

La técnica legislativa y otros aspectos constitucionales relativos a la Ley de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico¹

Luis JIMENA QUESADA

SUMARIO: I A modo de introducción: Significado de la Ley 34/2002 en el panorama normativo español. II. El proceso legislativo de elaboración: 1. La consulta a los interlocutores sociales y la iniciativa gubernamental. 2. El iter parlamentario. 3. La publicación y entrada en vigor. III. La técnica legislativa en sentido estricto: la redacción de la Ley y la problemática acerca de la terminología. IV. La técnica legislativa en sentido amplio y su inserción en el sistema de fuentes: 1. La tensión unidad-autonomía. 2. La dialéctica unidad-integración supranacional. V. Factibilidad y aplicabilidad de la Ley. VI. Los derechos fundamentales en juego y otros aspectos constitucionales. VII. La Ley y la mundialización del Derecho Constitucional. VIII. Reflexión final: una Ley entre la sociedad de la información y la sociedad del conocimiento.

I A modo de introducción: Significado de la Ley 34/2002 en el panorama normativo español

La promulgación de la *Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* (en adelante, *Ley 34/2002*) posee, de entrada, un doble significado, social y jurídico, colocándose ambos términos en una estrecha imbricación, tanta como la que media entre la realidad y la norma. En este sentido, la propia *Ley 34/2002* se hace eco de ambos aspectos en su Exposición de Motivos. Así, desde la perspectiva social, se destaca en la parte expositiva del texto legal que su promulgación responde a la “extraordinaria expansión de las redes de telecomunicaciones y, en especial, de Internet como vehículo de transmisión e intercambio de topo tipo de información. Su incorporación a la vida económica y social ofrece innumerables ventajas, como la mejora de la eficiencia empresarial, el incremento de las posibilidades de elección de los usuarios y la aparición de nuevas fuentes de empleo”. En conexión con esa necesidad social, se subraya asimismo en esa Exposición de Motivos que la Ley cumple con los compromisos jurídicos derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea y con la habilitación efectuada en su día a esta organización supranacional en virtud del artículo 93 de la Constitución española de 1978, de modo que la Ley “tiene como objeto la incorporación al ordenamiento jurídico español de la Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio, relativa a determinados aspectos de los servicios de la sociedad de la información, en particular, el comercio interior (Directiva sobre el comercio electrónico). Asimismo, incorpora parcialmente la Directiva 98/27/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores, al regular, de conformidad con lo establecido en

¹ El presente trabajo forma parte de los estudios que he realizado, sobre Administración electrónica y comercio en la era tecnológica, vinculados al Proyecto I+D, del que he sido investigador principal, titulado "Las garantías no jurisdiccionales de los derechos constitucionales respecto de la actuación administrativa", concedido por la Conselleria valenciana de Cultura, Educación y Cultura (referencia GV99-95-1-08).

ella, una acción de cesación contra las conductas que contravengan lo dispuesto en esta Ley”.

Al hilo de la conexión efectuada, si el Derecho tiene por misión disciplinar las relaciones sociales para que impere la justicia haciendo posible al tiempo la seguridad jurídica², esto es, para que las personas sepan a qué atenerse en el marco del *pacto social*³, y se conviene en aceptar que la realidad va casi siempre por delante de las normas jurídicas, esta constatación deviene tanto más ostensible en la materia que nos ocupa⁴. Pues, en efecto, los avances tecnológicos –y, en especial, Internet– comportan un reto para quienes tienen por tarea la elaboración de leyes apropiadas, para quienes han de interpretarlas y aplicarlas y, desde luego, para los ciudadanos en su condición de destinatarios últimos de unas leyes cuya ignorancia no excusa de su cumplimiento. Pues bien, de este imperativo de seguridad jurídica es consciente asimismo el Legislador, cuando explicita en la mencionada Exposición de Motivos 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 para el empleo de este nuevo medio”.

En cualquier caso, parece evidente que el progreso tecnológico no debe percibirse exclusivamente en clave de potencial ataque a la sociedad sino que, previéndose sus peligros o riesgos inherentes (se habla en tal línea de “seguridad jurídica preventiva”, para cuyo favorecimiento se prevé ilustrativamente la incorporación misma de técnicas electrónicas, informática y telemáticas)⁵, ha de saber ponerse al servicio de la ciudadanía. Bajo tal ángulo, y retomando los dos aspectos reseñados (el social y el jurídico), conviene apuntar: en cuanto al primero, que el propio enunciado de la Ley 34/2002 se hace eco de esa finalidad social, de manera que acoge un concepto amplio de “servicios de la sociedad de la información”⁶. En lo que atañe al

² Es sabido que el principio de seguridad jurídica aparece consagrado en el artículo 9.3 de nuestra Carta Magna junto a otros principios fundamentales. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado que la seguridad jurídica, como principio genérico del Estado de Derecho, agrupa en cierta medida a los demás principios del citado artículo 9.3 (véase STC 27/1981, de 20 de julio, FJ 10).

³ Léase PÉREZ LUÑO, A.E.: *La seguridad jurídica*, Barcelona, Ariel, 1991.

⁴ Si la realidad precede generalmente al Derecho, en este sector del comercio electrónico se revela más notoria dicha apreciación. Como ejemplo actual, en el momento de redactar este trabajo, se encuentra en tramitación parlamentaria el proyecto de Ley sobre firma electrónica, que ha ido precedido por el Real-Decreto Ley 14/1999, de 17 de septiembre, sobre firma electrónica.

⁵ Para comprender el alcance de la seguridad jurídica preventiva, puede leerse el Dictamen del Consejo de Estado de 29 de mayo de 2003 (expediente núm. 1.589/2003) relativo al Anteproyecto de Ley de Firma Electrónica: “el carácter abierto y fácilmente accesible de Internet hace necesario dotar de seguridad a las comunicaciones que se efectúan a través de dicha red. Sólo garantizando dicha seguridad es posible el desarrollo de los ‘servicios de la sociedad de la información’ regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, entre los cuales se incluyen la contratación de bienes y servicios por vía electrónica o el suministro de información. Uno de los mecanismos más importantes para tal finalidad es la firma electrónica, que la Directiva 1999/93/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 1999, por la que se establece un marco comunitario para la firma electrónica, define en su artículo 2.1 como el conjunto de datos en forma electrónica anejos a otros datos electrónicos o asociados de manera lógica a ellos, utilizados como medio de autenticación”.

⁶ Ese concepto amplio, según la Exposición de Motivos, “engloba, además, de la contratación de bienes y servicios por vía electrónica, el suministro de información por dicho medio (como el que efectúan los periódicos o revistas que pueden encontrarse en la red), las actividades de intermediación relativas a la provisión de acceso a la red, a la transmisión de datos por redes de telecomunicaciones, a la realización de copia temporal de las páginas de Internet solicitadas por los usuarios, al alojamiento en los propios servidores de información, servicios o aplicaciones facilitados por otros o a la provisión de instrumentos de búsqueda o de enlaces a otros sitios de Internet, así como cualquier otro servicio que se

segundo extremo, la informática constituye un instrumento idóneo para favorecer una óptima técnica legislativa⁷, de suerte que “la informática ha provocado (tanto en el ámbito normativo como en muchos otros) que se evolucione del clásico ‘arte de legislar’ a la ‘legimática’ (la informática encaminada a legislar), término que tiende a sustituir al de ‘informática legislativa’ en el amplio sector de la informática jurídica”⁸.

Por lo demás, para perfilar este primer epígrafe introductorio puede apuntarse, *mutatis mutandis*, que si se conviene en hablar de derechos de última generación o de la era tecnológica, la Ley 34/2002 constituye una especie de *Ley de última generación o de la era tecnológica*. De igual manera, si el principio de indivisibilidad de los derechos humanos impide conferir mayor importancia a los de última generación en detrimento de los de primera o segunda generación, la unidad del sistema normativo tampoco permite deducir de la promulgación de esas Leyes de última generación la no necesidad o el carácter secundario de Leyes que aborden problemas de primera⁹ o segunda generación¹⁰. En estas coordenadas, se procede en el presente estudio a abordar los problemas jurídico-constitucionales planteados por la Ley 34/2002.

II. El proceso legislativo de elaboración

1. La consulta a los interlocutores sociales y la iniciativa gubernamental

Cuando se afronta la elaboración de una Ley, suele descomponerse analíticamente el procedimiento en tres fases, la de iniciativa (susceptible de derivar de cuatro frentes diversos en nuestro sistema constitucional)¹¹, la de elaboración estrictamente parlamentaria, y la de perfeccionamiento o integradora de la eficacia

preste a petición individual de los usuarios (descarga de archivos de vídeo o audio...), siempre que represente una actividad económica para el prestador. Estos servicios son ofrecidos por los operadores de telecomunicaciones, los proveedores de acceso a Internet, los portales, los motores de búsqueda o cualquier otro sujeto que disponga de un sitio en Internet a través del que realice alguna de las actividades indicadas, incluido el comercio electrónico”. Como complemento de lo anterior, en el Anexo de la propia Ley 34/2002 se incluye una amplia y detallada definición de “servicios de la sociedad de la información”.

⁷ Como han subrayado GABRIELE, G., y GAUDIANO, M.: “L’integrazione delle tecnologie per il drafting legislativo”, en el colectivo *Applicazione e tecnica legislativa* (a cura di E. Pattaro e F. Zannotti), Milano, Giuffrè, 1998), p. 323: “el auxilio de la informática al *drafting* legislativo se ha desenvuelto en múltiples direcciones: desde la redacción del texto normativo hasta la gestión del flujo de documentos, desde la búsqueda de informaciones necesarias para tener conocimiento de la materia sobre la que se legisla hasta el análisis de la factibilidad de los proyectos de Ley”.

⁸ JIMENA QUESADA, L.: *Dirección Política del Gobierno y Técnica Legislativa*, Madrid, Tecnos (colección ‘Temas clave de la Constitución española’), 2003, p. 177.

⁹ A título de ejemplo, pueden citarse la reciente Ley Orgánica 1/2002 de 22 de marzo reguladora del Derecho de Asociación (que deroga la preconstitucional Ley 191/1964, de 24 de diciembre, de Asociaciones), o la igualmente reciente Ley Orgánica 4/2001 de 12 de noviembre reguladora del Derecho de Petición (que deroga la disciplina establecida durante el régimen franquista mediante la Ley 92/1960, de 22 de diciembre, del Derecho de Petición).

¹⁰ Como ejemplo de ello, cabe mencionar la proliferación de leyes sociales del gobierno socialista promulgadas en el período de pre-campaña electoral de los comicios generales de marzo de 1996, y del gobierno del Partido Popular promulgadas en el período de pre-campaña de las elecciones generales de marzo de 2000: una síntesis y crítica a dichas Leyes en JIMENA QUESADA, L.: “El Estado social en Europa”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales-Asuntos Sociales*, núm. 30, 2001, pp. 13-34.

¹¹ Desde el más frecuente cuantitativamente y más exitoso –el Gobierno, con proyectos de Ley-, hasta el menos relevante e incluso frustrante –la iniciativa legislativa popular-, pasando por las proposiciones efectuadas desde las Cortes Generales o desde las Comunidades Autónomas (artículo 87 de la Constitución).

(sanción y promulgación por el Rey, seguida de publicación oficial en el BOE, como último paso previo a su entrada en vigor). Ello no obstante, si esto es así si se concibe el procedimiento legislativo en sentido escrito, cabe aludir a una concepción más flexible del proceso decisorio, distinguiendo el plano de la regulación técnica (*procedimiento legislativo*) y el terreno convergente de la participación social e incluso de órganos de apoyo más o menos técnico con que cuenta el Gobierno (*proceso legislativo*)¹², siendo éste el principal artífice –como se avanzaba– de la iniciativa legislativa. Analicemos estas secuencias procedimentales por referencia a la Ley 34/2002.

En este contexto, la Ley 34/2002 procede del Anteproyecto definitivo de fecha 11 de diciembre de 2001¹³ que, presentado a propuesta conjunta de los Ministerios de Ciencia y Tecnología, Economía, Justicia, y Sanidad y Consumo, fue sometido a consulta (con el carácter de urgente) del Consejo de Estado (“supremo órgano consultivo del Gobierno” en virtud del artículo 107 de la Constitución) por mandato, de un lado, de la Disposición adicional primera de la Ley 8/1994 de 19 de mayo por la que se regula la Comisión Mixta para la Unión Europea (dado que con la Ley –como se dijo– se opera la transposición de dos Directivas comunitarias) y, de otro lado, del artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980 de 22 de abril del Consejo de Estado (puesto que la Ley pretende dar cumplimiento también –como se verá– a diversos Tratados internacionales en los que España es parte Contratante). El extenso Dictamen del Consejo de Estado fue emitido por el Pleno en su sesión de 17 de enero de 2002 (expediente núm. 3.534/2001), exponiéndose por el Alto Órgano Consultivo unas cualificadas consideraciones que ponían cierre a un interesante proceso precedente al inicio *stricto sensu* del procedimiento legislativo¹⁴.

Efectivamente, el Dictamen del Consejo de Estado es el último eslabón de una cadena de consultas e informes¹⁵ con que cuenta el Gobierno para garantizar el acierto (en la lógica tenue frontera entre oportunidad y necesidad legislativa que decanta su función de dirección política proyectada en el sistema normativo)¹⁶ de su iniciativa legislativa, de suerte que una vez emitido aquel Dictamen, se somete el Anteproyecto a la aprobación del Consejo de Ministros para su ulterior remisión a las Cortes Generales como Proyecto de Ley.

En todo caso, dada la mayoría absoluta del partido gobernante en ambas Cámaras de las Cortes Generales en la presente VII Legislatura, resulta de mayor

¹² Para la delimitación de las nociones de proceso y procedimiento legislativo, véase MAESTRO BUELGA, G.: “Negociación y participación en el proceso legislativo”, *Revista de Derecho Político*, núm. 32, 1991, pp. 96-97.

¹³ Este Anteproyecto fue precedido de sucesivos borradores de fechas 22 de septiembre de 2000, 29 de septiembre de 2000, 22 de diciembre de 2000, 18 de enero de 2001, 4 de febrero de 2001, 19 de febrero de 2001, 16 de marzo de 2001 (elaborado por la Comisión General de Codificación), 27 de marzo de 2001, 6 de abril de 2001, 9 de abril de 2001, 18 de abril de 2001, 30 de abril de 2001, 4 de junio de 2001 (elaborado por el Ministerio de Economía), 18 de julio de 2001, 25 de julio de 2001, 10 de septiembre de 2001, 9 de octubre de 2001 y 27 de noviembre de 2001.

¹⁴ Deseo mostrar mi agradecimiento a la Secretaría General del Consejo de Estado, por haberme facilitado (mediante un inmediato envío electrónico subsiguiente a mi solicitud) ese enjundioso Dictamen (de 95 páginas), que no se hallaba en la base de datos del Consejo de Estado, y que me ha sido de gran utilidad para perfilar las reflexiones del presente trabajo.

¹⁵ Sobre el particular, el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980 del Consejo de Estado confirma ese carácter último, en la medida en que “los asuntos en los que hubiera informado el Pleno del Consejo de Estado no podrán remitirse a informe de ningún otro cuerpo u órgano de la Administración del Estado”.

¹⁶ *Vid.* LÓPEZ GUERRA, L.: “Funciones del Gobierno y dirección política”, *Documentación Administrativa*, núm. 205 (monográfico *El Gobierno: estudios*), 1988. Con carácter general, acúdase a JIMENA QUESADA, L.: *Dirección Política del Gobierno y Técnica Legislativa*, ya cit.

interés el contenido del citado Dictamen del Consejo de Estado que la discusión parlamentaria (*infra*) generada por la Ley 34/2002. Dicho Dictamen se hace eco del expediente tramitado con arreglo al artículo 22 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno. De ese expediente ha de resaltarse, en primer término, que de conformidad con el apartado 2 del artículo 22 de la Ley 50/1997 se sometió el Anteproyecto (concretamente, el borrador de 29 de septiembre de 2000) al trámite de información pública y audiencia a diversas entidades y asociaciones interesadas en la materia¹⁷. Lógicamente, el gran número de interlocutores sociales que formularon pareceres, observaciones y alegaciones, ha contribuido a enriquecer el proceso legislativo conducente al texto final de la Ley 34/2002, lo que –como también he tenido ocasión de anticipar– ha venido favorecido por la aplicación de la informática a la técnica legislativa, puesto que ese borrador de Anteproyecto de 29 de septiembre de 2000 fue publicado en el servidor de Internet del Ministerio de Ciencia y Tecnología. En este supuesto, la participación de los interlocutores sociales cobra especial relieve, puesto que en la Ley 34/2002 se apuesta por la autorregulación del sector introduciendo como solución idónea el impulso de la Administración del Estado (a través de “la coordinación y el asesoramiento”) a la elaboración y aplicación de códigos de conducta de adhesión voluntaria por parte de los prestadores de servicios de la sociedad de la información (artículo 18 de la Ley 34/2002) y, como prolongación de ello, la posible solución extrajudicial de conflictos instaurada “por medio de códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación (artículo 32).

Por último, el expediente del Anteproyecto de la definitiva Ley 34/2002, conforme al citado artículo 22 de la Ley 50/1997, contó con las preceptivas Memorias justificativa y económica, y se integró asimismo por el informe de los Secretarios Generales Técnicos de los Departamentos proponentes, el parecer de otros Departamentos cuyas competencias podían verse afectadas¹⁸ y, sobre todo, el informe de órganos externos –algunos de ellos caracterizados como autoridades administrativas independientes¹⁹– como el Consejo de Consumidores y Usuarios²⁰, la Agencia de

¹⁷

El elenco de entidades y asociaciones que intervinieron en el proceso es extenso, destacando las alegaciones presentadas por las siguientes: IBM, la Asociación Nacional de Industrias Electrónicas y de Telecomunicaciones, la Confederación Española de Cajas de Ahorros, el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión, la Asociación de Usuarios de Internet, la Asociación Española de Empresas de Tecnologías de la Información, el Colegio Oficial de Ingenieros de Telecomunicación, Telefónica de España SA, Lince Telecomunicaciones SA, la Asociación Española de Usuarios de Telecomunicaciones, VEGAP, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, la Sociedad de Gestión “Artistas Intérpretes o Ejecutantes”, la Sociedad General de Autores y Editores, el Consejo de Consumidores y Usuarios, BT Telecomunicaciones SA, la Asociación Fonográfica y Videográfica Española, Sogecable SA, la Abogacía del Estado ante el Tribunal Constitucional, la Asociación Española de Banca, el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España, la Asociación España de Comercio Electrónico (CommerceNet), el Ente Público Radio Televisión Española, la Asociación Española de Comercio Electrónico, Quiero Televisión SA, el Instituto de la Empresa Familiar, Banco Popular Español SA, Banco Santander Central Hispano SA, el Banco de España, la Sección 2ª de la Comisión General de Codificación, la Comunidad Académica RedIRIS (que expuso los efectos nocivos de los correos electrónicos no solicitados, y sugirió la adopción del sistema “opt-in”), y Cuatrecasas.

¹⁸

Además, deben mencionarse el informe desfavorable evacuado por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, o las observaciones incluidas en los informes emitidos por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y por la Directora General de los Registros y del Notariado.

¹⁹

Véase RALLO LOMBARTE, A.: *La constitucionalidad de las administraciones independientes*, Tecnos (colección ‘Temas clave de la Constitución española’), Madrid, 2002.

²⁰

Artículo 22 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

Protección de Datos²¹, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones²², el Consejo General del Poder Judicial²³, o la propia Comisión de la Unión Europea²⁴.

2. El *iter* parlamentario

Con el depósito por el Gobierno del proyecto de Ley en la Mesa del Congreso²⁵ se inició la segunda fase (de elaboración parlamentaria) del procedimiento legislativo. Con carácter preliminar, empero, conviene recordar que se trata de una Ley de iniciativa gubernamental y que, en esta línea, en la memoria justificativa del Anteproyecto (de fecha 27 de noviembre de 2001) se hacía mención a la proposición no de Ley aprobada por la Comisión de Ciencia y Tecnología del Congreso de los Diputados el 27 de septiembre de 2000, que instó al Gobierno a presentar cuanto antes un proyecto regulador de esta materia. De hecho, con anterioridad a la tramitación parlamentaria, la Ley había quedado perfilada técnicamente en bastantes aspectos, incluso en lo concerniente al objeto regulado, puesto que –verbigracia– el borrador de Anteproyecto de fecha 18 de enero de 2001 tan sólo contemplaba la prestación de servicios de la sociedad de la información a través de Internet, pese a que existen otras vías electrónicas para su prestación (como las que ofrecen las redes de telecomunicaciones por cable, de telefonía móvil, de televisión digital, etc.).

En lo atinente al iter parlamentario seguido por la Ley 34/2002, en la primera fase ante la Cámara baja se publicó el proyecto de Ley en la *Serie A* (“*Proyectos de Ley*) del *Boletín Oficial de las Cortes Generales-Congreso de los Diputados*²⁶ y, tras los sucesivos trámites de enmiendas²⁷, informe de ponencia²⁸, y dictamen de comisión²⁹, se aprobó por el Pleno en su sesión de 9 de mayo de 2002³⁰. A continuación, en la segunda fase, una vez remitido el texto por el Congreso al Senado, en la Cámara Alta se

²¹ Artículo 36.h) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

²² Artículo 1.Dos.2.j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

²³ Artículo 109.1.e) de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

²⁴ Así lo exige el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información, en combinación con el artículo 8.2 de la Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998. Al hilo de esto último, y como recapitulación, cabe resaltar que el último párrafo de la propia Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 recuerda que “la presente disposición ha sido elaborada siguiendo un amplio proceso de consulta pública y ha sido sometida al procedimiento de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas previsto en la Directiva 98/48/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio, y en el Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio”.

²⁵ La Mesa de Congreso “ordenará su publicación, la apertura del plazo de presentación de enmiendas y el envío a la comisión correspondiente” (artículo 109 del Reglamento de la Cámara baja).

²⁶ *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-1, de 22 de febrero de 2002.

²⁷ Ampliación del plazo de enmiendas en *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núms. 68-2 (de 13 de marzo de 2002), 68-3 (de 20 de marzo de 2002), 68-4 (de 25 de marzo de 2002), y 68-5 (de 10 de abril de 2002), las enmiendas en el núm. 68-6 (de 22 de abril de 2002), el índice de enmiendas al articulado en el núm. 68-8 (de 29 de abril de 2002).

²⁸ *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-7, de 26 de abril de 2002.

²⁹ Dictamen de la comisión y escritos de mantenimiento de enmiendas para su defensa ante el Pleno en el *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-13, de 9 de mayo de 2002.

³⁰ *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-11, de 14 de mayo de 2002.

siguieron los trámites procedimentales procedentes (similares a los seguidos en el Congreso)³¹ siendo aprobado por el Pleno del Senado en su sesión de 20 de junio de 2002³². Y, en la tercera fase, devuelto el texto al Congreso, se produjo la aprobación definitiva del proyecto de Ley por la Cámara baja, de conformidad con el artículo 90 de la Constitución, en su sesión de 27 de junio de 2002³³. De estas tres fases parlamentarias, puede destacarse lo siguiente:

- En la primera, ante el Congreso, el Pleno, en su sesión del día 25 de abril de 2002 acordó la avocación del debate y votación final del Proyecto de Ley³⁴, dado que al inicio del procedimiento se había acordado por la Mesa del Congreso, en su reunión de 19 de febrero de 2002 encomendar su aprobación con competencia legislativa plena, conforme al artículo 148 del Reglamento de la Cámara, a la Comisión de Ciencia y Tecnología.

- En la segunda fase, ante el Senado, cabe subrayar las seis propuestas de veto formuladas por senadores de la oposición³⁵. Concretamente, se produjeron seis propuestas de veto, casi todas ellas de enjundia: *la núm. 1 formulada por la representante de EA (Grupo mixto)*, criticaba que con el pretexto de una ley sobre comercio electrónico se haya elaborado una Ley general de Internet, con una visión meramente mercantilista de la sociedad de la información y con un notorio recorte de derechos fundamentales (sobre todo, libertad de expresión y derechos lingüísticos)³⁶; *la núm. 2 formulada por el representante del BNG (Grupo mixto)* incidía, sobre todo, en el ataque a la libertad de expresión en la red³⁷; *la núm. 3 formulada por dos senadores de IU (integrados en el Grupo mixto)*, contenía una crítica genérica al proyecto de Ley³⁸; *la núm. 4 formulada por el Grupo de Senadores Nacionalistas Vascos*, descalificaba el proyecto denunciando el menoscabo de derechos y libertades y la instauración de un sistema intervencionista en la materia³⁹; *la núm. 5 formulada por el Grupo*

³¹ El texto remitido por el Congreso de los Diputados se publicó en el *BOCG-Senado*, Serie II, núm. 66-a (de 16 de mayo de 2002), la ampliación del plazo de enmiendas en el núm. 66-b (de 28 de mayo de 2002), las enmiendas en el núm. 66-d (de 6 de junio de 2002), el informe de ponencia en el núm. 66-e (de 12 de junio de 2002), y el dictamen de comisión en el núm. 66-f (de 18 de junio de 2002).

³² *BOCG-Senado*, Serie II, núm. 66-g, de 25 de junio de 2002.

³³ *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-13, de 3 de julio de 2002.

³⁴ *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-9, de 30 de abril de 2002.

³⁵ *BOCG-Senado*, Serie II, núm. 66-c, de 6 de junio de 2002.

³⁶ Según esta propuesta de veto núm. 1: “la redacción final realizada puede llevar a considerar toda la información como un mero elemento comercial, y no define el término de «prestador de servicios» en la sociedad de la información de una manera adecuada, conllevando de facto, la posible consideración como objeto de tráfico mercantil de la mayoría de los contenidos hoy día alojados en los servidores estatales. (...) Internet es un medio de comunicación, de información y de libertad, por lo que una deficiente separación entre comercio e información es lo primero que se debe subsanar”.

³⁷ A tenor de la propuesta de veto núm. 2: “Con la excusa de regular el comercio electrónico, el Gobierno presenta ante las Cortes Generales un Proyecto de Ley (...) que constituye un claro ataque a la libertad de expresión en Internet. (...) La aplicación de un concepto tan vasto de los «servicios de la sociedad de la información» tiene consecuencias muy graves para la libertad de información y de expresión en Internet, ya que la Ley apodera a la Administración para adoptar medidas tan restrictivas de la libertad de expresión como las de ordenar al prestador del servicio cerrar o impedir el acceso a una página”.

³⁸ En la propuesta de veto núm. 3 se señalaba: “parece más un proyecto destinado a frenar y paralizar este nuevo sistema de información y comunicación y es por ello por lo que presentamos esta propuesta de veto”.

³⁹ Los proponentes del veto núm. 4 aducían: Son tres los principales aspectos criticables del Proyecto de Ley de servicio de la sociedad de la información y del comercio electrónico. Estos tres

Parlamentario Socialista, contenía una justificada oposición a la vulneración de determinados derechos fundamentales (en especial, la libertad de expresión y la libertad informática) e incidía en la actitud intervencionista del Gobierno tendente a controlar Internet⁴⁰; y la *núm. 6 formulada por el Grupo Parlamentario Entesa Catalana de Progrés*, introdujo una serie de razones de oposición relativas a una técnica legislativa inadecuada y a una voluntad de control exagerada por el Gobierno que coartaría las libertades en la red de Internet⁴¹.

- Y, en la tercera fase, resta mencionar que, habiéndose rechazado las propuestas de veto de los senadores de los grupos parlamentarios de la oposición, se aceptaron algunas enmiendas⁴² (básicamente, las formuladas por razones de mejora técnica, de congruencia, o meramente gramaticales), para concluir con la aprobación definitiva del proyecto de Ley.

aspectos descalifican el Proyecto en su conjunto, y justifican su devolución al Gobierno a los efectos de redactar un nuevo texto. En primer lugar por el concepto amplio de su ámbito de aplicación; en segundo lugar, por la permanencia de restricciones e incluso intervenciones administrativas que pueden ser causa de violación de los derechos y libertades fundamentales que conlleva el concepto amplio del ámbito de aplicación antes citado. En tercer lugar, porque esta actuación de la Administración, sea cual sea la que interviene, lejos de fomentar el comercio electrónico y la utilización de los servicios electrónicos, plantea un sistema intervencionista”.

⁴⁰

En la propuesta de veto núm. 5 se argumentaba: el proyecto de Ley “supone un evidente recorte del derecho fundamental a la libertad de expresión en internet, sin duda también protegido en los distintos apartados del artículo 20 de la Constitución Española. (...) el Ejecutivo pretende una regulación restrictiva que recorta la libertad de expresión en internet. Los artículos 8, 11, 37 y 42, entre otros, son paradigmáticos de ese intento de control. Resulta también elocuente que el Gobierno omita, deliberadamente, el carácter orgánico de los mismos. En efecto, el contenido confuso y ambiguo de los referidos artículos supone una clara limitación del derecho fundamental a la libertad de expresión y difusión de los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción, reconocido en el artículo 20 de la CE, pues no cabe duda de que el intercambio y difusión de mensajes contenidos en la red -página web o periódico o revista digital- son actividades protegidas por la libertad de expresión reconocida en el artículo 20.1.a) y d) de la Constitución Española. (...) Además no se consolida como un derecho básico el domicilio electrónico. De la misma forma, no se garantiza, en absoluto, el derecho básico a la privacidad y la prohibición expresas en la formación de perfiles ciudadanos, ya sea por medio de «cookies» o almacenamiento indebido de datos personales. (...) En su intento de control de la información que surge en internet, el Proyecto de Ley pone tantas trabas y establece tantas garantías, que repercute negativamente en aquello que tenía la obligación de regular, para facilitarlos: el comercio electrónico interior. (...) Este intento de coartar la información en la red resultará además ineficaz por ser de muy difícil aplicación en un mundo cada vez más globalizado”.

⁴¹

Éste es el tenor de la justificación de la propuesta de veto núm. 6: “El veto a este Proyecto de Ley se fundamenta en los siguientes criterios: 1.Técnica legislativa inadecuada por varias razones: -- Matriz casuística, poco adaptada a la realidad de la red Internet. --Era preferible modificar diversas Leyes y acortar las materias tratadas en este Proyecto. --Discriminación de los servicios prestados a través de medios electrónicos en relación a otros medios de comunicación entre personas físicas o jurídicas. 2.Contradicción entre la declarada voluntad de desarrollo libre de la sociedad de la información y la explícita voluntad de control y vigilancia extrema que se encuentra en el Proyecto. 3.Temor obsesivo a los riesgos de la red. 4.Régimen de sanciones de montantes desmesurados que además de la desproporcionalidad pueden estimular la implantación de servicios en otros países con sanciones de menor cuantía. 5.Concepción burocrática de la regulación de la sociedad de la información. 6.Voluntad de intervencionismo en el sistema de códigos voluntarios de conducta y de buenas prácticas que se ha desarrollado y se desarrolla en la red. 7.Exclusivización de las competencias de regulación y gestión de las previsiones que define la Ley en el Gobierno Central sin previsión alguna de participación de las CCAA”.

⁴²

Las enmiendas del Senado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 97 del Reglamento del Senado, se publicaron acompañadas de mensaje motivado en el *BOCG-Congreso de los Diputados*, Serie A, núm. 68-12, de 26 de junio de 2002.

Como se dijo, la mayoría absoluta que ostenta el Gobierno en ambas Asambleas de las Cortes Generales durante la actual VII Legislatura, ha conferido mayor relieve a la discusión social y política del Anteproyecto y, por consiguiente, al Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, que refleja aquella discusión. De hecho, incluso en coyunturas diversas en el arco parlamentario, con juego más ajustado de los polos mayoría-oposición⁴³, se suele reconocer que el Gobierno cuenta con mayores medios que el Parlamento para acometer las tareas normativas, habiéndose llegado a sugerir en algunos países como Italia que el *Consiglio di Stato* se ponga al servicio de las Cámaras Legislativas. Algo parecido ocurrió en Francia, en donde ya en 1990 diversos diputados de la Asamblea Nacional formularon una proposición de Ley (núm. 1251) destinada a otorgar a los parlamentarios la posibilidad de servirse del *Conseil d'état* recabando estudios e informe de éste, tentativa de quitarle ese monopolio al Gobierno que resultó fallida⁴⁴.

En cualquier caso, entiendo que esa sugerencia o propuesta de extender las funciones del Consejo de Estado a sede parlamentaria debe tomarse “a beneficio de inventario, pues no es fácil responder al interrogante de si otro dictamen (uno más) en el procedimiento legislativo (de un órgano externo a las Cámaras, que se sumaría como mínimo a las opiniones evacuadas por la Comisión legislativa competente, por la Ponencia correspondiente y por la discusión en el Pleno, con una extraordinaria prolongación del procedimiento parlamentario) ofrecería un balance más o menos funcional”⁴⁵. A fin de cuentas, desde una perspectiva pesimista podría acentuarse la crítica según la cual el Parlamento sería susceptible de sufrir –en un ambiente de gran absentismo– “la inflación de ponentes y la deflación de presencias”⁴⁶. Correlativamente, bajo un ángulo más positivo, la no puesta del Consejo de Estado a disposición del Parlamento, tal vez redunde en un realce –siquiera simbólico– de lo que en puridad responde a la denominación del segundo (parlamentar), poniendo el énfasis no tanto en su criticada pérdida de centralidad y su configuración como caja de resonancia de directrices gubernamentales, sino en la calidad del debate parlamentario –que quedará reflejado en los Diarios de Sesiones– como potencial reflejo de la calidad del texto legislativo finalmente adoptado: en el caso de la Ley 34/2002, además de los Diarios de Sesiones, es interesante acercarse a los argumentos barajados en las reseñadas propuestas de veto formuladas en el Senado y publicadas en el *BOCG-Senado*⁴⁷.

3. La publicación y entrada en vigor

Junto con la promulgación y la sanción del Rey, la publicación y entrada en vigor conforma el estadio final del procedimiento legislativo, es decir, la fase de perfeccionamiento o integradora de la eficacia de la Ley. En tal sentido, la Ley 34/2002 fue publicada en el BOE núm. 166 del viernes, 12 de julio de 2002, y consta de una

⁴³ Véase LÓPEZ AGUILAR, J.F.: *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1988, y, del mismo autor, *Minoría y oposición en el parlamentarismo*, Congreso de los Diputados, Madrid, 1991.

⁴⁴ Como es conocido, a diferencia de Francia o Italia, la especialización de nuestro Consejo de Estado se circunscribe a su faceta consultiva, no ejerciendo funciones contencioso-administrativas.

⁴⁵ JIMENA QUESADA, L.: *Dirección Política del Gobierno y Técnica Legislativa*, ya cit., p. 160.

⁴⁶ HOCHEDÉZ, D.: “La réforme du travail parlementaire 1958-1988”, en el colectivo *La réforme du travail parlementaire à l'Assemblée Nationale*, Paris, Economica/Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p.23.

⁴⁷ *BOCG-Senado*, Serie II, núm. 66-c, de 6 de junio de 2002.

Exposición de Motivos (habría de denominarse Preámbulo, pues “exposición” se corresponde con el texto legal antes de perfeccionarse, esto es, en fase de proyecto o elaboración⁴⁸), y de cuarenta y cinco artículos divididos en siete Títulos con sus correspondientes subdivisiones en Capítulos (en algunos casos también en Secciones)⁴⁹, así como de seis Disposiciones adicionales, una Disposición transitoria única, nueve Disposiciones finales y un Anexo: en éste se incluye una serie de “Definiciones” (así aparece intitulado) redactadas de acuerdo con la Directiva 2000/31/CE, que ofrecen un elemento hermenéutico interesante para comprender el alcance de las Disposiciones generales del Título I (que establece el ámbito objetivo y subjetivo de aplicación de la Ley).

De la publicación de la Ley, únicamente merece destacarse la cuestión de la corrección de errores y sus imprecisos límites en la práctica. En efecto, aparentemente ingenua, la corrección de erratas puede significar una operación espuria con un alcance perverso, como ocurre señaladamente en el caso de ser utilizado como mecanismo derogatorio “extra ordinem”, es decir, como intento de derogar un texto legal apartándose del procedimiento establecido para la derogación expresa⁵⁰. En estas coordenadas, afortunadamente no se ha verificado ninguno de estos riesgos en el caso objeto de estudio, de suerte que la única corrección de erratas de la Ley 34/2002 ha consistido en la publicada en el BOE núm. 187 del martes 6 de agosto de 2002, a través de la cual se procede a una mera rectificación material añadiéndose la preposición “por” en el artículo 39.2, párrafo 2º.

Para completar este epígrafe, cabe señalar que la entrada en vigor de la Ley 34/2002, de conformidad con su Disposición final novena, se produjo a los tres meses de su publicación en el BOE, con la excepción de las Disposiciones adicional sexta y finales primera, segunda, tercera y cuarta de la Ley, cuya vigencia tuvo lugar al día siguiente a dicha publicación. Por lo demás, desde el punto de vista de la eficacia temporal de la Ley 34/2002, su Disposición transitoria única (que obliga a los prestadores de servicios que a la entrada en vigor de la Ley ya vinieran utilizando uno o más nombres de dominio o direcciones de Internet a solicitar su anotación en el Registro público correspondiente en el plazo de un año desde la entrada en vigor de la Ley) no plantea problemas jurídicos de calado. Sin embargo, debe recordarse que, al margen de esta disposición (que aparecía numerada como transitoria primera en el Anteproyecto de ley), se proponía por el Gobierno en dicho Anteproyecto una Disposición transitoria segunda que difería hasta el 1 de enero de 2005 la aplicación del artículo 7 de la Directiva (que se refiere a la libre prestación de servicios por parte de prestadores establecidos en un Estado perteneciente a la Unión Europea o al Espacio Económico Europeo) a los servicios financieros; finalmente, con buen criterio, y siguiendo el Informe de la Comisión Europea y el Dictamen del Consejo de Estado, se suprimió esa Disposición transitoria, dado que semejante excepción temporal aplicada a

⁴⁸ Véase TAJADURA TEJADA, J.: “Exposiciones de motivos y preámbulos”, *Revista de las Cortes Generales*, núm. 43, 1999.

⁴⁹ Esta es la rúbrica de cada uno de los siete Títulos con sus Capítulos: Título I “Disposiciones Generales” (Capítulo I: “Objeto”, Capítulo II: “Ámbito de aplicación”); Título II “Prestación de servicios de la sociedad de la información” (Capítulo I: “Principio de libre prestación de servicios”, Capítulo II: “Obligaciones y régimen de responsabilidad de los prestadores de servicios de la sociedad de la información”, Capítulo III: “Códigos de conducta”); Título III “Comunicaciones comerciales por vía electrónica”; Título IV “Contratación por vía electrónica”; Título V “Solución judicial y extrajudicial de conflictos” (Capítulo I: “Acción de cesación”, Capítulo II: “Solución extrajudicial de conflictos”); Título VI “Información y control”; y Título VII “Infracciones y sanciones”.

⁵⁰ Véase en tal sentido DÍEZ PICAZO, L.M.: *La derogación de las leyes*, Madrid, Civitas, 1990.

los servicios financieros es incompatible con la Directiva 2000/31/CE y, por ende, habría comportado un claro incumplimiento o infracción del Derecho comunitario.

III. La técnica legislativa en sentido estricto: la redacción de la Ley y la problemática acerca de la terminología

La técnica legislativa⁵¹, en sentido restringido, se refiere al estudio de la composición y redacción de las leyes y disposiciones jurídicas (*drafting*)⁵². Con tal enfoque, y dado que la Ley 34/2002 objeto del presente estudio es fruto de una iniciativa gubernamental, debe traerse a colación la *Resolución de 15 de noviembre de 1991, de la Subsecretaría del Ministerio de Relaciones con las Cortes y de la Secretaría de Gobierno, mediante la que se aprueban las directrices sobre la forma y estructura de los anteproyectos de Ley*. A través de dicha Resolución⁵³, según su primer párrafo, se persigue “la mayor calidad técnica de las leyes” en aras a “la realización del principio de seguridad jurídica, proclamado por nuestra Constitución”, finalidad que se cifra en “claridad y precisión, rigor y exactitud, coherencia y armonía en las leyes, tanto internamente como con el conjunto del ordenamiento”. En realidad, este último inciso alude más bien a la idea de técnica legislativa en sentido amplio que se analizará en el siguiente epígrafe IV⁵⁴.

Así las cosas, en lo que atañe a la aproximación estricta a la técnica legislativa, ya se ha repasado someramente la redacción de la Ley 34/2002 desde la perspectiva de su forma y estructura interna por referencia a la Exposición de Motivos (Preámbulo), a los varias divisiones de los preceptos del texto articulado (parte dispositiva), a las diversas disposiciones de la parte final y al Anexo. Por consiguiente, si se pone el acento ahora en la calidad de la Ley 34/2002⁵⁵ bajo la óptica de los términos en que aparece redactada, llama la atención *prima facie* su complejidad técnica, lógica consecuencia de la materia que regula esta Ley de última generación o de la era tecnológica, empezando por el propio envío de un mensaje por correo electrónico⁵⁶: efectivamente, en este terreno del comercio electrónico, es sabido que los prestadores

⁵¹ Para una aproximación a la riqueza de significados de la noción de “técnica legislativa” y su delimitación respecto de otros conceptos afines, véase RESCIGNO, G.U.: voz “Técnica legislativa”, *Enciclopedia Giuridica-TRECCANI*, Roma, 1993.

⁵² Cfr. GRETTEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa): *Curso de Técnica Legislativa*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989.

⁵³ Un acercamiento a las directrices de *drafting* en los países de nuestro entorno puede obtenerse mediante la consulta de la obra de PAGANO, R. (a cura di): *Le direttive di tecnica legislativa in Europa*, 2 vols., Camera dei Deputati-Quaderni di documentazione, Roma, febbraio 1997.

⁵⁴ En lo que concierne a la coherencia interna de la propia Ley, se trata de una percepción que ya ha sido puesta de manifiesto por autores clásicos: “cada cláusula de la ley exige ser redactada con la percepción más exacta y previsor de su relación con las demás cláusulas, y que la ley, una vez completa, ha de fundirse y encuadrarse con el conjunto de las preexistentes” (MILL, J.S.: *Del Gobierno representativo*, trad. de M.C.C. de Iturbe, Madrid, Tecnos, Colección ‘Clásicos del pensamiento’, 1985, p. 61).

⁵⁵ Vid. SAINZ MORENO, F., y DASILVA OCHOA, C. (Coords.): *La calidad de las Leyes*, Vitoria/Gasteiz, Parlamento Vasco, 1989.

⁵⁶ El proceso técnico que subyace al envío de un mensaje por correo electrónico viene a ser el siguiente: 1. Confección y envío del mensaje. 2. Tránsito del mensaje por los nodos y redes telemáticas hasta alcanzar el servidor en el que se encuentra dada de alta la cuenta de correo electrónico asociada al destinatario. 3. Almacenamiento del mensaje en la referida cuenta de correo electrónico asociada al destinatario. 4. Descarga del mensaje al programa cliente de correo electrónico del destinatario o bien lectura del mismo por parte del destinatario a través de una interfaz web (*browser*).

de servicios utilizan mecanismos (“cookies”) para el almacenamiento y recuperación de datos sobre los mismos inferidos a través de sus hábitos de navegación; cada vez es más frecuente familiarizarse con términos como subastas “on line” que tienen lugar en Internet; o es usual distinguir entre el comercio destinado a empresarios y profesionales (llamado “business to business”, “BTB”) y el dirigido a consumidores (“business to consumer”, “BTC”, o “B2C”), a quienes se dispensa una especial protección. En particular, la reseñada complejidad es reconducible cuanto menos, a mi modo de ver, a una doble vertiente:

- En primer lugar, se acude a la práctica del Anexo a la Ley para incluir “Definiciones”, las cuales no poseen exclusivamente una finalidad pedagógica sino, sobre todo, un indudable valor hermenéutico susceptible de facilitar la aplicación de las reglas de la interpretación jurídica. Más precisamente, por una parte, en el Anexo se perfilan las dos nociones básicas que se contienen en el enunciado de la Ley 34/2002, definiéndose en el apartado a) lo que se entiende por “servicios de la sociedad de la información”⁵⁷, e introduciéndose en el apartado h) el concepto de “contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico”⁵⁸. Por otra parte, se incluyen en el Anexo otras definiciones de valor jurídico nada desdeñable como son: “servicio de intermediación” (apartado b); “prestador de servicios” o “prestador” (apartado c); “destinatario del servicio” o “destinatario” (apartado d); “consumidor” (apartado e); “comunicación comercial” (apartado f); “profesión reglada” (apartado g); “ámbito normativo coordinado” (apartado i); y “órgano competente” (apartado j). Lógicamente, el alcance de estas otras definiciones ha de ponerse en conexión con las dos primeras relativas al enunciado de la Ley 34/2002, tanto más cuanto que, por poner de relieve únicamente el extremo más ostensible, el concepto de “servicios de sociedad de la información” que acoge la Ley es más amplio que la definición contenida en la

57

Se aquilata de esta forma el concepto avanzado en la Exposición de Motivos, de manera que en el Anexo se incluye la siguiente definición de “servicios de la sociedad de la información” o “servicios”: “todo servicio prestado normalmente a título oneroso, a distancia, por vía electrónica y a petición individual del destinatario. El concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios. Son servicios de la sociedad de la información, entre otros y siempre que representen una actividad económica, los siguientes: 1º. La contratación de bienes o servicios por vía electrónica. 2º. La organización y gestión de subastas por medios electrónicos o de mercados y centros comerciales virtuales. 3º. La gestión de compras en la red por grupos de personas. 4º. El envío de comunicaciones comerciales. 5º. El suministro de información por vía telemática. 6º. El vídeo bajo demanda, como servicio en que el usuario puede seleccionar a través de la red, tanto el programa deseado como el momento de su suministro y recepción, y, en general, la distribución de contenidos previa petición individual. No tendrán la consideración de servicios de la sociedad de la información los que no reúnan las características señaladas en el primer párrafo de este apartado y, en particular, los siguientes: 1º. Los servicios prestados por medio de telefonía vocal, fax o télex. 2º. El intercambio de información por medio de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente para fines ajenos a la actividad económica de quienes lo utilizan. 3º. Los servicios de radiodifusión televisiva (incluidos los servicios de cuasivideo a la carta), contemplados en el artículo 3.a) de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, del Consejo, de 3 de octubre, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, o cualquier otra que la sustituya. 4º Los servicios de radiodifusión sonora, y 5º. El teletexto televisivo y otros servicios equivalentes como las guías electrónicas de programas ofrecidas a través de las plataformas televisivas”.

58

Así se define “contrato celebrado por vía electrónica” o “contrato electrónico” en el apartado h) del Anexo: “todo contrato en el que la oferta y la aceptación se transmiten por medio de equipos electrónicos de tratamiento y almacenamiento de datos, conectados a una red de telecomunicaciones”.

Directiva 98/34/CE, a la que se remite la Directiva 2000/31/CE objeto de transposición⁵⁹.

- Y, en segundo término, si bien no se introducen en la Ley 34/2002 neologismos (como sí fue el caso de la noción de “privacidad” –*privacy*- incorporada mediante la Ley Orgánica 5/1992 de 29 de octubre, derogada mediante la vigente Ley Orgánica 15/1999 de 13 de diciembre de protección de datos de carácter personal), lo bien cierto es que la Ley que nos ocupa regula prácticas o da cabida a aspectos que irremediabilmente se ven sintetizados por términos novedosos de índole técnica procedentes del ámbito anglosajón; términos éstos, por añadidura, que no constituyen una mera manifestación del lenguaje de Internet y de la lengua vehicular que este instrumento utiliza (el inglés), sino que poseen una innegable relevancia constitucional. Así, por ejemplo, el artículo 21 de la Ley 34/2002 recoge la práctica conocida habitualmente como “spamming”, es decir, la prohibición del envío de comunicaciones comerciales realizadas a través de correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de ellas; o el artículo 22 reconoce la facultad conocida como “put-out”, esto es, la facultad de revocar el consentimiento prestado para la recepción de comunicaciones comerciales no solicitadas, para lo que dicho precepto exige el establecimiento de procedimientos sencillos y gratuitos e información acerca de ellos. Este doble botón de muestra es obvio que engarza con la libertad informática consagrada como nuevo derecho fundamental a partir del artículo 18.4 de nuestra Carta Magna, según la interpretación efectuada por el Tribunal Constitucional⁶⁰.

IV. La técnica legislativa en sentido amplio y su inserción en el sistema de fuentes

1. La tensión unidad-autonomía

De entrada, cabe observar, como ha quedado evocado en el epígrafe precedente, que la técnica legislativa en sentido amplio tiene que ver con el estudio de las normas como parte integrante del ordenamiento jurídico, al efecto de conseguir la mayor coherencia del sistema normativo⁶¹. Con estos parámetros, procede en este momento verificar esa coherencia de nuestro ordenamiento por referencia a las normas de

⁵⁹ Mientras ambas Directivas de referencia definen “los servicios de la sociedad de la información” como “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”, en la Ley 34/2002 se añade: “el concepto de servicio de la sociedad de la información comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios, en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

⁶⁰ Por todas, STC 292/2000, de 30 de noviembre, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad núm. 1463/2000 interpuesto por el Defensor del Pueblo contra algunos incisos de varios artículos de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

⁶¹ Cfr. SAINZ MORENO, F.: “La técnica normativa. Visión unitaria de una materia plural”, en el colectivo *La Técnica legislativa a debate*, (coord. por J.M. Corona, F. Pau y J. Tudela), Madrid, Tecnos, 1994). Esta percepción cuenta con antecedentes ilustres en donde la calidad de la ley no se concebía aisladamente, sino dentro del sistema: así, por ejemplo, en la exposición del vocablo “Legislador” de la *Enciclopedia* francesa, Diderot y D’Alembert entendían que “en la legislación todo está interconectado, todo depende lo uno de lo otro, el efecto de una buena ley se expande sobre mil objetos ajenos a esa ley: un bien procura otro bien, el efecto recae sobre la causa, el orden general mantiene todas las partes, y cada una influye sobre la otra y sobre el orden general. El espíritu de comunidad, extendido sobre el todo, fortifica, conecta y vivifica el todo” (DIDEROT, D., y LE RON D’ALEMBERT, J.: *Artículos políticos de la ‘Enciclopedia’*, Selección, traducción y estudio preliminar de R. Soriano y A. Porras, Madrid, Tecnos, Colección ‘Clásicos del pensamiento’, 1986, p. 65).

producción nacional y por referencia a los dos polos de emanación de disposiciones con rango de ley, esto es, el Estado y las Comunidades Autónomas, lo que acometemos desde el prisma del tenso binomio unidad-autonomía, sin olvidar las fricciones que pueden producirse entre la Ley 34/2002 y otras normas estatales⁶².

Y bien, en lo atinente a la tensión unidad-autonomía, el apartado 2 del artículo 1 de la Ley 34/2002 establece que “las disposiciones contenidas en esta Ley se entenderán *sin perjuicio de lo dispuesto en otras normas estatales o autonómicas* ajenas al ámbito normativo coordinado, o que tengan como finalidad la protección de la salud y seguridad pública, incluida la salvaguarda de la defensa nacional, los intereses del consumidor, el régimen tributario aplicable a los servicios de la sociedad de la información, la protección de datos personales y la normativa reguladora de defensa de la competencia”. Con carácter añadido, la Disposición final sexta de la Ley 34/2002 dispone que “esta Ley se dicta al amparo del artículo 149.1.6ª, 8ª y 21ª de la Constitución, *sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas*”. Detengámonos en ambos aspectos:

- En cuanto al artículo 1.2, el inciso “sin perjuicio de” resulta confuso, puesto que de su tenor literal no se desprende, como al parecer se pretende, la aplicación supletoria de esas otras normas estatales y autonómicas; por el contrario, los mandatos de la Ley 34/2002 parecen quedar potencialmente desplazados por esas otras normas españolas, con lo que –como advirtió el Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de enero de 2002, advertencia que no ha sido aprovechada para mejorar técnicamente el texto final de la Ley- puede quedar desnaturalizado el principio de libre prestación de servicios que la Directiva 2000/31/CE persigue garantizar. Debe, por ende, quedar clara la aplicabilidad de la Ley 34/2002 para cumplimentar el mandato del artículo 93 de nuestra *Norma Normarum* haciendo prevalecer el principio de primacía y efecto directo del Derecho Comunitario, evitando con ello conflictos de normas y perniciosos efectos para el principio de seguridad jurídica: buen exponente de lo que estoy observando lo constituye el artículo 29 de la Ley 34/2002⁶³, que establece un criterio claro –por discutible que pueda revelarse frente a otros criterios⁶⁴- para determinar el lugar de

⁶²

Con tal orientación, debe resaltarse que los servicios de la sociedad de la información regulados en la Ley 34/2002 han de tener una correcta articulación respecto de las normas estatales y autonómicas que en nuestro ordenamiento regulan la actividad comercial, y en particular las aplicables a las ventas a distancia: así, además de las Leyes autonómicas sobre ordenación comercial (que lógicamente, en el caso de la contratación electrónica, como contratación entre ausentes, no generará una polémica competencial similar a la surgida en materia como el horario de apertura y cierre de comercio, etc.), entre las normas estatales más relevantes cabe mencionar (además del Código Civil y el Código de Comercio) la Ley 26/1984 General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 34/1988 General de Publicidad, la Ley 26/1991 sobre Contratos Celebrados fuera de los Establecimientos Mercantiles, la Ley 7/1995 de Crédito al Consumo, la Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista, la Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación, o la Ley 28/1998 de Venta a Plazos de Bienes Muebles.

⁶³

A tenor del artículo 29 de la Ley 34/2002: “Los contratos celebrados por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor se presumirán celebrados en el lugar en que éste tenga su residencia habitual. Los contratos electrónicos entre empresarios o profesionales, en defecto de pacto entre las partes, se presumirán celebrados en el lugar en que esté establecido el prestador de servicios”.

⁶⁴

Como es sabido, cabe concebir diversos criterios para establecer el lugar en que deben entenderse realizados los servicios de la sociedad de la información que se ejecuten por vía electrónica, entre ellos: el lugar al que se destinen específicamente los servicios (y, en su defecto, el lugar en que esté establecido el prestador del servicio), el lugar en que radique el destinatario del servicio (sea éste o no consumidor), el lugar en que esté establecido el prestador del servicio o incluso el lugar en que se entienda celebrado el contrato.

celebración del contrato, lo que permitirá eludir los criterios dispares de las normas autonómicas sobre comercio interior y sectores regulados⁶⁵.

- Respecto a la Disposición final sexta (en donde la partícula “sin perjuicio de” no plantea problemas interpretativos) ya se encuentran algunas manifestaciones de ese reparto competencial en el propio texto articulado de la Ley 34/2002, como ilustran, por poner dos ejemplos, su artículo 5.2 cuando establece que las disposiciones de la presente Ley serán aplicables “a los servicios de la sociedad de la información relativos a juegos de azar que impliquen apuestas de valor económico, sin perjuicio de lo establecido en su *legislación específica estatal o autonómica*”, o su artículo 36.2 al disponer que “cuando, como consecuencia de una actuación inspectora, se tuviera conocimiento de hechos que pudieran ser constitutivos de infracciones tipificadas en *otras leyes, estatales o autonómicas*, se dará cuenta de los mismos a los órganos u organismos competentes para su supervisión y sanción”.

Cerremos ahora este epígrafe ubicándonos en la problemática que plantea esta Ley 34/2002 en su relación con las demás normas estatales que pueden interferir en el sector regulado. Así, en el borrador de Anteproyecto de fecha 29 de septiembre de 2000 (el sometido al trámite de información pública) se incluían reglas (especialmente en su artículo 24) para la coordinación con la Ley 7/1998 de 13 de abril sobre Condiciones Generales de la Contratación, y se proponía la modificación del artículo 12.4 de la Ley de Arbitraje para permitir a los funcionarios públicos mediante arancel el desempeño de funciones arbitrales. Finalmente, se optó por introducir únicamente dos tipos de modificaciones, que merecen una diversa valoración:

- De un lado, el primer bloque legal modificado se incluye en la Disposición adicional cuarta, a través de la cual se opera la modificación del artículo 1262 del Código Civil y del artículo 54 del Código de Comercio. Este cambio legislativo, que recoge en parte el borrador de Anteproyecto de ley elaborado por la Comisión General de Codificación el 16 de marzo de 2001, sin perjuicio del criterio más o menos acertado en la elección de la concepción que inspira la modificación, posee al menos el mérito de unificar los criterios legales divergentes en materia de fijación del momento y lugar de la celebración de los contratos electrónicos⁶⁶.

- De otro lado, el segundo sector que ha sido objeto de cambios normativos viene determinado en diversas Disposiciones finales, en las que se modifican algunos preceptos de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones⁶⁷, lo que parece coherente con uno de los fundamentos constitucionales a que apela la

⁶⁵

Sobre este extremo particular, el Consejo de Estado observó en su Dictamen de 17 de enero de 2002 que “las normas autonómicas en materia de comercio interior o sectores regulados, de acuerdo con las competencias atribuidas por los Estatutos de Autonomía, utilizan con frecuencia como punto de conexión el lugar de prestación de los servicios. Del lugar en que deban entenderse ejecutados los servicios prestados por vía electrónica puede depender el régimen jurídico aplicable a éstos, así como la competencia de determinados órganos administrativos. No resulta en absoluto claro dónde debe entenderse ejecutada la prestación realizada por vía electrónica. A juicio del Consejo de Estado, el principio de seguridad jurídica aconseja establecer una regla que permita solucionar este problema en el Anteproyecto sometido a consulta (sin perjuicio de lo que dispongan las normas tributarias en su propio ámbito de aplicación)”.

⁶⁶

Sobre el particular, la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 resalta que “se aprovecha la ocasión para fijar el momento y lugar de celebración de los contratos electrónicos, adoptando una solución única, también válida para otros tipos de contratos celebrados a distancia, que unifica el criterio dispar contenido hasta ahora en los Códigos Civil y de Comercio”.

⁶⁷

Concretamente, se trata de las Disposiciones finales primera (se modifica el artículo 37 de la Ley 11/1998), segunda (se modifica la Disposición adicional sexta de la Ley 11/1998), tercera (se produce la adición de una nueva Disposición transitoria a la Ley 11/1998), y cuarta (se modifica la disposición derogatoria única de la Ley 11/1998).

Disposición final sexta, especialmente con la materia 21ª del artículo 149.1 de nuestra Ley Suprema⁶⁸.

En consecuencia, no se ha operado una excesiva dispersión derivada de modificaciones legislativas en cadena como las que desafortunadamente se incluyen cada año en las numerosas Disposiciones adicionales y finales de las Leyes de acompañamiento de los Presupuestos, ni se ha aceptado en esta línea la propuesta elaborada por el Ministerio de Justicia (Dirección General de Política Legislativa y Cooperación Jurídica Internacional) el 29 de enero de 2001 para la modificación de casi una decena de leyes con la finalidad de introducir en cada una de ellas la acción de cesación⁶⁹. A mi entender, aunque acertadamente no se introdujera esa serie de modificaciones, tampoco era preferible acoger de manera aislada en la Ley 34/2002 la acción de cesación (artículos 30 y 31), puesto que esa regulación aislada es susceptible de trasladarse de manera mimética a otras Leyes, con lo que al final se podría llegar a ese resultado indeseado de la dispersión normativa; por tanto, creo que habría sido conveniente, en términos de técnica legislativa y consiguientemente de seguridad jurídica, que tanto en la Ley 34/2002 como en las demás que se promulguen se opere una remisión a la acción de cesación de la Ley de Enjuiciamiento Civil (que habrá de contener una regulación unitaria)⁷⁰.

Tras lo reseñado, como balance, puede apuntarse que la Ley produce una cierta parcelación normativa en lo que afecta al conjunto de ordenamiento estatal, lo que no queda justificado por el hecho de que el propio Legislador haya sido consciente de dicha circunstancia, como puede leerse expresamente en la Exposición de Motivos⁷¹, y como ya expresaba el Gobierno en la memoria justificativa del Anteproyecto⁷². También

⁶⁸ Según el artículo 149.1.21ª CE, “el Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: (...) 21ª. Ferrocarriles y transportes terrestres que transcurran por el territorio de más de una Comunidad Autónoma; régimen general de comunicaciones; tráfico y circulación de vehículos a motor; correos y telecomunicaciones; cables aéreos, submarinos y radiocomunicación”.

⁶⁹ En esa propuesta del Ministerio de Justicia se proponía modificar las siguientes Leyes: Ley 7/1998 de Condiciones Generales de la Contratación; Ley 26/1984 General par la Protección de Consumidores y Usuarios; Ley 26/1991 sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales; Ley 7/1995 de Crédito al Consumo; Ley 21/1995 reguladora de los Viajes Combinados; Ley 42/1998 sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias; Ley 34/1988 General de Publicidad; Ley 7/1996 de Ordenación del Comercio Minorista; y Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

⁷⁰ Este es, por lo demás, el criterio sostenido por el Consejo de Estado, no en el Dictamen de 17 de enero de 2002 relativo al anteproyecto que dio lugar a la Ley 34/2002 (expediente núm. 3534/2001), sino en el Dictamen de fecha 18 de octubre de 2001 (expediente núm. 2964/2001) referente al Anteproyecto de Ley por el que se transponen al ordenamiento jurídico español diversas Directivas comunitarias europeas (concretamente tres) en materia de protección de los intereses de los consumidores y usuarios: se trata de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de mayo de 1998, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Directiva 97/55/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE, sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad engañosa; y la Directiva 98/7/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que modifica la Directiva 87/102/CEE, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo.

⁷¹ En la Exposición de Motivos de la Ley 34/2002 se lee que ésta “parte de la aplicación a las actividades realizadas por medios electrónicos de las normas tanto generales como especiales que las regulan, ocupándose tan sólo de aquellos aspectos que, ya sea por su novedad o por las peculiaridades que implica su ejercicio por vía electrónica, no están cubiertos por dicha regulación”.

⁷² En dicha memoria justificativa se aclaraba que el anteproyecto no pretendía llevar a cabo “una regulación sistemática y completa de la prestación de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico, sino tan sólo de aquellas cuestiones que más preocupación suscitan”.

es verdad que resulta complicado dotar de unidad a la normativa estatal en este ámbito de la sociedad de la información y del comercio electrónico, presentándose difícil, por ejemplo, la elaboración de un texto refundido en la materia, puesto que esa misma parcelación normativa se produce en el ámbito del Derecho Comunitario⁷³, que es precisamente objeto de transposición al ámbito interno de acuerdo con las pautas y plazos marcados por la Unión Europea. Sin embargo, no debe descartarse la búsqueda de esa solución unificadora, y ya contamos con algún ejemplo de texto legislativo refundido en materias de enorme presencia e incorporación de normas europeas (así, en el ámbito de la contratación administrativa)⁷⁴. Tampoco cabría dejar de reflexionar, prospectivamente, en la posibilidad de que las instituciones de la Unión con competencia legislativa elaboraran textos refundidos a escala europea⁷⁵, lo mismo que en el marco del *soft-law* ya se ha hecho público el *Código europeo de buena conducta administrativa de 2001*⁷⁶. Todo lo cual nos da pie para introducirnos en la dialéctica unidad-integración, que presenta una indisociable conexión con la tensión unidad-autonomía⁷⁷.

⁷³

Piénsese que sólo en el terreno de la sociedad de la información y el comercio electrónico conviven normas comunitarias como (además de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, también denominada “Directiva sobre el comercio electrónico”) la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia; la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores; la Directiva 99/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; la Directiva 2000/29/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y de derechos afines a los derechos de autor en la sociedad de la información; o la Directiva 2000/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de septiembre de 2000, sobre el acceso a la actividad de las entidades de dinero electrónico y su ejercicio así como la supervisión cautelar de dichas entidades.

⁷⁴

Real Decreto Legislativo 2/2000 de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

⁷⁵

Y ello pese a que el Proyecto por el que se instituye una Constitución para Europa, presentado al Consejo Europeo reunido en Salónica el 20 de junio de 2003, no contemple entre los instrumentos jurídicos comunitarios esa modalidad de los textos refundidos. En particular, ese Proyecto de tratado constitucional prevé nuevos instrumentos normativos que pretenden poner el acento en la unión política y profundizar en el proceso de constitucionalización de Europa, con denominaciones que se asemejan a las fuentes estatales: así, en el capítulo I del Título V del citado Proyecto de Tratado constitucional (artículos I-32 y siguientes) se establecen como actos jurídicos vinculantes de la Unión la *Ley europea* (anterior Reglamento comunitario) y la *Ley-marco europea* (anterior Directiva comunitaria), ambos con carácter legislativo; por otra parte, con carácter asimismo obligatorio pero sin valor legislativo, el Reglamento europeo y la Decisión europea (que diversifican, como actos ejecutivos, la anterior Decisión comunitaria); a estos instrumentos obligatorios debe añadirse otro, a saber, los *Reglamentos delegados* que podrá promulgar la Comisión (por vía de delegación a través de una ley europea o de una ley marco europea) para completar o modificar determinados elementos no esenciales de la ley o la ley marco (artículo I-35). En fin, completan el cuadro de fuentes comunitarias derivadas dos actos sin carácter vinculante que mantienen la denominación precedente, esto es, la *Recomendación* y el *Dictamen*.

⁷⁶

Este Código europeo de buena conducta administrativa fue elaborado por el Defensor del Pueblo Europeo y aprobado por Resolución del Parlamento Europeo adoptada el 6 de septiembre de 2001.

⁷⁷

Para una buena síntesis general de la tensión entre esos tres polos (unidad, autonomía e integración), con estudio particular de la dialéctica “unidad-autonomía” y de la dialéctica “unidad-integración”, acúdase al reciente trabajo de PÉREZ TREMP, P.: “Unidad del ordenamiento y Derecho Comunitario”, *Revista Vasca de Administración Pública*, núm. 65, 2003, pp. 123-143.

2. La dialéctica unidad-integración supranacional

Si nos ubicamos ahora en el ordenamiento interno por referencia a las normas de producción supranacional, cabe afrontar la dialéctica unidad-integración supranacional desde un doble punto de vista, a saber: de un lado, el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea y, de otro, el respeto de las normas de Derecho internacional (esencialmente, el privado). Por lo que respecta a lo primero, ya ha quedado claro (y así lo explicita la Exposición de Motivos) que la Ley 34/2002 pretende básicamente incorporar dos Directivas comunitarias. En lo que se refiere a lo segundo, el artículo 26 de la propia Ley 34/2002 dispone (bajo la rúbrica *Ley aplicable*) que “para la determinación de la Ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley”.

Profundicemos en la problemática que han suscitado ambos puntos.

Empecemos por el binomio unidad-integración europea. En este contexto, no me consta que por el momento la incorporación de las dos Directivas comunitarias de referencia mediante la Ley 34/2002 (Directiva 98/27/CE y, sobre todo, Directiva 2000/31/CE) haya dado lugar a algún recurso por incumplimiento formulado por la Comisión de la Unión Europea frente al Estado español, a diferencia de lo que ha ocurrido en materia de ordenación del comercio minorista: en este terreno, mediante la sentencia de 28 de noviembre de 2002 (asunto C-414/01, Comisión contra España), el Tribunal de Justicia Comunitario (Sala segunda) ha condenado a nuestro país declarando que “el Reino de España ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 15, apartado 1, de la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, al no haber adoptado las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la mencionada Directiva”⁷⁸.

Ciertamente, a la evitación de un procedimiento por infracción del Derecho Comunitario, en el caso de la Ley 34/2002 (que de todos modos sí ha transpuesto fuera de plazo las Directivas de referencia –en especial, el plazo establecido por la Directiva

⁷⁸

El Tribunal de Luxemburgo no ha aceptado por tanto los argumentos del Gobierno español intentando justificar la inobservancia de las obligaciones y plazos señalados en las directivas comunitarias, ni, por lo tanto, la adaptación tardía o incompleta del Derecho interno a una directiva. Así, los argumentos del Gobierno español se condensan en los apartados 6 a 10 de la sentencia: “6. El Gobierno español no niega que no ha adaptado el Derecho interno a la Directiva 97/7 dentro del plazo establecido, pero aduce que concurrieron circunstancias que se lo impidieron. 7. Según dicho Gobierno, en el momento de la redacción de la Ley 7/96, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, el legislador español decidió incorporar a dicho texto legal lo que entonces no era sino una propuesta de Directiva, con el convencimiento de que, llegado el caso, serían mínimas las modificaciones que habrían de introducirse. 8. Una gran parte del tiempo transcurrido desde la publicación de la Directiva se dedicó, afirma el Gobierno español, a discusiones sobre si el Derecho interno ya se había adaptado efectivamente a la Directiva y, en el supuesto de que no se hubiera adaptado íntegramente, a determinar si resultaba oportuno modificar la Ley de Ordenación del Comercio Minorista o elaborar una nueva ley. 9. Según el Gobierno español, se optó finalmente por modificar en la medida necesaria la Ley de Ordenación del Comercio Minorista. Pero entonces se planteó la cuestión de determinar si procedía modificar otras leyes, como la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios y la Ley de Contratos celebrados fuera del Establecimiento Mercantil. La discusión versó asimismo sobre la relación entre las medidas de adaptación del Derecho interno a la Directiva 97/7 y la nueva normativa en materia de *comercio electrónico*. 10. El Gobierno español subraya que dispone de un anteproyecto que está a punto de ser aprobado como proyecto de Ley”.

2000/31/CE, con arreglo a lo dispuesto en su artículo 22, finalizó el 17 de enero de 2002-), ha coadyuvado el informe evacuado por la Comisión Europea conforme a lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de junio de 1998, tras ser notificado el Anteproyecto de Ley a dicha institución comunitaria. En efecto, en dicho informe se señalaba que el Anteproyecto planteaba “problemas en cuanto a la correcta aplicación de los artículos 1, 3, 5, 9, 10, 11, 13, 14, 17 y 19” de la Directiva 2000/31/CE y de su Anexo. En resumen, entre los incumplimientos –aparentemente subsanados en el texto definitivo de la Ley 34/2000- merecen destacarse los siguientes: ante todo, la ya referida excepción temporal que se establecía en la Disposición transitoria segunda del Anteproyecto de Ley en relación con los servicios financieros hasta el 1 de enero de 2005 “es incompatible con la Directiva”; en segundo lugar, se manifestaba que el Título IV del Anteproyecto carecía de “una disposición clara que elimine de la normativa española los obstáculos existentes” para la contratación por vía electrónica; en tercer término, y en conexión con lo anterior, se consideraba de manera específica que la obligación impuesta a los prestadores de servicios de la sociedad de la información de incorporar “la dirección de uno de sus establecimientos en España” establecida en el artículo 10 del Anteproyecto no era apropiada, pues la Directiva 2000/31/CE sólo exige incluir “la dirección geográfica donde está establecido el prestador de servicios” (véase la asunción, con matices, de esa observación en el artículo 2 de la Ley 34/2002⁷⁹); por lo demás, en el informe de la Comisión se proponía contemplar expresamente el fomento de los códigos de conducta “a nivel comunitario” (lo que se ha efectuado en el artículo 18.1 de la Ley 34/2002).

Perfilemos ahora el binomio unidad-integración supranacional por referencia a la coordinación supracomunitaria europea. Con tal filosofía, es obvio que una aplicación extraterritorial del ordenamiento español a través de esta Ley 34/2002 no resultaría coherente con el denominado *principio de armonía internacional de normas jurídicas*. Del mismo modo, esta Ley 34/2002 no ha de erigirse en un pretexto para descodificar el Derecho internacional privado mediante Leyes especiales: por fortuna, esa descodificación se ha evitado en el artículo 26 del texto final de la Ley⁸⁰, merced a las observaciones efectuadas al Anteproyecto por el Consejo de Estado⁸¹.

⁷⁹

Esos matices pueden plantear problemas interpretativos por lo que, en mi opinión, debería intentarse una transposición más fiel de las disposiciones de la Directiva objeto de incorporada, por más que, como ha recordado el Consejo de Estado español en numerosas ocasiones (por todos, el Dictamen núm. 3.555/2000 de 25 de enero de 2001), “la transposición de una Directiva comunitaria es una tarea jurídica que no debe entenderse limitada a la de transcripción literal de sus preceptos”.

⁸⁰ En el artículo 26 de la Ley 34/2002 se establece que “para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en las normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español, debiendo tomarse en consideración para su aplicación lo establecido en los artículos 2 y 3 de esta Ley”.

⁸¹ En el artículo 26 del anteproyecto se establecía que “para la determinación de la ley aplicable a los contratos electrónicos se estará a lo dispuesto en los artículos 2 y 3 de esta Ley, y en su defecto, a las demás normas de Derecho internacional privado del ordenamiento jurídico español”. Y bien, respecto de esta norma proyectada el Consejo de Estado observó en su Dictamen de 17 de enero de 2002 “la conveniencia de limitar en lo posible la descodificación del Derecho internacional privado mediante leyes especiales, especialmente en aquellos supuestos en los que no se formulen las correspondientes remisiones en los artículos 8 a 12 del Código Civil. Ello aconseja en este caso introducir al menos en el artículo 10.5 del Código Civil una remisión a lo dispuesto en las leyes especiales para determinar la ley aplicable a los contratos celebrados por vía electrónica. Concorre además la circunstancia de que el artículo 10.5 del Código Civil, que establece la norma de conflicto aplicable a las obligaciones contractuales, ha quedado reducido en lo sustancial a una norma de conflicto interregional por efecto de la ratificación del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales de 19 de junio

V. Factibilidad y aplicabilidad de la Ley

La factibilidad de la Ley tiene que ver con el coste económico de su efectiva vigencia. A estos efectos, el Anteproyecto de Ley objeto de análisis (como todos los anteproyectos de normas legales y demás disposiciones generales de rango infralegal) fue acompañado de la preceptiva Memoria económica, de fecha 27 de noviembre de 2001, en la que se incluía un estudio relativo a su repercusión sobre los presupuestos públicos, concluyéndose que la aprobación de la norma proyectada no incrementaría el gasto público. Sobre esta cuestión, el Consejo de Estado no puso reparo alguno en su Dictamen de 17 de enero de 2002, limitándose a constatar que en el expediente que le fue remitido “consta una Memoria justificativa y económica suficientemente expresiva de los fines que se persigue mediante la nueva regulación y de los efectos económicos de ésta”, incurriendo con ello en una aproximación poco exigente de la factibilidad de la Ley o, en todo caso, menos contundente de lo que su propia doctrina permite realmente deducir en otros dictámenes. Señaladamente, en otros dictámenes ha criticado que la memoria económica se reconduzca a una mera cláusula de estilo consistente en afirmar el Gobierno que la Ley proyectada no comporta incremento de gasto ni disminución de ingresos y, al tiempo, ha mantenido que la factibilidad guarda conexión no solamente con la repercusión en los Presupuestos del Estado, sino asimismo con el impacto económico en los sectores afectados⁸².

Al hilo de la concepción amplia de la factibilidad, comprensiva del análisis del impacto financiero de un proyecto legislativo en los sectores sociales y económicos afectados, adquiere interés la utilización de *la técnica de la check-list*: como ejemplo de este mecanismo se ha destacado la iniciativa del Gobierno holandés de elaborar un cuestionario denominado “BET check-list” para “comprobar las consecuencias que para las empresas y el desarrollo económico y social puede derivarse de la norma en proyecto. En definitiva, el propósito de estas ‘check-lists’ es medir los potenciales efectos en las empresas. Su uso se restringe a aquellas normas que puedan tener efecto sobre el mundo empresarial, sobre el mercado y sobre el desarrollo socio-económico. Se

de 1980, y que el artículo 52.2ª del Código de Comercio resulta contradictorio con este Convenio. En virtud de su artículo 2, el Convenio de Roma es aplicable incluso en aquellos supuestos en los que la ley designada por el Convenio corresponde a un Estado que no es Parte en el mismo, lo que ha producido una descodificación del Derecho internacional privado en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio. La discordancia existente entre los artículos 10.5 y 11 del Código Civil y el artículo 52.2ª del Código de Comercio, por un lado, y el Convenio de Roma por otro, produce indeseables problemas que podrían solucionarse mediante una reforma de mayor alcance de dichos preceptos, que aproximara su contenido (por lo que respecta a la ley aplicable a los contratos) al del Convenio de Roma sobre la Ley aplicable a las Obligaciones Contractuales. En tal caso, debería tenerse presente que los artículos del Código Civil citados son también, en virtud del artículo 16 del Código Civil, las normas que solucionan en nuestro ordenamiento los conflictos de leyes llamados interregionales”.

⁸²

Con tal orientación, puede leerse el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de julio de 2002 (expediente núm. 1.723/2002) sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de la Ley de 26/1984 de 19 de julio General para la Defensa de los consumidores y Usuarios: “Este Consejo se congratula de que este documento (memoria económica) no se limite a exponer que la legislación que se proyecta no supondrá incremento de gasto ni disminución de ingresos para la hacienda Pública estatal, sino que aborde, igualmente, las repercusiones de ese nuevo régimen para los sectores afectados, ya que esa óptica más global es la que este Consejo ha venido preconizando para las memorias económicas de los proyectos normativos, que es especialmente aconsejable en casos como el ahora examinado, en el que la proyectada nueva regulación incide en muy diversos sectores económicos y destinatarios”.

plantean preguntas como las siguientes: ¿Cuáles serán las consecuencias del proyecto normativo para el mercado? ¿Qué empresas están involucradas?"⁸³.

Centrémonos ahora en la problemática relativa a la aplicación de la Ley 34/2002. La reiterada complejidad de la materia regulada y su rápida evolución en nuestra era tecnológica ha comportado que la Ley 34/2002 apele, para su mejor aplicabilidad, a la solución no sólo judicial, sino asimismo extrajudicial de conflictos (Título V, que incluye la acción de cesación) y, en conexión con ello, se establecen unas medidas de información y control por parte de los poderes públicos (Título VI), lo que lógicamente puede llevar aparejado la imposición de sanciones o la adopción de otras medidas (de carácter provisional o incluso provisionalísimas antes de la iniciación del expediente sancionador) para castigar o para evitar la comisión infracciones. En este escenario, dado que la efectiva aplicación de la Ley 34/2002 se deja en gran medida en manos de los particulares y su voluntad positiva (con códigos de conducta u otros instrumentos de autorregulación, o incluso con intervención de terceros de confianza⁸⁴), se corre el riesgo de una dispersión aplicativa que, a lo peor, genere una enorme inseguridad jurídica y unas soluciones injustas por desiguales en la aplicación de la Ley.

Con semejante telón de fondo, considero interesante la previsión en la Ley 34/2002, entre otras, de las siguientes medidas: por un lado, la obligación de los poderes públicos de las diversas Administraciones territoriales de suministrar información sobre los procedimientos de resolución judicial y extrajudicial de conflictos (artículo 33, apartado b); por otro lado, la compilación de resoluciones relevantes, tanto de carácter judicial y extrajudicial y su remisión a la Comisión de la Unión Europea⁸⁵, con objeto de evitar dispersión de criterios aplicativos o, dicho en otros términos, de conseguir una especie de unificación de doctrina (judicial y extrajudicial) en la materia (artículo 34)⁸⁶; y, por último, las funciones de supervisión y control (incluidas las actuaciones inspectoras) que se encomiendan al Ministerio de Ciencia y Tecnología (sin perjuicio de las competencias atribuidas a otros órganos administrativos o jurisdiccionales por razón de la materia) respecto de los prestadores

⁸³ PRATS CATALÀ, J.: *La Reforma de los Legislativos en América Latina. Un enfoque institucional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1997, p. 175.

⁸⁴ Tal posibilidad la contempla el artículo 25 de la Ley 34/2002, que faculta a los terceros de confianza para archivar las declaraciones de voluntad que integran los contratos electrónicos (guardándolas por un tiempo mínimo de cinco años) y consignar su fecha y hora, puntualizándose no obstante que “la intervención de dichos terceros no podrá alterar ni sustituir las funciones que corresponde realizar a las personas facultadas con arreglo a Derecho para dar fe pública”.

⁸⁵ Con carácter general, no cabe olvidar que, en materia procesal, el 1 de marzo de 2002 entró en vigor el Reglamento núm. 44/2001/CE, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, que se aplica desde esa fecha en lugar del Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho el 27 de septiembre de 1968.

⁸⁶ El artículo 34 de la Ley 34/2002 prevé la remisión al Ministerio de Justicia por el Consejo General del Poder Judicial, en la forma y con la periodicidad que se acuerde mediante Convenio entre ambos órganos, de “todas las resoluciones judiciales que contengan pronunciamientos relevantes sobre la validez y eficacia de los contratos celebrados por vía electrónica, sobre su utilización como prueba en juicio, o sobre los derechos, obligaciones y régimen de responsabilidad de los destinatarios y los prestadores de servicios de la información” (apartado 1), y se impone igual deber a los órganos arbitrales y a los responsables de procedimientos alternativos de resolución extrajudicial de conflictos, que deben comunicar al Ministerio de Justicia “los laudos o decisiones que revistan importancia para la prestación de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico de acuerdo con los criterios indicados en el apartado anterior” (apartado 2).

de servicios de la sociedad de la información (artículo 35) y los deberes de colaboración de dichos prestadores en relación con las autoridades públicas (artículo 36). Por lo demás, en ese control de la aplicación de la Ley por los prestadores de servicios sería un instrumento nada despreciable el uso por el Gobierno de técnicas como la ya mencionada de la *check-list*.

De todos modos, para cerrar este epígrafe, quisiera llamar la atención sobre un aspecto que, en el ámbito de los estudios sobre técnica legislativa, adquiere relevancia, cual es el control de la aplicación de la Ley 34/2002 desde la perspectiva de su desarrollo reglamentario. En este sentido, la Ley objeto de atención en este trabajo tal vez efectúe un alarde de realismo al incluir una habilitación *sine die* al Gobierno para desarrollarla reglamentariamente (Disposición final séptima). Efectivamente, sobre ser tan frecuente la expiración del mandato de desarrollo reglamentario (estableciéndose habitualmente un plazo de seis meses o de un año) sin que el Gobierno lo cumplimente⁸⁷, en esta ocasión se ha eludido por aquél “autoimponerse” en la Ley 34/2002 semejante obligación (no se olvide que se trata de un proyecto de Ley y, por tanto, de una iniciativa gubernamental), dificultándose con ello consiguientemente el control jurisdiccional de la potestad reglamentaria establecido constitucionalmente (artículo 106 de la Carta Magna)⁸⁸. De hecho, un eventual incumplimiento como el reseñado se habría sumado a la infracción que ha supuesto el transponer la Directiva fuera de plazo. Más aún, en el momento de concluir el presente trabajo no nos consta que el Gobierno haya respetado el plazo de un año fijado en la Disposición final quinta y en la octava⁸⁹ para introducir las modificaciones reglamentarias allí previstas⁹⁰.

⁸⁷

Otro tanto parece ocurrir en el Derecho comparado: como ejemplo, en países como Francia se ha destacado la tarea llevada a cabo en el seno del Office parlementaire d'évaluation de la législation (creado mediante Ley núm. 96-516 de 14 de junio de 1996), o medidas como la comisión o encargo a algún parlamentario para que “controle la aplicación y desarrollo reglamentario de leyes concretas (así, podemos ilustrarlo acudiendo al informe realizado por el diputado Cazin d'Honinchtun, A.: *Un exemple de contrôle de l'application des lois*, Les Documents d'information de l'Assemblée Nationale-Commission des Lois, Rapport d'information n° 2171, 1995; en ese informe se destaca, para el período estudiado, que en el 43% de los casos se tarda más de un año en desarrollarse reglamentariamente las leyes promulgadas).

⁸⁸

Acúdase sobre esta problemática a BLANQUER CRIADO, D.: *El control de los reglamentos arbitrarios*, Madrid, Civitas, 1998: en esta monografía, su autor estudia de manera pormenorizada los supuestos de omisión normativa del Gobierno, dando cuenta de la jurisprudencia y de la doctrina administrativista relativa al control del ejercicio de la potestad reglamentaria en los supuestos –en lo que ahora interesa– de inactividad y de ejercicio tardío (al margen del supuesto inverso de ejercicio excesivamente frecuente).

⁸⁹

En la Disposición final octava se dice “en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley” (como quiera que la entrada en vigor se produjo el 12 de octubre de 2002, esto es, a los tres meses de su publicación en el BOE, el mandato expirará el 12 de octubre de 2003), mientras en la quinta se dice “en el plazo de un año” (el mandato expiró por tanto el 12 de julio de 2003, si se considera la fecha, no de entrada en vigor, sino de publicación de la Ley).

⁹⁰

En ambos casos, se trata de dar cumplimiento asimismo a normativa comunitaria: concretamente, la Disposición final quinta prevé la adecuación a esta Ley 34/2002 de la regulación reglamentaria sobre contratación telefónica o electrónica (mandando la modificación del Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, para facilitar la utilización real de los contratos electrónicos, conforme al mandato recogido en el artículo 9.1 de la Directiva 2000/31/CE); por su parte, la Disposición final octava encomienda al Gobierno la elaboración de un reglamento que establezca un distintivo que permita identificar a los prestadores de servicios que respeten determinados códigos de conducta, y particularmente “los principios establecidos en la normativa comunitaria sobre sistemas alternativos de resolución de conflictos con consumidores”.

VI. Los derechos fundamentales en juego y otros aspectos constitucionales

De la Exposición de Motivos y del texto articulado de la Ley 34/2002, si tomamos como referencia nuestro marco constitucional (en especial, el bloque “De los derechos y deberes fundamentales” del Título I de la Norma Suprema), se infiere que son dos, básicamente, los derechos constitucionales en escena que, en cierta medida, se encuentran en tensión y son objeto de ponderación en la disciplina de los servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico: por una parte, los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 52 CE) y, por otra, la libertad de empresa (artículo 38 CE) en conexión con las libertades de movimiento (artículo 139 CE). Dicho en otros términos, se delimitan los derechos respectivos de los dos polos básicos de la contratación electrónica, es decir, los destinatarios y los prestadores de los servicios. De alguna manera, esa tensión tiene como trasfondo la transposición de las dos Directivas de referencia en la Ley 34/2002 pues, mientras la Directiva 98/27/CE se ocupa de la protección de los intereses de los consumidores a través de las acciones de cesación, la Directiva 2000/31/CE pone el énfasis en la libre prestación de servicios de la sociedad de la información.

Esa relación dialéctica aparece reflejada en la Ley de manera aparentemente equilibrada, si bien la posterior Directiva 2000/31/CE proyecta una sombra restrictiva de sesgo liberal sobre la precedente Directiva 98/27/CE. De hecho, en el propio Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002 se subraya que de todas las finalidades que pretende alcanzar el Anteproyecto, “debe destacarse la incorporación al ordenamiento interno en esta materia del principio comunitario de libre prestación de servicios en los términos que resultan del artículo 49 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y de la Directiva 2000/31/CE”, para a renglón seguido advertir que la protección que determinados preceptos de la Directiva dispensa a los consumidores “no puede ser ampliada por los Estados miembros, pues constituye una excepción a la libre prestación de servicios establecido en el artículo 3.2 de la misma Directiva”. Existe, pues una postura del Alto Cuerpo Consultivo español que se alinea con el mayor peso de las libertades comunitarias clásicas en detrimento de otras políticas comunitarias más recientes como la defensa de los consumidores⁹¹, lo que desde luego se revela coherente con la dinámica mercantilista de la integración europea pero, correlativamente, es susceptible de ser interpretado como la opción menos favorable al principio *favor libertatis*.

La constatación de esa realidad viene detallada en el citado Dictamen del Consejo de Estado cuando postula que la condición de consumidor debe reconducirse exclusivamente a las personas físicas –tal como contempla la Directiva 2000/31/CE–, y no a las personas jurídicas como hacía el Anteproyecto⁹². Al final, en el texto final de la

⁹¹ De hecho, el Consejo de Estado incide en este aspecto desde la perspectiva de la técnica legislativa, criticando en el artículo 1.1 del Anteproyecto (crítica que no sería acogida formalmente en el coincidente artículo 1.1 del texto final de la Ley), que determina el objeto de la Ley proyectada, “la omisión de toda mención a la regulación de la libertad de establecimiento para la prestación de servicios de la sociedad de la información, y al reconocimiento del principio de libre prestación de tales servicios. Pese al contenido meramente enunciativo del precepto, que hace innecesaria la mención de todas y cada una de las materias que son objeto de la Ley, el reconocimiento del derecho a la libre prestación de servicios de la información revista tal importancia tanto en la Directiva que se pretende transponer como en el propio Anteproyecto, (...) que bien merecería una referencia expresa”.

⁹² En opinión del Consejo de Estado: “Existe una discrepancia, puesta de manifiesto por la Comisión Europea, entre el concepto de ‘consumidor’ empleado en la Directiva y el utilizado en el Anteproyecto. La norma comunitaria sólo reconoce la condición de ‘consumidor’ a la ‘persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión’. En cambio, el Anexo del

Ley 34/2002 (concretamente en su Anexo, apartado e) se define “consumidor” como “toda persona física y jurídica”, no haciéndose eco del parecer del Consejo de Estado y, en mi opinión, optando acertadamente por la concepción más garantista de los derechos. En conexión con lo anterior, no es la primera ocasión que en el marco del Derecho Comunitario se sostiene una postura más restrictiva de determinados derechos que en otros foros; el ejemplo más notorio seguramente venga suministrado por el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, en donde se ha producido una divergencia interpretativa entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos del Consejo de Europa y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: mientras dicho derecho es extensible a las personas físicas y jurídicas para el órgano jurisdiccional europeo con sede en Estrasburgo (cfr. caso *Niemietz contra Alemania* de 16 de diciembre de 1992), sólo es atribuible a las primeras en el caso del órgano jurisdiccional sedente en Luxemburgo (cfr. caso *Hoechst contra Comisión* de 21 de septiembre de 1989)⁹³, planteándose así el problema de las “dos verdades europeas” que he tenido ocasión de exponer en otros escritos⁹⁴. Esta problemática no carece en absoluto de relevancia en el caso de la Ley 34/2002, puesto que la restricción del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 de la Constitución) puede ser una realidad en el marco del deber de colaboración de los prestadores de servicios respecto de las actuaciones inspectoras (artículo 36.1 de la Ley 34/2002)⁹⁵, debiendo estarse a mi entender a la postura más favorable a los derechos defendida por el Tribunal de Estrasburgo.

De manera indirecta, pero no por ello menos importante, el uso de los medios electrónicos (y entre ellos, señaladamente de la informática), conduce inexorablemente a que la Ley haya de ocuparse del derecho fundamental a la libertad informática ex artículo 18.4 de nuestra Ley de Leyes⁹⁶. Como concreción de ello, el artículo 19.2 de la

Anteproyecto define ‘consumidor’ como ‘persona física o jurídica en los términos establecidos en el artículo 1 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios’. Como es obvio, el concepto de consumidores en la Directiva, que sólo se refiere a las personas físicas, es más reducido que en el Anexo del Anteproyecto, que incluye las jurídicas. (...) Por ello, a juicio de este Alto Cuerpo Consultivo, es preciso restringir a las personas físicas las menciones que a los ‘consumidores’ se hacen en los artículos 3.1.d) y 8.1.b) del Anteproyecto”.

⁹³ Una crítica sobre esta cuestión puede hallarse acudiendo a la obra de CHUECA SANCHO, A.: *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Bosch, 2ª ed., 1999, en especial pp. 115-118.

⁹⁴ Cfr. JIMENA QUESADA, L.: *La Europa social y democrática de Derecho*, Madrid, Dykinson, 1997, pp. 222-224.

⁹⁵ El artículo 36.1 de la Ley 34/2002 impone a los prestadores de servicios que permitan a los agentes o al personal inspector del Ministerio de Ciencia y Tecnología “el acceso a sus instalaciones y la consulta de cualquier documentación relevante para la actividad de control de que se trate, siendo de aplicación, en su caso, lo dispuesto en el artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa”. La citada disposición de esta Ley procesal atribuye al conocimiento de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo “las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda par ala ejecución forzosa de actos de la Administración Pública”.

⁹⁶ Como ha apuntado E. ESPÍN TEMPLADO al abordar la protección frente al uso de la informática (Lección 10: “Los derechos de la esfera personal”, en LÓPEZ GUERRA, L. y otros: *Derecho Constitucional. Volumen I: El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*, Valencia, Tirant del Blanch, 2002, 5ª ed., p. 241): “se formula así un nuevo derecho fundamental, distinto y autónomo respecto a los mencionados en el apartado primero del art. 18 CE, en vez de entenderlo como un derecho constitucional que, sin perjuicio de su *status* de máxima protección constitucional, sería más bien un derecho garantía de la intimidad personal entendida en un sentido amplio como vida privada. En todo caso, el Tribunal (Constitucional) sí liga el derecho fundamental a la libertad informática a la vida

Ley 34/2002 establece el régimen jurídico de las comunicaciones comerciales y las ofertas promocionales por vía electrónica, a las que “será de aplicación la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, y su normativa de desarrollo, en especial, en lo que se refiere a la obtención de datos personales, la información a los interesados y la creación y mantenimiento de ficheros de datos personales”. La libertad informática halla su reflejo en otras disposiciones de la Ley: entre ellas, su artículo 22 ha generado cierta polémica, de la que buen exponente viene constituido por el informe evacuado por el Pleno del Consejo General del poder Judicial el 5 de diciembre de 2001 respecto del coincidente artículo 22 del Anteproyecto (sistema llamado “opt-in” en materia de comerciales comerciales no solicitadas), en tanto que el órgano de gobierno de la magistratura postulaba la necesidad de incluir una disposición en la que se derogara expresamente el artículo 30 y otros preceptos del Título IV de la Ley Orgánica 15/1999 (sistema “opt-out” en ese ámbito de los tratamientos con fines de publicidad y de prospección comercial), para evitar la contradicción de estos preceptos con la disposición proyectada.

Esa divergencia sigue latente y, lógicamente, de haberse operado esa modificación propuesta por el Consejo General del Poder Judicial, la Ley 34/2002 habría debido revestir el carácter de orgánica; la mayoría del Partido Popular en el Parlamento, empero, no consideró que ese rango normativo resultara pertinente, pues la información que regula dicha Ley no constituiría un desarrollo del derecho a la información del artículo 20 de la Constitución. Si esto fuese así, habría que entender – extremo que no comparto- que toda la Ley 34/2002 acoge exclusivamente mensajes publicitarios o comunicaciones comerciales que, como se desprende de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sólo entran en el campo del derecho a la información si revisten un carácter secundario o accidental (entre otras, sentencias dictadas en el caso Barthold contra Alemania de 25 de marzo de 1985, o en el caso Casado Coca contra España de 24 de febrero de 1994). A mi entender, dado que no es cierto que toda la información que se regula en la Ley 34/2002 sea comercial (lo corrobora el concepto amplio de “sociedad de la información” definido en la propia Ley) y considerada asimismo la dificultad de trazar una línea divisoria entre lo que es mensaje publicitario secundario o no, siguen subsistiendo problemas de regulación y de respeto de las libertades de expresión e información que habrían exigido el rango de Ley Orgánica, como por lo demás fue puesto de manifiesto por algunos grupos parlamentarios de la oposición en el Senado a través de sus propuestas de veto (me remito a la exposición que de estas propuestas he efectuado *supra*, en el epígrafe II.2.).

A mayor abundamiento, de manera indirecta, pero tampoco por ello menos relevante, se contempla en la Ley –como menciona su Exposición de Motivos- “una serie de previsiones orientadas a hacer efectiva la accesibilidad de las personas con discapacidad a la información proporcionada por medios electrónicos, y muy especialmente a la información suministrada por las Administraciones Públicas, compromiso al que se refiere la resolución del Consejo de la Unión Europea de 25 de marzo de 2002, sobre accesibilidad de los sitios web públicos y de su contenido”, todo lo cual guarda conexión con el desarrollo del principio rector de la política social y

privada como ámbito constitucionalmente protegido, señalando que el derecho fundamental a la protección de datos extiende su garantía no sólo a la intimidad en su dimensión constitucionalmente protegida por el art. 18.1 CE, sino a lo que en ocasiones este Tribunal ha definido en términos más amplios como esfera de los bienes de la personalidad que pertenecen al ámbito de la vida privada, inextricablemente unidos al respecto de la dignidad de la persona”.

económica establecido en el artículo 49 de la Carta Magna⁹⁷. Por lo demás, otros derechos constitucionales (artículos 24 y 25 de nuestra Ley Suprema, aplicables con matices, como en Derecho Penal, al Derecho Administrativo sancionador) entran en escena, especialmente en el marco del Título VII de la Ley 34/2002 (“Infracciones y sanciones”), de manera que por ejemplo se delimitan confusamente las competencias de control de la Administración respecto de otros órganos competentes (así, por ejemplo, es evidente que el cierre de un periódico difundido por Internet exigirá intervención judicial), se gradúan dudosamente las infracciones y sanciones (artículo 40)⁹⁸, o se trata la concurrencia de infracciones y sanciones administrativas (artículo 44 de la Ley 34/2002) tomando como referente la Ley 30/1992⁹⁹.

Finalicemos este epígrafe reflexionando sobre otros aspectos constitucionales que han suscitado debate en la elaboración de la Ley 34/2002. Así, un incumplimiento procedimental que, pese a estar establecido en una norma de rango legal, presenta un indudable cariz constitucional desde la perspectiva del correcto ejercicio de sus funciones por parte del Gobierno, tiene que ver con que el Anteproyecto de Ley no fue elevado al Consejo de Ministros “a fin de que éste decida sobre los ulteriores trámites y, en particular, sobre las consultas, dictámenes e informes que resulten convenientes, así como sobre los términos de su realización”, como exige el artículo 22.3 de la Ley 50/1997 de 27 de noviembre del Gobierno. Este defecto procedimental fue criticado por el Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de enero de 2002¹⁰⁰, en el que también

⁹⁷ A tenor de dicho precepto constitucional: “los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”.

⁹⁸ Sobre este punto, cabe tener presente que el artículo 20 de la Directiva 2000/31/CE obliga a que las sanciones aplicables a las infracciones a esta Ley sean “efectivas, proporcionadas y disuasorias”.

⁹⁹ Esta cuestión fue necesario perfilarla en el texto final de la Ley 34/2002, puesto que en el artículo 45.1 del Anteproyecto (equivalente al artículo 44 del texto final) se disponía que “el ejercicio de la potestad sancionadora a que se refiere la presente Ley será independiente de la eventual concurrencia de delitos o faltas de naturaleza penal”. Por el contrario, como bien observó el Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de enero de 2002, el artículo 133 de la Ley 30/1992 establece que “no podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento”. Este último precepto –prosigue el Consejo de Estado– “es acorde con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la cual el principio *non bis in idem* debe considerarse plenamente integrado, de modo implícito, en el artículo 25 de la Constitución, configurándose como un derecho fundamental del sancionado (sentencia número 154/90, de 15 de octubre), dicho principio impide la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos (sentencia precitada) cuando se aprecie identidad de sujeto, hecho y fundamento (sentencias números 2/81, de 30 de enero, 94/86, de 8 de julio, 234/91, de 10 de diciembre) y en especial cuando sea idéntico el interés jurídicamente protegido (sentencia número 234/91, de 10 de diciembre). Por ello, a juicio del Consejo de Estado y de acuerdo con la observación formulada por el Ministerio de Justicia es preciso modificar el primer inciso del artículo 45.1 para hacerlo compatible con el principio *non bis in idem* establecido de modo implícito en el artículo 25.1 de la Constitución de acuerdo con la doctrina del Tribunal Constitucional anteriormente expuesta. Podría darse a este inciso una redacción similar a la del vigente artículo 133 de la Ley 30/1992, mencionando además la identidad del interés jurídicamente protegido por la norma penal y la administrativa”.

¹⁰⁰ Según el Consejo de Estado, “no cabe aducir como justificación las razones de urgencia contemplados en el apartado quinto de este mismo precepto (artículo 22.3 de la Ley 50/1997) puesto que aun cuando pudieran concurrir en la actualidad, sin duda no han estado presentes a lo largo del período de más de un año que ha transcurrido desde que se elaboró el primer borrador acompañado de memoria justificativa y económica y del preceptivo informe del Secretario General Técnico del Departamento a los que se refiere el artículo 22.2 de la mencionada Ley del Gobierno. Pese a que al parecer un borrador del Anteproyecto (el de 25 de junio de 2001) fue sometido a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios, y a que se remitió a todos los Departamentos una copia de diversos borradores del

criticó que, pese al amplio período de consulta e información pública y los numerosos informes evacuados, no se recabara el dictamen del Consejo Económico Social teniendo en cuenta las funciones que le son atribuidas a este órgano consultivo en relación con la actividad normativa del Gobierno en materia socioeconómica y laboral en virtud del artículo 131.2 CE y del artículo 6 de la Ley 21/1991 de 17 de junio por la que se crea dicho órgano¹⁰¹. En todo caso, esos defectos procedimentales aparentemente carecen de relevancia en sede de justicia constitucional, al considerarse como previos al procedimiento administrativo y, por tanto, de carácter más bien administrativo¹⁰², jurisprudencia constitucional que ha suscitado la crítica de la doctrina científica¹⁰³.

En fin, una ulterior cuestión de técnica legislativa e índole constitucional guarda relación con la base habilitante o fundamento constitucional de la Ley 34/2002, cuyo Anteproyecto omitía la materia 6ª del artículo 149.1 de la Constitución y se refería únicamente a las materias 8ª (legislación civil) y 21ª (régimen general de comunicaciones) de dicha disposición constitucional: así las cosas, en el texto final de la Ley se introdujo asimismo la referencia a la materia 6ª, introducción que quedaba justificaba (entre otras, legislación mercantil y legislación procesal), no sólo —como advirtió el Consejo de Estado en su Dictamen de 17 de enero de 2002— por aplicarse a los contratos civiles y a los mercantiles, sino asimismo porque regula aspectos de índole procesal como la acción de cesación (con incorporación parcial expresa de la Directiva 98/27/CE).

VII. La Ley y la mundialización del Derecho Constitucional

En el Informe sobre Comercio Económico y Desarrollo 2001, aprobado por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo el 20 de noviembre

Anteproyecto para que formularan las alegaciones que estimaran pertinentes, es al Consejo de Ministros, y no a los Departamentos proponentes, a quien la Ley del Gobierno atribuía la facultad de determinar qué consultas, dictámenes e informes resultaban pertinentes”.

¹⁰¹ Prosigue a renglón seguido el Consejo de Estado señalando que “en particular, el Consejo de Ministros podría haber considerado oportuno solicitar el dictamen del Consejo Económico y Social, que no podrá ser ya evacuado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 2.4 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado (...). De conformidad con lo expuesto en su dictamen número 3.375/2001, de 5 de diciembre de 2001, este Alto Cuerpo Consultivo observa la necesidad de conformidad con el trámite contemplado en el artículo 22.3 de la Ley del Gobierno con anterioridad a la remisión de los anteproyectos de Leyes al Consejo de Estado para consulta, que debe servir para garantizar el acierto en la elaboración de los textos remitidos”.

¹⁰² En esta sede suele traerse a colación la sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de julio de 1986 que desestimó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985, rechazándose los motivos de impugnación procedimentales esgrimidos por los recurrentes, y concretamente: por una parte, la falta de informe preceptivo del CGPJ exigido por el artículo 3.5 de la Ley Orgánica de 10 de enero de 1980 reguladora de éste; y, por otra, la no remisión por el Gobierno al Congreso, junto al Proyecto de Ley, de la Exposición de Motivos y la Memoria explicativa prevista en el artículo 88 CE. Pues bien, el primer motivo impugnatorio fue rechazado al entender que el informe preceptivo del CGPJ era un defecto que se había producido en el procedimiento administrativo previo al envío del Proyecto al Congreso y no en el procedimiento legislativo; en cuanto al segundo motivo, el Tribunal Constitucional salió al paso arguyendo que la ausencia de un determinado antecedente carece de trascendencia salvo en caso de haberse privado a las Cámaras de un elemento de juicio necesario para su decisión.

¹⁰³ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *De la arbitrariedad del Legislador*, Madrid, Civitas, 1998, p. 128: respecto a la citada sentencia de 29 de julio de 1986 del máximo intérprete de nuestra Carta Magna, ha criticado este autor que “el razonamiento no puede ser más sorprendente, ni más clara la conclusión a la que inevitablemente conduce: la absoluta inanidad de los requisitos procedimentales”.

de 2001, se puso de manifiesto que el desarrollo de la sociedad de la información, y especialmente el del comercio electrónico, requiere un adecuado marco jurídico y, por tanto –puede añadirse– un marco constitucional que garantice los derechos básicos de las personas. No obstante –prosigue el informe–, el carácter global de la red de redes que constituye Internet, se compadece mal con el ámbito territorial de los ordenamientos estatales; ello exige el empleo de códigos de conducta de adhesión voluntaria y mecanismos de solución extrajudicial de conflictos, la adopción y ratificación de tratados internacionales, la aprobación de normas comunitarias y el acercamiento de las legislaciones estatales. Consecuentemente, en este ámbito de las transacciones electrónicas, la Ley 34/2002 plantea como pocas el reto de la mundialización para el Derecho Constitucional, con los riesgos que para el respeto del principio democrático plantea el trasladar los planteamientos triunfantes del neoliberalismo al terreno de la toma de decisiones normativas¹⁰⁴, pues, por más que los códigos de conducta y otras normas de *soft-law* puedan resultar eficaces, debe supervisarse ese desplazamiento de los órganos representativos de la voluntad popular.

En este panorama, se impone un enfoque del Derecho Constitucional que, sin abandonar los conceptos básicos en que se asienta el orden constitucional como fundamento y sustento del marco estatal, no exagere el apego al mito de la soberanía¹⁰⁵. A este respecto, si hoy en día ponemos el punto de mira de la manida crisis de la soberanía en nuestra integración europea¹⁰⁶, no deja de ser llamativo que la propia Unión Europea reconozca verse desbordada ante una materia como la sociedad de la información y el comercio electrónico, por lo que ella misma propugna hacerse eco de una mayor internacionalización en el plano normativo. Sin ir más lejos, la propia Directiva 2000/31/CE pone de relieve en sus considerandos 58 a 62 la necesidad acuciante de adoptar y ratificar tratados internacionales en esta materia, al tiempo que expone que la coordinación de las legislaciones estatales en el ámbito comunitario deberá contribuir asimismo al establecimiento de una posición común firme en las negociaciones en los foros internacionales, como –entre otros– la Organización Mundial del Comercio o la Organización y Desarrollo Económico.

Con estos parámetros, la Ley 34/2002 no únicamente atiende nuestros compromisos contraídos en el seno de la Unión Europea, sino que pretende responder a

¹⁰⁴ Léase DE VEGA GARCÍA, P.: “Mundialización y Derecho Constitucional”, *Revista de Estudios Políticos*, núm. 100, 1998.

¹⁰⁵ Es cierto que el Derecho Constitucional que hoy practicamos no es sólo un Derecho Constitucional de dogmas, de conceptos o de categorías jurídicas, es, además, un Derecho Constitucional ontológico que debe responder a los requerimientos de lo fáctico, pero debe también incorporar una carga prospectiva que refuerce el espectro de seguridad jurídica que demanda la sociedad. Como se ha apuntado en la doctrina, nuestra postura no puede ser la de meros convidados de piedra: “por los estudios que cultivan, los constitucionalistas saben que la lucha política se expresa también mediante una perenne pugna por la afirmación hegemónica de proyectos particulares, es decir, formulados como universales y exclusivos. (...) Saben, en fin, que hoy existe contradicción entre derecho constitucional y adhesión unilateral a un proyecto político particularmente cerrado”: ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 1997, p. 16.

¹⁰⁶ En el movimiento de construcción europea, efectivamente, se detectan factores demoledores de la soberanía que “justifican hoy, quizás con nuevos motivos, la oración fúnebre del *ius publicum europeum*”, ZAGREBELSKY, G.: *El derecho dúctil...*, cit., pp. 10-11. De todos modos, se ha matizado el alcance de esa crisis sosteniéndose que es “posible sustituir, en su función ordenadora, la soberanía del Estado (...) por la soberanía de la Constitución”, ZAGREBELSKY, G.: *ibidem*, p. 13. Con esta misma orientación, acerca de lo que todavía queda de Estado Constitucional en el ámbito de la Unión Europea y sus carencias, véase RUIPÉREZ ALAMILLO, J.: *La “Constitución europea” y la Teoría del Poder Constituyente (Algunas reflexiones críticas desde el Derecho Político)*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2000.

esa internacionalización. El reflejo del fenómeno de la mundialización (también en el terreno normativo) no sólo se percibe en tal dirección *expressis verbis* en algunos preceptos de la Ley 34/2002 (por ejemplo, su artículo 4)¹⁰⁷, sino que la Ley en su conjunto ha sido elaborada –como se hacía constar en la Memoria justificativa del Anteproyecto- tomando como referencia la *Ley Modelo sobre Comercio electrónico con la Guía para su incorporación al Derecho Interno elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNICTRAL)*, aprobada mediante Resolución 51/162 de la Asamblea General de las Naciones Unidas de 16 de diciembre de 1996, a través de la cual se ha pretendido un acercamiento de las legislaciones estatales, por tanto, en un marco transnacional supracomunitario. De hecho, esa Ley Modelo de Naciones Unidas ha inspirado numerosas leyes en materia de servicios de la sociedad de la información, especialmente en el ámbito anglosajón: con tal orientación, cabe mencionar la estadounidense Uniform Electronic Transactions Act elaborada por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en 1999 y aprobada y recomendada para su adopción en cada uno de los Estados Unidos de América en la Conferencia de Denver (Colorado) celebrada del 23 al 30 de julio de 1999; la canadiense Uniform Electronic Commerce Act de 30 de septiembre de 1999; la irlandesa Electronic Commerce Act núm. 27 de 10 de julio de 2000, o la australiana Electronic Transactions Act núm. 162 de 22 de agosto de 2001. Por nuestra parte, en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002 se afirma, tal vez con cierto narcisismo, que “nuestra legislación en materia de servicios de la sociedad de la información está llamada a constituir un punto de referencia en el ámbito hispanoamericano”.

VIII. Reflexión final: una Ley entre la sociedad de la información y la sociedad del conocimiento

La expresión “sociedad de la información” no es tributaria de la Directiva 2000/31/CE, sino que parece remontarse, al menos, al denominado *Informe Bangeman sobre Europa y la Sociedad global de la información de 1994*, informe que sigue conociendo ulteriores desarrollos en el ámbito de la Unión Europea¹⁰⁸. Del mismo modo, en el ámbito español, dicho concepto no es una novedad introducida mediante la Ley 34/2002, dado que ya había sido definido anteriormente en el artículo 2 y en el Anexo

¹⁰⁷ El apartado segundo del artículo 4 de la Ley 34/2002 dispone que Los prestadores que dirijan sus servicios específicamente al territorio español quedarán sujetos “a las obligaciones previstas en esta Ley, siempre que *ello no contravenga lo establecido en tratados o convenios internacionales* que sean aplicables”.

¹⁰⁸ En lo que afecta a la Unión Europea, se han aprobado propuestas que arrancan del denominado *Informe Bangeman de 26 de mayo de 1994* preparado para la Comisión bajo el título *Europa y la sociedad global de la información. Recomendaciones al Consejo Europeo*, y llegan hasta medidas más recientes como la *Declaración ministerial sobre Gobierno y Administración electrónicos* aprobada en Bruselas en fecha 29 de noviembre de 2001 o la Comunicación de la Comisión titulada *eEuropa 2002: la creación de un marco en la Unión Europea para la explotación de la información del sector público* de fecha 23 de octubre de 2001, pasando por otros documentos preparados por la Comisión como el de 1998 titulado *La información del sector público: un recurso clave para Europea. Libro verde sobre la información del sector público en la sociedad de la información* u otros documentos relacionados con “Europa” –entre ellos, la Comunicación de la Comisión dirigida al Consejo Europeo extraordinario de Lisboa de 23-24 de marzo de 2000 sobre *eEuropa: una sociedad de la información para todos*, el *Plan de acción eEuropa* preparado por el Consejo y la Comisión para el Consejo Europeo de Feira de 19-20 de junio de 2000, o la Comunicación de la Comisión titulada *El impacto y las prioridades de eEuropa* dirigida al Consejo Europeo de Estocolmo de 23-24 de marzo de 2001–.

IV del Real Decreto 1337/1999, de 31 de julio, por el que se regula la remisión de información en materia de normas y reglamentaciones técnicas y reglamentos relativos a los servicios de la sociedad de la información; lo que ocurre es que esa definición de 1999 no resultaba adecuada para la completa transposición de la Directiva 2000/31/CE, por no incluir los servicios no prestados normalmente a cambio de una remuneración. En cualquier caso, más allá de los aspectos regulados jurídicamente, la sociedad de la información se refiere a un conjunto de transformaciones sociales y económicas que han comenzado a producirse a consecuencia del desarrollo exponencial y convergente de redes y servicios de telecomunicaciones, medios de comunicación y tecnologías de la información, tres factores expresamente mencionados en el considerando 5º de la Posición Común (CE) núm. 38/2001 aprobada por el Consejo de la Unión Europea el 17 de septiembre de 2001.

En este ambiente, el desenvolvimiento de la sociedad de la información se ha fundado no sólo en el desarrollo de Internet, sino en otros recursos basados en redes de telecomunicaciones que emplean tecnología digital distintos de Internet, como la telefonía móvil o la televisión digital. En esta línea, es cierto que esas nuevas tecnologías no sólo comportan potencialmente un suministro de información comercial, sino asimismo otro tipo de información idónea para la formación de una opinión pública libre e incluso, en un plano individual, para la formación integral de la persona como instrumento educativo: desde esta perspectiva, la Ley 34/2002 contempla un concepto amplio de sociedad de la información que engloba no sólo la contratación por vía electrónica, sino asimismo el suministro de información no comercial (por ejemplo, los periódicos digitales) o la transmisión de conocimientos (verbigracia, a través de las revistas científicas que pueden encontrarse en la red), lo que daría pie para decir que la Ley 34/2002 se sitúa entre la sociedad de la información (sobre todo, terreno comercial o económico) y la sociedad del conocimiento (ámbito educativo).

Ahora bien, el propio enunciado de la Ley 34/2002 opta por poner el acento en la sociedad global de la información desde el punto de vista económico, destacando la expresión “comercio electrónico” o, lo que es lo mismo, el mayor énfasis en la globalización de carácter mercantil y su perversa incidencia sobre los derechos fundamentales (en especial, sobre los derechos económicos y sociales)¹⁰⁹ En efecto, aunque el mencionado desarrollo exponencial y convergente no es tan sólo y principalmente económico, tiene una indudable proyección en las actividades empresariales y profesionales, como recuerda el considerando 1 de la Directiva 2000/31/CE. Y, sin lugar a dudas, el fenómeno globalizador económico es el factor de empuje de Leyes como la 34/2002 que, pese a su ámbito estatal de aplicación territorial, poseen una vocación universal auspiciada por la citada Ley Modelo de Naciones Unidas, siendo una vez más la realidad (en este caso, la económica) la que va por delante y determina la disciplina jurídica. De hecho, esa lectura económica tuvo su reflejo en el Dictamen del Consejo de Estado de 17 de enero de 2002, al reconocerse en él que “la convergencia de legislaciones estatales se ve impulsada también por un

¹⁰⁹

Vid. el trabajo de FLAUSS, J.F.: “Le droit international des droits de l’homme face à la globalisation économique), en la obra colectiva *Commerce mondial et protection des droits de l’homme. Les droits de l’homme à l’épreuve de la globalisation des échanges économiques/World trade and the protection of human rights. Human rights in face of global economic exchanges*, Bruxelles/Strasbourg, Bruylant/Institut international des droits de l’homme, 2001, en especial, pp. 224 a 226. Véase, con similar orientación, la obra de CANÇADO TRINDADE, A.A., y RUIZ DE SANTIAGO, J.: *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, particularmente el capítulo del primero de los autores, bajo el título “Reflexiones sobre el desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal” (sobre todo, el epígrafe III, titulado “Globalización de la Economía y Exclusión Social”).

fenómeno de competencia entre dichas legislaciones, puesto que una más idónea regulación de la contratación electrónica reduce los costes de transacción, y por consiguiente beneficia a las empresas que habitualmente eligen la Ley de ese Estado como ley aplicable a sus contratos”. En otras palabras, el Legislador de cada país se puede ver impulsado a practicar una especie de “dumping” en la materia.

Más aún, incluso en el ámbito educativo, documentos recientes como la *Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 5 de febrero de 2003 sobre “El papel de las Universidades en la Europa del conocimiento”*, sumergen la sociedad del conocimiento en el determinante fenómeno de la globalización económica. Así, en la citada Comunicación de la Comisión se insiste en que “las Universidades detentan la clave de la economía y de la sociedad del conocimiento” y “contribuyen a reforzar la competitividad de la economía europea”. Con el mismo espíritu, la Ley Orgánica 6/2001 de 21 de diciembre de Universidades destaca en su Exposición de Motivos que “el fenómeno de la globalización”, entre otras causas, está transformando “los modos de organizar el aprendizaje y de generar y transmitir el conocimiento”, “como factor diferenciador y de calidad en el desarrollo competitivo de la Universidad”. Sobre el particular, para concluir, no es desacertado considerar que la propia Universidad ha de estar al servicio de la sociedad de la información¹¹⁰. Sentado lo cual, no cabe olvidar que el objetivo básico de la institución universitaria es estar al servicio de la sociedad del conocimiento y de la excelencia educativa e investigadora. Pues, en definitiva, si bien la Universidad ha de estar en condiciones de proyectar de manera permanente su calidad de agente e incluso de motor de la sociedad, no debiendo por ello contraponerse el mundo universitario y el mundo industrial o empresarial, tampoco debe perderse de vista las diferencias entre ambos¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. GÓMEZ URQUIJO, L.: “La contribución de la Universidad a la cohesión de la sociedad europea”, *Cuadernos Europeos de Deusto*, núm. 26, 2002.

¹¹¹ BORRERO CABAL, A.: *L’Université aujourd’hui*, Unesco/Centre de recherches pour le développement international, Paris/Ottawa, 1995, p. 187: “la Universidad es una empresa de finalidad no lucrativa que tiene por objeto la producción intelectual, mientras que la empresa tiene por objeto el producto rentable”.