

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PLURALISMO EN LA RED (1)

ANDRÉS BOIX PALOP

SUMARIO: I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LA APARICIÓN DE UN NUEVO MEDIO DE COMUNICACIÓN.—II. PLURALISMO Y CREACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA RED: 1. *Justificación tradicional de la existencia de límites al derecho de creación de medios de comunicación.* 2. *La imposible justificación del establecimiento de límites a la creación de medios de información en la Red.*—III. INCIDENCIA DE LAS PARTICULARIDADES DE LA RED EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN: 1. *Delimitación del ámbito material de ejercicio de la libertad de expresión.* 2. *La ordenación administrativa de contenidos.* 3. *Del Internet «libertario» al Internet «liberal».*—IV. EL MODELO EMPRESARIAL DE EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS PLANTEADO POR LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO.—V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MERCADO INFORMATIVO.—VI. CONCLUSIONES.

I. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO A LA APARICIÓN DE UN NUEVO MEDIO DE COMUNICACIÓN

La irrupción de Internet en nuestras vidas y las posibilidades que ofrece este nuevo medio de comunicación han cambiado y enriquecido notablemente el mundo en que vivimos. A las opciones comunicativas de las que disponíamos en el pasado se ha añadido una más, sin que a pesar de la novedad del fenómeno y las importantes transformaciones sociales venidas y por llegar a él aparejadas nos encontremos, sin embargo, ante una revolución absoluta en el

(1) Este trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación «Internet y las transformaciones del Derecho público» (BJU2000-1175), financiado por el Plan Nacional de Investigación Científica, Desarrollo e Innovación Tecnológica (I+D+I) 2001-2003 y dirigido por el Profesor JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN.

modo de comunicarnos. Al fin y al cabo, Internet sigue siendo un medio, distinto y moderno, pero un mero medio, de transmisión de contenidos que realizan y difunden unas personas con la intención de que lleguen a otras. Con independencia de la importancia de muchos de los cambios que ha propiciado, la difusión de información por medio de la Red no deja de ser, en definitiva, difusión de información.

Consecuencia de esta afirmación es que no es preciso, para proporcionar una adecuada respuesta jurídica a esta nueva realidad, renunciar a muchas de las instituciones jurídicas que han regulado el mundo de la comunicación previo a la aparición de Internet. A pesar de que en ocasiones la espectacularidad de ciertos avances tecnológicos pueda generar un importante grado de confusión, hasta el punto de desorientar a quienes han de trabajar con ellos o ven parte de sus vidas modificada por su incidencia, la real afección que este cambio deba suponer sobre la estructura jurídica reguladora no ha de magnificarse. El incremento paulatinamente acelerado de la importancia de la Red para hacer negocios o para informar ha hecho aflorar, es cierto, algunas inadecuaciones normativas. Pero, aunque la insuficiencia de algunas de nuestras estructuras sociales, tecnológicas o jurídicas para adaptarse a este cambio es patente, pensar que es necesaria una reconstrucción global de estos campos con el fin de lograr un correcto acomodo a la era de la información, como se ha dado en llamar esta transformación, sería un craso error. Las bases ya conocidas de la ordenación jurídica reguladora de la transmisión y emisión de informaciones y opiniones han de seguir jugando un importante papel a la hora de regular estos fenómenos en la medida en que la Red, como se ha dicho, no deja de ser un nuevo medio que facilita la realización de actividades que, en realidad, ya venían desarrollándose. De manera que la regulación material de éstas no tiene, en principio, que variar por la mera aparición de aquélla, por mucho que sí sean convenientes, y en ocasiones imprescindibles, algunos ajustes.

No puede considerarse que la aparición de Internet, en primer lugar, cuestiona en su totalidad la necesidad de una intervención pública en la regulación de la transmisión de información y ordenación de las comunicaciones, ya que las razones que tradicionalmente la han justificado subsisten (2). De hecho, si algo ha puesto de manifiesto el empleo de las llamadas nuevas tecnologías como instrumento de comunicación, ha sido precisamente la necesidad de una

(2) *Vide*, en esta línea, S. MUÑOZ MACHADO: *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*, Taurus, Madrid, 2000. La acción del Estado, aunque se haya visto desbordada, no puede desaparecer por mucho que deba verse completada por otros agentes y replanteada, en consecuencia, en cuanto a su alcance.

intervención pública ordenadora, como veremos posteriormente, si bien en términos diferentes a la que ha venido siendo tradicional.

Esta necesaria labor de ordenación estatal es el inevitable resultado de la importancia de una actividad las consecuencias de cuyo ejercicio y desarrollo trascienden de la esfera jurídica de los sujetos privados implicados y afectan a toda la sociedad. Por este motivo el Estado no ha renunciado nunca a ejercer ciertas atribuciones de control sobre la emisión de informaciones y opiniones, sin que la aparición de Internet suponga modificación alguna al respecto. La tentación de emplear este control en favor de los propios gobernantes, aun cuando permanece en ciertos lugares y algunas de sus manifestaciones no han quedado todavía totalmente proscritas, ha ido cediendo terreno paulatinamente a una labor eminentemente orientada a la instauración de un marco normativo en el que se generará el flujo informativo, sin intervención inmediata en el mismo. Esta es la norma en las modernas democracias occidentales, que han atenuado de forma considerable la rigidez de los controles y han abierto a todos los ciudadanos la posibilidad de expresar opiniones, ideas y transmitir información. Lo cual no significa que la importancia de estos fenómenos sea menor, ni que se considere poco relevante para el correcto funcionamiento de la sociedad el cómo se desarrolle la misma. Al contrario, esta regulación es tenida en la actualidad siquiera por todavía más básica, en la medida en que afecta al propio funcionamiento del sistema político. Idea esta última que enlaza con la si cabe mayor relevancia de la misma en la medida en que el empleo de Internet pueda suponer efectivamente la llegada de una sociedad de la información. En paralelo al incremento de la importancia de los medios de comunicación (la televisión, señeramente en los últimos años, Internet indudablemente en el futuro) en la configuración de la opinión y del debate públicos, el Estado debe prestar ahora mucha más atención a cómo se realiza la labor informativa, a las condiciones en que se lleva a cabo y a las garantías de que se haga de un modo correcto, pues la repercusión de la misma es tremenda. La aparición de Internet, lejos de deslegitimar la intervención pública, no viene sino a reforzar la importancia de la labor de creación del correcto marco para la realización de estas actividades. Sentada la trascendencia de la consecución de un real pluralismo sin el que el ejercicio de la libertad de expresión no es enteramente posible, es preciso estudiar cuáles son las novedades que el empleo de Internet como medio de comunicación provoca; las transformaciones sociales, culturales y empresariales inducidas por esta mutación, así como las consecuencias en cuanto a la pertinente respuesta jurídica a las mismas.

II. PLURALISMO Y CREACIÓN DE MEDIOS DE COMUNICACIÓN EN LA RED

1. *Justificación tradicional de la existencia de límites al derecho de creación de medios de comunicación*

Una importante manifestación del reconocimiento constitucional de las libertades de expresión y del derecho a la información contenido en el artículo 20 de la Constitución (3) es la consiguiente consagración constitucional del derecho a la creación del medio informativo. La difusión de ideas o de información sobre hechos requiere, cuando se pretende realizarla alcanzando a una parte importante de la sociedad, valerse de medios de comunicación. Esta afirmación, confirmada por el Tribunal Constitucional desde su más temprana jurisprudencia (4), no implica sin embargo que aspectos meramente técnicos, y que no afectan en consecuencia de forma esencial al núcleo del mensaje transmitido, no puedan o incluso deban matizar considerablemente el concreto ejercicio y las posibles limitaciones de este derecho. La propia Sentencia del Tribunal Constitucional 12/1982, en la que se contiene la primera afirmación de la existencia del mismo, no equipara la protección de los derechos primarios a aquellas manifestaciones instrumentales que de ellos se derivan, entre las que figura el derecho a la creación del medio informativo. En consecuencia, acepta la posibilidad de que las garantías constitucionales en lo referido a este aspecto

(3) Artículo 20 CE: 1. *Se reconocen y protegen los derechos:*

a) *A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.*

b) *A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.*

c) *A la libertad de cátedra.*

d) *A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y el secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

2. *El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.*

3. *La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.*

4. *Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.*

(4) «No hay inconveniente en entender que el derecho de difundir las ideas y opiniones comprende en principio el derecho de crear los medios materiales a través de los cuales la difusión se hace posible» (STC 12/1982, caso *Antena 3 Televisión*, FJ. 3.º). Idea reiterada por las SSTC 181/1990, 206/1990 y 119/1991.

sean de menor intensidad. De forma que el derecho a la creación de un medio de comunicación, aunque necesariamente derivado del reconocimiento de la libertad de expresión de ideas y opiniones, no comparte los límites de estas libertades básicas, según es reiterada doctrina de la jurisprudencia constitucional, sino que cuenta con una esfera de protección propia, distinta, y necesariamente menor. La garantía referida a la libre creación de medios de comunicación permite, en consecuencia, una regulación legislativa más amplia que la referida al propio ejercicio del derecho a la libertad de expresión (5). A la hora de desarrollar estas atribuciones el legislador puede tener en cuenta el tipo de soporte que requiere el medio de comunicación que se pretenda crear y hacer variar notablemente las condiciones exigidas en cada caso atendiendo a este dato. Y, en efecto, el régimen que regula en España en la actualidad el ejercicio del derecho a la creación de los medios imprescindibles para hacerlo efectivo difiere dependiendo del tipo de soporte que se pretende emplear. No es lo mismo, en estos momentos, crear una revista o un periódico que pretender tratar de iniciar emisiones radiofónicas ni, mucho menos, crear una televisión. El Estado, atendiendo únicamente a las consecuencias derivadas de las características propias de estos medios de comunicación, que no a sus posibles contenidos, se ha reservado una gama de poderes mucho más extensa en algunos de estos sectores.

Como es sabido la creación de prensa es libre, y no requiere de autorización o licencia. Se trata de una clara y directa manifestación del derecho a la libertad de expresión e información en su vertiente de creación de medios de comunicación no sujeta a restricción alguna. La doctrina del Tribunal Constitucional es desde una fecha temprana inequívoca (STC 77/1982) en el sentido de entender que, salvo que concurren excepciones que justifiquen otras medidas, la configuración constitucional de las libertades de expresión e información supone que la actuación administrativa habitual en la materia es la mera abstención (6), siendo inconstitucionales, por

(5) «Respecto al derecho de creación de los medios de comunicación, el legislador dispone, en efecto, de mayor capacidad de configuración, debiendo contemplar al regular dicha materia otros derechos y valores concurrentes, siempre que no restrinja su contenido esencial» (STC 206/1990, FJ. 6.º). También en STC 119/1991.

(6) «Frente a la postura del recurrente es preciso afirmar que se trata de ejercitar por parte del contenido del derecho fundamental del art. 20.1.a) y d) CE y que no tiene porqué ser generalmente reconocido expresa y formalmente por la Administración, ya que el mismo nace directamente de la CE y su titular no tiene por consiguiente para ejercitarlo que esperar a un previo reconocimiento administrativo. Y ello porque, tal y como está configurada constitucionalmente dicha libertad, el ejercicio de la misma no exige con carácter general más que la pura y simple abstención por parte de la Administración, la ausencia de trabas o impedimentos de ésta y no el

ejemplo, cualesquiera exigencias de depósito administrativo previo o similares (7).

La posibilidad de regular la creación de medios de difusión y sujetarla a licencia o concesión queda así restringida a los casos en que tales medidas puedan entenderse justificadas por las características del soporte (8). Es el caso de la creación de medios de radiodifusión o televisión hertziana. Amparándose en la posibilidad de reservar al sector público recursos o servicios esenciales reconocida por el artículo 128.2 de la Constitución, el legislador ha optado, tras apreciar ese carácter esencial, por reservar estos soportes al sector público (9). Esta consideración ha sido una constante y ni siquiera la actual vorágine liberalizadora parece, hasta la fecha, haber hecho mella en la misma. Por otra parte tampoco por el momento se cuestiona en la Unión Europea la supervivencia de la concepción de la radiodifusión y la televisión como servicios públicos (10), como muestra el hecho de que las diferentes Directivas comunitarias en materia de liberalización de servicios no hayan atacado de momento este *status*. La

reconocimiento formal y explícito de que tal libertad corresponde a sus respectivos titulares. Se trata de una de las libertades de los sujetos particulares que no exigen más que una mera actitud de no injerencia por parte de los poderes públicos» (STC 77/1982, FJ. 1.º).

(7) La STC 52/1983 declaró inconstitucionales, equiparándolas a la censura previa, las previsiones de los artículos 12 y 64 de la Ley de Prensa e Imprenta que se referían a la exigencia de un depósito previo administrativo de las publicaciones: «... parece prudente estimar que la Constitución, precisamente por lo terminante de su expresión, dispone eliminar todos los tipos imaginables de censura previa, aun los más débiles y sutiles, que (...) tengan por efecto no ya el impedimento o prohibición, sino la simple restricción de los derechos de su art. 20.1» (STC 52/1983, FJ. 5.º).

(8) «Aunque en el art. 20.1.a) de la Constitución se enuncia un derecho de libertad que no exige, con carácter general, sino la abstención, la ausencia de trabas o impedimentos para su ejercicio, por parte de los poderes públicos (STC 77/1982, de 20 de diciembre), no es menos cierto que, en determinados casos, será necesaria la actuación positiva de los poderes públicos —del Legislador, específicamente— para la ordenación de los “medios” que sirvan de soporte a la expresión y difusión de ideas u opiniones, hipótesis esta que, respecto de los medios de comunicación de titularidad pública, se halla expresamente contemplada en el art. 20.3 de la misma Constitución» (STC 63/1987, FJ. 6.º).

(9) La Ley 4/1980, de 10 de enero, de Estatuto de la Radio y la Televisión, con el acuerdo de los entonces partidos mayoritarios Unión de Centro Democrático y Partido Socialista Obrero Español, define en su artículo 1.2 ambas actividades como servicios públicos esenciales, cuya titularidad corresponde al Estado. Afirmación que se ha venido repitiendo, hasta la fecha, en todas las normas en materia de televisión convencional. Sin embargo, el régimen de la televisión por cable (*vide* STC 31/1994, FJ. 7.º) y de la televisión vía satélite es distinto.

(10) Amparada por lo demás en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, que en su art. 10.1 *in fine*, refleja esta peculiaridad al afirmar que el derecho de libertad de expresión, opinión y de recibir o comunicar información o ideas no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión o televisión a un régimen de autorización previa.

reciente Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, es extraordinariamente significativa en este sentido cuando, ya desde su primer artículo, exceptúa estos medios de transmisión de información de las áreas liberalizadas por la misma, con la única excepción de las infraestructuras para la difusión de las señales (11).

Es esencial el estudio de los motivos que justifican la perduración de este régimen de publicación de la televisión en tanto que las limitaciones a la creación de medios de comunicación, y por ende su influencia en la formación de la opinión pública libre y su afeción al pluralismo, deben encontrar amparo en el texto de la Constitución, ya que de otra manera nos encontraríamos ante ataques inadmisibles a derechos fundamentales. La justificación de la reserva al Estado de la radiodifusión y la televisión se ha venido buscando (12), básicamente, en dos consideraciones totalmente distintas: por una parte se han aducido motivos de tipo técnico, referidos a la limitación del espacio radioeléctrico; y por otra se ha defendido esta publicación alegando la existencia de intereses públicos que aconsejan este tratamiento, especialmente acudiendo a la idea de que la preservación del pluralismo político requiere de un control público del medio (13). Se trata, como ya se ha dicho, de argumentos de muy distinta índole, en la medida en que el primero de ellos se refiere a una cuestión

(11) Artículo 1, párrafo segundo de la LGT: *Sin perjuicio de lo establecido en la Disposición final primera, se excluye del ámbito de esta Ley el régimen básico de radio y televisión que se regirá por las disposiciones vigentes sobre la materia, dictadas al amparo del artículo 149.1.27.º de la Constitución. No obstante, las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y de televisión, estarán sujetas a lo establecido en esta Ley y, en especial, a lo dispuesto, sobre interconexión y acceso, respecto de la provisión de redes abiertas, en el Capítulo IV del Título II.*

(12) Una vez abandonada por el Tribunal Constitucional su inicial doctrina, expresada en la Sentencia 12/1982, de que el derecho a la creación de medios de comunicación en estos sectores no derivaba de la Constitución: «la (...) "televisión privada" (...) no está necesariamente impuesta por el art. 20 de la Constitución, aunque, como es obvio, tampoco está constitucionalmente impedida. Su implantación no es (...) sino una decisión política» (FJ. 3.º).

(13) Aunque en ocasiones se identifican más motivos que han servido de justificación de la mayor intensidad de la intervención pública en el medio audiovisual que en el escrito, los reseñados son los más relevantes. De hecho algunos de los elementos habitualmente enumerados no vienen a ser sino concretas manifestaciones de éstos o pueden reconducirse a ellos. Es el caso, por ejemplo, de los dos criterios adicionales que señala M.ª L. ESTEBAN: *Nuevas tecnologías, Internet y Derechos Fundamentales*, Mc Graw Hill, Madrid, 1998, págs. 66-68: el argumento de la titularidad pública expuesto por esta autora no deja de estar conectado con las consideraciones técnicas referidas a la limitación del espacio radioeléctrico (pues esta situación es la que precisamente provoca su calificación como dominio público), e igualmente el criterio que relata de la «diferente percepción» está en última instancia íntimamente ligado a las características del medio como instrumento especialmente potente y eficaz para moldear la opinión pública.

cuyo carácter técnico la convierte, estrictamente, en una afirmación sobre hechos que puede ser cierta o no; mientras que la segunda requiere una exégesis de la Constitución y de ciertos aspectos de la relevancia social de la libertad de expresión y la formación de la opinión pública libre de mucho mayor calado y de gran interés en la medida en que permite su traslado más allá del concreto ámbito de la televisión.

Así, ha sido frecuente escuchar que las limitaciones impuestas legalmente a la creación libre de medios de comunicación de radio o televisión eran, ante todo y en primer lugar, inevitables. Al tratarse de medios de comunicación que necesitaban para realizar su actividad del empleo del espacio radioeléctrico (14), y dado el carácter finito del mismo, el permitir su libre aparición plantea la posibilidad de que éste quede saturado, dificultando la comunicación en un primer momento (interferencias) e imposibilitando directamente la creación de nuevos medios una vez hubiera quedado colapsado. A estas limitaciones técnicas del espacio radioeléctrico se unen otras sobre el mismo bien pero de naturaleza jurídica, como son las obligaciones contraídas por España en cuanto a la gestión del espectro de acuerdo con los tratados internacionales concluidos en la materia. De manera que, paradójicamente, la absoluta libertad concedida a aquellos hipotéticos primeros llegados a este sector de actividad imposibilitaría para siempre el ejercicio de la misma por parte de los demás. Y así como publicar un periódico no impide que otras personas se lancen a la misma empresa, las limitadas posibilidades que ofrece el espacio radioeléctrico obligan al Estado a regular las condiciones que permiten la creación de medios de comunicación en estos soportes, lo que lleva a que la libre creación de radios o televisiones, a diferencia de lo que ocurre con la prensa escrita, no sea reconocida como un derecho fundamental. Esta imposibilidad material fue aducida por el Tribunal Constitucional en el primer asunto del que conoció que plantea-

(14) El espacio radioeléctrico es definido como dominio público por el art. 3 del Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico (dictado por Orden de 9 de marzo de 2000), que lo considera como «el espacio por el que pueden propagarse las ondas radioeléctricas», entendiéndose por éstas «las ondas electromagnéticas cuya frecuencia se fija convencionalmente por debajo de 3.000 gigahertzios, que se propagan por el espacio sin guía artificial». El espacio radioeléctrico ha sido el canal por el que tradicionalmente se ha transmitido la señal televisiva y radiofónica. Con todo, en la actualidad, existen modalidades de televisión que emplean otras soluciones técnicas. La calificación del espectro radioeléctrico como dominio público ha sido tradicional y está avalada por el Tribunal Constitucional: «La emisión mediante ondas radioeléctricas que se expanden a través del espacio entraña la utilización de un bien que ha de ser calificado como de dominio público, con una calificación por nadie contradicha» (STC 12/82 caso *Antena 3 Televisión*).

ba el problema (15). No obstante, las limitaciones del espectro radioeléctrico, si bien en el pasado suponían obstáculos realmente relevantes, ya no lo son en la misma medida (16). Los espectaculares avances en materia de compresión, así como la paulatina imposición de la digitalización de las señales han multiplicado las posibilidades, por mucho que el dominio público radioeléctrico siga siendo limitado. De manera que la primera de las causas que tradicionalmente se han esgrimido para justificar la consideración de estas actividades como servicio público no puede considerarse en la actualidad como vigente o, cuando menos, sólo muy difícilmente puede entenderse que subsista. Y, en todo caso, es previsible su absoluta falta de sustento fáctico en pocos años. Las consideraciones de naturaleza técnica no bastan, en consecuencia, para sustentar en la actualidad la publicación del sector.

Sólo puede entenderse que la publicación del sector sigue justificada si aceptamos la suficiencia del segundo de los motivos tradicionalmente invocados para habilitarla. Éste hace referencia a la propia dinámica de los medios de comunicación y al significado de la libertad de expresión en una sociedad democrática. En definitiva, la idea, que se manifiesta como una constante en la jurisprudencia constitucional de los distintos países europeos (17), es que la

(15) Como es sabido, la empresa Antena 3, S.A., que en esos momentos gestionaba una cadena de radio, pretendía crear una televisión privada, lo que no le fue permitido. Como respuesta a su recurso en amparo ante el Tribunal Constitucional alegando la vulneración del derecho a la libertad de información en su faceta de creación de medios de comunicación se falla la primera sentencia sobre esta cuestión. El Tribunal consideró que «cuando los bienes que se utilizan en un medio de reproducción pertenecen a esta última categoría (bienes que ofrecen posibilidades limitadas de utilización), su grado de escasez natural o tecnológica determina una tendencia oligopolística que condiciona el carácter de los servicios que se pueden prestar, el *statu quo* jurídico y político del medio y, en definitiva, el derecho mismo a una difusión e información libres». De forma que entra en juego uno de los límites del ejercicio del derecho, el referido a «la necesidad de no impedir un igual ejercicio de los mismos derechos por los demás ciudadanos, de manera que la creación de un medio o soporte de difusión no debe impedir la creación de otros iguales o similares» (STC 12/1982 caso *Antena 3 Televisión* FJ. 3.^o). Similares apreciaciones valen para la radiodifusión: «Cuando se trata de un servicio público, y éste se funda en la idea, entre otras, de la limitación del medio por razones tecnológicas y la utilización de bienes de posibilidades reducidas de utilización, no puede invocarse una actuación inicialmente libre; por el contrario será la Administración la que podrá distribuir entre un número limitado de aspirantes la gestión indirecta» (STC 79/1982, FJ. 3.^o).

(16) *Vide*, en lo referido al proceso de erosión sufrido por los distintos argumentos que avellan la retención de un control público sobre el derecho de creación de medios de comunicación en estos soportes, y especialmente en cuanto al debilitamiento de la tesis de la escasez, P. SALVADOR CODERCH: *El derecho de la libertad*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, págs. 118-129.

(17) *Vide*, en este sentido, la exposición de la misma que realiza S. MUÑOZ MACHADO: *Servicio público y mercado (III): La televisión*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 90 y sigs.

mayor capacidad de penetración de la televisión requiere de una regulación específica en materia de creación y programación de canales de televisión (18). El poder de influencia de la televisión sobre la opinión pública convierte a este medio en un privilegiado moldeador de la opinión pública, en un inevitable y trascendental foro de discusión del que dependerá en buena medida el debate público democrático. En última instancia, se considera a la televisión como un instrumento tan poderoso que las propias bases de los sistemas representativos se verían afectadas caso de que fuera mal empleado. A esta idea se une una segunda que es la que, definitivamente, fuerza al Estado a retener el control sobre el medio: la constatación de que la liberalización del mismo no llevaría sino a la imposibilidad de que amplios sectores de la población pudieran expresarse a través de él. La puesta en marcha de un canal de televisión, por mucho que se liberalice, no permite a todo el mundo disponer de ese medio de comunicación, pues sólo el que dispone de la suficiente estructura empresarial y de los medios económicos y tecnológicos precisos accederá en la práctica a esa privilegiada tribuna (19). Para evitar, en consecuencia, que un instrumento tan poderoso se convierta en mero altavoz de ciertos grupos, pervirtiendo así el debate público, se considera apropiado que sea el Estado el que se encargue de organizar la prestación del servicio de televisión, pues de esta manera se entiende que el riesgo mencionado desaparece (o, al menos, queda únicamente a expensas del modo en que los representantes de la ciudadanía organicen la prestación del servicio). La necesaria búsqueda de un debate público plural y abierto a todos pasa por la labor estatal en la materia, que se tiene por una garantía en la medida en que se le pueden imponer toda una serie de cargas de servicio público que busquen satisfacer las exigencias de pluralismo presentes en nuestro ordenamiento jurídico (20). La justificación constitucional de esta limitación al

(18) Como señala P. SALVADOR CODERCH: *El derecho...*, cit., pág. 129, «la cuestión básica no es de escasez del medio o de uso de bienes de dominio público sino, claramente, de la distinta influencia sobre el comportamiento humano que el mensaje audiovisual ejerce en comparación con el discurso oral o escrito».

(19) No deja, con todo, de resultar sorprendente el calado de las consecuencias que se extraen de la constatación de la imposibilidad material (por mucho que se reconozca el derecho a ello formalmente) de acceder a este tipo de tribuna de numerosos grupos sociales. Esencialmente, porque esta misma situación se produce también en otros medios sin que se le conceda tanta trascendencia. Tampoco, por lo común, es accesible al ciudadano medio o a asociaciones con intereses sociales o culturales la creación de un periódico. Tal empresa requiere de unas inversiones y una capacidad financiera que la hacen posible únicamente para quien dispone del capital necesario, al igual que ocurre con la televisión, sin que por ello se haya planteado nunca la necesidad de convertir la publicación de prensa diaria en un servicio público.

(20) «La comunicación pública libre no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino también la preservación de un

ejercicio de un derecho constitucional como es la creación de medios de comunicación radica en la necesidad de recurrir a un servicio público para garantizar el pluralismo: «La estricta libertad de empresa (artículo 38 de la Constitución) sin sometimiento a intervención administrativa alguna, y especialmente cuando existen inevitables obstáculos fácticos en nuestras sociedades modernas a la misma existencia del mercado, no garantiza en grado suficiente el derecho fundamental de los ciudadanos en cuanto que espectadores a recibir una información libre y pluralista a través de la televisión, dada la tendencia al monopolio de los medios informativos (...). En este contexto, la noción de servicio público es una técnica que —al igual que otras constitucionalmente posibles— puede permitir al legislador ordenar una adecuada concurrencia de las televisiones públicas y las distintas televisiones privadas» (STC 127/1994, FJ. 6.º).

Estas razones en defensa de la presencia del Estado en el sector deben entenderse como las únicas subsistentes en la actualidad ante la paulatina desaparición de las barreras técnicas ya reseñada. Probablemente, además, ha llegado a su vez el momento de comenzar también a cuestionarlas, pues las características de las sociedades en las que vivimos permiten plantear la duda de si esta opción es más respetuosa con el pluralismo que la temida apropiación del medio a manos de los grandes grupos de poder económico en un momento histórico en el que la viabilidad financiera de diversas opciones en este sector de actividad no ofrece ningún género de dudas (21).

En cualquier caso, la propia irrupción de Internet, un medio de características muy distintas a las de la televisión pero en el que confluyen muchos de los elementos del debate expuesto, puede contribuir a resituar en términos más apropiados la interpretación constitucional reseñada, que deduce la compatibilidad constitucional de la monopolización pública de la necesaria prestación de algunos servicios de televisión (22).

determinado modo de producirse de los medios de comunicación social» (STC 206/1990, FJ. 6.º). Este modo de producirse está, por otra parte, expresamente establecido constitucionalmente, al menos en algunos de estos aspectos. Así el artículo 20.3 CE establece que «la ley (...) garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad...».

(21) Es obvio que en la tesis de la publicación concurre, además, un elemento de paternalismo, en la medida en que asume la relativa incapacidad de la sociedad y los ciudadanos de llegar a una situación satisfactoria en ausencia de ordenación exterior. *Vide* P. SALVADOR CODERCH: *El derecho...*, cit., págs. 133-139.

(22) Tal y como señala la STC 127/1994 (FJ. 6.º).

2. *La imposible justificación del establecimiento de límites a la creación de medios de información en la Red*

La aparición de la Red como medio de transmisión cada día más utilizado para proporcionar información plantea, en efecto, la necesidad de revisar las normas en esta materia y estudiar su adecuación a los cambios operados por las características del nuevo soporte. Hasta la fecha, la creación de medios de comunicación en la Red, y la mera participación como usuario en la misma, se ha venido realizando sin intervención administrativa previa de ningún tipo. La propia amplitud de horizontes y las posibilidades de interacción que garantiza este medio permiten avanzar en la consecución de un mayor pluralismo con base en el carácter «libertario» que se suele asociar a los orígenes de Internet (23). La propia dinámica de la comunicación a través de la Red (facilidad de acceso, simplicidad y reducido coste económico de la difusión de información y opinión) hace de Internet un instrumento peculiar. Estas características convertirían un hipotético control administrativo sobre la creación de medios de comunicación en Red, en la actualidad inexistente, en una medida desafortunada.

La doctrina constitucional sobre las restricciones legítimas a la libre creación de medios de comunicación y su justificación también lo indican. Las razones que se han esgrimido para ordenar la creación de otros medios de comunicación, y que permitían exceptuar lo que según la doctrina del Tribunal Constitucional era la norma general (es decir, la libertad de creación), no sólo no concurren en lo que se refiere al empleo de la Red sino que su análisis pone de manifiesto la inconveniencia de cualquier medida restrictiva. Las limitaciones técnicas que dificultan la teórica convivencia de ilimitadas opciones televisivas hertzianas o radiofónicas, sencillamente, no aparecen en Internet. Por otra parte, la inexistencia de estas limitaciones técnicas, junto al carácter propio del medio y la facilidad con la que puede ser empleado por cualquiera como instrumento de comunicación son motivos que permiten argumentar que las posibles desviaciones en su empleo en lo referente a la consecución del mayor pluralismo político posible no deben ser tratadas sino como problemas de regulación del mercado informativo, en el sentido que trataremos con posterioridad (24). Las razones que aducía el Tribunal Constitucional referidas a la televisión, y que aconsejaban una intervención pública para evitar que el medio,

(23) Vide M. CASTELLS: *La galaxia Internet*, Areté, Madrid, 2001, págs. 38-40, 51-71, 152-154.

(24) Vide *infra* V. De otra forma correríamos el riesgo de caer en un desmedido paternalismo, más peligroso y desaconsejable si cabe en la medida en que «puede llegar a servir de coartada a quienes creen que la intervención ha de proteger a las gentes de sí mismas o que la regulación es el subrogado de la educación y, a la postre, de la libertad» (P. SALVADOR CODERCH: *El derecho...*, cit., pág. 147).

aunque liberalizado teóricamente, quedara en manos únicamente de quienes disponen de la capacidad técnica y económica para emplearlo, no existen en cuanto a la Red, que si se caracteriza por algo es por facilitar la comunicación eliminando esas barreras de acceso.

Por otra parte no conviene desdeñar la existencia de algunas circunstancias fácticas que aconsejan que la creación de medios de comunicación en Internet siga siendo, tal y como hasta ahora, libre. No parece tener mucho sentido aplicar esquemas de otro medio como el televisivo (esquemas que, por lo demás, están en franca regresión en la actualidad) a uno con características distintas y que por otra parte dificultarían enormemente la eficacia de una eventual medida limitadora. De igual manera que la necesaria autorización para emitir por televisión vía satélite fue fácilmente soslayada en su día por el simple procedimiento de emitir desde otro país, el carácter de la Red, carente de centro y en la que el punto geográfico del planeta desde el que se publiquen los contenidos es absolutamente irrelevante para la forma en la que éstos lleguen a sus destinatarios, convertiría una medida de esta naturaleza en un absurdo.

Por ello, la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, establece acertadamente en su artículo 4 el principio de no autorización previa, que deberá inspirar la práctica legislativa en los diversos Estados miembros:

Art. 4 Directiva 2000/31/CE: 1. Los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes.

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no irá en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

III. INCIDENCIA DE LAS PARTICULARIDADES DE LA RED EN EL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

1. *Delimitación del ámbito material de ejercicio de la libertad de expresión*

Como es lógico, la base del régimen jurídico de la difusión de información a través de la Red es, al igual que ocurre con el régimen general de esta

actividad en todas las democracias occidentales, el reconocimiento como derecho fundamental de la libertad de expresión, realizado en España por la Constitución de 1978 y que se refiere tanto a la libertad de expresión como a la libertad/derecho de información (25). La primera es una manifestación hacia el exterior, en última instancia, de la libertad ideológica (recogida también en el artículo 16 CE), por medio de la difusión de pensamientos, ideas u opiniones que se deducen de ella (26). Esta primera enunciación [plasmada en el apartado 1.a) del artículo 20] podría considerarse como comprensiva de otras muchas manifestaciones más parciales, a pesar de lo cual el constituyente entendió más conveniente reforzar algunas de ellas con una mención expresa. Así, el apartado 1.d) del artículo 20 CE reconoce tanto el derecho a comunicar como a recibir libremente información. En ambos casos la garantía es extensible a cualquier medio de difusión (27). Parece evidente, en consecuencia, que el esquema general previo que debemos tener en cuenta a la hora de analizar el régimen jurídico de la emisión de opiniones o informaciones a través de Internet debe deducirse de estas bases y no puede encontrar otro punto de partida que el reconocimiento previo de la libertad de expresión e información, cuyas posibles limitaciones habrán de encontrar justificación en la preservación de otros bienes e intereses de relevancia constitucional.

Las propias particularidades de la Red, de acuerdo con la explicación de los autores que la han estudiado (28), condicionan el ejercicio de la libertad de expresión en la misma. Características incluso técnicas deben ser tenidas en cuenta a estos efectos, ya que la red Internet carece de centro efectivo, debido

(25) Estas nociones son las que encontramos como evidentemente subyacentes en la Constitución española de 27 de diciembre de 1978, cuyo artículo 20 realiza un exhaustivo reconocimiento de estas libertades. El reconocimiento constitucional de la libertad de expresión en sus manifestaciones de expresión de ideas y opiniones por una parte [art. 20.1.a) CE] y de comunicar o recibir información [art. 20.1.c) CE] por otra es la piedra angular de la regulación de la transmisión de información en España. Se trata de una actividad libre, que puede ser ejercida por cualquier ciudadano, y sin que sea admisible constitucionalmente un control previo sobre sus contenidos de ningún tipo (art. 20.2 CE).

(26) La importancia de las libertades de expresión e información, como ya se ha señalado, es notoria si tenemos en cuenta que sin su existencia el ejercicio de muchas otras libertades queda imposibilitado o severamente mermado. ¿Hasta qué punto podemos considerar que se reconoce realmente la libertad de pensamiento si no es posible la difusión y propagación de estos? Iguales reflexiones pueden hacerse respecto de derechos como los de reunión o el derecho de sufragio.

(27) El art. 20.1.a) CE ampara la difusión «mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción», mientras que el art. 20.1.d) CE lo hace cuando se emplea «cualquier medio de difusión».

(28) M. CASTELLS: *La era de la información (I). La sociedad red*, 2.^a ed., Alianza, Madrid, 2000. La obra de Castells es referencia obligada en todo lo relativo al nacimiento y características de la comunicación a través de Internet. *Vide también La galaxia Internet*, cit., págs. 51-81.

a que fue creada, como es bien sabido, con el fin de lograr un sistema de comunicaciones que garantizara su inmunidad ante un ataque militar por mucho que grandes partes del mismo se vieran dañadas. Los mensajes se reciben y envían a través de una verdadera telaraña de redes constituida por los cientos de miles de conexiones voluntarias que particulares e instituciones han realizado empleando un protocolo de transmisión común, y que son utilizadas sin que existan rutas fijas para la interconexión de los usuarios. Los mensajes no sólo pueden circular por infinidad de caminos diferentes para llegar a su destino sino que cada vez varían su itinerario. Incluso las diferentes partes de un mismo mensaje, una vez codificado y comprimido, viajan por separado y por vías distintas, reuniéndose sólo en el terminal receptor. De forma que esta configuración técnica implica en sí misma evidentes dificultades a la hora del control de contenidos. Como señala Muñoz Machado no es aconsejable trasladar a Internet modelos de control sobre los contenidos excesivamente estrictos, pues la posibilidad de que éstos sean producidos y publicados en la Red en cualquier parte del mundo, en ocasiones difícilmente localizable, pero permitiendo su acceso desde cualquier punto del planeta, reduce considerablemente su eficacia (29). La intervención pública en esta materia debe por ello limitarse a concentrar sus esfuerzos en la represión de aquellos contenidos que sean realmente nocivos, no siendo aconsejable cualquier otra intervención pública. Precisamente este motivo hace apuntar a Muñoz Machado la conveniencia e inevitabilidad de la paulatina sustitución de regulaciones públicas por autorregulaciones de los propios actores que protagonizan el empleo de la Red como medio de comunicación (30).

Asimismo, Internet supone que cualquier usuario no sólo tenga, a través de la Red, acceso a una gran cantidad de información sino que, además, sea un potencial emisor. La propia conexión le convierte por definición en un usuario activo, que en la medida en que lo desee puede participar en foros de discusión, publicar documentos o enviar mensajes. Además de convertir a todos sus usuarios en potenciales emisores activos de información este medio de comunicación los coloca en una situación de igualdad casi absoluta. Las diferencias iniciales entre cualquier usuario son más bien escasas. La Red ofrece la posibilidad a cualquier ciudadano de, con un coste reducido, estar en condiciones de llegar (potencialmente) a tantos cientos de miles de personas como puedan hacerlo las corporaciones con más recursos económicos y tecnológicos (31).

(29) S. MUÑOZ MACHADO: *La regulación...*, *cit.*, pág. 157.

(30) *Ibidem*, pág. 157.

(31) Al menos Internet garantiza que no hay barreras tecnológicas ni económicas para ello. Como veremos después el propio mercado informativo sí genera notables diferencias pues no es lo mismo ser «visible» que tener una efectiva «visibilidad» en la Red. *Vide infra* III.3 y V.

Lo cierto es que en la Red conviven contenidos de muy diverso tipo. Desde iniciativas empresariales que mueven ingentes cantidades de dinero a modestas páginas creadas por ciudadanos que no tienen otro interés que poner a disposición de todo el mundo sus opiniones sobre cualquier tema. La tremenda capacidad de la Red para expresar cualquier idea ha provocado que, efectivamente, en ella podamos encontrar de todo, incluyendo, por supuesto, manifestaciones que pueden chocar o herir, violencia, pornografía, manifiestos de organizaciones terroristas o nazis, etc. Es decir, también contenidos que en muchos casos no pueden encuadrarse dentro de lo que habitualmente se considera el ejercicio legítimo de la libertad de expresión (al margen de otros empleos de la misma como instrumento para la comisión de delitos, que serán en cualquier caso perseguibles, pero que no se refieren a la difusión de opiniones o informaciones) (32).

La referida ausencia de centro efectivo (que dificulta los controles), la facilidad de acceso a la Red, su interactividad y la igualdad inicial en que sitúa a los emisores y receptores de información, son factores que contribuyen a que Internet, en definitiva, nazca y se haya desarrollado como un sistema que permitía casi todo, ácrata y «libertario» por definición, en el que ciertas reglas quedaban atenuadas cuando no desaparecían. Espíritu que sigue anidando en la mayor parte de la comunidad de internautas (33).

Estas peculiaridades de Internet no obligan sin embargo, a nuestro entender, a revisar los límites que tradicionalmente han sido impuestos al ejercicio de las libertades de expresión e información. El esquema de regulación del ejercicio de las libertades de expresión (opinión e información), con sus límites civiles y penales, no debe variar sustancialmente a la hora de ser aplicado a Internet en la medida en que los límites materiales quedan por definición referidos al mensaje y no al medio empleado para su emisión (34). Con todo, no puede ignorarse que, en la medida en que el medio pueda contribuir a configurar el mensaje (como es un lugar común sostener entre los especialistas en el

(32) Han de diferenciarse claramente aquellos empleos de Internet o, en general, cualquier manifestación expresiva que pretenda la comunicación a otras personas de un concreto mensaje, supuestos de los que vamos a ocuparnos y a los que debe entenderse ceñido nuestro discurso, de todas aquellas manifestaciones que no son sino instrumento de una acción dañina (que es la que debe ser tenida en cuenta y provoca por ello que el ordenamiento prohíba la expresión instrumental en que se apoya). Sirva esta aclaración para dejar claro que la libertad de expresión, tampoco en la Red, ampara la comisión de delitos ni puede entenderse exenta de respetar los límites jurídicos a las manifestaciones constitucionalmente protegidas.

(33) M. CASTELLS: *La galaxia Internet*, cit., págs. 51-71.

(34) *Vide*, sobre estos límites, P. SALVADOR CODERCH (dir.): *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990.

estudio de la comunicación), está claro que el espíritu que frecuentemente se detecta en Internet hace gala de una mayor liberalidad hacia ciertos contenidos. No obstante, no creemos que, como norma general, deba tenerse a Internet por un medio que atenúe los efectos lesivos de la expresión de ideas, opiniones e información. De forma que esta mayor flexibilidad no aparece sino como una sana manifestación (en todo lo que se refiere a la mera emisión de opiniones) del vigor con el que se entiende la libertad de expresión en el nuevo medio. La aparición y generalización de la Red como medio de comunicación permite por ello (al configurar en la práctica con mayor generosidad el ámbito de expresión libre) reflexionar sobre la real conveniencia de proscribir la emisión de ciertos mensajes, meramente referidos a opiniones, por ejemplo.

La propia naturaleza de la Red ya ha sido de hecho tenida en cuenta para señalar lo inapropiado de ciertas limitaciones atinentes a los contenidos. La estadounidense *Communications Decency Act of 1996, Title V* de la *Telecommunications Act*, de 8 de febrero de 1996, fue recurrida alegando su inconstitucionalidad (por ir contra la Primera Enmienda a la Constitución de los Estados Unidos) por diversas asociaciones y empresas vinculadas a la Red, que ya habían manifestado su radical oposición a la misma durante el trámite parlamentario (35). Un Tribunal de Pensilvania declaró que, efectivamente, la regulación no se compadecía con el régimen de respeto a la libertad de expresión que debe regir en los Estados Unidos, decisión que fue posteriormente confirmada por el Tribunal Supremo Federal (*Reno vs American Civil Liberties Union*, 26 de junio de 1997). El Tribunal de Pensilvania (*American Civil Liberties Union et al. vs. Janet Reno, Attorney General of the United States*) define la Red como una «conversación mundial sin fin» y, aunque reconoce que «muchos encuentran algunas de las expresiones o manifestaciones en Internet ofensivas (... y que) en medio del estruendo del ciberespacio muchos oyen voces que consideraran indecentes», señala que «la ausencia de regulación normativa de los contenidos de Internet ha producido, incuestionablemente, una especie de caos, pero (...) lo que ha hecho de Internet un éxito es el caos que representa. La fuerza de Internet es ese caos (...) la fuerza de nuestra libertad depende del caos y de la cacofonía de la expresión sin trabas que protege la Primera Enmienda».

Los tres magistrados del Tribunal de instancia coincidieron en apreciar la inconstitucionalidad de la ley. La Presidente, Dolores Sloviter, considera que cualquier restricción debe estar justificada por un interés público y además

(35) El precepto más problemático era el referido a la prohibición del empleo de la Red para crear, solicitar o iniciar la transmisión de cualquier contenido de naturaleza «obscena» o «indecente» a menores de edad (teniendo en cuenta las dificultades evidentes que supone la comunicación a través de Internet para controlar la edad de los receptores de la comunicación).

«estar estrechamente diseñada a tal fin» (doctrina del *narrowly tailored*). Además, la obscenidad y la pornografía infantil ya están penadas y perseguidas con carácter general, sin ser precisa una regulación *ad hoc* y más restrictiva para la Red. La Ley enjuiciada posibilita actuaciones restrictivas irrazonables, pudiéndose aventurar persecuciones a obras de mérito literario o artístico, al igual que ocurrió en el pasado con obras como el *Ulises* de James Joyce (36), al dejar la interpretación total de la libertad de expresión en manos de jueces y fiscales. El juez Buckwalter, incide en el respeto a la V Enmienda (arbitrariedad) en esta misma línea y entiende que la normativa, por la propia dificultad de precisar qué conductas caerían dentro de la prohibición, infringía la Constitución de los Estados Unidos al permitir una aplicación arbitraria y discriminatoria (37). Por último el juez Dalzell introduce otros elementos de juicio para reforzar la consideración de la norma como inconstitucional, como la discriminación que supone la ley entre entidades que pueden permitirse los difíciles medios técnicos para acreditar que sólo accedan adultos a ciertos contenidos y las de carácter benéfico que no pueden asumir el coste de los mismos.

En esta misma línea se sitúa el fallo del Tribunal Supremo al conocer del asunto *Janet Reno, Attorney General of the United States et al., Appelants vs. American Civil Liberties association et al.* (38), en el que se sustancia el recurso presentado por la Fiscal General de los Estados Unidos contra la declaración de inconstitucionalidad de la regulación. Los argumentos contra la CDA que acoge el Tribunal Supremo Federal van en la misma línea de los ya expuestos. Se centran en la necesidad de evitar el riesgo de que la ambigüedad de la normativa provoque que, por miedo a incurrir en las penas previstas por la ley, los sujetos repriman su libre expresión sobre asuntos perfectamente legítimos. Este «efecto congelador de la expresión» es todavía más preocupante porque graves son las consecuencias que pueden derivarse de la aplicación de la norma, incluso con previsión de penas de prisión (39). Asimismo, la Sentencia enumera otros motivos por los que debe entenderse como ajustada a Derecho la consideración de la regulación en cuestión de la CDA como inconstitucional: la posibilidad de elaborar una ley más respetuosa con la libre expresión;

(36) A. FAYOS GARDO: «Reflexiones sobre la jurisprudencia norteamericana en materia de libertad de expresión: de Holmes a la sentencia el caso *Internet*», en *RAP*, núm. 141, pág. 420.

(37) *Apud* S. MUÑOZ MACHADO: *La regulación...*, cit., págs. 159-160.

(38) *Supreme Court of the United States* no. 96-511.

(39) Sobre los nefastos efectos de las regulaciones que provocan un efecto de «autocensura» se ha expresado también el Tribunal Constitucional español en su STC 199/87: «... los efectos indirectos negativos de “autocensura” en el ejercicio de la libertad de expresión e información (...) puede(n) operar como una coerción indirecta sobre el ejercicio de las libertades de expresión y de información del artículo 20 de la constitución que resultarían incompatibles con ésta...».

la inconveniencia de que la protección de menores impida la libre expresión entre adultos; y la imposibilidad de exigir razonablemente y de buena fe barreras contra posibles accesos discriminando las categorías de usuarios (40). Las regulaciones de esta naturaleza no sólo no contribuyen a garantizar la existencia del pluralismo y el ejercicio de la libertad de expresión imprescindible para la formación de la opinión pública libre en una sociedad democrática, sino que, en palabras de la Corte Suprema estadounidense, «la regulación gubernamental del contenido de la libre expresión es más probable que interfiera con el libre intercambio de las ideas que la promueva. El interés en fomentar la libertad de expresión en una sociedad democrática supera cualquier beneficio de censura teórica no probado».

La fuerza de la Red, y lo que la dota de un extraordinario valor, es precisamente el hecho de que en ella se encuentran aportaciones de todo tipo y que cualquier internauta puede incluir la suya de una forma relativamente sencilla (en realidad extremadamente sencilla una vez derribadas las primeras barreras) y con un coste económicamente asumible. En definitiva, lo que convierte a la Red en un instrumento socialmente de gran trascendencia es que permite una verdadera comunicación entre todos sin intermediarios innecesarios. La conclusión a que debe conducir este acertado fallo es, sin embargo, de más calado. Porque, en última instancia, la reflexión sobre el valor del «caos» y la importancia de que cualquier tipo de opinión, incluso algunas que «hieren o chocan», sea admisible jurídicamente viene a situarnos precisamente en el núcleo del debate sobre las bondades de la libertad de expresión. Los argumentos que las sentencias referidas emplean para declarar inconstitucionales las regulaciones en cuestión sobre contenidos son precisamente los mismos en los que se buscaba encontrar apoyo para el propio reconocimiento de la libertad de expresión en momentos históricos en que la discusión se planteaba en esos términos (41).

(40) En la enunciación de A. FAYOS GARDO: «El nuevo mercado de las ideas», en *RAP*, núm. 144, págs. 231-243.

(41) Un sistema estructurado en torno a este reconocimiento contrasta notablemente con la consideración tradicional que merecían las actividades de esta naturaleza, profundamente controladas no sólo por el Estado sino también por otros poderes. El régimen preliberal para el ejercicio de las mismas partía de la base de que ciertos órganos debían realizar una labor de depuración previa, con vistas a impedir, o a dificultar en la mayor medida posible, la comunicación de mensajes que eran considerados delictivos por el órgano encargado de realizar la criba. Semejante panorama dotaba de un enorme poder sobre las conciencias y la formación de la opinión pública a quienes estaban en condiciones de ejercerlo, y no es hasta bien entrado el siglo XVIII cuando comienzan a alzarse voces que ponen en cuestión la bondad del sistema. La reacción contra este estado de cosas cristaliza en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Asamblea constituyente francesa en 1789. Sus artículos 10 y 11 enuncian con una claridad hasta ese momento inusitada lo que van a ser las bases del sistema regulador de la difusión de la información en Europa

El consenso filosófico y político que a partir de finales del siglo XVIII lo gran aglutinar las ideas de libertad de información y de libertad de expresión de opiniones e ideas se fundamenta no únicamente en la necesaria protección de ciertas áreas de autodeterminación del ciudadano, sino en que a través de la misma se logra un indudable efecto benéfico para la sociedad. Las limitaciones impuestas a la emisión libre de ideas por medio del absoluto control y la censura no cumplen adecuadamente con la función que dicen perseguir, ya que no logran mejorar la convivencia social al erradicar del debate de ideas aquellas deletéreas sino que acaban por conseguir en muchos casos el efecto contrario al impedir el libre flujo de opiniones distintas y su contraste (42).

Las nefastas consecuencias que los impedimentos a la libre expresión de ideas, opiniones e información producen en el desarrollo social son en la ac-

hasta la actualidad: *Artículo 10. Nadie debe ser inquietado por sus opiniones, incluso religiosas, en tanto su manifestación no perturbe el orden público establecido por la Ley. Artículo 11. La libre comunicación de pensamientos y opiniones es uno de los derechos más preciosos del hombre; todo ciudadano puede en consecuencia hablar, escribir, imprimir libremente, excepto cuando deba responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la Ley.* Casi simultáneamente, en los Estados Unidos de América, se instituye un régimen similar al francés. Los constituyentes estadounidenses son plenamente conscientes de la importancia de la libertad de prensa, y la falta de reconocimiento inicial de la misma en la Constitución de 17 de septiembre de 1787 es motivo de polémica. Las opiniones no divergen sin embargo en la necesidad de que tal libertad sea reconocida, sino en el medio más idóneo para que se respete eficazmente, que a juicio de HAMILTON no consiste en una elocuente declaración insertada en su favor en el texto, sino que «depende en absoluto de la opinión pública y del espíritu general del pueblo y del gobierno» (*El Federalista*, Fondo de Cultura Económica, México, 1998). Sin embargo, el primer artículo de enmienda a la Constitución, introducido a propuesta del Congreso en su primer período de sesiones y ratificado el 15 de diciembre de 1791, acaba por adoptar el modelo europeo y opta por un reconocimiento expreso: *El Congreso no hará ley alguna por la que se adopte una religión como oficial del Estado o se prohíba practicarla libremente, o que coarte la libertad de palabra o de imprenta o el derecho del pueblo para reunirse pacíficamente y pedir al Gobierno la reparación de agravios.*

(42) Una acabada síntesis de esta concepción que pone de relieve los beneficios sociales, utilitarios, del reconocimiento de estas libertades es la que en 1859 realiza STUART MILL en *Sobre la libertad*, Espasa Calpe, Madrid, 1991, págs. 87 y siguientes: «(...) Si toda la especie humana no tuviera más que una opinión y solamente una persona fuera de la opinión contraria, no sería más justo que la humanidad impusiera silencio a esta sola persona, que si ésta misma, si tuviese poder suficiente para hacerlo, lo ejerciera para imponer silencio al resto de la humanidad. Si la opinión fuera una pertenencia personal que no tuviese valor excepto para su dueño, si el impedir su disfrute no fuera más que un daño privado, habría cierta diferencia entre que se infligiese el daño a pocas personas o a muchas. Pero la peculiaridad del mal que supone el imponer silencio a la expresión de una opinión estriba en que supone un robo a la raza humana; a la posteridad igual que a la generación presente; más todavía a aquellos que disienten de esa opinión que a aquellos que la apoyan. Si la opinión es acertada, se les priva de la oportunidad de cambiar error por verdad; si es errónea, pierden lo que constituye casi el mayor de los beneficios, una percepción más clara y una impresión más viva de la verdad, producida por su colisión con el error.»

tualidad reconocidas sin discusión. La falsedad de una opinión es en ocasiones difícil, cuando no imposible, de probar, pero incluso en este caso el error de quienes la defienden no es considerado causa que justifique su proscripción. Porque, en primer lugar, no puede olvidarse que tanto la mayoría como quienes aparentan un mejor y más profundo conocimiento de una cuestión cualquiera pueden errar (opiniones que en la actualidad se tienen por ciertas hace mucho no eran siquiera consideradas), pero, y sobre todo, porque se asume que la mera propagación de ideas u opiniones, por erradas que estén, no provoca daños o peligros a la sociedad, y que en cualquier caso éstos son siempre menores que los de su eventual proscripción (43).

Estas libertades son especialmente importantes en una sociedad democrática, en la medida en que sin su reconocimiento y preservación no es posible el mantenimiento de una opinión pública libre, base de la misma. La existencia de aquella, de lo que el Tribunal Supremo Federal de los Estados Unidos ha llamado *free flow of news*, es esencial en la medida en que, caso de no existir, otros muchos derechos reconocidos constitucionalmente pierden en gran parte su significado (44). Las propias instituciones representativas, en un entorno que desconozca estas libertades, quedan reducidas a meras formalidades, y el mismo principio democrático, en el que nuestro sistema político se basa, aparece falseado. El intercambio de ideas y opiniones, así como la labor informativa, adquieren en consecuencia un carácter básico, pues son uno de los pilares de los sistemas políticos democráticos occidentales. No se puede concebir la convivencia en una sociedad libre y democrática en la que estas libertades no sean reconocidas, respetadas y protegidas. Precisamente por la necesidad de que este flujo esté abierto a todos es por lo que el ejercicio de las mismas se reconoce a cualquier persona, con independencia de su *status* profesional. Estas libertades no están pues ligadas a la condición de periodista sino que cualquier persona, profesional o profana, que se manifieste en estos campos goza de la

(43) Recientemente, un Tribunal estadounidense, resolviendo precisamente un problema de libertad de expresión en Internet que será posteriormente analizado (*vide infra*, III, 3), ha apuntado en esta misma línea: «es preferible permitir la expresión no violenta de puntos de vista ofensivos a imponer una regulación de la libertad de expresión basada en los puntos de vista gubernamentales» (Sentencia de la *United States District Court for the Northern District of California (San José Division)*, de 7 de noviembre de 2001).

(44) De gran relevancia es la conocida Sentencia *New York Times Co. vs. Sullivan* de 1964 [376 U.S. 254 (1964)], que consagra en la jurisprudencia norteamericana de forma definitiva estas ideas. Sobre el supuesto de hecho que da origen a la Sentencia y la propia decisión del Tribunal, *vide* P. SALVADOR CODERCH: *El mercado...*, *cit.*, págs. 254-260. *Vide* también la evolución de la jurisprudencia estadounidense (págs. 260-275) y la recepción tanto a nivel europeo (págs. 275-278) como español, integrando también las posturas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (págs. 82-92).

protección constitucionalmente reconocida. En este mismo sentido es absolutamente coherente que la libertad consagrada suponga igualmente el reconocimiento del derecho a recibir información, derecho de todos los ciudadanos que aparece como otro presupuesto básico para la formación de esa opinión pública libre. La consideración de España como un Estado social y democrático de derecho (artículo 1 de la Constitución) confiere una especial importancia a la vertiente participativa en estas libertades. De ahí la necesidad, señalada por el Tribunal Constitucional, de proteger estas participaciones como mecanismo de asegurar la formación de la opinión pública libre (45).

De forma que el Tribunal de Filadelfia, aun considerando (como por otra parte es evidente) que el empleo de Internet puede ser un medio para la transmisión de contenidos que deben ser impedidos y perseguidos (piénsese en el empleo de la Red para calumniar o injuriar), entiende que las restricciones a la libertad de expresión, que sólo pueden ampararse en evidentes consideraciones de interés público, han de ajustarse a la finalidad perseguida. En este caso, las restricciones exigidas por la legislación conducían a que, tratando de evitar el posible acceso de una determinada categoría de usuarios (los menores de edad) a algunos contenidos, se estaba de hecho dificultando la publicación de esos mismos contenidos para la generalidad de los ciudadanos debido a la dificultad de establecer filtros realmente eficaces. Todo ello llevaba en la práctica a limitar gravemente el ejercicio de la libertad de expresión, que se veía amenazado tanto en cuanto a la cantidad de contenidos que pueden difundirse en Red como en cuanto al propio ámbito material de los mismos, claramente cercenado. El Tribunal Supremo norteamericano se apoya en esta idea para confirmar el fallo del Tribunal de Filadelfia, entendiendo que la regulación limitaba las posibilidades de que los usuarios adultos de Internet emitan y reciban información e ideas que constitucionalmente tienen el derecho a difundir.

Tal y como señala Llaneza, cuatro características básicas de la comunicación en Internet imposibilitan la regulación de la indecencia en los términos pretendidos por la ley estadounidense: la existencia de mínimas barreras de entrada para la comunicación a través de la Red; que estas barreras son las mismas tanto para los emisores como para los receptores; que como consecuencia

(45) «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 la interdicción con carácter general de determinadas actuaciones del poder (artículo 20, apartados 2 y 5), pero también una especial consideración a los medios que aseguran la comunicación social (...)» (STC 6/1982, caso *Medios de Comunicación Social del Estado I*). Se produce así «el reconocimiento y garantía de una institución política fundamental, que es la opinión pública, indisolublemente ligada con el pluralismo político» (STC 104/1986, caso *Soria Semanal*).

de ello cualquier contenido de la Red es potencialmente accesible para cualquier usuario; y, por último, que Internet proporciona un acceso significativo a todos aquellos que quieren expresarse empleándolo y, además, en condiciones de gran paridad entre todos aquellos que lo hacen (46). Estas características son las que han permitido a la Red ser el medio de comunicación de masas más participativo conocido debido a su número exagerado de contenidos, a la posibilidad de que cualquier ciudadano o asociación sin ánimo de lucro pueda aportar los suyos en igualdad de condiciones a cualquier gran corporación y a la facilidad de acceso a los mismos. Una desmesura que, en suma y como ya hemos comentado con anterioridad, es la característica que hace la libertad de expresión a través de la Red tan fuerte.

Es sorprendente comprobar, en la línea que ya se ha apuntado, cómo son estas consideraciones absolutamente esenciales en cuanto a la justificación última del reconocimiento de estas esferas de libertad en las sociedades democráticas las que, encontrándose en la base de la propia consagración de las libertades de expresión e información, aparecen en las resoluciones judiciales sobre el control de contenidos en la Red. Causa en efecto cierta perplejidad que los argumentos de los ilustrados franceses o de los liberales anglosajones del siglo XIX deban ser repetidos punto por punto para hacer frente exactamente a las mismas acusaciones a las que se enfrentaba en esa época el reconocimiento de la libertad de expresión. Las ventajas sociales, la propia necesidad para lograr el buen rumbo del debate público de que no existan restricciones a la emisión pública de ideas, por chocantes u ofensivas que puedan parecer, son precisamente los argumentos invocados (y aceptados jurisprudencialmente) para proteger cualquier manifestación expresiva en la Red.

Desde esta perspectiva, las evidentes transformaciones que las características técnicas y la dinámica y desarrollo de Internet han producido en la percepción de cuáles deban ser los contenidos prohibidos nos sitúan en realidad en un debate de mayor calado. Porque en la medida en que esa «fuerza de Internet» (radicada según las sentencias citadas en su propio caos y diversidad) no es sino la fuerza de la propia libertad de expresión estos mismos parámetros que el ejercicio de las libertades de expresión e información está imponiendo en la regulación de su ejercicio en Internet debieran extenderse a todos los ámbitos. Si los contenidos en la Red no pueden ser regulados de resultas de características del medio que no se refieren sino a su excelencia como soporte para el ejercicio más acabado de libertad (la facilidad con la

(46) P. LLANEZA GONZÁLEZ: *Internet y comunicaciones digitales*, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 207.

que se accede a Internet, la posición de activa participación de cualquier usuario, la posibilidad que se le ofrece de acceder a todos los contenidos y el hecho de que cualquiera pueda emplear el medio para expresarse desde una relativa paridad) ¿no debieran extrapolarse estas mismas reflexiones a la regulación de otros soportes?

Analizando detenidamente la argumentación transcrita constatamos que, en realidad, el valor que se atribuye a la libre expresión en la Red no es otro que, precisamente, el que se consideró en su formulación ilustrada que poseía la libertad de opinión. Las restricciones, por muy equivocadas, chocantes o desagradables que puedan ser las emisiones que pretenden limitarse, no suponen sino un empobrecimiento del debate que acaba por ser mucho más nocivo que la propia intervención vedada del mismo. La única particularidad de la Red es que, por ser el medio más abiertamente participativo que se ha conocido nunca, esta situación queda más patente. Cuando se afirma que la desmesura es lo que dota de riqueza y valor a la Red no se está sino resaltando el carácter beneficioso de la desmesura en cualquier ámbito de ejercicio de libertad de expresión.

Deben, no obstante, matizarse estas afirmaciones, pues aunque la Red suponga una reducción del estándar limitativo no debe comportar la completa eliminación de límites. En tanto que medio de expresión las limitaciones referidas al contenido de los mensajes que encontramos en cualquier ámbito serán de aplicación también en la Red. El error, señalado por Fayos Gardó, radica no tanto en tratar de impedir las conductas realmente lesivas como en sacar adelante una concreta legislación excesivamente amplia y limitativa en un campo como es Internet, «que no debe estar sujeto a regulaciones específicas a menos que sean estrictamente necesarias y ajustadas a una finalidad legítima» (47). Esta idea va en la misma línea que la ya reseñada de Muñoz Machado, que aboga por, constatada la imposibilidad de un control eficaz en otro sentido, centrar los esfuerzos en el control de aquellos contenidos verdaderamente nocivos, confiando en cuanto a la regulación de los restantes en la propia evolución del debate y la autorregulación de sus partícipes (48).

Creemos, en definitiva, que estas transformaciones que ya están encima de la mesa acabarán por obligar a una reflexión sobre las cortapisas todavía existentes en materia de libertad de expresión que afectan a otros medios (como pueda ser la existencia todavía de delitos en nuestro ordenamiento jurídico por la mera emisión de opiniones) (49), carentes de sentido y radicalmente contrarias a la esencia de la libertad de expresión. La aparición de medios de comu-

(47) «El nuevo mercado ...», *cit.*, págs. 240-241.

(48) *Vide* nota 30.

(49) *Vide infra* nota 50.

nicación en Red y el masivo empleo de Internet como foro de discusión y de emisión de opiniones ha devuelto al ejercicio de los derechos de libertad de expresión e información a su ámbito natural, y permite recuperar el debate sobre cuáles son realmente las manifestaciones que, debido a su especial gravedad, exigen una respuesta pública. Todo ello desde una perspectiva, tan necesaria como en ocasiones obligada, que tenga como principio la limitación de las restricciones al mínimo posible.

2. *La ordenación administrativa de contenidos*

Tradicionalmente los poderes públicos han reaccionado imponiendo a los medios de comunicación que manifiestan una especial capacidad de penetración y de influencia (y no cabe duda de que Internet lo es) restricciones específicas más allá de los límites penales y civiles comunes a cualquier ejercicio de la libertad de expresión o información (50). Se trata de normas administrativas

(50) El art. 20.4 CE impone como límites a las mismas el respeto al resto de derechos fundamentales, de entre los que menciona expresamente al derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y la protección de la juventud y de la infancia. También el art. 10.2 CEDH da una idea clara del tipo de bienes cuya protección puede justificar el enervamiento de la protección de las libertades de expresión e información: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, prevención del crimen, protección de la salud y de la moral, protección de la reputación o de los derechos de las personas, impedir la divulgación de informaciones confidenciales, garantizar la autoridad e imparcialidad del poder judicial. Especial relevancia tienen los límites fundamentados en las menciones constitucionales expresas ya referidas al art. 18.1 CE, que garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, y a la protección de la juventud y de la infancia. El ejercicio de la libertad de información, en tanto que referida necesariamente a la labor informativa, comporta mayores límites. El propio artículo 20.1.d) de la Constitución, al reconocer los derechos a comunicar o recibir libremente información los vincula necesariamente no ya sólo a que se trate, efectivamente, de información, sino a que esta sea, además, veraz. De manera que no cualquier contenido puede emitirse aprovechando este ámbito de protección: sólo los hechos noticiables de veracidad contrastable quedan amparados. En este sentido las restricciones son menores en la libertad de expresión, pues el objeto de la misma es cualquier expresión de ideas, pensamientos u opiniones, que en la de información, que queda limitada a lo que sea «información veraz» amén de la necesidad del carácter noticiable del hecho. La diferenciación de lo que sea opinión e información no es evidentemente fácil, pero es de todo punto evidente que mientras que, tal y como reitera el Tribunal Constitucional, los hechos son susceptibles de prueba (de ahí la necesidad de enjuiciar su veracidad), «los pensamientos, las ideas, opiniones o juicios de valor, no se prestan, por su naturaleza abstracta, a una demostración de su exactitud y ello hace que al que ejercita la libertad de expresión no le sea exigible la prueba de la verdad o diligencia en su averiguación» (STC 107/1988). Es una constante en la jurisprudencia constitucional la diferenciación en la amplitud de ejercicio de los derechos del artículo 20 de la Constitución, con la dificultad añadida de que en muchos casos se presentan enlazadas: «El

que, a diferencia del régimen anteriormente resumido, no son de aplicación a todos los medios de comunicación, sino únicamente a algunos de ellos, y que

Tribunal ha diferenciado la amplitud de ejercicio de los derechos reconocidos en el artículo 20 según se trate de libertad de expresión (en el sentido de emisión de juicios u opiniones) y libertad de información (en cuanto a la manifestación de hechos). Con relación a la primera, al tratarse de la formulación de opiniones y creencias personales, sin pretensión de sentar hecho o afirmar datos objetivos, dispone de un campo de acción que viene sólo delimitado por la ausencia de expresiones *indudablemente injuriosas sin relación con las ideas u opiniones que se expongan*; y que resulten innecesarias para la exposición de las mismas: campo de acción que se amplía aun más en el supuesto de que el ejercicio de la libertad de expresión afecte al ámbito de la libertad ideológica garantizada por el artículo 16.1 CE, según señalamos en nuestra STC 20/1990. Por el contrario cuando se persigue, no dar opiniones, sino suministrar información sobre hechos que se pretenden ciertos, la protección constitucional se extiende únicamente a la información veraz: requisito de veracidad que no puede, obviamente, exigirse de juicios o evaluaciones personales o subjetivas. Ciertamente resultará en ocasiones difícil o imposible separar, en un mismo texto, los elementos informativos de los valorativos: en tal caso habrá de atenderse al elemento predominante» (STC 105/90, caso *José María García*).

De acuerdo con el mencionado esquema ordenador la libre emisión de *informaciones u opiniones*, derecho constitucionalmente reconocido y al que se dota de una gran fuerza expansiva, puede quedar no obstante efectivamente limitada. Ciertas manifestaciones son tenidas por el ordenamiento como nocivas por lo que no se hacen acreedoras, en consecuencia, de protección. La calumnia (arts. 205 y sigs. del Código penal) y las injurias (arts. 208 y sigs. CP) son los principales límites penales al ejercicio de estas libertades, junto a otros supuestos, relativamente poco frecuentes y, sobre todo, menos trascendentes a la hora de analizar el concreto funcionamiento del ejercicio de las mismas (arts. 490.3, 491, 496, 504, 543...).

En ocasiones incluso la emisión de meras opiniones no referidas al honor o los derechos de otras personas sino valoraciones abstractas, a veces de tipo meramente ideológico, son penadas. Es el caso de la punición de la apología, para cualquier tipo de delito (art. 18 CP, *aunque el precepto aclara que esta figura será delictiva sólo «como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito»*) y de forma muy especial el art. 510 CP, que tipifica la provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos o asociaciones, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía; así como la difusión, con conocimiento de su falsedad o temerario desprecio hacia la verdad, de informaciones injuriosas sobre grupos o asociaciones en relación a su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, su orientación sexual, enfermedad o minusvalía. Esta previsión es ciertamente peligrosa. Como indica P. SALVADOR CODERCH en su estudio sobre estos límites, «una regulación interpretada según las exigencias normativas de la Constitución supone que se responde únicamente por enunciados indicativos (apofánticos) y factuales que son falsos (o intrusivos en la intimidad), pero no por opiniones, por valoraciones y comentarios de hechos» (*El mercado...*, cit., pág. 165).

En lo que se refiere a límites civiles es preciso asimismo destacar la Ley Orgánica 1/1982, de Protección Civil del Derecho al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen y la Ley Orgánica 2/1984 que regula el derecho de rectificación que se reconoce a toda persona (física o jurídica) para poner de manifiesto la inexactitud de informaciones difundidas en medios de comunicación social cuya divulgación pueda causarle algún perjuicio.

tienen su origen en la protección de intereses constitucionales que pueden verse especialmente amenazados por las características de algunos soportes.

En concreto, ha sido la televisión la que ha visto cómo se establecían limitaciones a sus contenidos con finalidades muy distintas, pues se la tiene por un medio extraordinariamente poderoso (51). Estas restricciones son jurídicamente posibles en la medida en que el propio ejercicio de la transmisión de información por este medio no es libre, sino que requiere, en sus modalidades más importantes, de una concesión administrativa, al ser considerada esta actividad como un servicio público (en la forma en que ya hemos visto). La Administración puede, en consecuencia, como en cualquier concesión de un servicio, sea de la naturaleza que sea, establecer ciertas condiciones para la prestación del mismo, a fin de asegurarse que la actividad se lleva a cabo en unas determinadas condiciones, que son las que los poderes públicos consideran más apropiadas. No puede perderse de vista que esta intervención (o al menos con la intensidad con que ha sido conocida) trae causa de la inexistencia de libertad a la hora de crear ciertos medios de comunicación, en concreto televisiones, y de los motivos que se invocan para restringir en función del soporte (52).

(51) Por mucho que el régimen nacionalsocialista alemán pusiera de manifiesto que otros medios como la radio pueden ser también extraordinariamente eficaces como instrumentos de propaganda, nunca se han extendido a ese medio todas las preocupaciones que, en cambio, han acompañado desde sus orígenes al soporte audiovisual.

(52) La regulación más importante, en consecuencia, es la que establece el régimen mencionado, la que restringe las posibilidades de crear televisiones en ejercicio de la libertad de expresión e información. Reservada al Estado la prestación de ese servicio será éste el que se encargue de definir el modelo de contenidos del mismo. Sin embargo, dada la monopolización que los distintos Estados europeos impusieron al sector, esta regulación de contenidos es reciente. Se trata de una consecuencia lógica: sólo es preciso recurrir a normas jurídicas ordenadoras para garantizar que la prestación del servicio se realizará de acuerdo con ciertos criterios que son los que el Estado considera apropiados a partir del momento en que éste autoriza a empresas privadas operar en el sector. En España, hasta esa fecha, era Radiotelevisión Española la única difusora de televisión (junto a la paulatina aparición de antes de radiotelevisión autonómicos que, a estos efectos, son equiparables a la primera). De manera que, al margen de obligaciones jurídicas impuestas a través de las normas reguladoras del ente, las limitaciones en materia de contenidos no eran precisas. Las obligaciones derivadas de la consideración de servicio público y las características que por ello debían poseer las emisiones televisivas se consideraban suficientemente salvaguardadas por la directa participación del Estado en la gestión del ente. Sólo a partir de la multiplicación de operadores televisivos aparecen normas que regulan estas materias junto a las que establecen las bases de la concesión del servicio.

El Estatuto de la Radio y la Televisión, aprobado por Ley 4/1980, de 10 de enero, se encargó de definir, con el carácter general que la situación explicada hacía suficiente, los principios generales en los que debía regirse la actividad de los medios de comunicación del Estado. Aunque con un nivel de abstracción notable, justificado en la innecesariedad de encorsetar excesivamente a un ente que era controlado por el propio gobierno, en su artículo 4 se recogen los distintos principios que

Las exigencias en estas materias responden a la explícita voluntad del Estado de aislar hasta cierto punto a estas actividades de la dinámica comercial

necesariamente una actividad prestada desde la óptica del servicio público debe tener en consideración. Radiotelevisión española, en la medida en que era la encargada de tal labor, debía constituir un espacio de defensa del pluralismo de todo tipo, de la libertad de expresión. En tanto que servicio público la actividad de Radiotelevisión española debe atender a los valores que son la base de nuestro ordenamiento constitucional (libertad, igualdad, pluralismo político...) y respetar los derechos fundamentales. Se trata, como es obvio, no de una manifestación de la libertad de expresión e información, sino de límites impuestos a la misma, y que encuentran su justificación constitucional en las implicaciones anejas a la existencia de un correlativo derecho de los ciudadanos a ser informados como en las exigencias que la publicación de un sector de la actividad impone.

La consideración que todas las televisiones españolas hertzianas comparten como servicio público ha permitido que estas exigencias, previstas inicialmente para la Televisión pública estatal, hayan sido extendidas a las televisiones autonómicas, a las llamadas televisiones privadas y a las televisiones locales. Nos encontramos en consecuencia con una primera orientación, si bien es cierto que muy vaga, sobre cómo deben ser los cometidos de las televisiones españolas, incluyendo a las comerciales. La programación de las mismas debe respetar una serie de principios que, en última instancia, representan guías para lograr lo que en definitiva es el objetivo de cualquier servicio público: una prestación de calidad. Sin embargo es y ha sido generalizada la impresión de que la consideración de la televisión como un servicio esencial de titularidad estatal no se corresponde con la realidad de los contenidos y tratamientos que merecen los mismos en nuestras televisiones. Habitualmente suele culparse de esta situación a la confusión entre lo público y lo privado que manifiesta nuestro ordenamiento, alegando que las fuentes de financiación de las televisiones de titularidad pública enturbian notablemente el panorama, dificultando tanto la realización de los objetivos empresariales del resto de medios como la pura labor pública de la que son tributarias las estatales. En cualquier caso, ni los referidos problemas de financiación ni la pretendida competencia desleal de las televisiones públicas han frenado los intentos del legislador de regular la prestación de unos determinados servicios que, al fin y al cabo, se siguen considerando públicos.

La Ley 25/1994, de 12 de julio, de incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 89/552/CEE sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva es el mejor ejemplo de esta situación. Este texto trae causa de la mencionada Directiva, a la que se suele conocer con el nombre de «Televisión sin fronteras». Por otro lado también en el seno del Consejo de Europa se han elaborado convenios con este calificativo y fines similares. Queda claro, en consecuencia, que no nos encontramos ante una particularidad del Derecho español, sino ante una regulación que en su mayor parte es común a otros países de la Unión Europea y del resto del continente, en los que la lógica del servicio público, por una parte, y la consideración de que las emisiones televisivas deben acomodarse a ciertas normas para proteger a algunos colectivos (incluso a los propios espectadores) o intereses, permiten limitar el ejercicio de la libertad de expresión e información, que en puridad demandarían dejar un absoluto espacio de libre albedrío a las distintas compañías del sector. Esta política ha sido acentuada por la Directiva 97/36/CE, de modificación de la anterior, y que si bien con retraso ha tenido su obligado reflejo en el ordenamiento español por medio de la reforma de la Ley 25/1994 llevada a cabo por la Ley 22/1999, de 7 de junio. Sin ser preciso entrar ahora en un estudio detallado del régimen que impone esta norma sí conviene señalar que condiciona notablemente la emisión de ciertos contenidos y pros-

por considerar que las emisiones televisivas son algo más que un mero negocio. De otra manera no es en modo alguno justificable que se impongan a actividades empresariales libres trabas a la hora de determinar su rentabilización. En un mercado realmente libre cada empresario inundaría más o menos de publicidad su programación y el propio público seleccionaría y autorregularía la situación. Igualmente, las cuotas de programación europea quedan fuera de toda lógica empresarial y sólo desde la consideración de la televisión como un servicio público a la hora, por ejemplo, de promocionar el cine y la cultura europea, son entendibles. Es la propia reserva al sector público del medio, que trae causa de sus extraordinarias potencialidades, la que permite un control de esta naturaleza. Otras restricciones menores comparadas con ésta, como es la de la propaganda política, responden a esta misma lógica. La televisión es un instrumento poderoso que, en aras del bien común, se ha entendido tradicionalmente que debe ser sujeto a control estatal.

Ha puesto de manifiesto Muñoz Machado (53) que restricciones de este tipo son, sencillamente, imposibles de aplicar en la Red. Si la propia dinámica de este medio de comunicación ha supuesto una especial consideración del ámbito común de ejercicio de la libertad de expresión, menos realista aún es plantear el control de las Administraciones Públicas sobre los millones de servidores capaces de suministrar contenidos desde cualquier lugar del mundo. Y no sólo, de nuevo, por las dificultades materiales que ello supone (necesidad de emplear muchísimos recursos en el constante control de los contenidos que día a día van apareciendo en la Red, problemas de territorialidad...), sino porque, como venimos reiterando, la propia idea de restricción de contenidos casa difícilmente con la misma esencia de la Red, y la ordenación administrativa de éstos es inconveniente. No es esta, empero, la visión de la Comisión Interministerial de la Sociedad de la Información y de las Nuevas Tecnologías, que en su Informe *INFO XXI, La sociedad de la Inform@ción para todos. Iniciativa del Gobierno para el desarrollo de la Sociedad de la Información*, no duda en establecer como objetivo la aplicación a la Red de la normativa sobre contenidos

cribe otros muchos, así como impide la emisión en ciertas horas de otros. En este último caso, las normas que se encaminan a impedir que las franjas horarias en las que los niños ven más televisión se vean invadidas de contenidos sexualmente explícitos o violentos, parece hallar acomodo en las previsiones constitucionales referidas a la protección de la juventud y de la infancia, previstas expresamente como límites al ejercicio de estas libertades. Sin embargo, otras muchas de las previsiones que encontramos en estas normas no responden sino a la más lógica aplicación de la idea de servicio público, como son todas aquellas referidas bien a la protección de la identidad cultural europea o nacional bien todas las que afectan a la publicidad.

(53) *La regulación...*, cit., págs. 155-157.

de televisión (54). Esta afirmación, caso de expresar una intención que trascienda la mera retórica, no puede causar sino perplejidad. En efecto, ¿alguien cree realmente que una medida así es posible, eficaz y, además, conveniente?

No abundaremos más en lo que ya ha sido expuesto con profusión sobre el particular. Aunque quizá convenga apuntar que la idea de base (homologar el régimen de ambos medios) no es, en realidad, tan descabellada, aunque debiera ir en el sentido opuesto. Una de las más interesantes aportaciones que Internet puede acabar por lograr es erradicar definitivamente regulaciones sobre contenidos que, por mucho que se justificaran tradicionalmente, difícilmente se pueden encuadrar en el esquema de reconocimiento de las libertades de información y expresión.

3. *Del Internet «libertario» al Internet «liberal»*

Otro elemento importante a la hora de analizar las reales amenazas a la libertad de expresión en la Red, así como la necesidad de establecer límites al ejercicio de la misma, con las dificultades y peligros que ello plantea, es la propia dinámica empresarial en la que se encuentra inmerso cada vez más el medio.

Asumido que el caos producto de la igualdad que Internet supone en cuanto a la situación de los distintos emisores de información (en que radica la fuerza de la Red y también parte de sus riesgos) es una realidad, tampoco podemos dejarnos cegar por esta aparente igualdad de acceso de toda la comunidad de usuarios. Porque la estricta igualdad entre los medios en Red responde más bien a una posibilidad teórica que a una realidad efectiva. Ese Internet «libertario», donde cada cual aporta los contenidos que quiere publicar y, en consecuencia, los usuarios pueden tener acceso a casi cualquier cosa, ha ido dejando paso poco a poco a un Internet «liberal», copado por grandes empresas y empleado de manera cada vez más masiva como instrumento de negocio.

Las ilimitadas posibilidades del medio dependen de que los contenidos no

(54) El Informe *INFO XXI, La sociedad de la Inform@ción para todos. Iniciativa del Gobierno para el desarrollo de la Sociedad de la Información*, de enero de 2000, en su página 50, contiene el siguiente punto: «Aplicación de la normativa sobre contenidos de televisión: Se procederá a la aplicación de la regulación recogida en la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativa al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio, así como el RD 1462/1999, de 17 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el derecho de los usuarios del servicio de televisión a ser informados sobre la programación a emitir y se desarrollan determinados artículos de la Ley 25/1994, de 12 de julio, modificada por la Ley 22/1999, de 7 de junio».

sean sólo potencialmente accesibles, de forma que cualquiera puede lograr desde el momento en que «cuclga» su página personal, sino visitados en la práctica, algo al alcance de un número de personas mucho menor porque requiere de importantes inversiones. Para poseer una efectiva «visibilidad» en la Red no basta la mera presencia sino dar ésta a conocer al público potencial. La propia estructura del medio y la infinidad de aportaciones no permiten discriminar eficazmente la información a no ser que se tenga un conocimiento previo del *site* al que se pretende acceder o a que alguien que lo tenga informe de su existencia (esto es precisamente lo que hacen los buscadores o los portales). Para todo ello son imprescindibles inversiones, fundamentalmente publicitarias, de enorme envergadura y sólo accesibles a ciertos grupos empresariales que son los que están *de facto* diseñando el modelo de Internet y de servicios ofrecidos a través de la Red.

La consecuencia de esta conquista del medio por las grandes corporaciones y grupos de comunicación como vehículo de negocio es que las propias exigencias de imagen empresarial se acaban configurando, junto con la autorregulación, como el más eficaz de los instrumentos de control de contenidos. Una gran empresa que pretenda utilizar Internet para hacer negocios ha de preservar su imagen de marca y tratar de dirigirse a un público lo más amplio posible por evidentes consideraciones de mercado. De forma que no son precisas directivas que le impelan a eliminar aquellos contenidos que choquen o hieran. Sus propios intereses empresariales le hacen ir en esa dirección.

Ejemplo paradigmático de esta situación ha sido la reciente controversia surgida en torno a la posibilidad de adquirir, a través del conocido portal *Yahoo!*, objetos relacionados con el régimen nacionalsocialista alemán. La Liga Internacional contra el Racismo y el Antisemitismo (LICRA) y la Unión de Estudiantes Judíos de Francia (UEJF), aprovechando la estricta legislación francesa en la materia, acudieron al Tribunal de Gran Instancia de París solicitando la eliminación de este material o, en su defecto, que la empresa estableciera un sistema de filtros que impidiera a los internautas franceses el acceso a estas subastas (55). La imposibilidad técnica de lograr el bloqueo total del acceso al *site* para cualquier internauta francés, que quedó resaltada a lo largo del pro-

(55) Este pleito plantea igualmente problemas de territorialidad, evidentes en Internet. Como señalaba uno de los miembros de LICRA la cuestión era en parte determinar si Internet ha de convertirse en un espacio de libertad regido por la amplia consagración que en la Primera enmienda a la Constitución americana hay de la misma. Los responsables de *Yahoo! Inc.* como su cofundador Jerry Jang se negaban a variar el contenido de sus páginas, radicadas en Estados Unidos y pertenecientes a la versión norteamericana del portal, no a la francesa, para acomodarse a la legislación gala (*Libération*, 24 de julio de 2000).

ceso (56), no fue motivo suficiente para impedir que el Tribunal de Gran Instancia de París decidiera el lunes 20 de noviembre de 2000 imponer a la empresa norteamericana, en el plazo de 3 meses, el bloqueo del acceso de los internautas franceses a las páginas de su *site* que, al subastar objetos nazis, no eran conformes a la legislación francesa, aun asumiendo en su resolución la imposibilidad de lograr un sistema de filtrado que permitiera un éxito superior al 90 por 100 (así lo habían expuesto los distintos expertos a lo largo del proceso). Aunque la empresa norteamericana no acató inicialmente la decisión jurisprudencial (e incluso planteó el asunto a un juez del Estado de California) (57) finalmente la propia presión ejercida por el mercado ante el que *Yahoo!* debe rendir cuentas acabó propiciando el cumplimiento de la sentencia francesa, incluso más allá de sus términos. A finales del año 2000 *Yahoo!* decidió eliminar de entre sus contenidos las subastas de objetos nazis, y no sólo para Francia sino para todo el mundo.

De hecho, la autorregulación de las empresas (58) provocada por las propias exigencias de mercado es la mejor garantía de buen empleo de la libertad de expresión en la Red. O, al menos, lo es para todos aquellos contenidos que, aunque puedan chocar, no pasan de ser una mera emisión de ideas u opiniones. La propia esencia de la libertad de expresión, recordemos, tiene sentido precisamente para salvaguardar la difusión de estos y otros contenidos. Si por medio de la misma nos limitamos a amparar manifestaciones que en cualquier caso serían admitidas por la comunidad y su difusión aceptada, ¿para qué sirve exactamente la libertad de expresión? Son precisamente las opiniones que, pareciendo ofensivas o chocantes, socavando dogmas que pueden antojarse esenciales para la convivencia, contribuyen, por muy equivocadas que puedan estar (o parecerlo) a fortalecer el debate público al enriquecerlo. El pluralismo, ne-

(56) Vide en este sentido *Libération* del 12 y 13 de agosto de 2000.

(57) *Yahoo!*, por mucho que por motivos empresariales acabara acatando, e incluso yendo más allá, la decisión judicial francesa, no deseaba dejar sentado un precedente de esta naturaleza, en el que quedaba reconocida la posibilidad de establecer limitaciones a la publicación de ciertos contenidos en web según la legislación de los diversos lugares desde los que éstos son accesibles. *Yahoo!* vio reconocido por el juez de San José (Sentencia de la *United States District Court for the Northern District of California* de 7 de noviembre de 2001) su derecho a ampararse en la legislación estadounidense en materia de libertad de expresión a la hora de desarrollar sus actividades con base en el territorio de los Estados Unidos. Esta decisión judicial, que condena además la doctrina en materia de libertad de expresión vigente en ese país y la aplica sin dudar a la comunicación a través de Internet, podía consultarse en formato PDF, a 1 de diciembre de 2001, en http://www.eff.org/Legal/Jurisdiction_and_sovereignty/LICRA_v_Yahoo/2001/107_vs_distct_decision.pdf.

(58) Señalada como clave por S. MUÑOZ MACHADO: *La regulación...*, cit., pág. 157 o por A. FAYOS GARRIDO: «Reflexiones sobre la jurisprudencia...», cit., pág. 425.

cesario en las sociedades democráticas en la medida en que se convierte en garantía de que el sistema representativo es verdaderamente libre, no puede renunciar a la confrontación de todo tipo de posturas. La Red es precisamente un vehículo privilegiado para ello y la regulación pública de la misma debe encaminarse a salvaguardarla como tal en lugar de a cercenar sus inmensas posibilidades comunicativas.

IV. EL MODELO EMPRESARIAL DE EJERCICIO DE ESTOS DERECHOS PLANTEADO POR LA LEY DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DE COMERCIO ELECTRÓNICO

La reflexión que hemos realizado hasta ahora nos permite identificar con claridad el fenómeno de autorrestricción que se viene produciendo en el ejercicio de la libertad de expresión en el empleo de Internet como vehículo empresarial. Situación que no es sino una manifestación más de los efectos producidos por la autorregulación, el mecanismo de control de los contenidos que se ha demostrado en la práctica más eficaz. Que el instrumento más apto al efecto sea de esta naturaleza no es sino prueba de la propia impotencia estatal para imponer sus normas. Esto no deja de ser una buena noticia, ya que las dificultades que permiten el surgimiento de este fenómeno en el ámbito de la Red donde se ha producido el desplazamiento hacia un Internet «empresarial» o «comercial» se repiten también en el resto de la Red.

Y, aunque los códigos de conducta de las empresas que tratan de realizar negocios en Internet o las pautas de actuación de los grandes medios de comunicación que emplean este soporte puedan ser positivos para ordenar estas manifestaciones, no debe perderse de vista que no se corresponden con los límites que deben asociarse al empleo de la libertad de expresión. La consecución del pluralismo, tan necesario en sociedades democráticas, pasa por reconocer a estas libertades un ámbito mucho mayor, como ya hemos expuesto, que pueda dar cabida también a opiniones que hieran, ofendan, choquen o estén, simplemente, equivocadas.

Precisamente por este motivo no debe perderse nunca de vista que cualquier norma que regule aspectos relacionados con la Red no ha de ocuparse únicamente de esa parte tan «visible» en la actualidad (y que por ello puede llegar a confundirse con la totalidad del fenómeno) como son las grandes corporaciones que utilizan Internet, los medios de comunicación *on line*, los sitios institucionales... sino también de los cientos de miles de manifestaciones de usuarios y pequeños colectivos, que son los que realmente conforman lo que la jurisprudencia norteamericana ha llamado «conversación mundial sin fin» y en los que radica la caótica fuerza de Internet.

Desde esta perspectiva, es sorprendente la ceguera que demuestra la recién aprobada Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) (59), que parece obviar la existencia de otra Red que no sea la de las grandes iniciativas empresariales. Esta Ley, llamada a transponer a nuestro ordenamiento los contenidos de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, mantiene a lo largo de su articulado una concepción de lo que es Internet absolutamente errónea, pues parece desconocer las posibilidades y uso del medio como instrumento de comunicación de los ciudadanos de a pie. Estas carencias son especialmente graves en los aspectos ya estudiados referidos al ejercicio de la libertad de expresión, por cuanto lo regula de acuerdo con prácticas que pueden ser admisibles desde la perspectiva de la ordenación que requieren las grandes corporaciones, pero nunca desde aquella que debe realmente ser tenida en cuenta: la del respeto al derecho en sus términos constitucionales. Y ello a pesar de las importantes modificaciones que en sentido positivo ha recibido el texto durante su tramitación parlamentaria.

Ya desde la transposición del artículo 4 de la Directiva, que como anteriormente hemos expuesto (60), recoge el principio de no autorización previa (61), empezamos a encontrar problemas. Porque si bien la interpretación del precepto parece clara en el sentido de que debiera obligar al Estado a consagrar la libre utilización de la Red para emitir informaciones u opiniones (con independencia de que la misma pudiera entenderse como uno de los servicios regulados por la Directiva), sin que sea necesaria una previa autorización, algunas de las exigencias de la regulación española se acaban convirtiendo en medidas equivalentes, en la práctica, a la instauración de una especie de necesaria declaración ante la Administración para dar cuenta del inicio de la actividad.

(59) BOE de 12 de julio de 2002..

(60) *Vide supra* II.2.

(61) Art. 4 Directiva 2000/31/CE: *1. Los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes.*

2. Lo dispuesto en el apartado 1 no irá en perjuicio de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información, ni de los regímenes cubiertos por la Directiva 97/13/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones.

Aunque el artículo 6 de la Ley 34/2002 establece, repitiendo la fórmula de la Directiva, que «la prestación de servicios de la sociedad de la información (62) no estará sujeta a autorización previa» (63), la previsión a continuación, en el art. 9.1, de una obligación de comunicación de, al menos, un «nombre de dominio o dirección de Internet que, en su caso, utilicen para su identificación en Internet» en el Registro Público en que deban inscribirse para la «adquisición de personalidad jurídica o a los solos efectos de publicidad» (obligación cuyo incumplimiento puede ser sancionado con multas de hasta 30.000 euros según los arts. 38 y 39), permite plantear dudas sobre el efectivo cumplimiento de este principio.

En primer lugar, debiera quedar claro en el texto de la Ley (lo que de momento no ocurre) si la obligación es extensible a cualquier servicio prestado en Red, incluida cualquier difusión de información, tal y como parece dar a entender en la actualidad el Proyecto. De ser así la transposición española habría ido mucho más allá que la regulación de la Directiva, centrada en el comercio electrónico.

En segundo término, es esencial determinar si la obligación se limita a una obligación registral y por ello sólo oponible a sociedades mercantiles. Parece apuntar en esta línea la propia evolución del precepto, pues en las primeras versiones ministeriales del Anteproyecto se preveía la creación de un Registro *ad hoc* que imponía la obligación de inscripción a toda persona cuya actividad cayera dentro del ámbito de aplicación de la norma, algo que chocaba frontalmente con el principio de no sometimiento a autorización previa y que por ello ha sido eliminado.

Este tipo de inscripción, de aplicarse a medios de comunicación *on line*, se asemeja mucho, en cuanto a suponer una dificultad añadida a la labor de información y expresión, a las ya referidas (y declaradas inconstitucionales al equi-

(62) La LSSI (Ley 34/2002, de 11 de julio) acoge un concepto amplio de «servicios de la sociedad de información» que, como señala la Exposición de Motivos, «engloba, además de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la Red) (...) siempre que represente una actividad económica para el prestador». El Anexo de Definiciones del texto aprobado por el Congreso entiende como «servicio de la sociedad de la información» «todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario». Este Anexo únicamente excluye expresamente al «intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan».

(63) El segundo párrafo del art. 6 excluye expresamente los regímenes de autorización previstos en el ordenamiento el ordenamiento jurídico que no tengan por objeto específico y exclusivo la prestación por vía electrónica de los correspondientes servicios.

pararlas a la censura previa por Sentencia STC 52/1983) exigencias de los artículos 12 y 64 de la Ley de Prensa e Imprenta que imponían un depósito previo administrativo de las publicaciones (64), salvadas las lógicas y evidentes diferencias que supone el distinto soporte. El Tribunal Constitucional ha establecido que la voluntad constitucional de eliminar todos los tipos imaginables de censura previa (art. 20.2 CE) incluye cualquier modalidad de control, por débil que sea, que suponga la simple restricción de los derechos a la libertad de información, expresión y opinión (STC 52/1983, FJ. 5.º) (65). Una regulación que estableciera por ley (66) la obligación de registrar el nombre de dominio para poder emplear la Red como instrumento para la creación de medios de comunicación pero también para desarrollar toda actividad de difusión de cualquier contenido supone una carga que desvirtúa el ejercicio del derecho, dificultando el acceso a la tribuna pública justamente en un medio que cuenta con la enorme virtud de reducir al mínimo las trabas para el común de los ciudadanos. Lo que permite afirmar la inconstitucionalidad de la ordenación contenida en este punto en la ley, por suponer una restricción de suficiente entidad para entenderla vedada por las previsiones del artículo 20.2 de la Constitución. Restricciones que son especialmente gravosas para el usuario común de la Red, que la emplea como medio de expresión pero sin finalidades comerciales o lucrativas (67).

(64) J. A. MAESTRE y C. SÁNCHEZ ALMEIDA: «LSSI: Análisis legal», artículo publicado en la Red el 17 de mayo de 2001 y que en fecha 1 de julio podía encontrarse en <http://www.kriptopolis.com/lssi/02.html>.

(65) En igual sentido *vide* la STC 13/1985.

(66) Ley que, además, es discutible que pueda ser ordinaria para establecer tal limitación. J. A. MAESTRE y C. SÁNCHEZ ALMEIDA no tienen dudas de que semejante regulación no cabe más que por medio de ley orgánica en caso de entenderse como materialmente acorde a la Constitución. Debe reconocerse, con todo, que la distinción realizada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 127/1994 entre normas que suponen una mera regulación del ejercicio del derecho y que en consecuencia no deben ser reguladas por Ley orgánica (art. 81.1 CE) sino que basta para su correcta regulación con el respeto a la reserva de ley (art. 53.1 CE) y normas que suponen el efectivo desarrollo del ejercicio del derecho que es requisito del art. 81.1 CE permite albergar algunas dudas. En esta Sentencia, el Tribunal considera que no es preciso regular por medio de ley orgánica la televisión privada. *Vide* los votos particulares a la Sentencia de los magistrados José Gabaldón López, Carles Viver Pi-Sunyer, Luis López Guerra, Pedro Cruz Villalón (al que se adhieren los magistrados Rafael de Mendizábal Allende y Julio Diego González Campos). En cualquier caso, la idea expresada de que no estamos ante una regulación global del medio sino una muy concreta (televisión privada de un cierto tipo) podría no darse en este supuesto, por cuanto se trata del desarrollo del ejercicio del derecho en su totalidad en lo que se refiere a su ejercicio en la Red.

(67) Pues aunque no haya una finalidad comercial o lucrativa en ello, como es evidente para quien conoce el medio, es frecuente dedicar espacios (reducidos) a la publicidad en ciertas páginas, que permiten costear (o simplemente contribuyen a ello) los gastos de alojamiento. En estos

Tales previsiones muestran que la regulación española se enmarca claramente en una concepción de Internet empresarial, que desconoce la realidad de la Red en la medida en que ésta es, también, cauce de expresión de ciudadanos de a pie. Las restricciones reseñadas, si ya aparecen como difícilmente compatibles con la Constitución cuando se refieren a la creación de medios de comunicación en Red, son sencillamente inadmisibles si pretenden aplicarse al empleo de Internet por los ciudadanos para expresarse, ya que les dificultaría enormemente el acceso a un medio de expresión, de forma injustificada, y con el agravante de cercenar así las posibilidades de un medio con un gran potencial democratizador en la medida en que permite el acceso en condiciones de gran paridad.

La LSSI presenta, además, otros problemas adicionales en cuanto a la propia regulación del ejercicio de los derechos a la libertad de expresión e información en su vertiente material. Aunque ha de señalarse que, afortunadamente, el texto actual ha hecho desaparecer el inicial apoderamiento a la Administración, convertida en las primeras versiones del Anteproyecto en vigilante de la idoneidad de los materiales publicados en Red, en lo que parecía una reedición patria de otros desafortunados (y por ello jurisprudencialmente anulados) (68) intentos de regulaciones a todas luces excesivas e inconstitucionalmente limitadoras del ejercicio de estos derechos fundamentales. El dictamen del Consejo de Estado y la propia tramitación parlamentaria han servido para dulcificar la norma y eliminar sus más groseras inconstitucionalidades, por mucho que su espíritu, equivocado en la equiparación del Internet profesional-empresarial y el «Internet ciudadano», se mantenga.

En esta línea, la LSSI contiene en su artículo 8 la enumeración de ciertos principios que deben ser respetados por los servicios de la sociedad de la información:

- a) la salvaguarda del orden público, la investigación penal, la seguridad pública y la defensa nacional;
- b) la protección de la salud pública o de las personas físicas que tengan la condición de consumidores o usuarios, incluso cuando actúen como inversores;

casos, el tenor literal del texto permite considerarlos un «servicio de la sociedad de la información», por increíble que parezca. Es obvio que restricciones semejantes, caso de pretender aplicarse, serían inconstitucionales por constreñir en exceso iniciativas eminentemente «expresivas».

(68) Las experiencias en este sentido no sólo comprenden la ya analizada *Communications Decency Act* norteamericana (*vide supra* III.1.) sino que cuentan con episodios similares en otros países. Es el caso de Francia, donde el *Conseil Constitutionnel*, en decisión de 23 de julio de 1996, declaró inconstitucionales algunos preceptos de la *Loi de réglementation des télécommunications (Loi Fillon)* que obligaban a aceptar ciertas reglas deontológicas en materia de contenidos, que no pueden sino venir del legislador en la medida en que afectaban al ejercicio de la libertad de expresión y no del órgano administrativo que la Ley preveía.

c) el respeto a la dignidad humana y al principio de no discriminación por motivos de raza, sexo, religión, opinión, nacionalidad, discapacidad o cualquier otra circunstancia personal o social; y

d) la protección de la infancia y la juventud.

El listado referido, que va mucho más allá de las exigencias de la Directiva 2000/31/CE por cuanto la misma no contiene regulación alguna referida a los contenidos, no contempla restricciones en sí mismas excesivas a la vista de la regulación constitucional y del Convenio Europeo de Derechos Humanos, por cuanto los bienes jurídicos objeto de protección que justifican la limitación son de la suficiente relevancia en ambos textos. Aunque la Ley también establece que, en caso de que pueda resultar afectada la libertad de expresión, deben respetarse, «en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el Ordenamiento jurídico» para protegerla, no se recoge en la misma de forma expresa lo que debiera ser la inevitable consecuencia para este tipo de actuaciones; que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución, sólo la autoridad judicial pueda interrumpir la prestación del servicio.

Como es obvio, la LSSI permite esta interpretación, que deviene la única posible. No obstante lo cual, la actual redacción es criticable todavía por su falta de claridad en este sentido, máxime si tenemos en cuenta que el Proyecto de Ley habilitaba expresamente a la Administración a realizar estas actuaciones, pudiendo retirar los datos que vulneraban estos principios o impedir el acceso a los mismos. Esta habilitación a la Administración para ejercer un control sobre los contenidos con menciones tan abiertas, referidas a meros principios, y concediendo facultades como el cierre del propio medio de comunicación sin necesidad de recurrir a la autoridad judicial no se compadecía con la Constitución y suponía un grave vicio de inconstitucionalidad, afortunadamente eliminado (69).

Por otra parte, de nuevo constatamos que el texto de la LSSI se sitúa en una óptica de control de contenidos absolutamente inadecuada para hacer

(69) Aunque subsisten algunos puntos conflictivos, el art. 10 establece obligaciones relacionadas con los contenidos a todos los prestadores de servicios de la sociedad de la información, referidos a la comunicación a las autoridades de la existencia de contenidos ilícitos, de información que permita identificar a los destinatarios de los mismos, de suspender la prestación del servicio en cuanto sea exigido administrativamente, de supervisión de contenidos... claramente excesivas y que presentan también problemas de constitucionalidad. Junto a estas normas los artículos 13 y siguientes regulan de forma adecuada, por el contrario, algunas cuestiones referidas a la responsabilidad por los contenidos, al limitarla, como norma general a aquellos contenidos que ellos mismos elaboren o que se hayan elaborado por cuenta suya, poniendo fin definitivamente a discusiones absurdas, sólo entendibles desde el desconocimiento del propio funcionamiento del medio, sobre la existencia de responsabilidad por textos alojados o enlazados.

frente a la Red no comercial o empresarial. Las medidas previstas son absolutamente desproporcionadas si de lo que se trata es de controlar las manifestaciones que, a través de la Red, realicen colectivos o ciudadanos a título personal. A sus posibles vicios de constitucionalidad añade una inadecuación a la realidad que trata de ordenar que lo convierte en inútil y está condenado al masivo incumplimiento en el mundo de Internet no profesional. Además, no resuelve adecuadamente los problemas que, en materia de libertad de expresión, plantea el desembarco de grandes empresas y medios de comunicación en la Red. Pues esta situación genera riesgos para el pluralismo que se han de tratar no por la vía de afectar o limitar el ejercicio de la libertad de expresión, sino a través de una normativa que asuma la realidad empresarial del mercado de la información e intente ponerla al servicio de la consecución del máximo pluralismo posible.

V. LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN EL MERCADO INFORMATIVO

La privilegiada situación de Internet, por sus especiales características técnicas, para facilitar la participación de un gran número de ciudadanos en la formación de la opinión pública y la necesidad de proteger el necesario espacio de libertad para que ello se produzca no pueden ocultar que este proceso coincide en el tiempo con la generalización del empleo de la Red como instrumento para la realización de actividades de naturaleza mercantil y la conversión de casi todas las iniciativas informativas o periodísticas en proyectos empresariales enmarcados generalmente en grandes grupos multimedia. La posibilidad de emplear Internet como medio de comunicación realmente eficaz para transmitir información o emitir ideas fuera de la órbita de los grandes portales de los distintos proyectos empresariales de gran envergadura es realmente reducida. La propia inmensidad de contenidos en la Red (consecuencia de su carácter abierto y libre) es la que paradójicamente «cierra» el medio y dificulta el acceso a todos ellos, pues para poder descargar los contenidos ha de conocerse previamente el URL concreto en el que los podemos encontrar o detectar la existencia del sitio en un buscador. De forma que, más allá del conocimiento previo de la existencia de un determinado web, es complicado tener la «visibilidad» precisa para divulgar la existencia de una página, a no ser que se disponga de medios suficientes como para promocionar convenientemente la iniciativa, algo sólo al alcance de las grandes empresas.

Este proceso ha tenido lugar junto a la evolución, visible en todo el sector

audiovisual, hacia la concentración mediática (70), a la que no es ajena Internet. La profesionalización de este medio es reforzada con su integración en grandes plataformas multimedia que se retroalimentan en cuanto a contenidos, con el notable empobrecimiento que ello supone. Semejante situación es adicionalmente fuente de temores, ante la excesiva acumulación de poder de influencia en la opinión pública que pueden acabar adquiriendo quienes dominen los canales de información en sus distintas versiones.

De forma que, en estos momentos, la Red, convertida en campo de batalla comercial, fía la consecución del pluralismo a la existencia de diferentes canales de opinión producto de la encarnizada competencia que entre distintos grupos se produce. Pero la conversión de estas actividades en mercados de servicios con la consiguiente pugna por alcanzar en ellos posiciones de dominio (paso previo a la mayor rentabilización del mismo que pocos de los partícipes en estos mercados ocultan es la finalidad principal de su estrategia actual) permite plantear la posibilidad de que la propia actividad privada provoque riesgos del estilo de los que planteaba el Tribunal Constitucional desde su primera jurisprudencia: «la preservación de la comunicación pública libre, sin la cual no hay sociedad libre, ni soberanía popular, no sólo exige la garantía del derecho de todos los ciudadanos a la expresión del pensamiento y a la información, sino que requiere también la preservación de un determinado modo de producirse de los propios medios de comunicación social, porque tanto se viola la comunicación libre al ponerle obstáculos desde el poder, como al ponerle obstáculos desde los propios medios de difusión. Por ello, teniendo presente que el pluralismo político se encuentra erigido en uno de los valores fundamentales del Estado de Derecho que la Constitución crea u organiza, podemos decir que para que los medios de comunicación se produzcan dentro del orden constitucional, tienen ellos mismos que preservar el pluralismo» (STC 12/1982, FJ. 6.º).

La garantía tradicional del pluralismo informativo reside en la diversidad y proliferación de medios de comunicación que proyectan la diversidad ideológica y garantizan la transmisión plural de ideas y opiniones a la sociedad (Rallo) (71). Por este motivo, la aparición de Internet, en la medida en que permite multiplicar las fuentes emisoras, constituye una importantísima adición de riqueza en este panorama. Pero los riesgos consustanciales a la existencia de un mercado mediático se proyectan también en la Red, donde la intervención pú-

(70) Vide J. C. LAGUNA DE PAZ: «La concentración en los medios de comunicación social», en *El Derecho Administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 2825-2851.

(71) A. RALLO LOMBARTE: *Pluralismo informativo y Constitución*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 193.

blica que se antoja más imprescindible es, como consecuencia de ello, aquella llamada a corregir posibles situaciones de control de los mercados informativos que imposibiliten la ordenación pluralista del mismo. No debe olvidarse que la pérdida del pluralismo (que habitualmente se teme sea consecuencia de una intervención pública uniformizadora y restrictiva de la libertad de expresión de ideas y opiniones) acecha en el ámbito de Internet sobre todo de la mano de un posible dominio empresarial tal que supusiera el control del medio por parte de escasos grupos multimedia.

La Red, que se ha convertido en canal de difusión de contenidos para el público en general, permite constatar de manera clara que los principales enemigos del pluralismo y la libre expresión de ideas en la actualidad no son ya los Estados sino las propias empresas dedicadas al negocio de la comunicación. Empleando mecanismos distintos, que no pasan por la prohibición y la persecución sino por la marginalización y la extinción de los competidores, los grandes grupos multimedia pretenden uniformizar en la medida de lo posible los contenidos disponibles en Internet, al igual que su aspiración es al dominio de cualquier otro soporte de difusión. Esta legítima intención empresarial debe, evidentemente, ser controlada cuando recurre a comportamientos vedados por las normas reguladoras de la defensa de la competencia. Pero las especiales características de este mercado obligan a que la defensa del pluralismo se realice a través, también, de la preservación de distintas opciones por mucho que no se produzcan conductas ilegítimas. La necesidad de una ordenación estatal en aras de asegurar la preservación del pluralismo que vaya en esta dirección se ha puesto de relieve sobre todo en la preocupación del Parlamento Europeo y de la Comisión manifestada ante episodios de concentración mediática y en el control de las mismas por medio de las políticas de defensa de la competencia (72). La Comisión Europea, en su *Libro Verde sobre el pluralismo y concentración de los medios de comunicación*, reconocía empero las insuficiencias del Derecho comunitario en materia de libre competencia como garantía del pluralismo.

La intervención pública en los mercados de medios de comunicación en España se ha realizado con notable prudencia (73). Las únicas experiencias legislativas sobre el particular son las referidas a la ordenación de la televisión privada (con la imposición de topes accionariales para impedir el absoluto control de una cadena por un solo grupo) y escasas normas autonómicas en materia de radiodifusión, sin que exista norma alguna en materia de prensa escrita ni en general en el conjunto de sectores mediáticos.

(72) Vide J. C. LAGUNA DE PAZ: «La concentración...», *cit.*, págs. 2839-2849.

(73) J. C. LAGUNA DE PAZ: *Op. cit.*, págs. 2834-2839; RALLO: *Op. cit.*, págs. 216 y sigs.

La necesidad de una intervención jurídica estatal para lograr preservar el pluralismo con mecanismos que vayan más allá de los empleados habitualmente como instrumentos de defensa de la libre competencia es una realidad. «Nadie cuestiona que la estricta vigencia de la libertad de empresa en el ámbito mediático y la insuficiencia de reglas anticoncentración permiten la emergencia de poderosos grupos empresariales mediáticos que, cuando menos, ponen en riesgo la existencia de una oferta plural de medios de comunicación que contribuya a la libre formación de la opinión pública y amparan posibles abusos en el mercado a causa de posiciones dominantes y prácticas restrictivas de la competencia por singulares poderes económicos» señalaba el Tribunal Constitucional en su Sentencia 127/1994» (74). La tímida, hasta el momento, aplicación de las meras normas en materia de defensa de la competencia en España (75) no ha sido trasladada hasta la fecha al mercado de la información en Internet.

La laguna es tanto más significativa cuanto que cualquier restricción a la competencia en el mercado de los medios de comunicación no sólo afecta a los intereses económicos de los concurrentes sino que además conlleva negativas consecuencias para la pluralidad del panorama informativo porque, como señala Baño León, la aplicación de las normas de competencia puede reforzar la garantía constitucional de la libertad de expresión (76). Y sorprende que comportamientos evidentemente restrictivos de la competencia que se encuentran en la misma base de la estrategia empresarial de las grandes compañías dedicadas a la creación de portales e iniciativas similares no sean perseguidos atendiendo a cualquiera de los dos intereses ya mencionados en juego.

Según se desprende de las manifestaciones públicas de los responsables de no pocos proyectos en Internet se está produciendo de forma generalizada una asunción de pérdidas (por cuantiosas que sean) con tal de lograr una cuota significativa de mercado, expulsando de esta forma a plazo a todos aquellos competidores que no puedan hacer frente, debido a su menor capacidad financiera o a no contar con el apoyo de un gran grupo, a los ruinosos resultados que supone no cobrar por apenas ningún servicio prestado. Semejante conducta, evidentemente contraria a las previsiones de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (77), es confesada con sorprendente tranquilidad

(74) RALLO: *Op. cit.*, pág. 230; J. C. LAGUNA DE PAZ: *Op. cit.*, págs. 2849-2851.

(75) Mencionados por RALLO: *Op. cit.*, págs. 231-232.

(76) J. M. BAÑO LEÓN: «La ordenación del mercado de la televisión y el papel de las autoridades españolas de la libre competencia», en S. MUÑOZ MACHADO (ed.): *Derecho Europeo del Audiovisual*, tomo 1, Escuela Libre Editorial, Madrid, 1997, pág. 747.

(77) De hecho, tales conductas constituyen un ejemplo de libro de lo que son aquellas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, pues impiden, restringen y falsean la competencia.

por los propios responsables de estrategia de estas empresas, y publicitada en ruedas de prensa y Juntas Generales de Accionistas sin que el Tribunal de Defensa de la Competencia se dé por aludido a pesar de explicitar con una innegable sinceridad que el objetivo perseguido es una futura rentabilización del mercado una vez desaparezcan los competidores. De hecho la misma esencia de muchos de los negocios en Red se fundamenta en «crecer y aguantar» a la espera de llegar a una situación en la que se aúnen implantación en el mercado por deserción de la competencia y captación de un número suficiente de usuarios y clientes, momento a partir del cual se pasará a rentabilizar el filón económico que, presumiblemente, será en un futuro próximo la prestación de servicios y la difusión de información a través de Internet.

Esta inaplicación de las reglas generales en materia de defensa de la competencia y la no persecución de las posibles infracciones a la misma en el sector de Internet es tanto más grave en cuanto, como ya se ha apuntado, la ordenación de la competencia en este sector, por sus especiales características, debiera ser si cabe más rigurosa. Parece absurdo plantear la conveniencia de extremar las exigencias de respeto a las normas de protección de la competencia cuando éstas se convierten, instantáneamente debido a los servicios de los que se trata, en exigencias de respeto del pluralismo si ni siquiera conductas que en cualquier otro mercado se perseguirían por distorsionar la competencia son denunciadas. Con todo, creemos que esta necesidad se hará cada día más acuciante y se abrirá paso la idea de que aplicar como garantía del pluralismo y del libre ejercicio de la libertad de expresión e información las normas en materia de defensa de la competencia no deja de ser un *minimun* imprescindible pero claramente insuficiente (78).

Las especiales características del mercado de la información, donde la propia existencia de una posición dominante supone una uniformización de la expresión pública que pone en serio riesgo el pluralismo, comportan que la libre competencia en el mercado no sea bastante para garantizar la libertad de información. Es causa importantísima de este fenómeno «la creciente tendencia a la

Por otra parte, y en la medida en que estas empresas son las que están en disposición de imponer tendencias al resto de partícipes en el mercado debido a su fuerte presencia en la Red, podría entenderse igualmente que incurren en abuso de posición dominante (artículo 6 de la Ley 16/1989). Debe tenerse en cuenta que suelen ser considerados como comportamientos que restringen la competencia (o la impiden o falsean), en las decisiones del Tribunal de Defensa de la Competencia, todos los actos de competencia desleal de la suficiente entidad. La Ley 3/1991, de Competencia Desleal, regula en su artículo 17 la venta a pérdidas y prohíbe la venta realizada bajo coste cuando «forme parte de una estrategia encaminada a eliminar a un competidor o grupo de competidores del mercado» [art. 17.2.c)].

(78) Cfr. J. C. LAGUNA DE PAZ: *Op. cit.*, pág. 2827.

concentración tanto por motivos estrictamente económicos como de influencia social y política que hacen muy interesante la inversión de los grandes grupos económicos»; y respuesta obligada «reforzar los mecanismos antirrestrictivos de la competencia» (79). Las actividades de Internet, como en estos momentos todas las iniciativas en materia de comunicación e información con independencia del soporte empleado, se incardinan en la actualidad en estructuras empresariales que hacen inexcusable la persecución de las conductas abusivas pero que imponen también la necesaria reflexión sobre la conveniencia de ordenar el sector entendiendo como conductas vedadas no ya el abuso de una posición dominante sino su simple consecución.

Urge, en este sentido, un cambio legislativo que amolde la normativa vigente a estas exigencias, constatadas las insuficiencias reseñadas, pues, como señala Rallo (80), la legislación de defensa de la competencia en sus actuales términos privilegia la persecución de prácticas contrarias a la competencia frente a la concentración empresarial. Esta medida es perfectamente lógica en un entorno en el que el éxito empresarial de uno de los partícipes (que se traduce ni más ni menos que en la consecución de esa preeminencia) no resulte lesivo para otros intereses constitucionales, y su corolario la no proscripción de la existencia de posiciones de dominio, quedando vedados únicamente los abusos realizados al amparo de esa posición. Sin embargo, la ya expuesta vinculación al pluralismo y la libertad de expresión, valores y derechos constitucionales, obligan a tenerlos en cuenta a la hora de determinar qué conductas afectan a la competencia en este peculiar sector y, en consecuencia, elevar el umbral de exigencia. Desde este punto de vista, queda claro que no son adecuados los criterios de referencia al uso para juzgar una restricción de la competencia, pues su carácter meramente económico les hace desconocer otros bienes o valores en juego de extraordinaria importancia, como es el caso del ya referido pluralismo.

Un cambio legislativo en este sentido permitiría una regulación de la actividad empresarial y del ejercicio de la libertad de expresión en la Red acorde con la necesidad de otorgar las más amplias garantías al mismo, pero preservando a su vez el pluralismo de las más graves amenazas que en estos momentos se ciernen sobre él, y cuyo origen se encuentra en el Internet que hemos llamado anteriormente «liberal»: aquel que ve la Red como un mero espacio para la pugna mercantil entre empresas dedicadas a ofrecer servicios de información que compiten por quedarse con la mayor cuota posible de mercado y que tratan de expulsar a sus competidores. Igualmente, permitiría solventar los pro-

(79) J. M. BAÑO LEÓN: *Op. cit.*, pág. 748.

(80) *Op. cit.*, págs. 233-235.

blemas que venimos exponiendo y, como ventajas adicionales, reduciría la inseguridad jurídica (aspecto destacado también por Rallo), que no es sino consecuencia del inevitable activismo judicial a la hora de resolver los problemas de competencia a falta de una normativa clara en la materia. La necesidad de una ordenación de estas características coincide igualmente con el sentido en que se ha expresado el Tribunal Constitucional: «en tanto no sea considerado sujeto pasivo del mercado mediático el ciudadano (público, lector, oyente o telespectador) ninguna regla garantizadora de la competencia dará satisfacción a las exigencias derivadas del pluralismo informativo. La corrección del *objetivo constitucional de la libre competencia* (STC 88/1986, de 1 de julio) mediante el *valor constitucional del pluralismo informativo* únicamente podrá realizarse completando los parámetros económicos (cuota de mercado, publicidad, ámbito geográfico empresarial) con aquellos otros que definen a la opinión pública libre como una institución política fundamental ...» (81).

En última instancia, ha de reaccionarse legislativamente desde la constatación de que el papel que cumple en nuestro sistema el acceso a una información veraz y la posibilidad de contar con diversas fuentes de opinión que permitan un verdadero debate de ideas es tan esencial que el propio fenómeno de concentración que se está produciendo en la información es por sí mismo preocupante en la medida en que, como apunta Fernández Esteban, enerva el pluralismo cultural y político consagrado constitucionalmente (82).

VI. CONCLUSIONES

El cada día mayor uso de Internet como medio de transmisión de información y su empleo como instrumento de comunicación o como mecanismo difusor de opiniones hace necesario el estudio de las transformaciones que estos cambios puedan suponer para el ejercicio de derechos como la libertad de expresión. Las mismas características de la llamada «Red de redes», tanto técnicas como las asociadas a la evolución del medio, convierten a la Red en un instrumento de gran potencia, que puede contribuir de forma importante a situar el ámbito de ejercicio de la libertad de expresión en una posición más desahogada frente a las manifestaciones limitadoras que todavía subsisten en los ordenamientos de muchos países.

No significa esta constatación que sea preciso un Derecho específico para

(81) *Ibidem*, pág. 235.

(82) M. L. FERNÁNDEZ ESTEBAN: *Op. cit.*, pág. 79.

Internet. Es ya un lugar común resaltar que no es necesario ni conveniente que el conjunto de legislación aplicable para regular estas actividades sea diferente al empleado para ordenarlas cuando se realizan en otros ámbitos. La mayoría de los conceptos generales demuestran su pertinencia en este nuevo entorno, por mucho que puedan requerir de algunas adaptaciones. Precisamente, este aspecto dota de mayor valor al estudio, pues la evolución que estas transformaciones operen en algunas instituciones jurídicas no sólo traerán causa, en última instancia, de reglas ya clásicas en nuestro Derecho sino que contribuirán a su propia transformación, al suscitar a su vez el traslado de esta reflexión a otros sectores.

No está justificado, ya que ni la jurisprudencia ni la normativa europea lo permiten, subordinar el empleo de Internet para crear medios informativos a autorizaciones administrativas de ningún tipo. Ni las inexistentes limitaciones técnicas ni las especiales características del medio permiten reservar control alguno al Estado en estas cuestiones, máxime cuando conviven en la Red, junto a manifestaciones más profesionales, cientos de miles de iniciativas personales que la dotan de una gran riqueza y para las que cualquier traba de esa índole supondría en la práctica la imposibilidad de emplear la Red como canal de comunicación libre y útil.

Apreciaciones del mismo tenor, atendiendo a la facilidad con la que cualquier usuario, en condiciones de paridad, puede emplear Internet para difundir informaciones, ideas u opiniones, hacen aconsejable que las restricciones relativas a los contenidos se reduzcan al mínimo posible. Las dificultades técnicas que por otra parte supondría pretender un control más acentuado desaconsejan, adicionalmente, una medida de semejante naturaleza. Sin embargo, la razón principal por la que ésta no debe admitirse reside en el primero de los motivos expuestos, y enraíza con consideraciones de principio sobre el concepto mismo de libertad de expresión. La jurisprudencia que ha tenido que reaccionar ante intentos de cercenación del ámbito de libertad de expresión en Red ha señalado que cualquier limitación excesiva no viene sino a debilitar la fuerza de Internet, que se basa en la grandísima cantidad de aportaciones, en su disparidad y también en el hecho de que algunas de ellas no sean habituales, y de que incluso puedan chocar, herir o molestar. Siempre que no se transgredan ciertos límites (que pueden estar constituidos por las intromisiones en la intimidad y la propia imagen, las injurias y las calumnias) la difusión de opinión e información debe quedar amparada. Y no se puede perder de vista que el reconocimiento de la libertad de expresión como derecho, en la medida en que al igual que cualquier derecho supone una capacidad de imposición a otros de las facultades atribuidas por el ordenamiento, es sólo realmente eficaz y necesario precisamente para aquellas manifestaciones que, caso de no estar amparadas, no serían socialmente aceptables.

En este sentido, no debe dejar de ser resaltado que las razones que han permitido atender a las especiales características de la Red para impedir ordenaciones restrictivas de la libertad de expresión, y que han tenido manifestaciones tan trascendentales como las Sentencias de los Tribunales de Pensilvania y Supremo de los Estados Unidos declarando la inconstitucionalidad de algunas previsiones de la *Communications Decency Act* por no respetar el derecho a la libre expresión, repetían punto por punto los motivos que a lo largo del siglo XIX se aducían en defensa de la libertad de expresión. Tal constatación merece ser tenida en cuenta al menos por dos aspectos. Porque sorprende, en primer lugar, que sea todavía necesario reiterar los mismos argumentos que por muy teóricamente asentados que estén en nuestros ordenamientos jurídicos y en nuestras sociedades, continúan siendo obviados con mayor frecuencia de la deseable. Y porque, en segundo término, esta reflexión sobre el ámbito de la libertad de expresión, válida para la Red y muy evidente por visible en lo que se refiere a ella, debiera extrapolarse también a cualquier ejercicio de libertad de expresión, con independencia del soporte en que se lleve a cabo.

No hay motivos para temer que la Red, así encuadrada, degenera en cuanto a sus contenidos. De hecho, la propia evolución que el empleo de la misma como instrumento de negocio ha provocado garantiza que los propios proveedores de contenidos sean los primeros interesados en mantener un cierto nivel de aceptación y corrección en los mismos. Pero Internet permite que convivan junto a ellos numerosas iniciativas que aseguran el pluralismo y que han hallado en la Red un privilegiado medio para ejercerlo. No son adecuadas por ello regulaciones que desatiendan esta realidad. Y, en la medida en que esto ocurre, por ejemplo, con la Ley española de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI), que no sólo establece trabas tanto en lo referido a la creación de medios de comunicación en red como en lo que atiende al uso de la libertad de expresión difícilmente conciliables con la Constitución, sino que además olvida a estos pequeños usuarios y establece una normativa sólo apta para las grandes empresas e iniciativas profesionales, la norma no merece excesivos elogios.

Especialmente lamentable es que esta preocupación por las iniciativas empresariales que cada vez más ocupan la Red se circunscriba a esfuerzos equivocadamente encaminados a encauzar contenidos y no se dirija a combatir otro fenómeno que sí puede constituir una verdadera amenaza para el pluralismo. Los procesos de concentración en los medios de comunicación, que han afectado tanto a los soportes (confundiéndolos unos y otros, importando contenidos, aunando esfuerzos editoriales...) como a la estructura económica de estas empresas (proceso de fusiones), han venido a significar (y no sólo en Internet) un empobrecimiento en lo que se refiere al número de emisores potenciales que,

caso de proseguir, podría suponer un riesgo evidente. El desembarco en la Red de las grandes empresas y grupos dedicados a la comunicación obliga a velar por el respeto a las normas que regulan la competencia mercantil, con el importante añadido de que en este sector la preservación de la misma deviene garantía del pluralismo. Y no sólo ello, sino que estas normas debieran ser si cabe más exigentes en la medida en que, en materia de opinión pública, la mera posición de dominio, sin necesidad de hacer mal uso de ella, provoca un empobrecimiento que socava las bases del pluralismo y, con ellas, la propia esencia de las sociedades democráticas representativas.

NOTAS

