

**DERECHOS DE PROPIEDAD Y GARANTÍA DEL PLURALISMO.
NOTAS SOBRE EL PRODUCTO INFORMATIVO EN INTERNET Y
SU TRATAMIENTO JURÍDICO***

**Andrés Boix Palop
Ajudant de Dret Administratiu
Universitat de València-Estudi General de València
Grup d'Anàlisi Crítica "Democràcia i Poder"*****

La manera en que nuestras sociedades están haciendo frente a las transformaciones que la comunicación a través de Internet ha traído consigo difiere dependiendo de los ámbitos afectados. Hay una serie de notas comunes, sin embargo, en todas las reacciones, que pueden identificarse en la necesidad de adaptar a la nueva realidad aquellos esquemas, nociones e instituciones conocidos del pasado y que habían acreditado ser eficaces, de una parte, y, por otro lado, en la necesaria e inevitable confusión consecuencia de la constatación de que algunos de aquéllos ya

* Este trabajo es en parte plasmación escrita de las ideas centrales a partir de las cuales se articuló mi participación en la Mesa Redonda con la que se clausuró la Jornada *Información, Contenidos y Autoría en la Red*, organizada por el Grupo de Análisis Crítico "Democracia y Poder" y celebrada en la Facultad de Filología de la Universitat de València el 18 de noviembre de 2004. Una versión más académica del mismo, con las correspondientes referencias bibliográficas, será publicada próximamente en una obra colectiva coordinada por el Profesor Cotino Hueso, junto a otros trabajos de temática similar que se originaron en el *I Congreso Derecho TICs*, organizado por la Red Derecho TICs en la Facultad de Derecho de Valencia del 2 al 5 de noviembre de 2004.

** Información de contacto:

Dirección de correo electrónico: Andres.Boix@uv.es

Página web personal: <http://www.uv.es/aboixp>

no pueden seguir siendo válidos. Confusión que es en no pocas ocasiones aprovechada para alterar los equilibrios ya afianzados más allá de lo que el mero cambio tecnológico implica. El Derecho no es ajeno a esta realidad y en los últimos tiempos venimos asistiendo a sus tentativas de adaptación a la nueva realidad impuesta por Internet en las diferentes esferas que por la Red han quedado afectadas. En este contexto, el tratamiento jurídico que se da a la información, cuando transmitida por Internet, se ha puesto en cuestión, suscitándose el inevitable debate en torno a qué elementos han de (o simplemente pueden) conservarse respecto de los esquemas de garantía jurídica de la comunicación clásica y dónde será precisa una intervención radicalmente diferente. La labor pública de ordenación y garantía, que en última instancia ha de lograr la consecución de un adecuado equilibrio entre intereses públicos y privados, está todavía por precisarse en todo su alcance y es interesante detectar las líneas de fractura, las quiebras de la equidad, que pueden comenzar a avizorarse y frente a las que la sociedad en su conjunto habría de premunirse. Porque algunas de las adaptaciones que ya se han dado, en esferas como la protección de la propiedad del producto informativo o la delimitación de los contenidos admisibles, plantean notables dudas en lo que se refiere tanto a su corrección jurídica como, más sencillamente, a su misma conveniencia.

1. INTERNET Y EL PLURALISMO

La importancia de los medios de comunicación, en tanto que constituyen los instrumentos históricamente privilegiados para facilitar la repercusión social y política de la libre expresión de ideas y opiniones, es difícil de minusvalorar. Exactamente el mismo juicio ha de merecer, como es tradicional señalar, su contribución a la plural conformación del debate público en una sociedad democrática y, en última instancia, el papel que juegan en la misma articulación de los mecanismos y modos de toda participación política que se desee realmente efectiva. Tiene poco sentido que nos detengamos, por ello, sobre el particular, ya que se trata de cuestiones sabidas y suficientemente analizadas, sobre las que abundar conduciría sólo a la reiteración de lugares comunes.

Sí conviene, por el contrario, que nos detengamos siquiera sea de manera muy sucinta, en la incidencia que la generalización del empleo de Internet como medio de comunicación y soporte para la comercialización de servicios de información puede suponer (y ha empezado de hecho ya a suponer) a este respecto. Aunque la existencia de medios de comunicación ha sido y es un factor esencial para que la discusión racional a que toda comunidad democrática ha de darse tenga efectivamente lugar (y precisamente por este motivo son estas actividades beneficiarias de toda una batería de medidas jurídicas tendentes a salvaguardar las libertades y derechos fundamentales que de manera esencial se realizan a través de las mismas), esta constatación no puede hacer olvidar que no sólo de los poderes públicos pueden venir los riesgos y peligros, las amenazas a las libertades y al pluralismo. El objetivo de lograr un debate público libre, así como ha de ser protegido de posibles excesos estatales,

debe ser también salvaguardado, como desde muy temprano señaló el Tribunal Constitucional, de algunas de las actuaciones de los sujetos que en él participan. Cuando contemplamos la relación entre democracia y medios de comunicación, no sólo hemos de atender a las exigencias derivadas de las libertades de expresión, información y opinión, sino que tampoco pueden perderse de vista las que son consecuencia de la irrenunciable obligación estatal de actuar en pro de la consecución y protección del pluralismo. Un pluralismo que, además, ha de ser efectivo y fuerte, garantizando el acceso de todos los colectivos e ideas a las plataformas para su pública discusión y toma en consideración. La irrupción de Internet, y muy especialmente la constatación de su utilidad y éxito como canal de transmisión de informaciones y opiniones, han modificado sensiblemente el panorama al que el Derecho debe responder y al que al Derecho ha de adaptarse respecto de este particular. Porque, sencillamente, el sustrato fáctico sobre el que opera sí se ha visto, en este caso, sustancialmente alterado.

Internet ha supuesto que la posibilidad de convertirse en potencial comunicador, emisor de informaciones y opiniones, suministrador de contenidos al debate público no quede ya limitada a un reducido sector de la población sino que, por sus características técnicas (y muy especialmente por la facilidad de su empleo y las escasas barreras de entrada que, incluyendo las económicas, existen en el medio), brinda a prácticamente la totalidad de la ciudadanía la oportunidad de acceder a un instrumento de comunicación de alcance, en principio, global. Y, al menos también en principio, en igualdad de condiciones a cualquier corporación o empresa, por poderosa que sea y por muchos medios económicos que posea.

Obviamente, las posibilidades que ofrece Internet no son, ni pueden ser, ilimitadas. Como tampoco por sí mismas son capaces de

eliminar todas las barreras que en nuestras sociedades se oponen a la realización de una igualdad plena. Tanto las realidades del mundo físico como las derivadas de la propia lógica empresarial se trasladan a la Red de una manera u otra. Como suele repetirse, no es lo mismo ser *visible* en Internet que gozar de una efectiva *visibilidad*, para lo que, en medio de un entorno con múltiples ofertas comunicativas, es preciso algo más que la mera capacidad potencial de ser visto (leído, oído, analizado, tenido en cuenta...). Algo que pasa normalmente por un previo conocimiento del emisor que sólo a través de la notoriedad alcanzada por otras vías puede lograrse. Lo que cuesta, lógicamente, no poco dinero y exige un posicionamiento previo que obliga a conservar un sano escepticismo ante las exposiciones que presentan la comunicación en Red como superadora de todas las desigualdades entre ciudadanos y grupos potencialmente emisores. Éstas, las diferencias, existen y seguirán teniendo no pocas consecuencias a la hora de garantizar las posibilidades y éxito de hacer llegar un determinado mensaje. Pero es cierto que, al menos, el canal de comunicación en sí mismo no es un factor de diferenciación adicional, como hasta la fecha venía ocurriendo.

De ahí que la primera de las estrategias empresariales de los grandes grupos de comunicación y entretenimiento para hacer frente a la nueva e inesperada competencia haya sido, sencillamente, poner a los recién llegados al mercado de la información o del entretenimiento en la tesitura de enfrentarse a una feroz competencia por la audiencia, los lectores, la visibilidad... de la que sólo han podido salir victoriosos (o indemnes) aquellos con músculo financiero exógeno o las iniciativas menos ambiciosas, que no aspiraban a competir comercialmente con los productos de los medios de comunicación de masas tradicionales y asentados que, sencillamente, se han transportado a la Red. Estas tácticas en el fondo predatorias, radical y esencialmente anticompetitivas (y así reconocidas por sus

promotores, con una franqueza cuando menos ingenua) no han sido, sin embargo (y sorprendentemente) jurídicamente cuestionadas ni merecido reproches dignos de ser reseñados excepción hecha de los que se referían a la viabilidad de tales estrategias y a la corrección de los cálculos de mercado en que se basaban.

No obstante el relativo éxito que, en primera instancia y fundamentalmente como consecuencia del desarrollo de estrategias de este tipo, podemos considerar que han tenido los medios de comunicación tradicionales (es decir, los grandes conglomerados multimedia que en la actualidad conforman la práctica totalidad del sector) a la hora de domeñar la primera amenaza que la Red podía suponer para sus intereses, ni siquiera esta inicial diezmación ha podido evitar que Internet se haya convertido en un importante agente dinamizador del pluralismo en lo que se refiere al panorama mediático.

Porque si bien es preciso reconocer que son escasos los grandes proyectos de información-comunicación que han podido sobrevivir con aspiraciones de convertirse en grandes referentes del debate público de tipo generalista al margen de los contenidos ya existentes en medios tradicionales y trasplantados a la Red, también ha de notarse que junto a esta realidad, a medida que ha ido madurando Internet, se han asentado definitivamente, y parece evidente ya a estas alturas que para quedarse, una infinidad de proyectos de menor dimensión, pero viables y en auge, que han encontrado nichos de mercado especializados donde los grandes conglomerados no pueden o no quieren llegar (o no podían o querían hacerlo, al menos, hasta la fecha). Las múltiples iniciativas en este sentido, que se cuentan por millares en cualquier país del mundo, son un foco importantísimo de riqueza y novedad que se añade al debate público, enriqueciéndolo indudablemente, por mucho que su audiencia pueda ser reducida en

cada caso y necesariamente fragmentaria. Porque toda discusión pública se compone de la suma de aportaciones muy diversas de esta naturaleza, de su adición y de la interacción de las mismas, sin que sea tan importante la centralización y amplia difusión de una concreta formalización de los contenidos discursivos como la efectiva propagación del objeto de debate en sí mismo. De la misma manera que en un entorno plural la existencia de diversos medios de comunicación conlleva la imposibilidad de atender a todas estas fuentes, y la criba se hace ineluctable, Internet multiplica y reproduce el fenómeno hasta límites insospechados. Lo que no sólo no perturba el debate público sino que lo enriquece.

Junto a este primer efecto de incremento del pluralismo, Internet ha proporcionado sobre todo la posibilidad de comunicarse y tener un cierto espacio público, por modesto que sea, a los ciudadanos que, simplemente, desean participar del debate público, siquiera de forma testimonial y necesariamente personal. La incidencia global que cada una de estas aportaciones (que van desde las páginas personales a los *weblogs* o cuadernos de bitácora, pasando por cualquier contribución a la expresión de inquietudes ciudadanas del tipo que sean, incluso en foros de discusión o por medio de la participación en proyectos de construcción de contenidos de manera común posibles gracias a las nuevas herramientas digitales que se han desarrollado en paralelo a la Red, como los *wikis*) pueda tener es quizás mínima, por no decir ínfima. Pero la suma de todas ellas, en número y calidad creciente, introduce un nuevo elemento de heterogeneidad y riqueza al debate público que no puede en modo alguno perderse de vista.

Por lo demás, tampoco ha de dejar de atenderse a otra serie de factores que convierten a Internet en un medio especialmente apto para garantizar un mayor pluralismo informativo en nuestras

sociedades. Van desde la propia reacción de los medios de comunicación tradicionales (unánimemente juzgada hasta la fecha como deficiente a la hora de adaptar sus contenidos a la Red, ya que al margen de sus tácticas predatorias no han sido en general capaces de reaccionar ofreciendo productos suficientemente atractivos, lo que ha acabado dejando más espacio del que inicialmente habría podido preverse a las iniciativas provenientes de quienes deseaban aprovechar las potencialidades del nuevo medio) hasta la efectiva creación de una serie de redes sociales antes inexistentes como consecuencia, sencillamente, de la aparición de nuevos hábitos y pautas de comunicación interpersonal facilitados por la aparición de Internet¹.

Las consecuencias que todo ello puede deparar respecto de la sustracción del debate público al tradicional control a que venía sometido por medios de comunicación enmarcados en estructuras empresariales económicamente concentradas que, en definitiva, no son sino el trasunto de ciertos intereses sociales y económicos, están todavía por verse. No obstante, parece claro que la articulación del debate público ha de tener en cuenta en la actualidad al menos más variables que antaño. Con ello, el control del mismo es indudablemente más complicado. Y, por mucho que pueda parecer aventurado en estos momentos cuestionar que la más inmediata consecuencia de lo comentado sea la total pérdida de la capacidad de los grandes medios de delimitar el espacio de debate público y las cuestiones sobre las que éste versará (modelo *Agenda Setting*), sí que es evidente que Internet ha abierto el panorama, ha permitido la entrada de muchos más actores en el mismo, ha incrementado

¹ La mera costumbre de consultar la información en Internet, la normalidad con la que se puede acceder a medios internacionales por ello, o el desarrollo de comunicaciones como las telefónicas a través de SMS y todo tipo de comunidades virtuales modifica notablemente la manera en que los flujos de información y opinión se canalizan y extienden más allá de la labor de los medios de comunicación.

notablemente la complejidad de la estructura del mercado de la información y de la comunicación (obligándole también a tener en cuenta las iniciativas no comerciales) y ha convertido el control de la agenda pública en más complejo por lo que las posibilidades de dictado de la misma son menores y, en cualquier caso, responderán necesariamente a patrones más difusos.

La comunicación a través de Internet, muy especialmente, ha sentado las bases para que, al menos en situaciones de crisis, de verdadera excepcionalidad o en casos donde se produce una gran movilización y actividad de estas redes y recursos pre-existentes, la capacidad de control del debate escape al poder público y a los medios tradicionales. De hecho, y se trata de fenómenos cuyo estudio ya ha comenzado a realizarse y cuyas implicaciones están lejos de haber sido todavía totalmente aprehendidas, algo así hemos tenido ya ocasión de comprobar en algunas ocasiones en las que se han dado los elementos precitados. Así, por ejemplo, hemos tenido ocasión de comprobar la importancia y consecuencias de este cambio en situaciones como la Guerra de Irak de 2004 (donde la respuesta cívica de la ciudadanía europea pero también estadounidense se articuló en sus primeros momentos principalmente a través de Internet y culminó, a pesar del sesgo informativo todavía dominante en los meses previos a la guerra en los medios de comunicación de masas, con la espectacular realidad de las manifestaciones del 15 de febrero de 2004, que reunieron a decenas de millones de personas en todo el mundo y que fueron convocadas, esencialmente, empleando Internet), los días posteriores a los atentados del 11 de marzo de 2004 en Madrid (cuando Internet se convirtió en la única posibilidad que tenían los ciudadanos españoles de contrastar las manifestaciones gubernamentales y de los medios de comunicación nacionales, que apuntaban unánimemente a la autoría etarra, con las informaciones más matizadas y exactas de la prensa internacional,

primero y posteriormente con las propias informaciones difundidas desde España a través de numerosas páginas web que bien aportaban datos, bien reflexionaban emitiendo dudas impensables en los medios tradicionales bien sencillamente replicaban las informaciones que iba dando la prensa internacional) o las elecciones de 2004 a la Presidencia de los Estados Unidos de América (comicios en los que la agenda pública de los candidatos y el mismo desarrollo del debate en torno a los mismos ha dependido más de las revelaciones aparecidas en páginas web y *weblogs*, así como de los análisis radicados en los mismos, que de los intentos de encauzamiento de la prensa tradicional).

2. EQUILIBRIOS Y DERECHOS: LA ORDENACIÓN DEL MERCADO INFORMATIVO

Internet, hemos tratado de apuntar ya de manera muy somera el porqué, constituye un factor de revitalización y fortalecimiento de primera magnitud de las posibilidades de pluralismo informativo en nuestras sociedades. Su generalización ha incrementado notablemente tanto el grado de libertad con el que las sociedades en las que vivimos determinan los márgenes y límites del debate público como la manera en que éste se realiza. También es responsable de la multiplicación de las aportaciones al mismo así como del hecho de que muchísimos contenidos que antes no lograban traspasar el umbral de visibilidad y/o accesibilidad de lo público dispongan ahora de un espacio, por reducido que sea, en el mismo.

Estas indudables ventajas que la generalización de la Red como instrumento de comunicación ha traído consigo no pueden perderse de vista y obligan a reconsiderar el tratamiento que de la libertad de expresión y de la garantía del pluralismo han venido realizando el Estado y el Derecho, propio de un entorno oligopolizado por estructuras empresariales dominantes radicalmente diferente del actual.

Las posibilidades que ofrece Internet a cada ciudadano de convertirse en emisor y activo participante en el debate público pueden conllevar ciertos riesgos y por ello el Estado, en primer y obvio lugar, ha de mostrarse vigilante para contener posibles excesos. Éstos tienen su origen en la obvia mayor complejidad (y posibilidades de trasgresión y mal uso) de un entorno con un número de partícipes infinitamente mayor (y cuyo grado de reconocibilidad es infinitamente menor) a los integrantes del mercado de la

comunicación tradicional. De hecho, ha sido ésta la primera reacción de prácticamente la totalidad de los Estados de nuestro entorno, celosamente ocupados de hacer frente a los potenciales riesgos derivados de la aparición de este espacio necesariamente menos controlable y convenientemente alertados de los peligros y alentados en el ejercicio de estas funciones por los medios de comunicación de masas tradicionales.

No obstante la atención que han merecido estas cuestiones y la importante reacción de los Estados y notoriedad de sus esfuerzos respecto de tales amenazas, creemos que en todo lo relativo a los límites de la libertad de expresión no hay en el fondo diferencias sustanciales entre el mundo en el que vivimos, con Internet, y la realidad previa a la consolidación de la Red como instrumento de comunicación. Las diferencias, si acaso, responden únicamente a la mayor facilidad con la que ciertos excesos o delitos pueden cometerse. O al mayor número de ciudadanos que potencialmente puedan tener acceso a la comisión de algunos ilícitos. Pero no suponen cambio cualitativo de verdadera entidad, por mucho que sea obvio que no conviene desatender este ámbito.

Sin embargo, junto a tan nobles preocupaciones, más importante si cabe es que el Estado y el Derecho público atiendan a sus obligaciones respecto de la equilibrada ordenación del mercado informativo para lograr la mejor garantía y equilibrio de los intereses públicos en juego. Que, aquélla sí, se ha visto (y verá en el futuro todavía más) cualitativamente afectada por la irrupción de la comunicación a través de Internet. Tales intereses son, muy especialmente, la protección de las libertades constitucionales afectadas y la consecución del pluralismo político que es común aceptar como sustrato latente de su reconocimiento y verdadera garantía institucional constitucional en la materia. Todos ellos quedan

enfrentados a un nuevo panorama, de lo que se derivan repercusiones sobre la importantísima función ordenadora y equilibradora que mencionábamos, íntimamente vinculada a las exigencias de una democracia moderna. Internet ha supuesto novedades ciertamente significativas al alterar notablemente la estructura del mercado y de las actividades sobre las que ha de actuar el Derecho y el Estado con su tarea reguladora al uso.

No puede perderse de vista que la tradicional intervención pública en el mundo de la comunicación tenía como sustrato una realidad en la que los actores partícipes eran bien escasos. El ejercicio de los derechos de información y expresión, cuando pretendía tener trascendencia pública, quedaba constreñido a las efectivas posibilidades de comunicación social en manos de los grupos periodísticos y multimedia que disponían de medios económicos (y, en ocasiones, del título jurídico habilitante) para acceder al mercado. Pues, al fin y al cabo, de un sector económico como otro cualquiera se trata.

Tales esquemas, así como los instrumentos jurídicos de intervención tradicionales con los que el Estado había venido actuando en esta materia, se basaban en una intervención que pretendía ordenar las manifestaciones comunicativas desde el sobreentendido de que los actores a regular/controlar eran pocos y fácilmente identificables. Esta lógica presenta en algunos mercados muy particulares (en la actualidad en franco retroceso) perfiles ciertamente máximos, como son las posibilidades de monopolio estatal anejas a la declaración de servicio público de un concreto sector (como en la actualidad sucede todavía con todas las formas de radiodifusión y televisión a excepción de las realizadas por satélite desde 1995 y por cable desde 2003). En estos casos el Estado retiene para sí la exclusiva sobre la realización de una determinada actividad

(radio y televisión) en atención a una serie de intereses públicos juzgados como relevantes y habilitadores de la misma, que a causa de tal calificación puede ordenar de manera muy estricta. Ya sea reservándose en exclusiva, ya por medio de una exhaustiva regulación que puede ser teleológica, axiológica e instrumentalmente todo lo prolija que se quiera, y que necesariamente habrán de respetar los operadores a los que se conceda la gestión indirecta de la misma so pena de ser privados de la concesión.

En una ordenación de la comunicación en democracia que parte de estas premisas las exigencias de respeto al pluralismo y la garantía del mismo dependen, sencillamente, del efectivo empleo de los medios de comunicación que se haga desde el poder público (si hablamos de la gestión directa) o de la concreta ordenación del sector (número de licencias, efectivas diferencias entre los concesionarios, atención a las exigencias sociales) y de las obligaciones que se imponga a sus partícipes cuando se trata de la gestión indirecta.

Se trata, en cualquier caso, de una intervención pública radicalmente diferente en su orientación y formas a la que requiere un mercado total y absolutamente libre, como es el de la información en Internet, dadas las escasísimas y poco importantes barreras de entrada (tanto técnicas y económicas como jurídicas) al sector. Mercado que, por lo demás, es ya de notable importancia en la actualidad y previsiblemente lo va a ser mucho más, máxime a medida que converjan en él otros sistemas de comunicación que la digitalización permite sin mayores dificultades (cuando no, directamente, alienta, al menos mientras el cerrado mercado audiovisual español siga en su mayor parte considerado como servicio público), pero homologable en lo que se refiere a la esencia de su régimen jurídico (absoluta libertad de acceso al mismo) a la prensa escrita. Aunque diferenciándose de éste en que, además, el

número de partícipes en el mismo es muchísimo mayor y potencialmente incontrolable (a diferencia de lo que ocurre con la prensa escrita, sector maduro y con unos partícipes identificables, como consecuencia una vez más de las condiciones impuestas por el canal de comunicación).

La consideración de un mercado como libre no impide, ni mucho menos, la posibilidad de que los poderes públicos regulen el mismo en atención a objetivos y valores constitucionales. Es más, se trata de una actuación perfectamente sólita y aceptada, tanto más cuando nos encontramos ante un sector económico generador de una directa incidencia en la consecución de una exigencia constitucional tal como es la del pluralismo que garantiza el debate público libre y que, a la vez, es vehículo privilegiado de realización de libertades fundamentales como las de expresión e información. Así que, si ya cualquier mercado puede ser objeto de control y regulación públicos, éste es susceptible de serlo todavía más. Ahora bien, con el límite y guía de que las intervenciones en cuestión han de tener como finalidad la realización de los objetivos constitucionales que las justifican.

Desde esta perspectiva, y dada la oxigenación que Internet supone en el panorama informativo, ya expuesta, nos parece evidente que la labor pública en cuestión ha de estar llamada a reaccionar ante las nuevas realidades y retos, de las que hablábamos al principio, en el sentido de asegurar y garantizar que las posibilidades abiertas por los medios de comunicación *on-line* no son ahogadas por los intereses de ciertos sectores sociales y económicos y muy especialmente, por las pretensiones (en ocasiones incluso ligadas a su misma supervivencia) de los medios tradicionales. Lo que requiere, en primer término, la asunción clara de que estamos ante un mercado libre y que, por ello, ha de contar con la garantía que

cualquier entorno competitivo en una sociedad abierta exige. Esto es, la puesta en marcha de una efectiva vigilancia del cumplimiento de las normas en materia de defensa de la competencia que impida, como mínimo, el desarrollo de conductas anticompetitivas y el aprovechamiento de posiciones de dominio (por ejemplo, en otros sectores de la comunicación) en perjuicio de las posibilidades expresivas del medio y de las expectativas de afianzamiento de los nuevos actores del mismo.

Junto a esta primera nota, y frente a las pretensiones que ya comienzan a poder detectarse, esgrimidas fundamentalmente por los representantes de los medios de comunicación tradicionales, es también imprescindible que el Estado asuma un papel de garante de esas nuevas posibilidades de pluralismo que se abren gracias a la Red. Por ello, frente a estas posiciones y ante la alegación de toda una amplia panoplia de pretendidos derechos, el Derecho público ha de cumplir con la que es su función, garantizando un nuevo pero también adecuado equilibrio entre los derechos e intereses individuales y los sociales. No queremos en este momento ni siquiera aventurarnos en perfilar las concretas derivaciones de esta tarea que, a buen seguro, será imprescindible acometer en un futuro próximo. Esto es, replantear el mismo juego y equilibrio de unos y otros intereses (pues, a nuestro juicio, una de las más importantes transformaciones que ha supuesto Internet ha sido poner de manifiesto la necesidad de una redelimitación de los mismos o más bien de una vuelta a la esencia de los mismos, en muchos casos pervertida por consideraciones de mercado y que ahora vuelven a brillar, en ocasiones conflictivas, como consecuencia de la misma revitalización que la Red ha supuesto a las libertades de expresión). Se trata de una tarea más compleja y ambiciosa que la que ahora podemos permitirnos esbozar. No obstante sí que comienza a ser urgente plantear abiertamente cuando menos que algunas de las

pretensiones y transformaciones jurídicas a que venimos asistiendo son abiertamente contrarias a los principios constitucionales que hemos venido tratando de exponer. No resisten por ello el más somero análisis desde el rigor jurídico, una vez extraídas las consecuencias deducibles de las premisas expuestas. Pero es que ni siquiera permiten su confrontación con pautas de coherencia y razonabilidad que, en cualquier caso, han de exigirse a cualquier manifestación jurídica (y, en el que nos ocupa, aun cuando no se compartiera nada de lo hasta ahora expuesto). A saber: que la expresión de ideas e informaciones por Internet no ha de ser merecedora de un tratamiento jurídico *in peius*, de una parte; y que la búsqueda de un modelo de garantía del pluralismo en una sociedad requiere de la adopción de decisiones y pautas que no sean contradictorias consigo mismas, caso de ser generalizadas, de otra.

3. GARANTÍA PÚBLICA DEL PLURALISMO EN EL MERCADO DE LA COMUNICACIÓN: LÍNEAS DE FRACTURA EN INTERNET

A. La regulación de contenidos

Lejos de pretender una suerte de “discriminación positiva” para Internet en atención a los muy significativos beneficios que su desarrollo y potenciación puede deparar desde la perspectiva de la consecución de un mayor pluralismo, las reflexiones que ahora siguen tratan de poner de manifiesto la deriva de nuestro Derecho, y el sorprendente escaso revuelo que ello ha causado (ciertamente sintomático, si tenemos en cuenta la sublevación que otro tipo de medidas han suscitado²), sistemáticamente tendente a analizar las manifestaciones expresivas en Internet con un prisma más restrictivo que el que constituye la norma para otros canales de comunicación. Esta tendencia es patente desde la mera aprobación de disposiciones disciplinadoras de la libertad de expresión respecto de las manifestaciones realizadas en este medio (que contrastan con la falta de regulación del ejercicio de las libertades de información y expresión en otros ámbitos, tónica dominante desde 1978) hasta, y pasando por el concreto contenido de las normas y limitaciones aprobadas (que tendremos ocasión de revisar someramente), las concretas reacciones por parte del poder punitivo del Estado frente a

² Así, muy significadamente, las pretensiones de reforma y actualización (finalmente llevadas a término) de los instrumentos de represión de actuaciones como la copia ilegal de contenidos, a través de modificaciones del Código penal como la que entró en vigor el pasado 1 de octubre de 2004. Es evidente que el pretendido “derecho a piratear” goza de mejor salud y prensa, así como dispone de un mayor número de abogados para su defensa y justificación frente a las amenazas que sobre él se ciernen, que el derecho a la libertad de expresión y las garantías que una sociedad ha de darse para poder protegerlo. Se trata de una situación que debiera mover a la reflexión, como ha señalado muy acertadamente SÁNCHEZ ALMEIDA, Carlos, *República Internet*, Barcelona, 2004 (el libro en formato PDF se encuentra disponible en <http://www.bufetalmeida.com/republica>). Véase muy especialmente el capítulo “Ciberdelitos y ciberderechos” (disponible en <http://www.bufetalmeida.com/republica/node45.html>).

algunas informaciones, opiniones o simples manifestaciones expresivas producidas en Internet (que en algunos casos creemos rayanas en el ilícito por atentar contra derechos fundamentales).

Tal tendencia, contraria a la consideración del canal de comunicación como un factor irrelevante a efectos de enjuiciar jurídicamente el contenido de lo transmitido, conducen a la eliminación de la neutralidad tecnológica como uno de los elementos definidores de la regulación jurídica de la libertad de expresión en nuestro Derecho. Lo cual no sólo es que sea una actuación profundamente incorrecta en atención a los valores constitucionales y errada desde una perspectiva participativa de la democracia. Es que, además, es abiertamente contraria a la misma letra de nuestra norma fundamental.

La Constitución española de 1978 consagra en dos ocasiones a lo largo de su articulado la absoluta indiferencia que el Derecho ha de manifestar respecto del medio elegido como canal de comunicación, tanto para la expresión de ideas y opiniones como para la difusión de informaciones³. Semejante previsión constitucional impide el tratamiento diferenciado de las manifestaciones expresivas atendiendo únicamente al canal de comunicación a través del cual han sido difundidas, y sólo ampararía regulaciones diferenciadas, que alteraran los límites civiles y penales habituales de la libertad de

³ Así, en su artículo 24.1, en los apartados a) y d), al consagrar tanto la libertad de expresión como la de información:

Artículo 20 .1 CE. *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 al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.*

El resalte tipográfico en ambos casos es nuestro, y permite comprobar la expresa voluntad del constituyente de convertir en absolutamente irrelevante, en términos jurídicos, el medio o canal de comunicación empleado.

expresión e información asumidos por nuestro Derecho, si las diferencias en el modo de transmitir un mismo mensaje (más que en el medio empleado en sí mismo considerado) pudieran suponer alteraciones de la esencia comunicativa del mismo de suficiente relevancia para el Derecho. Aunque en la Teoría de la Comunicación es un lugar común afirmar que de hecho tal cosa ocurre, no creemos que resulte sencillo justificar que la capacidad conformadora del medio sobre el mensaje sea tal que un mismo contenido pueda ser lícito o ilícito dependiendo de cual sea aquél. En cualquier caso, si así fuera, serían precisas una justificación y motivación de la diferenciación que se nos antoja complicado que pudieran superar cualquier control de racionalidad y razonabilidad constitucional si pretendieran, con carácter general, mostrarse precisamente más restrictivas con la comunicación realizada a través de Internet⁴.

⁴ Es más, si a favor de alguno de los canales conocidos de comunicación pudiera concluirse semejante argumentación es precisamente Internet el medio que mayor flexibilidad permitiría aplicar al juicio de los límites de las libertades de expresión e información. Porque su mayor porosidad social, generacional y económica han convertido al Red en una "conversación mundial sin fin" (empleando la conocida expresión del Tribunal Supremo de los Estados Unidos) mucho más laxa y tolerante, como reflejo de una sociedad que se expresa sin la articulación e intermediación que suponen las instituciones mediáticas-mediales habituales. Es, por ello, no sólo un agente de pluralismo en la expresión sino, también, de un tipo de expresión más plural. Algo que también el Derecho ha de tener en cuenta. Esta es una realidad que de una manera u otra ya ha sido tenido asumida por otros Derechos, que no por el nuestro, y que en el fondo podría afianzar el argumento esbozado contra el trato distinto que padece Internet, no ya porque diferenciador, sino porque más restrictivo. Como ya hemos tenido ocasión de poner de manifiesto en otra ocasión, y con ser conscientes de la realidad de lo expuesto, no creemos sin embargo que deba desatenderse el mandato constitucional que impone la consideración del canal de comunicación, del medio empleado, como un factor neutral. A estos efectos, hemos señalado que la principal consecuencia que se deriva de la diferente apreciación que de la libertad de expresión y sus límites imponen de las pautas incorporadas por la expresión en Internet es el reposicionamiento global del ámbito de la libre expresión en su conjunto. Internet no es un medio donde hayan de concurrir normas diferentes, sino que ha puesto de manifiesto cómo han de interpretarse, también para el resto de medios, las normas jurídicas ya existentes para que se adapten de manera óptima a la realidad social y a los mandatos constitucionales que obligan a maximizar la libre expresión de ideas, opiniones e informaciones en aras a lograr el mayor pluralismo posible. Porque Internet es un ámbito de realización especialmente intensa del ejercicio de las libertades de expresión sin más trabas que las que socialmente sería deseable contemplar. Esta es sustancialmente la tesis que, por extenso, defendemos en "Libertad de expresión y pluralismo en la Red", *Revista española de Derechos Constitucionales*, nº 64, 2002, trabajo al que nos remitimos *in toto*.

El caso es que, frente a la generalizada asunción de que los límites civiles y penales clásicos, controlados siempre, por supuesto, *ex post facto* (como consecuencia de la prohibición constitucional de la censura previa), son suficientes cuando se trata de las manifestaciones expresivas en otros medios, para Internet parecen no bastar. La reacción de los poderes públicos ha pretendido desde rescatar para la Red el empleo de tipos penales ciertamente en vigor con carácter general pero absolutamente arrumbados por una (correcta) costumbre constitucional⁵ hasta establecer pautas de control que, si hubieran prosperado, habrían contradicho manifiestamente la postura del Tribunal Constitucional respecto de las implicaciones de la prohibición de la censura previa. En medio del sorprendente aplauso de los medios de comunicación tradicionales (que, cegados por la necesidad de poner trabas a una competencia que cada vez es sentida como más amenazante, no han comprendido todavía que todas estas restricciones, tarde o temprano les afectarán también, ora porque su ámbito de aplicación acabará por extenderse a otros soportes, lógica constitucional obliga, ora porque estos medios acabarán produciéndose también en Internet, si es que no lo hacen ya, cuando no por la confluencia de ambos motivos), hemos asistido a la regulación y delimitación de los límites a la libertad de expresión en Internet con un grado de detalle y de restricción absolutamente desconocidos hasta la fecha en nuestro Derecho. Así, por ejemplo, por medio de la aprobación de normas *ad hoc* como la conocida Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (LSSI), en la que podemos

⁵ Nos referimos al amplio abanico de tipos penales que penan la emisión de opiniones (contra la Corona, contra los sentimientos religiosos, contra ciertas etnias o razas...) que por lo general han sido objeto de escasísima aplicación y que, sorprendentemente, parecen haber encontrado en Internet un campo de aplicación abonado.

encontrar una regulación específica de la expresión pública en la Red que carece de parangón para otros medios.

Si bien el artículo 8.1 de la LSSI⁶, donde encontramos las principales restricciones y previsiones en la materia, puede, no obstante, encuadrarse en la interpretación que del artículo 20 de la Constitución española ha de hacerse a la luz de lo que la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha hecho del artículo 10.2 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos y de la Libertades Fundamentales, ello no significa que no suponga una regulación más restrictiva que la que, en ausencia de tales expresas previsiones, resultará aplicable a otros medios. En esta diferenciación, que no en su concreto contenido, radica su inaceptabilidad. Porque las restricciones expresamente predicadas de la comunicación en Internet, o son directa manifestación del entramado constitucional y convencional referido y por ello válidas para todo tipo de comunicación o actividad expresiva o suponen un

⁶ Artículo 8.1 LSSI. *Restricciones a la prestación de servicios. En caso de que un determinado servicio de la sociedad de la información atente o pueda atentar contra los principios que se expresan a continuación, los órganos competentes para su protección, en ejercicio de las funciones que tengan legalmente atribuidas, podrán adoptar las medidas necesarias para que se interrumpa su prestación o para retirar los datos que los vulneran. Los principios a que alude este apartado son los siguientes*

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.*

c) *El respeto a la dignidad de la persona 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 juventud y de la infancia.*

En la adopción y cumplimiento de las medidas de restricción a que alude este apartado se respetarán, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información, cuando éstos pudieran resultar afectados.

En todos los casos en que la Constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos jurisdiccionales para intervenir en el ejercicio de actividades o derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo.

tratamiento que, por mucho que encuadrable en las posibilidades de nuestro marco jurídico, constituye una diferenciación no querida por el mismo, según creemos evidente que ha de interpretarse nuestra norma suprema. Se trata, por ello, de una discriminación que ha de ser rechazada.

Porque, por lo demás, traduce una percepción social, que a partir de quedar legislativamente plasmada es evidentemente más fuerte, sobre la menor respetabilidad del medio, de sus contenidos y de los ciudadanos que ejercen a través del mismo sus derechos, en comparación con las pautas de ejercicio plenamente “respetables” propias de los medios de comunicación tradicionales que, por este motivo, se ven dispensados de tales controles o limitaciones. Que el Derecho, lejos de asumir su función reequilibradora y garantizadora, ampare tales concepciones sociales no es en absoluto baladí. Por no mencionar la contrariedad a los principios constitucionales y a la realización de las exigencias de pluralismo que supone esta valoración, precisamente, de un instrumento como Internet, que si se caracteriza por algo es por su condición, como ha sido ya reiterado, de ser el medio de comunicación, con mucho, más democrático y participativo. Dar pábulo a tales restricciones, como hace la LSSI, es la antesala, como hemos lamentablemente tenido a finales de 2004 ocasión de comprobar, de restricciones mayores en el futuro⁷. Y, sobre todo, legitima actuaciones de los operadores jurídicos potencialmente graves y especialmente peligrosas cuando, como hemos podido comprobar con motivo de casos sonados, es el propio poder judicial el que las lleva a cabo.

⁷ La profusión y éxito del género “Confidencial” a través de Internet ha alentado las peticiones de una regulación contra el “libelo electrónico”. Sorprendentemente, estas manifestaciones han encontrado eco en los medios de comunicación tradicionales que precisamente hace una década más acerbamente criticaron la pretensión de dotar de contenido, de nuevo, a la figura.

Aunque se trata de un asunto todavía *sub iudice* y por ello es posible que la instrucción actualmente en curso no finalice en una condena penal (es más, tal finalización es la más probable en un Estado de Derecho), el supuesto es suficientemente significativo, por ir más allá de la habitual tendencia de los jueces españoles a admitir a trámite cualquier tipo de querrela y de considerar que la mejor manera de proteger los derechos del ciudadano es imputarle, como para ser comentado siquiera sea brevemente.

En el marco de la investigación penal que un Juzgado de Instrucción de la Audiencia Nacional tiene abierta como consecuencia de los atentados terroristas del 11 de marzo de 2004 cometidos en las líneas de cercanías de Madrid que circulan por el corredor del Henares, apareció a finales de 2004 en los medios de comunicación la noticia de que habían sido detenidos y puestos a disposición judicial unos ciudadanos que habían difundido empleando para ello Internet fotografías de los sucesos en las que podían apreciarse los cadáveres de algunas de las víctimas, perfectamente identificables. La actuación judicial nos permitiría detenernos en no pocas bromas macabras, que preferimos dejar para disfrute de penalistas (pues la misma determinación del tipo penal aplicable permite un análisis técnico que no dejaría de ser divertido si no se tratara de un triste y significativo escándalo, dado que tanto o más complicado es encajar la conducta de los imputados en un delito contra el honor o la intimidad como en uno de revelación de secretos; adicionalmente, la actuación del juez instructor y de la policía judicial plantea no pocas dudas si atendemos a los requisitos de perseguibilidad, de manera que parece prácticamente exento de riesgo afirmar que las mejores apoyaduras en el Código penal para iniciar un procedimiento de estas características, dicho sea sin el menor atisbo de ironía, habrían de ser bien el tipo relativo a las violaciones del secreto de sumario bien el de exhumación de cadáveres; obviamente en ambos casos el

malabarismo interpretativo que requiere un encuadramiento de la actividad perseguida en ambos tipos penales bordea, cuando no lo invade de pleno, el esperpento), pero lo que nos interesa destacar en estos momentos, por parecernos lo más significativo, es el radical y diferente tratamiento que se da a una misma conducta dependiendo de que la realice un medio de comunicación "tradicional" (sea escrito o audiovisual) y una página web.

Porque, en efecto, parece por todos con normalidad asumido que la publicación en Internet de fotografías como las descritas deba ser perseguida y castigada y los responsables de la publicación hayan de ser detenidos (como fue el caso) por la Guardia Civil por medio de una redada en sus domicilios, pasar la noche en el calabozo y tener un procedimiento judicial en marcha contra ellos. En cambio, esta misma actuación, si realizada por la práctica totalidad de televisiones y diarios de difusión nacional, que en ocasiones llegaron a deleitarse de manera manifiesta con la publicación en portada del mismo periódico o de cuadernillos especiales de cadáveres perfectamente reconocibles, no ha merecido el menor reproche jurídico (que no así el de algunas asociaciones de víctimas del atentado, por lo demás, inmediatamente replicadas por los responsables de estos medios de comunicación, que no han dudado en exponer las razones por las que este material tenía un indudable contenido informativo e incluso didáctico y retributivo, constituyendo una expresión no ya posible sino casi obligada, deducida de la responsabilidad social de los medios de comunicación y las necesidades del debate público). Ante semejante noticia, escandalosa como pocas de las que en materia de represión de la libertad de expresión se han producido en España por tan evidente diferencia de trato, las reacciones en la comunidad jurídica y, lo que es casi más grave, en el mundo de los medios de comunicación han sido de general indiferencia, cuando no de condena explícita de la acción de las personas encausadas aduciendo

agravantes tan preñados de surrealismo como que la publicación de las fotos perseguía la obtención de un beneficio económico o que fueron difundidas con mucha posterioridad a la masacre. Sorprendentes rasgos, si incriminadores, porque concuerdan perfectamente con los que adornan la difusión de material absolutamente equivalente por los medios de comunicación de masas "respetables".

De lo que se trata no es de si una conducta como la descrita es moralmente reprochable (que probablemente) o si habría de ser o no considerada como admisible por el Derecho (y quizá en este punto la discusión sería más compleja), sino de que el juicio que la misma haya de merecer y muy especialmente las consecuencias jurídicas que de tal actuación se deriven para su actuación debieran ser exactamente las mismas con independencia de que haya sido realizada por un ciudadano a través de Internet o por un gran medio de comunicación.

Las diferencias en materia de regulación de contenidos son una primera manifestación de las deficiencias que son ya detectables en el Derecho español en materia de ordenación de la libre expresión y del mercado de la información, así como de las dificultades que los poderes públicos están demostrando encontrar hasta la fecha para sustraerse a las presiones de los medios de comunicación tradicionales y de quienes ostentaban (y lo hacen todavía) una posición de dominio en el mercado informativo tal y como hasta ahora estaba organizado. Estas diferenciaciones, inconstitucionales y cuyas graves consecuencias no pueden minusvalorarse, reflejan el fracaso del Estado a la hora de emplear el Derecho rectamente, para garantizar los intereses públicos y el máximo grado de pluralismo que la Constitución española persigue alcanzar a través del reconocimiento de las libertades del art. 20 CE. No obstante, no se

trata del único ejemplo de deficiencias regulatorias que podemos encontrar. Existen otros campos de controversia jurídica donde las decisiones que se están adoptando son, cuando menos, profundamente discutibles y clara manifestación de la ausencia de una correcta visión global de los problemas suscitados con la aparición y generalización de medios de comunicación que emplean Internet para llegar al público.

B. Información y propiedad

Que el mercado de las ideas y de la información, por mucho que concurren en el mismo el ejercicio y garantía de una serie de derechos fundamentales y por mucho que de su correcto funcionamiento dependa en buena parte el efectivo pluralismo de una sociedad, es un sector económico como otro cualquiera es, a estas alturas, indudable. Empresas son sus principales actores y atendiendo a criterios de mercado adoptan la mayor parte de sus decisiones estratégicas así como, cada vez con más claridad, la misma determinación de qué contenidos ofrecer y cómo presentarlos viene condicionada por factores íntimamente vinculados a la rentabilidad exigida a la actividad. Esta realidad ha provocado que con cada vez mayor frecuencia aparezcan íntimamente ligadas, y en ocasiones inescindiblemente confundidas, consideraciones que atienden al interés público con cuestiones jurídicas relativas a la defensa de derechos estrictamente individuales. Conviene, por ello, andar con sumo cuidado y prestar mucha atención. Muy especialmente en lo que se refiere a la labor del Estado, que ha de velar por el establecimiento de un régimen jurídico que persiga el cumplimiento de los mandatos constitucionales con independencia de cuáles sean los concretos intereses de los partícipes en el mercado.

En este orden de cosas, es cada vez más frecuente, y pasa lamentablemente inadvertida, la pretensión por parte de los medios de comunicación tradicionales de consolidar posiciones de privilegio ante la pujanza de los medios de comunicación digitales y de la competencia que suponen, moldeándose un régimen jurídico *a la carta*, en el que se alternan pretensiones y posiciones que responden a la consideración de la actividad periodística como una labor de interés público (y por ello dotada de ciertas garantías y derechos, en aras a garantizar a través de ella el pluralismo constitucionalmente deseado y la libre expresión que contribuyen al debate público), con otras donde únicamente se atiende a la consideración de la actividad periodística como puramente mercantil (por lo que en este caso se analizan los bienes que la integran y por ella afectados desde una perspectiva estrictamente *iusprivatista*). Es obvio que los poderes públicos y el Estado no han de ceder a la tentación de moldear el régimen jurídico de la actividad a la medida de unos medios de comunicación que cuentan en la actualidad, todavía, con una notable capacidad de influencia, y que, por ello, ha de ser establecido un marco, de nuevo, equilibrado y garantista, del que se deduzcan, por supuesto, las necesarias garantías y derechos derivados de la especial posición constitucional que la realización de actividades empresariales de esta índole necesariamente conllevan pero que también, cuando los intereses públicos en juego lo justifiquen, y precisamente por este mismo motivo, ha de cuidarse muy mucho de atender las pretensiones de estos medios de comunicación de considerar la información como una mercancía sin ninguna característica que la haga susceptible de un trato diferenciado.

Uno de los campos donde más virulentamente se está planteando esta batalla, hasta la fecha con una manifiesta dejación por parte de los Estados de sus obligaciones como garante de los intereses generales, es el relativo a los derechos de autor y a la

redefinición misma de la noción de autoría. Ha de tenerse en cuenta, y se trata éste de un asunto también ya conocido y profusamente estudiado, que Internet y más generalmente el medio digital han eliminado muchas de, por no decir todas, las restricciones a la copia y la reproducción. En el soporte digital, por una cuestión puramente técnica, la realización de las mismas no es ni económicamente costosa ni técnicamente compleja. No sólo ello, sino que así como en la comunicación y transmisión por medios tradicionales la reproducción total o parcial de un contenido no reportaba necesariamente la realización de una copia del mismo, en el mundo digital esto no será así. De manera que cambian tanto la manera de citar o reproducir, que ahora siempre comportará una copia (en este caso sin que haya cambio social o en los usos; donde se ha producido la transformación es sencillamente en el mecanismo técnico de reproducción), como los usos sociales, que han normalizado, facilitado y resituado en términos de aceptación social y de interés público la actividad consistente en la realización de una copia⁸. Frente a esta nueva realidad el Derecho ha reaccionado sin comprender que el modelo que hacía depender los usos justos o injustos, gratuitos o grabados, de la utilización de una copia ni puede ni debe subsistir. Como tampoco ha integrado, al menos hasta la fecha, que la misma noción de autoría está llamada a alterarse por la irrupción de los medios digitales. En última instancia, de nuevo, será precisa una labor pública de reequilibrio entre las maneras de defender los intereses públicos y los privados. Y a ello hemos de dedicar nuestros esfuerzos los juristas en los próximos años, sin duda⁹.

⁸ Es evidente que, en este sentido, el empleo que se pretende dar a lo copiado o a lo reproducido ha de tener incidencia en la calificación jurídica que merezca tal actividad. O así debiera ser, a diferencia de lo que se avizora dada la reacción de quienes se ven beneficiados de un marco jurídico que toma como rasgo definidor la realización de copias más que el empleo que pretenda darse al contenido, por provenir de un momento en que éste era un factor determinante, a pesar del cambio producido y con un evidente interés de parte.

⁹ Una exposición militante y brillante de algunas de las transformaciones a que estamos asistiendo, de la instrumentalización de las mismas por parte de ciertos

Interesa sin embargo destacar, en estos momentos, y desde una perspectiva que de nuevo es necesariamente menos ambiciosa, cómo incluso asumiendo la perspectiva tradicional de generación y defensa de los derechos de autor, se comienzan a producir alteraciones ante la aparición de nuevos fenómenos que son manifiestamente incoherentes entre sí y que responden puramente a pretensiones de parte y a la valoración que ésta hace de la situación, en su propio beneficio, pero en ningún caso a una consideración objetiva de la realidad. Y que, por ello, nunca debieran constituir el juicio que la sociedad en su conjunto, a través de las normas jurídicas que se otorga, realiza sobre cómo regular estas actividades.

Resulta cuando menos curioso, por ejemplo, la invocación cada vez con más fuerza realizada por parte de los medios de comunicación, de la absoluta propiedad de los contenidos por ellos reproducidos. Lo cual, por ejemplo, les ha llevado incluso a plantear ante el Tribunal de Defensa de la Competencia acciones tendentes a lograr el resarcimiento por los presuntos perjuicios derivados de la actividad llevada a cabo por los conocidos como *press clippings* (el producto ofrecido a sus clientes por las empresas dedicadas a realizar resúmenes de prensa)¹⁰. En el fondo de esta pretensión late la idea

sectores y de la necesidad de una correcta reacción del Estado la encontramos en las obras de LESSIG, Lawrence, *The future of ideas. The fate of the commons in a connected world*, Vintage, Nueva York, 2002; y la más reciente *Free Culture. How big Media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Penguin, Nueva York, 2004. Esta última puede también descargarse en PDF en Internet (<http://www.free-culture.org>).

¹⁰ En concreto, estos grandes grupos trataron de obtener del Tribunal de Defensa de la Competencia una declaración de no inclusión entre las conductas prohibidas por el artículo 1 de la Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC) y, subsidiariamente, una autorización singular para iniciar las actividades de cobro por los presuntos derechos a partir de la creación de Gedeprensa (integrada por Corporación de Medios de Nuevas Tecnologías S.L.U., Prisacom, S.A., Unidad Editorial S.A., Recoletos Grupo de Comunicación S.A., y Grupo Godó de Comunicación S.A.), que se convertiría en la entidad gestora de derechos de propiedad intelectual para la elaboración de resúmenes de prensa. El Tribunal de Defensa de la Competencia no se avino a dar la razón a los actores, básicamente

de que el derecho a la propiedad privada, cuando afecta a la propiedad intelectual de los medios de comunicación, no puede ser objeto de límite de ninguna clase, ni siquiera en atención al interés general, más bien tendente a amparar la posibilidad de difundir un hecho noticiable y de relieve para el debate público en una sociedad democrática, a fin de que sea de conocimiento de cuantos más ciudadanos mejor. Manifestación que es ciertamente extravagante si tenemos en cuenta la posibilidad de que cualquier derecho fundamental se vea limitado por la concurrencia de otros bienes e intereses de suficiente valor constitucional pero con mayor claridad e intensidad si cabe cuando del que nos ocupamos es del derecho a la propiedad privada, que a su misma proclamación anuda la modulación del mismo por la "función social" constitucionalmente adherida al mismo. Con todo, y ante la inminente reforma de la Ley de Propiedad Intelectual, no es descartable que el texto final de la misma acoja las pretensiones que por otras vías no han logrado hacer valer los grandes medios de comunicación. Al menos, y de momento, las presiones en tal sentido están siendo manifiestas. Otra cosa es que el legislador acabe sustrayéndose a ellas, que es algo que todavía está por ver.

Dificultades jurídicas mayores para establecer un régimen poco generoso en tal sentido no creemos que existan, y no sólo por la concurrencia de los mencionados intereses públicos y la especial consideración que, en atención a ellos, ha de merecer la "mercancía informativa". Adicionalmente, no puede perderse de vista que la propiedad es un derecho especialmente "débil" de entre los

por entender que toda una serie de intereses públicos contenidos en las informaciones impedirían tratarlas estrictamente como mercancías y en consecuencia desaconsejaban introducir restricciones que habrían convertido en ilícitas actividades que, hasta este momento, no han tenido nunca esta consideración ni a partir de lo previsto en la Constitución ni como consecuencia de lo dispuesto en el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual.

Posteriormente, y ante el recurso de Gedeprensa ante la Audiencia Nacional, esta posición ha sido también respaldada en sede judicial.

fundamentales en nuestra Constitución. Porque no puede defenderse en amparo, porque expresamente su regulación ha de atender a los intereses generales y porque, en definitiva, su contenido esencial ha quedado reducido por medio de la interpretación que del mismo ha realizado el Tribunal Constitucional a la garantía expropiatoria. A pesar de lo cual, venimos asistiendo a una "propietarización" de las relaciones sociales que, basada en la detentación de pretendidos derechos exclusivos e individuales, está logrando que los Estados concedan un régimen privilegiado a las elites sociales y económicas que se han hecho con ciertos bienes, en muchos casos producto y consecuencia de la interacción social y del esfuerzo de la comunidad, que a partir de ese momento, en cambio, quedarán protegidos y de cuyo disfrute se excluirá a quienes no hayan podido consolidarlos en el momento adecuado o, en el futuro, pagar a su propietario. Se trata de una tendencia de previsible nefastas consecuencias para el avance social, cultural y tecnológico, así como para el acervo cultural de las sociedades, que se agrava por su aplicación sobre un modelo de reproducción y copia que, justamente, en atención a la transformación técnica comentada, a lo que debería obligar es a una relajación y no a una mayor rigidez. Es inevitable que la propia lógica de la insostenibilidad del modelo y las nefastas consecuencias a las que ineluctablemente conduce acaben por obligar a su abandono. La cuestión es si ello ocurrirá antes de que los perjuicios derivados de una mala regulación pública sean gravísimos. Y no hay motivos para ser optimistas al respecto.

El estado actual de cosas beneficia a los grupos de presión y a quienes tienen el control de las posibilidades de instrumentalización del debate público. Es decir, a los medios de comunicación y a los conglomerados mediáticos y de la industria cultural que los integran, y que han aprovechado un oligopolio que Internet, precisamente, pone en riesgo (o, por el contrario, si la labor estatal no lo impide,

puede ayudar a consolidar). Algunos de los excesos y abusos que vienen cometiendo, incluso en el ámbito de juego de los propios derechos ya reconocidos, dan idea de la voracidad de estos colectivos. Tanto en sus relaciones de tipo interno (por ejemplo con sus propios trabajadores¹¹) como externo (como hemos tenido ocasión de comprobar) los medios de comunicación consideran indudable que la propiedad de sus contenidos es indiscutiblemente suya y que ello supone la posibilidad de excluir sobre su disfrute a cualquiera que no haya pagado lo que (y de la manera que¹²) ellos entiendan adecuado. Tal pretensión es abiertamente contraria a Derecho en la actualidad y, sobre todo, que es lo que interesa destacar, radicalmente negadora de la propia esencia del producto con el que comercian, la información, pues su valor público está fuera de toda duda. Por lo que es perfectamente justificable su reproducción en lo que hace a sus contenidos esenciales y noticiables sin necesidad de autorización o pago. En tal sentido hay pronunciamientos claros que confirman esta impresión al menos mientras no se produzca un cambio legislativo. Cualquier posición en sentido contrario, en el fondo, se fundamenta únicamente en la consideración de la información como mera mercancía sin valor público en sí misma. Y por ello no puede ni debe ser tenida en consideración. Mucho menos cuando tal apreciación tiene su origen en los mismos medios de comunicación que no tienen ningún empacho en invocar, en estos casos sí, sin dudas ni cortapisas de ningún tipo, el valor público de los hechos noticiables para pretender una maximalista y total primacía de las libertades de expresión e

¹¹ De forma radicalmente incompatible con la legislación vigente, se han apropiado para su difusión en Internet de contenidos que adquirieron años ha para su difusión únicamente en papel, por ejemplo.

¹² Otra forma de abuso cada vez más extendida es la referida a las muy peculiares condiciones de uso de los contenidos, que en los medios digitales incorporan habitualmente restricciones escandalosas.

información sobre otros derechos constitucionales como son la propia imagen o la intimidad¹³.

Más allá de pretensiones manifiestamente absurdas por incoherentes (como la arriba destacada) o de la necesidad de repensar muchas de las herramientas de intervención jurídica que el Derecho posee como consecuencia de las transformaciones de la realidad sobre la que han de aplicarse, y por mucho que sea necesario ponerse a la tarea de replantear de forma global las relaciones de propiedad en nuestras sociedades cuando haya intereses públicos implicados, de la manera en la que viene haciéndolo Lawrence Lessig¹⁴, es evidente que, a una escala menor y mucho más básica, ha de reaccionarse contra los excesos, contradictorios en sí mismos, de unos medios de comunicación que en el fondo sólo pretenden reaccionar frente a la pujanza de la competencia de quienes emplean Internet para comunicar e informar. Emplean para ello su posición de dominio y se convierten de esta manera en una de las amenazas privadas a la libertad de expresión y al pluralismo sobre las que alertaba el Tribunal Constitucional en los albores de nuestra democracia. Amenazas que, en la actualidad, son inequívocamente más graves que las que vienen de los poderes públicos. La garantía del pluralismo y de la efectiva posibilidad de que todos contribuyamos a la creación de la opinión pública libre, en lo

¹³ Así, por ejemplo, en una serie de actuaciones que en no pocas ocasiones han merecido el reproche de los Tribunales constitucionales de diversos países europeos y en última instancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. La más reciente de las Sentencias recaídas ante abusos de esta índole es la conocida Sentencia del TEDH *Von Hannover contra Alemania*, de 24 de junio de 2004, donde se condena al Estado alemán por no haber protegido el honor y la intimidad de ciertas personalidades habituales de la *prensa rosa*, que habían visto cómo se publicaban detalles y fotografías de algunas de sus actividades diarias de carácter estrictamente privado.

¹⁴ En obras como la ya mencionada *Free Culture*, última manifestación de una tarea cívica cada día más urgente, la relativa al replanteamiento de qué significación jurídica, realidad, contenido y límites han de reconocerse a la propiedad intelectual. Labor de redefinición que, es más, podríamos apuntar que sería conveniente que se hiciera extensiva a toda propiedad, y no sólo a la artística, literaria o noticiosa.

que constituye una absoluta exigencia en una sociedad democrática, no puede dejarse al albur de las contradicciones derivadas de aspiraciones empresariales que nada tienen que ver con el interés general. El Estado y el Derecho han de erigirse en garantes de un adecuado equilibrio entre los derechos subjetivos reconocidos a los ciudadanos y la búsqueda del bien común, sin perder nunca de vista los valores constitucionales que han de inspirar esta tarea. Para lo cual urge tener bien presente las consecuencias que se derivan de la aparición de Internet, y cuidarse muy mucho de ceder a los deseos de quienes sólo aspiran a tratar de ahogar el soplo de aire fresco que, en materia de pluralismo, constituye la Red.