ DESC Observación general n.º 3, *La índole de las obligaciones de los Estados Partes* (párrafo 1 del artículo 2 del Pacto), 14 de diciembre de 1990. Doc. E/1991/23.párrafos 9-11.

Ver NACIONES UNIDAS, *Los derechos económicos, sociales y culturales, cit.*, págs. 10-11.

³⁹ Principios de Limburgo, nº 16.

⁴⁰ Principios de Limburgo, nº 21.

⁴¹ Aprobadas por unanimidad por el Pleno el 17 de diciembre de 1999, acceso en http://www.internautas.org/documentos/decla_dere.htm (2014)

⁴² Así en su artículo 5 disponía que: “El conjunto de servicios de telecomunicaciones se especifica en el inciso (1) de esta sección comprende:

2) servicio de internet que universalmente disponible para todos los suscriptores, independientemente de su ubicación geográfica, a un precio uniforme.” Texto actual de la norma en <http://www.legaltext.ee/en/andmebaas/ava.asp?m=022>

producción, el intercambio y la difusión de la misma, siempre en observancia de las garantías de los artículos 9, 9A y 19.”

En la Unión Europea el acceso a internet se garantizó especialmente merced al artículo 3. 1º de la Directiva 2002/22/CE que exige la garantía a un acceso de calidad y a un precio asequible, lo cual se ha ido recogiendo en las diversas normas nacionales de comunicaciones. Y en noviembre de 2009 entró en vigor la modificación del artículo 4 por la Directiva 2009/136/CE que amplía el alcance de la obligación de facilitación de acceso⁴³. En Finlandia, la reforma de la Ley del Mercado de las Comunicaciones de 2009 reconoció el “derecho básico” al acceso a internet de una banda ancha de 1 MB como mínimo y de 100 Mb en 2015, siendo el objetivo cumplido en 2010.

También como especial hito mencionable, el 30 de julio 2010 un fallo de la Corte Suprema de Costa Rica⁴⁴ declaró que internet es la “herramienta básica para facilitar el ejercicio de los derechos fundamentales y la participación democrática y el control ciudadano, la educación, la libertad de pensamiento y de expresión, el acceso a la información y los servicios públicos en línea, el derecho a comunicarse con gobierno electrónico y transparencia administrativa, entre otros. Esto incluye el derecho fundamental de acceso a estas tecnologías, en particular, el derecho de acceso a la internet o la World Wide Web”. De este modo, a través de un recurso de amparo se obligó al Instituto Costarricense de Electricidad (ICE) que proveyera del servicio de acceso a la internet. Se afirmó que “todos los servicios públicos prestados por las administraciones públicas” deben ser prestados “en condiciones de eficiencia, igualdad, continuidad y adaptabilidad” y suministrarse “de forma continua, regular, celeridad, eficaz y eficiente”. La decisión añadió que “el ICE

⁴³ “Artículo 4. Suministro de acceso desde una ubicación fija y prestación de servicios telefónicos

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

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

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

⁴⁴ Decisión del 18-6-2010 (Expediente 10-003560-0007-CO) de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. El texto completo en <http://goo.gl/DpHCxY>

está obligado a prestar el servicio de internet solicitado pese a las limitaciones técnicas” y que “no debe entenderse que porque una zona está alejada, sea poco rentable la construcción de la infraestructura necesaria, o existe una limitante técnica que no permite la instalación del servicio, entonces existe una justificación válida para no prestar el servicio solicitado, pues la expansión de esta red es responsabilidad de la institución recurrida”. Además se afirmó que la obligación de suministro de internet vincula también al sector privado. Si un ente público o privado “ha sido encargado de la misión de prestación de un servicio público tiene la obligación de prestarlo de forma continua, adaptable, eficiente y por igual a todos los habitantes, máxime cuando dicho servicio público está asociado a otros derechos fundamentales, como sería en este caso, a los derechos a la comunicación y la información”.

El TS alemán el 24 de enero de 2013⁴⁵ afirmó que internet se ha convertido en algo “esencial para la vida”. Tras esta lapidaria afirmación se sustentaba un caso de indemnización por cesación del servicio de internet, más allá de la indemnización por otro tipo de suministros. El TS alemán subrayaba el papel esencial para el acceso a información, para la culminación de contratos y negocios,

Por su relevancia mundial es menester hacer referencia a la Declaración del Presidente de los Estados Unidos Barack Obama de 10 de noviembre de 2014⁴⁶: “Un internet abierto es esencial para la economía estadounidense, y cada vez más en nuestro modo de vida. Reduciendo el costo de lanzar una nueva idea, encendiendo nuevos movimientos políticos, y uniendo cada vez más a las comunidades, internet ha sido uno de las influencias más democratizadoras que el mundo nunca ha conocido.”⁴⁷ Como se ha adelantado, la fundamentación del significado que tiene internet para la sociedad se apuntala la esencialidad de su acceso.

⁴⁵ Se trata de la sentencia de la Sala Civil de 24 de Enero 2013 - III ZR 98/12, a los efectos de determinar la compensación que corresponde por la interrupción del servicio de internet, que es “esencial para la vida”. Noticia en <http://j.mp/VboqBZ> Acceso al texto completo en <http://goo.gl/EJCCmo>

⁴⁶ El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>, “The President's Statement”.

⁴⁷ “An open internet is essential to the American economy, and increasingly to our very way of life. By lowering the cost of launching a new idea, igniting new political movements, and bringing communities closer together, it has been one of the most significant democratizing influences the world has ever known.”

4. El reconocimiento autonómico y estatutario del acceso a internet en España

Antes se ha hecho referencia a que el acceso a internet puede encajar jurídico constitucionalmente en el marco de la dimensión objetiva, positiva, institucional del derecho fundamental de acceso a la información. Y en el ámbito de la dimensión objetiva la concurrencia estatal-autonómica es bastante más factible –también con límites-. Todo ello, hay que subrayar, en términos de gradación de los márgenes de actuación autonómica según el tipo de derecho de que se trate⁴⁸. Así, ahí donde tiene sentido, a mi juicio, el reconocimiento estatutario de algunos “derechos”.

En 2006 en España un Estatuto de Autonomía, norma básica regional, destacó en el reconocimiento del derecho de acceso a las nuevas tecnologías⁴⁹. Así fue pionero en el Estatuto de la Comunidad Valenciana, que en su artículo 19. 2º dispone:

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

Este reconocimiento viene de la mano de un llamamiento a la acción de los poderes públicos para hacer efectivo el ejercicio igual, de calidad y no discriminatorio del mismo, eliminando todos los obstáculos o barreras (brecha

⁴⁸ 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).

⁴⁹ El tema con profundidad en varios de mis estudios, primero en “El derecho de acceso a las nuevas tecnologías y su recepción constitucional y en el Estatuto de la Comunidad Valenciana”, en 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. Con mayor amplitud en mis trabajos “Artículo 19. Desarrollo equitativo, territorialmente equilibrado y sostenible y derecho de acceso a las nuevas tecnologías”, págs. 375-393 y “Artículo 49. 3º. 16ª La competencia autonómica en el régimen de las nuevas tecnologías relacionadas con la sociedad de la información y del conocimiento”, págs. 1713-1719, ambos en GARRIDO MAYOL, Vicente (dir.), *Comentarios al Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana*, Tirant lo Blanch, 2013. Accesibles en la red.

digital) que impidan o dificulten su realización plena y efectiva a los ciudadanos y organizaciones en que se integra⁵⁰. El Estatuto andaluz copió del valenciano tanto el “derecho” de acceso a las nuevas tecnologías cuanto la competencia en la materia⁵¹. El acceso a las TICs se regula como mandato de promoción en los estatutos catalán⁵², balear o aragonés⁵³. No obstante, es destacable en Cataluña la importante asunción de competencias en materias de comunicaciones electrónicas que ha sido admitida por el Tribunal Constitucional, como se comenta más tarde. El Estatuto de Extremadura, que también copia la competencia valenciana en sociedad de la información, destaca por vincular el principio de acceso a las TICs con los movimientos de cultura y *software* libres⁵⁴.

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

⁵⁰ Artículo 9 de la Constitución Española y 8.2 del Estatuto de Autonomía de la Comunitat Valenciana.

⁵¹ En el Estatuto de Andalucía, un objetivo básico de los poderes públicos es la incorporación del pueblo andaluz a la sociedad del conocimiento (art. 10. 3. 12º) y, como “principio rector” en el artículo 34 “Se reconoce el derecho a acceder y usar las nuevas tecnologías y a participar activamente en la sociedad del conocimiento, la información y la comunicación, mediante los medios y recursos que la ley establezca.” En el Estatuto andaluz también se copia del texto valenciano el título competencial en nuevas tecnologías (art. 58. 2º) .

⁵² En el Estatuto de Cataluña, el artículo 53 sobre “acceso a las tecnologías de la información y de la comunicación” no formula un derecho, sino un deber de los poderes públicos ,

⁵³ El artículo 29 del Estatuto balear regula el impulso del acceso a las nuevas tecnologías y el artículo 28. 2º del Estatuto de Aragón incluye la promoción del acceso sin discriminación a las TICs.

⁵⁴ El más reciente Estatuto de Extremadura destaca por cuanto vincula el acceso a las TICs con los movimientos de cultura libre. Así, se recoge entre los principios rectores del artículo 7. 6º el acceso a las TICs “y los mecanismos legales y técnicos que faciliten el libre acceso de todos al conocimiento y la cultura.” Además, para el “objetivo irrenunciable la masiva difusión de la cultura” el artículo 7. 10º considera “particularmente útil” “el manejo de las tecnologías de la información y la comunicación, la extensión de los sistemas operativos de código abierto y el uso de las licencias de libre copia y distribución.” De otra parte, al igual que el andaluz, se copia la competencia en nuevas tecnologías del artículo 49. 1º. 16ª el Estatuto valenciano en su artículo 9. 1. 23ª .

tecnologías y a que la Administración competente desarrolle políticas activas en formación, infraestructuras y la utilización de las nuevas tecnologías⁵⁵.

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

Y, a todo lo anterior, que no es poco, hay que añadir la conocida doctrina sobre los derechos estatutarios establecida en la STC 247/2007, de 12 de diciembre. Ahí se afirma la posibilidad de incluir “derechos” emergentes en los Estatutos⁵⁶ si se cuenta con competencia y, además se afirma que pese a ser mandatos vinculantes para el legislador y poderes públicos autonómicos, no son derechos justiciables⁵⁷, no son derechos subjetivos.⁵⁸ Y lo que el Tribunal Constitucional dijo para admitir la constitucionalidad del también emergente derecho al agua bien vale para el derecho de acceso de los valencianos a las nuevas tecnologías (FJ 20º):

⁵⁵ 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.

⁵⁶ Cabe recordar que ahí se afirma *“la posibilidad de que los Estatutos contengan enunciados de verdaderos derechos públicos subjetivos dotados de eficacia jurídica directa en los ámbitos concretos en los que la propia Constitución abre tal posibilidad en algunos de sus preceptos”*(FJ 15º.)

⁵⁷ 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).

⁵⁸ FJ 15º: 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”.

- *“se relaciona con diversas atribuciones competenciales recogidas en el propio Estatuto”;*

- no *“colisiona con ningún derecho o principio rector contenido en la Constitución”;*

- *“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”.*

- No cabe afirmar el apoyo de la normativa internacional del artículo 10. 2º CE ni su reconocimiento estatutario supone compromiso internacional alguno⁵⁹. Sin embargo, a mi juicio no cabe duda de que el reconocimiento estatutario y el posterior desarrollo normativo quedan vinculados por el conjunto normativo supranacional que debe tenerse obligatoriamente en cuenta en razón del artículo 96 CE y, en su caso, 10. 2 CE en la medida en la que se den conexiones con derechos fundamentales, que las hay.

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

En este punto cabe apuntar que el reconocimiento del derecho debe venir de la mano de un reconocimiento de competencias del ente territorial en

⁵⁹ FJ 20º: “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”.

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”.

materia de medios de comunicación, telecomunicaciones e internet. En este punto, cabe recordar que para permitir posibilidades de actuación autonómicas cabe encuadrarlo en la competencia estatal de medios de comunicación del artículo 149.1º 27ª y no la de comunicaciones del artículo 149.1º 21ª CE. A este respecto, y sin ánimo de extender la cuestión, destaca en todo caso, la STC 31/2010, de 28 junio, que en su FJ 84º viene a afirmar que la determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal forma parte del ámbito del artículo 20 CE. Esta afirmación sirve para permitir la competencia de ejecución en la materia en el Estatuto de Cataluña, al no encuadrarse en el ámbito del artículo 149.1º 21ª CE, sino del título de medios de comunicación del artículo 27ª. Y es que el polémico Estatuto de Cataluña se asumió la competencia exclusiva en *“la ordenación administrativa del comercio electrónico”* (art. 121. 1 a), o *“la competencia sobre las condiciones de los edificios para la instalación de infraestructuras comunes de telecomunicaciones”* (art. 137. 2º). También el Estatuto catalán asume competencia ejecutiva *“en materia de comunicaciones electrónicas”* (art. 140. 7º), lo cual incluye la promoción de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal; la inspección de las infraestructuras comunes de telecomunicaciones y el ejercicio de la potestad sancionadora correspondiente y la gestión del registro de instaladores de infraestructuras comunes de telecomunicaciones. El Tribunal Constitucional no consideró inconstitucionales ni el artículo 121. 1º a) ni el 140. 7º, al tiempo que no fue impugnado el artículo 137. 2º del Estatuto catalán. Se admitió (FJ 68º) porque pese a ser a través de internet, lo asumido por la Autonomía sólo alcanzaría la competencia dentro del territorio catalán, mientras que esta modalidad comercial interterritorial sería competencia estatal del artículo 149.1.13 CE⁶⁰

Respecto de la competencia ejecutiva en comunicaciones electrónicas (art. 140. 7º del Estatuto catalán) el Tribunal Constitucional señala que la competencia en *“medios de comunicación social”* (art. 149.1.27 CE) se vincula a los aspectos del artículo 20 CE, mientras que la competencia exclusiva

⁶⁰ FJ 68º: *“sin que el hecho de que el comercio electrónico pueda extenderse más allá del territorio de Cataluña reclame la inconstitucionalidad del precepto estatutario, toda vez que el Estado, ex art. 149.1.13 CE, es competente para regular los puntos de conexión interterritoriales respecto de esta modalidad comercial, que deberán respetarse por la Generalitat.”*

estatal en “telecomunicaciones” del artículo 149.1.21 CE se conecta con los aspectos técnicos de la emisión relativos al uso de las ondas radioeléctricas o electromagnéticas”. Y por cuanto a la competencia estatal en “régimen general de comunicaciones” de este mismo precepto, se recuerda que incluye todas las competencias legislativas e incluso ejecutivas para el Estado, las competencias ejecutivas “*necesarias para configurar un sistema materialmente unitario*”. Ahora bien, sobre estas bases, se considera que la competencia autonómica ejecutiva en la “*determinación de la existencia de un conjunto mínimo de servicios de acceso universal*” “*atiende a estos servicios de acceso universal en cuanto medios de comunicación social, lo que remite al art. 20 CE*”. Así, al no ser artículo 149. 1º. 21ª sino 27ª y no ser competencia legislativa, se admite su asunción autonómica y no es inconstitucional.

5. El acceso a internet en concreto el ámbito laboral y su posible control total por el empresario

El acceso a internet cobra una dimensión especial, un régimen jurídico constitucional diferente en el ámbito laboral. Como punto de partida cabe tener en cuenta la sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, del Tribunal Constitucional sobre el uso sindical de los medios electrónicos y tecnológicos de la empresa. En la misma se discierne entre el contenido esencial del derecho, los derechos y facultades adicionales fijados por regulación de desarrollo⁶¹ y los derechos de concesión unilateral del empresario⁶². El acceso a la red en el trabajo queda como contenido adicional a un derechos fundamentales. Es más, imponer las barreras al correo electrónico a los trabajadores –con motivación antisindical- puede llegar a suponer una lesión de la libertad sindical.

⁶¹ “[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)

⁶² “[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).

No es que haya un derecho del trabajador a acceder a internet en el trabajo. De hecho, las empresas “no están obligadas a dotarse de esa infraestructura informática para uso sindical”⁶³. 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).

Cuestión diferente al acceso sindical al mail, es el control laboral absoluto del uso de medios informáticos en el trabajo. En los últimos años destacan la doctrina fijada en la STC 241/2012, de 17 de diciembre y en la STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013. De las mismas resulta especialmente llamativo el concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” que tenga el usuario de las comunicaciones en razón del contexto tecnológico y jurídico. Si se cuenta con tal expectativa de confidencialidad, sí que se predica el secreto de las comunicaciones y, por tanto, las garantías que lleva aparejadas. De una parte, este concepto permite la proyección a muy variables contextos de comunicación hoy posibles. Así, no podrá predicarse razonablemente el secreto de las comunicaciones respecto de las que se realizan en un foro de internet en abierto, o en una red social en la que se cuentan por cientos los

⁶³ 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.”

“amigos” o “seguidores”, o cuando se remite un correo electrónico o un *Whatsapp* a decenas o centenas de remitentes. Pero sí que habría tal razonable expectativa de confidencialidad respecto de un sistema de mensajería privada integrado en una red social (por ejemplo, el correo o mensajes privados de *Facebook* o en un foro o chat privado), una conversación en *Skype* o en un *Whatsapp* dirigido a un contacto.

El concepto de “expectativa razonable de confidencialidad” permite además una importante contextualización jurídica, esto es, la confidencialidad ya no se hace depender de la tecnología utilizada, sino del marco jurídico en el que se produce la misma. Así, para la STC 241/2012, de 17 de diciembre, aunque se utilice un sistema cerrado de mensajería, el usuario no puede esperar razonable confidencialidad si el programa (como el antiguo *Messenger*, o por ejemplo el *Whatsapp*) ha sido instalado en un ordenador en contra de las normas del empresario que vedaban al trabajador la instalación de programas. En consecuencia, la prueba obtenida al controlar el uso del sistema de mensajería sí que se consideró admisible constitucionalmente. De igual modo, para la STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013, decae la expectativa de confidencialidad del correo electrónico de la empresa cuando éste es utilizado por el trabajador para fines personales siendo que las normas aplicables prohibían el uso privado del correo. Así las cosas, se confirma y complementa la doctrina unificada por el TS en su sentencia de 26 de septiembre de 2007. En razón de la jurisprudencia, la prueba obtenida a través del control empresarial respecto del uso laboral de medios informáticos será válida siempre que el trabajador haya conocido la posibilidad de dicho control o, en su caso, existan normas –también conocidas- que establezcan prohibiciones de usos o previsiones del referido control empresarial. A mi juicio, ciertamente, esta doctrina lleva a permitir un control o monitoreo absoluto por parte el empresario de corte anglosajón, simplemente al mínimo precio de haber informado previamente al trabajador del posible control. El legislador bien podría intervenir y establecer algunos límites y garantías frente a un control total que despoje de un mínimo de intimidad y secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral.

Y lo que es a mi juicio más criticable, esta situación contrasta y se hace casi incoherente con soluciones como la de la STC 29/2013, de 11 de febrero.

En este caso, se estima contraria al derecho de protección de datos personales y por tanto nula la prueba obtenida por una cámara de video vigilancia cuya finalidad era la seguridad y que cumplía con los requisitos legales, entre otros, quedar debidamente anunciada y ser conocida por el trabajador. Las imágenes captadas se hicieron servir en contra de un trabajador que incumplía sus deberes, si bien se consideró que la finalidad de seguridad era incompatible con la del control laboral. A mi juicio, estas corrientes jurisprudenciales chirrían y deben ser moduladas y matizadas merced a la fuerza democrática del legislador.

III. La “vieja” libertad de expresión e información y sus garantías frente al cierre de webs, al corte de acceso o frente al filtrado de contenidos en internet

Según se ha visto, el componente prestacional, de obligación de actuar, del derecho de acceso a las TICs va tomando cuerpo en el contexto internacional de manera autónoma como nuevo derecho. Asimismo, cabe ubicarlo en el marco de la dimensión objetiva de un derecho fundamental preexistente, como el derecho a recibir información. También, cabría afirmarlo por conexidad a derechos fundamentales afines.

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

“b. La interrupción del acceso a internet, o a parte de este, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público (cancelación de internet) no puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional. Lo mismo se aplica a las medidas de reducción de la velocidad de navegación de internet o de partes de este.

c. La negación del derecho de acceso a internet, a modo de sanción, constituye una medida extrema que solo podría estar justificada cuando no existan otras medidas menos restrictivas y siempre que haya sido ordenada por la justicia, teniendo en cuenta su impacto para el ejercicio de los derechos humanos.

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

1. La forja de las garantías judiciales frente al corte o restricción de internet y los mandatos dirigidos a los prestadores de servicios de internet

2. La conformación de las garantías de internet en Europa

En este sentido y como primer paso en Europa, cabe destacar la Decisión nº 2009-580 de 10 de junio de 2009 del Consejo Constitucional francés⁶⁴ respecto de la Ley que favorece la difusión y la protección de la creación en internet (Ley Hadopi I). El máximo intérprete de la Constitución gala señala las posibilidades de atribuir facultades sancionadoras a autoridades administrativas con el fin de preservar intereses protegibles como lo hace la ley. No obstante, considera que la libertad de expresión incluye el derecho de acceder a los servicios de internet, dado “su desarrollo generalizado” y “la importancia de estos servicios para la participación en la vida democrática y la expresión de ideas y opiniones” (nº 12). . Asimismo se tiene en cuenta “que la competencia de la autoridad administrativa no se limita a una categoría particular de personas, sino que se extiende a toda la población y que sus competencias pueden llevar a restringir el ejercicio por cualquier persona, su derecho a expresarse y comunicarse libremente, sobre todo desde su casa” (nº 16). Sobre esta base, una autoridad administrativa y no judicial no puede aplicar sanciones que supongan una restricción de la libertad de expresión, sino que sólo lo puede hacer un juez (nº 16) . De igual modo, se considera inconstitucional la ley por establecer el principio de presunción de culpabilidad, y no de presunción de inocencia. Ello es así porque la ley somete al abonado

⁶⁴ El texto completo de la misma, en francés en <http://goo.gl/eOEjSV>. Realicé en 2009 un resumen y comentario breve disponible en <http://goo.gl/xOHQLG>

de la línea de conexión de internet la obligación de probar que no es él quien ha cometido la vulneración de los derechos de autor (nº 18).

Al mismo tiempo en la Unión Europea en 2009 se debatió si la desconexión a la red requiere de una autorización judicial, generándose en su día un importante conflicto entre el Parlamento y el Consejo⁶⁵, que se resolvió con la llamada “previsión de libertad” del artículo 1.3 bis de la Directiva 2002/21/CE⁶⁶. El arreglo vino a afirmar la protección judicial efectiva, sin perjuicio de casos de urgencia justificados y siempre con tutela judicial efectiva

Resulta un referente indiscutible la STEDH de 18 de diciembre de 2012 en el asunto Ahmet Yıldırım c. Turquía. Ha sido la primera de este alto tribunal que aborda centralmente la libertad de expresión en internet⁶⁷. A partir de ella se puede inferir, en esencia, que *no puede ordenarse a los prestadores que bloqueen contenidos sin discriminar entre los que son lícitos y los ilícitos y para que se adopten medidas de bloqueo es necesaria una regulación legal que dé*

⁶⁵ En mayo 2009, contra todo pronóstico, 'in extremis', la Eurocámara no aprobó 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".

Esta modificación no estaba incluida en el acuerdo con el Consejo, por lo que la totalidad del paquete sobre las telecomunicaciones tuvo que ir a conciliación, resolviéndose la cuestión en noviembre de 2009.

⁶⁶ “3 bis. Las medidas adoptadas por los Estados miembros relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas respetarán los derechos y libertades fundamentales de las personas físicas, como queda garantizado en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y en los principios generales del Derecho comunitario. Cualquiera de esas medidas relativas al acceso o al uso por parte de los usuarios finales de los servicios y las aplicaciones a través de redes de comunicaciones electrónicas, que sea susceptible de restringir esos derechos y libertades fundamentales solo podrá imponerse si es adecuada, proporcionada y necesaria en una sociedad democrática, y su aplicación estará sujeta a las salvaguardias de procedimiento apropiadas de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales y con los principios generales del Derecho comunitario, que incluyen una *protección judicial efectiva y un procedimiento con las debidas garantías*. Por lo tanto, dichas medidas solo podrán ser adoptadas respetando debidamente el principio de presunción de inocencia y el derecho a la vida privada. Se garantizará un procedimiento previo, justo e imparcial, que incluirá el derecho de los interesados a ser oídos, *sin perjuicio de que concurren las condiciones y los arreglos procesales adecuados en los casos de urgencia debidamente justificados*, de conformidad con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales. Se garantizará el *derecho a la tutela judicial efectiva y en tiempo oportuno*.”

⁶⁷ El demandante tenía una web alojada en el servicio *Google Sites* para difundir trabajos académicos y opiniones personales. Se trataba de contenidos totalmente ajenos a un proceso penal por contenidos lesivos para la memoria de Atatürken otra página de ese servicio (*Google Sites*). A instancias de la autoridad turca de telecomunicaciones un tribunal resolvió el bloqueo preventivo de la web, pero para poder hacerlo efectivo se ordenó el bloqueo de los contenidos del servicio de *Google Sites* en su conjunto, como única vía para bloquear la página web con el contenido supuestamente delictivo.

previsibilidad, certeza y garantías suficientes en la materia. El TEDH entiende que viola la libertad de expresión la imposición –judicial- de medidas de bloqueo de acceso a contenidos en internet que no discriminaron contenidos del sitio de internet implicado en un proceso penal y los de otros sitios del servicio *Google sites* con contenidos al margen de dicho proceso. El TEDH aprovecha la ocasión para fijar algunos parámetros de la regulación del bloqueo de contenidos en internet (aps. 64 y ss.):

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

El TEDH admite el bloqueo judicial de contenidos, pero siempre que se cuente con un marco legal concreto, previsible por los intermediarios y afectados y diseñado para lograr un equilibrio de intereses y que regule el control judicial de las medidas. Asimismo, es preciso que la legislación imponga al juez que se adopte la medida menos restrictiva, de modo que bloquee el mínimo de contenidos posibles y, en principio, sólo se bloquee la web concreta⁶⁸.

En clara vulneración de esta jurisprudencia del TEDH precisamente para Turquía, ha sido llamativo que marzo de 2014 el presidente turco Recep Tayyip Erdogan ordenó a la Autoridad de Telecomunicaciones de Turquía bloquear *Twitter* en su país y días después *Youtube*. Se argumentó que estos prestadores no habían filtrado unos contenidos concretos que consideraba ilegales. Así pues, se censuró el todo por la ilegalidad de una parte. Esta carrera bloqueadora fue detenida primero por la justifica ordinaria que

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

simplemente la consideró “contraria a los fundamentos del Estado de Derecho”⁶⁹. El bloqueo fue luego considerado inconstitucional por el Tribunal Constitucional turco⁷⁰.

Un tema de interés especialmente abordado en el ámbito de la Unión Europea es la posibilidad de imponer controles y filtros generales o específicos a los proveedores de acceso o intermediarios. Así, en primer término, no puede imponerse a los prestadores o intermediarios que establezcan controles o filtrados técnicos de contenidos en internet sin distinguir entre contenidos lícitos o ilícitos. Las sentencias del TJUE de 24 de noviembre de 2011, Asunto C-70/2010, *Scarlet Extended vs SABAM* y Asunto C-360/10 *SABAM vs Netlog* de 16 de febrero de 2012 no permiten que judicialmente se impongan controles y filtrados técnicos y preventivos a prestadores de servicios y redes sociales para evitar la comisión de ilícitos de propiedad intelectual y protección de datos. El TJUE considera que deben prevalecer la libertad de expresión y la protección de los usuarios que serían controlados y rastreados, así como la libertad de empresa frente a la imposición de estos controles “dado que se corre el riesgo de que el citado sistema no distinga suficientemente entre contenidos lícitos e ilícitos, por lo que su establecimiento podría dar lugar al bloqueo de comunicaciones de contenido lícito” (ap. 52). Años antes, la misma AGPD en España afirmó que: “requerir el consentimiento individualizado de los ciudadanos para incluir sus datos personales en internet o exigir mecanismos técnicos que impidieran o filtraran la incorporación inconsentida de datos personales podría suponer una insoportable barrera al libre ejercicio de las libertades de expresión e información a modo de censura previa (lo que resulta constitucionalmente proscrito)”⁷¹.

Sin perjuicio de lo anterior, en razón de sentencia del TJUE de 27 de marzo de 2014⁷², *sí que es posible que un juez solicite a un proveedor de acceso a internet que bloquee el acceso de sus clientes a un sitio web que vulnera los derechos de autor*. El TJUE señala que el juez nacional que ordene

⁶⁹ Así según diversas noticias periodísticas con referencia a un juzgado administrativo de Ankara tras una denuncia de la Unión de Colegios de Abogados de Turquía.

⁷⁰ En todo caso, la resolución del TC turco fue bastante confusa y no estableció con claridad el final del bloqueo.

⁷¹ En la Resolución R/00598/2007 en el Procedimiento N°: TD/00266/2007.

⁷² Sentencia TJUE de 27 de marzo de 2014 asunto C 314/12 UPC Telekabel Wien GmbH / Constantin Film Verleih GmbH y Wega Filmproduktionsgesellschaft mb.

la medida debe ponderar derechos y libertades e intereses en juego. Se afirma cuanto menos que las medidas de bloqueo de acceso a los usuarios “no priven inútilmente a los usuarios de internet de la posibilidad de acceder de forma lícita a la información disponible” (nº 63) y que “tanto los internautas como también el proveedor de acceso a internet deben poder hacer valer sus derechos ante el juez” (nº 54). No obstante, no es necesario probar que los usuarios del servicio acceden efectivamente a los contenidos ilegales.

3. La conformación de las garantías frente al cierre de internet en España

En España al menos en dos ocasiones se han adoptado medidas individualizadas judiciales para impedir el acceso a internet, en ambos casos fruto de cierto activismo judicial sin un marco legal claro. Así, la sentencia del Juzgado de lo Penal nº 2 de Huelva de 17 de octubre de 2012⁷³, respecto de un condenado por delito sexual en la red impuso a los proveedores de acceso a internet de todo el país la prohibición de facilitar al condenado acceso a internet. En otro marco, la Audiencia Provincial de Barcelona en su sentencia 470/2013 de la Secc. 15ª, de 18 de diciembre de 2013, ordenó al operador de telecomunicaciones suspender “de inmediato y de forma definitiva la prestación del servicio de acceso a internet” a uno de sus usuarios. La base legal (arts. 138 y 139. 1. h) de la Ley de Propiedad Intelectual es discutible y no había sido antes aplicada.

Respecto del bloqueo o cierre de una página web en España, las medidas normativas de protección de la propiedad intelectual se intensificaron bajo la presión de EEUU (como se puso de manifiesto a través de los cables revelados por *Wikileaks*)⁷⁴. Se trató de la políticamente convulsa “ley Sinde” (por la entonces ministra de cultura socialista Sinde), que fue rechazada por el Senado y posteriormente modificada para lograr el apoyo de partidos de la oposición. Con la “ley Sinde” y a través de diversas reformas legales se creó un órgano administrativo (la Sección 2ª de Propiedad intelectual) que tras un

⁷³ Al respecto de la misma y sus dificultades de ejecución, un comentario en <http://goo.gl/8MxH9l> MENDOZA LOSANA, Ana Isabel “Eficacia privada de la pena de “destierro virtual” ¿Están los proveedores de acceso a internet obligados a negarse a contratar con los condenados por delitos cometidos a través de la red?.

⁷⁴ Así puede seguirse por ejemplo en *El País* (3. 2. 2010), “EE UU ejecutó un plan para conseguir una ley antidescargas”, acceso en <http://goo.gl/oByKpG>

procedimiento puede resolver el cierre o bloqueo de una página web por permitir el acceso ilegal a contenidos protegidos por propiedad intelectual.

En 2011 se aprobó tal “ley Sinde”, si bien el gobierno socialista que se sabía saliente, no se atrevió a aprobar el necesario procedimiento reglamentario. Una de las primeras medidas Gobierno popular⁷⁵ a final de 2011 fue el desarrollo reglamentario de esta ley al tiempo de suprimirse el también polémico canon digital. Estas normas lograron atemperar las críticas y presiones de Estados Unidos y sacaron a España de la referida lista 301. No obstante, la efectividad práctica o simbólica contra la piratería es más que relativa⁷⁶.

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

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

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

⁷⁵ Se trata esencialmente del Real Decreto 1889/2011, de 30 de diciembre, por el que se regula el funcionamiento de la Comisión de Propiedad Intelectual. Al mismo momento se suprimió el canon digital a través de la Disp. 10ª del Real Decreto-ley 20/2011, de 30 de diciembre.

⁷⁶ Según una respuesta del Gobierno a pregunta parlamentaria en enero de 2014 la Sección segunda de propiedad intelectual ha resuelto 316 de las 394 solicitudes presentadas suponiendo la retirada de contenidos 85 páginas, así como el cese de actividades de 15 de ellas. Son cientos las webs de enlaces y millones los enlaces que apuntan continuamente a contenidos protegidos por la propiedad intelectual.

Constitución impone la garantía judicial para impedir el acceso a una página web⁷⁷.

Frente a esta cuestión más polémica, ha pasado desapercibido que una Administración, la Agencia de protección de datos no tiene problema en decretar sanciones muy relevantes por difusión ilícita de datos personales en webs, esto es, por informar sobre otras personas. Es más, en la instrucción de procedimientos relativos a una página web o los contenidos de una red social, la Agencia puede requerir la cesación de la difusión de datos personales, o inmovilizar directamente, en otras palabras, puede bloquear el acceso o cerrar una web (art. 49 LOPD). Se hace impensable que esto pudiera hacerlo una Administración respecto de los medios clásicos de comunicación. El Tribunal Constitucional español en modo alguno ha dejado claros los términos en que un control administrativo de contenidos es posible⁷⁸, pese a que parece que se está generalizando en la red.

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

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

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

⁷⁷ Con facilidad puede seguirse en <http://www.cotino.net/2010/03/consejo-de-estado-ley-de-economia-sostenible-y-cierre-de-webs/>

⁷⁸ Se dan algunas directrices en la STC 52/1995, de 23 febrero (FJ 4º, que sea una ley formal la que autorice al poder público y que la resolución sea motivada.). Por el contrario la STC 187/1999, de 25 octubre (caso "La máquina de la verdad"), hace dudar de cualquier control no judicial de contenidos (FJ 6º).

“a. El tratamiento de los datos y el tráfico de internet no debe ser objeto de ningún tipo de discriminación en función de factores como dispositivos, contenido, autor, origen y/o destino del material, servicio o aplicación.

b. Se debe exigir a los intermediarios de internet que sean transparentes respecto de las prácticas que emplean para la gestión del tráfico o la información, y cualquier información relevante sobre tales prácticas debe ser puesta a disposición del público en un formato que resulte accesible para todos los interesados.”

Se trata, pues, de no dar prioridad a unos contenidos u otros en internet sino de mantener la apertura de esta plataforma⁷⁹. Se intenta que puedan surgir iniciativas, sitios y proyectos en igualdad, que todos partan de la misma línea de salida, evitando una red parcelada en razón de la capacidad económica de los proveedores de contenidos o de la de los usuarios o consumidores. Se acepta que la gestión del tráfico de internet permita ciertas prácticas para garantizar la calidad del tráfico. Pero se trata de evitar que por razones que nada tienen que ver con la gestión del tráfico, puedan bloquear o degradar servicios legales⁸⁰. La cuestión, por tanto, tiene que ver claramente con el acceso a internet y las condiciones en las que se realiza.

Sin perjuicio de ser una cuestión de relevancia global, lo cierto es que el debate esencial se da en los EEUU. Como recuerda Rodríguez⁸¹ juristas de prestigio como Lawrence Lessig y Tim Wu empezaron a mostrar su preocupación acerca de la posibilidad de que los proveedores usaran algún día su control de las redes para discriminar en perjuicio o beneficio de ciertos proveedores de contenido o aplicaciones⁸². Son pocas las operadoras de

⁷⁹ Sobre el tema, recientemente, FUERTES, Mercedes, *Neutralidad de la red, ¿realidad o utopía?*, Marcial Pons, Madrid, 2014. De interés, MARSDEN, Christopher Thomas, “Neutralidad de la Red: historia, regulación y futuro”, págs. 24-43 y BARATA, Joan, “El concepto de net neutrality y la tensión entre regulación pública y autorregulación privada de las redes”, págs. 44-52, ambos en *IDP: revista de internet, derecho y política* n.º. 13, 2012 (Ejemplar dedicado a: VII Congreso Internacional internet, Derecho y Política. Neutralidad de la red y otros retos para el futuro de internet),.

⁸⁰ Una clara explicación y recorrido histórico en la *Comunicación La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa* COM(2011) 222 final <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52011DC0222&from=ES>

⁸¹ En castellano, por todos, RODRÍGUEZ GARCÍA, Luis Fernando, “Políticas de la Federal Communications Commission en materia de neutralidad de la red”, en COTINO HUESO, L. (editor), *Libertades de expresión e información en internet... cit.* págs. 99-113.

⁸² En este sentido, cf. Wu, Tim *Network Neutrality, Broadband Discrimination*, 2 J. *On Telecomm. & High Tech.* L. 141, 145-46, 165-68 (2003); Lessig, Lawrence *The Future of Ideas*, at 46-48, 155-76, 246-49 (2001). Sigo por Luis Fernando RODRÍGUEZ.

telecomunicaciones que sostienen la infraestructura y si se les permitiera a los hacer libre uso de su tecnología para bloquear, degradar y controlar las aplicaciones o los contenidos, peligraría el potencial de creatividad e innovación de internet.

En 2005 la comisión de las comunicaciones de EEUU, la FCC, reconoció en una declaración no vinculante las “cuatro libertades” que pasaban a ser ejes de la política de la FCC sobre internet⁸³. Las mismas suponían la neutralidad si bien permitían prácticas razonables para un mejor funcionamiento. La cuestión se complicó cuando se pretendió aplicar las mismas con la sanción en 2008 a la compañía Comcast. Dicha compañía fue sancionada por sus prácticas de retraso o bloqueo de paquetes de datos por uso de programas *peer-to-peer* como. Tales prácticas se consideraron no razonables y se aplicaron por primera vez las cuatro libertades, los principios de neutralidad de la red. Sin embargo, en 2010 el D.C. Circuit Court of Appeals anuló la resolución acordada por la FCC contra Comcast⁸⁴ por falta de competencia de la FCC. Justo antes, para cumplir su promesa electoral, en 2009 Barack Obama, lanzó la iniciativa “Open internet”⁸⁵ para regular y ampliar los deberes de neutralidad; además de nombró a un partidario de la neutralidad en la FCC. Se daban dos posibilidades, aprobar una norma que atribuyera competencia a la FCC o que reclasificar los servicios de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones regulado por el Título II. Según esta última vía los ISP claramente no podrían hacer discriminación alguna. El 15 de mayo de 2014, la entidad reguladora, la FCC decidió considerar dos opciones: permitir líneas de banda ancha rápidas y lentas o, por el contrario, reclasificar la banda ancha como un servicio de telecomunicaciones, preservando así la neutralidad de internet. La sorprendente Declaración del Presidente de los Estados Unidos Barack Obama de 10 de noviembre de 2014⁸⁶ recomienda a la FCC reclasificar el servicio de internet de banda ancha como un servicio de telecomunicaciones con el fin de preservar la neutralidad de la red. En dicha Declaración afirma

⁸³ *Appropriate Framework for Broadband Access to the internet over Wireline Facilities, Policy Statement*, 20 FCC Rcd. 14986 (2005). *Id.*

⁸⁴ *Comcast Corp. v. FCC*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010). *Id.*

⁸⁵ *In Re Preserving the Open internet: Broadband Industry Practices*, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd. 13064 (2009). *Id.*

⁸⁶ El texto completo de la misma puede accederse en <http://www.whitehouse.gov/net-neutrality>, “The President's Statement”.

que el intermediario no debe bloquear contenidos, ni estrangularlos (“**throttling**”), esto es, que los ISP no “deben ser capaz de retardar intencionalmente o acelerar la conexión en razón de sus contenidos”. Subraya sobre todo que ningún servicio vaya por una “vía lenta” por sus contenidos, porque ello “socavaría la igualdad de condiciones esenciales para el crecimiento de internet”. La situación está, como se puede ver, en un momento clave que afectará por ondas concéntricas a todo el mundo o cuanto menos, a occidente.

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

Ya por cuanto a la regulación de la neutralidad, la primera manifestación normativa de la neutralidad de relevancia mundial fue la chilena. Así, la Ley 20.453 de 18 de agosto de 2010 de aquel país consagró dicho principio al modificar la Ley General de Telecomunicaciones⁸⁷. Tras la afirmación general la cuestión quedó concretada por el desarrollo reglamentario por Decreto 368 del 15 de diciembre de 2010. En junio de 2012 los Países Bajos fueron el primer país europeo que reguló la neutralidad en internet al reformar su ley de

⁸⁷ Por lo que aquí interesa, se dispuso que:

“Artículo 24 I.- Para la protección de los derechos de los usuarios de internet, el Ministerio, por medio de la Subsecretaría, sancionará las infracciones a las obligaciones legales o reglamentarias asociadas a la implementación, operación y funcionamiento de la neutralidad de red que impidan, dificulten o de cualquier forma amenacen su desarrollo o el legítimo ejercicio de los derechos que de ella derivan, en que incurran tanto los concesionarios de servicio público de telecomunicaciones que presten servicio a proveedores de acceso a internet como también éstos últimos, de conformidad a lo dispuesto en el procedimiento contemplado en el artículo 28 bis de la Ley N° 18.168, General de Telecomunicaciones.

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

telecomunicaciones⁸⁸. En Ecuador el organismo responsable (CONATEL) emitió en julio de 2011 la Resolución TEL-477-16-CONATEL-2012 que afirma la neutralidad⁸⁹: “los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”. En Brasil, el 23 de abril de 2014 se aprobó el la Ley nº 12.965, Marco Civil de internet, que recoge como principio la neutralidad de la red⁹⁰, expresando “el deber de tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación”.

En la Unión Europea, la Comisión en 2009 en su Comunicación “Declaración de la Comisión sobre la neutralidad de internet” (2009/C 308/02) afirmó la importancia de la neutralidad como “objetivo político”, bajo la idea de transparencia, la regulación que evite que no haya barreras al tráfico en internet, la supervisión de las normas de los Estados y vinculando la materia a las “libertades en internet”⁹¹. Después de un procedimiento de consulta pública

⁸⁸ El texto en holandés en <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/stb-2012-235.html>

⁸⁹ El artículo 15. 6º “Hacer uso de cualquier aplicación o servicio legal disponible en la red de internet, con lo cual el servicio que ofrezcan los prestadores de los servicios no deberán distinguir ni priorizar de modo arbitrario contenido, servicios, aplicaciones u otros basándose en criterios de propiedad, marca, fuente de origen o preferencia”.

⁹⁰ “Art. 9º El responsable de la transmisión, conmutación o ruteo tiene el deber de tratar de forma isonómica cualquier paquete de datos, sin distinción por contenido, origen y destino, servicio, terminal o aplicación. [...]

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

I – abstenerse de causar daño a los usuarios, de acuerdo con lo dispuesto en el Art. 927 del Código Civil;

II – actuar con proporcionalidad, transparencia e isonomía;

III – informar previamente de modo transparente, claro y suficientemente descriptivo a sus usuarios sobre las prácticas de gestión y reducción del tráfico adoptadas, inclusive las relacionadas con la seguridad de la red; y

IV– ofrecer servicios en condiciones comerciales no discriminatorias y abstenerse de practicar conductas anticompetitivas.”

⁹¹ «La Comisión otorga gran importancia al mantenimiento del carácter abierto y neutral de internet, teniendo plenamente en cuenta la voluntad de los legisladores de consagrar ahora la neutralidad de internet como un objetivo político y un principio regulador que han de ser fomentados por las autoridades nacionales de reglamentación (1), junto con el refuerzo de requisitos de transparencia afines (2) y la creación de competencias de salvaguardia para las autoridades nacionales de reglamentación con el fin de prevenir la degradación de los servicios y la obstaculización o entorpecimiento del tráfico en las redes públicas (3). La Comisión supervisará atentamente la aplicación de dichas disposiciones en los Estados miembros, haciendo especial hincapié en su informe anual al Parlamento Europeo y el Consejo en el modo en que se están protegiendo las “libertades de internet” de los ciudadanos europeos. Entretanto, la Comisión seguirá de cerca las repercusiones de las evoluciones del mercado y de la tecnología en cuanto a las “libertades de internet”, informará al Parlamento Europeo y al Consejo antes de que finalice 2010 de la necesidad o no de directrices adicionales, e invocará

“sobre una internet abierta y la neutralidad de la red” lugar entre el 30 de junio y el 30 de septiembre de 2010, la Comisión publicó su Comunicación La internet abierta y la neutralidad de la red en Europa” COM(2011) 222 final⁹². Su traducción jurídica básica es reconocer “la capacidad de los usuarios finales para acceder y distribuir la información o utilizar las aplicaciones y los servicios de su elección» (artículo 8, apartado 4, letra g), de la Directiva marco, Directiva 2002/22/CE, tras la reforma de 2009. Cabe tener en cuenta la Resolución del Parlamento Europeo de 17 de noviembre de 2011 sobre la internet abierta y la neutralidad de la red en Europa (2011/2866)⁹³.

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

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

No sólo se trata de reconocer el derecho fundamental de acceso a internet y de extender las garantías de las libertades de expresión e información. Hay que reforzar la posición jurídico constitucional de los prestadores de servicios de acceso a la información. Y me atrevo a afirmar⁹⁴ que la garantía institucional reconocida clásicamente a los medios de comunicación social, y que refuerza jurídicamente la posición de los medios, ya no sólo debe atribuirse a éstos, sino que también debe reconocerse especialmente a determinados prestadores de servicios de la sociedad de la

sus atribuciones legislativas existentes en materia de competencia para tratar cualquier práctica contraria a la competencia que pueda producirse».

⁹² <http://goo.gl/Jg8HrX>

⁹³ <http://goo.gl/AxbU5V>

⁹⁴ Puede seguirse esta afirmación desde mi artículo, “Retos, amenazas, tendencias y “olvidos” de la libertades de expresión e información de los usuarios, prestadores de servicios e intermediarios de internet”, en *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, monográfico "Comunicación, nuevas tecnologías y constitucionalismo democrático" coordinado por Rubén Martínez Dalmau y José María Vidal Beltrán, nº 76-77, 2014.

información. Qué duda cabe que el buscador *Google*, o el servidor de vídeos *Youtube* o la enciclopedia interactiva *Wikipedia*, por citar algunos, son elementos esenciales para el acceso a la información en la actualidad. Es cierto que estos grandes prestadores de servicios, de natural tienen una posición materialmente reforzada por su enorme relevancia económica y social en el mundo moderno, pero deben contar también con el reconocimiento reforzado de una garantía institucional o la dimensión objetiva de los derechos fundamentales, lo cual en modo alguno implica la mayor libertad que pueda venir conferida por la su actual falta de regulación alguna. Lo mismo, y especialmente, cabe decir de las herramientas que facilitan la interacción y el debate entre los usuarios de internet, especialmente las herramientas más empleadas de la llamada web 2.0. En este punto, las redes sociales, así como habituales foros o espacios colaborativos son instrumentos específicos e idóneos no sólo para el acceso a la información, sino para la generación de información y contenidos y, en fin, para el ejercicio de las libertades informativas. De este modo, debe reconocerse también a los grandes prestadores de estos servicios la garantía institucional que en su caso puede reforzar las garantías en cada caso concreto.

Cabe recordar en este sentido que en España desde la STC 12/1982 (FJ 3º) se atribuye una garantía institucional a la “opinión pública libre”, dado que ésta es esencial para el sistema democrático. Se afirma desde entonces que “La preservación de esta comunicación pública libre sin la cual no hay sociedad libre ni, por tanto, soberanía popular, exige la garantía de ciertos derechos fundamentales comunes a todos los ciudadanos, y [...] también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social y, en razón de ello, a quienes profesionalmente los sirven.” Aunque se relativiza desde los años noventa, en razón de esta garantía o la dimensión objetiva de la libertad de expresión e información se refuerza la prevalencia de la posición de los medios de comunicación, lo cual se observa especialmente en el juicio y ponderación del interés público en el ejercicio de las libertades informativas (ver entre otras muchas las SSTC 104/1985, FJ 5º; 159/1986, FJ 6º; SSTC 171 y 172/1990 O STC 21/2000, o más recientemente la STC 9/2007, FJ 4º). Obviamente, no se trata de un efecto automático que implique una

ponderación siempre favorable a los medios de comunicación, sino que la situación se analiza en cada caso concreto.

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

Aunque las ha ignorado por completo la sentencia definitiva, claramente contraria a las mismas, las conclusiones de 26 de junio de 2013 del Abogado General Jääskinen del caso Google vs AGPD fueron rotundas al afirmar que “Poner contenidos a disposición del público en internet equivale, como tal, a la libertad de expresión [...] La publicación en la web es un medio para que los particulares participen en debates o difundan sus propios contenidos, o contenidos cargados por otros, en internet” (ap. 122). A mi juicio no hay que desdeñar tales afirmaciones, si bien que cabe puntualizar que se ejercen las libertades de expresión e información cuando se trata de contenidos de interés o relevancia pública. Por el contrario, la sentencia que resuelve este caso no confiere una protección especial al buscador Google en razón de su papel esencial para el acceso a la información en el mundo. No se tiene en cuenta el efecto que puede producirse de modo global por imponer límites o condiciones severas a este prestador de servicios o a muchos otros que quedan en el ámbito de proyección de esta sentencia. Simplemente se aborda la cuestión desde la perspectiva del caso concreto.

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

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

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

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

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

A mi juicio, las discriminaciones más relevantes pueden generarse por obligar a la ciudadanía a relacionarse exclusivamente por medios electrónicos con la Administración⁹⁵. A ello da cobertura el artículo 27. 6º de la ya Ley 11/2007 que regula la e-administración:

⁹⁵ Sobre el tema he dedicado diversos estudios, entre ellos, “Los derechos de la ciudadanía ante la Administración electrónica en la legislación española”, en *Revista Aranzadi*

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

Cabe tener en cuenta que respecto de la relación electrónica con la Administración hay un claro mandato de garantías de acceso a todos a las TIC (art. 8):

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

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

El tema es más sensible de lo que pueda parecer, puesto que hoy día millones de pequeñas empresas o empresarios autónomos, o comunidades de propietarios quedan obligados a que se les notifiquen electrónicamente, por ejemplo, las multas de tráfico o comunicaciones con Hacienda, respectivamente. La sentencia 59/2010 de 29 enero del TSJ Castilla y León anuló la imposición de la relación electrónica a una empresa de la construcción. Se entiende que sobre la base de un derecho reconocido a la relación electrónica (art. 6 Ley 11/2007), la posibilidad de imponer la

de Derecho y nuevas tecnologías nº 26, 2011-2, págs. 19-45, más extenso en : “El derecho a relacionarse electrónicamente con las Administraciones y el estatuto del ciudadano e-administrado en la Ley 11/2007 y la normativa de desarrollo”, en GAMERO CASADO, Eduardo y VALERO TORRIJOS, Julián (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Cizur Menor (3ª edición, 2010), págs. 177-344.

interactuación es excepcional y por tanto debe ser interpretada de forma restrictiva. Ni la norma estatal ni las normas autonómicas o locales tampoco ofrecen muchas luces ni garantías sobre la obligatoriedad de medios electrónicos⁹⁶.

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

⁹⁶ A salvo del futuro Decreto de e-administración de la Comunidad Valenciana que sí que incluye previsiones específicas y novedosas al respecto, quizá únicamente cabe mencionar la *Ordenanza de Administración electrónica de Zaragoza* sí que incluye algunas concreciones. Pese a que facilita mucho la imposición de medios electrónicos a cualquier solicitante de subvenciones o asociaciones, su apartado 2º incluye una garantía formal que puede evitar tal discriminación con la obligación de "informar con carácter previo a los afectados a través de sus colegios o asociaciones profesionales y otorgar un plazo de adaptación adecuado, antes de implantar plenamente la obligatoriedad del uso de medios electrónicos.