

# **Transparencia y derecho de acceso a la información electrónica en Internet**

Por Víctor Escandón Prada

## **Abstract**

La presencia de las nuevas tecnologías en la sociedad actual abre una etapa en la que habrá que acometer la adaptación necesaria para dar seguridad jurídica a todo el flujo informativo que circula, sobre todo, por Internet. Pero, para llevar a cabo esta adaptación, nos encontramos con el problema de que afecta a todas las ramas del Derecho, ya que se trata de una transversalidad fáctica con repercusión legal, igualmente transversal.

La nueva Sociedad de la Información, con Internet a la cabeza, ha creado un nuevo horizonte en la concepción de la comunicación. La instantaneidad y universalidad de acceso a la información plantea otra realidad. Una realidad en la que el derecho a la información libre y la transparencia informativa están muy presentes, al menos, como aspiraciones legítimas.

## **Introducción**

La universalidad de Internet hace que el artículo 10 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos adquiera otro significado, ya que con Internet han desaparecido las fronteras y los comentarios circulan libremente por cualquier rincón del mundo.

Contra lo que pudiese parecer, a medida que aumenta la libertad de expresión (foros, blogs), la transparencia informativa torticeramente interpretada, aunque ha adquirido un gran protagonismo teórico y doctrinal con la llegada de las nuevas tecnologías, provoca, en la práctica, que cada

vez sean más los casos en los que no se respetan los derechos de las personas, ya sea desde las redes sociales u otros ámbitos, o bien desde las propias Administraciones.

En la investigación, se analizan los fenómenos que van surgiendo en relación con las nuevas tecnologías y su aplicación jurídica. Las intromisiones en la privacidad y la protección de datos hablan de los efectos más injustos de una transparencia descontrolada.

Por otro lado, las nuevas tecnologías han provocado también una mayor vulnerabilidad del derecho al honor, intimidad y propia imagen. Los usuarios reproducen imágenes de terceros en las redes sociales sin su consentimiento, incurriendo en un delito o intromisión. Además, las opiniones vertidas en foros o blogs, en muchos casos, resultan ofensivas, produciéndose una violación de sus derechos. Los autores huyen de una dinámica reguladora creciente de sus derechos desde hace dos siglos (Ley de Propiedad Intelectual, de 10 de enero de 1879).

Por esa razón, partiendo de la base de que las comunicaciones electrónicas fomentan el derecho de acceso a la información, el cual es un elemento de la transparencia, si la radical transparencia que favorece la comunicación electrónica tiene un coste tan elevado que, en la práctica, si el Derecho tarda en reaccionar, muchos de esos costes serían inasumibles en el terreno de los derechos personales. Además, los excesos en la transparencia pueden ser tan negativos como las prácticas opacas cotidianas, tanto de la Administración Pública como del sector privado.

## **1. Transparencia y derecho de acceso en la red**

### **1.1. La transparencia y el acceso a información, aspiraciones de la persona en la sociedad actual**

En paralelo a la transformación de las telecomunicaciones, ha aumentado exponencialmente el protagonismo de la transparencia informativa, institución que referida al ámbito audiovisual, Estrella Gutiérrez define como “la actitud por la cual, las instituciones públicas y privadas del sector audiovisual ponen a disposición de otros actores y de la sociedad civil, los datos e informaciones cuantitativos y cualitativos condicionantes del proceso de toma de decisiones de interés público, que afecten, no sólo al propio sector audiovisual, sino también a la sociedad en su conjunto”<sup>1</sup>.

## 1.2. Previsión normativa de transparencia y acceso a información

Trasladado al terreno informativo, la Unión Europea ha insistido en numerosas ocasiones en que “la principal finalidad de las leyes sobre libertad de información es permitir que los ciudadanos participen más de cerca en la toma de decisiones democrática”<sup>2</sup>. De hecho, a nivel europeo y público se lleva registrando desde hace tiempo, como ha señalado Guichot<sup>3</sup>, “una fuerte tendencia a maximizar el acceso de los ciudadanos a la información pública, como medio de profundizar en los mecanismos de control democrático del ejercicio del poder”.

La relación transparencia-derecho de acceso a la información del sector audiovisual deriva no sólo de circunstancias fácticas objetivables, sino también de normas de soft-law como la Recomendación (94)13, del Consejo de Europa, sobre Medidas para Promover la Transparencia en los Medios, que proclama el derecho de acceso a la información corporativa de

---

<sup>1</sup> GUTIÉRREZ DAVID, E y COUSIDO GONZÁLEZ, M. P. (coord.), *La transparencia en el sector audiovisual*. Bosch, Madrid, 2008, p. 85.

<sup>2</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Libro Verde sobre el acceso del público a los documentos de las instituciones de la Comunidad Europea. Revisión*. COM (2007) pág. 185.

<sup>3</sup> GUICHOT REINA, E., *La Responsabilidad Extracontractual de los Poderes Públicos Según el Derecho Comunitario*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 17.

las empresas/instituciones difusoras de medios de comunicación. La Recomendación identifica a los sujetos obligados a la transparencia y la garantiza, en términos de derecho, con titular o acreedor, al acceso y deber con salvaguardas para el deudor de la información: “La comunicación de esta información al público por los medios o por los servicios y autoridades responsables de asegurar la transparencia será llevada a cabo respetando los derechos e intereses legítimos de las personas físicas o jurídicas sujetas a requerimientos de transparencia”.

La jurisprudencia española se ha manifestado en alguna ocasión en este sentido al vincular el principio de transparencia con el derecho de acceso a archivos y registros públicos que reconoce el artículo 105<sup>4</sup> de la Constitución Española.

Así, la STS de 14/11/2000 se indica que el derecho de acceso a los registros y documentos administrativos, reconocido en el art. 105.b.) CE, está “enraizado en el principio de transparencia administrativa, el cual responde a una nueva estructuración de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos”.

La escasez de normativa concreta, pública y privada, que regule el acceso a los documentos es ejemplo de un deficiente proceso de asimilación de un principio socialmente interiorizado. De acuerdo con el Tratado de Maastricht, surge la cuestión de si el acceso puede ser un derecho fundamental de toda persona sólo del ciudadano. Si se considerase un derecho fundamental, sus restricciones deberían obedecer a un régimen de

---

<sup>4</sup> En su apartado b.) en el que reconoce que: “La ley regulará el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas”.

principios y excepciones concreto, acotando el margen de maniobra de la institución<sup>5</sup>.

La jurisprudencia contenciosa del Tribunal Supremo ha negado sistemáticamente al acceso a la información la naturaleza de derecho fundamental, a pesar de su relación con otros derechos, ciudadanos, como el de acceso a cargos públicos, o, fundamentales, como el derecho a la información, lo que le priva, por ejemplo, de la protección reforzada que la Constitución otorga a estos últimos<sup>6</sup>. La conclusión a la que se puede llegar en este caso es que en el ordenamiento jurídico español, el acceso a la información es un derecho de configuración legal, regulado por el artículo 37 LRJAP (Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Dicha regulación hace depender su contenido de la voluntad del legislador, por lo que en algunos casos, cabe imaginar que favorezca la opacidad.

De este contexto doctrinal, normativo y jurisprudencial comunitario derivan unas líneas de actuación con relación a un correcto entendimiento del derecho de acceso a la información y su adecuada implementación en el sector audiovisual.

Habría que destacar que la transparencia es el principio que modula y articula el ejercicio del derecho de acceso a la información del sector. Por lo tanto, garantizar el derecho de acceso a la información favorece la transparencia en el sector audiovisual.

---

<sup>5</sup> LAFAY, F., *El acceso a los documentos del Consejo de la Unión*, contribución a una problemática de la transparencia en derecho comunitario, RTDE, París, 1997, pág. 34.

<sup>6</sup> POMED SÁNCHEZ, L. A., *El Derecho de Acceso de los Ciudadanos a los Archivos y Registros Administrativos*, Instituto Nacional de Administración Pública, Madrid, 1999.

Además, el acceso como un derecho de contenido prestacional que es, favorece la propia transparencia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sentado un precedente en el asunto *Claude Reyes vs. Chile* (2006), al entender el acceso a la información pública como un derecho humano de contenido prestacional y manifestación directa del derecho a la información. Entretanto, en la doctrina española esta concepción es minoritaria<sup>7</sup>.

Si la naturaleza de la transparencia fuera la de derecho, en el marco de la Unión Europea, simultáneamente habría que entenderla como principio general de Derecho, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo. Los principios son una fuente no escrita en la Unión y los derechos (fundamentales) tienen la consideración comunitaria, de principios generales de Derecho. Por esta condición no son absolutos y están limitados por el interés público y comunitario<sup>8</sup>.

### 1.3. El acceso electrónico, al servicio de la transparencia y del derecho de acceso

Las obligaciones positivas, ligadas al carácter prestacional del derecho, pueden concretarse en la creación de Registros de documentos indizados y actualizados que faciliten la búsqueda de información, la formación de personal administrativo que dé respuesta a las demandas de acceso a la información y que oriente al ciudadano en sus solicitudes de acceso, la información al público sobre las nuevas disposiciones de acceso o la disponibilidad de los documentos en cualquier soporte, especialmente, aquéllos que faciliten el acceso electrónico.

---

<sup>7</sup> *Ibid* POMED, L.A., *idem*, p. 473.

<sup>8</sup> *Ibid* GUTIÉRREZ DAVID, E y COUSIDO GONZÁLEZ, M. P., p. 54.

En relación con el acceso electrónico, hay que señalar que dicho acceso forma parte del contenido del derecho de acceso a la información en poder de las instituciones comunitarias, según los arts. 2.4 y 12 del Reglamento 1049/2001<sup>9</sup>. Por otra parte, en el ámbito de la E-administración<sup>10</sup>, la Ley 11/2007, de Derecho de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos (LAECSP), ha reconocido en su artículo 1<sup>11</sup> este derecho, lo que genera una obligación para las Administraciones Públicas de dotarse de los medios y sistemas informáticos necesarios para que ese derecho pueda ejercerse de forma efectiva, lo que permite concluir que la ley española supedita el ejercicio efectivo del derecho de acceso al principio de eficacia administrativa. Esto incide directamente en la implementación efectiva de medidas que favorezcan y garanticen el acceso; no obstante, el planteamiento debiera ser el contrario, ya que el principio de eficacia administrativa ha de estar al servicio del derecho de acceso y no al revés.

---

<sup>9</sup> *Ibid.* Guichot, idem, p. 310 y 314.

<sup>10</sup> La E-administración o administración electrónica hace referencia a cualquier mecanismo que transforma las oficinas tradicionales, convirtiendo los procesos en papel, en procesos electrónicos.

<sup>11</sup> En su artículo 1 la Ley 11/2007 se expone que: 1. “La presente Ley reconoce el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos y regula los aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la actividad administrativa, en las relaciones entre las Administraciones Públicas, así como en las relaciones de los ciudadanos con las mismas con la finalidad de garantizar sus derechos, un tratamiento común ante ellas y la validez y eficacia de la actividad administrativa en condiciones de seguridad jurídica. 2. Las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información de acuerdo con lo dispuesto en la presente Ley, asegurando la disponibilidad, el acceso, la integridad, la autenticidad, la confidencialidad y la conservación de los datos, informaciones y servicios que gestionen en el ejercicio de sus competencias”.

## **2. El derecho a la información electrónica en Internet**

El auge de las nuevas tecnologías de la información ha acrecentado el alcance del derecho a la información libremente ejercido, recogido en el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos<sup>12</sup>.

La repercusión que puede tener una información en Internet por su instantaneidad y su universalidad plantea la realidad de la libertad de expresión, referida no ya a los profesionales del sector de la comunicación, sino a cualquier persona, en los términos en que puede exponer libremente sus opiniones, ideas y noticias en la red. En España, este derecho fundamental aparece recogido en el art. 20.1 y 20.4 CE<sup>13</sup>.

### **2.1. Mensaje digital y excepciones**

Por tanto, habrá que ver qué factores pueden intervenir en red para determinar si el autor de una información estaría incurriendo en una intromisión en el honor, intimidad y propia imagen que constituyen una excepción al ejercicio libre del derecho a la información que el propio precepto reconoce y protege con el carácter de fundamental. El desarrollo de la obligación de respetar el honor, la intimidad y la propia imagen se produce, en el ámbito civil, en LO 1/1982, de Protección Civil del Derecho

---

<sup>12</sup> En dicho artículo se expone que: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y de recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión”.

<sup>13</sup> En el artículo 20.1 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”. d.) “A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión”. Por su parte, el artículo 20.4 se señala que “Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las Leyes que lo desarrollan 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”.

al Honor, a la Intimidad Personal y Familiar y a la Propia Imagen (LOPDH).

También convendría reinterpretar y reactivar, como dice Lorenzo Cotino, el alcance de la categoría del interés público o relevancia pública. La jurisprudencia ha distinguido entre “interés público” e “interés del público”<sup>14</sup>.

Otros factores a tener en cuenta para determinar si el autor de la información incurre en una intromisión al honor, intimidad y propia imagen en el ámbito electrónico son la veracidad del emisor y el público al que va destinada, ya que, en muchas ocasiones, el anonimato del emisor en red, es un factor clave para publicar ciertas informaciones. En Internet, el anonimato agrava los problemas de regulación, persecución y sanción de los delitos o infracciones de todo tipo que se cometen a través de la red, aunque las posibilidades actuales de que no sean identificados son escasas tras la creación de la Brigada de Investigación Tecnológica<sup>15</sup> en España, y sus correspondientes en otros ámbitos.

## 2.2. Modos de información digitales

Las nuevas tecnologías han traído consigo la creación de nuevos formatos de información (blogs<sup>16</sup>, fotologs<sup>17</sup>, etc) que pueden vulnerar y atentar contra el honor y la intimidad de las personas por lo que el responsable debe tener en cuenta estas infracciones a la hora de publicar contenidos. En

---

<sup>14</sup> COTINO HUESO, L., *Libertad en Internet: La red y las libertades de expresión e información*, Tiran lo Blanch, Valencia 2007, p. 21.

<sup>15</sup> Unidad policial destinada a responder a los retos que plantean las nuevas formas de delincuencia en Internet (pornografía infantil, fraudes en el uso de las comunicaciones, ataques cibernéticos, piratería, etc).

<sup>16</sup> Sitio web que recopila cronológicamente textos o artículos de uno o varios autores, que puede ser actualizado periódicamente y donde se publica lo que el autor considere pertinente.

<sup>17</sup> Sitio web, a modo de blog, que se centra en las imágenes digitales.

la medida en que Internet acoge medios de comunicación, el régimen jurídico de éstos nos ofrece pautas válidas aplicables en su regulación. Aunque la riqueza de la red hace que satisfaga otros muchos fines irrealizables a través de los medios de información tradicionales<sup>18</sup>. Este último aspecto hace que su regulación resulte insuficiente, aunque tan revolucionario fenómeno y su relación con las libertades públicas sí permite extenderle y aplicarle los principios<sup>19</sup> y normas<sup>20</sup> que regulan los medios de comunicación tradicionales.

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo, de 9 de julio de 2009, absolvió de responsabilidad a los administradores de un foro por los comentarios que en él se hacían. La Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico en su artículo 11.1<sup>21</sup> viene a señalar, según la sentencia, que el prestador de

---

<sup>18</sup> *Ibid.* COTINO HUESO, L., ídem, pág. 25.

<sup>19</sup> Según José María Desantes (*Derecho de la información. Vol.2. Los mensajes informativos*), los principios que regulan el derecho a la información serían: **Principio de universalidad**, que incluye a “sujetos y medios de forma absoluta, dado que nadie puede ser privado de su derecho a la información al tratarse de un derecho irrenunciable, porque no puede negarse a tener ese derecho e innato, porque se adquiere desde que se nace”. **Principio de generalidad**, que se aplica “al objeto de la información, que siempre está supeditado al entendimiento del receptor”. **Principio de individualidad**. “El acceso y uso de la información es un acto individual”. **Principio de excepcionalidad**, ya que “toda norma tiene sus excepciones”. **Principio de especialidad**. “El mensaje debe cumplir un rol informativo lo que conduce a su especialización”.

<sup>20</sup> Ley de prensa 14/1966, (Ley Fraga), de la que permanece vigente el artículo 63 y siguientes. En ellos se regula el régimen de responsabilidad; el pie de imprenta, obligando en todo impreso a hacer constar el lugar y año de impresión y el domicilio del impresor. Además, se otorga al director un derecho de veto sobre el contenido de todos los originales del periódico. Por otro lado, en estos artículos también se señala que la responsabilidad penal se rige por el Código Penal y por la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LECR), cuyos artículos 816-823 bis, se ocupan del procedimiento penal en los casos de delitos cometidos por medio de la información.

<sup>21</sup> En su artículo 11 sobre Deber de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación expone que: 1. “Cuando un órgano competente hubiera ordenado, en ejercicio de las competencias que legalmente tenga atribuidas, que se interrumpa la prestación de un servicio de la sociedad de la información o la retirada de determinados contenidos provenientes de prestadores establecidos en España,

servicios tiene “el conocimiento efectivo cuando un órgano competente haya declarado la ilicitud de los datos, ordenando su retirada o que se imposibilite el acceso a los mismos como medida para evitar que se incurra en un delito, se use contenido que sea respetuoso con los derechos a la intimidad, honor y a la propia imagen de las personas”. Por ello, se ha procedido a una moderación de los comentarios que se viertan en un blog o un foro, estableciendo, asimismo, formas de contacto para que terceros le alerten sobre posibles comentarios difamatorios.

Aún así, a pesar de conocer la legislación, son muchos los foros o blogs (nuevos modos de la información digital) en los que se publican informaciones y comentarios que dañan el honor y la intimidad de las personas. En esos casos, cualquier ciudadano que haya sido ofendido por un delito podrá interponer una querrela ante el Juzgado de Instrucción. En estos casos, “la tutela judicial comprenderá la adopción de todas las medidas necesarias para poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores. Entre dichas medidas podrán incluirse las cautelares encaminadas al cese inmediato de la intromisión ilegítima, así como el reconocimiento del derecho a replicar, la difusión de la sentencia y la condena a indemnizar los perjuicios causados”<sup>22</sup>.

En lo que a la indemnización de perjuicios se refiere hay que tener en cuenta que, en estos casos, no comprenderá sólo los perjuicios materiales. También hay que entrar a valorar aquellos perjuicios morales que haya

---

y para ello fuera necesaria la colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, dicho órgano podrá ordenar a los citados prestadores que suspendan el correspondiente servicio de intermediación utilizado para la provisión del servicio de la sociedad de la información o de los contenidos cuya interrupción o retirada hayan sido ordenados respectivamente”.

<sup>22</sup> Artículo 9.2 de la LOPDH.

podido causar a la persona implicada, ya que su imagen se ha podido ver muy afectada. Además, hay que tener en cuenta el beneficio que haya podido obtener el infractor con la publicación del contenido, pues no es igual un comentario en un foro o blog que una noticia en un periódico digital. En cuanto a las imágenes, la vulneración del derecho fundamental a la propia imagen puede dar lugar a una indemnización por parte de quien comete la intromisión. La reproducción no autorizada da lugar al derecho a ser resarcido, extendiéndolo al daño moral, que se analiza de acuerdo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión producida, para lo que se tendrá en cuenta en su caso, la difusión o audiencia del medio<sup>23</sup> a través del que se haya producido<sup>24</sup>. Las acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducan transcurridos cuatro años desde que la persona legitimada pudo ejercitarlas<sup>25</sup>.

Las circunstancias de hecho y de Derecho que se explicitan apuntaban a la necesidad imperiosa de una legislación específica en España que diera respuesta a los retos de la nueva era de la comunicación. La Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI) 34/2002, de 11 de julio. Supone transponer la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio<sup>26</sup>, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior. El progresivo desarrollo de la sociedad de la información y del comercio electrónico requería una adecuada reglamentación que evite la comisión de abusos por

---

<sup>23</sup> La medición de audiencias en las páginas web se hace a través de *tags* (etiquetas). Las empresas de medición introducen un código en cada una de las páginas del sitio web. Cada vez que un usuario entra en una de las páginas marcadas, este código envía al servidor de mediciones todos los datos sobre su visita.

<sup>24</sup> Artículo 9.3 de la LOPDH.

<sup>25</sup> Artículo 9.5 de la LOPDH.

<sup>26</sup> Aprobada siguiendo el procedimiento de codecisión, mayoritario en la política legislativa comunitaria, tras el Tratado de Ámsterdam de 1997.

parte de los prestadores de servicios y la LSSI responde a estas necesidades.

En la exposición de motivos de la LSSI se señala que “lo que la Directiva denomina sociedad de la información viene determinado por la extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de todo tipo de información”. Sin embargo, también añade que “la implantación de Internet y las nuevas tecnologías tropieza con algunas incertidumbres jurídicas, que es preciso aclarar con el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria en el empleo de este medio”.

### **Conclusiones**

- Existe una escasez de normativa concreta, pública y privada, que regule el acceso a los documentos en Internet.
- En el ordenamiento jurídico español, el acceso a la información es un derecho de configuración legal, lo que hace depender su contenido de la voluntad del legislador, por lo que en algunos casos, se favorece la opacidad.
- La Ley española supedita el ejercicio efectivo del derecho de acceso al principio de eficacia administrativa, cuando debería ser al contrario.
- La relación de las nuevas tecnologías con las libertades públicas, en algunos casos, sí permite hacer extensible y aplicable las normas y principios de los medios de comunicación tradicionales.